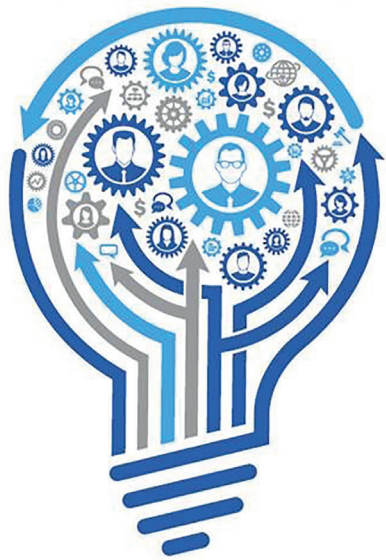


# TAX, AUDIT & ACCOUNTANCY

NR  
N° **54**

JAARGANG 12 / 12e ANNEE  
APRIL /  
AVRIL 2017  
4X/JAAR / 4X/AN

RESPONDING TO NON-COMPLIANCE  
WITH LAWS AND REGULATIONS



IESBA International  
Board of Accountants

**NOCLAR or how auditors deal with suspected or occurred breaches of the law**

**NOCLAR in België: an audit is not an audit**

- Limitation of benefits in international conventions**
- EMIR, nouvelles obligations et missions pour les réviseurs**
- Periodieke informatie – Informations périodiques**

# SOMMAIRE

# INHOUD

- 01** Editoriaal van de Voorzitter van het IBR  
De signaalfunctie, een toegevoegde waarde van de bedrijfsrevisor  
*Editorial du Président de l'IRE*  
*La fonction de signal, une valeur ajoutée du réviseur d'entreprises*
- 
- 08** "Limitations of Benefits" (LOB) clauses as the method against treaty shopping?
- 
- 19** *EMIR, nouvelles obligations et nouvelles missions pour les réviseurs d'entreprises*
- 
- 37** *NOCLAR or How accountants deal with suspected or occurred breaches of the law*
- 
- 52** NOCLAR in België: *an audit is not an audit*
- 
- 56** Periodieke informatie IFRS – juli 2016 tot december 2016  
*Informations périodiques IFRS – juillet 2016 à décembre 2016*
- 
- 66** Woord van de Hoofdredacteur  
Ontwerpboek XX van het Wetboek van economisch recht: de bekroning van een (r)evolutie!  
*Mot du Rédacteur en chef*  
*Le livre XX en projet du Code de droit économique : le couronnement d'une (r)évolution !*
- 

## TAX AUDIT & ACCOUNTANCY

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

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

## COMITE DE REDACTION REDACTIECOMITE

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

## SECRETARIAT DE REDACTION REDACTIESECRETARIAAT

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

## EDITEUR RESPONSABLE VERANTWOORDELIJKE UITGEVER

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

## MISE EN PAGE VORMGEVING

die Keure/la Charte  
Brugge

## Editoriaal van de Voorzitter van het IBR

### DE SIGNAALFUNCTIE, EEN TOEGEVOEGDE WAARDE VAN DE BEDRIJFSREVISOR

De verantwoordelijkheden van de bedrijfsrevisor worden sinds enkele jaren discreet maar gestaag uitgebreid. Er duiken immers geregeld nieuwe situaties op waarin de revisor een signaalfunctie moet opnemen.

De signaalfunctie kan worden omschreven als de verplichting om een persoon of een orgaan te wijzen op een bijzondere situatie die werd vastgesteld; die functie kan worden aangevuld met een injunctierecht, dat tot een tweede actie leidt – bijvoorbeeld een melding aan een extern orgaan – wanneer de injunctie niet wordt nageleefd.

De bedrijfsrevisor moet die signaalfunctie al verschillende jaren opnemen in vrij uiteenlopende situaties: het gaat bijvoorbeeld om de signaalfunctie van de commissaris van entiteiten die onderworpen zijn aan



## Editorial du Président de l'IRE

### LA FONCTION DE SIGNAL, UNE VALEUR AJOUTÉE DU RÉVISEUR D'ENTREPRISES

Un élargissement discret, mais soutenu, des responsabilités des réviseurs d'entreprises se manifeste depuis quelques années avec l'apparition régulière de nouvelles situations dans lesquelles le réviseur doit assumer une fonction de signal.

La fonction de signal peut être définie comme étant l'obligation d'attirer l'attention d'une personne ou d'un organe lorsqu'une situation particulière est constatée ; elle peut être complétée d'un pouvoir d'injonction, menant à une deuxième action – par exemple, le signalement à un organe externe – lorsque l'injonction n'est pas respectée.

La fonction de signal s'impose déjà, depuis plusieurs années, au réviseur d'entreprises dans des situations relativement diverses : il s'agit par exemple de la fonction de signal du commissaire d'entités soumises au



het prudentieel toezicht van de NBB, de verplichting om elk vermoeden van witwassen van geld of van financiering van terrorisme te melden aan de Cel voor Financiële Informatieverwerking, of nog de verplichtingen die op de commissaris rusten wanneer hij ernstige en overeenstemmende feiten vaststelt die de continuïteit van de onderneming in het gedrang kunnen brengen.

### **Recenter werden nieuwe signaalfuncties toegewezen aan de bedrijfsrevisor:**

- in alle entiteiten waar een bedrijfsrevisor om het even welke opdracht uitoefent (en niet alleen in de entiteiten waar hij commissaris is): melding aan het bestuursorgaan van ernstige en overeenstemmende feiten die de continuïteit van de onderneming in het gedrang kunnen brengen (art. 10, vijfde lid van de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen);
- in organisaties van openbaar belang en, in bepaalde gevallen, in ondernemingen die nauwe banden hebben met die entiteit van openbaar belang:
  - o melding aan de toezichthoudende overheid (NBB/FSMA) van elke materiële inbreuk op de wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen die, in voorkomend geval, de voorwaarden voor toelating regelen of die specifiek de

contrôle prudentiel de la BNB, des obligations d'information à la Cellule de Traitement des Informations Financières de tout soupçon de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme, ou encore des obligations faites au commissaire lorsqu'il constate des faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise.

### **Plus récemment, de nouvelles fonctions de signal ont été attribuées au réviseur d'entreprises :**

- dans toutes les entités dans lesquelles un réviseur d'entreprises exerce une quelconque mission (et non uniquement dans les entités dont il est commissaire) : signalement à l'organe de gestion des constatations des faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise (art. 10, al. 5 de la loi sur la continuité des entreprises) ;
- dans les entités d'intérêt public et, dans certains cas, dans les entreprises ayant des liens étroits avec cette entité d'intérêt public :
  - o signalement à l'autorité de supervision (BNB / FSMA) de toute violation significative des dispositions législatives, réglementaires ou administratives qui fixent, le cas échéant, les conditions d'agrément ou qui régissent, de manière spécifique, la

- activiteiten van de organisatie regelen, alsook elke materiële bedreiging voor of twijfel over de continue werking van de organisatie (art. 12.1, a) en b) van de Verordening EU nr. 537/2014 van 16 april 2014 betreffende specifieke eisen voor de wettelijke controles van financiële overzichten van organisaties van openbaar belang);
- melding aan de toezichthoudende overheid (NBB/FSMA) van elke weigering om een auditoordeel uit te brengen over de financiële overzichten of het afgeven van een afkeurende verklaring of een verklaring met voorbehoud (art. 12.1, c) van dezelfde Verordening); en
  - melding aan de gecontroleerde entiteit en, indien niets wordt ondernomen, aan de toezichthoudende overheid (NBB/FSMA), van elk vermoeden dat onregelmatigheden, waaronder fraude met betrekking tot de financiële overzichten van de gecontroleerde organisatie, kunnen plaatsvinden of hebben plaatsgevonden;
- in alle entiteiten die door een commissaris worden gecontroleerd:
- melding aan de leidinggevenden en vervolgens, indien niets wordt ondernomen, aan de FSMA, van de schendingen
- poursuite des activités, ainsi que de tout risque ou doute sérieux concernant la continuité de l'exploitation (art. 12.1, a) et b) du règlement UE n° 537/2014 du 16 avril 2014 relatif aux exigences spécifiques applicables au contrôle légal des comptes des entités d'intérêt public du 16 avril 2014) ;
- signalement à l'autorité de supervision (BNB/FSMA) de tout refus d'émettre un avis d'audit sur les états financiers ou l'émission d'un avis défavorable ou d'un avis assorti de réserves (art. 12.1, c) du même règlement) ; et
  - signalement à l'entité contrôlée, et, en cas d'inaction, à l'autorité de supervision (BNB/FSMA), de tout soupçon que des irrégularités, y compris des fraudes concernant les états financiers de l'entité contrôlée, peuvent être commises ou ont été commises ;
- dans toutes les entités contrôlées par un commissaire :
- signalement aux dirigeants, puis, en cas d'inaction de ces derniers, à la FSMA, des violations de la réglementation



- van de EMIR-verordening (zie artikel gepubliceerd in deze TAA) (art. 22*bis* van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten); en
- o melding in het commissarisverslag van eventuele materiele onzekerheden die verband houden met gebeurtenissen of omstandigheden die mogelijk aanzienlijke twijfel doen rijzen over het vermogen van de organisatie om haar bedrijfsactiviteiten voort te zetten (art. 144, § 1, 7° W. Venn.).
  - o mention dans le rapport de commissaire des éventuelles incertitudes significatives liées à des événements ou à des circonstances qui peuvent jeter un doute important sur la capacité de la société à poursuivre son exploitation (art. 144, § 1<sup>er</sup>, 7° C. Soc.).

Aan de bedrijfsrevisor wordt dus wel degelijk steeds vaker een signaalfunctie toevertrouwd in de ondernemingen waar hij optreedt.

Deze functie, die ietwat buiten zijn auditroutine valt, **kan de toegevoegde waarde van de bedrijfsrevisor verhogen; we mogen ons hierover verheugen.**

Dit toont nogmaals aan dat de bedrijfsrevisor wordt erkend als iemand die op efficiënte en onafhankelijke wijze een vertrouwensfunctie opneemt met het oog op de goede werking van de economie in het algemeen.

Maar we moeten er evenzeer **voor zorgen dat het aantal signaalfuncties beperkt blijft**, want de hoofdtak van de bedrijfsrevisor blijft het controleren van financiële gegevens, en hij moet er het

Confier au réviseur d'entreprises une fonction de signal dans les entreprises dans lesquelles il intervient est donc bien une pratique qui se répand.

Cette pratique, qui le sort quelque peu de sa routine d'audit, **est de nature à accroître la valeur ajoutée du réviseur d'entreprises ; il faut s'en réjouir.**

Elle démontre, une fois de plus, que le réviseur d'entreprises est reconnu pour exercer de manière efficace et indépendante une fonction de confiance dans le bon fonctionnement de l'économie en général.

Mais il faut tout autant **veiller à ce que le nombre de fonctions de signal soit limité**, car la fonction principale du réviseur d'entreprises est le contrôle de données financières, et il doit pouvoir y

leeuwendeel van zijn werkzaamheden aan kunnen wijden; ook moet, tenzij bij een specifiek geval zoals de antiwitwasreglementering, voorrang worden gegeven aan meldingen die in eerste instantie aan het bestuursorgaan worden gedaan, waarop, naargelang het type situatie, bij een ontoereikende reactie een melding aan een externe autoriteit volgt.

Wegens die toename van de situaties waarin aan de bedrijfsrevisor een signaalfunctie wordt toevertrouwd kunnen wij ons echter afvragen of er geen algemene regels moeten worden vastgelegd die zowel de wettelijke formulering van deze functie als de uitoefening ervan in goede banen kunnen leiden door middel van, bijvoorbeeld, een referentiekader.

Voor de formulering door een wetgever of regulator zou het nuttig zijn om de elementen te verduidelijken waarmee rekening moet worden gehouden; naast de erg klassieke, maar zelden ernstig uitgevoerde impactanalyse, denken wij onder meer aan de noodzaak om de doelstelling van de signaalfunctie duidelijk te omschrijven, alsook de feiten, beslissingen of omstandigheden die leiden tot de uitoefening van de signaalfunctie, het type en het niveau van waakzaamheid dat van de bedrijfsrevisor wordt gevraagd om de feiten, beslissingen of omstandigheden vast te stellen die tot de uitoefening van de signaalfunctie zouden moeten leiden, enz.

consacrer l'essentiel de ses diligences ; il faudra aussi privilégier, sauf cas spécifique tel que la réglementation antiblanchiment, le signalement adressé en première instance à l'organe de gestion, suivi, selon le type de situation, d'un signalement à une autorité externe en cas de réaction insuffisante.

La multiplication des situations dans lesquelles une fonction de signal est confiée au réviseur d'entreprises amène cependant à s'interroger sur la nécessité de fixer des règles générales permettant de guider tant la formulation légale de cette fonction, que son exercice via, par exemple, un cadre référentiel.

Au niveau de la formulation par un législateur ou un régulateur, il serait utile de préciser les éléments qui doivent être pris en compte ; outre l'analyse d'impact, très classique mais rarement conduite sérieusement, on songe notamment à la nécessité de définir clairement l'objectif de la fonction de signal, les faits, décisions ou circonstances conduisant à l'exercice de la fonction de signal, le type et le niveau de la vigilance demandée du réviseur d'entreprises pour la constatation des faits, décisions ou circonstances devant conduire à l'exercice de la fonction de signal, etc.





Er dient ook rekening te worden gehouden met de uitdrukkelijke opheffing van het beroepsgeheim en met de immuniteit van de melder wanneer een externe autoriteit moet worden ingelicht, alsook met de eventuele sanctieregeling. In dit geval moet daarbij de voorkeur uitgaan naar het toezicht dat door de toezichthoudende overheid van de bedrijfsrevisoren wordt uitgeoefend.

Wat de uitoefening van de waakzaamheid betreft – want aan de melding gaat een waakzaamheidsfase vooraf –, en vervolgens van de melding, dienen we ons af te vragen of dit niet het geschikte moment is om regels of op zijn minst richtsnoeren te formuleren die kunnen worden toegepast op alle situaties waarin een signaalfunctie moet worden uitgeoefend.

Door dergelijke normen op te stellen, kan in het bijzonder worden bepaald welke werkzaamheden die waakzaamheid vereist, hoe die werkzaamheden met documenten kunnen worden gestaafd, hoe de feiten, beslissingen of omstandigheden die worden vastgesteld of die men vermoedt, moeten worden geanalyseerd, hoe een dergelijke analyse met documenten kan worden gestaafd, binnen welke termijnen en in welke vorm de melding moet gebeuren, hoe in het geval van een “tweetraps” melding de door het bestuursorgaan genomen beslissingen moeten worden beoordeeld voordat in geval van een onvoldoende reactie informatie wordt doorgegeven aan een extern orgaan, enz.

Il conviendra également d'avoir égard à la levée explicite du secret professionnel et à l'immunité du déclarant lorsqu'une autorité externe doit être informée, ainsi qu'au régime de sanctions éventuelles, en privilégiant dans ce cas la surveillance par l'autorité de supervision des réviseurs d'entreprises.

Au niveau de l'exercice de la vigilance – car avant le signalement, il y a une phase de vigilance –, puis du signalement, il convient de se demander si le moment n'est pas venu de formuler des règles ou à tout le moins des lignes directrices à appliquer à toutes les situations dans lesquelles doit s'exercer une fonction de signal.

Une telle normalisation permettra en particulier de préciser quelles diligences requiert la vigilance, comment documenter ces diligences, comment analyser les faits, décisions ou circonstances qui sont constatés ou que l'on soupçonne d'exister, comment documenter une telle analyse, dans quels délais et sous quelle forme faire le signalement, comment, dans le cas d'un signalement « à double détente », apprécier les décisions prises par l'organe de gestion avant de transmettre une information à un organe externe dans le cas d'une réaction insuffisante, etc.



Het opstellen van normen gaat natuurlijk wel gepaard met een aantal verplichtingen en sancties, maar draagt nog meer bij tot de kwaliteit van de uitoefening van de functie. Bovendien bieden normen bescherming voor bedrijfsrevisoren die de uitgevaardigde regels correct hebben gevolgd, want hierdoor wordt de bevoegdheid van de rechter of van de toezichhoudende overheid beperkt om zelf *a posteriori* de omstandigheden en werkzaamheden voor de uitoefening van de signaalfunctie te bepalen die volgens hem van de bedrijfsrevisor werden vereist.

Thierry DUPONT  
Voorzitter IBR

Certes, toute normalisation comporte son lot d'obligations et son assortiment de sanctions, mais, bien plus, concourt à la qualité de l'accomplissement de la fonction et permet de protéger le réviseur d'entreprises qui aura correctement suivi les règles édictées, en réduisant le pouvoir du juge ou de l'autorité de supervision de définir lui-même ou elle-même, *a posteriori*, les circonstances et les diligences d'exercice de la fonction de signal qui étaient, à son estime, requises du réviseur d'entreprises.

Thierry DUPONT  
Président IRE

## “LIMITATIONS OF BENEFITS” (LOB) CLAUSES AS THE METHOD AGAINST TREATY SHOPPING?

FRANK DIERCKX

*Past-President of the Belgian Section of the International Fiscal Association*



### Background

#### A. Double Taxation Conventions as a means for avoiding double taxation

Since the conclusion in 1869 of the first double taxation convention (hereinafter “DTC”) (which then only contained eight articles, while current treaties generally contain about 30 articles) between two of the States of the German Empire (Prussia and Saxony) and the first DTC between two independent states (Austria/Hungary and Prussia) in 1899, the conclusion of bilateral treaties has been the methodology to prevent international double taxation. The basic principles which were incorporated into these first conventions<sup>1</sup>, moreover, still form part of the underlying principles of the current DTC’s.

The biggest development hereof, however, was started by the League of Nations in 1920, which as part of the reconstruction after the First World War set up an international conference in Brussels to deal with the consequences of the financial crisis caused by the Great War<sup>2</sup>.

Various Committees were set up around this Conference and although double taxation obviously was not the biggest problem that needed to be addressed, the League of Nations in 1921, made a resolution that amongst other things explicitly stated that *“there are grave objections ... to existing tax systems in so far they compel citizens and corporations of one country to pay taxes in more than one country in respect to the same taxable subjects ...”* and also that *“The possibility of an international convention regulating the matter should be considered.”*<sup>3</sup>

As a result, four economic experts were appointed to map the phenomenon of double taxation and to propose remedies to it. In 1923, their report was submitted to the League of Nations<sup>4</sup>.

The focus of the report was that double taxation was identified as “evil”<sup>5</sup> because it had a negative impact on economic relations and on the free movement of capital, which had to be restored just after the First World War. Various methods

1 For a discussion of these early developments, see Christian FREIHERR VON ROENNE, “The very beginning - The first tax treaties”, in *History of Tax Treaties* (ECKER & RESSLER editors), Linde verlag, 2011, p. 17; OSER & BRÄUNIG, “The History of German Double taxation Treaties”, (Vienna 2008).

2 League of Nations, International Conference Brussels 1920 – Proceedings of the Conference (vol 1) (Geneva, League of Nations, 1920) p. 3.

3 For an overview of these developments, see SUNITA JOGARAJAN, “Stamp Seligman and the drafting of the 1923 Experts’ Report on Double Taxation”, *World Tax Journal* 2013, nr. 3.

4 BRUINS, EINAUDI, SELIGMAN & STAMP, “Report on double taxation submitted to the financial committee to the League of Nations” (doc. E.F.S. 73.F.19); April 5, 1923, League of Nations.

5 *Idem*, see Introduction, second question asked to the experts.

were examined in order to remedy this, but the method that was proposed in the report was a pragmatic previously agreed allocation of fiscal powers on a bilateral basis depending on the basis of "source of the income" or the "place of residence" of the taxpayer<sup>6</sup>. It is still this method, which is used in all DTC's which are concluded today.

Since the choice was to conclude bilateral agreements it also became important to get as much consistency in such treaties as possible and it therefore was decided to start to develop a "model agreement" on which individual States could rely for their negotiations towards the conclusion of bilateral DTC's.

As a result hereof, the preparation was started of the first "model tax treaties" (see e.g. the 1943 Mexico and 1946 London drafts prepared by the League of Nations).

It was, however, the OECD, as successor to the OEEC (which after the Second World stepped in the footsteps of the League of Nations), that completed this task.

In 1963 the first OECD Model Tax Convention was presented. In 1977, a second Model was released and in 1992 a third completely revised Model. Since 1992 the OECD Model is published in loose-leaf form and is adjusted quasi annually. Since the first Model, it also comes with a "Commentary" (which is now likewise updated almost annually) to give further explanations relating to its operation. Other Model Conventions also appeared of which the UN Model focusing on developing countries is the best known<sup>7</sup>. Various national

model Conventions also have been made. Belgium for instance also has such a Model Convention since 2007, which reflects the fiscal policy of the Belgian authorities regarding the negotiation of DTC's<sup>8</sup>.

Based on all these different Models there are now already over 3.000 DTC's aiming at the avoidance of double taxation in force, of which Belgium has about 100<sup>9</sup>.

## B. And the fight against tax avoidance?

Based on the foregoing it should be clear that DTC's were and still are intended to foster cross-border investments via the elimination of double taxation.

The fight against tax avoidance or the fight against the so-called improper use of DTC's, to which this contribution refers, actually only appeared later and has even largely been addressed in an inconsistent manner and sometimes even without any legal basis or even contrary to the text of the treaties<sup>10</sup>.

Moreover, as DTC's grant "direct rights"<sup>11</sup> to taxpayers, they can, notwithstanding that such treaties are concluded between sovereign States (and hence should in principle only apply between those States), rely directly before a

6 Cf. Christiana HJI PANAYI, *Double taxation, tax treaties, treaty shopping and the EC*, Kluwer, p. 22; BRUINS, EINAUDI, SELIGMAN & STAMP, "Report on double taxation submitted to the financial committee to the League of Nations" (doc. E.F.S. 73.F.19); April 5, 1923, League of Nations, para 40.

7 For a discussion, see Stanley S. SURREY, "UN group experts and the guidelines for tax treaties between developed and developing countries", 19 *Harvard Int'l L. J.* 1978; Willem WIJNEN, "Towards a new UN Model", *Bulletin* 1998, p. 135; Willem WIJNEN & Marco MAGENTA, "The UN Model in Practice", *Bulletin* 1997,

p. 574; "Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters", October 2013 (prepared by IBFD), E/C.18/2013/CRP.18; see also "UN Handbook on selected issues in administration of double taxation tax treaties for developing countries", (UN 2013).

8 See [http://fiscus.fgov.be/interfafznl/fr/downloads/modStand\\_en.pdf](http://fiscus.fgov.be/interfafznl/fr/downloads/modStand_en.pdf); For a discussion, see: J. GOMBEER, "Orientations actuelles de la politique de la Belgique en matière de conventions préventives de la double imposition", 68 *Bulletin de la Documentation SPF Finances* 3 (2008), 137 ; L. DE BROE, "Belgium's Tax Treaty policy and the draft Belgian Model Convention", *Bulletin* 2008, p. 322.

9 For a list and texts of these treaties, see: <http://ccff02.minfin.fgov.be/KMWeb/document.do?method=view&id=f27d0741-fadb-4d00-a0a4-da516833769b#findHighlighted>.

10 Luc DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, IBFD doctoral thesis nr. 14, chapter 4.

11 F. DUMON, "De verhouding Internationaal Recht - Nationaal Recht", *TBP* 1981, p 14; see also Circular nr. AFZ/2004/0053 (AFZ 5/2004) d.d. 16.01.2004 (fisconet.plus), para 24-26.

Court on the provisions of those treaties to claim the benefits of such treaties, at least if they can “get access” to the treaty. The fact that treaties in many countries (including Belgium) have precedence over internal laws<sup>12</sup> and that this is also confirmed by the principle of “*pacta sunt servanda*” under international law<sup>13</sup>, further supports this phenomenon as a State can’t just like that enact legislation that would go against the explicit text of the treaty granting a certain benefit<sup>14</sup>. Obviously, this changes if the treaty contains an explicit clause allowing to deny the treaty benefits in certain circumstances (which is exactly what happens with LOB clauses – see below).

With regard to the “access” to DTC’s, these provide that they are applicable to “residents”<sup>15</sup> of both Contracting States that have signed the Convention. It is therefore necessary, but also sufficient, that a taxpayer can show he is a “resident” of either of the Contracting States in order to be able to get such “access” to the treaty and to be able to claim the benefits of the treaty.

In order to be a resident of a Contracting State (and thus gain access to the Conventions of that State) there must be a “person” (= referring generally to an individual or an entity) that “according to the law of that State” is “liable to tax” in that State on the basis of his “domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature”. The OECD Model Convention in 1977 added to this that this had to be on a “worldwide basis”.

12 Cf. Cass. 27 mei 1971, re « Franco Suisse Le Ski », *Pas.* 1971, I, 886, *Arr. Verbr. Cass.* 1971, 959.

13 See art. 31 of the Vienna Conventions on the law of treaties, for a discussion, see B. PEETERS, “Over het verdrag van Wenen inzake verdragsrecht”, *AFT* 1994, p. 165; A.G. BERCERRA, “The interpretational approaches to the Vienna convention - application to (tax) treaty analysis”, *Bulletin* 2011, nr. 10.

14 This was for instance explicitly ruled by the Belgian Supreme Court in the case against Art. 364bis ITC, see Cass. 5 December 2003, *FJF* 2004/64; see Luc DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, IBFD Doctoral Series, nr. 14, 2008, para. 54 p. 279; *Fiskoloog Internationaal* nr. 219, 28/2/2002, p. 1.

