

BRONNEN VAN AANSPRAKELIJKHEID VAN DE REVISOR

■

Inhoudstafel

Ten geleide	3
De burgerlijke aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisoren: een algemeen overzicht door <i>Paul Alain FORIERS</i>	7
De verslaggevingsplicht van de commissaris-revisor: sancties in geval van ontbreken of van onvolledig verslag door <i>Hilde LAGA</i>	33
Discontinuïteit en faillissementen en de commissaris-revisor door <i>Christian VAN BUGGENHOUT</i>	41
Plichten en aansprakelijkheid van de commissaris-revisor ingeval van fraude door <i>Xavier DIEUX</i>	55
De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris-revisor: enkele aspecten door <i>Lieven DUPONT</i>	71
Commissaris-revisor: verantwoordelijkheden en verzekering door <i>Caroline VAN SCHOUBROECK</i>	109
De bedrijfsrevisor en de tuchtregeling door <i>Jacques GODEFROID</i>	143
De kwijting en de verjaring als oorzaken van de beëindiging van de aansprakelijkheid van de commissaris-revisor door <i>Aloïs VAN OEVELEN</i>	165
Aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor bij overnames van vennootschappen door <i>Jean-Marie NELISSEN GRADE</i>	181

Ten geleide

Met zijn openbaar verslag over de jaarrekening verleent de commissaris-revisor een grotere geloofwaardigheid aan de documenten die de ondernemingsleiding bekend maakt. Deze grotere geloofwaardigheid is te danken aan de onafhankelijke positie die de commissaris-revisor inneemt tegenover de leiding van de vennootschap en de verantwoordelijkheid die hij in zijn hoedanigheid van beroepsbeoefenaar opneemt. In dergelijke context staat uiteraard de problematiek van de verantwoordelijkheid tegenover de sociale rol van de commissaris-revisor centraal.

In de Belgische context zijn er slechts weinig gevallen bekend waarin de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris-revisor in opspraak wordt gebracht. Maar de toestand ligt heel anders in de buurlanden en zeker in de Verenigde Staten. De overdrijvingen die het Amerikaanse gerechtelijk systeem kenmerken, hebben ook gevolgen over de grenzen heen. Zowel op het vlak van verzekeringen als wat de houding betreft die de auditkantoren moeten aannemen, stelt de aansprakelijkheid een probleem dat moet worden opgelost, wil men vermijden dat de behoorlijke uitoefening van de functie zelf in het gedrang zou komen. De *Private Securities Litigation Reform Act* van 1995 beoogt deze doelstelling en behoudt een specifieke behandeling voor aan de schadevergoeding die verband houdt met door de emittenten van effecten bekendgemaakte informatie.

Het is nooit uitgesloten dat een ziekte die in de buurlanden toeslaat, komt overwaaien en zelfs in ons land is het gevaar om in een geding betrokken te worden, vermoedelijk groter dan dit in het verleden het geval was. Vandaar de noodzaak een balans op te maken, wat gebeurde op de studiedag die door het Instituut der Bedrijfsrevisoren werd georganiseerd op 7 mei 1996 en waarvan de voornaamste bijdragen in onderhavige brochure werden gebundeld.

In andere landen lijkt vooral het bedrag van de mogelijke schadevergoeding een probleem op te leveren. Bij ons spitsen de juridische studies zich echter vooral toe op het begrip fout en wordt de opdracht van de commissaris-revisor vanuit verschillende aspecten belicht: het burgerrechtelijk, strafrechtelijk of tuchtrechtelijk vlak.

Het bedrag van de mogelijke schadeclaim verontrust terecht, omdat de gevolgen van de fout die erin bestaat misleidende informatie bekend te maken, geenszins in verhouding kan staan tot de fout die door de commissaris-revisor werd begaan. Trouwens, de Regering heeft oog gehad voor deze kwestie bij de bespreking in het parlement rond de hervorming van het bedrijfsrevisoraat. De Regering stelde voor de aansprakelijkheid van de revisor te beperken tot 50 maal het bedrag van de jaarlijkse honoraria die hij voor de uitvoering van zijn opdracht aanrekent. De parlementscommissies verwierpen het voorstel met het argument dat ten aanzien van één bijzondere beroepscategorie niet kon worden afgeweken van de algemene beginselen van de onbeperkte aansprakelijkheid¹. Sindsdien kwam de kwestie niet meer ter sprake tot aan de publicatie van het Groenboek van de Europese Commissie over "Rol, statuut en aansprakelijkheid van de wettelijke rekeningcontroleur in

¹ Gedr.St., Kamer, 1982-1983, 552/35, p. 72.

de Europese Unie", waarin opnieuw het nut wordt onderstreept zich te bezinnen over de beperking van de aansprakelijkheid van de commissarissen-revisoren².

De problematiek van de fout, daarentegen, werd onophoudelijk opnieuw ter tafel gelegd. Deze publicatie is daar een zoveelste bewijs van. De vraag is belangrijk, want er zou wel eens een discrepantie kunnen blijken tussen de waarborg die de bedrijfsrevisoren menen te kunnen bieden op het vlak van de betrouwbaarheid van de jaarrekening en de interpretatie die rechtscommentatoren of de rechtbanken geven aan de opdracht die abstract in de wet wordt gedefinieerd. Dit verschil was overigens voorspelbaar wanneer we refereren aan het advies van de Raad van State over het wetsontwerp dat de wet op de boekhouding en de jaarrekening van de ondernemingen zou worden. In zijn analyse over de strafbepaling (artikel 17), stelde de Raad van State vragen bij de wettigheid van een steekproefsgewijze controle en de haalbaarheid van een controle die bestemd is om na te gaan of alle bepalingen van de boekhoudwet integraal werden toegepast³.

En zo komt het dat twee aspecten van het probleem kunnen worden belicht: enerzijds de technische vergissing bij de tenuitvoerlegging van de controle en, anderzijds, de vergissing in het eindstadium van het verslag aan de aandeelhouders en indirect ook aan het publiek.

De technische vergissing heeft te maken met de tenuitvoerlegging van een ontoereikend of onaangepast controleprogramma, of met de slechte toepassing van een bepaalde controletechniek. Wat dit punt betreft, verwijzen zowel de strafbepaling van de boekhoudwet als de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen terecht naar het begrip "gedaan hebben wat men had moeten doen". De controlenormen en -aanbevelingen van de Raad van het Instituut der Bedrijfsrevisoren geven voor dit begrip de algemeen aanvaarde maatstaf aan die steunt op een internationaal erkende praktijk. Over de ontwerpen van normen die ter goedkeuring aan de Raad van het Instituut worden voorgelegd, dient vooraf een advies te worden uitgebracht door de Hoge Raad voor het Bedrijfsrevisoraat en de Accountancy. Die adviesprocedure waarborgt dat het algemeen belang zwaarder zal doorwegen dan de corporatistische belangen van het beroep.

Maar daarmee is de vraag nog niet opgelost. De normen omschrijven de maatstaf voor de aansprakelijkheid die door de revisoren als aanvaardbaar wordt beschouwd. Maar de normen hebben voor de rechtbanken niet dezelfde geldingskracht als de wetten. Volgens de leer van de marginale toetsing, zal de rechter die uiteraard aanvaarden als een relevante verwijzing, maar hij kan even goed oordelen dat zij een particulier belang abnormaal sterk beschermen en besluiten daarvan af te wijken. Zo kunnen verschillende interpretaties naar voren komen voor controversiële onderwerpen als daar zijn de rol van de commissaris-revisor in ondernemingen in moeilijkheden of in het opsporen van bepaalde types van fraude.

Naar onze mening zijn er nog grotere gevaren verbonden aan het tweede aspect, dat betrekking heeft op de publiciteit die moet verleend worden aan de vaststellingen van de commissaris-revisor. Steunend op een internationaal ruim verspreide praktijk, die onlangs nog werd voorgestaan door de Europese Commissie in haar reeds geciteerde Groenboek, vertonen de auditverslagen over de jaarrekening of de geconsolideerde jaarrekening een

2 Stuk 96/C 321/01 - *Publikatieblad* EG, C.321 van 28 oktober 1996.

3 *Gedr. St.*, Senaat, 1974-1975, 436/1, p. 27.

alsmaar meer gestandaardiseerde vorm. De bedoeling is de mogelijke moeilijkheden te belichten die de lezer van het verslag in aanzienlijke mate kunnen beïnvloeden, zonder hem te bedelven onder een reeks commentaren die de relevantie ervan zouden kunnen verdoezelen. Deze praktijk wordt door sommigen aangevochten. Zij stellen dat het controleverslag meer in detail moet gaan of zelfs beschrijvend zijn en gewag maken van elke onregelmatigheid die in de loop van de werkzaamheden zou zijn vastgesteld.

Wij geven toe dat de tekst van de wet zelf tot dergelijke interpretaties kan leiden, die naar ons oordeel alleen maar kunnen uitmonden in het banaliseren van het voorbehoud en een verslechtering van de relaties tussen de onderneming en de revisor. Dit geldt onder meer voor het rampzalige artikel 17 van de boekhoudwet, waar blijkbaar geen plaats wordt ingeruimd voor een afweging van het relatieve belang ten aanzien van de wetsovertredingen die de revisor in de loop van zijn werkzaamheden vaststelt. De commentaar van professor Dupont getuigt van die juridische benadering, waarvan de gevolgen de beroepsbeoefenaars terecht verontrusten. Een arrest in strafzaken van 25 januari 1996 van het Hof van Beroep van Luik wijst in dezelfde richting. Het Hof oordeelt, op een naar ons aanvoelen overdreven wijze, dat de revisor blijk geeft van bedrieglijk opzet wanneer hij een bepaalde praktijk, die weliswaar onregelmatig is, als van minder belang bestempelt voor de beoordeling van de jaarrekening en hij daar geen gewag van maakt in zijn verslag aan de aandeelhouders.

Hieruit mag blijken dat de analyse van de aansprakelijkheid, zoals gemaakt door de rechtbanken en de rechtsleer, van doorslaggevend belang kan zijn voor de doelstellingen van de controle en dus ook voor de wijze waarop de revisorale opdrachten worden uitgeoefend. We kunnen alleen maar hopen dat het hoger aangehaalde en alleenstaande arrest, waarin de doctrine ongetwijfeld een aantal paradoxen aan het licht zal brengen, niet de voorbode is van een evolutie naar gelijkaardige buitensporigheden, maar dan op het strafrechtelijk vlak, die zich in het buitenland voordoen. Een juiste beoordeling van het risico dringt zich op, niet alleen omdat ze aanzet tot een niet aflatende verbetering van de beroepspraktijk, maar ook omdat ze ons brengt tot een kritische bezinning bij een aantal verankerde opvattingen die vaak in een andere juridische context zijn tot stand gebracht.

De wetgever heeft de functie van commissaris-revisor omschreven in de context van de betrekkingen tussen aandeelhouders en bestuurders van vennootschappen, maar - in tegenstelling tot het positieve recht in andere landen - heeft hij ook regels voorgeschreven inzake de openbaarmaking van de jaarrekening en van het controleverslag voor het algemeen belang. Hierdoor wordt voorkomen dat bijzondere afspraken de reikwijdte van het optreden van de revisoren zouden wijzigen. Zelfs tegenover derden, beperkt de controle zich niet tot het certificeren van het getrouwe beeld, maar schrijft ze zich in in een ruimere wettelijke context die echter nog wel moet worden verfijnd, inzonderheid dan wat de opsporing en de melding betreft van bepaalde fraudegevallen en de voorkoming van moeilijkheden in de ondernemingen.

Henri OLIVIER
Directeur-generaal van het I.B.R.

DE BURGERLIJKE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE BEDRIJFSREVISOREN: EEN ALGEMEEN OVERZICHT¹

Paul Alain FORIERS

Advocaat

Lector U.L.B.

Eerste deel: De aansprakelijkheid van de revisor – algemene beginselen	8
A. De contractuele aansprakelijkheid	10
B. Quasi-delictuele aansprakelijkheid	15
C. Algemene problemen in verband met de beoordeling van het gedrag van de revisor	17
D. Het stelsel van de aansprakelijkheidsbeperkende clausules en de oorzaken	21
 Tweede deel: Bijzondere vraagstukken in verband met bepaalde wettelijke opdrachten	25
A. De bijzondere regels met betrekking tot de burgerlijke aansprakelijkheid van de commissaris	25
B. Bijzondere door de commissarissen op te stellen verslagen	30

1. «*De bedrijfsrevisor heeft als hoofdtaak alle opdrachten uit te voeren die bij of krachtens de wet aan de bedrijfsrevisoren uitsluitend zijn toevertrouwd en op algemene wijze, alle controle-opdrachten te vervullen met betrekking tot boekhoudkundige staten van ondernemingen, verricht met toepassing van of krachtens de wet.*» (artikel 3 van de wet van 22 juli 1953, zoals gewijzigd bij wet van 21 februari 1985).

In deze definitie van de functie van bedrijfsrevisor, overgenomen uit de organieke wet van 1953, wordt dus de nadruk gelegd op de wezenlijk wettelijke aard van zijn opdracht.

Zijn essentiële taak bestaat erin opdrachten uit te oefenen, waarvan de wet hem het alleenrecht toekent (bijvoorbeeld de functie van commissaris bij een naamloze vennootschap) of een gedeelde exclusiviteit (bijvoorbeeld het verslag bedoeld in artikel 33bis, § 6, 3de lid van de vennootschappenwet). Hij wordt bovendien voorgesteld als de persoon die natuurlijk belast wordt met de controle-opdrachten die voortvloeien uit de wet².

Dit bijzonder kenmerk sluit uiteraard niet uit dat de revisoren ook gelast zouden worden met opdrachten van deskundig onderzoek of van controle buiten elke wettelijke context om, maar luidens artikel 3 mag dat dan niet hun hoofdtaak zijn.

2. Deze zeer algemene opmerking over de opdracht van de bedrijfsrevisor heeft onvermijdelijk gevolgen op het vlak van zijn aansprakelijkheid.

¹ Deze bijdrage is in ruime mate geïnspireerd door de studie die ik liet verschijnen in de *Revue de droit de l'ULB*, samen met MANUELA VON KUEGELGEN in 1992 rond het thema «La responsabilité civile des réviseurs et experts comptables», geciteerd onder noot 3), waaruit hele passages werden overgenomen.

² Deze wettelijke opdrachten zijn zeer verschillend. Voor een recente inventaris van de voornaamste wettelijke opdrachten, zie Instituut der Bedrijfsrevisoren, Ledenlijst op 31 december 1995. Bijlage tot het Jaarverslag 1995, p. 7 en vv. Zie ook Instituut der Bedrijfsrevisoren, *Jaarverslag*, 1987, p. 54 en vv.

Het is wel zo dat artikel 9bis van de wet van 1953 onder de vorm van algemeen beginsel stelt dat: «*De bedrijfsrevisoren zijn aansprakelijk voor de uitoefening van hun beroepstaken overeenkomstig het gemeen recht*».

Maar die regel moet worden gerelativeerd in functie van het wettelijke kader, waarbinnen de revisor zijn opdracht uitoefent. Wij kunnen in dit verband volstaan met een verwijzing naar artikel 64octies van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen, waar een stelsel van hoofdelijke aansprakelijkheid wordt ingesteld tussen de commissarissen, zowel tegenover de vennootschap als tegenover derden ingeval van overtreding van de statuten of van de vennootschappenwet.

3. Wij zullen het hebben over het algemeen stelsel van de aansprakelijkheid van de revisor en over de bijzondere problemen die verbonden zijn aan een aantal wettelijke opdrachten.

In dit verband kan ik uiteraard onmogelijk alle opdrachten onderzoeken die de wet aan de revisoren voorbehoudt, en uiteraard nog minder alle problemen die gebeurlijk aan de orde kunnen zijn. Ik zal dan ook een keuze moeten maken en die zal vermoedelijk als willekeurig kunnen worden aangemerkt.

Eerste deel: DE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE REVISOR – ALGEMENE BEGINSELEN

4. Overeenkomstig de regels van het gemeen recht, is de aansprakelijkheid van de revisor ofwel een contractuele aansprakelijkheid tegenover zijn cliënt, ofwel een quasi-delictuele aansprakelijkheid tegenover derden³.