15 Cf. Art. 4 of the OECD Model Treaty.

DOUBLE TAXATION TREATIES WERE AND STILL ARE FIRST OF ALL INTENDED TO FOSTER CROSS BORDER INVESTMENTS VIA THE ELIMINATION OF DOUBLE TAXATION AND TAXPAYERS CAN GENERALLY DERIVE DIRECT RIGHTS FROM SUCH TREATIES. THE FIGHT AGAINST TAX AVOIDANCE ONLY APPEARED LATER AS A POTENTIAL GOAL FOR SUCH TREATIES AND THIS WAS IN MANY INSTANCES EVEN DONE WITHOUT A LEGAL BASIS IN THE TEXT OR CONTRARY TO THE TEXT OF THE TREATIES.

As a result, it is therefore sufficient to form a company in a State (which is subject to local corporate tax) in order to gain access to the network of DTCs of that State.

As a result of the above, and more in particular the existence of the advantages of DTC and the fact that taxpayers have direct rights to these benefits if they are residents of those States, the phenomenon of “treaty shopping” developed whereby residents of another State than the one who had concluded a tax treaty, set up an intermediate company in the State with the DTC in order to access this treaty.

The OECD gradually has started to take awareness hereof. In 1977 a first attempt to address this issue was to adapt the Model treaty via the inclusion in Arts. 10 to 12 of the treaty

(dealing with withholding taxes on dividends, interest and royalties) a clause providing that the reduced treaty withholding tax rates would only be granted if payments were made to the "beneficial owner"<sup>16</sup> of such interest, dividends or royalties. As a result hereof it for example became impossible to claim reduced treaty withholding tax rates if one operated as a nominee of the ultimate owner.

Various OECD studies were also devoted to the issue of treaty shopping in the late eighties<sup>17</sup> and in 2003 the OECD Commentaries (but actually not the text of the Model) were adapted to include various proposals to fight treaty abuses<sup>18</sup>.

As a result of these evolutions the arsenal of measures to counteract treaty shopping have become quite extensive, going from internal anti-abuse provisions that would also find their application in the application of DTC's to some specific proposals of clauses that may be included in DTC's<sup>19</sup>.

It is in this latter category that the LOB clause should be included<sup>20</sup>.

**LOB CLAUSES, WHICH ARE THE US ANSWER TO TREATY SHOPPING DENY ACCESS TO A TREATY IF THE CONDITIONS OF THE CLAUSE ARE NOT FULFILLED, DO NOT TEST THE "MOTIVES" OF THE TAXPAYER, NOR WHETHER THE TAXPAYER WILL BE EFFECTIVELY TAXED IN HIS RESIDENCY STATE ON HIS INCOME, BUT ASSESS VIA A NUMBER OF "MECHANICAL TESTS" IF A TAXPAYER SHOULD GET ACCESS TO THE TREATY BECAUSE HE HAS SUFFICIENT NEXUS TO THE STATE IN WHICH HE IS ESTABLISHED.**

## The LOB clause

### A. An American invention

The US has experienced a similar development as the OECD. "First", no attention was paid to the abuse of treaties but this gradually changed over the years. The first US Model Convention of 1976 for example contained in its Article 16 a provision which included a "motive" test (the treaty could be denied if the motive for the structure was treaty shopping).

However, it is mainly the effect of a "US congressional hearing" on the DTC with the Netherlands Antilles (which was mainly used by residents of other countries), that shaped the current "US tax treaty policy" relating to treaty shopping. As a result, the US published a

16 For a discussion, see F. DIERCKX in *Het Belgisch Nederlands Dubbelbelastingverdrag* (2e version), (B. PEETERS editor), Larcier, 2008, p. 183, 190 and legal doctrine cited.

17 See e.g. OECD, *Double Taxation and the use of base companies, 1987* & OECD, *Double Taxation and the use of conduit companies, 1987*.

18 Juan José ZORNOZA PÉREZ and Andres BAEZ, "The 2003 Revision to the Commentary, to the OECD Model on Tax Treaties and GAAR's : a Mistaken starting point", in *Tax Treaties : building bridges between law and economics* (IBFD) 2010; René MATTEOTTI, "Interpretation of Tax Treaties and domestic general anti-avoidance rules - a skeptical look at the 2003 OECD update to the OECD commentary", *Intertax* 2005, p. 336; Brian ARNOLD, "Tax treaties and tax avoidance : the 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model", *Bulletin* 2004, p. 244; JIMENEZ, "The 2003 Revision of the OECD Commentaries on the Improper use of tax treaties : a case for the declining effect of the OECD commentaries", *Bulletin* 2003, p. 17; P. G. VEGH, "The 2003 OECD Commentaries", *European Taxation*, 2003, p. 244.

19 OECD Model Commentary, Art. 1, "improper use of the Convention", para. 7 and following.

20 OECD Model Commentary, Art. 1, para. 20.

**LOB CLAUSES ARE OF AN UNPRECEDENTED COMPLEXITY AND CAN TAKE UP TO 20 % TO 25 % OF THE ENTIRE TEXT OF A TAX TREATY AND THERE ARE GENERALLY SOME SEVEN DIFFERENT CATEGORIES WITH EACH SEVERAL SUBCATEGORIES THAT HAVE TO BE REVIEWED, BUT IF ONE SATISFIES THE CONDITIONS OF ONE OF THOSE TESTS, ONE GETS ACCESS TO THE TREATY.**

completely new US model Convention in 1981 in which Article 16 was completely rewritten from the 1976 model and now contained a comprehensive LOB clause. The US Senate, moreover, in 1981 refused to approve the treaty as negotiated with Argentina because it did not contain an LOB clause. Such a clause was first included in the 1989 treaty with Germany<sup>21</sup> and since then is included in all US DTC's<sup>22</sup>. The treaty with Belgium for example, also contains such a clause (= Art. 21 of the Treaty).

## **B. General principles**

The LOB clause is not so much a provision which ascertains via a verification of the intention of the investor if he is treaty shopping, but rather contains both "mechanical" and "substantive"

21 Zie Reuven AVI-YONAH, "Who invented the single tax principle, an essay on the history of US Treaty policy", *NYULS Review*, 309 (2014-2015), p. 309, 313-315; see also Jonathan KIM, "the US-West Germany Income Tax Treaty, can Art. 28's LOB serve as a Model for the Treasury's anti-treaty shopping policy ?", in *Tax Lawyer*, Vol. 43, nr. 4, p. 983.

22 *Idem*, p. 316-317.

tests that assess whether the taxpayer can be granted "access" to the treaty because he either has sufficient "nexus" to the country or sufficient "business activities" in the residency State.

"The US technical explanations" of the 2006 US model even explicitly state that *"the clause does not rely on a determination of purpose or intention, but instead sets forth a series of objective tests. A resident of a Contracting State that satisfies one of the tests will receive benefits regardless of its motivation in choosing its particular business structure."*<sup>23</sup>

Similarly, the level of taxation in the residency State is irrelevant to determine whether the clause has been satisfied.

The provision also does not replace the general rules of the DTC and the taxpayer wishing to invoke the treaty therefore must still first of all demonstrate that he is a "resident" for the purposes of the Convention<sup>24</sup>.

The taxpayer furthermore must also prove that he is the "beneficial owner" of the relevant income (and thus is not acting as an agent or nominee for another person).

Finally, he must prove that he satisfies at least one of the tests from the LOB clause proving thereby that he is a "qualifying resident" for the treaty<sup>25</sup>.

It also should be noted that the clause is "self-executing" in the sense that it is not subject to any demand or ruling request, there is also not a form that needs to be stamped by the IRS like with our forms 276Div<sup>26</sup> for obtaining an exemption from withholding tax under our

23 2006 US Technical explanations to the 2006 Model, Art. 22, p. 63.

24 Application of Art. 4 of the OECD Model.

25 Art. 21(1) of the Belgian-US tax treaty for instance provides that : *"A resident of a Contracting State shall be entitled to benefits otherwise accorded to residents of a Contracting State by this Convention only to the extent provided in this Article."*

26 <https://eservices.minfin.fgov.be/myminfin-fininform/AppelPdfExt?id=2599>.



treaties and there are no special obligations imposed on the withholding tax agents to verify whether the LOB provision is satisfied<sup>27</sup>. The taxpayer who wants to benefit from a US treaty should simply complete a form (W8ben) where he has to tick a box stating that he satisfies the conditions of the LOB clause. Obviously, he must be prepared to answer any question and supply evidentiary documents relating to the election, if the IRS makes an audit on the form.

### C. Application

#### **General**

Before giving a summary of the LOB provision, it should be noted that LOB provisions are of an unprecedented complexity and size. In the Belgian-US DTC the single LOB provision for instance takes 20 % to 25 % of the entire text of the treaty which contains 29 articles in total.

A lot of Articles<sup>28</sup> and at least one doctoral thesis<sup>29</sup> have been written on LOB provisions. Any summary of the provision hence will be incomplete and one should always read carefully each LOB clause in the particular treaty that is being sought after.

However, notwithstanding the above and starting from the Belgian-US tax treaty, as a summary, the "seven" large categories discussed below can be distinguished<sup>30</sup>.

Moreover, these categories do not yet give the entire spectrum of the LOB clause as these categories actually encompass "three" different groups: *i.e.* (i) those that can benefit from the entire treaty; (ii) those that can benefit from certain provisions; and (iii) those who get a

special access depending on what is acceptable by the Competent Authority

Finally, the LOB clause also contains a clause to avoid access to the Treaty in so-called "triangular cases" (*i.e.* if an income item is allocated to a permanent establishment in a third country where the income would not be taxed or be taxed at a more advantageous regime versus the item being held directly = directed towards so-called "finance branches").

#### **Automatically approved residents**

The first category of residents that can get an automatic access to the treaty are:

- The individuals resident of one of the Contracting States (Art. 21(2)(a) of the Treaty);
- The Government of the two contracting States (*i.e.* the Contracting State, the political subdivisions of the State or the local authority thereof). It should be noted that "government entities" are not immediately covered by this category (Art. 21(2)(b) of the Treaty); and
- Not for profit organizations as mentioned in Art. 4(3) of the Treaty with special rules for the residence of the members or beneficiaries for pension funds (Art. 21(2) (d) of the Treaty).

#### **Quoted companies**

Quoted resident companies and 50 % or plus subsidiaries of quoted companies can also get a direct access to the Treaty, provided they are regularly traded on one of the stock exchanges listed in the Treaty and satisfy a substance/nexus test relating to their substantial presence in the country (art. 21(2)(c) of the Treaty). All of the above terms in turn being further defined in the Treaty and Technical explanations to the Treaty and these provisions and conditions inherent

27 See Felix Alberto VEGA BORREGO, *Limitations of Benefits Clauses in double Taxation Conventions*, Kluwer, 2005, para. 393, p. 234.

28 See e.g. the bibliography in the doctoral thesis cited below.

29 Felix Alberto VEGA BORREGO, *Limitations of Benefits Clauses in double Taxation Conventions*, Kluwer, 2005.

30 For a more extensive analysis, see A. BAX & F. DIERCKX, "Limitations of Benefits", in *The new Belgian-US Double Tax Treaty*, (Anne VAN DE VIJVER, editor), Larcier, 2009, p. 421.



in them would have to be reviewed carefully as they may even differ from treaty to treaty.

***Resident companies (satisfying the “ownership” and “base erosion” test)***

A third category getting direct access, are local resident companies provided that on at least half of the days of the year, they are directly or indirectly held for at least 50 % by ultimate beneficial owners (UBO) of the fore-mentioned categories (individuals, government institutions, not for profit organizations or quoted companies satisfying the tests described above) (= the “ownership test”) (Art. 21(2)(e)(i) of the Treaty).

It is hereby irrelevant, in case the Belgian company is held “indirectly” by the above UBO’s, where the intermediate entities are located. In other words, a Belgian company even if for instance held by a non EU company or even a tax haven company which in turn is held (for at least half of the days in a given year) for more than 50 % by Belgian resident individuals would be entitled to the BE-US treaty. The rationale for this being that the reason for setting up the intermediate company can’t be “US” treaty shopping as the Belgian individuals is able to set up the Belgian company directly and get access to the BE-US treaty.

On the other hand, “just” satisfying the above “ownership” test is not sufficient to get the automatic access as the Belgian company also would have to satisfy the “base erosion test” (Art. 21(2)(e)(ii) of the Treaty).

This test requires that the Belgian company pays or accrues “less” than half of its gross income in deductible payments that would be due to persons who are not qualifying residents of either contracting State (special rules applying for at arm’s length payments for services or financial obligations to non-related parties).

Although not restricted to this, this test actually wants to avoid “conduit financing structures” whereby a resident company that would be able to satisfy the “ownership test” would be financed via nonresidents that would not be able to access the treaty in question.

***Resident companies (with sufficient “trade or business” in the residency country)***

The conduct of a trade or business being able to form a sufficient nexus to the residency country irrespective of the residency of the UBO’s, the Treaty also contains a clause whereby a company having a (sufficient) trade or business in the country can qualify for the Treaty and this irrespective of for instance the residency of its shareholders.

Art. 21(4) of the Treaty provides in this respect that a resident of one of the Contracting States may get treaty benefits (for a certain item of income derived from the other contracting State) “if” (i) that resident is engaged in an active trade or business in its residence State (other than the making of investments ...); (ii) the item of income in the source State is incidental or connected to the trade or business in the residence State; and (iii) provided the trade or business in the residency State is substantial in relationship to the trade or business in the source State.

Again, each of the above terms is then defined in the Treaty and Technical explanations and has to be reviewed carefully.

***Headquarter companies***

A final category that allows automatic full access to the Treaty are the so-called “headquarter companies” having sufficient “nexus” to the country of residence (Art. 21(5) of the Treaty).

This category, which is not present in all US treaties, is a sort of subcategory of the active

trade or business test in that it recognizes that a "headquarter function" (provided it has sufficient substance and nexus to the country) can be treated as some sort of active trade or business of its own allowing access to the Treaty.

The test, which is hard to meet, is very mechanical and in order to satisfy this test, the Headquarter company must:

- be subject to the ordinary taxation regime in its country of residence;
- carry on a substantial part of the overall supervision and administration of the group (note: financing is included herein but may not be the sole activity);
- belong to a group with companies resident in and conducting an active trade or business in at least 5 countries, which moreover generate 10 % of the total profits, while there may not be a country (other than the country of the headquarter company) that generates 50 % of the groups gross income and no more than 25 % of such gross receipts may be derived from the other Contracting State; and
- the income generated in the "other Contracting State" must be derived in connection to or be incidental to an active trade or business.

### ***Derivative benefits test***

The idea behind this test (Art. 21(3) of the Treaty) is to grant treaty access to a resident company provided its non-resident shareholders are from a country where they would have received equal or better treatment if the investment would have been made directly from that country.

As the non-resident shareholders would have been able to get similar (or even better) treatment in the country where their residence is established, setting up the Belgian company can again never have been made to allow "US" treaty shopping as the same treatment would

**LOB CLAUSES, WHICH HAVE BEEN A US INVENTION, WHICH UP TO NOW CAN GENERALLY ONLY BE FOUND IN US TREATIES, COULD VERY WELL SPREAD OVER TO OTHER TREATIES AS THE OECD IS NOW ALSO PROMOTING SUCH CLAUSES IN THE FIGHT AGAINST TREATY SHOPPING. THE COMPATIBILITY OF LOB CLAUSES WITH EU LAW AND THE FUNDAMENTAL FREEDOMS IS, HOWEVER, STILL TO BE ESTABLISHED.**

already have been accessible from the home country and hence access to the treaty can be granted to the Belgian company.

At the same time such access is not granted to anyone who might be able to demonstrate the above, but only in certain very precise mechanical cases. The test is therefore again very complex, but boils down (subject to certain specific requirements) to granting Treaty access to the Belgian resident company if the Belgian company:

- is held (directly or indirectly) for at least 95 % by 7 or fewer shareholders;
- who are residents of the EU, Nafta or Switzerland;
- who are able to fully benefit from a comprehensive tax treaty in their own residency countries (*i.e.* they must be qualifying residents under their home country treaty with the US); and

- the treaty of the home country must grant the shareholders (if they would have held the investment in the US directly and not via Belgium) to benefit from a withholding tax that is equal or lower than the one provided for under the Belgian-US treaty.

The impact hereof is for instance that if a Belgian company holding a US company is held by an Italian shareholder it would not be possible to benefit from the BE-US treaty on interests as the withholding tax rate under the Italian-US treaty is higher than under the Belgian-US treaty. On the other hand, a Swedish quoted company holding a Belgian company which would lend funds to the US group company would be able to benefit from the US treaty as both the Belgian-US and the Swedish-US treaty provide for a withholding tax exemption on interest.

### **Competent Authority approved residents**

A final possibility, if one can't satisfy one of the formal tests described above, is to apply to the Competent Authorities and show that one is not shopping the Treaty. If this can be substantiated a special ruling relating to the access of the Treaty can be delivered (art. 21(7) of the Treaty).

### **Future developments?**

Although the LOB provision, as discussed above, is a US invention which up to now can generally only be found in US treaties, it could very well be that it will spread to other treaties in the future.

Indeed, the OECD in 2003 already has inserted a US inspired LOB clause in its Commentaries to Art. 1 of the Model as an "optional clause" that treaty negotiators can include in a tax treaty.

In other words, also the OECD now sees LOB clauses as an efficient method to combat treaty shopping.

Moreover, in Action 6 of the OECD BEPS program ("*preventing granting treaty benefits in inappropriate circumstances*"<sup>31</sup>) the concept of "treaty shopping" was recently also addressed. The OECD thereby defined it as "*Strategies through which a person who is not a resident of a State attempts to obtain benefits that a tax treaty concluded by that State grants to residents of that State, for example by establishing a letterbox company in that State*"<sup>32</sup>. The report moreover proposes that future treaty negotiators should consider a LOB clause while negotiating or renegotiating tax treaties.

Of course the above definition is far too vague since many bona fide transactions that clearly are not abusive could be included in this definition, but the general idea of what the OECD is referring to can be inferred from this definition.

It therefore, especially in today's times where multinationals' planning activities are looked at very negatively, looks as if LOB clauses could see a renewed interest.

At the same time, this could then also revive another question which is to know whether such clauses are even compatible with EU law. This is also a highly technical and complicated issue and a full analysis would lead too far<sup>33</sup>, but it should be observed that such challenge, even if successful before the European Court of Justice, will likely not be very useful as the LOB clauses today are meant to allow the US to safeguard its taxing interests and the US would never accept the impact of such ECJ decision.

31 [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report\\_9789264241695-en#page1](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report_9789264241695-en#page1).

32 OECD BEPS action nr. 6, "Preventing the granting of Treaty Benefits in Inappropriate circumstances", p. 9; see : [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report\\_9789264241695-en#page1](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report_9789264241695-en#page1).

33 See A. BAX & F. DIERCKX, "Limitations of Benefits", in *The new Belgian-US Double Tax Treaty*, (Anne VAN DE VIJVER, editor), Larcier, 2009, p. 421, 447 and legal doctrine cited.

On the other hand, this could change if EU member States would start to include and apply such clauses in their respective tax treaties and it is therefore likely that we will still see a lot of developments relating to the LOB clauses.

### LOB clauses – abbreviations

ATAD: Anti-Tax Avoidance Directive (EU)  
EU European Union  
DTC: Double Taxation Convention

IRS: Internal Revenue Service (USA)  
BEPS: Base Erosion and Profit Shifting (OECD)  
LOB: Limitations Of Benefits  
NAFTA: North American Free Trade Agreement  
OECD: Organisation for Economic Co-operation and Development  
OEEC: Organisation for European and Economic Co-operation  
UBO: Ultimate Beneficial Owner  
UN: United Nations  
US: Unites States (of America)

### Résumé

La « lutte contre les abus fiscaux », qui intervient désormais dans tous les aspects du débat public et fait aussi partie des développements de l'OCDE (BEPS) et de l'UE (ATAD), n'a fait son apparition que récemment dans les conventions fiscales. Elle a longtemps été vue comme un objectif de ces conventions, sans être véritablement intégrée dans les textes.

Les contribuables pouvaient même – et peuvent encore – tirer des « droits directs » de ces conventions. Dans des pays comme la Belgique, où les conventions internationales priment sur le droit national, ils peuvent généralement se prévaloir des avantages de ces conventions, malgré les affirmations selon lesquelles les conventions visent à lutter contre l'évasion fiscale.

A la fin des années 1970, les États-Unis ont commencé à s'attaquer aux pratiques visant à éluder l'impôt grâce au chalandage fiscal et ont petit à petit développé « leur propre solution » pour lutter contre ces techniques. À l'heure actuelle, cette solution est intégrée dans toutes les conventions fiscales négociées par les États-Unis par le biais d'une clause générale de « limitation des avantages » (LOB).

### Samenvatting

De "strijd tegen belastingfraude" die tegenwoordig alomtegenwoordig is in het publieke debat en die ook deel uitmaakt van de ontwikkelingen langs de kant van de OESO (BEPS) en de EU (ATAD), is in feite slechts een recenter fenomeen op het vlak van belastingverdragen en werd lange tijd zelfs gezien als doel van belastingverdragen, hoewel het in de praktijk niet werd opgenomen in de tekst van dergelijke verdragen.

Belastingbetalers hadden zelfs en hebben nog steeds "directe rechten" die zij van zulke verdragen kunnen afleiden en in landen zoals België waar internationale verdragen prevaleren op interne wetten, kunnen ze doorgaans aanspraak maken op de voordelen van dergelijke verdragen, ondanks alle claims die stellen dat de verdragen net bedoeld zijn om belastingontwijking tegen te gaan.

Sinds het einde van de jaren zeventig is men in de VS echter begonnen met het aanpakken van belastingontwijking via verdragshoppen en is het land er zo geleidelijk aan in geslaagd om een "eigen oplossing" te ontwikkelen om verdragshoppen tegen te gaan. Alle huidige VS-verdragen bevatten deze oplossing die via een uitgebreide "limitation of benefits"- of LOB-clausule (beperking van verdragsvoordelen) werkt, die wordt

Ces clauses de limitation des avantages sont extrêmement complexes et s'appuient sur des « tests mécaniques » visant à déterminer si un contribuable qui affirme être résident d'un pays partie à la convention possède « aussi » un « lien » suffisant ou des « activités économiques » suffisantes dans le pays de résidence. Les États-Unis ne donneront accès à leur réseau de conventions que si tel est le cas.

Si, jusqu'à présent, ces clauses de limitation des avantages n'étaient présentes que dans les conventions américaines, elles pourraient désormais s'étendre aussi à d'autres conventions, l'OCDE ayant déclaré dans son programme BEPS que les clauses LOB pourraient être un bon outil contre le chalandage fiscal. Les personnes concernées par des conventions fiscales ont donc tout intérêt à se familiariser avec ces clauses, même si elles n'ont encore jamais eu affaire aux conventions fiscales américaines.

opgenomen in elk belastingverdrag waarover de VS tegenwoordig onderhandelingen aanknoopt.

Dergelijke LOB-clausules zijn bijzonder complex en vertrouwen op "*mechanische tests*" om na te gaan of een belastingbetaler die beweert een ingezetene te zijn van een verdragland, "ook" voldoende 'banden' of "bedrijfsactiviteiten" heeft met of in het land van verblijf. Alleen wanneer dat inderdaad het geval is, zal de VS toegang verlenen tot haar netwerk van verdragen.

Hoewel dergelijke LOB-clausules tot nog toe alleen in Amerikaanse verdragen voorkwamen, is de kans vandaag reëel dat we ze naar de toekomst toe ook in andere verdragen zullen aantreffen, aangezien de OESO in haar BEPS-programma verklaard heeft dat LOB-clausules een goed hulpmiddel zouden kunnen vormen tegen verdragshoppen. Iedereen die met belastingverdragen te maken heeft, zou er bijgevolg goed aan doen om zich vertrouwd te maken met dergelijke clausules, zelfs wanneer hij tot nu toe nog niet te maken kreeg met VS-belastingverdragen.

## EMIR, NOUVELLES OBLIGATIONS ET NOUVELLES MISSIONS POUR LES RÉVISEURS D'ENTREPRISES

### THIERRY DUPONT

*Président de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises*



**Depuis 2012, l'Europe s'est dotée d'une réglementation destinée à réduire les risques liés aux instruments dérivés, prévoyant un certain nombre d'obligations pour les entreprises qui recourent à de tels instruments ; la Belgique vient de renforcer les mesures de contrôle du respect de ces obligations prévues dans la réglementation européenne et implantées en droit belge en 2014 ; ces mesures de contrôle renforcées engendrent de nouvelles obligations et missions pour les réviseurs d'entreprises.**

EMIR est l'acronyme de « *European Market Infrastructure Regulation* » ; il s'agit du règlement européen n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux (ci-après « règlement EMIR »).

Il sera fait état ici des obligations faites par le règlement EMIR uniquement en ce qui concerne les entreprises qualifiées de « contreparties non financières », telles que définies infra, ainsi qu'à leur commissaire, et non des obligations faites aux contreparties financières, aux contreparties centrales et aux référentiels centraux visés également par le règlement EMIR, car seules les contreparties non financières et leur commissaire sont visés par les nouvelles

obligations et missions abordées dans la présente contribution.

L'évocation de ces obligations « EMIR » faites aux contreparties non financières sera synthétique, car l'analyse détaillée de ces obligations, qui existent depuis plusieurs années, n'est pas l'objectif de la présente contribution, qui est bien davantage de disséquer les nouvelles obligations et missions du réviseur d'entreprises et de mettre en exergue leurs aspects les plus significatifs ou particuliers.

### Le règlement EMIR

Ce règlement, qui a été adopté dans la foulée de la crise financière de 2008, vise à réduire les risques liés aux instruments dérivés et à renforcer le cadre de la surveillance du secteur financier de l'Union européenne afin de réduire le risque de crises financières futures et leur gravité ; l'objectif fut ainsi de « rendre les marchés de produits dérivés plus efficaces, plus sûrs et plus solides »<sup>1</sup>.

Il fut en effet constaté que les contrats dérivés de gré à gré manquaient de transparence, car négociés sur une base privée, et que les informations les concernant n'étaient

1 Considérant (2) du règlement EMIR.



généralement accessibles qu'aux parties contractantes. Ces contrats créent un réseau d'interdépendances complexe, de sorte qu'il peut être difficile de déterminer la nature et le niveau des risques encourus. La crise financière a démontré que ces caractéristiques augmentaient l'incertitude en période de tensions sur les marchés et constituaient donc un risque pour la stabilité financière<sup>2</sup>.

Le règlement EMIR prévoit des conditions visant à atténuer ces risques et à améliorer la transparence des contrats dérivés. Il avait en effet été décidé lors d'une réunion du G-20 en 2009 que tous les contrats dérivés de gré à gré standardisés devraient être soumis à une obligation de compensation par une contrepartie centrale, et que les contrats dérivés devraient être déclarés à des référentiels centraux.

Ce règlement EMIR s'applique à toutes les entreprises, quels que soient leur taille ou leur secteur d'activité, quels que soient les produits dérivés négociés et les modalités de réalisation de ces opérations. Rappelons que ce règlement est d'application directe dans l'Union européenne et ne nécessite pas de législation nationale transpositive.

Il prévoit des obligations particulières pour les contreparties non financières. Nous en faisons ci-après un bref résumé, certes non exhaustif.

De la **contrepartie non financière**, le règlement EMIR donne une définition sous une forme négative, désignant de la sorte toute entreprise *qui n'est pas* :

- une « contrepartie centrale », c'est-à-dire une personne morale qui s'interpose entre les contreparties à des contrats négociés sur un ou plusieurs marchés financiers, en devenant l'acheteur vis-à-vis de tout vendeur et le vendeur vis-à-vis de tout acheteur ;
- une entreprise d'investissement, un établissement de crédit, une entreprise

d'assurance ou de réassurance, un OPCVM, une institution de retraite professionnelle, ou un fonds d'investissement alternatif<sup>3</sup>.

Il s'agit donc d'une catégorie résiduelle, *mais qui concerne la toute grande majorité des entreprises*. On remarquera qu'une entreprise ne doit pas nécessairement recourir à des instruments dérivés pour être une « contrepartie non financière ».

Par ailleurs, il convient de préciser qu'au sens du droit européen, l'entreprise est définie comme toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement. C'est le fait d'offrir des biens ou des services sur un marché donné qui caractérise la notion d'activité économique. On aura dès lors égard au fait que les *associations et fondations* qui exercent une telle activité sans nécessairement avoir un but lucratif, sont également soumises au règlement EMIR lorsqu'elles concluent des contrats dérivés.

Se pose évidemment la question de savoir comment définir les **contrats dérivés**.

À la base, un contrat dérivé est un contrat entre deux parties, un acheteur et un vendeur, qui fixe des flux financiers futurs fondés sur ceux d'un actif sous-jacent, réel ou théorique, généralement financier. Les contrats dérivés sont une famille de produits financiers qui regroupe principalement les options, les futures, les swaps et leurs combinaisons, produits qui sont tous liés à d'autres actifs (action, obligation, matière première, taux d'intérêt, indice, ...) dont ils sont par construction inséparables : options sur une action, contrat à terme sur un indice, etc. ; leur valeur dépend et dérive de celle de ces autres actifs<sup>4</sup>.

Le contrat dérivé est un contrat qui ne demande pas – ou de manière non significative

2 Considérant (4) du règlement EMIR.

3 Article 2, 9) du règlement 648/2012, précité.

4 Cf. notamment le Lexique financier VERNIMMEN.



– de placement net initial, et dont le règlement s'effectue à une date future.

Le contrat dérivé est qualifié de *contrat dérivé de gré à gré*<sup>5</sup> lorsque son exécution n'a pas lieu sur un marché réglementé.

Sur le plan pratique, les contrats dérivés visés par le règlement EMIR sont tous les produits dérivés qualifiés d'instruments financiers au sens de MiFID (Markets in Financial Instruments Directive, directive 2004/39/EC). Il s'agit des produits décrits aux points 4 à 10 de la section C de l'annexe 1 de la directive 2004/39/CE, en combinaison avec les articles 38 et 39 du règlement (CE) n° 1287/2006. Plus précisément, il s'agit des produits suivants<sup>6</sup> :

«

- (4) **Contrats** d'option, contrats à terme, contrats d'échange, accords de taux futurs et tous autres contrats dérivés **relatifs à des valeurs mobilières**, des monnaies, des taux d'intérêt ou des rendements ou autres instruments dérivés, indices financiers ou mesures financières qui peuvent être réglés par une livraison physique ou en espèces.
- (5) **Contrats** d'option, contrats à terme, contrats d'échange, accords de taux futurs et tous autres contrats dérivés **relatifs à des matières premières qui doivent être réglés en espèces** ou peuvent être réglés en espèces à la demande d'une des parties (autrement qu'en cas de défaillance ou d'autre incident provoquant la résiliation).
- (6) **Contrats** d'option, contrats à terme, contrats d'échange et tout autre contrat dérivé **relatifs à des matières premières qui peuvent être réglés par livraison physique**, à condition qu'ils soient **négociés sur un marché réglementé** et/ou un MTF.
- (7) **Contrats** d'option, contrats à terme, contrats d'échange, contrats à terme ferme (« forwards ») et tous autres contrats

dérivés **relatifs à des matières premières qui peuvent être réglés par livraison physique**, non mentionnés par ailleurs [au point 6 ci-dessus], et non destinés à des fins commerciales<sup>7</sup>, qui présentent les caractéristiques d'autres instruments financiers dérivés en tenant compte de ce que, notamment, ils sont compensés et réglés par l'intermédiaire d'organismes de compensation reconnus ou font l'objet d'appels de marge réguliers.

- (8) Instruments dérivés servant au transfert du risque de crédit.
- (9) Contrats financiers pour différences (« financial contracts for differences »).
- (10) Contrats d'options, contrats à terme, contrats d'échanges, accords de taux futurs et tous autres contrats dérivés relatifs à des variables climatiques, à des tarifs de fret, à des autorisations d'émissions ou à des taux d'inflation ou d'autres statistiques économiques officielles qui doivent être réglés en espèces ou peuvent être réglés en espèces à la demande d'une des parties (autrement qu'en cas de défaillance ou d'autre incident provoquant la résiliation), de même que tous autres contrats dérivés concernant des actifs, des droits, des obligations, des indices et des mesures non mentionnés par ailleurs dans la section C [de l'annexe 1 du règlement 2004/39/CE], qui présentent les caractéristiques d'autres instruments financiers dérivés en tenant compte de ce que, notamment, ils sont négociés sur un marché réglementé ou un MTF, sont compensés et réglés par l'intermédiaire d'organismes de

5 En anglais : « OTC », pour *over-the-counter*; le néerlandais utilise le même acronyme.

6 Communiqué IRE du 5 mars 2015.

7 Art. 38.4 du règlement 1287/2006 de la Commission du 10 août 2006 portant mesures d'exécution de la directive 2004/39/CE : « Un contrat est considéré comme étant destiné à des fins commerciales au sens du point 7 et comme n'ayant pas les caractéristiques des « autres instruments financiers dérivés » au sens des points 7 et 10, lorsqu'il est conclu avec ou par un opérateur ou un administrateur d'un réseau de transmission d'énergie, d'un mécanisme d'ajustement des flux énergétiques ou d'un réseau d'oléoducs, et qu'il est nécessaire pour équilibrer l'offre et la demande d'énergie à un moment donné. »

*compensation reconnus ou font l'objet d'appels de marge réguliers*<sup>8</sup>.

».

Le règlement EMIR érige **trois grands types d'obligations** pour les contreparties non financières :

- **déclaration de toutes les transactions** relatives aux contrats dérivés auprès d'un référentiel central ;
- compensation via une contrepartie centrale des contrats dérivés de gré à gré, lorsque les seuils de compensation sont dépassés ;
- mise en place de techniques d'atténuation des risques pour les contrats dérivés de gré à gré non compensés via une contrepartie centrale.

De manière plus précise :

- a) Toutes les opérations portant sur des produits dérivés, qu'ils soient négociés de gré à gré ou sur une plate-forme, doivent être déclarées auprès d'un référentiel central, et ce au plus tard le jour ouvrable suivant. Chacune des deux contreparties à une telle transaction doit effectuer la déclaration.

Depuis le 12 février 2014, tous les contrats conclus ou modifiés doivent faire l'objet de cette déclaration. Ce même 12 février 2014 devaient également être déclarés tous les contrats en cours. Par ailleurs, tous les contrats en cours au 16 août 2012, date d'entrée en vigueur du règlement EMIR, ou conclus à partir de cette date, mais échus avant le 14 février 2014 devaient être déclarés pour le 14 février 2017 au plus tard.

La déclaration peut être déléguée à l'autre contrepartie ou à un tiers, tel qu'une banque ; il est souvent recouru à une telle délégation. La liste des référentiels centraux peut être obtenue sur le site internet de l'ESMA.

- b) Les obligations sont en outre renforcées **lorsqu'un des seuils de compensation est dépassé**.

Lorsqu'un des seuils de compensation est dépassé pour l'ensemble des contrats dérivés de gré à gré faisant partie d'un même type de contrats, tous les nouveaux contrats dérivés de gré à gré faisant partie de ce groupe doivent être compensés auprès d'une contrepartie centrale.

*La compensation est « le processus consistant à établir des positions, notamment le calcul des obligations nettes, et visant à assurer que des instruments financiers, des espèces, ou les deux sont disponibles pour couvrir les expositions résultant de ces positions »*<sup>9</sup>.

Les *seuils de compensation* sont fixés par voie de règlement délégué et varient de 1 à 3 milliards EUR selon le type de contrats<sup>10</sup>. Le dépassement de ce seuil est calculé par référence à la position moyenne mobile sur trente jours. Des règles spécifiques s'appliquent aux groupes de sociétés, concernant le calcul consolidé des positions et la prise en compte des opérations intra-groupe.

Seules les positions qui ne contribuent pas à la réduction des risques liés aux activités commerciales ou aux activités de financement de la trésorerie doivent être prises en compte dans ce calcul, effectué globalement au niveau du groupe auquel appartient la contrepartie, de sorte que nombre de contrats échappent à l'obligation de compensation. Ainsi, les produits utilisés à des fins de couverture ne sont pas pris en compte pour le calcul du seuil de compensation obligatoire.

Comme indiqué ci-avant, la contrepartie centrale, auprès de laquelle la compensation doit être effectuée, s'interpose entre les deux

8 Cf. précisions apportées à l'article 39 du règlement 1287/2006, précité.

9 Art. 2, 3) du règlement EMIR.

10 Art. 11 du règlement délégué 149/2013 du 19 décembre 2012.

parties d'un contrat de gré à gré, et garantit ainsi aux participants du marché la bonne fin de leurs opérations. Elle est soumise à des exigences strictes de gestion des risques, et impose, appelle et collecte des marges auprès de ses membres sur une base à minima quotidienne.

Par ailleurs, la FSMA et l'ESMA doivent être informées de tout franchissement de seuils (à la hausse comme à la baisse).

- c) Pour les contrats de dérivés de gré à gré qui ne font pas l'objet d'une compensation<sup>11</sup> telle que décrite ci-avant, il y a lieu de **mettre en place des techniques d'atténuation des risques** ; plus précisément, les contreparties non financières doivent veiller à disposer de procédures et de dispositifs permettant de mesurer, de surveiller et d'atténuer le risque opérationnel et le risque de crédit de la contrepartie, dont notamment :
- confirmation des contrats « rapide et, lorsque c'est possible, par des moyens électroniques ». La confirmation est un accord juridiquement contraignant sur tous les termes d'un contrat de dérivés de gré à gré. La confirmation doit être exécutée dans un délai maximum fixé, selon les cas, entre 1 et 7 jours ;
  - réconciliation des portefeuilles, selon une fréquence qui dépend du nombre de contrats en cours avec la contrepartie ;
  - valorisation quotidienne des contrats en cours lorsque le seuil de compensation est dépassé ;
  - compression des portefeuilles lorsque le nombre de contrats non compensés avec une contrepartie dépasse 500 ; et
  - échange de collatéral pour les contrats non compensés lorsque le seuil de compensation est dépassé. Les transactions intragroupe sont, sous

certaines conditions, exemptées de l'obligation d'échange de collatéral.

Enfin, le règlement EMIR prévoit la mise en place par les états membres d'un **régime de sanctions** applicables aux violations des dispositions du Titre II du règlement EMIR et les états membres doivent prendre toutes mesures nécessaires pour assurer la mise en œuvre de celles-ci. Ces sanctions comportent au minimum des amendes administratives. Les sanctions ainsi prévues doivent être appliquées de manière efficace, proportionnée et dissuasive.

### Les caractéristiques de l'implémentation belge

Le règlement EMIR requiert des Etats membres qu'ils mettent en place un régime de supervision et un système de sanctions<sup>12</sup>. Ce fut l'objet de la loi du 25 avril 2014, qui a remplacé l'article 22 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers et qui y a inséré les articles 22*bis* à 22*quater*. La supervision des contreparties non financières non soumises au contrôle prudentiel de la BNB est confiée à la FSMA, qui reçoit également la compétence d'émettre des injonctions et d'infliger astreintes, amendes, et autres sanctions.

En outre, la loi du 25 décembre 2016 transposant la directive 2014/91/UE et portant des dispositions diverses, publiée au Moniteur belge du 30 décembre 2016 et entrée en vigueur le même jour, a complété le dispositif de surveillance en insérant à l'article 22*bis* de la loi du 2 août 2002 des obligations pour les commissaires des contreparties non financières et en donnant la possibilité à la FSMA de se faire assister par des réviseurs d'entreprises pour, notamment, identifier les contreparties non financières soumises aux dispositions du règlement EMIR.

11 En ce compris les contrats conclus alors que le seuil de compensation était dépassé, mais qui n'ont pas été soumis à l'obligation de compensation.

12 Art. 22.3 du règlement EMIR.

## Les nouvelles obligations et missions des réviseurs d'entreprises

Dans le cadre de l'implémentation belge du règlement EMIR, les commissaires de contreparties non financières qui recourent à des instruments financiers dérivés doivent respecter deux nouvelles obligations, résultant des articles 96<sup>13</sup> et 97 de la loi du 25 décembre 2016, précitée.

### 1) Fonction de signal

Les commissaires de contreparties non financières qui constatent des décisions ou des faits qui peuvent constituer une violation des dispositions du règlement EMIR en informent de manière circonstanciée les dirigeants de la contrepartie non financière.

Si dans un délai de trois mois à dater de cette information, la contrepartie non financière ne prend pas les mesures nécessaires pour se conformer aux règles concernées, les réviseurs d'entreprises en informent d'initiative, par écrit, la FSMA.

Il convient de considérer que par « dirigeants de la contrepartie non financière » il y a lieu d'entendre « l'organe de gestion ».

Cette nouvelle disposition soulève notamment les questions suivantes :

a) Quelles sont les entités visées ?

L'obligation de signal est faite aux « *réviseurs d'entreprises... dans l'exercice de leurs fonctions de commissaire auprès de contreparties non financières qui relèvent du contrôle de la FSMA conformément aux articles 130 et suivants du Code des sociétés* ».

Y sont donc tenus les commissaires nommés en application de l'article 130 du Code des sociétés

par toute société, association ou fondation<sup>14</sup>, qui est une « contrepartie non financière », c'est-à-dire qui n'est pas une contrepartie financière ou une contrepartie centrale (*cf. supra*).

Les termes « qui relèvent du contrôle de la FSMA » font référence à l'article 22bis, § 1<sup>er</sup> de la loi du 2 août 2002 précitée, qui octroie à la FSMA la compétence de veiller au respect du Titre II du règlement EMIR par les contreparties financières et non financières qui ne relèvent pas du contrôle de la BNB ; ces dispositions ne concernent donc pas les commissaires de contreparties non financières qui relèvent du contrôle prudentiel de la BNB.

b) Qu'entend-on par « constater » des décisions ou des faits qui peuvent constituer une violation des dispositions du règlement EMIR ?

La question principale qui se pose est de déterminer si le commissaire doit rechercher activement si des infractions ont été commises dans l'application de la réglementation EMIR, ou s'il pourra se limiter à constater de manière incidente, à l'occasion des contrôles exécutés dans le cadre de son mandat de commissaire et sur la base des informations réunies à cette occasion, de telles infractions ?

À l'évidence, il ne découle pas de la loi que le commissaire a l'obligation de rechercher activement les infractions éventuellement commises. Au demeurant, une telle obligation engendrerait des diligences d'audit supplémentaires significatives et une augmentation du coût de l'audit.

Ce n'est que si le commissaire constate une infraction au cours de ses contrôles en tant que commissaire qu'il devra exercer sa fonction de signal. Il ne lui revient pas de la rechercher ;

<sup>13</sup> Complétant l'article 22bis de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers.

<sup>14</sup> Les art. 17, § 7, 37, § 7 et 53, § 7 de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes renvoient à l'art. 130 du Code des sociétés.

c'est une **mission de vigilance**, et non une mission de contrôle.

Un parallèle peut à cet égard être fait avec diverses autres situations, dans lesquelles le commissaire a également une fonction de signal :

- la loi sur la continuité des entreprises<sup>15</sup> et l'article 138 du Code des sociétés, en cas de constatation de menaces sur la continuité de l'entreprise ;
- la réglementation anti-blanchiment, et l'obligation d'informer la CTIF en cas de soupçon de blanchiment ou de financement du terrorisme ;
- le règlement audit<sup>16</sup>, qui requiert du commissaire d'une entité d'intérêt public<sup>17</sup> :
  - o de signaler au Collège de supervision des réviseurs d'entreprises<sup>18</sup> tout soupçon d'irrégularités, y compris des fraudes, concernant les états financiers de l'entité contrôlée, lorsque l'entité n'enquête pas sur ces irrégularités après qu'elle en ait été informée par l'auditeur<sup>19</sup> ;
  - o de signaler rapidement au Collège de supervision des réviseurs d'entreprises toute information dont le commissaire a eu connaissance lors de son contrôle légal et qui peut entraîner un problème de continuité de l'exploitation ou l'émission d'une opinion qualifiée<sup>20</sup> ; et

15 A l'heure d'écrire la présente contribution, l'avant-projet de loi relatif à la création du Livre XX du Code de droit économique, relatif à l'insolvabilité et transférant dans ce Livre la loi sur la continuité des entreprises n'a pas encore été déposé au Parlement.

16 Art. 12 du règlement 537/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux exigences spécifiques applicables au contrôle légal des comptes des entités d'intérêt public et abrogeant la décision 2005/909/CE de la Commission.

17 En Belgique, la définition de l'entité d'intérêt public a été inscrite dans l'article 4/1 du Code des sociétés par la loi du 7 décembre 2016; il s'agit des sociétés cotées sur un marché réglementé, des établissements de crédit, des entreprises d'assurances et des organismes de liquidation.

18 Autorité compétente désignée en Belgique pour exercer la supervision sur les réviseurs d'entreprises en application de l'article 20 du règlement audit, créée par l'article 32 de la loi du 7 décembre 2016 portant organisation de la profession et de la supervision publique des réviseurs d'entreprises.

19 Art. 7 du règlement audit.

20 Art. 12 du règlement audit.

- la fonction de signal des commissaires et réviseurs agréés auprès de la FSMA<sup>21</sup> et de la BNB<sup>22</sup> dans le cadre du contrôle prudentiel, qui est proche, mais respectivement à l'égard de la FSMA et de la BNB, de celle dévolue aux commissaires d'entités d'intérêt public à l'égard du Collège de supervision des réviseurs d'entreprises.

Toutes ces réglementations comportent une obligation de déclaration en cas de constatation d'une situation particulière, et non une obligation de recherche d'une infraction ou d'une problématique particulière.

On ne perdra cependant pas de vue que la frontière entre « constate » ou « a constaté » d'une part, et « aurait dû constater » d'autre part est ténue, d'autant plus que l'écart entre les attentes des parties prenantes (le commissaire doit réduire, voire empêcher l'occurrence des situations visées) et la réalité (la fonction de signal est un produit incident de la fonction de commissaire et de la vigilance qui en découle) est grand, c'est le classique *expectation gap* dont les commissaires sont coutumiers.

c) L'infraction doit-elle être établie ?

Selon l'article 22bis, § 3 de la loi du 2 août 2002 telle que modifiée par l'article 96 de la loi du 25 décembre 2016 précitée, la constatation doit porter sur « des décisions ou des faits qui peuvent constituer une violation des dispositions du Règlement EMIR ».

Les termes « peuvent constituer » laissent entendre qu'une certitude n'est pas requise, qu'un soupçon suffit. L'envie nous vient de renvoyer à la littérature relative à la réglementation anti-blanchiment, qui requiert

21 Voir notamment la circulaire FSMA\_2014\_17 du 19 décembre 2014 ; cette fonction de signal est calquée sur celle du règlement audit, précitée.

22 Voir notamment : article 55, alinéas 1<sup>er</sup> et 3, de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et la section E. de la circulaire NBB\_2012\_16 du 21 décembre 2012.

que dès lors que l'on sait *ou soupçonne* qu'une opération est liée au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme, il convient d'en informer la Cellule de traitement des informations financières<sup>23</sup> (CTIF).

Pour l'application de cette réglementation, un simple soupçon suffit à générer l'obligation d'information à transmettre à la CTIF, par opposition au soupçon renforcé. La notion de (simple) soupçon vise la circonstance où l'on ne peut exclure que le fait ou l'opération dont on a connaissance soit lié à un blanchiment de capitaux. La notion de soupçon renforcé vise le cas où sur la base d'un faisceau concordant de faits ou d'éléments, l'explication la plus vraisemblable de ces faits est qu'il s'agit d'un cas de blanchiment de capitaux<sup>24</sup>.

L'exposé des motifs de la loi du 25 décembre 2016 ne traite pas de ce subtil distinguo. Il est vrai qu'en l'occurrence, l'application de nombreuses dispositions du règlement EMIR laisse peu de place au doute : ainsi la définition des produits dérivés est précise, tout comme le sont celles des mécanismes de déclaration à un référentiel central, d'obligation de compensation, d'atténuation des risques, etc.

Mais il est tout aussi vrai qu'il s'agit d'une réglementation particulièrement technique et complexe, mettant parfois en jeu des montants et des engagements très importants, et que les amendes peuvent atteindre des montants très élevés, ce qui peut amener certains à user de tous les moyens, parfois des plus obscurs, pour contourner la loi ou dissimuler une infraction; dans ces cas, le commissaire pourra n'être confronté qu'à un soupçon, à un doute.

<sup>23</sup> Art. 23, § 1<sup>er</sup> de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

<sup>24</sup> Exposé des motifs relatif à l'article 16 de la loi du 10 août 1998 modifiant la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et la loi du 6 avril 1995 relative aux marchés secondaires, au statut des entreprises, d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placements.

d) Forme et *timing* de l'information à transmettre aux dirigeants et à la FSMA

L'article 22bis, § 3 de la loi du 22 août 2002 précitée précise que, lorsqu'il constate des décisions ou des faits qui peuvent constituer une violation des dispositions du règlement EMIR, le commissaire en informe de manière circonstanciée les dirigeants de la contrepartie non financière, soit, dans la plupart des cas, son organe de gestion.

Les termes «de manière circonstanciée» rendent *a priori* possible une simple communication orale. L'admettre serait cependant ignorer que toute personne qui se voit conférer une responsabilité doit pouvoir démontrer qu'elle l'a assumée. Par ailleurs, la communication effectuée marque le début de l'écoulement d'un délai au terme duquel une action spécifique doit être effectuée dans certaines circonstances : le cas échéant, la FSMA doit être informée que la contrepartie non financière n'a pas pris les mesures nécessaires pour se conformer aux règles concernées. Il convient donc de donner une date certaine à l'information transmise aux dirigeants.

Il est dès lors recommandé de conférer une trace écrite à la communication aux dirigeants, que ce soit dans un courrier ou, par exemple, dans le procès-verbal d'une réunion avec ces dirigeants.

En ce qui concerne le délai dans lequel cette information doit être donnée, la loi est muette.

Mais on ne voit pas très bien comment le commissaire pourrait justifier pour sa communication un délai de plus de quelques jours par rapport au moment où il a constaté des décisions ou des faits qui peuvent constituer une violation des dispositions du règlement EMIR, et a, le cas échéant, conduit des analyses complémentaires afin d'acquérir une connaissance suffisante de la nature et de l'ampleur de l'infraction potentielle.