Het is geweten dat in dit verband het Hof van Cassatie, in principe, verbiedt dat een partij in een contract een vordering zou kunnen instellen tegen de medecontractant, op basis van de regels van de delictuele aansprakelijkheid. Dergelijke vordering zou slechts kunnen worden ingesteld, indien de stringente voorwaarden van een gecumuleerde aansprakelijkheid aanwezig zijn. Volgens het hoge Gerechtshof is het dan ook aangewezen dat de eiser niet alleen het bewijs levert van een quasi-delictuele tekortkoming – hij kan dus niet volstaan met een gewone tekortkoming aan het contract – maar ook, in principe van een schade die

³ Voor een algemeen overzicht van de aansprakelijkheid van de revisoren in het Belgische recht, zie onder meer P. KILESTE en M. CALUWAERT, «La responsabilité du reviseur d'entreprises, notamment en cas de fraude», *Annuaire AEDBF*, 1995, p. 190 e.v.; A. VAN OEVELEN, «De rol en de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris-revisor», in *Handels-Economisch en Financieel Recht*, Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, 1994/1995, p. 233 en vv.; P.A. FORIERS en M. VON KUEGELGEN, «La responsabilité civile des reviseurs et experts-comptables», *Rev. Dr. ULB*, Vol. 6, 1992-2, p. 11 en vv.; P. VAN OMMESSLAGHE, «La responsabilité des professionnels de la comptabilité et de la revision comptable», in *Rev. belge comptabilité*, 1981, p. 1 en vv.; Zie verder onder meer M. CLAES, «La responsabilité civile et pénale des experts comptables et commissaires de sociétés commerciales», in *Rev. belge comptabilité*, 1986, p. 37 en vv.; A. BENOÎT-MOURY, «Les pouvoirs et les responsabilités du commissaire», *R.P.S.*, 1986, p. 1 en vv.; J. LIEVENS, «De aansprakelijkheid van de commissaris-revisor na de recente wetswijzigingen, enkele kritische bedenkingen», in *Liber Amicorum J. Ronse*, Kluwer, 1986, p. 256 en vv.; H. OLIVER, «Responsabilités du commissaire-reviseur dans le cadre d'un groupe de sociétés», in «Aspects des groupes d'entreprises», 1989, p. 403-437; le nouveau régime des fusions et scissions des sociétés, Premiers commentaires sur la mission du reviseur, *Periodieke Berichten I.B.R.*, 1993, aflevering 7).

niet louter contractueel zou zijn⁴, en bedoeld wordt een schade die niet alleen zou bestaan in een ontzegging van het voordeel dat de medecontractant normaliter zou moeten putten uit de uitvoering van de overeenkomst⁵.

Vaak bekritiseerd⁶, lijkt die tweede voorwaarde mij, althans wanneer die niet extensief wordt geïnterpreteerd, een loutere toepassing te zijn van de artikelen 1134 en 1382 van het Burgerlijk Wetboek. Artikel 1134 verhindert inderdaad dat het slachtoffer van een contractuele tekortkoming, die eveneens een fout of een nalatigheid zou zijn in de zin van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, herstel zou kunnen bekomen van een schade, waarvoor de overeenkomst op impliciete of expliciete wijze de vergoeding uitsluit. Vervolgens en bovenal is het ook zo dat de partij bij een overeenkomst zich luidens de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek zich aanmeldt gelijk eender welke derde. Dat slachtoffer kan dus nooit «rechtstreeks het nadeel invoeren dat voortvloeit uit de gebrekkige uitvoering van de overeenkomst»⁷. Indien het slachtoffer dit wel zou doen, zou het inderdaad rechtstreeks het daaruit voortvloeiende recht invoeren en dit is volgens artikel 1165 van het Burgerlijk Wetboek uitgesloten⁸.

5. Hoe dan ook, maakt het Hof van Cassatie een uitzondering op die principes, ingeval van strafrechtelijke fout, blijkbaar omdat de burgerlijke rechtsvordering van openbare orde is⁹.

Met betrekking tot de revisoren, dient in dit verband de aandacht gevestigd te worden op artikel 17, derde lid, van de wet van 17 juli 1975 op de boekhouding en de jaarrekening van

⁴ Zie Cass., 9 november 1987, *Pas.*, 1988, I, nr. 151; Cass., 14 oktober 1985, *Pas.*, 1985, I, nr. 88, *RCJB*, 1988, p. 341 met noot van QUICKENBORNE.

⁵ Zie wat dit punt betreft, Cass., 25 oktober 1990, *Pas.*, 1991, 6, nr. 107, *RCJB*, 1992, p. 493 met noot van R.O. DALCO.

⁶ Zie onder meer R.O. DALCO, «La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle», Examen de jurisprudence (1973 à 1979), *R.C.J.B.*, 1980, nr. 1, p. 358. In verband met de problematiek die voortvloeit uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie, zie onder meer H. COUSY, Het verbod van samenloop tussen contractuele en extra-contractuele aansprakelijkheid en zijn weerslag, *T.P.R.*, 1984, p. 155 en vv. en aangehaalde verwijzingen.; E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, Verbintenissenrecht, *R.W.* 1980-1981, nrs. 45 en vv., kol. 2454 en vv., en ibidem (1981-1985), *R.W.*, 1984-1985, p. 96 tot 105; H. VANDERBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE en anderen, «Overzicht», *T.P.R.*, p. 1595-1608. Zie ook, wat de problematiek betreft van de aansprakelijkheid van de uitvoeringsagenten en de groepen van de contracten, P. VAN OMMESELAGHE, «L'exécution des contrats de services par autrui», *Les contrats de services*, p. 237 en vv., inzonderheid p. 252 en vv.; X. DIEUX, «Les chaînes et groupes de contrats en droit belge - Pour un retour aux sources !», in *Les obligations en droit français et en droit belge - Convergences et divergences*, Brussel, Paris Bruylant, Dalloz 1994, p. 109 en vv., inzonderheid pp. 134 en v.v.; R.O. DALCO, Restrictions à l'immunité de responsabilité de l'agent d'exécution, *R.C.J.B.*, 1992, p. 503 en vv.

⁷ Zie Cass., 25 oktober 1990, geciteerd in noot (6) hierboven. Zie in verband met deze analyse P.A. FORIERS en M. VON KUEGELGEN, op. cit., *Rev. Dr. ULB*, 1992, nr. 6, p. 13 en 14 en verwijzingen aldaar.

⁸ Zoals zeer terecht door X. DIEUX wordt onderstreept, sluit de formule van het Hof niet uit dat de derde indirect de schade kan invoeren die voortvloeit uit de gebrekkige uitvoering van de overeenkomst. X. DIEUX, op. cit., *Les obligations en droit français et en droit belge, Convergences et divergences*, p. 138.

⁹ Zie Cass., 26 oktober 1990, *Pas.*, 1990, I, nr. 110, 2, *RCJB*, 1992, p. 497, noot R.O. DALCO; Cass. 30 mei 1984, *Pas.*, 1984, I, nr. 562; zie ook de noot van procureur-generaal GANSHOF VAN DER MEERSCH, onder Cass. 16 mei 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 967, inzonderheid p. 973 en Cass. 28 juni 1982, *Pas.*, 1982, I, 1277, met betrekking tot de bijzonder duidelijke hypothese van niet-betaling van een vergoeding met toepassing van een arbeidscontract verschuldigd en die een inbreuk uitmaakt op de wet betreffende de bescherming van het loon van de werknemers. De regel houdt verband met het karakter van openbare orde van een burgerlijke rechtsvordering, die is afgeleid uit een misdrijf.

de ondernemingen, dat een strafbepaling bevat ten aanzien van diegene die «als commissaris, commissaris-revisor, revisor of onafhankelijk deskundige rekeningen, jaarrekeningen, balansen en resultatenrekeningen of geconsolideerde jaarrekeningen van ondernemingen attesteert of goedkeurt» zonder de bepalingen van de wet van 17 juli 1975 en haar uitvoeringsbesluiten na te komen, «en hij daarvan kennis heeft of niet heeft gedaan wat hij had moeten doen om zich te vergewissen of aan die bepalingen is voldaan». Er is dus een strafrechtelijk misdrijf gepleegd wanneer, los van elk bedrieglijk opzet, gewoon niet gedaan werd wat diende te worden gedaan¹⁰.

In de bewoordingen die voor artikel 17, derde lid werden gebruikt, ligt dus in ruime mate de mogelijkheid besloten om de mogelijke samenloop van aansprakelijkheden ingeval van een controle-opdracht te verruimen¹¹.

6. Voor het overige is het overbodig in herinnering te brengen dat de precontractuele aansprakelijkheid ressorteert onder de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek en dat er een ontegensprekelijke tendens bestaat om die uit te breiden tot alle beroepsbeoefenaars uit hoofde van hun verplichting om advies of inlichtingen te verstrekken¹².

A. DE CONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID

1. De overeenkomst

7. De auteur van een verslag over de contractuele aansprakelijkheid van de revisor zou zich in principe vooreerst de vraag moeten stellen naar de aard van de overeenkomst die de revisor aan zijn cliënt bindt. De verplichtingen en de rechten van de partijen kunnen van de kwalificatie van de overeenkomst afhangen. We zullen echter nog zien dat aan het belang van deze vraagstelling niet te zwaar moet worden getild.

8. Vanuit het oogpunt van de specialist in burgerlijk recht, zal de revisor zich normaliter bewegen binnen een contract van huur van werk, wanneer de door hem gepresteerde diensten niet in eerste instantie betrekking hebben op het voltrekken van een juridische handeling voor rekening van zijn cliënt.

Daartegenover staat dat wanneer de opdracht wel in wezen de volbrenging van een juridische handeling beoogt, er dan sprake is van banden van lastgeving. Zo zal naar mijn oordeel de revisor, die door de partijen bij een verkoopovereenkomst van aandelen belast wordt met het vaststellen van de prijs, in zijn hoedanigheid van derde in de zin van artikel 1592 van het Burgerlijk Wetboek optreden binnen een lastgeving. Hij zal inderdaad optreden in het gemeenschappelijk belang van de verkoper en de koper om een essentieel bestanddeel van de verkoop te bepalen en zijn beslissing zal de partijen binden, tenzij er

¹⁰ Zie M. CLAES, op. cit., *Rev. belge comptabilité*, 1988, p. 339; P. Van OMMESLAGHE, op. cit., *Rev. belge comptabilité*, 1981, 6.

¹¹ Zie P.A. FORIERS en M. VON KUEGELGEN, op. cit., *Rev. Dr. ULB*, 1992-2, nr. 7, p. 14 en 15; A. VAN OEVELEN, op. cit., *Handels-Economisch en Financieel Recht*, nr. 46, p. 274.

¹² Zie onder meer P.A. FORIERS, «Le contrat de prestation de services: obligations des parties et responsabilités contractuelles», in *Les contrats de services*, Brussel, Uitg. J.B., 1994, nr. 48, p. 167 en vv. en verwijzingen aldaar.

een grove vergissing is die de billijkheid in opspraak brengt¹³. Zijn optreden blijft dus niet beperkt tot een loutere evaluatie. Zij is noodzakelijk wil de verkoop volkomen al zijn effecten sorteren. Dergelijk optreden moet dus aangemerkt worden als een echte juridische handeling¹⁴.

9. Maar die zekerheid van de civilist wordt op losse schroeven gezet, wanneer hij de relatie moet ontleden tussen de revisor en de cliënt-vennootschap ingeval van een wettelijke opdracht.

Vermoedelijk zijn er niet te veel problemen wat de kwalificatie betreft, wanneer de opdracht van de revisor van louter informatieve aard is. In dit geval kan zijn optreden zonder probleem het voorwerp uitmaken van een aannemingscontract¹⁵.

Het is echter wel vaak zo dat de verslagen van de revisoren bijdragen tot het stellen van juridische handelingen, in de mate precies dat zij daarvoor een regelmatigheidsvoorwaarde zijn.

In dit verband kunnen we gewoon verwijzen naar het verslag over een inbreng die niet in geld bestaat, zoals voorgeschreven door de artikelen 29bis en 34, § 2 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen en naar het verslag over de jaarrekening. Die verslagen zijn niet alleen de samenvatting of de uiteenzetting over het uitgevoerde nazicht; zij hebben ook juridische gevolgen en zijn dan ook daarom echte juridische handelingen¹⁶.

Moeten we daaruit dan concluderen dat de revisor in deze gevallen optreedt binnen een lastgeving?

Op deze wijze werd traditioneel de positie van de commissaris ontleed.

Het vroegere artikel 65 van de gecoördineerde wetten bepaalde inderdaad voor de commissaris eenzelfde aansprakelijkheidsstelsel als voor de bestuurders, en dat dus onderworpen was aan de regels van de lastgeving (artikel 62 van de gecoördineerde wetten).

10. Van die referte aan de lastgeving, die in de rechtsleer¹⁷ werd aangevochten, werd afgezien in de wet van 21 februari 1985 (artikel 64octies gecoördineerde wetten), maar dan wel om motieven die verwonderlijk zijn. De wetgever oordeelde inderdaad dat een verwijzing naar de lastgeving maar interessant was, voor zover die een minder strenge interpretatie

¹³ Zie artikel 1854 Burgerlijk Wetboek; zie De Page, *Traité*, t. IV, 3e uitg., nr. 41, p. 76; LIMPENS, La vente en droit belge, nr. 172; M. STORME, «De bindende derdenbeslissing of het bindend advies als middel ter voorkoming van gedingen», *T.P.R.*, 1984, p. 1272; M. STORME en M.E. STORME, «De bindende derdenbeslissing naar Belgisch recht», *T.P.R.*, 1985, p. 733; zie recent in Frankrijk, Cass. Fr. Com. 9 april, Bull. Civ., IV, nr. 139, *Rev. trim. dr. civil*, 1992, noot Y. GAUTIER.

¹⁴ Met betrekking tot de analyse van de verkoop waarvan de prijs door een derde wordt bepaald, zie P.A. FORTIERS, «Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause», *R.C.J.B.*, 1987, nrs. 15 en vv., p. 90 en vv.; «Les contrats spéciaux», *Chronique, R.D.C.*, 1987, nr. 33, p. 10; «L'objet et la cause du contrat», in *Les obligations contractuelles*, nr. 14, p. 128 en vv.; zie ook P.A. FORTIERS en FR. GLANSDORFF, *Contrats spéciaux*, le deel, nieuwe uitg. door P.A. FORTIERS, nrs. 46 en vv. en verwijzingen aldaar.

¹⁵ Zie A. VAN OEVELEN, op. cit., *Handels-Economisch en Financieel Recht*, nr. 43, p. 270.

¹⁶ Zie in dezelfde zin als onze uiteenzetting van 1992, A. VAN OEVELEN, op. cit., *Handels-Economisch en Financieel Recht*, nr. 44, p. 271.

¹⁷ Zie VAN RYN, *Principes*, deel I, 1e uitg., nr. 657.

van de aansprakelijkheid van de lasthebber om niet zou mogelijk maken – een principe dat uiteraard niet meer opging, aangezien de commissarissen nu revisoren dienden te zijn¹⁸. Welnu, indien het inderdaad zo is dat vanuit dit oogpunt een omschrijving als lastgeving voor deze contractuele band maar weinig belang vertoont, zij er wel meer heeft wanneer het erop aankomt een duidelijke omschrijving te geven voor de relaties tussen de partijen. Zo reikt bijvoorbeeld artikel 1991, 2de lid, van het Burgerlijk Wetboek een verantwoording aan voor de verplichting van de commissaris om verslag uit te brengen over de rekeningen over de periode die aan de invereffeningstelling van een naamloze vennootschap voorafgaat, daar waar de ontbinding van die vennootschap een einde stelt aan zijn opdracht¹⁹. En wie begrijpt overigens ook niet dat voor de revisoren die geen commissarissen zijn, de omschrijving van hun overeenkomst wel degelijk invloed zal uitoefenen wanneer het bijvoorbeeld gaat over de technische reglementering met betrekking tot de oorzaken van een eenzijdige opzegging²⁰?

In werkelijkheid kan de revisor, die belast is met een wettelijke opdracht, niet gelijkgeschakeld worden met een lasthebber in de klassieke betekenis van het woord. Wanneer hij juridische handelingen stelt, dan stelt hij die eigenlijk niet voor rekening van de vennootschap, of, algemener, voor zijn cliënt. Hij handelt dan niet alleen in het belang van de vennootschap en van haar vennoten, maar ook in het belang van de derden. Hij oefent dus een opdracht uit tot nut van het algemeen, die uitstijgt boven de gewone lastgeving en hem er trouwens toe brengt afstand te nemen tegenover zijn cliënt, of zelfs met hem in conflict te treden, wanneer hij voorbehoud maakt of in het belang van derden een onthoudende verklaring afgeeft²¹.

11. Deze opmerking moet er ons echter niet toe brengen de regels van de bezoldigde lastgeving ter zijde te schuiven en de regels van de aanneming toe te passen. Integendeel, de analogie met de lastgeving en de traditie zouden veeleer moeten leiden tot de toepassing van de regels, die die overeenkomst eigen zijn, voor zover zij niet onverenigbaar zijn met de bijzondere verplichtingen die de wet aan de revisor voor de uitoefening van zijn opdracht oplegt. Deze oplossing, op het geval van de commissaris toegepast, heeft alleszins de verdienste dat zij niet volkomen breekt met de klassieke oplossingen²².

In werkelijkheid toont dit debat aan dat de traditionele omschrijvingen van het burgerlijk positief recht niet bij machte zijn om rekenschap te geven van de zogenaamde overeenkomsten van «dienstverlening», en zeker niet wanneer die diensten betrekking hebben op prestaties van intellectuele aard²³. We moeten inderdaad vaststellen dat het Burgerlijk Wetboek, wanneer het handelt over «huur van werk», hoofdzakelijk bedoelt de aanneming

¹⁸ Verslag G. VERHAEGEN, *Gedr. St., Kamer*, 1982-1983, 552/35, p. 53.

¹⁹ Over deze problematiek: zie P.A. FORIERS, «Les situations de blocage dans les sociétés anonymes», *R.D.C.*, 1992, p. 466 en vv., inzonderheid pp. 490 en 491; zie ook «Commissie Boekhoudkundige Normen, Advies nr. 110/7», *Bull. nr. 24*, sept. 1989; *Werkzaamheden van de Juridische Commissie van het Instituut der Bedrijfsrevisoren*, nr. 3/1988, p. 31.

²⁰ Zie in dezelfde zin als onze uiteenzetting van 1992, A. VAN OEVELEN, op. cit., *Handels-Economisch en Financieel Recht*, nr. 44, p. 272.