Les dirigeants de la contrepartie non financière ont ensuite un délai de trois mois à dater de cette information pour prendre les mesures nécessaires pour se conformer aux règles concernées. Cette formulation est imprécise : seules doivent avoir été prises les mesures permettant de se conformer aux règles concernées, ou la conformité doit-elle avoir été effectivement réalisée au bout de trois mois ?

A défaut d'indications plus précises, seule la pratique – voire la jurisprudence – sera de nature à résoudre cette imprécision.

À l'issue des trois mois, si les mesures nécessaires pour se conformer aux règles concernées ne sont pas effectuées (ou si la conformité n'est pas effectuée, c'est selon), le commissaire devra en informer la FSMA. Dans ce cadre, il n'a pas le choix, contrairement à ce qui se passe dans une procédure relativement similaire lorsque la continuité de l'exploitation est en péril<sup>25</sup>, alors qu'il lui revient de décider s'il doit, ou non, informer le président du tribunal de commerce de l'impéritie de l'organe de gestion face à ce péril.

#### e) Seuil de matérialité

Toutes les opérations relatives aux contrats dérivés doivent être déclarées à un référentiel central, quel que soit leur montant. Les autres obligations sont partiellement liées au montant de la transaction, mais plus encore à un volume global de transactions (le seuil de compensation), qui peut être atteint par une transaction de n'importe quel montant.

On en déduit que la contrepartie non financière n'a pas la possibilité d'appliquer un quelconque seuil de matérialité dans ses obligations liées au règlement EMIR.

Les prescriptions législatives relatives à la fonction de signal du commissaire ne

contiennent, elles non plus, aucune référence à une quelconque matérialité ; ce qui signifie que dès qu'il constate des décisions ou des faits qui peuvent constituer une violation des dispositions du règlement EMIR, quel que soit le montant en jeu, il doit en informer les dirigeants de la contrepartie non financière.

Cette absence de seuil de signification concerne également l'information à transmettre à la FSMA.

#### f) Responsabilité civile, professionnelle ou pénale

L'article 22bis, § 3, al. 2 de la loi du 2 août 2002 précise qu'aucune action civile, pénale ou disciplinaire ne peut être intentée, ni aucune sanction disciplinaire prononcée contre les réviseurs d'entreprises qui ont transmis de bonne foi à la FSMA une information dans le cadre de leur fonction de signal.

#### g) Sanctions

Un système de sanctions a été mis en place en 2014, lorsque la FSMA s'est vu attribuer, par une modification de la loi du 2 août 2002<sup>26</sup>, la fonction de supervision du respect de la réglementation EMIR par les contreparties non financières. L'article 22ter de la loi du 2 août 2002 est formulé de la manière suivante : « *Les dispositions des articles 36 et 37 de la présente loi sont applicables en cas de non-respect des obligations et interdictions qui découlent du Règlement 648/2012 et des dispositions prises sur la base ou en exécution de celui-ci, ainsi qu'en cas d'infraction aux mesures prises par la FSMA en vertu de celui-ci par les contreparties financières et non financières qui relèvent du contrôle de la FSMA en vertu de l'article 22bis.* »

Les articles 36 et 37 prévoient des sanctions pour toutes les infractions aux dispositions réglementaires relatives aux instruments

<sup>25</sup> Art. 138 C.Soc et art. 10, al. 5 de la loi du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises.

<sup>26</sup> Insertion notamment des articles 22bis et 22ter par la loi du 25 avril 2014.



financiers qui font l'objet du chapitre II de la loi du 2 août 2002, chapitre qui comprend les dispositions d'application de la réglementation EMIR.

Ces articles donnent à la FSMA un pouvoir d'injonction avec astreinte éventuelle, et le pouvoir d'infliger des amendes administratives pouvant aller jusqu'à 2.500.000 d'euros, voire davantage dans des circonstances particulières. C'est à la commission des sanctions de la FSMA qu'il revient de statuer sur l'imposition des amendes administratives.

En 2014, lors de leur entrée en vigueur, ces sanctions ne concernaient pas les commissaires, car à l'époque, aucune obligation en matière de fonction de signal (ou de rapport, voir *infra*) ne leur était faite. La loi du 25 décembre 2016 a complété les dispositions de la loi du 2 août 2002 relative aux obligations EMIR avec, notamment, la fonction de signal requise des commissaires de contreparties non financières.

Le libellé de l'article 22ter précité n'a pas été modifié par la loi du 25 décembre 2016, et prête désormais à confusion, car il est malaisé de déterminer sur la base de cet article si le système de sanctions s'applique uniquement aux contreparties non financières, ou s'il s'étend également aux commissaires qui auraient été en défaut d'exercer leur fonction de signal.

La loi du 7 décembre 2016 portant organisation de la profession et de la supervision publique des réviseurs d'entreprises confère au Collège de supervision des réviseurs d'entreprises la mission de veiller au respect par les réviseurs d'entreprises des dispositions du cadre législatif et réglementaire applicable<sup>27</sup>. Lorsque le Collège constate des infractions au cadre législatif et réglementaire applicable commises par un réviseur d'entreprises, il lui revient de communiquer à la commission des sanctions de la FSMA une « notification de griefs » qui permettra à cette dernière de décider d'amendes administratives et d'autres sanctions.

Si en l'occurrence, la Commission des sanctions compétente pour les réviseurs d'entreprises est autrement constituée que celle visée à l'article 22ter de la loi du 2 août 2002, il reste que le système de sanctions applicable en cas d'infraction à la réglementation EMIR est comparable en certains de ses aspects au système de sanctions auquel sont susceptibles d'être soumis les réviseurs d'entreprises n'ayant pas respecté le cadre législatif et réglementaire applicable.

Néanmoins, ce dernier système garantit que l'instruction des infractions sera conduite par des professionnels informés des obligations normatives des réviseurs et des techniques usuelles d'audit, et met à disposition du Collège de supervision des réviseurs d'entreprises et de la Commission des sanctions une éventail d'injonctions, d'astreintes et de sanctions plus large que celui prévu par l'article 22ter de la loi du 2 août 2002, précitée. Il en résulte que le système prévu par la loi du 7 décembre 2016 et spécifique aux réviseurs d'entreprises sera plus efficace.

Il est donc à souhaiter que c'est ce dernier système qui trouvera à s'appliquer.

#### h) Organisation administrative et contrôle interne

À l'évidence, toute contrepartie non financière qui recourt à des contrats dérivés doit se doter d'une organisation administrative – plus communément appelée contrôle interne – apte à identifier les opérations relatives aux contrats dérivés, à gérer les formalités administratives (confirmations, réconciliation, valorisation, compression, échange de collatéral, déclarations, etc.), à en tenir l'inventaire permanent, et à faire en sorte qu'en cas de dépassement des seuils, les formalités complémentaires soient accomplies.

Le cas échéant, des procédures particulières doivent également être mises en place pour les opérations intra-groupe et pour tenir un

<sup>27</sup> Art. 32 de la loi du 7 décembre 2016, précitée.

inventaire permanent consolidé au niveau du groupe.

L'absence ou le manque d'efficacité d'un tel contrôle interne pourra conduire le commissaire à considérer qu'une violation de la réglementation EMIR est susceptible de se produire. Il devra dans ce cas examiner la nécessité de prier les dirigeants de mettre en place un contrôle interne efficace ou de le renforcer.

Si le risque de violation de la réglementation EMIR résultant d'une insuffisance du contrôle interne apparaît comme élevé, il nous semble que le commissaire devrait considérer que sa requête visant à faire mettre en place ou renforcer le contrôle interne intervient dans le cadre de la fonction de signal visée à l'article 22bis, § 3 de la loi du 2 août 2002. Dans ce cas, si, dans un délai de trois mois à dater de la requête, les dirigeants n'y ont pas répondu de manière adéquate, la FSMA devra être informée du défaut de contrôle interne et de la probabilité qu'un tel défaut conduise à des violations de la réglementation EMIR.

À cet égard, il est utile de rappeler que l'absence ou l'insuffisance d'un tel contrôle interne ne permettra pas par ailleurs la vérification efficace de la manière dont les annexes aux comptes annuels et aux comptes consolidés sont remplies, et plus particulièrement l'annexe relative aux droits et engagements hors bilan et celle relative aux instruments financiers dérivés non évalués à la juste valeur (*cf. infra*).

#### i) Diligences particulières du commissaire

*A priori*, compte tenu du fait que la fonction de signal est une fonction de vigilance, et non une fonction de contrôle comportant une recherche des violations à la réglementation EMIR, le commissaire ne doit déployer aucune procédure particulière de contrôle.

Aucun cadre référentiel n'existe pour l'exercice d'une mission de vigilance telle que prévue dans la réglementation EMIR<sup>28</sup>.

Le commissaire devra cependant pouvoir démontrer qu'il a été conscient de ses responsabilités et a été vigilant. Il lui est dès lors conseillé de remplir au moins une fois par an un questionnaire, consigné dans son dossier de contrôle, confirmant qu'il a été adéquatement vigilant, et que toute violation éventuelle de la réglementation EMIR l'a conduit à appliquer la procédure requise à l'égard de l'organe de gestion, voire, le cas échéant, de la FSMA.

Dans le cas où le commissaire exerce sa fonction de signal, il veillera à conserver la preuve des diligences effectuées.

Il aura par ailleurs également égard aux considérations émises ci-avant en matière de contrôle interne.

#### j) Lettre de mission, lettre d'affirmation et honoraires

Cette nouvelle obligation faite au commissaire le conduira à la mentionner dans la lettre de mission relative au mandat de commissaire, afin que le client soit correctement informé de l'étendue de la mission du commissaire et des honoraires complémentaires éventuels en cas de mise en œuvre de la fonction de signal.

Le commissaire devra également juger de la nécessité de faire confirmer chaque année par

<sup>28</sup> A noter cependant que la norme d'exercice professionnel de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises du 8 octobre 2010, intitulée « Norme spécifique en matière de collaboration au contrôle prudentiel » ([https://www.ibr-ire.be/fr/reglementation/normes\\_et\\_recommandations/normes/Documents/9477\\_Norme\\_specifique\\_relative\\_a\\_la\\_mission\\_de\\_collaboration\\_au\\_contrôle\\_prudentiel.pdf](https://www.ibr-ire.be/fr/reglementation/normes_et_recommandations/normes/Documents/9477_Norme_specifique_relative_a_la_mission_de_collaboration_au_contrôle_prudentiel.pdf)) comprend une section relative à la fonction de signal, mais les prescriptions qu'elle formule sont spécifiques au contrôle prudentiel des entreprises agréées par la BNB et la FSMA, à savoir principalement les établissements de crédit et les entreprises d'assurance ; les circulaires de la BNB et de la FSMA relatives à la mission de collaboration des commissaires agréés n'apportent pas non plus d'informations utiles pour l'exercice de la fonction de signal dans le cadre de la réglementation EMIR.

son client dans la lettre d'affirmation qu'il a mis en place une organisation administrative adéquate lui permettant de répondre à ses propres obligations en matière de réglementation EMIR, et qu'il n'a pas connaissance d'infractions à la réglementation EMIR, qu'elles aient été commises de manière intentionnelle ou non.

Enfin, le commissaire devra évaluer les prestations complémentaires qui seront requises par l'exercice de la fonction de signal. La partie « vigilance », antérieure à la constatation éventuelle des faits, sera difficile à séparer des diligences normales d'audit, mais il serait sensé de prévoir un budget spécifique – ne fût-ce que symbolique – au sein du budget global relatif au mandat de commissaire.

Il paraît par contre logique que les prestations résultant de la mise en œuvre de la fonction de signal fassent l'objet d'une facturation d'honoraires spécifique, pour autant que cette situation ait été prévue dans la lettre de mission.

## 2) Obligation de rapport spécial périodique

L'article 22bis, § 2 de la loi du 2 août 2002, tel qu'inséré par la loi du 25 décembre 2016, crée une nouvelle mission pour le commissaire de certaines contreparties non financières.

Cette nouvelle mission est libellée de la manière suivante : « *Les commissaires chargés du contrôle des états financiers des contreparties non financières qui répondent à certains critères définis par la FSMA, lui remettent, aux frais de ces entreprises, des rapports spéciaux sur le respect des obligations issues du Règlement 648/2012. Les critères auxquels doivent répondre les contreparties non financières concernées, ainsi que la fréquence de ces rapports spéciaux sont définis par la FSMA par voie de règlement.* »

Le règlement de la FSMA définissant les contreparties non financières dont le commissaire doit faire un rapport spécial ainsi que la fréquence de ces rapports a été adopté

par la FSMA le 17 janvier 2017, et a ensuite été approuvé par un arrêté royal<sup>29</sup>.

Les caractéristiques de cette obligation de rapport périodique, telles qu'elles sont reprises dans le règlement de la FSMA du 17 janvier 2017, sont les suivantes :

a) Contreparties non financières dont le commissaire est soumis à l'obligation de rapport spécial

Selon l'article 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup> du règlement de la FSMA, les entités dont le commissaire est soumis à l'obligation de rapport spécial sont les contreparties non financières qui détiennent :

- un portefeuille d'au moins 100 produits ou contrats dérivés de gré à gré ;
- et/ou un portefeuille de produits ou contrats dérivés de gré à gré d'une valeur notionnelle brute d'au moins 100 millions d'euros.

Il ressort du § 2 du même article que tous les produits ou contrats dérivés de gré à gré doivent être pris en compte pour le calcul de ces seuils, y compris :

- les transactions intragroupe ; et
- les contrats dérivés de gré à gré conclus par la contrepartie non financière dont la contribution à la réduction des risques directement liés aux activités commerciales ou aux activités de financement de trésorerie de ladite contrepartie non financière ou du groupe auquel elle appartient peut être objectivement mesurée ; en l'occurrence, il s'agit des contrats de couverture de risque (*hedging*).

Aucune information n'a été donnée sur le nombre d'entreprises concernées.

C'est au commissaire de déterminer si la contrepartie non financière soumise à son contrôle a dépassé, au moins une fois pendant

<sup>29</sup> Arrêté royal du 9 février 2017 portant approbation du règlement de l'Autorité des services et marchés financiers relatif à la collaboration des réviseurs d'entreprises au contrôle du respect du Règlement EMIR par les contreparties non financières.

l'exercice contrôlé, le dernier jour calendrier de chaque mois<sup>30</sup>, les seuils de 100 contrats et/ou de 100 millions. Cette vérification ne sera possible que si l'entreprise dispose d'une organisation interne lui permettant de se doter d'un inventaire permanent des contrats dérivés de gré à gré.

Le commissaire devra procéder à cet examen chaque année, dans toutes les contreparties non financières, y compris dans les entreprises qui n'ont pas recouru à des instruments dérivés de gré à gré dans les exercices antérieurs, mais qui sont susceptibles d'y avoir recouru pendant l'exercice soumis au contrôle du commissaire.

#### b) Contenu du rapport spécial

Le contenu du rapport spécial fait l'objet de l'article 3 du règlement de la FSMA. Le rapport spécial devra détailler le résultat des examens effectués par les commissaires sur une série d'aspects touchant au respect de la réglementation EMIR :

- le respect des obligations de déclaration à un référentiel central et d'enregistrement des contrats dérivés ;
- le dépassement du seuil de compensation ;
- si le seuil de compensation est dépassé :
  - o le respect des obligations d'information envers l'AEMF et la FSMA ;
  - o le respect de l'obligation de compensation ;
  - o le respect de l'obligation de valorisation quotidienne au prix du marché de la valeur des contrats en cours ;
  - o le respect de l'obligation de disposer de procédures de gestion des risques qui prévoient un échange de garanties ; et
- le respect des techniques d'atténuation des risques.

#### c) Diligences du commissaire

L'exposé des motifs de la loi du 25 décembre 2016 précise que « *La procédure qu'appliqueront*

*les commissaires pour l'application de ce paragraphe 2 est une « agreed upon procedure » selon la norme dite « Norme Internationale de Services Connexes » (« International Standard on Related Services », ISRS 4400) applicable aux missions de procédures convenues relatives aux informations financières. »*

Selon les §§ 4 et 5 de l'ISRS 4400, « *l'objectif d'une mission de procédures convenues est, pour l'auditeur, de mettre en œuvre des procédures de nature d'audit, définies d'un commun accord entre l'auditeur, l'entité et toute autre partie intéressée, et de communiquer les constatations de fait* ». « *Dès lors que l'auditeur ne fournit qu'un rapport sur des constatations de fait sur la base des procédures convenues, **aucun degré d'assurance n'est exprimé** ; au contraire, c'est aux destinataires du rapport d'évaluer par eux-mêmes les procédures et les constatations de fait de l'auditeur, et de tirer leurs propres conclusions des travaux de l'auditeur* ».

Nous n'entrerons pas dans le détail de ces diligences dans le cadre de la présente contribution, car tel n'en est pas l'objectif. Une formation spécifique est dispensée par l'ICCI et la FSMA, accompagnée de guides pour l'exécution des procédures convenues. Ces guides seront également mis à disposition des réviseurs d'entreprises sur le site de l'ICCI.

On remarquera incidemment que c'est, à notre connaissance, la première fois qu'un dispositif législatif implémente en Belgique la norme ISRS 4400. Elle ne l'officialise cependant que pour une mission bien précise. Une implémentation générale en Belgique des normes ISRS nécessiterait la formulation<sup>31</sup> d'une norme, qui doit être soumise à l'approbation du Conseil supérieur des Professions économiques et du ministre ayant l'Economie dans ses attributions.

<sup>30</sup> Art. 2, § 3 du règlement FSMA.

<sup>31</sup> Art. 31, § 1<sup>er</sup> de la loi du 7 décembre 2016, précitée : « *l'Institut [des Réviseurs d'Entreprises] formule les normes et recommandations relatives à l'exécution des missions utiles à la mise en application de ces missions* ».

d) Quand le commissaire doit-il rédiger un rapport spécial ?

La vérification du dépassement des seuils décrits au a) ci-dessus doit être effectuée au dernier jour calendrier de chaque mois, et un rapport spécial à la FSMA doit être rédigé pour tout exercice comptable au cours duquel au moins un dépassement a eu lieu au dernier jour calendrier d'un quelconque mois.

Selon l'article 2, § 4 du règlement FSMA, ce rapport spécial, qui est réalisé sur une base annuelle et couvre l'exercice comptable au cours duquel le dépassement a été constaté, doit être adressé au plus tard dans les six mois de la clôture de l'exercice.

Selon un courrier de la FSMA reçu par l'IRE le 29 mars 2017, le premier exercice concerné par cette obligation de rapport spécial est tout exercice clôturé à partir du 30 décembre 2016, au cours duquel le dépassement des seuils décrits au a) ci-dessus aura été constaté au dernier jour calendrier d'au moins un mois durant l'exercice.

e) Régime de sanctions

Le régime de sanctions décrit supra 1), g) s'applique également au commissaire qui serait en défaut d'établir un rapport tel que requis par l'article 22, § 2 de la loi du 2 août 2002.

f) Responsabilité professionnelle du commissaire

L'établissement du rapport spécial EMIR est une « mission réservée par la loi aux réviseurs d'entreprises ou accomplie en vertu de celle-ci », qui ne peut faire l'objet d'une limitation contractuelle de la responsabilité professionnelle<sup>32</sup>.

En application de l'article 24, § 1<sup>er</sup> de la loi du 7 décembre 2016 précitée, et en l'absence

d'infraction commise avec une intention frauduleuse ou à dessein de nuire, la responsabilité du commissaire est plafonnée à un montant de trois millions d'euros en ce qui concerne l'accomplissement de cette mission auprès d'une personne autre qu'une entité d'intérêt public, porté à douze millions d'euros en ce qui concerne l'accomplissement de cette mission auprès d'une entité d'intérêt public.

Les réviseurs d'entreprises auront intérêt à vérifier que leur police d'assurance couvre cette mission. Ce sera le cas dès lors que la police couvre toutes les « missions réservées par la loi aux réviseurs d'entreprises ou accomplies en vertu de celle-ci ».

g) Indépendance du commissaire

L'article 133/1 du Code des sociétés décrit les « services non audit interdits », c'est-à-dire les services que ni le commissaire ni les membres de son réseau ne sont autorisés de fournir à la société soumise au contrôle légal, à sa société mère ou aux entreprises qu'elle contrôle au sein de l'Union européenne, au motif que ces services mettent en danger l'indépendance du commissaire. Ces services sont au nombre de sept pour les entités qui ne sont pas des entités d'intérêt public, auxquels s'ajoutent cinq autres pour les entités d'intérêt public.

Cette disposition ne spécifie pas que les missions réservées par la loi au commissaire, telle que la mission de rapport spécial prévue à l'article 22, § 2 de la loi du 2 août 2002, ne sont pas des services non audit interdits. Le commissaire doit donc se poser la question de savoir si l'établissement du rapport spécial peut être considéré comme ne faisant pas partie des services non audit interdits décrits à l'article 133/1 du Code des sociétés.

Cela amène à devoir catégoriser la mission de rapport spécial prévue à l'article 22, § 2 de la loi du 2 août 2002 : il s'agit principalement d'une mission de conformité, ou de *compliance*, c'est-à-dire de vérification du respect de l'application

<sup>32</sup> Art. 24, § 1<sup>er</sup>, al. 2 de la loi du 7 décembre 2016, précitée.

de règles, légales ou non. Ce type de mission ne constitue à l'évidence pas un service non audit interdit.

En application de l'article 133/2 du Code des sociétés, le commissaire doit également veiller à respecter une règle de proportionnalité entre les honoraires de son mandat et les honoraires perçus pour la prestation de services non audit qui ne sont pas interdits en vertu de l'article 133/1 du Code des sociétés, lorsqu'il contrôle une entité d'intérêt public ou une société qui fait partie d'un groupe qui est tenu d'établir et de publier des comptes consolidés<sup>33</sup>. Cette règle ne s'applique cependant qu'aux services autres que ceux résultant de missions confiées par la loi, ce qui est le cas en l'espèce.

h) Lettre de mission et honoraires

L'article 22bis, § 2 de la loi du 2 août 2002 spécifie que le rapport spécial est établi « aux frais de l'entreprise », qui doit donc en supporter le coût.

Cette mission et les termes financiers de son exécution doivent faire préalablement l'objet d'une lettre de mission spécifique<sup>34</sup>, ou doivent à tout le moins faire l'objet d'une partie spécifique de la lettre de mission relative à l'exécution du mandat de commissaire.

### 3) Mission spécifique FSMA

L'article 22bis, § 1<sup>er</sup>, al. 2 de la loi du 2 août 2002 stipule que « la FSMA peut, pour l'exercice de sa mission de [veiller au respect du titre II du règlement EMIR par les contreparties financières et non financières], demander l'assistance

*des réviseurs d'entreprises inscrits au registre public de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises, en ce compris pour identifier les contreparties non financières soumises aux dispositions du Règlement 648/2012 ».*

Les contours de cette mission, les modalités de son exercice et les intentions de la FSMA dans ce cadre sont encore à définir.

### Sans oublier les diligences normales ...

Les opérations sur contrats dérivés ne sont pas simples à comptabiliser. Nombre de ces opérations ne donnent pas lieu, lors de leur initialisation, à un mouvement financier, alors qu'elles génèrent un engagement pour la société, engagement qui nécessite une inscription dans les comptes de droits et engagements hors bilan.

Les services comptables de la société doivent être systématiquement informés de la conclusion d'une telle opération, ce qui nécessite des procédures d'organisation administrative et de contrôle interne adéquates.

Ces opérations posent également des questions d'évaluation lors de l'établissement des comptes annuels et de collecte d'informations pour la rédaction des annexes aux comptes annuels et aux comptes consolidés, et plus particulièrement l'annexe relative aux droits et engagements hors bilan et celle relative aux instruments financiers dérivés non évalués à la juste valeur.

À cet égard, rappelons que l'article 24, 16° de l'arrêté royal du 18 décembre 2015 transposant la Directive 2013/34/UE du 26 juin 2013 a élargi les indications à fournir à l'annexe XX (schéma complet) ou XVIII (schéma abrégé) des comptes annuels et, le cas échéant, à l'annexe XVIII des comptes consolidés, et relatives aux instruments financiers dérivés qui ne sont pas évalués à la juste valeur.

33 Règle dite des 70 % en ce qui concerne les entités d'intérêt public, et du « one-to-one » pour les sociétés faisant partie d'un groupe tenu d'établir ou de publier des comptes consolidés ; les honoraires pour services non audit ne peuvent dépasser 70 % des honoraires du mandat de commissaire dans le premier cas, 100 % dans le second.

34 Art. 21 de la loi du 7 décembre 2016, précitée : « Le réviseur d'entreprises et son client établissent une lettre de mission préalablement à l'exécution de toute mission ».



Ces indications comportent, pour chaque catégorie d'instruments financiers dérivés, pour l'exercice et l'exercice précédent, un aperçu du volume et de la nature des instruments, le risque couvert et une comparaison entre la valeur comptable et la juste valeur des instruments si cette valeur peut être déterminée grâce à l'une des méthodes prescrites à l'article 97 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés.

Une attention particulière doit dès lors être portée à la rédaction des annexes suivantes, lorsqu'elles sont d'importance significative<sup>35</sup> :

- annexe XVII du schéma complet - Droits et engagements hors bilan, dont notamment :
  - o marchés à terme ;
  - o autres engagements importants ;
  - o engagements d'achat ou de vente dont la société dispose comme émetteur d'options de vente ou d'achat ;
  - o nature, objectif commercial et conséquences financières des opérations non inscrites au bilan ;
- annexe XX du schéma complet - Non-utilisation de la méthode de l'évaluation à la juste valeur pour les instruments financiers du schéma complet ;
- annexe VI du schéma abrégé - Droits et engagements hors bilan ;
- annexe XVIII des comptes consolidés - Non-utilisation de la méthode de l'évaluation à la juste valeur pour les instruments financiers.

## Conclusion

La réglementation EMIR impose depuis plusieurs années de nombreuses obligations à toutes les entreprises qui concluent des opérations sur

des produits dérivés. La surveillance du respect de ses obligations incombait, pour la toute grande majorité de ces entreprises, à la FSMA.

Désormais, une partie de cette tâche de surveillance est également dévolue aux commissaires des entreprises concernées.

Dans ce cadre, ils endossent une nouvelle fonction de signal : toute infraction à la réglementation EMIR doit être signalée aux dirigeants de l'entreprise et, lorsque ceux-ci ne réagissent pas de manière adéquate, à la FSMA. Les contours de cette nouvelle responsabilité, qui est relativement simple dans sa formulation, devront être précisés à l'avenir, par exemple en détaillant ce qu'une telle mission de vigilance suppose en termes de diligences et en termes de documentation dans le dossier d'audit.

Par ailleurs, il convient de ne pas ignorer que cette fonction de signal, qui a trait à une activité d'une haute technicité, requiert du commissaire une bonne connaissance tant des différents produits dérivés concernés et de leur mode opératoire, que des différentes obligations qui sont faites aux entreprises qui recourent à de tels produits. Nombreux sont les commissaires qui devront approfondir leurs connaissances en la matière.

Une autre mission est par ailleurs confiée au commissaire : lorsque l'entreprise qu'il contrôle traite un volume de produits dérivés dépassant des seuils édictés par la FSMA, le voilà tenu de remplir une mission complémentaire à sa mission d'audit, qui consiste à rédiger un rapport de constatations de faits, destiné à la FSMA, résultant de vérifications à opérer liées au respect de la réglementation EMIR et définies par la même FSMA.

Ce sera au commissaire de ces entreprises de déterminer s'il est soumis à l'obligation de rédaction d'un tel rapport, de sorte qu'il sera tenu à une observation annuelle du volume des opérations sur produits dérivés. Un programme de contrôle très détaillé est mis à leur disposition.

<sup>35</sup> Le principe de l'importance significative a été introduit dans le droit comptable belge par l'arrêté royal du 18 décembre 2015 transposant la directive comptable ; ce principe, édicté par la directive, a été transposé en droit belge de manière restreinte, car il se limite à la possibilité de rassembler certaines sous-rubriques du bilan et du compte de résultats, et la possibilité de ne pas fournir certaines informations dans l'annexe, lorsqu'elle ne revêtent pas d'importance significative.



Par ailleurs, la FSMA pourra également recourir aux réviseurs d'entreprises pour l'assister dans sa mission de surveillance du respect des obligations EMIR faites aux entreprises, dans des termes qui sont encore à définir.

Ces nouvelles obligations et missions constituent une reconnaissance du rôle des réviseurs d'entreprises dans l'économie. Elles requièrent également, pour beaucoup, des compétences qui ne pourront être acquises et maintenues que via une formation adéquate qu'il convient de ne pas négliger.

### Samenvatting

Zonder dat het uitgebreid was aangekondigd, is de Europese verordening EMIR eind 2016 in het takenpakket van commissarissen van tal van ondernemingen geslopen.

Deze Europese verordening is een direct gevolg van de financiële crisis van 2008 en legt sinds 2012 aanzienlijke formaliteiten op aan alle ondernemingen die contracten voor afgeleide financiële instrumenten afsluiten.

Deze formaliteiten hebben vooral betrekking op de systematische rapportering van alle derivatentransacties, de toepassing van risico-beperkende procedures voor niet-geclearde otc-derivaten, de clearing van de contracten wanneer bepaalde drempels worden overschreden, en de rapportering van het overschrijden van deze drempels.

De FSMA heeft in 2014 de bevoegdheid gekregen om te waken over de naleving van die verplichtingen door de ondernemingen die niet onder het prudentieel toezicht van de NBB staan. Die bevoegdheid gaat gepaard met een injunctie- en sanctierecht.

Aanvullend op deze bepaling is op 25 december 2016 een wet aangenomen die van de commissarissen van alle ondernemingen die contracten afsluiten voor afgeleide financiële instrumenten vereist dat zij een signaalfunctie uitoefenen, in eerste instantie tegenover de leiders, en vervolgens, als deze geen actie ondernemen, ten opzichte van de FSMA, wat vastgestelde inbreuken op de EMIR-regelgeving betreft.

### Summary

Without creating much buzz, at the end of 2016, the European EMIR Regulation took up its place among the diligences of the statutory auditors of many companies.

Since 2012, this European regulation, which is a direct outcome of the financial crisis of 2008, has been imposing not insignificant formalities on all businesses that use derivative financial instruments.

These formalities involve, in particular, the systematic reporting of all transactions in derivative contracts, the application of risk mitigating procedures to uncleared over-the-counter derivative contracts, the clearing of contracts where certain thresholds have been exceeded, and the reporting of exceeding those thresholds.

In 2014, the Financial Services and Markets Authority (FSMA) was given the power to ensure that companies that are not under the prudential supervision of the Belgian National Bank (BNB) comply with these obligations. This power was supplemented by the powers of injunction and sanctioning.

In addition to this provision, a Law was voted on 25 December 2016, requiring the statutory auditors of all companies that use derivative financial instruments, to perform a signalling function, in the first instance to senior management, and next, in case of inaction on the part of the latter, to the FSMA, as regards any breach of the EMIR regulation that they may observe.

Die wet vereist ook van de commissaris van ondernemingen waarvan de activiteit in afgeleide financiële instrumenten de door de FSMA vastgelegde drempels overschrijdt, dat hij de FSMA jaarlijks een verslag bezorgt over de organisatie van zijn cliënt met betrekking tot afgeleide financiële instrumenten en de naleving van de daarmee samenhangende verplichtingen.

Tot slot zal de FSMA zich kunnen laten bijstaan door bedrijfsrevisoren om haar toezichtstaak te vervullen.

Deze bijdrage beschrijft eerst kort de verplichtingen van entiteiten die contracten afsluiten voor afgeleide financiële instrumenten en schetst vervolgens de contouren van de opdrachten die de commissaris van deze bedrijven toegewezen krijgt, en dat door middel van een gedetailleerde beschrijving en een analyse van de controlebevoegdheden, alsook door het onderzoek van een aantal andere bijzondere aspecten.

This Law also requires the statutory auditors of companies whose activity in derivative financial instruments exceeds the thresholds set by the FSMA to prepare an annual report to the FSMA on the organisation of their client in terms of derivative financial instruments and on the compliance with the obligations relating thereto.

Lastly, the FSMA may call upon the assistance of registered auditors to fulfil its supervisory mandate.

This contribution first describes in a synthetic manner the obligations of entities that use derivative financial instruments, to then outline the assignments entrusted to the statutory auditors of such companies, notably by means of a detailed description, an analysis of the audit assignments, and an examination of a series of other specific aspects.

## NOCLAR OR HOW ACCOUNTANTS DEAL WITH SUSPECTED OR OCCURRED BREACHES OF THE LAW

### EDDY WYMEERSCH<sup>1</sup>

***Emeritus professor University of Ghent  
Chairman of the Public Interest Oversight Board in Madrid (PIOB)  
Former Chairman of the Committee of European Securities  
regulators (CESR) and of the European Regional Committee of  
IOSCO  
Former Chairman of the Belgian Commission Bancaire, Financière  
et des Assurances (CBFA)***



### Introduction

The Ethical rules for auditors and accountants are laid down in the *International Code of Ethics for Professional Accountants*, as developed by the International Ethics Standards Board for Accountants (IESBA)<sup>2</sup>, a body functioning under the aegis of the International Federation of Accountants, the worldwide professional body of which most auditors' and accountants' associations are member.

The standards have recently been supplemented by an ethics standard dealing with the obligations of the accountant in case he notices that illegal acts have been committed by an entity for which he acts as an accountant. This subject has been known in professional circles as NOCLAR, which is short for "Non-compliance with Laws and Regulations"<sup>3</sup>. The new standard has been adopted by the IESBA on July 2016 and, after having been approved by the Public Interest Oversight Board on July 2016, it will enter into force on or after December 15, 2017.

The subject of dealing with illegal activities or acts in audited companies is of significant importance for several reasons. One of the core elements of the auditor's position is the confidentiality under which he works in his relationship with the client, and hence, one of the main questions of the new standard is to what extent the auditor's confidentiality can be waived in favour of the higher interest of society and the financial and economic system. This matter shows up not only in his contacts within the audit process, e.g. with colleagues from his audit firm, but also, and more importantly, in case he has to report to an external authority, e.g. a securities regulator for listed companies. The standard makes it clear that an accountant who has reported to the authority pursuant and according to the provisions of the standard, will not have breached confidentiality<sup>4</sup>.

The subject is also of central importance for the confidence in financial reporting and for disclosures by companies of which the securities are traded in the financial markets. The functioning of the securities markets could be disturbed very seriously if any kind of illegal activity is discovered, as this would undermine investors' confidence in the published financials.

1 This paper has been written in personal capacity and does not necessarily reflect the opinion of the organisations the author is associated with.

2 <https://www.ethicsboard.org/about-iesba>.

3 <http://www.iaasb.org/projects/noclar>, referring to the board papers and minutes for 2015-2016.

4 See section 140 of the Ethics Code, not applicable in the cases of par. 225.35 and par. 225.36 (urgent reporting).

In turn, this may lead to severe sanctions – as we have seen especially in the financial sector – even resulting in the breaking-up of the issuers of these securities, or destroying the public’s trust in its products. It is quite appropriate that the standard reminds the practitioners that the profession is distinguished by its acceptance to act in the public interest<sup>5</sup>.

The prime example of this type of issues is the well-known case of Enron, a US company that was audited by Arthur Andersen, but committed serious fraud in its accounts, leading to the bankruptcy of Enron and the failure of the audit firm<sup>6</sup>. The public and especially the investors could not understand that the auditor, although aware of the illegal activity of his client, has not attempted to convince management to put an end to it, or has not reported about it. This sensitivity has increased considerably with the financial crisis, where different types of abuse and illegal conduct have been brought to light.

The aforementioned standards are international standards, to be applied on a worldwide basis. In many jurisdictions, ethical standards are already part of the locally applicable regulation or of the professional framework. In others, however, no rules nor guidelines have been adopted. In formulating the international standards, account has to be taken of these differences, e.g. in the formulation of what is considered illegal, what is significant, or what are the applicable remedies. In the advanced economies, where reliable accounting plays a significant role, accountants have been held to report illegal practices to the authorities<sup>7</sup>. However, in some jurisdictions, the legal regime does not provide for authorities to

report to, or reporting may constitute a danger for the auditor and his family. The standard on NOCLAR takes these differences into account, but without reducing the principle of the requirement.

The IESBA ethical standards are professional standards, declared applicable to all practitioners in the field of accountancy, so not only the auditors but also to the accountants in business. In the absence of an international regulator, the standards are not legally binding. However, the effective situation is more complex. In many jurisdictions, the international standards play an important role in the development of national standards or in providing useful guidance to the activity of accountants. This is especially the case for the International Standards on Auditing (ISAs), as developed by the International Auditing and Assurance Standards Board (IAASB,) which are widely followed whether as a source for regulation by the national standard setters, or by way of good practice as voluntarily followed by accountants. The standards on ethics probably do not receive such widespread support, and, due to their higher behavioural characteristics, call for more local adaptations. Nevertheless, they are significant models for regulation and for actual practice.

The transposition of these voluntary standards into the national system may follow several paths. In most of the developed economies, the standards will translate into legislative provisions, often after adapting to the views of the local legislator. In these cases, the requirement will have the force of law, with all consequences thereof (e.g. in terms of formal legal requirement, sanctions, liability, professional sanctions). In other jurisdictions, the requirement is part of the professional code, and will be enforced on the basis of professional rules. The professional code may provide further details or guidance to the practitioners, beyond the strict formulation of the law. The International Federation of Accountants (IFAC), composed of the professional organisations all over the world, and the IESBA have developed

5 Ethics Code, Section 225.4 NOCLAR.

6 See i.a. J. BLOUIN, B. MURRAY GREIN and B.R. ROUNTREE (2007). “An Analysis of Forced Auditor Change: The Case of Former Arthur Andersen Clients”, *The Accounting Review* 82:3, 621-650; P. DEMBINSKI, C. LAGER, A. CORNFORD and J. BONVIN, (eds), (2006). *Enron and World Finance, A Case Study in Ethics*, Palgrave Macmillan.

7 See e.g., article 7 of Regulation (EU) No 537/2014 of 16 April 2014 on specific requirements regarding statutory audit of public-interest entities and repealing Commission Decision 2005/909/EC, specifying that reporting to the authorities is obligatory in case the audited entity does not further investigate the matter.

programmes to ensure that standards are adopted by its member bodies, and, where possible, by the national regulators where these bodies are active<sup>8</sup>. This factor is a central building block in the construction of a worldwide body of principles and rules framing the exercise of the accountancy function, even in states where there is no legal underpinning of the standards. Therefore, the system of adoption and implementation is often a mixed one.

In the European Union (EU), the ISAs have been mentioned as the basis for the European auditing standards, and may be transposed under the form of a Delegated regulation, to be adopted by the Commission<sup>9</sup>. For the ethical standards, no similar mechanism is provided for, although many of the principles have been laid down in the Regulation (EU) No 537/2014 of 16 April 2014, and often in more demanding forms: so e.g. the EU has introduced the system of firm rotation, whereas in many states there is a preference for partner rotation<sup>10</sup>.

The relationship between the aforementioned Regulation and the NOCLAR Ethical standard can be outlined as follows: the EU Regulation<sup>11</sup>

is directly applicable in the Member States, and, in that sense, it is part of their national law. This is the rule of primacy of European Union law, as developed in extensive case law of the European Court of Justice (ECJ). In addition, the professional standard will apply for those matters that have been left open in the Regulation. Non-compliance with the EU regulation may be the basis of liability for the parties involved, which would not be the case for non-compliance with the NOCLAR standard, where only professional sanctions would apply. Additional national implementing measures will have to be adopted, e.g. to deal with "irregularities". In that case, these measures may follow the provisions of the Ethical Standards, except if they would be incompatible with the Regulation.

### The NOCLAR standard and the structure of the new regime

The new standard on NOCLAR is composed of several related sections.

The core standard is standard 225 and applies to the accountant in public practice<sup>12</sup> – mainly but not exclusively the auditor. This standard is complemented by standard 360 for the professional accountant in business<sup>13</sup>. The code of ethics is applicable to both categories but the regulation is differentiated. With respect to the professional accountant in public practice,

*designated by the Member States responsible for investigating such irregularities. The disclosure in good faith to those authorities, by the statutory auditor or the audit firm, of any irregularities referred to in the first subparagraph shall not constitute a breach of any contractual or legal restriction on disclosure of information".* Article 12 of the same Regulation deals with report to the supervisors.

8 See on Youtube: Stavros Thomadakis *An Overview of NOCLAR: Q&A with IESBA; What Accountants Need to Know about NOCLAR: Chair Richard Fleck, Q&A with IESBA Deputy*; also: IESBA Staff Release *New Q&As—Responding to Non-Compliance with Laws & Regulations*.

9 Article 26 of Directive 2006/43 dealing with auditing standards; Article 9 of Regulation (EU) No 537/2014 of 16 April 2014 on specific requirements regarding statutory audit of public-interest entities and repealing Commission Decision 2005/909/EC.

10 This will also be the approach of the future planned IESBA standard on Long Association, to be published.

11 Article 7 of the Regulation (EU) No 537/2014 of 16 April 2014 on specific requirements regarding statutory audit of public-interest entities and repealing Commission Decision 2005/909/EC. It states under the heading: "Irregularities": "Without prejudice to Article 12 of this Regulation and Directive 2005/60/EC (on money laundering), when a statutory auditor or an audit firm carrying out the statutory audit of a public-interest entity suspects or has reasonable grounds to suspect that irregularities, including fraud with regard to the financial statements of the audited entity, may occur or have occurred, he, she or it shall inform the audited entity and invite it to investigate the matter and take appropriate measures to deal with such irregularities and to prevent any recurrence of such irregularities in the future. Where the audited entity does not investigate the matter, the statutory auditor or the audit firm shall inform the authorities as

12 As defined in the definitions sections of the IESBA code as "a professional accountant, irrespective of functional classification (for example audit, tax or consulting) in a firm that provides professional services". In this article, he will be referred to as the "accountant".

13 He is "employed or engaged in an executive or non-executive capacity in such area as commerce, industry, service, the public sector, education, not-for profit sector, regulatory bodies or professional bodies, or a professional accountant contracted by such entities."

a different regime is introduced for professional services other than audits<sup>14</sup>.

In addition, the NOCLAR standard contains modifying provisions to other sections of the code, among which the standard 140 (confidentiality), 150 (professional behaviour) or 210 (professional appointment, with important provisions on client acceptance). These standards will become effective on December 15, 2017.

Another revised standard is ISA 250, dealing with the "Consideration of Laws and Regulation in an Audit of Financial Statements", also approved in July 2016 and also effective on December 15, 2017. The revision of this standard is also accompanied by some important changes in other standards, mainly ISCQ1 (Quality control), ISA 210 (Audit engagements), ISA 220 (Quality control), ISA 260 (Communication with Those Charged with Governance), ISA 500 (audit evidence), and ISA 540 (evaluation of misstatements).

Finally ISA 240, dealing with "The auditor's responsibilities relating to fraud in an audit of financial statements" is also revised.

This list of modifications illustrates that the introduction of the NOCLAR regime has far reaching repercussions in several other fields of the accountants' business activity. For the present purposes, only the Ethics standards 225 and 360, as well as ISA 250 will be analysed in this article.

## Scope

The NOCLAR standard defines the scope of Ethics Standard 225 in several respects:

**Accountants** addressed: Standard 225 is addressed to the Professional Accountant in Public Practice, mainly the auditors. Standard

360 addressed the Professional Accountants in Business, and contains a somewhat different regime but based on the same core ideas. It should be mentioned that there is no generally accepted definition of the "accountant".

The **companies** where the accountant should apply the standard are both public Interest entities<sup>15</sup>, including mainly the largest companies that are generally listed on a regulated market, but also the other companies, including the closely held companies or the family businesses. In some jurisdictions, state owned companies are included.

The scope of the standard is different from the EU regulation which only applies to public interest entities. Additional national requirements will therefore have to be adopted relating to illegal activity in the context of other entities.

The present regime applies irrespective as to who could have committed the breach of the law: management, audit committee, any other person working for the client. Therefore, dealing with illegal activity is a responsibility of the audited entity, while the accountant only is concerned when he comes across or has been informed about illegal activity.

The third element of the scope is probably the most important one: what are the "**laws and regulations**" to which the accountant should pay special attention? The definition in the standard is very wide and includes violations of legal requirements committed by companies, irrespective who has committed them<sup>16</sup>. There is no limitation to laws that contains a criminal sanction. Only violations of laws and regulations are viewed by the standard. As a consequence, imprudent, but not illegal actions, or decisions

<sup>14</sup> Ethics Code, par. 225.39.

<sup>15</sup> There is also no general definition of these entities, as concepts are different from country to country.

<sup>16</sup> See Ethics Code, par. 225.2: "comprises acts of omission or commission, intentional or unintentional, committed by a client, or by those charged with governance, by management or by other individuals working for or under the direction of a client which are contrary to the prevailing laws or regulations."



that may be harmful to e.g. the environment but do not fall under a legal prohibition, are not viewed by the standard, although the text refers to cases outside the scope where the account may “*find guidance helpful ... as to how to respond to these situations*”. It will be a question of judgment and good sense whether the accountant draws attention to these cases<sup>17</sup>.

However, not all laws are relevant for the work of the accountant. The relevance is first measured in terms of the effect on the financials of the company: the effect should be direct and be evaluated as affecting material amounts in the financial statements<sup>18</sup>. Nonetheless, some violations may be considered relevant if compliance is fundamental to the operational aspects, the ability to continue business or to avoid material penalties. If the violation may affect other stakeholders (including the general public), the “*substantial harm resulting in serious adverse consequences*” will be the criterion for further investigation. But clearly inconsequential matters will not trigger action<sup>19</sup>. One should include a material effect on the reputation of the client as this may affect its ability to continue business, sell its products or obtain credit.

Only breaches of locally applicable laws should be taken into consideration: the standard does not introduce a new system of prohibitions, but only adds a mechanism to avoid their persistence. It makes it clear that not only violations with a direct impact on the accounts or disclosures are viewed, but also those that may fundamentally affect the operations, its ability to continue business or avoid material penalties.

The standard adds a list of examples that are quite obvious: some clearly refer to the financial scandals that have received wide public

attention<sup>20</sup>, whereas others are perhaps less obvious: environmental laws and public health and safety are among this second group. The effect of a violation should be considered in terms of the impact on a wider range of stakeholders such as investors, creditors employees or the general public<sup>21</sup>, indicating that the concern underlying this new standard is not only the protection of the individual firm, but the wider impact on the accountancy profession, the status of business firms in today’s society and, ultimately, the overall public interest. This shift from a micro to a macro objective is striking and reflects the awareness of the interdependence of the different objectives<sup>22</sup>.

The identification of the laws and regulations is directly related to the applicable legal system: only when the conduct, or omission runs contrary to the legal regime in the place where it has been committed, the standard is applicable. In states where the standard has been transposed in national law, that reading will have priority<sup>23</sup>. Subjects not covered by national law may still be addressed in accordance with the standard, by way of supplementary guidance. Its legal basis would then be the adoption of the standard by the professional association, and, in that case, enforcement should take place according to professional rules.

In a multinational context, in which an activity is forbidden in one state, but not in another – see e.g. environmental issues – it will be a matter of professional policy of the audit firm, to determine whether the matter has to be dealt

17 Article 9 of the EU Regulation refers to “irregularities”.

18 Ethics Code, par. 225.7 “material effect on financial statements”.

19 But not personal misconduct, or breaches by third parties, e.g. external contractors.

20 Here, reference is made to: fraud, corruption, bribery, money laundering, violation of securities regulations, or of banking, data protection: see Ethics Code, par. 225.6. Compare with the list in art 12 EU regulation, including i.a. “going concern”.

21 Ethics Code, par. 225.7.

22 The same evolution can be noticed in EU financial regulation in general: see E. WYMEERSCH, *How to make Europe’s financial supervisory system more efficient*, FS. Th. BAUMS, to be published.

23 Ethics Code, par. 225.3, mentioning the prohibition on alerting the client prior to making the disclosure, or better even after disclosure, leaving the authority freedom to act. In Ethics Code, par. 225.35, the rule is formulated differently as: the accountant may judge whether or not to disclose to his client that he has reported the matter to an authority.

with under the NOCLAR standard in the latter jurisdiction.

### Process of dealing with NOCLAR

The Standard 225 has been conceived on the basis of an analysis how accountants in public practice should deal with breaches of the law. It is first composed of a number of general policy objectives stated as well as objectives of the professional accountant, indicating that these are his responsibilities. Two points are striking: the accountant should act with integrity and according to [good] professional behaviour; and take further action as appropriate in the public interest<sup>24</sup>.

The standard itself is conceived in terms of a flowchart, taking the reader through the different steps of dealing with the violation of a law. The following four steps of escalation can be identified and will be elaborated hereafter:

- identification as a possible violation of the law;
- discussion with the managers in charge;
- discussion with the audit committee; and
- reporting to the authority.

#### A. Identification of a relevant violation

It is important to recall that the role of the auditor in responding to non-compliance only occurs when the violation of the law or regulation is “encountered” by the auditor or when he has been made aware of it, mostly internally in the company. The auditor has no duty to investigate the client on full compliance with the laws, as he has not been charged with undertaking a forensic audit, which in the context of an audit would be impossible anyway<sup>25</sup>. However, he

should be sufficiently alert and sceptical<sup>26</sup> to make the right conclusion from what he has seen or heard, or what can be presumed on the basis of his observations. If there are some suspicions, the auditor should first obtain an understanding of the information, allowing him to determine its importance and its effect on the financial statement or other objectives to be taken into account<sup>27</sup>.

In many fields, the accountant will not be a specialist. Therefore, the standard mentions the possibility to obtain advice, whether within his firm, from a professional body or from a legal firm<sup>28</sup>. External advice may be prudent and useful, but it is not strictly a requirement.

If a possible violation of the law seems likely, the auditor should assess its seriousness and cannot look away. Professional judgment and expertise, knowledge and alertness will be necessary to draw the right conclusions on the seriousness of the matter, and should be appropriately documented.

#### B. Discussion with management

Management is the body effectively in charge of ensuring that the company abides by the applicable regulations. Therefore, the first line of interlocutors for the accountant is management, and this at the appropriate level. This may not be the level directly involved, in which case the auditor will draw attention to the management’s duty to report the matter to an “*appropriate authority*” if this is required in the public interest, or required by law.

<sup>24</sup> Ethics Code, par. 225.4.

<sup>25</sup> This principle was already affirmed in the previous ISA 250, now being adapted to the NOCLAR standard.