²¹ Zie in dezelfde zin als onze uiteenzetting van 1992, A. VAN OEVELEN, op. cit., *Handels-Economisch en Financieel Recht*, nr. 44, p. 272.

²² Zie in vergelijkbare zin met onze stelling van 1994, A. VAN OEVELEN, op. cit., loc. cit.

²³ Zie in een vergelijkbare zin, B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, Thesis, Leuven, 1996, Deel III, nr. 1596, p. 854 en vv. en verwijzingen aldaar.

van bouwwerken, en dan nog maar op gedeeltelijke wijze. Hooguit wordt er gealludeerd op het bewerken. Er wordt zelfs helemaal geen gewag gemaakt van huur van werk dat betrekking zou hebben op intellectuele verstrekkingen. Het is dan ook vermoedelijk het recht van de lastgeving, desgevallend aangepast vanwege het feit dat contracten van dienstverlening onder bezwarende titel worden gesloten en vanwege hun voorwerp, dat het best dit type van relatie weerspiegelt. Het is trouwens dat recht dat in de praktijk wordt toegepast – krachtens de gebruiken of de traditie – op een groot aantal beroepsbeoefenaars die vanuit technisch oogpunt gezien geen lasthebbers zijn. Dit is het geval voor de talrijke beoefenaars van vrije beroepen en de commerciële tussenpersonen, ook al zijn dat, zoals in het geval van makelaars, «aannemers».

In de praktijk leunt de toestand dus erg nauw aan bij de regeling, uitgewerkt in het Zwitsere Wetboek der Verbintenissen²⁴, dat de lastgeving beschouwt als een soort residuair diensten-contract, dat niet noodzakelijk betrekking moet hebben op juridische handelingen. In de regeling die vóór het Burgerlijk Wetboek gold, werd er trouwens geen onderscheid gemaakt tussen lastgeving en huur omwille van het voorwerp, maar wel omdat het om niet werd uitgeoefend, wat overigens niet belette dat de regels eigen aan de lastgeving, naar analogie, werden toegepast op de «bezoldigde lastgevingen».

Het is maar omdat afgestapt werd van het beginsel van de kosteloosheid, in combinatie met de omstandigheid dat het Burgerlijk Wetboek zijn analyse toespitst op de vertegenwoordigende lastgeving, dat de rechtsleer en de rechtspraak ertoe gebracht werden om in het voorwerp van de overeenkomst een ander onderscheidingscriterium te gaan zoeken, dat overigens niet door het Burgerlijk Wetboek wordt opgelegd²⁵. Deze omgekeerde omschrijving is er evenwel niet in geslaagd om het klassieke stelsel volledig te hervormen, zoals dat toegepast werd op diverse verstrekkers van diensten van intellectuele aard, en dat traditioneel nog in ruime mate wordt gevolgd²⁶.

12. Dit gezegd zijnde moeten we niet al te veel belang hechten aan de juridische omschrijving. De reglementering inzake dienstenovereenkomsten vertoont een zekere eenvormigheid. De juiste omschrijving van de overeenkomst verkrijgt maar een zeker belang, wanneer het gaat om de oorzaken voor het tenietgaan van de overeenkomst. En voor de revisor zal de aard «intuitu personae» van de contractuele relatie er ook voor zorgen dat de aanneming nog dichter bij de lastgeving ligt: ingevolge overlijden of handelingsonbekwaamheid wordt aan de overeenkomst een einde gesteld. Alles wel beschouwd, is de kwestie pas echt belangrijk in verband met de verzaking door de revisor aan zijn opdracht en de gevolgen van een eenzijdige opzegging van de overeenkomst door zijn cliënt (al dan niet toepassing van artikel 1794, Burgerlijk Wetboek), voor zover uiteraard die kwestie niet in de wet is geregeld, zoals dit het geval is voor de commissarissen (artikelen 64^{quater}, 2de lid en 64^{quinquies} van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen).

²⁴ Art. 394: «Le mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il est chargé, ou à rendre les services qu'il a promis. Les règles du mandat s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats ...».

²⁵ Luidens artikel 1984 van het Burgerlijk Wetboek, is de lastgeving of volmacht «een handeling waarbij een persoon aan een ander de macht geeft om iets voor de lastgever en in zijn naam te doen».

²⁶ Zie P.A. FORIERS, Conclusions générales, les contrats de services, Brussel, Uitg. JB 1994, nrs. 18 en vv., p. 333 en vv.

Voor het overige en inzonderheid wat de contractuele aansprakelijkheid betreft, moet de revisor zich in principe richten naar het gemeen recht.

2. Middelen- of resultaatsverplichting ?

13. In dit verband wordt vaak gesteld dat de revisor, in principe, enkel tot een middelenverbintenis zou zijn gehouden en dat zijn aansprakelijkheid slechts in opspraak zou kunnen worden gebracht, indien zou blijken dat hij zijn opdracht niet heeft uitgevoerd zoals een normale zorgvuldige revisor dat zou hebben gedaan in dezelfde omstandigheden – en uiteraard dat er schade werd berokkend²⁷.

Deze bewering is niet onjuist. Maar wel moet ze enigszins worden bijgestuurd.

Bij ontstentenis van een wettekst die de zaak regelt, behoort het inderdaad de partijen bij de overeenkomst toe om de reikwijdte van hun verbintenissen te bepalen. In dit verband is het de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie dat de feitenrechter, naargelang van de bedoelingen van de partijen, moet oordelen of er sprake is van een middelen- dan wel van een resultaatsverplichting²⁸. In dit verband kan de rechter rekening houden, zowel met de duidelijkheid van de verbintenis als met de onzekerheid die aan de toegezegde prestatie is verbonden; dit laatste element zal evenwel doorslaggevend zijn²⁹.

De partijen bij een overeenkomst kunnen dus de aard van de verbintenis verduidelijken, de preciese reikwijdte ervan afbakenen. In dit verband weze men ook indachtig dat de categorieën van middelen- of resultatenverplichtingen niet volkomen «homogeen en ook niet volkomen sluitend zijn»³⁰ en dat er gradaties bestaan, zowel wat de middelen- als wat de resultatenverbintenissen betreft³¹.

14. Met toepassing van deze principes is de naleving van een verplichte termijn gewoonlijk een element dat op een resultaatsverbintenis wijst, tenzij de persoon die de dienst is verschuldigd de voorzorg zou hebben genomen te stellen dat hij enkel alles in het werk zal stellen om die termijn na te komen. In dit geval, zo wil het mij voorkomen, ligt de verbintenis van de verstrekker op de grens van de middelen- en de resultaatsverbintenis. Het blijkt inderdaad in de geest van de partijen zo te zijn dat de rechthebbende kan volstaan met het bewijs dat de termijn niet werd geëerbiedigd, en dat de tegenpartij dan het bewijs moet leveren, ofwel van een oorzaak die hem van zijn aansprakelijkheid ontlast (bijvoorbeeld een geval van overmacht), ofwel dat hij inderdaad alles in het werk heeft gesteld. Deze interpretatie van de clause lijkt mij meer te stroken met de bedoeling van de partijen, dan de interpretatie waarbij aan de rechthebbende zou opgelegd worden te bewijzen, niet alleen dat de

²⁷ Zie A. VAN OEVELEN, op. cit., *Handels-Economisch en Financieel Recht*, nr. 47. Zie ook P.A. FORIERS en M. VON KUEGELGEN, op. cit., *Rev. dr. ULB*, 1992-2, nr. 61, p. 47; I. VEROUGSTRAETE, «Le controle financier des sociétés anonymes», *Les sociétés commerciales*, Brussel, Uitg. J.B., 1985, p. 274.

²⁸ Cass., 3 maart 1984, I, 508, Arr. Cass. 1983, 1147 en de conclusies van Procureur-generaal KRINGS, Cass. 18 mei 1990, *Pas.*, 1990, I, nr. 549.

²⁹ Zie in dit verband, P.A. FORIERS, op. cit., *Les contrats de services*, nr. 82, p. 198 en de verwijzingen aldaar.

³⁰ G. VINEY, *Les obligations, la responsabilité: conditions* (Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN, Deel IV), nr. 531.

³¹ G. VINEY, op. cit., nrs. 527 en 532 en vv.; zie ook MARLY en RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, Deel I, 2e uitg., nr. 535; P.A. FORIERS, op. cit., *Les contrats de services*, nrs. 82 en vv., p. 198 en vv.

termijn niet werd nageleefd, maar ook dat er in hoofde van de verstrekker, een gebrek aan benaerstiging is geweest.

15. Nog steeds met toepassing van diezelfde beginselen, moeten we er wel voor waken te stellen dat de verbintenis van de revisor, net als de verbintenis van om het even welke dienstenverstrekker, om zich naar behoren en overeenkomstig de bepalingen van de overeenkomst en de regels van de kunst van zijn opdracht te kwijten, noodgedwongen een middenverbintenis zou zijn. Indien zijn opdracht een aantal eenvoudige, goed omschreven en niet onzekere handelingen omvat, is hij normaliter gehouden tot een resultaatsverbintenis³².

B. QUASI-DELICTUELE AANSPRAKELIJKHEID

1. Aquiliaanse en contractuele fout

16. Derden kunnen, zoals we hebben gezien, de quasi-delictuele aansprakelijkheid van de revisor opwerpen, indien deze zich niet heeft gedragen zoals elke normale zorgvuldige en voorzichtige revisor in dezelfde omstandigheden zou hebben gedaan, en hij hen schade zou hebben berokkend (artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek).

In een arrest van 26 maart 1992³³, herinnert het Hof van Cassatie er in dit verband aan dat de derde, die door een tekortkoming van een partij aan zijn contractuele verplichtingen, benadeeld is, de aansprakelijkheid van deze laatste in opspraak kan brengen op basis van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, indien de feiten die dergelijke tekortkoming uitmaken van die aard zijn dat zij tegelijk een tekortkoming uitmaken aan een algemene verplichting tot voorzichtigheid en zorgvuldigheid die, los van elke overeenkomst, «erga omnes» toepasselijk is³⁴.

Het is dit beginsel dat verklaart dat de bestuurder van een vennootschap of van een vereniging in bepaalde gevallen aansprakelijk kan worden gesteld jegens derden omwille van een beheersfout³⁵.

17. In dit opzicht is het zo dat de professionele aard van de functie van de revisor van aard is om aan zijn verplichtingen een ruimere omschrijving te geven. Dit is te wijten, niet aan het feit dat zijn beroepsaansprakelijkheid onderworpen zou zijn aan bijzondere regels, of dat elke tekortkoming van een beroepsbeoefenaar aan zijn contractuele verplichtingen een aquiliaanse fout zou zijn ten overstaan van derden, maar wel aan het feit dat de hoedanigheid van beroepsbeoefenaar tot gevolg kan hebben dat de drempel, waaronder een verkeerde gedraging als foutief zal worden beschouwd, wordt verlaagd³⁶.

Er bestaat inderdaad een tendens om te aanvaarden dat de beroepsbeoefenaar, omwille van zijn maatschappelijke rol, een bijzondere verplichting van voorzichtigheid heeft, die tot gevolg heeft dat tekortkomingen in zorgvuldigheid, die a priori niet meer dan contractuele tekortkomingen zijn, op quasi-delictueel vlak zouden worden bestraft.

³² Zie P. A. FORIERS, op. cit., *Les contrats de services*, nrs. 82 en vv.

³³ *Pas.*, 1992, I, nr. 400, *JLMB*, 1994, p. 38.

³⁴ Zie i.v.m. deze problematiek, onder meer X. DIEUX, La responsabilité civile du prestataire de services à l'égard de tiers, *Les contrats de services*, p. 209 en vv., inzonderheid nr. 3, p. 214 en de talrijke verwijzingen aldaar.

³⁵ Zie Cass., 29 juni 1989, *Pas.*, 1989, I, nr. 640.

³⁶ X. DIEUX, op. cit., *Les contrats de services*, nr. 7, p. 225.

Zoals door de heren VAN RYN en DIEUX gesteld, zijn het de algemene beginselen van de extra-contractuele aansprakelijkheid die verklaren dat de persoon, die een bepaalde rol in de maatschappij vervult en aldus aanvaardt een bepaalde maatschappelijke functie te vervullen, over de nodige kennis en hoedanigheden moet beschikken voor de normale uitoefening van dat ambt. De derden mogen terecht verwachten dat aan dit vereiste zal worden voldaan, wat er in wezen op neerkomt dat hun wettig vertrouwen niet mag worden misleid door handelingen die van aard zijn hen schade te berokkenen en die blijk geven van onwetendheid, een gebrek aan zorg, of zelfs een gebrek aan loyaliteit, dat onverenigbaar is met de normale uitoefening van een bepaalde activiteit³⁷.

18. Vanuit dit oogpunt, houdt de functie zelf van revisor een bijzondere plicht van voorzichtigheid in jegens derden.

Die plicht is bijzonder duidelijk aanwezig bij wettelijke opdrachten die meestal niet alleen met het belang van de cliënt te maken hebben, maar ook het maatschappelijk verkeer aanbelangen.

De revisor, die door zijn nalatigheid de verwezenlijking zou mogelijk hebben gemaakt van een aanvechtbare verrichting, omdat hij in zijn verslag geen voorbehoud heeft gemaakt, zou in dit verband een fout hebben begaan.

Hetzelfde geldt ten aanzien van de revisor die door een al te grote inschikkelijkheid geen voorbehoud maakt bij een jaarrekening en dus de aandacht niet vestigt op een boekhoudkundige onregelmatigheid of op een onwettige verrichting (vergelijk artikel 19 van het koninklijk besluit van 10 januari 1994 betreffende de plichten van de bedrijfsrevisoren). Het is in dit verband onbelangrijk dat het geheel van de aandeelhouders in werkelijkheid op de hoogte is van de toestand, omdat ze in de raad zijn vertegenwoordigd. Het is inderdaad mogelijk dat derden daardoor zouden worden misleid.

Maar die bijzondere voorzichtigheidsverplichting geldt evenzeer wanneer de revisor een niet-wettelijke opdracht vervult. Dit is het geval telkens hij zijn medewerking verleent aan het opstellen van stukken die in handen van derden kunnen terecht komen en dus hun beoordeling over een bepaalde toestand kunnen beïnvloeden.

Dit is onder meer het geval voor deskundigen- of auditverslagen die mogelijk in omloop kunnen worden gebracht of overgelegd.

De opmerking wordt nog meer kracht bijgezet omdat de revisor ook een verplichting heeft van onafhankelijkheid tegenover zijn cliënt (artikel 7bis en 8, § 1 van de wet van 22 juli 1953 en artikelen 3 en 8 tot 14 van het koninklijk besluit van 10 januari 1994 betreffende de plichten van de bedrijfsrevisoren). Derden zijn dus gerechtigd een zeker geloof te hechten aan de werkzaamheden van de revisoren.

De overeenkomst, die wordt gesloten onder de revisor en zijn cliënt, behoort dus ontegensprekelijk tot die overeenkomsten waarbij de dienstverstrekker dient te weten dat die dienst een weerslag kan hebben voor derden en dat hij dus met een bijzonder nauwlettendheid aan hun wettige verwachtingen moet tegemoet komen³⁸.

³⁷ J. VAN RYN en X. DIEUX, La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne à l'égard des tiers, Observations complémentaires, *RPS*, 1989, p. 93, inzonderheid p. 95 en vv.

³⁸ Over deze opvatting, zie X. DIEUX, op. cit., *Les contrats de services*, nr. 9, p. 229 en vv.; wat de invulling betreft van de verwachtingen van anderen, zie ook het uitstekend opstel van X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui, Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Brussel, Parijs, Bruylant, LDG, 1995.

19. In die omstandigheden en inzonderheid wanneer het gaat om louter contractuele opdrachten, kan de voorzichtigheid voorschrijven dat de revisor verduidelijkt dat zijn verslag werd opgesteld in een bepaald perspectief en met een bepaald doel en dat het zich niet voor andere doeleinden leent.

Ongetwijfeld is het zo dat de revisor niet eenzijdig zijn aansprakelijkheid ten aanzien van derden kan afwimpelen. Maar in de praktijk is het echter zo dat een correcte voorlichting van de derden over het voorwerp van het verslag, de beperkingen en de risico's die aan de gebruikmaking daarvan verbonden zijn, de bewijsvoering dat er een verband bestaat tussen de schade en een mogelijke fout in de uitoefening van de contractuele opdracht ³⁹, zal bemoeilijken.

Zoals ten aanzien van de wettelijke opdrachten, zal ook hier een oordeelkundig verstrekte informatie de aansprakelijkheid van de revisor wegnemen of die verlichten⁴⁰.

Maar het gaat hier enkel om een noodoplossing, die slechts gedeeltelijk soelaas brengt voor het risico dat de aansprakelijkheid van de revisor in opspraak wordt gebracht, inzonderheid wanneer het verslag inderdaad wordt gebruikt in het kader waarvoor het is opgesteld.

C. ALGEMENE PROBLEMEN IN VERBAND MET DE BEOORDELING VAN HET GEDRAG VAN DE REVISOR

1. Moment van de beoordeling en «marginale toetsing»

20. Om te beoordelen of de revisor is afgeweken van de houding die elke revisor die normaal zorgzaam en voorzichtig werkt en in dezelfde omstandigheden geplaatst, zou moeten aannemen, moet de rechter zich uiteraard plaatsen in de tijd van de feiten en abstractie maken van de noodzakelijk ongelukkige gevolgen van die feiten. Hij mag dus niet *a posteriori* redeneren.