<sup>26</sup> Reference can be made to the work being undertaken by IESBA in the field of professional skepticism.

<sup>27</sup> See Ethics Code, par. 225.12.

<sup>28</sup> See Ethics Code, par. 225.19.

### C. Group audits

Group audits present specific issues with respect to the application of the present standard<sup>29</sup>. Some violations can be adequately taken care of at the subsidiary level, especially if the legal obligation in question is only defined in the jurisdiction in which the subsidiary is located. As a consequence, the authority eventually to be involved would be the one located in that jurisdiction.

Other violations have a group-wide meaning even if committed at a remote subsidiary. This is especially the case when the violation has a considerable impact on group liability, its reputation or its financial position. Abusive conduct, established at a subsidiary, may lead to fines imposed at group level, affecting the parent company, group management, and ultimately, the authority at group level. Moreover, illegal conduct at a lower level may trigger a confidence crisis at all levels. In these cases, action at group level will also be necessary, it being expected that group management will be able to impose action at the subsidiary, e.g. by urging the managers involved to leave the group. Therefore, management action may be needed both at subsidiary and at group level.

The standard deals with the group aspect of non-compliance not by requiring group wide action by the accountant, but by requiring a notification to the group engagement partner. The latter will decide which action has to be undertaken, at which levels, and, where necessary, submitting the matter to group management. The group level may request additional duties from the auditor in charge of the subsidiary<sup>30</sup>.

### D. Further internal actions

After the auditor has given the necessary information to the management and the latter has had the possibility to develop an adequate response, the auditor – c.g. the group engagement partner – will assess whether the response is satisfactory. A certain number of criteria will have to be assessed by analysing the response of management or the audit committee: has this response been adequate, i.e. was it timely, was the case investigated, have measures been taken to rectify or mitigate the consequences, has the risk of re-occurrence been reduced or deterrence instruments been put in place; and has adequate disclosure to an authority intervened?

This assessment will be the basis to determine whether additional steps are necessary in this case, referring to the public interest<sup>31</sup>. This notion of “public interest” is not directly explained but can be interpreted on the basis of criteria that are laid down in the standard, referring to the reporting to the authorities. Continuing substantial harm to the interest of the client, investors, creditors, employees or the general public give further content to this notion. A central criterion is whether the auditor has further confidence in the integrity of management. If this is not the case, the auditor has the choice between disclosing the matter to an authority, or withdrawing from the engagement. In many jurisdictions, this withdrawal would raise questions whether from the authorities, or, if publicly disclosed, from the markets including creditors or credit rating agencies. Loss of confidence is further illustrated by the fact that management was itself involved in the illegal activity, or has not reported the facts to an authority although it was required to do so<sup>32</sup>.

This determination is preceded by the steps on the basis of which he has concluded that, in the

<sup>29</sup> See Ethics Code, par. 225.20.

<sup>30</sup> See Ethics Code, par. 225.21 and par. 225.22.

<sup>31</sup> Ethics Code, par. 225.25.

<sup>32</sup> Ethics Code, par. 225.27.

light of the management's response: *"further action is needed in the public interest"*<sup>33</sup>. This step in the decision making is the result of an analysis of different factors, among which the urgency of the matter, the pervasiveness of the breach throughout the company, the risk of recurrence, and, most importantly, the assessment whether or not he continues to have confidence in the integrity of management. These factors have to be analysed also in light of the overarching objective being *"there is credible evidence of actual or potential substantial harm to the interests of the entity, investors, creditors, employees or the general public"*. A general additional check is introduced by the accountant exercising "professional judgment" reflecting on whether *"a reasonable and informed third party... would likely to conclude that the accountant has acted appropriately in the public interest"*<sup>34</sup>. This assessment is made by the auditor itself and should be appropriately documented.

### E. Reporting to an appropriate authority

This tipping point is the most delicate one in the standard, as reporting – the standard refers to "disclosure" – of course conflicts with confidentiality which is considered a cornerstone duty of the auditor and one of the fundamentals of his position v.a.v. the company.

Whether or not the auditor could report, was heavily discussed: some gave priority to confidentiality and refused any reporting. Others pointed to the difficulty to report in case there was no appropriate authority, while much attention was given to the factual situation in some jurisdictions that reporting would be considered as unacceptable and may lead to physical harm to the auditor, his family or his assistants. Therefore, a balance has to be found between these imperatives.

<sup>33</sup> Ethics Code, par. 225.25.

<sup>34</sup> Ethics Code, par. 225.28.

Here again, several options are open. According to some, there should always be reporting, as one is dealing with violations of the law, and often with criminal offences. This is the position adopted e.g., in France, where reporting to the public prosecutor is mandatory. A similar approach is followed in the European regulation<sup>35</sup>. In other jurisdictions, however, the decision to report is entirely in the hands of the auditor, and he may conclude – or not – that it is his obligation to report. Although the former opinion was strongly supported by the audit inspectors, it encountered objections as a standard to be formulated on a worldwide basis, where many jurisdictions do not know the notion of reporting, or where auditors do not report out of fear of retaliation.

The compromise that was finally adopted requires the auditor to exercise judgment and decide after having evaluated the different relevant factors of the case. This evaluation takes place in two steps: the first is the decision to conclude that *"further action is needed"* which, as analysed in the preceding paragraph, may result in no reporting, reporting, or withdrawal from the assignment.

The second step directs to whether or not to report to an appropriate authority. Here, the public interest is the decisive criterion, further measured by the nature and extent of the harm to the stakeholders of the company, i.e. the investors, creditors, employees or the general public. Some of the factors that may be taken into account have been mentioned in the standard: there are factors pointing to non-disclosure (negative) and disclosure (positive).

<sup>35</sup> Article 12 of the EU regulation stating that has to be reported *"to the competent authority responsible for the oversight of the statutory auditor or audit firm" "a material breach of the laws, regulations or administrative provisions which lay down, where appropriate, the conditions governing authorisation or which specifically govern pursuit of the activities of such public-interest entity"* (Regulation (EU) No 537/2014 of 16 April 2014 on specific requirements regarding statutory audit of public-interest entities and repealing Commission Decision 2005/909/EC).

Among the *negative factors*, the standard mentions, by way of example: bribery. The company is regulated entirely and the matter may lead to a threat to its licence to operate. The matter may upset the financial markets where the company's securities are traded, or may pose a systemic risk. Other examples are: a company that helps clients to evade taxes or a company that produces or sells products that are harmful to public safety or health. These are examples where the wider public interest comes into play but also illustrate the role of the auditor is not to act as an aide to the public prosecutor.

Among the *positive factors*, the standard mentions the presence of an authority to whom the information can be communicated. The examples given both refer to public authorities. Important is also the exception about potential harm to the auditor, formulated in two ways, being first protection against liability or retaliation (there is no general whistleblowing protection for accountants) or protection against threats to physical safety of the accountant or other individuals. The risk of liability is to be measured against the standard of normal liability and would not exempt the auditor from acting "in the public interest".

After having weighed these factors, the auditor will decide whether or not to report the matter to the appropriate authority. It is up to national law and the matter involved to decide who this authority is: it may a public authority, such as the audit inspectors, or the securities or banking regulators. However, the professional authority has also been viewed, because it has the power to remove the accountant from his list of authorised accountants. It is clarified that reporting is a professional obligation, applicable even if no legal requirement exists.

It is worthwhile to mention that the EU regulation follows a different approach: after having reporting the "irregularity" to the audited entity – not further specified – he will report to the authorities in charge but only in case the

entity does not investigate the matter. Also the rule only applies to public interest entities.

## F. Urgent reporting

The standard contains a special section dealing with "imminent breaches" that have already been committed or are intended to be committed, and have been made apparent from the documents that are submitted to the accountant, or from other information he has obtained. Provided that the breach would cause substantial harm to stakeholders, including the general public, the accountant may consider to report immediately to the authority and this in order to reduce the potential consequences of the breach. By adopting this extraordinary course of action, it will be necessary to consider whether or not the matter should have been discussed with management or with the audit committee and whether or not this discussion could have been expected to reach a satisfactory result. If these parties are themselves involved in the breach, this would be a significant signal about their integrity, making immediate reporting the only alternative.

## G. Withdrawal from the engagement

After having decided that further action from his side is needed, the accountant may also terminate his assignment with the company. Resigning is not exclusive of other actions, such as reporting to an authority. Normally, resignation is a significant signal to the markets that something is amiss.

The transition between the former and the new accountant may be a delicate matter: the former accountant should inform his successor – on his request – about relevant facts and other information which he considers the successor to be aware of<sup>36</sup>. If the successor

<sup>36</sup> Ethics Code, par. 225-31, stating "The predecessor accountant shall do so despite paragraph 210.14 – on confidentiality between accountants – , unless prohibited by law or regulation".

does not obtain this information, he will take the necessary steps to obtain information by other means, including enquiries, third parties or background investigation. The decision will be taken at his own risk.

## H. Documentation

The standard contains an explicit requirement to document the steps and reasoning that has been followed in reaching a decision on a violation of a law or regulation. Documentation is requested in all cases where a violation has been identified or was suspected, also when no further action was undertaken, at least from the moment matters were raised with management.

The documentation should follow the timeline starting with the initial questions up to the final decision. It should state the factual developments throughout the time line, the reactions obtained from management or from the audit committee, the views of third parties that were consulted and finally the analysis of the different factors that have led the accountant to his final conclusion. In addition, the documentation should clearly identify the decisions he has adopted and the grounds on which his opinion is based, if indicated, applying the "reasonable and informed third party" test. Finally it should state how the accountant has come – or not – to the decision to report the case to the authority, or, as the case may be, withdraw from his function as an accountant to that company.

Needless to say that the quality of this documentation will be a strong argument in the discussions that may later occur on whether the accountant has acted professionally, or even on his liability. The documentation should contain a clear overview of the steps the auditor has undertaken and the response he has received from the management.

It is an essential safeguard both for the integrity of the decisions made by the auditor and for

judging his appreciation in case his decision would be challenged in court including cases in which his liability would be raised.

The timeline within which this process should be completed would normally be within the accounting year, unless significant uncertainty persists. If that is not the case, the accountant may have to mention the non-compliance as a key audit matter<sup>37</sup>.

Reference is made to the documentation requirements under the ISAs, detailing the different steps and the level of detail that has to be reflected in the documentation.

## I. Rules addressing the accountant in business

An important part of the NOCLAR standard deals with the application of the principles for the accountants in business who are members of a professional organisation. Although the principles are fundamentally the same, the position of these accountants lead to different solutions. The standard first addresses the "senior accountant in business" *i.e.* directors, officers, members of management, the head of important departments such as risk or compliance who have the duty of dealing with cases of non-compliance by reporting to top management or to the audit committee. Eventually, they may have to report, on a confidential basis, to the authorities, here too after having tried dealing with the issue internally by reporting to the immediate superior and to the external auditor. The standard also discusses processes in terms that are very similar to the ones applicable to auditors. The other (junior) accountants in business should mention their observations of non-compliance with laws to their immediate superior.

<sup>37</sup> See the Standard on auditor reporting: Key audit matters 701 or Emphasis of Matter 706.



This regime applies to all entities where these accountants are employed. The laws and regulations are defined in the same way. The scope extends to all accountants, whatever their position in the organisation. They are encouraged to hold comparable documentation about the incident.

### Revision of ISA 250 “Laws and Regulations in an Audit of Financial Statements”

The adoption of the new standard on NOCLAR led to the need to revise some other standards that are directly affected by the new obligations under standard 225. This is especially the case with ISA 250 “Consideration of Laws and Regulations in an Audit of Financial Statements” where the requirements are laid down for the verification whether or not the audited company conforms to the applicable laws and regulations.

The purpose of this standard 250 is not to deal with non-compliance, but rather with compliance, and to obtain sufficient and appropriate evidence that the applicable laws that have a material effect on the financial statements and other disclosures, have been respected<sup>38</sup>. The standard is directly related to the audit work and also to the extent that these are incidental to the audit and related reporting. However, it is not aimed at dealing with non-compliance cases as such.

To that effect, the standard requires appropriate audit procedures to verify compliance with these applicable legal requirements. Professional scepticism is mentioned as a necessary mental attitude. Several provisions are identical to the ones of the Ethics code<sup>39</sup>.

When doubts arise about compliance, the auditor will first analyse the matter and inquire

management or the internal audit as to whether the company is in compliance with certain provisions. He will engage procedures to help identify cases of non-compliance, and e.g. inspect correspondence with licensing authorities. If the suspicions subsist, the matter should be raised for verification with management or the appropriate level within the entity, and, if needed, he may request legal advice. In case continuing doubts persist, the auditor will evaluate their effect on his opinion: the matter will be taken up to the audit committee or to the supervisory board. If the non-compliance has not been reflected in the financials, the auditor will express a qualified or an adverse opinion.

Reporting to an external body is only mentioned by reference: the auditor may report the non-compliance to an external authority, and this in accordance with the law or with the relevant ethical requirements, which is an implicit reference to Standard 225 of the Ethics code<sup>40</sup>.

Here too, attention is drawn to the importance of the audit documentation.

### Conclusion

The adoption of the NOCLAR standard testifies an important change in the philosophy underpinning the standard setting for accountants: it demonstrates a greater awareness of the public responsibility of the profession, which plays a crucial role in the build-up of the confidence in the financial statements, and, therefore, in the financial markets. Especially with respect to the action of accountants confronted with illegal practices, this upgrade in the standards was overdue<sup>41</sup>. The efforts that led to these standards have been considerable – 6 years of preparation – but the final outcome and the efforts being deployed

<sup>38</sup> ISA, par. 250.1.

<sup>39</sup> ISA, par. 250.6 and par. 250.7 e.g.

<sup>40</sup> ISA, par. 250.29.

<sup>41</sup> See among others: Brooke MASTERS, *Auditors need to face their failures and set up controls that work*, FT, September 4, 2016.

by the audit inspectors<sup>42</sup> open the door to more reliable financial information.

## Toepassing in België

In deze bijdrage wordt een overzicht gegeven van de nieuwe internationale ethische standaard 225 met betrekking tot de positie van de accountant die vaststelt of vermoedens heeft dat de onderneming inbreuken heeft gepleegd op wetten of besluiten, andere dan fraude, geval dat in een afzonderlijke standaard wordt geregeld (ISA 240). Weliswaar is hij niet belast met het opsporen van deze onregelmatigheden, maar eens hij een vermoeden heeft of ervan werd ingelicht, moet hij de in de standaard aangeduide stappen ondernemen om de aard van de feiten vast te stellen en deze vervolgens intern aan de bevoegde instanties voor te leggen of te rapporteren aan het auditcomité. In bepaalde gevallen dient hij te rapporteren aan de bevoegde overheid: teneinde rekening te houden met de verscheidenheid van voorschriften of gevaren in andere landen in de wereld, is de rapporteringsplicht onderworpen aan een afweging van factoren, waarvan de hoofdelementen in de norm worden aangeduid. Documentatie zal deze afweging vastleggen. Bijkomend worden analoge verplichtingen vastgelegd voor de *accountants in business*.

Naar Belgisch recht wordt de modelinhoud van het verslag van de bedrijfsrevisor wettelijk omschreven in artikel 144, § 1 van het Wetboek van vennootschappen, waarvan het punt 3<sup>o</sup> bepaalt dat zijn verslag een vermelding bevat dat aangeeft dat *“de boekhouding is gevoerd in overeenstemming met de wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften die daarop van toepassing zijn”*. Onder het punt 9<sup>o</sup> dient hij te vermelden dat hij *“kennis heeft gekregen van verrichtingen gedaan ... in overtreding van de*

*statuten of de bepalingen van dit wetboek”*. De vermelding kan worden weggelaten *“wanneer de openbaarmaking van de overtreding onverantwoorde schade kan berokkenen, onder meer omdat het bestuursorgaan gepaste maatregelen heeft genomen om de aldus ontstane onwettige toestand te verhelpen”*.

Een tweede vermelding van deze problematiek treft men aan in artikel 19, § 3 van de wet van 7 december 2016 tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren:

*“De commissaris legt in het geval van een wettelijke controle van de jaarrekening, alle betekenisvolle inbreuken op de bepalingen van deze wet, op de bepalingen van Boek IV, Titel VII, van het Wetboek van Vennootschappen inzake de wettelijke controle van de jaarrekening en van de geconsolideerde jaarrekening, alsook op de bepalingen van verordening (EU) nr. 537/2014 vast. Hij registreert tevens alle gevolgen van een dergelijke inbreuk, met inbegrip van de maatregelen die zijn genomen om de inbreuk te beëindigen en om het interne kwaliteitsbeheersingssysteem aan te passen. De commissaris stelt een jaarverslag op met een overzicht van alle genomen maatregelen en maakt dit intern bekend.*

*De commissaris registreert ook alle schriftelijke klachten over de uitvoering van de wettelijke controles van de jaarrekening.”*

De verwijzing naar de verordening kan in dit geval worden gezien als specifiek betrekking hebbende op artikel 7 van de Europese verordening nr. 537/2014 met betrekking tot onregelmatigheden.

Verdere bronnen verwijzen naar de verplichting voor de bedrijfsrevisor om handelingen van witwassen van geld of financiering van terrorisme bij de bevoegde overheid aan te geven<sup>43</sup>. De bedrijfsrevisor die bij een bank is aangesteld is

<sup>42</sup> See PCAOB Inspection reports; IFIAR9 (International Forum of Independent Audit Regulators: Report on 2015 Survey of Inspection Findings March 3, 2016 ; 2016 Inspection Findings Survey, <https://www.ifiar.org/IFIAR-Global-Survey-of-Inspection-Findings.aspx>; and EAIG (European Audit Inspection Group), and the proposal for a Database on Audit findings).

<sup>43</sup> Wet van 11 januari 1993, artikel 3, (3) en (4) (voor bedrijfsrevisoren en externe accountants).

gehouden tot een medewerkingsplicht met de prudentiële toezichthouder<sup>44</sup>. Dit omvat meer in het bijzonder de verplichting een "bijzonder verslag" bij de toezichthouder uit te brengen betreffende "*beslissingen en feiten die kunnen wijzen op een overtreding van het Wetboek van vennootschappen, de statuten, (deze bankwet) en de ter uitvoering ervan genomen besluiten*".

De Belgische wetgeving verwijst hoofdzakelijk naar inbreuken op het Wetboek van vennootschappen en op de statuten doch bevat geen uitdrukkelijke bepalingen betreffende de wijze waarop de bedrijfsrevisor dient om te gaan met inbreuken op andere wetten en reglementen. Een meer algemene verwijzing naar de Europese verordening nr. 537/2014 laat toe artikel 7 van deze verordening in het Belgische recht toe te passen. Deze bepaling is in algemene termen gesteld en staat ver af van de specificiteit die men aantreft in de Professionele Standaard 225 zoals hiervoor besproken. Wel vermeldt de wet dat de bedrijfsrevisor aandacht besteedt aan de klachten die hem worden medegedeeld<sup>45</sup>.

Bij wijze van professionele Norm heeft het IBR opgelegd de ISAs toe te passen<sup>46</sup>. Naar huidige regeling wordt de materie van inbreuken op wet en reglementen beheerst door de ISAs, die in België uitdrukkelijk van toepassing zijn verklaard. Tot deze behoren zowel ISA 240 (de verantwoordelijkheden van de auditor met betrekking tot fraude in het kader van een controle van financiële overzichten) als ISA 250 (het in overweging nemen van wet- en regelgeving bij een controle van financiële overzichten). In beide gevallen worden gedragsregelen voorgeschreven die gelden voor het geval een bedrijfsrevisor vaststelt of vermoedt dat er zich onregelmatigheden

hebben voorgedaan. Hoewel de aanpassingen die de IAASB heeft aangebracht aan ISA250 niet zo vergaand zijn, zal deze wellicht opnieuw het voorwerp moeten uitmaken van een norm van het IBR.

De vermelde ISA's, vooral ISA 250, in zijn nieuwe formulering, verwijst niet expliciet naar de nieuwe formulering van Standaard 225 in de Ethische Code. Indien de onregelmatigheid voldoende is gebleken, zal de bedrijfsrevisor nagaan welke wettelijke of ethische bepalingen van toepassing zijn, en op grond hiervan verslag uitbrengen aan de bevoegde autoriteit. In de toelichting tot ISA 250 wordt wel uitdrukkelijk aandacht besteed aan Standaard 225. De verdere toepassing van ISA 250 zal geschieden met inachtneming van deze "Toepassingsgerichte en overige verklarende teksten" ("*Application and Other Explanatory Material*").

Op termijn is het wenselijk dat hier meer duidelijkheid wordt geschapen en dat de toepassing van de drie reeksen bepalingen (ISA 250, *Ethics Code* Standaard 225 en artikel 7 van de Europese verordening) op een uitdrukkelijke wijze op elkaar worden afgestemd.

<sup>44</sup> Art. 225 Wet 25 april 2014.

<sup>45</sup> In dit opzicht was de vroegere, thans opgeheven. IBR aanbeveling duidelijker; zie de Controle-aanbevelingen van het IBR (opgeheven) *Fraude en onwettige handelingen* (5 juni 1998).

<sup>46</sup> Norm van 10 november 2009 inzake de toepassing van de ISAs in België, die zal worden vervangen door de norm van 26 augustus en 21 november 2016, zodra deze door de minister van Economie wordt goedgekeurd.

### Samenvatting

De deontologische regels voor auditors en accountants zijn vastgelegd in de *International Code of Ethics for Professional Accountants*, zoals uitgewerkt door de *International Ethics Standards Board for Accountants* (IESBA). Deze standaarden zijn onlangs aangevuld met een ethische standaard die betrekking heeft op de verplichtingen van de accountant ingeval hij vaststelt dat onwettige handelingen zijn gepleegd door een entiteit waarvoor hij optreedt als accountant. Deze materie is in vakkringen bekend als NOCLAR, hetgeen staat voor “*Non-compliance with Laws and Regulations*” (niet-naleving van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen). De nieuwe standaard werd in juli 2016 door de IESBA aangenomen en vervolgens door de *Public Interest Oversight Board* goedgekeurd en treedt in werking op of na 15 december 2017.

De strijd tegen onwettige activiteiten of handelingen in gecontroleerde vennootschappen is om verschillende redenen van materieel belang. Eén van de kernelementen van de positie van de auditor is zijn vertrouwensband met de cliënt. Een kernkwestie die wordt behandeld in de nieuwe standaard is de mate waarin van de geheimhoudingsplicht van de auditor kan worden afgeweken in het hoger belang van het financieel en economisch stelsel. Deze kwestie stelt zich niet enkel in het kader van zijn contacten binnen het controleproces, bijvoorbeeld met confraters binnen het auditkantoor, maar – hetgeen nog belangrijker is – ingeval hij verslag moet uitbrengen aan een externe instantie, bijvoorbeeld een effectenregelgever voor genoteerde vennootschappen. De standaard verduidelijkt dat het vertrouwelijkheidsbeginsel niet wordt geschonden wanneer een auditor

### Résumé

Les règles déontologiques pour les auditeurs et les experts-comptables sont énoncées dans le Code international de Déontologie des Professionnels Comptables (*International Code of Ethics for Professional Accountants*), établi par le Conseil des normes internationales de déontologie comptable (*International Ethics Standards Board for Accountants*, IESBA). Ces normes ont été récemment complétées par une norme de déontologie portant sur les obligations incombant au professionnel comptable lorsqu’il constate que des actes illégaux ont été commis par une entité auprès de laquelle il intervient en tant que comptable. Dans les milieux professionnels cette matière est connue comme NOCLAR, « *Non-compliance with Laws and Regulations* » (non-respect des dispositions légales et réglementaires). La nouvelle norme a été adoptée par l’IESBA et ensuite approuvée par le *Public Interest Oversight Board* en juillet 2016. Elle entrera en vigueur à partir du 15 décembre 2017.

La lutte contre les activités ou actes illégaux dans les sociétés auditées est d’une importance significative pour plusieurs raisons. L’un des éléments essentiels de la position de l’auditeur est le principe de confidentialité dans le cadre de ses relations avec le client. L’une des questions clés abordées dans la nouvelle norme est celle de savoir dans quelle mesure la confidentialité de l’auditeur peut être levée dans l’intérêt supérieur du système financier et économique. Cette question se pose non seulement dans le cadre de ses contacts au sein du processus d’audit, par exemple avec des confrères du cabinet d’audit, mais surtout dans le cas où il doit faire rapport à une autorité extérieure, par exemple un régulateur des marchés de valeurs mobilières pour les sociétés cotées. La norme précise que le principe de confidentialité n’a pas été violé lorsqu’un auditeur fait rapport à

overeenkomstig de bepalingen van de standaard aan de externe instantie verslag uitbrengt.

De materie is ook van cruciaal belang voor het vertrouwen in de financiële verslaggeving en de toelichtingen door vennootschappen waarvan de effecten op de financiële markten worden verhandeld.

l'autorité conformément aux dispositions de la norme.

La question est également d'une importance capitale pour la confiance dans l'information financière et la communication d'informations par les sociétés dont les titres sont négociés sur les marchés financiers.

## NOCLAR IN BELGIË: AN AUDIT IS NOT AN AUDIT

### DRIES SCHOCKAERT

*Director, PwC Bedrijfsrevisoren*



In het auditberoep wordt steevast verwezen naar de slagzin “*een audit is een audit*”. Hiermee wordt bedoeld op het feit dat een controle van financiële overzichten onderhevig is aan dezelfde beginselen of principes, waarbij het de algehele doelstelling van de auditor is om voldoende en geschikte controle-informatie te verkrijgen dat de jaarrekening vrij is van een afwijking van materieel belang. Met andere woorden, de auditor verkrijgt een redelijke mate van zekerheid (*reasonable assurance*) dat de jaarrekening een getrouw beeld geeft in overeenstemming met het in België van toepassing zijnde stelsel inzake financiële verslaggeving.

Vanuit een zuiver audittechnische invalshoek is deze slagzin correct, omdat dezelfde standaarden (nl. de Internationale Controlestandaarden (ISA's) zoals deze in België zijn aangenomen) van toepassing zijn op controles van financiële overzichten en dit ongeacht de kenmerken van de geauditeerde entiteiten (groot of klein, genoteerd of niet genoteerd, OOB of niet-OOB, enz.) en dit voor alle bedrijfsrevisoren. Dit genereert een *level playing field* in het beroep door de creatie van een systeem van *quality assurance* dat bedrijfsrevisorenkantoor-specifiek is en voor de organisatie van een (nieuw) nationaal systeem van regelgeving en inspectie ter handhaving van de naleving van deze standaarden. We verwijzen hierbij in het bijzonder naar het nieuwe regelgevend kader inzake kwaliteitscontrole van en toezicht over de werkzaamheden uitgevoerd door bedrijfsrevisoren en -kantoren.

Verder bestaan in België geen “differentiële” controlestandaarden, met name standaarden specifiek voor de financiële controle van Organisaties van Openbaar Belang (OOB's) resp. van niet-OOB's zoals dat bv. het geval is in de VS *Public Company Accounting Oversight Board* (PCAOB) standaarden voor financiële controles van *public companies* en *American Institute of Certified Public Accountants* (AICPA) standaarden voor financiële controles van *non-public companies* (ook wel *private companies* genoemd). Iedere Belgische commissaris dient evenwel de ISA's “proportioneel” toe te passen in functie van de gecontroleerde entiteit, iets wat “ingebakken” zit in de ISA's, in het bijzonder via de vereisten van ISA 200. Zo bijvoorbeeld moeten vereiste werkzaamheden niet worden uitgevoerd, indien deze in de context van de opdracht niet van toepassing zijn (bv. de gecontroleerde entiteit doet niet aan uitbesteding van haar interne beheersing, *in casu* doet geen beroep op sociale secretariaten, derhalve is ISA 402 NIET van toepassing). Zo bijvoorbeeld zal een beschrijving van de belangrijkste aspecten van de interne beheersing van de gecontroleerde entiteit (ISA 315) passend moeten zijn in functie van de complexiteit en de graad van formalisme van de entiteit specifieke interne structuren, weliswaar rekening houdend met het feit dat bijvoorbeeld de interne beheersingsomgeving (en dito doeltreffendheid) veel meer zal moeten kunnen steunen op de *tone at the top* die door de zaakvoerder van een gecontroleerde vennootschap (*in casu* BVBA) wordt gedebiteerd.



De vraag die we in het kader van dit artikel stellen is nu: geldt de slagzin "een controle is een controle" vanuit een ethisch of deontologisch perspectief? Het antwoord op deze vraag is als volgt:

(1) Met de inwerkingtreding (per 31 december 2016) van de nieuwe wet van 7 december 2016 tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren zullen alvast een aantal ethische bepalingen van toepassing zijn in functie van een aantal eigenschappen van de gecontroleerde entiteit. Zo zijn een aantal bepalingen van deze wet, en dito opties van de EU Audit Verordening, enkel van toepassing op de OOB's, waaronder de externe rotatieverplichtingen en een specifieke berekening van de "one-to-70 %" regel voor OOB's<sup>1</sup>. Vanuit een zuiver Belgisch – weliswaar deontologisch – standpunt dienen we derhalve te concluderen dat "een controle geen controle is".

(2) Laten we dit bekijken vanuit een internationaal standpunt en laten we verwijzen naar ISA 200 waar we de volgende referenties aan de van toepassing zijnde ethische voorschriften terugvinden op de website van het IBR ([https://www.ibr-ire.be/nl/regelgeving/normen\\_en\\_aanbevelingen/nieuwe-herziene-ISAs/Documents/ISA-200-NL-2016-def.pdf](https://www.ibr-ire.be/nl/regelgeving/normen_en_aanbevelingen/nieuwe-herziene-ISAs/Documents/ISA-200-NL-2016-def.pdf)):

Paragraaf 14 van ISA 200 werd in december 2008 door de *International and Assurance Standards Board* (IAASB) zodanig geschreven en goedgekeurd dat een toepassing van de ISA's binnen de EU niet voor onoverkomelijke problemen zou zorgen inzake verschillen tussen landen inzake de van toepassing zijnde ethische voorschriften. Reeds in 2008 was internationaal bekend dat de *International Ethics Standards Board for Accountants* (IESBA) *Code of Ethics* (toen nog gekend als de "*International Federation of Accountants* (IFAC) *Code of Ethics*") niet door alle EU landen (laat staan door alle landen ter wereld) was ingebed in de nationale wet- of regelgeving. Paragraaf 14 van ISA 200 verwijst dan ook naar de verplichte toepassing tijdens financiële controles van de "relevante ethische vereisten". Bij nadere lectuur stelt ISA 200 dat met de term "gewoonlijke" wordt bedoeld de vereisten van de IESBA *Code of Ethics*, aangevuld met de meer restrictieve vereisten op nationaal vlak. In mensentaal betekent dit dat slechts een deel van het auditberoep op wereldvlak de IESBA *Code of Ethics* in de praktijk toepast en een ander deel dan weer niet. Historisch gesproken situeert het deel van het beroep dat dit wel doet zich binnen de netwerken die deel uitmaken van de *Forum of Firms* (FoF). De FoF is een forum dat *auditing* netwerken samenbrengt die alle de *commitment* delen om de internationale

## Vereisten

### Ethische voorschriften die betrekking hebben op een controle van financiële overzichten

14. De auditor dient relevante ethische voorschriften na te leven, inclusief die inzake onafhankelijkheid, met betrekking tot opdrachten voor de controle van financiële overzichten. (Zie Par. A14-A17)

1 Het geven van een volledig overzicht (inclusief een vergelijking) betreffende de vereisten van de EU Audit verordening, van de IESBA Code of Ethics en van de Belgische deontologische regels (ingebod in de nieuwe wet van 7 december 2016) valt buiten het bestek van dit artikel.

### Ethische voorschriften die betrekking hebben op een controle van financiële overzichten (Zie Par. 14)

A14. De auditor is onderworpen aan relevante ethische voorschriften, inclusief die inzake onafhankelijkheid, met betrekking tot opdrachten voor de controle van financiële overzichten. Relevante ethische voorschriften omvatten gewoonlijk de delen A en B van de International Federation of Accountants' Code of Ethics for Professional Accountants (de IFAC Code) betreffende een controle van financiële overzichten tezamen met nationale voorschriften die strikter zijn.

standaarden die door de IFAC worden gepubliceerd, inclusief de IESBA *Code of Ethics*, daadwerkelijk toe te passen. In de praktijk zijn het deze netwerken die aan hun individuele leden-bedrijfsrevisorenkantoren de verplichting opleggen om deze internationale ethische regels te volgen. Laten we een praktisch voorbeeld geven: conform de in België van toepassing zijnde deontologische regels dient, wat betreft de financiële controles van OOB's, de voor de controle verantwoordelijke bedrijfsrevisor (die de commissaris vertegenwoordigt) af te roteren na een periode van zes opeenvolgende boekjaren. Volgens de internationale regels afkomstig uit de IESBA *Code of Ethics* moet de zgn. *Key Audit Partner* afroteren na een periode van zeven opeenvolgende boekjaren. Indien nu een bedrijfsrevisor die een bepaald bedrijfsrevisorenkantoor (de commissaris) vertegenwoordigt gedurende drie jaren de functie opneemt van *Engagement Quality Control Reviewer* (EQCR) met betrekking tot een bepaalde OOB, dan kan, op grond van deze internationale regel, diezelfde bedrijfsrevisor de verantwoordelijkheid voor de controleopdracht bij diezelfde OOB slechts uitoefenen voor een resterende periode van 4 (=7-3) opeenvolgende boekjaren. Derhalve concluderen we dat in deze situatie de internationale regels meer restrictief zijn dan de in België van toepassing zijnde deontologische voorschriften. Gezien deze internationale regels *de facto* enkel worden toegepast door de bedrijfsrevisorenkantoren die deel uitmaken van een netwerk aangesloten bij de FoF, dienen we te concluderen dat

vanuit een internationaal ethisch oogpunt "een controle geen controle is".

De IESBA *Code of Ethics* omvat vereisten om bv. na te gaan of het verlenen van bepaalde non-audit diensten aan gecontroleerde entiteiten toegelaten is, en zo ja, onder welke restrictieve voorwaarden. In het algemeen gesproken wordt in de IESBA *Code of Ethics* de zgn. "*threats and safeguards*" benadering gevolgd: een bedrijfsrevisorenkantoor dient op te lijsten welke de risico's zijn van een eventuele niet-naleving van de internationale onafhankelijkheidsregels, alsook welke de maatregelen zijn die dat kantoor zal nemen (bv. via het opstellen van specifieke beperkingen in de betrokken opdrachtbrief) die dat specifieke risico mitigeren. De meeste netwerken beschikken dan ook over richtsnoeren opgesteld door het netwerk over wat conform de IESBA *Code of Ethics* is toegestaan in bepaalde omstandigheden, en wat niet, hetgeen als basis kan dienen voor de afweging voor de geviseerde non-audit opdracht.

Momenteel maakt de IESBA *Code of Ethics* geen integrerend deel uit van de Belgische ethische of deontologische regels. Het valt dan ook te verwachten dat de nieuwe ethische standaard betreffende "**Non-Compliance with Laws and Regulations**" (NOCLAR) geen directe gevolgen zal hebben voor de deontologische regels van toepassing op het beroep van bedrijfsrevisor per 15 december 2017 (zijnde de inwerkingtredingsdatum van de NOCLAR

ethische standaard). Vanzelfsprekend zullen alle bedrijfsrevisorenkantoren die via hun netwerk lid zijn van de FoF dit vanaf die datum in de praktijk moeten omzetten en dus naleven.

Hetgeen weldegelijk voor de bedrijfsrevisorenkantoren zichtbaar zal worden, weliswaar op termijn, zijn de wijzigingen aangebracht aan ISA 250, (herzien) *"Het in aanmerking nemen van wet- en regelgeving bij een controle van financiële overzichten"*, van toepassing op internationaal vlak voor de boekjaren die van start gaan vanaf 15 december 2017 (zijnde de inwerkingtredingsdatum van de NOCLAR ethische standaard).

In het bijzonder verwijst paragraaf 29 van deze herziene ISA 250 naar de mogelijkheid

dat de auditor, op grond van lokale vereisten, een geval van niet-naleving van wet- of regelgeving dat een van materieel belang zijnd effect op de financiële overzichten heeft, moet rapporteren aan een bevoegde instantie buiten de gecontroleerde entiteit. Wellicht zal dit in de Belgische praktijk tot een veeleer beperkt aantal externe communicaties leiden. We denken bijvoorbeeld aan het verzenden door een bedrijfsrevisor aan de Cel voor Financiële Informatie (CFI) van een melding in het kader van de Antiwitwaswetgeving (AWW), bijvoorbeeld indien de niet-naleving van een bepaald wetsartikel zou leiden tot een vermoeden van witwassen, en dan nog in het bijzondere geval dat deze niet-naleving een materiële impact op de jaarrekening zou hebben.

## IASB INFORMATIE – JULI TOT DECEMBER 2016

### INFORMATIONS IASB – JUILLET À DÉCEMBRE 2016

#### THOMAS CARLIER

*Deloitte Brussels IFRS Centre of Excellence*



#### FOUAD ELOUCH

*Deloitte Brussels IFRS Centre of Excellence*



#### VÉRONIQUE WEETS

*FSMA Dienst boekhoudkundige en financiële aangelegenheden*  
*FSMA Service des Affaires comptables et financières*



In het tweede semester van 2016 was er niet veel beweging op het vlak van IFRS. In afwachting van de nieuwe standaard met betrekking tot verzekeringscontracten (die de naam IFRS 17 al draagt), zag het semester de publicatie van drie aanpassingen aan bestaande standaarden en een nieuwe interpretatie

1 De beweringen en uitspraken in deze publicatie zijn voor rekening van de auteurs en kunnen geenszins worden gezien als uitspraken van de FSMA.

Le deuxième semestre 2016 ne restera pas dans les annales sur le plan normatif IFRS. Dans l'attente de la nouvelle norme sur les contrats d'assurance (déjà baptisée IFRS 17), le semestre sous revue aura vu la publication de trois modifications à des normes existantes et d'une nouvelle interprétation (IFRIC 22) dont la portée est assez spécifique. Il s'agit notamment

1 Les textes repris dans cette publication sont pour compte des auteurs et ne représentent pas des opinions de la FSMA.

(IFRIC 22) waarvan de draagwijdte relatief beperkt is. Het betreft onder andere de uitstel van de toepassing van de standaard IFRS 9 met betrekking tot financiële instrumenten voor de verzekeringsmaatschappijen zodat dit overeenstemt met de toepassingsdatum van de nieuwe standaard IFRS 17 voorzien voor 2021.

Verder heeft het ESMA haar prioriteiten gepubliceerd met betrekking tot het nazicht van de jaarrekeningen over het boekjaar 2016. Hierbij valt het onder andere op dat de Europese toezichthouders benadrukken dat de impact van de nieuwe standaarden die van toepassing zijn in de volgende jaren, waaronder IFRS 15 met betrekking tot opbrengsterkenning van toepassing vanaf 2018, reeds geschat wordt vanaf het boekjaar 2016.

## IASB

### 1. 12/09/2016: Wijzigingen in verband met de Toepassing van IFRS 9 en IFRS 4

De IASB heeft de standaard IFRS 4 – *Verzekeringscontracten* gewijzigd om tegemoet te komen aan de moeilijkheden als gevolg van de verschillende ingangsdata van IFRS 9 – *Financiële instrumenten* en de toekomstige standaard over verzekeringscontracten (IFRS 17 die naar verwachting zal gepubliceerd worden gedurende het eerste semester van 2017).

Toen duidelijk werd dat de toepassingsdatum van de nieuwe standaard over verzekeringscontracten (IFRS 17) niet zou samenvallen met de toepassingsdatum van de standaard IFRS 9 werd er aan de IASB gevraagd om de ingangsdatum van IFRS 9 uit te stellen voor entiteiten met verzekeringscontracten om beide ingangsdata te laten samenvallen.

De wijzigingen aan IFRS 4 geven 2 mogelijkheden voor entiteiten die verzekeringscontracten uitgeven die binnen het toepassingsgebied van IFRS 4 vallen:

de différer l'application de la norme IFRS 9 sur les instruments financiers pour les compagnies d'assurance afin de l'aligner avec la date d'entrée en vigueur de la nouvelle norme IFRS 17 sur les contrats d'assurance prévue pour 2021.

En outre, l'ESMA a publié ses priorités dans la revue des états financiers 2016. Dans ce contexte, on relèvera notamment l'insistance des régulateurs européens sur l'estimation dès l'exercice 2016 de l'impact des nouvelles normes applicables dans les années à venir, notamment la norme IFRS 15 sur la comptabilisation du chiffre d'affaires entrant en vigueur en 2018.

## IASB

### 1. 12/09/2016 : Amendements liés à l'application des normes IFRS 9 et IFRS 4

L'IASB a publié une modification de la norme IFRS 4 – *Contrats d'assurance* dans le but de répondre aux préoccupations concernant les dates d'entrée en vigueur différentes entre la norme IFRS 9 – *Instruments financiers* et la nouvelle norme sur les contrats d'assurance (IFRS 17 attendu dans le courant du premier semestre 2017).

Comme il est devenu évident que la date d'entrée en vigueur de la nouvelle norme sur les contrats d'assurance (IFRS 17) ne coïncidera pas avec celle de la norme IFRS 9, l'IASB s'est vu demandé de reporter l'adoption de la norme IFRS 9 concernant les activités d'assurance et de faire coïncider la date d'entrée en vigueur de la norme IFRS 9 pour ces activités avec celle de la norme IFRS 17.

Les modifications visent à offrir deux options aux entités qui émettent des contrats d'assurance entrant dans le champ d'application de la norme IFRS 4 :

- De "overlay approach": Deze optie laat entiteiten toe om het verschil tussen de bedragen opgenomen in de winst- en verliesrekening in overeenstemming met IFRS 9 en de bedragen opgenomen in overeenstemming met IAS 39 – *Financiële instrumenten: Opname en waardering* te herclassificeren naar de niet in winst of verlies opgenomen resultaten (*other comprehensive income*) op voorwaarde dat de entiteit contracten uitgeeft die binnen het toepassingsgebied van IFRS 4 vallen en op voorwaarde dat deze kosten en opbrengsten verband houden met financiële activa die volgens IFRS 9 worden gewaardeerd tegen hun reële waarde met wijzigingen in de winst en verliesrekening terwijl ze voordien volgens IAS 39 werden gewaardeerd tegen geamortiseerde kostprijs.
- De "deferral approach": Dit is een optionele tijdelijke uitzondering voor de toepassing van IFRS 9 tot 1 januari 2021 op voorwaarde dat de belangrijkste activiteit bestaat uit het uitgeven van contracten die binnen het toepassingsgebied van IFRS 4 vallen. Om te bepalen of de belangrijkste activiteit bestaat uit het uitgeven van contracten die binnen het toepassingsgebied van IFRS 4 vallen worden de verplichtingen als gevolg van deze contracten vergeleken met het totaal van de verplichtingen. De belangrijkste activiteiten houden verband met verzekeringen indien de boekwaarde van de verplichtingen die binnen het toepassingsgebied van IFRS 4 90 % uitmaken van de totale verplichtingen of 80 % indien de entiteit geen significante activiteiten heeft die niet zijn verbonden met verzekeringen.
- L'approche par superposition (*overlay approach*) : option permettant à une entité de reclasser du résultat net vers les autres éléments du résultat global (capitaux propres) la différence entre les montants qui seraient comptabilisés en résultat net selon IFRS 9 et ceux qui sont comptabilisés en résultat net selon IAS 39 – *Instruments financiers : comptabilisation et évaluation* à condition que l'entité émette des contrats d'assurance traités par IFRS 4, applique IFRS 9 en combinaison avec IFRS 4 et désigne les actifs financiers à la juste valeur par le biais du résultat net selon IFRS 9 lorsque ces actifs étaient précédemment classés parmi les actifs au coût amorti ou disponibles à la vente selon IAS 39 ;
- L'approche du report (*deferral approach*) : exemption temporaire facultative de l'application de la norme IFRS 9 jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2021 à l'attention des entités dont l'activité prédominante est l'émission de contrats entrant dans le champ d'application de la norme IFRS 4. L'entité détermine si son activité prédominante consiste à émettre des contrats d'assurance en comparant la valeur comptable de ses passifs issus de tels contrats à la valeur comptable totale de ses passifs. Les amendements prescrivent que l'émission de contrats d'assurance est une activité prédominante de l'entité si la valeur comptable des passifs d'assurance est supérieure à 90 % de la valeur comptable totale des passifs ; ou 80 % si l'entité (assureur) n'est pas active dans une autre activité significative non liée à l'assurance.

## 2. 8/12/2016: Jaarlijkse verbeteringen aan IFRS (cyclus 2014-2016)

Het IASB heeft de *jaarlijkse verbeteringen aan IFRS* (cyclus 2014-2016) gepubliceerd. Drie standaarden worden gewijzigd.

De ingangsdatum is 1 januari 2018, behalve voor de wijzigingen aan IFRS 12, daarvoor is de ingangsdatum 1 januari 2017. Een vervroegde toepassing is toegestaan.

## 2. 08/12/2016 : Améliorations annuelles 2014-2016 aux IFRS

L'IASB a publié des *améliorations annuelles aux IFRS* pour la période 2014-2016 regroupant des modifications apportées à trois normes.

L'entrée en vigueur est à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2018, sauf l'amélioration liée à IFRS 12 qui entre en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2017. Une application anticipée est autorisée.



Standaard	Onderwerp
IFRS 1 – <i>Eerste toepassing van IFRS</i>	Verwijdering van kortetermijnuitzonderingen in paragrafen E1 tot E7 van de standaard vermits ze niet meer van toepassing zijn.
IFRS 12 – <i>Informatieverschaffing over belangen in andere entiteiten</i>	Verduidelijking van het toepassingsgebied om te verduidelijken dat de te verstrekken informatie in overeenstemming met paragrafen B10 tot B16 ook van toepassing zijn op een belang in een entiteit zoals gedefinieerd in paragraaf 5 die aangehouden wordt voor verkoop of uitkering, of als stopgezette activiteit in overeenstemming met IFRS 5 – <i>Vaste activa aangehouden voor verkoop en beëindigde bedrijfsactiviteiten</i> .
IAS 28 – <i>Investerings in geassocieerde deelnemingen en joint ventures</i>	Verduidelijking van het feit dat de keuze van een organisatie die durfkapitaal verstrekt of een ander in aanmerking komende entiteit, om een investering in een geassocieerde deelneming of een joint venture te waarderen tegen reële waarde met wijzigingen in de winst- en verliesrekening wordt gemaakt voor elke investering afzonderlijk op het moment van eerste opname.

Normes	Sujet
IFRS 1 – <i>Première application des IFRS</i>	Suppression des exemptions à court terme des paragraphes E3 à E7 de la norme car elles ne sont plus applicables.
IFRS 12 – <i>Informations à fournir sur les intérêts détenus dans d'autres entités</i>	Clarification du champ d'application de la norme en précisant que les informations à fournir, autres que celles énoncées aux paragraphes B10 à B16, s'appliquent aux intérêts d'une entité énumérés au paragraphe 5 qui sont classés comme détenus en vue de la vente ou en vue d'une distribution, ou comme activités abandonnées selon IFRS 5 – <i>Actifs non-courants détenus en vue de la vente et activités abandonnées</i> .
IAS 28 – <i>Participations dans des entreprises associées et des coentreprises</i>	Clarification du fait que le choix d'évaluer à la juste valeur par le biais du résultat net une participation dans une entreprise associée ou une coentreprise détenue par une entité qui est un organisme de capital-risque ( <i>venture capital organisation</i> ) ou une autre entité qualifiante, est disponible pour chaque participation au cas par cas et ce, au moment de la comptabilisation initiale.

### 3. 8/12/2016: Wijzigingen met betrekking tot Overdrachten van vastgoedbeleggingen

De IASB heeft IAS 40 – *Vastgoedbeleggingen* als volgt gewijzigd met betrekking tot overdrachten van vastgoedbeleggingen:

De wijzigingen hebben de volgende aanpassingen tot gevolg:

- Paragraaf 59 werd aangepast zodanig dat een entiteit vastgoed naar of van de rubriek vastgoedbeleggingen moet overdragen indien er indicaties zijn voor een wijziging in gebruik. Een wijziging in gebruik neemt plaats indien het vastgoed (niet langer) voldoet aan de definitie van een vastgoedverplichting. Een wijziging in de bedoelingen van het management met betrekking tot het gebruik van het vastgoed is op zich geen indicatie voor een wijziging in gebruik.
- De lijst met voorbeelden van indicaties voor een wijziging in gebruik in paragraaf 57 wordt nu gepresenteerd als niet-exhaustieve lijst, in plaats van een volledige lijst.

De wijzigingen zijn van toepassing op de jaarperiodes die lopen vanaf 1 januari 2018. Een vervroegde toepassing is nochtans toegestaan.

### IFRS INTERPRETATIONS COMMITTEE

#### 1. 08/12/2016: Nieuwe interpretatie met betrekking tot Transacties in vreemde valuta en voorafbetalingen

De IASB heeft IFRIC 22 – *Transacties in vreemde valuta en voorafbetalingen* gepubliceerd. Deze interpretatie is van toepassing op transacties:

- Waarvoor de vergoeding is uitgedrukt in een vreemde valuta;

### 3. 08/12/2016 : Amendements sur le transfert d'immeubles de placement

L'IASB a publié des modifications de la norme IAS 40 – *Immeubles de placement*, portant sur le transfert des immeubles de placement.

Les amendements apportent les modifications suivantes :

- Le paragraphe 57 est modifié pour indiquer qu'une entité doit transférer un bien immobilier de la catégorie « immeubles de placement » ou vers cette catégorie si, et seulement si, il y a des éléments probants attestant un changement d'utilisation. Le changement d'utilisation signifie qu'un bien immobilier répond, ou cesse de répondre, à la définition d'un immeuble de placement.
- La liste d'exemples d'éléments probants aux alinéas 57a) à d) de la norme est présentée comme une liste non exhaustive.

Les amendements entrent en vigueur pour les périodes annuelles ouvertes à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2018. Une application anticipée est toutefois permise.