Dit is een vaststaand gegeven.

Daaraan wordt nog toegevoegd dat de aansprakelijkheid van de revisor, net zoals die van alle beroepsbeoefenaars, «marginale» moet worden getoetst.

Wij willen hier in herinnering brengen dat dit principe geenszins afwijkt van het gemeen recht. Het betreft een toepassing van de algemene beginselen inzake aquiliaanse aansprakelijkheid⁴¹, die op contractuele materies toegepast worden, wanneer moet worden nagegaan of een medecontractant al dan niet aan zijn verplichtingen inzake benaerstiging is tekortgekomen in het raam van de uitvoering van een middelverbintenis.

Om het al dan niet foutief karakter van een houding na te trekken, moet de rechter inderdaad die houding vergelijken met de houding die een persoon met dezelfde hoedanigheid

³⁹ P.A. FORIERS en M. VON KUEGELGEN, op. cit., *Rev. Dr. ULB*, 1992-2.

⁴⁰ Deze formule wordt gebruikt door L. SIMONT, wanneer hij het heeft over de leiding van de vennootschap: L. SIMONT, «Le devoir d'information, sanctions et responsabilités», in *L'entreprise et ses devoirs d'information en matière économique et sociale*, inzonderheid p. 378.

⁴¹ Zie in analoge zin: L. CORNÉLIS, op. cit., nrs. 35 en 36.

en normaal zorgzaam en voorzichtig handelen of in dezelfde omstandigheden zou hebben aangenomen.

Nu is het zo dat in een reeks materies, waar complexe beoordelingen bij komen kijken, als daar zijn, bijvoorbeeld de economie, de geneeskunst of het recht, twee normaal zorgzame en voorzichtige beroepsbeoefenaars er vaak tegenstrijdige houdingen of beslissingen kunnen op nahouden wanneer ze met een gegeven toestand worden geconfronteerd. Wanneer de houding of de beslissing in kwestie niet afwijkt van één van de houdingen of van een beslissing, die een normaal zorgzaam en voorzichtig beroepsbeoefenaar had kunnen aannemen, dan is er geen fout. De rechter moet niet in de plaats treden van de beroepsbeoefenaar om te bepalen wat zijn persoonlijke diagnose zou zijn geweest. Hij moet oog hebben voor de beoordelingsvrijheid van de normaal zorgzame en voorzichtige beroepsbeoefenaar.

2. Beoordeling van het bestaan van een fout: rol van de beroepsnormen

a) Algemeen

21. Er is uiteraard geen probleem, wanneer de revisor – naar aanleiding van zijn opdracht – een wettelijk of bestuursrechtelijk voorschrift overtreedt. Er is dan sprake van een (quasi-delictuele) fout.

Heikeler wordt de vraag wanneer de houding van de revisor moet getoetst worden aan de houding van een normaal zorgzaam en voorzichtig revisor, die met dezelfde omstandigheden wordt geconfronteerd.

In dit verband kan niet verwezen worden naar het belang van de beroepsnormen of van de regels van plichtenleer⁴².

22. Indien de deontologische regel of de beroepsnorm bindend is krachtens een wettekst of een bestuursrechtelijke tekst, dan is de overtreding daarvan ontegensprekelijk een quasi-delictuele fout, waarbij dan geen onderscheid meer moet worden gemaakt of die norm de bescherming van de beroepsbeoefenaar dan wel van derden beoogt. In ons positief recht bestaat niet zoiets als de Germaanse leer over de «schutznorme» die aanleiding geeft tot de «relativiteit» van de quasi-delictuele fout⁴³. Maar wel is het zo dat, wanneer we te maken hebben met een deontologische norm die de bescherming van de beroepsbeoefenaar beoogt, de bewijsvoering dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen de schade en fout moeilijker zal liggen. Maar dan zitten we in een heel andere redenering⁴⁴.

23. Wanneer de deontologische regel of de beroepsnorm niet bindend is krachtens de wet, speelt die toch nog een belangrijke rol op het civielrechtelijk vlak.

⁴² Zie over dit punt: A. VAN OEVELEN, op. cit., *Handels-Economisch en Financieel Recht*, nr. 47, p. 275; P.A. FORIERS en M. VON KUEGELGEN, op. cit., *Rev. Dr. ULB*, 1992-2, nrs. 25 en v.v., p. 25 en vv.

⁴³ Zie L. CORNÉLIS, op. cit.; zie ook P. VAN OMMESELAGHE, op. cit., *Rev. belge comptabilité*, 1981, nr. 4 en p. 3 en vv.

⁴⁴ Zie L. CORNÉLIS, op. cit., nr. 155; zie ook P. LAMBERT, *L'aspect déontologique et disciplinaire de la responsabilité civile des avocats*, *La responsabilité des avocats*, p. 37.

Op de eerste plaats kan die in bepaalde gevallen de uitdrukking zijn van een gebruik of een gewoonte die als dusdanig verplichtend is.

Vervolgens en vooral, kan die de uitdrukking zijn van de houding van een normaal zorgzaam en voorzichtig beroepsbeoefenaar⁴⁵. Zulks is inzonderheid het geval indien het niet om louter deontologische, maar om technische normen gaat. Het is wel zo dat de rechter geenszins verplicht is, voor de toepassing van artikel 1382, aan die normen te refereren. Het is echter wel logisch dat, wanneer hij geroepen is na te gaan welke houding een normaal zorgzaam en voorzichtig beroepsbeoefenaar die in dezelfde omstandigheden verkeert zou aannemen, hij refereert aan de beroepsregels, ook al zijn die niet bindend en hebben die alleen op tuchtrechtelijk vlak hun werking.

Het is redelijk om *a priori* te vooronderstellen dat de beroepsbeoefenaar, die in alle opzichten de normaal op het geval toepasselijke norm heeft gevolgd, zich niet aan een tekortkoming heeft schuldig gemaakt.

Maar dit is nooit meer dan een vermoeden van de mens en de rechter hoeft daar niet bij stil te staan. Hij moet integendeel de betwiste houding toetsen in het licht van de feitelijke omstandigheden van de zaak.

In dit verband is het mogelijk dat de beroepsbeoefenaar, met reden, is afgeweken van een norm die in het voorliggende geval onaangepast bleek. Daartegenover staat dat het ook mogelijk is dat de beroepsbeoefenaar onvoorzichtig is geweest bij het louter toepassen van een minimale norm, daar waar de concrete toestand eigenlijk om een bijzondere benaarding vroeg⁴⁶.

Die algemene beginselen zijn uiteraard ook op de bedrijfsrevisoren toepasselijk.

b) De op de revisoren toepasselijke normen

24. Uit de wet van 22 juli 1953, zoals gewijzigd bij wet van 21 februari 1985, blijkt ontegensprekelijk dat het Instituut der Bedrijfsrevisoren een beroepsorde is die is gelast met de organisatie van het beroep van bedrijfsrevisor en met de tucht ervan (artikel 2 van de wet).

Traditioneel ging men ervan uit dat het Instituut, *stricto sensu*, niet over een reglementaire bevoegdheid ten aanzien van zijn leden beschikte⁴⁷.

Een voorstel in die zin werd wel degelijk overwogen bij de hervorming van het bedrijfsrevisorat in 1985, maar er werd aan verzaakt omdat de Raad van State, refererend aan de ongrondwettelijkheid ervan, een ongunstig advies heeft uitgebracht⁴⁸.

Dit belet niet dat de Raad van het Instituut, beheers- en bestuursorgaan, sedert vele jaren al controlenormen vastlegt die voor de leden zijn bestemd en voor hen als deontologische

⁴⁵ L. CORNELIS, op. cit., nr. 156; zie R.O. DALCQ, Responsabilité quasi-délictuelle et normes professionnelles et techniques, in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruylant, 1985, p. 481.

⁴⁶ Zie R.O. DALCQ, op. cit., in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruylant, 1985, p. 482.

⁴⁷ A. VAN OEVELEN, op. cit., *Handels-Economisch en Financieel Recht*, nr. 47, p. 275.

⁴⁸ Zie H. OLIVIER, La profession de reviseur d'entreprises et son organisation, *Rev. belg. Sc. Comm.*, 1986, p. 62.

regels verplichtend zijn⁴⁹. Dit was al zo nog vóór artikel 18bis, ingevoegd in de wet van 1953 bij wet van 21 februari 1985, de Raad van het Instituut uitdrukkelijk die bevoegdheid toekende.

De niet-naleving van deze normen kan aanleiding zijn tot het instellen van een tuchtrechtelijke vervolging.

Bovendien kan die niet-naleving ook, met toepassing van de hierboven aangehaalde beginselen, een civielrechtelijke fout uitmaken⁵⁰, aangezien de norm een omschrijving bevat van de houding van de normaal zorgzame en voorzichtige revisor die met een gegeven situatie wordt geconfronteerd. We zouden zelfs kunnen stellen dat de miskennis van die gedragsregel in principe een fout is, met dien verstande dat de revisor moet bewijzen dat in het geval dat hij moest behandelen, de voorzichtigheid en zorgzaamheid een afwijking van de norm rechtvaardigden⁵¹.

25. Het koninklijk besluit van 10 januari 1994 bevestigt deze laatste oplossingen.

Inderdaad, onafgezien van de deontologische principes die het koninklijk besluit de revisoren rechtstreeks oplegt, verplicht het hen de gebruikelijke controlenormen van het Instituut na te leven (artikel 2 van het besluit van 10 januari 1994). Het besluit kent op die manier indirect een reglementair karakter toe aan de controlenormen. Men mag dus beschouwen dat hun overtreding noodzakelijk een quasi-delictuele fout uitmaakt.

Deze conclusie mag de revisor er evenwel niet toe brengen om zich blindelings achter de norm te verschuilen.

We moeten inderdaad in dit verband opmerken dat de controlenormen met de nodige soepelheid zijn opgesteld. Het is dan ook mogelijk of zelfs aanbevelingswaardig dat de revisor daar in bepaalde gevallen van afwijkt, teneinde zich aan te passen aan de bijzondere omstandigheden waarmee hij wordt geconfronteerd. Uit die relatieve soepelheid van de norm vloeit dus voort dat een te strikte navolging in bepaalde gevallen als fout kan worden aangemerkt⁵².

26. Naast de normen zijn er de omzendbrieven, de adviezen en de aanbevelingen. Deze laatste hebben uiteraard geen dwingende werking, aangezien het adviezen of raadgevingen betreft⁵³. Het artikel 2 van het koninklijk besluit van 10 januari 1994 maakt in dit verband een duidelijk onderscheid tussen de normen en aanbevelingen. Waar de eerste categorie verplichtend is, wordt met betrekking tot de tweede categorie gesteld dat de revisor, naargelang van de omstandigheden, rekening houdt met de door de Raad van het Instituut uitgevaardigde aanbevelingen. Dit niet-verplichtend karakter van de aanbevelingen belet

⁴⁹ Zie in dit verband, Instituut der Bedrijfsrevisoren, *Vademecum, Controle-opdrachten, Juridische en technische context*, verzameling teksten samengebracht door de H. OLMIER, Kluwer 1995, p. 196 e.v.; zie ook H. OLMIER, *Normalisation en matière de comptabilité*, in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruylant, 1985, p. 262 en w.

⁵⁰ Zie Bergen, 16 mei 1979, *RPS*, 1979, p. 1919; Kooph. Charleroi, 12 oktober 1976, *RPS*, 1976, p. 149; R.O. DALCQ, op. cit., in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, p. 482.

⁵¹ Zie R.O. DALCQ, op. cit., in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, loc. cit.; zie ook J.P. MAES en K. VAN HULLE, *De hervorming van het bedrijfsrevisoraat en de organisatie van het accountantsberoep*, Kluwer, 1985, p. 35.

⁵² Zie H. OLMIER, op. cit., *Rev. belge Sc. comm.*, 1986, p. 63.

⁵³ Zie H. OLMIER, op. cit., loc. cit.

natuurlijk niet dat de hoven en rechtbanken er rekening zouden kunnen mee houden om te bepalen welke houding in een gegeven omstandigheid een normaal zorgzaam en voorzichtig revisor had moeten aannemen.

27. Bij het uitvaardigen van normen of aanbevelingen, kunnen de organen van het Instituut uiteraard de aansprakelijkheid van het Instituut op het spel zetten. De vraag werd trouwens expliciet opgeworpen door de Raad van State in zijn advies over het ontwerp van artikel 18bis⁵⁴.

In dit verband weze eraan herinnerd dat de aansprakelijkheid van het Instituut in generlei mate die van de revisor die blindelings een kennelijk onjuiste of onaangepaste norm zou hebben toegepast, zou doen verdwijnen.

D. HET STELSEL VAN DE AANSPRAKELIJKHEIDSBEPERKENDE CLAUSULES EN DE OORZAKEN DIE DE AANSPRAKELIJKHEID TENIET DOEN

1. De clauses die de aansprakelijkheid beperken

28. In principe en behoudens bijzondere wettelijke bepalingen, hoeft niets een beroepsbeoefenaar te beletten om zijn contractuele aansprakelijkheid geheel of gedeeltelijk uit te sluiten, voor zover het gemeen recht zulks toelaat (een uitsluiting is verboden voor de opzettelijke fout; zijn ook verboden clauses die de verplichting zonder voorwerp maken). Evenmin is er een beletsel om contractueel de uitsluiting te bepalen van zijn aquiliaanse aansprakelijkheid. Maar, het ligt voor de hand dat dergelijke overeenkomsten in principe niet aan derden tegenstelbaar zijn (artikel 1165 Burgerlijk Wetboek)⁵⁵.

29. Die principes moeten echter wel sterk worden genuanceerd, wanneer de wet het optreden van een beroepsbeoefenaar voorschrijft als waarborg voor de derden of, algemener, het algemeen belang. We kunnen dan aannemen dat de openbare orde op het spel staat⁵⁶.

De rechtspraak maakt een toepassing van deze idee ingeval van de architecten. Het optreden van het architect bij het aanmaken van de plannen en bij het toezicht op de werken houdt verband met de zorg om de openbare veiligheid, en er moet dus zekerheid bestaan dat de architect zijn opdracht ten volle uitvoert. Aangezien hij hier een wettelijke opdracht vervult, kan hij dus zijn aansprakelijkheid niet uitsluiten⁵⁷. Maar niets belet daarentegen dat hij zijn aansprakelijkheid zou inperken voor technische studies die niet behoren tot het normale kader van zijn opdracht en die aan gespecialiseerde bureaus zouden worden toevertrouwd⁵⁸.

30. Artikel 9bis van de wet van 22 juli 1953 bekrachtigt ook deze opvatting.

⁵⁴ Zie voor dit probleem H. OLMIER, op. cit., *Droit des normes professionnelles et techniques*, p. 267 en P.A. FORTIERS en M. VON KUEGELGEN, op. cit., *Rev. Dr. ULB*, 1992-2, nr. 33, p. 29 en vv.

⁵⁵ Over deze principes, zie P. VAN OMMEFLAGHE, «Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit belge», in *Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences*, p. 181 en vv.; zie ook X. DIEUX, op. cit., *Les contrats de services*, nr. 10.

⁵⁶ Zie A. VAN OEVELEN, op. cit., *Handels-Economisch en Financieel Recht*, nr. 52, p. 282.

⁵⁷ Zie Cass., 26 januari 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 614; Cass. 10 mei 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 1106.

⁵⁸ Cass., 3 maart 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 759, *RCJB*, 1982, p. 176 met noot van N. VANWIJK-ALEXANDRE.

Dat artikel bepaalt: «*De bedrijfsrevisoren zijn aansprakelijk voor de uitoefening van hun beroepstaken overeenkomstig het gemeen recht. Het is hun verboden zich aan deze aansprakelijkheid, zelfs gedeeltelijk, door een bijzondere overeenkomst te onttrekken. ...*»

Deze tekst is in algemene bewoordingen gesteld. Het zou evenwel overdreven zijn hem uit te breiden tot alle opdrachten van de revisor, ook dus tot de louter contractuele opdrachten⁵⁹.

Als een afwijking van het gemeen recht, moet artikel 9bis inderdaad op beperkende manier worden geïnterpreteerd en het lijkt redelijk aan te nemen dat de «beroepstaken», bedoeld in artikel 9bis, doelen op de wettelijke opdrachten, bedoeld in artikel 3, en niet op de bijkomende, louter contractuele opdrachten, die met de hoedanigheid van revisor verenigbaar zijn⁶⁰.

Deze analyse wordt ondersteund door artikel 33, § 2 van de wet van 22 juli 1953, dat de aanstelling van een vast vertegenwoordiger die persoonlijk aansprakelijk is voor de uitvoering van de opdracht, door de vennootschappen van revisoren slechts verplicht maakt voor de wettelijke opdrachten bedoeld in artikel 3. Er blijkt trouwens geen reden te bestaan om een revisor, die bijvoorbeeld met betrekking tot de organisatie van de boekhouding in het kader van de informatica of de herstructurering van een onderneming, adviezen zou geven – buiten elke wettelijke opdracht om –, strenger te gaan behandelen dan gelijk welke andere consultant⁶¹.

Het louter feit dat de revisor een vrij beroep uitoefent, kan niet volstaan dit verschil in behandeling te verantwoorden. We voegen daar overigens nog aan toe dat de enkele omstandigheid dat een overeenkomst strijdig zou zijn met een deontologisch beginsel, niet de nietigheid van die overeenkomst tot gevolg zou hebben⁶². Elk geval moet afzonderlijk beschouwd worden⁶³.

2. De kwijting

31. De aansprakelijkheid van de revisor jegens zijn cliënt, houdt op door het verlenen van kwijting – of die nu gezien wordt als een kwijting gegeven aan de lasthebber of als een ontvangst, gegeven aan de aannemer⁶⁴.

⁵⁹ Contra, H. OLIVIER, «Le phénomène associatif dans la profession de reviseur d'entreprises», in *L'exercice en société des professions libérales*, p. 112.

⁶⁰ Voor een overzicht van deze opdrachten, zie de verwijzingen onder noot 2.

⁶¹ Zie P.A. FORIERS en M. VON KUEGELGEN, op. cit., *Rev. Dr. ULB*, 1992-2, nr. 40, p. 34.

⁶² L. CORNÉUS, op. cit., nr. 155: over de clausules die van aansprakelijkheid vrijstellen die door advocaten worden bedongen, zie R.O. DALCO, La responsabilité civile de l'avocat, in *La responsabilité des avocats*, Brussel, Uitg. du Jeune Barreau, 1992, nr. 4, p. 103 en w.; M. MAHIEU, La prévention de la responsabilité de l'avocat en matière de consultation et de négociation, *ibidem*, p. 24. Zie in een andere zin: K. GEENS, Het vrije beroep, thesis, Leuven, 1986, nr. 714.

⁶³ Cass. Fr. Civ., 5 november 1991, *JCP*, 1992, Ed. E., II, 255 noot van A. VIANDIER, *Rev. trim. dr. civ.*, 1992, p. 383 noot J. MESTRE en verwijzingen aldaar.

⁶⁴ Over de kwijting of décharge, zie P.A. FORIERS, «Décharge, réception et quittance», La fin du contrat, Brussel, ABJE, Vlaams Pleitgenootschap, *CJB*, 1993, p. 113-171; zie ook P.A. FORIERS, op. cit., *Les contrats de services*, p. 170-191.

De décharge of kwijting kan natuurlijk alleen maar bevrijdend zijn, mits zij met kennis van zaken wordt gegeven. Zij heeft dus uitsluitend werking ten aanzien van de gegevens die de cliënt kon kennen en de gegevens die hem specifiek ter kennis werden gebracht⁶⁵. De kwijting is dus afhankelijk van de wijze waarop rekenschap en verantwoording wordt gedaan.

Overigens moet de kwijting strikt worden geïnterpreteerd, precies omdat zij een verzaking inhoudt aan het recht om een vordering in te stellen. Een kwijting ten aanzien van een tekortkoming kan dus enkel worden aanvaard, mits de tekortkoming vaststaat⁶⁶.

Voor zover aan al die voorwaarden is voldaan, kan de kwijting de aquiliaanse aansprakelijkheid van de revisor tegenover zijn cliënt dekken⁶⁷.

Wij zien niets dat de tegenovergestelde oplossing zou kunnen verantwoorden.

Daartegenover staat dat het vanzelfsprekend is dat de kwijting de rechten van derden op generlei wijze kan beïnvloeden.

3. De verjaring

32. In principe is voor de revisoren de verjaring van het gemeen recht toepasselijk.

Er zijn echter verschillende teksten die de normale termijn van de verjaring kunnen inkorten.

Rechtsvorderingen tegen commissarissen verjaren door verloop van vijf jaar, met toepassing van artikel 194 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen. Deze tekst bedoelt zowel de contractuele aansprakelijkheid tegenover de vennootschap, als de aansprakelijkheid tegenover derden⁶⁸.

Hoewel de kwestie ter discussie kan worden gesteld, lijkt de tekst niet uitgebreid te kunnen worden tot de bijzondere wettelijke opdrachten van de commissaris-revisor. *A fortiori* bedoelt hij evenmin de louter contractuele opdrachten die hem uitzonderlijk zouden worden toevertrouwd.

33. Artikel 2276^{ter} van het Burgerlijk Wetboek, ingevoegd bij wet van 19 februari 1990, schrijft voor een beroepsaansprakelijkheidsvordering tegen deskundigen een termijn voor van vijf of tien jaar, naargelang hun opdracht hen al dan niet krachtens de wet werd toevertrouwd.

De reikwijdte van die bepaling laat aan duidelijkheid te wensen over.

Over het begrip «deskundige» kan inderdaad worden gediscuteerd.

⁶⁵ Over het feit dat kwijting met kennis van zaken moet worden verleend, zie onder meer Cass. 12 februari 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 640.

⁶⁶ P. A. FORIERS, op. cit., *La fin du contrat*, nr. 55, p. 151 en 152 en verwijzingen aldaar.

⁶⁷ Zie A. VAN OEVELEN, op. cit., *Handels-Economisch en Financieel Recht*, nr. 461, p. 274; Contra: P. VAN OMMEFLAGHE, op. cit., *Rev. belge de la comptabilité*, 1981, nr. 7, p. 6. Vergelijk P. VAN OMMEFLAGHE, *Développements récents de la responsabilité civile professionnelle en matière économique*, in *Évolution récente du droit commercial et économique*, nr. 8, p. 19.

⁶⁸ Zie A. VAN OEVELEN, op. cit., *Handels-Economisch en Financieel Recht*, nr. 51, p. 281 *in fine*; J.L. FAGNART, op. cit., *La responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés*, nr. 43 en verwijzingen; VAN RYN, Deel I, 1e uitg., nr. 636; Vergelijk P. VAN OMMEFLAGHE, op. cit., *L'évolution récente du droit commercial et économique*, nr. 8, p. 20.

Bij gebrek aan een wettelijke omschrijving, moet het woord normaal gelezen worden in de gewone en gebruikelijke betekenis. De eerste commentatoren blijken in dit verband ervan uit te gaan dat het deskundig onderzoek niet noodzakelijk verband moet houden met een geschil. Een deskundig onderzoek zou dan elke adviesinwinning over een technisch probleem bedoelen⁶⁹.

Luidens deze opvatting, zou artikel 2276ter niet alleen betrekking hebben op het deskundigen-onderzoek bij wijze van minnelijke schikking of een gerechtelijke expertise en de bij wet gekwalificeerde expertise-opdrachten – bijvoorbeeld de expertise vooraf inzake successie-rechten of de expertise waarvan sprake in artikel 41, § 2 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen – maar ook alle adviezen die aan een deskundige worden gevraagd, bijvoorbeeld een onroerende expertise voor privé-doeleinden.

Het blijkt inderdaad dat artikel 2276ter beperkt moet worden tot de aansprakelijkheid die is verbonden aan de uitvoering van een deskundigenopdracht en dat zij niet kan worden verruimd tot alle beroepsactiviteiten van de deskundige. De architect-deskundige die, uitzonderlijk, als architect fungeert bij de voorbereiding van de plannen en het toezicht op de werken, is duidelijk niet gemachtigd om artikel 2276ter in te roepen.

Deze opmerking leidt tot de vraag of de bijzondere opdrachten, die aan een revisor worden toevertrouwd krachtens de gecoördineerde wetten, wel degelijk opdrachten van expertise zijn.

In een ruime benadering van het begrip «expertise» kan een positief antwoord verantwoord zijn, ook indien de revisor of de accountant in dit geval opdrachten uitvoert die soms in aanzienlijke mate kunnen verschillen van de expertise in de klassieke betekenis van het woord. Het zou dan inderdaad om een opdracht gaan die de wet⁷⁰ toevertrouwt aan een gespecialiseerd beroepsbeoefenaar en die aanleiding geeft tot het opstellen van een verslag. Maar er kan ook twijfel bestaan, omwille van de onduidelijkheid die kleeft aan het woord «deskundige». Deze toestand brengt de Juridische Commissie van het Instituut der Bedrijfsrevisoren ertoe om de draagwijdte van artikel 2276ter met de grootste omzichtigheid te interpreteren⁷¹.

Anders dan dit voor artikel 194 van de gecoördineerde wetten het geval is, lijkt men er tenslotte van uit te gaan dat, ondanks de algemene bewoordingen, artikel 2276ter uitsluitend op de contractuele aansprakelijkheid toepasselijk zou zijn⁷².

⁶⁹ FR. POILVACHE, L'article 2276ter nouveau du Code civil soumettant la responsabilité des experts et leurs créances d'honoraires à des prescriptions abrégées, *J.T.*, 1990, p. 292 en vv.; Vergelijk PH. COLLE, Eerste commentaar bij het nieuwe artikel 2276ter B.W., *R.W.*, 1990-1991, p. 114 en vv., en inzonderheid p. 115.

⁷⁰ Vergelijk in die zin, PH. COLLE, op. cit., *R.W.*, 1990-1991, p. 115 die uitdrukkelijk artikel 29bis onder de wettelijke opdrachten vermeldt.

⁷¹ Instituut der Bedrijfsrevisoren, *Jaarverslag*, 1990, p. 166.

⁷² Zie PH. COLLE, op. cit., *R.W.*, 1990-1991; FR. POILVACHE, op. cit., *J.T.*, 1990, p. 293. Dezelfde oplossing wordt betreffende artikel 2276ter bepleit inzake de advocaten, zie S. STERCKX, *Prémières commentaires sur l'article 2276bis du Code civil*, *J.T.*, 1987, p. 534, nr. 8; A. VAN OEVELEN, Algemeen Overzicht van de verjaringen in het Belgische privaatrecht, *TPR*, 1987, 1795.

Tweede deel: BIJZONDERE VRAAGSTUKKEN IN VERBAND MET BEPAALDE WETTELIJKE OPDRACHTEN

A. DE BIJZONDERE REGELS MET BETREKKING TOT DE BURGERLIJKE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE COMMISSARIS

1. Artikel 64octies van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen

34. «*De commissarissen zijn jegens de vennootschap aansprakelijk voor de tekortkomingen die zij in de uitoefening van hun taak begaan*» (artikel 64octies, eerste lid, gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen).

Deze bepaling is alleen maar een herinnering van het gemeen recht.

Valt onder de toepassingsfeer van deze bepaling, de commissaris die tekort schiet in de keuze van de controlemethodes van de onderneming of die documenten zou verliezen die hem door de raad van bestuur werden toevertrouwd⁷³.

Deze klassieke aansprakelijkheid van de commissaris is in principe persoonsgebonden en niet hoofdelijk⁷⁴. Indien door de algemene vergadering verschillende commissarissen werden benoemd, zullen die evenwel hoofdelijk of «in solidum» aansprakelijk worden geacht voor hun contractuele tekortkomingen, indien die gemeenschappelijk zijn of samenlopen⁷⁵.

Indien er tevens sprake kan zijn van een aansprakelijkheid «in solidum» tussen bestuurders en commissarissen, is het toch zo dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van deze beide vennootschapsorganen volkomen marginaal is, rekening houdend met het wezenlijk verschillend karakter van de opdrachten die ze uitoefenen⁷⁶.

35. In tegenstelling tot het eerste lid, bepaalt artikel 64octies in zijn tweede lid een aansprakelijkheidsstelsel dat afwijkt van het gemeen recht. «*(De commissarissen) zijn zowel jegens de vennootschap als jegens derden, hoofdelijk aansprakelijk voor alle schade die het gevolg is van overtreding van de bepalingen van deze titel of van de statuten. Ten aanzien van de overtredingen waaraan zij geen deel hebben gehad, worden zij van die aansprakelijkheid slechts ontheven wanneer zij aantonen dat zij hun taak naar behoren hebben vervuld en zij die overtredingen hebben aangeklaagd bij de raad van bestuur en, indien daaraan geen*

⁷³ Zie H. OLMIER en AFSCHRIFT, *Vademecum de l'administrateur de sociétés*, 3e uitg, Brussel, 1991, p. 244; RESTEAU, Deel II, 3e uitg., nr. 1059, p. 267; P. VAN OMMESLAGHE, op. cit., *Évolution récente du droit commercial et économique*, nr. 26, p. 56.

⁷⁴ Zie B. VAN BRUYSTEGEM, *De vennootschappenwet '86*, Kluwer, 1986, p. 110; RESTEAU, *Sociétés anonymes*, Deel II, 3e uitg., p. 270; nr. 1063.

⁷⁵ Zie evenwel VAN RYN, Deel I, 1e uitg., p. 395 die in verband met bestuurders - die gelijkgeschakeld worden met lasthebbers -, oordeelt dat artikel 1995 van het Burgerlijk Wetboek elke hoofdelijkheid uitsluit en zij alleen als «in solidum» aansprakelijk kunnen worden geacht. Deze analyse lijkt ons aanvechtbaar. Artikel 1995 blijkt inderdaad een toepassing te zijn van het gemeen recht. Ingeval van gemeenschappelijke tekortkoming sluit de tekst de hoofdelijkheid niet uit (zie in die zin H. DE PAGE, *Traité*, Deel V, 2e uitg., p. 416, nr. 420). Over het begrip gemeenschappelijke en samenlopende tekortkoming, zie J.L. FAGNART en D. DENÈVE, «Chronique de jurisprudence», *La responsabilité civile*, J.T., 1985, p. 466, nr. 27; Vergelijk R.O. DALCO, «Traité de la responsabilité civile», *Novelles, Droit civil*, Deel V. 2, p. 182 tot 191, inzonderheid p. 186 en 187; zie ook Cass., 22 november 1988, Pas., 1989, I, nr. 327; Cass., 10 mei 1989, Pas., 1989, nr. 946.

⁷⁶ Zie I. VEROUGSTRATE, op. cit., *Les sociétés commerciales*, nr. 51, p. 302; P. VAN OMMESLAGHE, op. cit., *L'évolution du droit commercial et économique*, p. 55, nr. 25; RESTEAU, *Sociétés anonymes*, Deel II, 3e uitg., p. 271-272, nr. 1067.

passend gevolg werd gegeven, op de eerste algemene vergadering nadat zij er kennis van hebben gekregen».

36. Zoals artikel 62, 2de lid dat doet ten aanzien van de bestuurders, versterkt artikel 64octies, 2de lid, dus de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid van de commissaris, wanneer het een overtreding betreft van de gecoördineerde wetten of de statuten: het bepaalt enerzijds een hoofdelijke aansprakelijkheid van de commissarissen die door de vennootschap zijn benoemd en het beperkt anderzijds de mogelijkheid om zich van die aansprakelijkheid vrij te stellen⁷⁷.

37. Die versterking is des te strenger, omdat sinds 1978 het artikel 77 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen bepaalt dat de jaarrekening moet: «(...) worden opgemaakt overeenkomstig de wet van 17 juli 1975 op de boekhouding en de jaarrekening van de ondernemingen en de besluiten ter uitvoering ervan, voor zover de vennootschap daaraan is onderworpen en overeenkomstig de bijzondere wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die op haar toepasselijk zijn. (...)»

Middels deze verwijzing, wordt dus de gehele boekhoudwetgeving opgenomen in de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen⁷⁸, wat een vermenigvuldiging met zich meebrengt van de overtredingen die kunnen worden begaan door de bestuurders en de commissarissen van vennootschappen.

38. Ondanks een ogenschijnlijke duidelijkheid, roept artikel 64octies, tweede lid twee ernstige interpretatieproblemen op.

Een eerste vraag die in dit verband moet worden gesteld, is te weten of deze bepaling uitsluitend betrekking heeft op de overtredingen van de wet of van de statuten, die door de commissarissen worden begaan, dan wel of ze ook betrekking heeft op tekortkomingen die aan de raad van bestuur moeten worden toegeschreven en, als dat zo is, of de commissarissen dan hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld voor dergelijke tekortkomingen van de bestuurders.

De vraag is niet nieuw en zorgde al voor verdeling in de rechtsleer onder de vorige artikelen 62, 2de lid en 65. Tal van auteurs waren toen de mening toegedaan dat artikel 62, 2de lid, slechts toepasselijk was op de commissarissen, wanneer de wet of de statuten door de commissarissen zelf werden overtreden, maar geen effect had wanneer hun tekortkoming er louter in bestond dat ze nagelaten hadden een door de bestuurders gepleegde overtreding aan het licht te brengen⁷⁹.

RESTEAU⁸⁰ betreurde dit, maar merkte in dit verband op dat, om een hoofdelijke aansprakelijkheid van de commissarissen tot gevolg te hebben, het niet volstond dat zij nagelaten hadden een door de bestuurders gestelde handeling te melden.

⁷⁷ De wet van 18 juli 1991 heeft daarentegen geen minderheidsvordering van de aandeelhouders tegen de commissarissen bepaald, iets wat wel mogelijk is tegen de bestuurders (zie J. LIEVENS, *De nieuwe vennootschapswet, Wet van 18 juli 1991*, Mys en Breesch, 1991, p. 113).

⁷⁸ Zie P. VAN OMMESLAGHE, op. cit., in *Revue belge comptabilité*, 1981, p. 8; M. CLAES, op. cit., in *Revue belge comptabilité*, 1986, p. 39; zie I. VEROUXSTRAETE, op. cit., *Les sociétés commerciales*, p. 274.

⁷⁹ Zie VAN RYN, *Principes de droit commercial*, Deel I., 1e uitg., p. 424 en 425, nr. 671; FRÉDÉRICQ, *Traité*, deel V, nr. 467, WAUVERMANS, *Sociétés anonymes*, Bruylant, 1924, p. 267, nr. 442; RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, deel II, 2e uitg., nrs. 1066 en 1077.

⁸⁰ Op. cit., nr. 1076.