### IFRS INTERPRETATIONS COMMITTEE

#### 1. 08/12/2016 : Nouvelle interprétation sur les Transactions et contreparties payées d'avance en monnaies étrangères

L'IASB a publié une interprétation (IFRIC 22) intitulé « Transactions en monnaies étrangères et contrepartie payée d'avance ». Cette interprétation s'applique aux transactions qui répondent aux conditions suivantes :

- la contrepartie est libellée dans une monnaie étrangère ;

- Waarvoor de entiteit een actief opneemt met betrekking tot een voorafbetaling of een verplichting opneemt met betrekking tot uitgestelde opbrengsten voorafgaand aan de opname van het betreffende actief, de betreffende kosten of opbrengsten; en
- Waarvoor het actief met betrekking tot de voorafbetaling of de verplichting met betrekking tot de uitgestelde opbrengsten niet-monetair is.

De interpretatie stelt dat:

- a. De transactiedatum voor het bepalen van de wisselkoers overeenkomt met de datum waarop het niet-monetair actief als gevolg van de voorafbetaling of de niet-monetaire verplichting voor de uitgestelde opbrengsten initieel wordt opgenomen.
- b. Indien verschillende betalingen worden uitgevoerd, wordt een transactiedatum bepaald voor elke betaling.

IFRIC 22 is van toepassing voor boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2018, waarbij een geanticiperde toepassing toegelaten is. De eerste toepassing van deze interpretatie gebeurt:

- Ofwel retrospectief in overeenstemming met IAS 8 – *Grondslagen voor financiële verslaggeving, schattingswijzigingen en fouten*;
- Ofwel prospectief voor alle activa, kosten en opbrengsten die binnen het toepassingsgebied van deze interpretatie vallen en die initieel worden opgenomen in het boekjaar waarin de interpretatie voor het eerst wordt toegepast (1/1/2018) of in het voorgaande boekjaar waarin de vergelijkende cijfers worden gepresenteerd.

- l'entité comptabilise un actif au titre d'un paiement anticipé ou un passif au titre de produits différés préalablement à la comptabilisation de tout ou partie de l'actif, de la charge ou du produit associé ; et
- l'actif au titre d'un paiement anticipé ou le passif au titre de produits différés est non monétaire.

L'interprétation stipule que :

- a. La date de transaction, aux fins de la détermination du cours de change, correspond à la date de la comptabilisation initiale de l'actif non monétaire payé d'avance ou du passif non monétaire lié à un produit différé.
- b. Si plusieurs paiements sont réalisés, une date de transaction est établie pour chaque paiement.

IFRIC 22 entre en vigueur pour les périodes annuelles ouvertes à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2018 avec une application anticipée autorisée. La première application de l'interprétation se fait :

- soit de façon rétrospective selon IAS 8 – *Méthodes comptables, changements d'estimations comptables et erreurs* ;
- soit de façon prospective pour tous les actifs, charges et produits qui entrent dans le champ d'application de l'interprétation et qui ont été initialement comptabilisés à compter de l'ouverture de l'exercice au cours duquel l'entité applique l'interprétation pour la première fois ou de l'ouverture d'un exercice antérieur pour lequel des informations comparatives sont présentées.

## EUROPA

### 1. Standaarden en interpretaties die goedgekeurd zijn

IFRS 9 – *Financiële instrumenten* (Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen van 29 november 2016). Deze standaard is van toepassing voor boekjaren die beginnen op of na 1 januari 2018.

IFRS 15 – *Opbrengsten van contracten met klanten* (Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen van 29 oktober 2016). Deze standaard is van toepassing voor boekjaren die beginnen op of na 1 januari 2018.

Wijzigingen aan IFRS 10, IFRS 12 en IAS 28 – *Beleggingsentiteiten: Toepassing van de uitzondering op de consolidatie* (Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen van 23 september 2016). Deze standaard is van toepassing voor boekjaren die beginnen op of na 1 januari 2016.

## ESMA

### 1. 28/07/2016 – Publicatie van beslissingen van het ESMA

De Europese beursregulator (ESMA) heeft voor de 19<sup>de</sup> keer een aantal beslissingen van nationale marktautoriteiten uit haar confidentiële databank gepubliceerd.

De publicatie van een deel van deze beslissingen heeft tot doel marktdeelnemers te informeren over grondslagen die volgens de Europese regelgevers in overeenstemming zijn met IFRS. Volgens ESMA bevordert de publicatie van deze beslissingen de consistente toepassing van IFRS binnen Europa.

## EUROPE

### 1. Normes et interprétations adoptées

IFRS 9 – *Instruments financiers* (Journal Officiel de l'Union européenne du 29 novembre 2016). Cette norme entre en vigueur pour les périodes annuelles ouvertes à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2018.

IFRS 15 – *Produits des activités ordinaires tirés de contrats avec des clients* (Journal Officiel de l'Union européenne du 29 octobre 2016). Cette norme entre en vigueur pour les périodes annuelles ouvertes à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2018.

Amendements à IFRS 10, IFRS 12 et IAS 28 – *Entités d'investissement : Application de l'exemption de consolidation* (Journal Officiel de l'Union européenne du 23 septembre 2016). Ces amendements entrent en vigueur pour les périodes annuelles ouvertes à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2016.

## ESMA

### 1. 28/07/2016 : Publication des décisions prises par l'ESMA

L'ESMA a publié le 19<sup>ème</sup> extrait de sa base de données reprenant les décisions prises par les régulateurs nationaux européens quant à l'application du référentiel IFRS.

La publication de ces décisions vise à informer les participants du marché sur les traitements comptables que les autorités nationales considèrent comme étant conformes aux IFRS. Selon l'ESMA, la publication de ces décisions contribue à l'application cohérente des IFRS à travers l'Europe.

Standaard	Onderwerp
IAS 39 – <i>Financiële instrumenten: Opname en waardering</i>	Derivaat op inflatiegerelateerde index ingebed in een leasecontract
IFRS 11 – <i>Gezamenlijke overeenkomsten</i>	Classificatie van een afzonderlijke entiteit als gezamenlijke activiteit op basis van “andere feiten en omstandigheden”
IAS 21 – <i>De gevolgen van wisselkoerswijzigingen</i>	Keuze van de gepaste wisselkoers als er verschillende wisselkoersen beschikbaar zijn
IAS 38 – <i>Immateriële activa</i>	Presentatie van winsten als gevolg van de verkoop van een immaterieel actief
IFRS 13 – <i>Waardering tegen reële waarde</i>	Identificatie van niet-observeerbare inputs
IFRS 3 – <i>Bedrijfscombinaties</i> ; IAS 8 – <i>Grondslagen voor financiële verslaggeving, schattingswijzigingen en fouten</i> ; en IFRS 2 – <i>Op aandelen gebaseerde betalingen</i>	Omgekeerde verwerving van een beursgenoteerde lege entiteit
IAS 18 – <i>Opbrengsten</i> ; en IFRS 8 – <i>Operationele segmenten</i>	Verstrekken van bedragen van belangrijke categorieën van opbrengsten
IAS 38 – <i>Immateriële activa</i>	Bepalen of een dealernetwerk verworven in een bedrijfscombinatie een immaterieel actief met onbepaalde levensduur is
IFRS 13 – <i>Waardering tegen reële waarde</i> ; en IFRIC 17 – <i>Uitkeringen van activa in natura aan eigenaars</i>	Ruil van een bedrijf tegen een belang in een dochteronderneming gevolgd door de uitkering van de verworven dochteronderneming aan de eigenaars
IAS 19 – <i>Personeelsbeloningen</i> ; en IFRIC 14 – <i>IAS 19: De limiet voor een actief uit hoofde van een toegezegd pensioenregeling, vereisten inzake minimale financiering en de wisselwerking hiertussen</i>	Bepalen van de maximale beschikbare economische voordelen van een pensioenplan en waardering van het nettoactief van een toegezegd pensioenplan
IAS 12 – <i>Winstbelastingen</i> en IAS 41 – <i>Landbouw</i>	Waardering van een uitgestelde belastingverplichting met betrekking tot biologische activa wanneer de belastingvoet wijzigt tijdens de levensduur van de activa
IFRIC 21 – <i>Heffingen</i>	Verwerking van bijdragen aan een depositiegarantiefonds in de tussentijdse financiële staten

Normes	Sujet
IAS 39 – <i>Instruments financiers: comptabilisation et évaluation</i>	Dérivé sur indice lié à l'inflation incorporé dans un contrat de location hôte
IFRS 11 – <i>Partenariats</i>	Classement en activité conjointe d'un véhicule distinct sur la base des « autres faits et circonstances »
IAS 21 – <i>Effets des variations des cours des monnaies étrangères</i>	Choix du taux de change approprié quand plusieurs taux sont disponibles
IAS 38 – <i>Immobilisations incorporelles</i>	Présentation des gains résultant de la vente d'une immobilisation incorporelle
IFRS 13 – <i>Evaluation de la juste valeur</i>	Identification de données non observables
IFRS 3 – <i>Regroupement d'entreprises</i> ; IAS 8 – <i>Méthodes comptables, changements d'estimations comptables et erreurs</i> ; et IFRS 2 – <i>Païement fondé sur des actions</i>	Acquisition inversée d'une société cotée sans substance
IAS 18 – <i>Produits des activités ordinaires</i> et IFRS 8 – <i>Secteurs opérationnels</i>	Information à fournir sur le montant des catégories importantes de chiffre d'affaires
IAS 38 – <i>Immobilisations incorporelles</i>	Déterminer si un réseau de distribution acquis dans un regroupement d'entreprises est une immobilisation incorporelle avec une durée d'utilité indéfinie
IFRS 13 – <i>Evaluation de la juste valeur</i> et IFRIC 17 – <i>Distributions d'actifs non monétaires aux propriétaires</i>	Acquisition d'une filiale en échange d'une activité et distribution ultérieure de cette filiale acquise aux propriétaires
IAS 19 – <i>Avantages du personnel</i> et IFRIC 14 – <i>IAS 19 Le plafonnement de l'actif au titre des régimes à prestations définies, les exigences de financement minimal et leur interaction</i>	Détermination des avantages économiques maximum disponibles d'un plan de pension et évaluation de l'actif net au titre d'un régime de retraite à prestations définies
IAS 12 – <i>Impôts sur le résultat</i> et IAS 41 – <i>Agriculture</i>	Evaluation d'un passif d'impôt différé lié aux actifs biologiques quand les taux d'impôt changent au cours de la durée de vie des actifs concernés
IFRIC 21 – <i>Taxes</i>	Comptabilisation des cotisations à un fond de garantie des dépôts dans les états financiers intermédiaires



Het volledige document vindt U op volgende website:

[https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2016-1208\\_19th\\_extract.pdf](https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2016-1208_19th_extract.pdf)

## **2. 28/10/2016: ESMA publiceert prioriteiten voor het boekjaar 2016**

ESMA heeft beslist dat bij de controles van de jaarrekeningen over 2016 bijzondere aandacht zal gaan naar de volgende onderwerpen:

- Presentatie van de financiële informatie;
- Financiële instrumenten: verschil tussen verplichtingen en eigen vermogen; en
- Informatie over de gevolgen van de nieuwe standaarden op toekomstige jaarrekeningen.

Daarnaast dringt het ESMA erop aan dat entiteiten die een invloed verwachten als gevolg van het referendum in het Verenigd Koninkrijk (de Brexit) informatie verschaffen over de risico's en mogelijke gevolgen op de bedrijfsactiviteiten.

ESMA en de nationale regelgevers zullen waken over de toepassing van IFRS op deze onderwerpen, de nationale regelgevers zullen deze prioriteiten opnemen in hun controles en zullen indien nodig corrigerende maatregelen nemen.

Le rapport complet est disponible sur le lien suivant :

[https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2016-1208\\_19th\\_extract.pdf](https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2016-1208_19th_extract.pdf)

## **2. 28/10/2016 : Publication des priorités de l'ESMA pour la clôture 2016**

L'ESMA a décidé que les priorités pour 2016 portent sur les sujets suivants :

- la présentation de la performance financière ;
- instruments financiers : distinction entre les instruments de capitaux propres et les instruments de dette ; et
- information à fournir sur l'impact des nouvelles normes sur les états financiers IFRS.

Outre ces éléments, l'ESMA incite les sociétés qui pourraient être impactées par l'issue du référendum au Royaume-Uni (Brexit) à fournir des informations pertinentes sur les risques et impacts potentiels attendus sur les activités de la société.

L'ESMA et les autorités nationales continueront à veiller à la bonne application du référentiel IFRS, en particulier quant aux sujets mentionnés ci-dessus. Ainsi, les régulateurs nationaux incorporeront ces priorités dans leurs contrôles et prendront, si nécessaire, des actions correctives.

## Woord van de Hoofdredacteur

# ONTWERPBOEK XX VAN HET WETBOEK VAN ECONOMISCH RECHT: DE BEKRONING VAN EEN (R)EVOLUTIE!

## Mot du Rédacteur en chef

### LE LIVRE XX EN PROJET DU CODE DE DROIT ÉCONOMIQUE : LE COURONNEMENT D'UNE (R)ÉVOLUTION !

Op initiatief van de minister van Justitie werd aan de Raad van State een voorontwerp van wet houdende invoeging van het Boek XX "Insolventie van ondernemingen" in het Wetboek van economisch recht voorgelegd. Indien dit boek XX daadwerkelijk in het Wetboek wordt ingevoegd, zal dit meer bepaald tot gevolg hebben dat alle ondernemingen, en niet langer enkel kooplieden, het risico lopen om failliet te gaan.

#### Uitbreiding van het faillissement tot alle ondernemingen

De nieuwe kernbepaling wordt artikel XX.100 van het Wetboek van economisch recht (WER), luidende: *"De onderneming die op duurzame wijze heeft opgehouden te betalen en wier krediet geschokt is, bevindt zich in staat van faillissement."*

Artikel 2 van de huidige faillissementswet van 8 augustus 1997, die zal worden opgeheven, luidt als volgt: *"De koopman die op duurzame wijze heeft opgehouden te betalen en wiens krediet geschokt is, bevindt zich in staat van faillissement."*

Een woordwijziging met grote gevolgen! De *koopman* maakt plaats voor de *onderneming*.

A l'initiative du ministre de la justice, le Conseil d'Etat a été saisi d'un avant-projet de loi portant insertion du livre XX « insolvabilité des entreprises » dans le Code de droit économique. Si ce livre XX est effectivement introduit dans le Code, cela se traduira notamment par la soumission de toutes les entreprises, et plus seulement des commerçants, au risque de faillite.

#### L'extension de la faillite à toutes les entreprises

La nouvelle disposition clé sera l'article XX.100 du Code de droit économique (C.D.E.) : « *L'entreprise qui a cessé ses paiements de manière persistante et dont le crédit se trouve ébranlé est en état de faillite.* »

L'article 2 de l'actuelle loi du 8 août 1997 sur les faillites, qui sera abrogée, se lit quant à lui comme suit : « *Tout commerçant qui a cessé ses paiements de manière persistante et dont le crédit se trouve ébranlé est en état de faillite.* »

Un seul mot change donc, mais lequel ! Le *commerçant* cède la place à l'*entreprise*.

Huidig artikel 1.1 van het Wetboek van economisch recht omschrijft de onderneming als "elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft". Het kan dus gaan om een koopman, een vereniging, een beoefenaar van een vrij beroep, een ministerieel ambtenaar, enz.

#### Specifieke regels voor de vrije beroepen

Ontwerpartikel XX.2, § 2 van het Wetboek van economisch recht bepaalt dat de hervorming van toepassing is op "de beoefenaars van vrije beroepen, onverminderd het bijzonder recht dat die vrije beroepen, met inbegrip van de ministeriële ambtenaren, beheerst en dat verband houdt onder meer met het beroepsgeheim, de toegang tot het beroep, de beperkingen aan het beheer en aan de overdracht van het vermogen".

Meer specifiek gelast ontwerpartikel XX.125 de rechtbank van koophandel die het faillissement van de beoefenaar van een vrij beroep zal uitspreken, om aan de curator een "medecurator" toe te voegen die "een beoefenaar van dit beroep" is en "die waarborgen biedt inzake begeleiding van een vereffening". Wij denken dat deze confrater van de gefailleerde beroepsbeoefenaar in het bijzonder zal worden belast met de behandeling van aspecten van het faillissement die vragen zouden kunnen doen rijzen over het beroepsgeheim en de specifieke deontologie van de gefailleerde.

#### Afronding van een grondige hervorming van ons recht

Het vervangen van het begrip "koopman" door het begrip "onderneming" in het kader van de toepassing van het faillissementsrecht is in feite de belangrijke laatste stap in een verschuiving die enkele decennia geleden werd ingezet.

L'entreprise est, selon l'article 1.1 actuel du Code de droit économique, « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique ». Il peut donc s'agir aussi bien d'un commerçant que d'une association, du titulaire d'une profession libérale, d'un officier ministériel, etc.

#### Les modalités prévues pour les professions libérales

L'article XX.2, § 2, en projet, du Code de droit économique, prévoira que la réforme s'applique « aux titulaires des professions libérales, sans préjudice du droit particulier qui régit lesdites professions libérales, en ce compris les officiers ministériels, et qui ont trait, notamment, au secret professionnel, à l'accès à la profession, aux restrictions quant à la gestion et à la transmission du patrimoine ».

Et concrètement, l'article XX.125 en projet enjoint au tribunal de commerce qui prononcera la faillite du titulaire d'une profession libérale, d'adjoindre au curateur désigné, en tant que « co-curateur », un « titulaire d'une telle profession qui offre des garanties de compétence en matière d'accompagnement d'une liquidation ». On imagine que ce confrère du professionnel en failli sera spécialement chargé de traiter les aspects de la faillite qui pourraient soulever des questions par rapport au respect du secret professionnel et à la déontologie particulière du failli.

#### L'achèvement d'un mouvement de fond de notre droit

La substitution de la notion d'entreprise au concept de commerçant pour l'application du droit de la faillite, constitue en réalité la dernière étape importante dans un mouvement entamé depuis plusieurs décennies.

Handelspraktijken zijn nu marktpraktijken en de regeling ervan betreft zowel handels- als niet-handelsondernemingen (boek VI van het WER), weliswaar met enkele nuances voor de specifieke handelingen van de beoefenaars van vrije beroepen (boek XIV van het WER), namelijk de "intellectuele prestaties kenmerkend voor deze beroepen" (art. XIV.1 van het WER).

Het mededingingsrecht geldt, onder Europese invloed, al geruime tijd zowel voor vennootschappen als voor verenigingen en vrije beroepen. Het is logisch dat het Europees recht, dat verschillende economische vrijheden bekrachtigt en beschermt, niet verwijst naar categorieën zoals die van koopman, die worden vastgelegd in het nationaal recht van de Lidstaten en desgevallend voor velen onder hen onbekend zijn.

De verplichte inschrijving in het handelsregister werd uitgebreid tot alle rechtspersonen naar Belgisch recht, vrije beroepen en vele andere economische actoren, in de vorm van een inschrijving in de Kruispuntbank van Ondernemingen (art. III.16 van het WER).

Verenigingen moeten nu boekhoudnormen toepassen en een transparante boekhouding voeren – ook op het vlak van de openbaarmaking van hun jaarrekening – die heel nauw aansluiten bij de boekhoudverplichtingen van vennootschappen. Burgerlijke vennootschappen en handelsvennootschappen moeten hetzelfde boekhoudstelsel toepassen.

Sinds de zogenaamde wet natuurlijke rechter van 26 maart 2014 kent artikel 573 van het Gerechtelijk Wetboek aan de rechtbank van koophandel de bevoegdheid toe voor geschillen tussen "ondernemingen", namelijk tussen alle personen "die op duurzame wijze een economisch doel nastreven", die betrekking hebben op een handeling "welke is verricht in het kader van de verwezenlijking

Les pratiques de commerce sont aujourd'hui les pratiques de marché, et leur réglementation vise aussi bien les entreprises commerciales que non-commerciales (livre VI du C.D.E.), quoiqu'avec quelques nuances pour les actes spécifiques des professions libérales (livre XIV du C.D.E.), à savoir les « prestations intellectuelles caractéristiques de ces professions » (art. XIV.1 du C.D.E.).

Depuis longtemps, sous l'influence européenne, le droit de la concurrence s'applique aussi bien à des sociétés qu'à des associations et aux professions libérales. Il est logique que le droit européen, qui consacre et protège diverses libertés économiques, ne renvoie pas à des catégories comme celle de commerçant, définies par les droits des Etats membres et le cas échéant inconnues de plusieurs d'entre eux.

L'obligation d'inscription au registre du commerce a été étendue à toutes les personnes morales de droit belge, aux professions libérales et à bien d'autres acteurs économiques, sous la forme d'un enregistrement à la Banque-Carrefour des Entreprises (art. III.16 du C.D.E.).

Les associations sont aujourd'hui soumises à des normes et à une transparence comptables, y compris en termes de publication de leurs comptes annuels, fort proches de celles applicables aux sociétés. Les sociétés civiles sont soumises au même régime comptable que les sociétés commerciales.

Depuis une loi du 26 mars 2014, dite loi sur le juge naturel, l'article 573 du Code judiciaire attribue au tribunal de commerce les contestations entre « entreprises », à savoir entre toutes personnes « qui poursuivent de manière durable un but économique », concernant un acte « accompli dans la poursuite de ce but » et pour autant que ces contestations ne relèvent pas de la compétence spéciale d'autres juridictions

van dat doel" en voor zover deze geschillen niet onder de bijzondere bevoegdheid van andere rechtscolleges (zoals de arbeidsrechtbank) vallen. En onder hetzelfde voorbehoud van de bijzondere bevoegdheid van andere rechtscolleges, mogen ook eisers die geen onderneming zijn, de rechtbank van koophandel – veeleer dan de vrederechter of de rechtbank van eerste aanleg – adieren omtrent geschillen die ze hebben met een onderneming met betrekking tot een handeling welke door deze onderneming is verricht in het kader van de verwezenlijking van haar economisch doel.

De definitie van koopman blijft weliswaar behouden, net zoals de specifieke bewijsregels voor daden van koophandel en/of kooplieden, of nog de immunisering van natuurlijke personen beoefenaars van bepaalde vrije beroepen ten aanzien van de strenge regels van het boekhoudrecht. Maar met de uitbreiding van het faillissement tot niet-kooplieden is de laatste kritieke fase bereikt.

#### Hervorming met aanzienlijke gevolgen

En tot slot dient te worden beklemtoond dat de hervorming natuurlijk niet enkel esthetische gevolgen in de vorm van harmonisatie van het recht met zich meebrengt. Het feit dat een (in voorkomend geval openbare) vastgoedvennootschap, een advocatenkantoor, een vereniging zonder winstoogmerk en een bedrijfsrevisorenkantoor failliet zouden kunnen worden verklaard, zou hen ertoe moeten brengen hun kasmiddelen en discontinuïteitsrisico's beter te beheren. En desgevallend aangifte te doen van hun faillissement: "De onderneming is verplicht, binnen een maand nadat zij heeft opgehouden te betalen, daarvan aangifte te doen ter griffie van de bevoegde rechtbank" (ontwerp art. XX.103 van het WER). Zo zal het niet meer mogelijk zijn om te speculeren over de trage reactie van de schuldeisers en de langzame ontbindingsprocedure, bijvoorbeeld.

(telles que le tribunal du travail). Et sous la même réserve de la compétence spéciale d'autres juridictions, il est en outre permis aux demandeurs qui ne sont pas eux-mêmes une entreprise de saisir le tribunal de commerce, plutôt que le juge de paix ou le tribunal de première instance, des contestations qu'ils entretiennent avec une entreprise, relativement à un acte accompli par cette dernière dans la poursuite de son but économique.

Certes, la définition du commerçant subsiste, de même que des règles de preuve spécifiquement applicables aux actes de commerce et/ou aux commerçants, ou l'immunisation des personnes physiques titulaires de certaines professions libérales par rapport aux rigueurs du droit comptable. Mais avec l'extension de la faillite à des non-commerçants, la dernière étape essentielle est franchie.

#### Une réforme à l'impact considérable

Et pour conclure, soulignons que la réforme n'a bien sûr pas que des conséquences esthétiques d'harmonisation du droit. Qu'une société immobilière, le cas échéant de service public, un bureau d'avocat, une association sans but lucratif, un cabinet de révision, puissent être déclarés en faillite, devrait les amener à mieux gérer leur trésorerie et leurs risques de discontinuité. Et de réagir le cas échéant par un aveu de faillite: « *Toute entreprise est tenue, dans le mois de la cessation de ses paiements, d'en faire l'aveu au greffe du tribunal compétent* » (art. XX.103 en projet du C.D.E.). Plus question donc, par exemple, de spéculer sur la lenteur de réaction des créanciers et d'une procédure en dissolution.

De uitbreiding van de insolventieprocedures tot alle ondernemingen kan ongetwijfeld ook worden beschouwd als een erkenning van het belang van de vrije beroepen en de verenigingen in de economie van de eenentwintigste eeuw.

Prof. Dr. Michel DE WOLF  
Decaan van de *Louvain School of Management*  
Erevoorzitter van het Instituut van de  
Bedrijfsrevisoren

Assurément, l'extension des procédures d'insolvabilité à toutes les entreprises constitue aussi la reconnaissance de l'importance des professions libérales et des associations dans l'économie du XXIème siècle.

Prof. Dr. Michel DE WOLF  
Doyen de la *Louvain School of Management*  
Président honoraire de l'Institut des réviseurs  
d'entreprises



**Uw advies interesseert ons: aarzel niet  
ons uw suggesties mee te delen op het  
adres [info@icci.be](mailto:info@icci.be).**

**Votre avis nous intéresse : n'hésitez pas  
à nous faire part de vos suggestions à  
l'adresse [info@icci.be](mailto:info@icci.be).**