Het Hof van Cassatie bleek echter in een arrest van 26 januari 1922 een tegenovergestelde beslissing te hebben genomen⁸¹.

De tekst van artikel 64octies, tweede lid, heeft die discussie niet uit de wereld geholpen.

Toegegeven dat er een punt vaststaat, namelijk dat de regeling zoals bepaald in artikel 64octies, 2de lid, niet louter betrekking heeft op de overtredingen van de wet of van de statuten die door de commissarissen worden begaan. Indien deze tekst alleen maar op die overtredingen toepasselijk ware geweest, kan inderdaad niet verklaard worden waarom de commissaris verplicht is de overtreding bij de raad aan te klagen, een raad die geen injuncties kan geven aan het controle-orgaan⁸² en dan ook helemaal niet bij machte is om aan de begane overtreding te verhelpen.

Wil dit dan zeggen dat de commissaris beschouwd moet worden, als zou hij persoonlijk de tekortkomingen hebben begaan die aan de bestuurders moeten worden toegeschreven?

Deze vraag moet blijkbaar ontkennend worden beantwoord. Het wil ons inderdaad voorkomen dat artikel 64octies, tweede lid, geïnterpreteerd moet worden als een vermoeden van aansprakelijkheid van de commissaris, telkens wanneer een overtreding van de gecoördineerde wetten of van de statuten door de bestuurders wordt begaan.

Om aan deze aansprakelijkheid te ontkomen, moet de commissaris aantonen:

- 1° dat hij aan de overtreding geen deel heeft gehad (wat meestal het geval zal zijn, aangezien het door de raad gepleegde tekortkomingen betreft);
- 2° dat hij zich correct van zijn controle-opdracht heeft gekweten (en dat hij dus de overtredingen heeft opgespoord die hij conform zijn opdracht moet aan het licht brengen);
- 3° dat hij, wanneer het overtredingen betreft waarvan hij naar aanleiding van zijn opdracht of op een andere manier kennis heeft gekregen, deze aangeklaagd heeft bij de raad, of desnoods, indien eraan geen passend gevolg werd gegeven op de eerstkomende algemene vergadering⁸³.

Indien hij dit niet kan bewijzen⁸⁴, zal de commissaris aansprakelijk worden gesteld voor de schade die door de overtreding van de bestuurders van de gecoördineerde wetten werd veroorzaakt, maar dan wel omwille van een onderscheiden tekortkoming, die hijzelf heeft begaan, ofwel omdat hij de overtreding niet heeft aan het licht gebracht ofwel omdat hij ze niet heeft aangeklaagd. Door niet alles te doen wat hij normaal zou moeten doen om de regelmatigheid van een verrichting, die in de rekeningen moet worden weergegeven, na te trekken, overtreedt de commissaris inderdaad artikel 64, § 1. Door de overtreding die hij heeft opgespoord, niet aan te klagen, overtreedt hij artikel 65, 6°, dat hem impliciet de ver-

⁸¹ Cass., 26 januari 1922, *Pas.*, 1922, I, 143.

⁸² Zie verslag VERHAEGEN, *Gedr. St.*, Kamer, 1981-1982, 210/9, p. 45.

⁸³ Dit wil echter geenszins zeggen dat de opdracht van de commissaris zou worden gewijzigd of uitgebreid via deze bepaling. De grenzen van het onderzoek, waartoe hij moet overgaan, worden in andere bepalingen vastgelegd (zie hoger, nr. 54-57) waarvan het artikel 64octies de reikwijdte geenszins wijzigd.

⁸⁴ Rekening houdend met de bewijslast die op de commissaris rust, is het van wezenlijk belang dat hij schriftelijke sporen zou bijhouden van zijn optreden, zowel bij de raad, als bij de uitoefening van zijn controle-opdracht.

plichting oplegt zich tot de raad te wenden – en vervolgens tot de algemene vergadering – indien hij een dergelijke overtreding vaststelt⁸⁵.

39. Moet dan nog uitgemaakt worden of de aansprakelijkheid, bepaald in artikel 64octies, 2de lid, een hoofdelijke aansprakelijkheid zou zijn tussen de commissarissen en de raad, of alleen maar tussen de commissarissen onderling, indien er meer dan één commissaris is.

Aangezien de hoofdelijke verplichting afwijkt ten aanzien van het gemeen recht en zij dan ook restrictief moet worden geïnterpreteerd, lijkt het antwoord te zijn dat de commissaris niet hoofdelijk aansprakelijk kan worden gesteld met de leden van het bestuursorgaan⁸⁶.

Men zou evenwel kunnen opwerpen dat een samenhangende lezing van artikel 64octies, tweede lid, veronderstelt dat op globale wijze wordt geïnterpreteerd en dit omwille van het feit dat de aansprakelijkheid van de commissarissen in opspraak wordt gebracht voor de schade die veroorzaakt is door het bestuursorgaan, of zij alleszins als hoofdelijk aansprakelijk met de leden van dit orgaan worden beschouwd, leden die op hun beurt ook hoofdelijk aansprakelijk zijn.

De vraag blijft dus een open vraag, en het ware zonder twijfel wenselijk dat de wetgever in deze een verduidelijking zou brengen⁸⁷.

40. Een laatste probleem in verband met artikel 64octies, tweede lid, betreft de toepasselijkheid van deze bepaling op de bijzondere opdrachten van de commissaris-revisor.

Ook hier heerst een volslagen onzekerheid.

Natuurlijk kan worden opgemerkt dat de tekst van artikel 64octies, 2de lid, een algemene bepaling is en dat «ubi lex non distinguit, distinguere non debemus»⁸⁸.

Maar deze analyse kan worden aangevochten.

Vooreerst is het inderdaad zo dat zij tot gevolg heeft dat een verschillende aansprakelijkheidsregeling zou worden toegepast op de commissarissen en de revisoren of accountants, die met toepassing van de gecoördineerde wetten met een bijzondere opdracht worden belast⁸⁹, daar waar elk van hen bij de uitvoering van deze taken, dezelfde plichten heeft en aan dezelfde principes is onderworpen. Deze toestand zou ongetwijfeld leiden tot rechtsonzekerheid.

⁸⁵ Zie in die zin: A. VAN OEVELEN, op. cit., *Handels-Economisch en Financieel Recht*, nr. 50, p. 279 en verwijzingen aldaar; J. LIEVENS, op. cit., *Liber Amicorum Jan Ronse*, p. 273; Contra, blijkbaar, maar naar ons oordeel ten onrechte, A. BENOÎT-MOURY, op. cit., p. 43.

⁸⁶ Wat een aansprakelijkheid *in solidum* niet uitsluit, zie A. VAN OEVELEN, op. cit., loc. cit., die de stelling deelt die wij in 1992 hebben verdedigd.

⁸⁷ In dit perspectief zou het ons aangewezen lijken dat de problematiek van de aansprakelijkheid van de commissarissen wordt opgesplitst in een aansprakelijkheid voor de overtredingen van de wet of van de statuten die door één van hen werden begaan, en de aansprakelijkheid van de commissaris in de gevallen waarin de bestuurders dergelijke tekortkomingen zouden begaan. Zie P.A. FORIERS en M. VON KUEGELGEN, op. cit., *Rev. Dr. ULB*, 1992-2, nr. 73, p. 55.

⁸⁸ Zie A. VAN OEVELEN, op. cit., *Handels-Economisch en Financieel Recht*, nr. 50, p. 280; A. BENOÎT-MOURY, op. cit., *RPS*, 1986, nr. 25, p. 43.

⁸⁹ Zie LUDO CORNELIS, *De wet van 18 juli 1991 ten aanzien van de bedrijfsrevisoren en accountants met inbegrip van hun aansprakelijkheid*, in voorbereiding.

Vervolgens miskent deze interpretatie ook de uitzonderlijke en van het gemeen recht afwijkende aard van de regeling die wordt ingevoerd in artikel 64octies, 2de lid, een stelsel dat dan ook op restrictieve wijze moet worden geïnterpreteerd.

Vanuit het oogpunt van de tekstuitlegging, reikt de interpretatie tenslotte – in zekere zin – verder dan de tekst zelf van de wet, omdat die blijkbaar alleen toepasselijk is op de algemene wettelijke opdracht van de commissaris, zoals omschreven in de artikelen 64, § 1 en 65 van de gecoördineerde wetten⁹⁰.

L. CORNÉLIS onderstreept voor het overige en terecht, dat de opdrachten die door de commissaris krachtens bijzondere bepalingen van de gecoördineerde wetten worden uitgevoerd, specifiek van aard zijn en verschillen van de wettelijke controle-opdracht.

Hij stelt dan ook voor dat voor de aansprakelijkheid in verband met bijzondere opdrachten de algemene beginselen van het gemeen recht zouden worden toegepast.

In een dergelijke oplossing zouden de bijzondere opdrachten niet alleen niet onder de toepassing van artikel 64octies vallen; artikel 194 zou evenmin toepasselijk zijn.

Hij oordeelt dat eenzelfde zorg om samenhang en eenzelfde tekstargument hier kunnen worden aangevoerd⁹¹.

2. De kwijting

41. Wat de kwijting betreft, betekent deze in principe het einde van de mogelijkheid voor de vennootschap om een vordering in te stellen tegen de commissarissen, volgens de voorwaarden van het gemeen recht. Wij kunnen in dit verband eraan herinneren dat een minderheidsvordering tegen de commissarissen niet bestaat⁹².

Wel moet de aandacht gevestigd worden op het feit dat ten aanzien van handelingen die niet in de statuten zijn bepaald (en dus een overtreding van de statuten zijn), de kwijting alleen zal geldig zijn indien die handelingen uitdrukkelijk in de oproeping zijn vermeld⁹³.

Deze bepaling is zowel op de bestuurders als op de commissarissen toepasselijk. Het komt de commissarissen toe eventueel te vragen dat een dergelijke onregelmatigheid wordt vermeld in de door de raad opgestelde oproeping.

⁹⁰ Artikel 64octies legt inderdaad aan de commissaris de verplichting op om te bewijzen dat hij alles heeft gedaan wat normaal «tot zijn taak» behoort, en niet tot «zijn taken». Bovendien is het artikel opgenomen in de bijzondere titel over de controle van de vennootschappen en het lijkt dan ook geen bepaling te zijn met algemene draagwijdte.

⁹¹ Die oplossing blijkt impliciet aanvaard te zijn door het Instituut der Bedrijfsrevisoren (Zie *Jaarverslag*, 1990, p. 166).

⁹² Zie A. VAN OEVELEN, op. cit., *Handels-Economisch en Financieel Recht*, nr. 48, p. 276 en verwijzingen aldaar.

⁹³ Hoe moeten we in dit verband aankijken tegen statuten die soms integraal de tekst overnemen van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen? Zal de overtreding van een aldus overgeschreven bepaling aanleiding geven tot de bijzondere vormvereisten, bepaald in artikel 79, derde lid? Aangezien er twijfel bestaat, raden professor RONSE en J. LEVENS (*La responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite. L'extension de la faillite au maître de l'affaire, Les sociétés commerciales*, Éd. Jeune Barreau, 1985, p. 222) aan om in de statuten een bijzondere clause op te nemen die bepaalt dat de overschrijving van de wet alleen maar indicatief is en geen bepaling van de statuten uitmaakt. Zie ook K. GEENS, «Principes généraux du régime transitoire de la loi du 18 juillet 1991», in *Le nouveau droit des sociétés*, CDVA, Luik, 1992, p. 16 en 17.

B. BIJZONDERE DOOR DE COMMISSARISSEN OP TE STELLEN VERSLAGEN

1. Algemene opmerkingen – Artikelen 64octies en 194 van de gecoördineerde wetten – verwijzing

42. Uiteraard valt een bepreking van al deze opdrachten buiten het bestek van onderhavige bijdrage.

Overigens hebben we elders al de mogelijke toepassing besproken van de artikelen 64-octies en 194 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen (zie hierboven, nr. 32 en 40) op dezelfde opdrachten.

Ik meen dus te kunnen volstaan met de behandeling van twee vraagstukken.

Het eerste heeft betrekking op de verplichting voor de commissaris om dergelijke opdrachten uit te voeren en het tweede op het orgaan dat bevoegd is om kwijting te verlenen.

2. Verplichting voor de commissaris om de bij wet toevertrouwde opdrachten uit te voeren

43. Een eerste vraag die moet worden gesteld, is of de commissaris zou kunnen weigeren, indien het niet om zijn algemene wettelijke opdracht gaat, de bijzondere opdrachten uit te voeren die bedoeld zijn in de gecoördineerde wetten.

Het wil ons voorkomen dat de vraag ontkennend moet worden beantwoord.

Het is wel zo dat de wet bepaalt dat, *indien* er geen commissaris is, die opdrachten zullen kunnen uitgevoerd worden door een revisor of eventueel een accountant, maar dit wil geenszins zeggen dat de commissaris in functie die bijzondere opdrachten zou kunnen weigeren.

Wanneer de wet hem een taak toevertrouwt, moet de commissaris die inderdaad uitoefenen⁹⁴: naar analogie met artikel 64sexies, in fine, van de wet, kan de commissaris zich evenwel laten bijstaan door een aangestelde of door andere personen waarvoor hij – of contractueel of overeenkomstig artikel 1384, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek -, aansprakelijk is.

3. Orgaan dat bevoegd is om kwijting te verlenen na het uitvoeren van een bijzondere opdracht

44. De gecoördineerde wetten bevatten geen bijzondere of algemene bepaling, die de algemene vergadering of de raad de bevoegdheid toekent om kwijting te verlenen aan de commissarissen voor de uitoefening van een bijzondere opdracht.

Eén zaak blijkt echter wel vast te staan: voor zover dergelijke opdrachten aanleiding geven tot het opstellen van bijzondere verslagen, kan de algemene kwijting bedoeld in artikel 79,

⁹⁴ Zie in dit verband H. OLIVIER, op. cit., *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1985, p. 41.

tweede lid, nooit een *décharge* bieden voor deze opdrachten. Er zal dus een bijzondere kwijting moeten gegeven worden aan de commissarissen.

45. Blijft dan nog de vraag of de algemene vergadering bevoegd is om dergelijke kwijting te verlenen.

Het is voldoende geweten dat, ondanks artikel 70 van de gecoördineerde wetten, de vergadering slechts over de bevoegdheid beschikt die de wet haar toekent⁹⁵. Bovendien worden de bijzondere verslagen bepaald in de gecoördineerde wetten ook altijd opgesteld door de commissaris op verzoek van de raad van bestuur.

De vraag kan dan ook worden gesteld of het niet aan de raad van bestuur behoort kwijting te geven voor zijn opdracht aan de commissaris of aan de deskundige die belast werd met het opstellen van dat verslag.

Het antwoord op die vraag moet naar ons aanvoelen genuanceerd zijn. Het hangt inderdaad af van de aard en van de functie van het opgestelde verslag.

Wanneer het verslag bestemd is om een besluit te verduidelijken dat door de algemene vergadering moet worden genomen, is het logischerwijs die vergadering die zich zal uitspreken over de *décharge*, ook al is er geen tekst die dat uitdrukkelijk bepaalt. Dit geldt onder meer voor het verslag dat moet opgesteld worden door de commissarissen ingeval van beperking of opheffing van het voorkeurrecht en waarin de commissaris moet verklaren dat de informatie, vervat in het verslag van de raad van bestuur dat die maatregel voorstelt, juist en voldoende is om de algemene vergadering voor te lichten (artikel 34*bis*, § 4). Dit geldt ook ingeval van uitgifte van aandelen beneden de fractiewaarde (artikel 33*bis*, § 6).

Wanneer daarentegen het verslag uitsluitend bestemd is voor de raad van bestuur, die zelf de beslissing moet nemen⁹⁶, zal het ook de raad zijn die *décharge* verleent (dit is onder meer het geval bij een kapitaalverhoging middels een inbreng in natura binnen het kader van het toegestane kapitaal (artikel 33*bis*, § 2))⁹⁷.

Er weze evenwel opgemerkt dat, in de mate dat de bijzondere opdracht in principe door de commissaris moet worden uitgeoefend, aangevoerd zou kunnen worden dat de commissaris in feite handelt voor rekening van de aandeelhouders verenigd in vergadering, die hem hebben benoemd, zodanig dat het recht om kwijting te verlenen dus impliciet aan die vergadering toekomt.

Blijkt dus dat het hier een heikele kwestie betreft.

46. Alleszins lijkt vast te staan dat de draagwijdte van de door de raad of de algemene vergadering verleende *décharge*, onmiddellijk na de voltooiing van de verrichting, uitermate beperkt zou zijn en uitsluitend betrekking zou hebben op de objectieve overeenstemming van het verslag met de toegepaste wettelijke voorschriften. Een eventuele tekortkoming in de opstelling van het verslag dreigt inderdaad pas geruime tijd na de door de vennootschap genomen beslissing aan het licht te zullen komen.

⁹⁵ Zie L. SIMONT, *La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales*, Brussel, Bruylant, 1975, noot (131), p. 35.

⁹⁶ Onder controle van de algemene vergadering.

⁹⁷ Wij herinneren eraan dat de reikwijdte van de toestemming die door de algemene vergadering aan de raad wordt verleend om het kapitaal te verhogen via inbrengen in natura, aan strikte beperkingen is onderworpen (artikel 33*bis*, § 2, *in fine*).

47. Na deze enkele beschouwingen, dringt zich een drievoudige vaststelling op.

Vooreerst, en zoveel is duidelijk, is de aansprakelijkheid van de revisor in principe onderworpen aan het gemeen recht. Wel zal de wettelijke aard van zijn opdracht verschillende afwijkingen tot gevolg hebben. Zo kan bijvoorbeeld de revisor, wat zijn wettelijke opdrachten betreft, zich niet bij overeenkomst onttrekken aan zijn aansprakelijkheid.

Vervolgens, en dat is de tweede vaststelling, blijkt uit artikel 17, derde lid van de wet van 17 juli 1975 dat de contractuele tekortkoming van de revisor vaak een strafrechtelijke tekortkoming zal uitmaken. Statistisch gezien zal er dus in de regel sprake zijn van een gecumuleerde aansprakelijkheid, daar waar dit normaliter de uitzondering is.

En tenslotte, een laatste vaststelling: vanwege zijn functie en vanwege zijn verplichte onafhankelijkheid, behoort de revisor tot die beroepsbeoefenaars wiens verplichting van voorzichtigheid tegenover derden het meest verreichend is. Deze bemerking, in samenhang met de vorige, verhoogt alleen maar zijn aansprakelijkheid jegens derden.

DE VERSLAGGEVINGSPLICHT VAN DE COMMISSARIS-REVISOR SANCTIES IN GEVAL VAN ONTBREKEN OF VAN ONVOLLEDIG VERSLAG

Hilde LAGA

Advocaat

Hoofddocent K.U. Leuven

- | | |
|--|----|
| I. De gevolgen van het ontbreken van het revisorenverslag: het nieuwe artikel 190bis, § 1, 5° Vennootschappenwet | 33 |
| II. De gevolgen van een onvolledig revisorenverslag: het nieuwe artikel 190bis, § 1, 3° Venn. w. | 38 |

Onderhavige tekst is een bondige bespreking van de gevolgen van het nieuwe artikel 190bis Venn. w. inzake nietigheid van besluiten van de algemene vergadering voor het revisoraat.

Bij belangrijke operaties gedurende het bestaan van een N.V., Commanditaire vennootschap op aandelen, B.V.B.A. of C.V.B.A. voorziet de wetgever in de tussenkomst van een revisor.

Deze dient meestal een controleverslag te maken dat ertoe strekt de informatie dewelke de bestuurders aan de aandeelhouders verstrekken op zijn waarheid te toetsen. Deze verslaggevingsplicht wil ertoe bijdragen dat aandeelhouders met kennis van zaken over een bepaalde verrichting kunnen beslissen.

Door de recente wetgeving wordt deze verslaggevingsplicht alsmaar uitgebreider. Een mooi voorbeeld daarvan is de nieuwe verslaggevingsplicht naar aanleiding van een besluit van de algemene vergadering tot ontbinding van een N.V. of B.V.B.A. (artikel 158bis Venn. w.) zoals ingevoerd door de Wet van 13 april 1995.

Het ziet er naar uit dat de wetgever met artikel 190bis Venn. w. nu ook het ontbreken van de vereiste revisorenverslagen evenals het onvolledig of onjuist karakter ervan, adequaat wenst te sanctioneren.

I. De gevolgen van het ontbreken van het revisorenverslag: het nieuwe artikel 190bis, § 1, 5° Vennootschappenwet

a. Algemeen

Door de wet van 29 juni 1993 inzake fusies en splitsing werd in de vennootschappenwet een wettelijke regeling ingevoerd inzake nietigheid van besluiten van de Algemene Vergadering.

In artikel 190bis Venn. w. worden voortaan de nietigheidsgronden limitatief opgesomd.

DE VERSLAGGEVINGSPLICHT VAN DE COMMISSARIS-REVISOR SANCTIES IN GEVAL VAN ONTBREKEN OF VAN ONVOLLEDIG VERSLAG

Hilde LAGA

Advocaat

Hoofddocent K.U. Leuven

- | | |
|--|----|
| I. De gevolgen van het ontbreken van het revisorenverslag: het nieuwe artikel 190bis, § 1, 5° Vennootschappenwet | 33 |
| II. De gevolgen van een onvolledig revisorenverslag: het nieuwe artikel 190bis, § 1, 3° Venn. w. | 38 |

Onderhavige tekst is een bondige bespreking van de gevolgen van het nieuwe artikel 190bis Venn. w. inzake nietigheid van besluiten van de algemene vergadering voor het revisoraat.

Bij belangrijke operaties gedurende het bestaan van een N.V., Commanditaire vennootschap op aandelen, B.V.B.A. of C.V.B.A. voorziet de wetgever in de tussenkomst van een revisor.

Deze dient meestal een controleverslag te maken dat ertoe strekt de informatie dewelke de bestuurders aan de aandeelhouders verstrekken op zijn waarheid te toetsen. Deze verslaggevingsplicht wil ertoe bijdragen dat aandeelhouders met kennis van zaken over een bepaalde verrichting kunnen beslissen.

Door de recente wetgeving wordt deze verslaggevingsplicht alsmaar uitgebreider. Een mooi voorbeeld daarvan is de nieuwe verslaggevingsplicht naar aanleiding van een besluit van de algemene vergadering tot ontbinding van een N.V. of B.V.B.A. (artikel 158bis Venn. w.) zoals ingevoerd door de Wet van 13 april 1995.

Het ziet er naar uit dat de wetgever met artikel 190bis Venn. w. nu ook het ontbreken van de vereiste revisorenverslagen evenals het onvolledig of onjuist karakter ervan, adequaat wenst te sanctioneren.

I. De gevolgen van het ontbreken van het revisorenverslag: het nieuwe artikel 190bis, § 1, 5° Vennootschappenwet

a. Algemeen

Door de wet van 29 juni 1993 inzake fusies en splitsing werd in de vennootschappenwet een wettelijke regeling ingevoerd inzake nietigheid van besluiten van de Algemene Vergadering.

In artikel 190bis Venn. w. worden voortaan de nietigheidsgronden limitatief opgesomd.

Van belang is dat thans ook de nietigheid kan uitgesproken worden zodra bepaalde door de vennootschappenwet voorgeschreven revisorenverslagen ontbreken.

De wetgever is dus beduidend strenger geworden: naast de strafbepalingen die voorzien zijn voor bestuurders en zaakvoerders in artikel 201, 3^obis en 3^oter Venn. w. wanneer zij de vereiste bestuurs- en revisorenverslagen achterwege laten, komt er nu ook een automatische nietigheidssanctie (zie over genoemde strafbepalingen: F. DE BAUW, «De strafbepalingen van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen», *T.R.V.*, 1996, p. 15 e.v.).

Deze strenge houding kadert zonder enige twijfel in de ruimere tendens die tot uiting komt in de recente wetgeving: de wetgever, daarin ondersteund door de doctrine, hecht alsmaar meer belang aan een correcte en volledige informatie van de aandeelhouders en van de bij de vennootschap betrokken derden (X. DIEUX, «La divulgation d'informations concernant la société anonyme. Principes et sanctions», *Rev. Droit U.L.B.*, 1992, p. 63 e.v.; R. PRIoux, «La transparence, principe général de droit en matière d'information des actionnaires et du marché», *J.T.*, 1994, p. 217 e.v.).

b. Toepassingsgebied

In ieder geval is artikel 190bis van toepassing op de besluiten van de algemene vergadering van de N.V., Comm. Venn. op aandelen, B.V.B.A. en C.V.B.A.

c. Nietigheidsgronden

De nietigheid van een besluit van de algemene vergadering kan enkel gevorderd worden indien de eiser het bestaan van één van de in artikel 190bis, § 1, opgesomde nietigheidsgronden kan aantonen.

De nietigheidsgronden zijn de volgende:

- in geval van schending van de regels betreffende de werkwijze van de algemene vergaderingen of in geval van beraadslaging en besluit over een aangelegenheid die niet op de agenda voorkomt, wanneer er bedrieglijk opzet is;
- wanneer stemrechten werden uitgeoefend die opgeschort zijn krachtens de wet van 2 maart 1989 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen en tot reglementering van openbare overname-aanbiedingen of krachtens de wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten indien, buiten de onwettig uitgeoefende stemrechten, het aanwezigheids- of meerderheidsquorum vereist voor genoemde beslissingen niet zou zijn bereikt;
- wegens enige andere onregelmatigheid naar de vorm waardoor het genomen besluit is aangetast, maar alleen in de gevallen dat de eiser aantoont dat de begane onregelmatigheid het genomen besluit heeft kunnen beïnvloeden;
- wegens enige andere overschrijding van bevoegdheid of wegens misbruik van bevoegdheid;
- wanneer de verslagen die de vennootschappenwet voorschrijft bij bepaalde beslissingen van de algemene vergadering ontbreken.

Het is vooral de derde en de laatste nietigheidgrond die thans onze aandacht dienen te weerhouden.

Uit de laatste nietigheidgrond blijkt dat de wetgever een bijzonder groot belang hecht aan de verslagen die de Raad van Bestuur en de commissaris-revisor, de revisor of accountant dient op te stellen bij bepaalde verrichtingen waarover de algemene vergadering moet besluiten.

Kenmerkend is namelijk dat het ontbreken op zichzelf van deze verslagen automatisch de nietigheid van het door de algemene vergadering genomen besluit met zich brengt.

Met andere woorden, anders dan hetgeen het geval is voor andere vormlijke onregelmatigheden waarmee een beslissing van de Algemene Vergadering zou behept zijn (artikel 190bis, 3° Venn. w.), moet de eiser die de nietigheid inroept niet kunnen aantonen dat het ontbreken van het verslag een invloed heeft gehad op het opgenomen besluit.

Het op zichzelf ontbreken van het verslag volstaat, zelfs wanneer zou vaststaan dat de beslissing met of zonder verslag dezelfde zou zijn gebleven.

Door de wet van 13 april 1995 werd het lijstje van verslagen waarvan het ontbreken de nietigheid met zich brengt, nog uitgebreid.

Hierna worden de verschillende verslagen opgesomd waarvan sprake in artikel 190bis, § 1, punt 5 van de vennootschappenwet en waarvan dus het ontbreken automatisch de nietigheid met zich meebrengt:

- het verslag van de revisor en van de Raad van Bestuur met betrekking tot de quasi-inbreng (artikel 29quater Venn. w. voor de N.V.; artikel 29quater juncto 107 Venn. w. voor de Commanditaire vennootschap op aandelen; artikel 129quater Venn. w. voor de B.V.B.A.; artikel 147quinquies voor C.V.B.A.);
- het verslag waarvan sprake zou zijn in artikel 33bis, § 3 Venn. w.: dit is een onjuiste verwijzing door de wetgever aangezien in de desbetreffende § 3 geen sprake is van een verslag van de Raad van Bestuur of van de revisor;
- het verslag van de commissaris-revisor of revisor en het bijzonder verslag van het bestuur in geval van kapitaalverhoging door de algemene vergadering via inbreng in natura (artikel 34 Venn. w. voor N.V.; artikel 34 juncto 170 Venn. w. voor de Commanditaire vennootschap op aandelen; artikel 122, § 3 Venn. w. voor de B.V.B.A.; artikel 147sexies Venn. w. voor de C.V.B.A.);
- het verslag van het bestuur en de commissaris-revisor, bedrijfsrevisor of accountant met betrekking tot de beperking of opheffing van het voorkeurrecht in geval van kapitaalverhoging waartoe beslist wordt door de algemene vergadering of door de raad van bestuur (artikel 34bis, § 3 en 4 Venn. w. voor de N.V.; artikel 34bis, § 3 en 4 juncto artikel 107 Venn. w. voor de Commanditaire vennootschap op aandelen).

Dat de wetgever ook doelt op de verslagen die moeten opgemaakt worden naar aanleiding van een beslissing van de Raad van Bestuur om het kapitaal te verhogen wekt verwondering. Klaarblijkelijk betreft het ook hier een vergissing aangezien artikel 190bis enkel een regeling bevat inzake nietigheid van besluiten van de Algemene Vergadering en niet van nietigheid van besluiten van de Raad van Bestuur.

- het verslag van het bestuur en van de commissaris over de staat van activa en passiva in geval van wijziging van doel van de vennootschap (artikel 70bis Venn. w. voor de N.V.;

artikel 70bis juncto artikel 107 Venn. w. voor de Commanditaire vennootschap op aandelen; artikel 136 juncto artikel 107bis Venn. w. voor de B.V.B.A.; artikel 158ter voor de C.V.B.A.).

Reeds vroeger werd door de Rechtbank van koophandel te Brussel beslist dat een besluit van de algemene vergadering tot wijziging van het doel van de N.V. nietig is wanneer het commissarisverslag over de staat van activa en passiva ontbreekt (Kh. Brussel, 11 september 1981, *R.P.S.*, 1981, p. 300).

- het verslag van het bestuur in geval van wijziging van de rechten verbonden aan verschillende soorten van effecten (artikel 71 Venn. w. voor de N.V.; artikel 71 juncto artikel 107 Venn. w. voor de Commanditaire vennootschap op aandelen; artikel 71 juncto artikel 136, lid 1 voor de B.V.B.A.);
- de toelichting in de oproeping van de algemene vergadering in geval deze moet beslissen over een kapitaalsvermindering. In deze toelichting moet het doel van de vermindering evenals de voor de verwezenlijking van de te volgen werkwijze vermeld worden. De wetgever sanctioneert hier dus niet het ontbreken van een verslag strictu sensu, maar wel van een toelichting die de Raad van Bestuur dient te geven in de oproeping tot de algemene vergadering (artikel 72, lid 2 voor de N.V.; artikel 72, lid 2 juncto artikel 107 voor de Commanditaire vennootschap op aandelen; artikel 122ter voor de B.V.B.A.; artikel 72 Venn. w. juncto artikel 147novies Venn. w. voor de C.V.B.A.);
- het verslag van de Raad van Bestuur bij uitgifte van converteerbare obligaties of warrants (artikel 101ter Venn. w. voor de N.V.; artikel 101ter juncto artikel 107 Venn. w. voor de Commanditaire vennootschap op aandelen);
- het verslag van de Raad van Bestuur in gevolge de alarmbelprocedure bij aanmerkelijke verliezen (artikel 103 Venn. w. voor de N.V., artikel 103 juncto artikel 107 Venn. w. voor de C.V.A.; artikel 140 Venn. w. voor de B.V.B.A. en artikel 158bis Venn. w. voor de C.V.B.A.);
- het verslag van het bestuur evenals het verslag van de commissaris-revisor, van de revisor, of van de accountant in geval van omzetting van een gewone commanditaire vennootschap, een naamloze vennootschap, een commanditaire vennootschap op aandelen, een B.V.B.A., een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid of een coöperatieve vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid, in een vennootschap met een andere rechtsvorm;
- het fusieverslag van het bestuursorgaan van de vennootschap evenals het verslag van de commissaris-revisor, bedrijfsrevisor of accountant bij fusie door overnemering of bij fusie door oprichting voor alle vennootschapsvormen waarop artikel 190bis Venn. w. van toepassing is (artikel 174/3 Venn. w. en artikel 174/3 juncto artikel 174/19 Venn. w.);
- het splitsingsverslag van het bestuursorgaan, evenals het verslag van de commissaris-revisor, bedrijfsrevisor of accountant bij splitsing door overnemering en bij splitsing door oprichting voor alle vennootschapsvormen waarop artikel 190bis Venn. w. van toepassing is (artikel 174/29 Venn. w. en artikel 174/29 juncto artikel 174/47 Venn. w.);
- het verslag van het bestuursorgaan evenals het verslag van de commissaris-revisor, revisor of accountant in een N.V., B.V.B.A., Commanditaire vennootschap op aandelen en coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid in geval de voornoemde

vennootschappen beslissen tot de vrijwillige ontbinding van de vennootschap (artikel 158bis Venn. w.).

Het valt op dat de automatische nietigheid niet voorzien is bij het ontbreken van het jaarverslag van de Raad van Bestuur of van de zaakvoerders en evenmin bij het ontbreken van het controleverslag van de commissaris in die vennootschap waar een commissaris diende benoemd te worden of benoemd werd.

De nietigheid is evenmin voorzien in geval van ontbreken van een revisoraal controleverslag bij een inbreng in natura.

Het ontbreken van deze verslagen valt onder de ruimere nietigheidgrond van artikel 190bis Venn. w. Dit heeft als gevolg dat de eiser zal moeten kunnen aantonen dat het ontbreken ervan een invloed heeft gehad op het genomen besluit.

d. Het begrip «ontbreken» van bijzondere verslagen

Bij nader inzien stellen zich dienaangaande delicatese vragen dan op een eerste gezicht zou gedacht worden !

Wat wanneer het verslag weliswaar opgemaakt was maar niet of niet tijdig ter beschikking gesteld werd van de aandeelhouders overeenkomstig de wettelijke voorschriften ?

Wat wanneer alle aandeelhouders unaniem hebben afgezien van het opmaken van de voorgeschreven verslagen ? Deze hypothese doet zich in de praktijk soms voor bijvoorbeeld in geval de algemene vergadering met unanimiteit besluit tot opheffing van het voorkeurrecht bij kapitaalverhoging.

Als de wetgever uitdrukkelijk voorziet dat zulke verzaking mogelijk is dan stelt zich uiteraard geen probleem. Dit is bijvoorbeeld het geval voor het deskundigenverslag bij een splitsing (artikel 174/32 en 174/49 Venn. w.): alle aandeelhouders van de vennootschappen die aan de splitsing deelnemen moeten eraan verzaakt hebben.

In het andere geval, met name wanneer de wetgever niet uitdrukkelijk voorziet in de mogelijkheid van verzaking, zal ons inziens voortaan altijd een verslag moeten opgesteld worden.

Een laatste delicate vraag is uiteraard of een summier en nietszeggend verslag gelijkstaat met het ontbreken van het verslag. De doctrine pleit alvast voor een restrictieve interpretatie van artikel 190bis, § 1, 5° Venn. w. Enkel het volledig ontbreken van de verslagen zou kunnen leiden tot de automatische nietigheid (B. TILLEMANS, a.w., nr. 29, p. 56; G. HORSMANS, a.w., a.p., 247).

e. Vorderingsgerechtigden

De vordering tot nietigverklaring wegens ontbreken van voornoemde verslagen kan ingesteld worden door iedere belanghebbende.

Daaronder worden de individuele aandeelhouders, de bestuurders en zaakvoerders evenals de commissaris begrepen maar ook derden. Dit laatste is zeker niet uitzonderlijk aangezien vele verslagen ook dienen opgesteld te worden ten behoeve van derden. Dit is in ieder geval zo wanneer de wetgever voorziet in de bekendmaking van het verslag door de neer-

legging ervan ter griffie (bijvoorbeeld artikel 34, § 4, lid 3 inzake de bekendmaking van het deskundigenverslag bij een besluit van de algemene vergadering tot opheffing of beperking van het voorkeurrecht).

Uiteraard dient de eiser een wettig belang te hebben in de zin van artikel 18 Ger.Wb., met name een reeds verkregen en dadelijk belang (Zie voor de vraag of de fiscus een belang-hebbende is: T. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, p. 400, voetnoot nr. 84).

Aldus besliste het Franse Hof van Cassatie dat de vordering van de «commissaire aux comptes» tot nietigverklaring van een besluit tot fusie niet ontvankelijk was omdat deze geen wettig belang had bij de nietigverklaring ervan.

De vordering was enkel ingegeven door het feit dat hij door de fusie zijn mandaat van commissaris verloren had (Cass. Fr., 17 januari 1989, *Bull. Joly Sociétés*, 1989, p. 248 met noot LE CANNU aangehaald en besproken door B. TILLEMANS, *De geldigheid van besluiten van de algemene vergadering*, Biblio, 1994, nr. 144, p. 117).

Van belang is evenwel dat de nietigheid niet kan gevorderd worden door hem die voor het bestreden besluit heeft gestemd, behoudens een gebrek in de toestemming.

De nietigheid kan evenmin gevorderd worden door degene die uitdrukkelijk of stilzwijgend heeft afgezien van de nietigheidsvordering. Delicaat is uiteraard de vraag wanneer precies iemand geacht wordt stilzwijgend afstand te hebben gedaan. Is dit het geval wanneer de aandeelhouder zonder enig voorbehoud het proces-verbaal van de algemene vergadering ondertekend heeft ?

In deze beide gevallen kan de nietigheid echter toch gevorderd worden indien de nietigheid het gevolg is van de overtreding van een regel van openbare orde.

Van belang is hierbij dat algemeen wordt aangenomen dat bepalingen die strafrechtelijk gesanctioneerd zijn altijd van openbare orde zijn. Dit betekent dat een besluit van de algemene vergadering waarbij een verslag ontbreekt dat is opgesomd in artikel 201, 3^obis en 3^oter Venn. w. toch kan nietig verklaard worden op vordering van een aandeelhouder die voor het bewuste besluit heeft gestemd.

f. Verjaringstermijn

De wetgever voorzag in een bijzonder korte verjaringstermijn.

Krachtens artikel 194bis, derde lid Venn. w. kan de vordering niet meer ingesteld worden na het verstrijken van een termijn van zes maanden te rekenen van de dag waarop de besluiten kunnen worden tegengeworpen aan degene die de nietigheid inroept of van de dag waarop hij er kennis van heeft gekregen.

II. De gevolgen van een onvolledig revisorenverslag: het nieuwe artikel 190bis, § 1, 3^o Venn. w.

Indien het revisoraal verslag onvolledig is of niet correct, dient de regel van artikel 190bis, § 1, 3^o Venn. w. toegepast te worden.

Krachtens deze bepaling zal een besluit van de algemene vergadering enkel kunnen nietig verklaard worden wegens een vormelijke onregelmatigheid wanneer «*de eiser aantoon*t dat de begane onregelmatigheid het genomen besluit heeft kunnen beïnvloeden».

Genoemde bepaling is van toepassing op alle door de vennootschappenwet voorgeschreven revisorenverslagen, dus ook op deze die opgesomd worden in het hierboven besproken artikel 190bis, § 1, 3° Venn. w.

Met andere woorden telkens wanneer een revisoraal verslag, bijvoorbeeld het jaarlijks controleverslag, onvolledig is of een onjuiste voorstelling van zaken bevat, zal het desbetreffende besluit van de algemene vergadering kunnen nietig verklaard worden wegens schending van de regel van de correcte informatieverplichting, indien de eiser kan aantonen dat de aandeelhouders hierdoor niet in staat waren om met kennis van zaken te beslissen (VAN RYN, *Principes*, I, nr. 767, p. 467).

De vraag is of de nietigverklaring moet worden geweigerd indien vaststaat dat de algemene vergadering ook bij strikte naleving van de informatieverplichtingen op dezelfde manier zou hebben beslist.

Deze vraag is bijzonder delicaat. Wat immers wanneer een minderheidsaandeelhouder die, gelet op zijn stemkracht op geen enkele manier de genomen beslissing kon beïnvloeden, een nietigheidsvordering instelt ?

In zijn arrest van 4 april 1975 heeft het Hof van Cassatie in ieder geval de theorie van het rekensommetje verworpen (Cass., 4 april 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 759; *R.C.J.B.*, 1977, p. 551 met noot HEENEN; zie uitvoerig B. TILLEMANS, o.c., p. 44).

Het betrof het geval waarbij een minderheidsaandeelhouder niet tot de algemene vergadering werd uitgenodigd waarbij de ontbinding van de vennootschap op de agenda stond. Het enkele feit dat de eiser niet over voldoende stemkracht beschikte om het besluit te blokkeren volstond niet om diens vordering af te wijzen, aldus het Hof. Een algemene vergadering is méér dan een loutere optelsom van stemmen. Men moet ook rekening houden met het feit dat een besluit tot stand komt na beraadslaging. Derhalve telt ook de overtuigingskracht van de verschillende vennoten mee en dit ongeacht hun stemkracht.

Indien men op die redenering verder bouwt zou men kunnen stellen dat een aandeelhouder maar met kennis van zaken kan deelnemen aan de beraadslaging en de andere aandeelhouders maar met kennis van zaken kan overtuigen wanneer hij op een correcte wijze werd geïnformeerd.

In die omstandigheden zal de rechter veel vlugger geneigd zijn om op vordering van gelijk welke aandeelhouder de nietigheid uit te spreken van het vergaderingsbesluit in geval van onvolledige verslaggeving.

In de doctrine wordt evenwel voor een zekere terughoudendheid gepleit (G. HORSMANS, *Les nullités et les sanctions*, in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, U.C.L., p. 247).

Voor het overige is de nietigheidsvordering aan dezelfde voorwaarden als hierboven uiteengezet in verband met artikel 190bis, § 1, 5° Venn. w.

DISCONTINUÏTEIT EN FAILLISSEMENTEN EN DE COMMISSARIS-REVISOR

Christian VAN BUGGENHOUT
Advocaat

1. Het Instituut der Bedrijfsrevisoren werd opgericht door de wet van 22 juli 1953 om specialisten te vormen en te organiseren die geacht worden voldoende bekwaamheid en onafhankelijkheid aan de dag te leggen om onder meer de delicate wettelijke opdrachten aan de bedrijfsrevisoren toevertrouwd, te kunnen uitvoeren. Het Instituut waakt daarenboven over de goede uitvoering van deze opdrachten.

Het beginsel van de onafhankelijkheid dat in de wet van 22 juli 1953 is ingebet (artikelen 7bis en 8 § 1) onderstreept – door de waarborgen die erin vervat zijn – dat de wetgever meer en meer de opvatting aankleeft dat de wettelijke opdrachten uit te voeren zijn niet alleen in het belang van de vennootschap die de bedrijfsrevisor heeft aangesteld maar ook en vooral van het maatschappelijk verkeer, d.i. van de derden.

Het wordt niet (meer) betwist dat de bedrijfsrevisor die bv. zijn verslag opstelt een juridische handeling stelt, nu dit verslag niet een loutere mechanische weergave is maar een document waarin hij zijn mening ten aanzien van de jaarrekening zal tot uitdrukking brengen in het licht van de boekhoudwetgeving, van de statutaire bepalingen, het vennootschapsrecht en desgevallend van andere wetgevingen in de mate de miskenning ervan een weerslag zou hebben op het resultaat of de financiële toestand van de onderneming. Daarbij zal hij het, naar omstandigheden, soms bijzonder moeilijk hebben om geen kritisch oordeel uit te spreken over de beleidsbeslissingen.

Bij de uitvoering van zijn wettelijke opdrachten zal de bedrijfsrevisor dus niet zozeer handelen als lasthebber van de vennootschap – conflicten met de leiding ervan zullen immers door zijn onafhankelijke opstelling niet meer te vermijden zijn – maar als vertegenwoordiger en hoeder van het algemeen belang.

2. Dat zijn controleopdracht en de ermee gepaard gaande verklaring dat de jaarrekening van een onderneming een getrouw beeld weergeeft van haar financiële toestand, het algemeen belang dienen, blijkt trouwens alleen al uit de bekendmaking van het revisoraal verslag waarvoor de vennootschappen zullen instaan en dat in de eerste plaats (het is meestal zeer beknopt) bestemd is voor de derden.

Aan de raad van bestuur, die verantwoordelijk is voor de interne controle en de administratieve organisatie, zal de (gelijklopende) informatie die de revisor wenst te verstrekken ten titel van werkdocument desgevallend onder de vorm van een adviesbrief worden opgenomen.

Deze gang van zaken ligt volledig in de lijn van de professionalisering van de bestuurdersfunctie zelf en van de verscherpte aansprakelijkheid die ermee gepaard is gegaan onder meer tegenover de gemeenschap¹. Dat de maatschappelijk even essentiële want comple-

¹ DETIENNE, J., *Droit pénal des affaires*, 1989, nr. 10: «Les tâches des dirigeants professionnels et, partant, leurs responsabilités, iront en croissant, à mesure que les problèmes qu'ils devront résoudre seront d'ordre social et politique autant qu'économique et technique.»

mentaire rol van de bedrijfsrevisor door deze evolutie in de opvattingen over het bestuur van vennootschappen, niet onberoerd zou blijven, hoeft geen betoog.

3. Tot in een recent verleden werd daarom steevast onderstreept dat de bestuurders hun functie slechts horen uit te oefenen in het belang van de vennootschap en dat door hen zeker geen rekenschap is te geven van hun beleid tegenover derden².

De rol van de derde in het ondernemings- en vennootschapsgebeuren verdient een bijzondere toelichting want het vennootschapscontract beoogt slechts de verrijking van het vennootschapsvermogen zelf en dus van de aandeelhouders en de strikt interne verhoudingen tussen diegene die werden belast met het besturen van het vennootschapsvermogen en de lastgevers-aandeelhouders sluiten normaliter uit dat derden rechten tegen hen zouden kunnen doen gelden (overeenkomsten sorteren enkel gevolgen tussen partijen – artikel 1165 B.W.).

Sinds meer dan een halve eeuw heeft de maatschappij-evolutie de wetgever ertoe aangezet tussen te komen in wat vroeger tot het strikte domein der private betrekkingen behoorde.

De sociale rechtvaardigheid vereiste een hele resem wetten die niet tot doel hadden de wil van de contractpartijen te verduidelijken, te interpreteren of aan te vullen maar wel door de gemeenschap vooropgestelde sociale eisen te verwezenlijken en deze door aangepaste reglementen af te dwingen.

Zodoende heeft de wetgever in meer en meer materies de plaats ingenomen van de contracterende partijen, daar waar de Code Napoleon er zich toe beperkt de door de partijen in de praktijk onvoldoende omschreven contractverhoudingen aan te vullen door een voorstel van reglement van overeenkomst.

Tengevolge deze beschermende tussenkomst van de wetgever is alvast te stellen dat de gemeenschap in vele overeenkomsten belanghebbende partij is geworden.

In het ondernemingsrecht in de brede zin is vast te stellen dat het gemeenschapsbelang het winstbejag in de enge betekenis heeft verdrongen.

De economische activiteit steunt vandaag voorzeker op kapitalistische methodes, maar de enige functie ervan is niet (meer) het systematisch winstbejag zoals ten tijde dat de economische activiteit deze van de kooplieden was³. Indien voorzeker het overschot van inkomsten op de uitgaven de motor blijft zonder dewelke de onderneming ten onder gaat, werd reeds in de vijftiger jaren onderstreept dat «la recherche du profit n'est assurément plus la raison d'être des entreprises»⁴ en het accent werd gelegd op «la nécessité pour toute entreprise économique d'être organisée de manière à s'assurer un rendement favorable»⁵.

Om deze reden heeft ook de wetgever steeds de noodzaak van het behoud van de «vrije onderneming» benadrukt en werd vooral gestreefd naar het ombuigen van al te overdreven baatzuchtigheid naar een ondernemerschap met meer gemeenschapszin.

² VAN OMMESLAGHE, P., *Développements récents de la responsabilité civile professionnelle en matière économique*, in *L'évolution récente du droit commercial économique*, Éd. Jeune Barreau, 1978, p. 22; COLLE, PH., *La responsabilité quasi-délictuelle des administrateurs de société*, RGAR, 1986, p. 11076.

³ Zie bv. nog het arrest van 25 februari 1935 van het Hof van Cassatie, *Pas.*, I, p. 170: «L'esprit de lucre ou de spéculation est de l'essence des actes de commerce et par conséquent de toute exploitation commerciale».

⁴ VAN RYN, J., «Autonomie nécessaire et permanence du droit commercial», *R.T.D.*, Com. 1983, p. 565.

⁵ Arb. Rtb. Brussel, 15 mei 1972, *B.R.H.*, 1972, p. 417.

Zo schrijft de Britse wetgever voor (artikel 46 van de wet van 1980 op de naamloze vennootschap) dat de vennootschapsdirecteuren zich niet enkel horen te bekommeren over belangen van de vennootschap maar ook over deze van de werknemers en van de aandeelhouders. Deze internationale evolutie van het ondernemingsrecht in de brede zin heeft ook onze rechtbanken ertoe aangezet de opdracht van algemeen belang te onderstrepen die door de ondernemers, de vennootschapsbestuurders en de bankiers wordt waargenomen⁶.

De rechtsleer heeft er zich op toegelegd de onderneming in het licht van deze fundamentele tendenzen te definiëren: «L'entreprise se doit à la fois de produire des biens et des services au bénéfice d'une communauté plus large dans laquelle elle s'insère, rémunérer ses actionnaires et promouvoir des hommes qui y oeuvrent ensemble, vers la réalisation d'un objectif commun. Dès lors, l'entreprise a des obligations envers la communauté, ses actionnaires et son personnel.»⁷

In die zin zal de jurist terecht het concept onderneming hanteren (niet om te wijzen op een nieuwsoortig afzonderlijk rechtspersoon – wat de onderneming niet is), maar om het af te zetten tegen een al te eng opgevat vennootschapsbelang en het accent te leggen op de belangen van al diegenen die bijdragen tot het welzijn van het vennootschapsgebeuren.

4. Alhoewel de teksten van de boekhoudwetgeving alsdusdanig niet naar dit concept onderneming verwijzen (maar eerder naar de ondernemingen als afzonderlijke entiteiten – (rechtspersonen) om het onderscheid te maken met haar eigenaars), is toch uit het verslag aan de Koning bij het K.B. van 8 oktober 1976⁸ af te leiden dat de waarderingsregels en boekhoudverrichtingen op de fundamentele regel steunen dat een onderneming meer is dan een afgezonderd patrimonium dat winsten en verliezen zal maken: het is een **duurzame** organisatie van mensen, middelen en kapitalen die tot doel heeft een economische activiteit te ontwikkelen ...

Daarmee is meteen een van de grondregels van het boekhouden in herinnering gebracht, die zo vanzelfsprekend is dat hij onbewust wordt toegepast: bij de normale werking van de onderneming worden de activa niet gewaardeerd met het oog op hun verkoop maar wel met de bedoeling ze in de toekomst voor de onderneming te gebruiken. In het verslag aan de Koning bij het K.B. van 8 oktober 1976 wordt deze regel als volgt omschreven: «De bestanddelen van het patrimonium worden beschouwd naar hun concrete finaliteit voor de onderneming, naar de continuïteit van hun besteding en, derhalve, meer in termen van economisch nut dan in termen van te realiseren waarden ...».

5. De waarderingsregels opgenomen in de boekhoudwet hebben dus maar zin indien de onderneming in haar continuïteit kan worden gezien, dat wil zeggen voor een periode van minstens 1 jaar (tot aan de volgende doorlichting waarvan de resultaten zullen bekend gemaakt worden) na het verzamelen en samenstellen van de informatie, waarin niet is rekening te houden met het staken van de activiteiten.

Men heeft soms geschreven dat het basisbeginsel van de continuïteit niet uitdrukkelijk zou zijn voorzien. Nochtans loopt dit vermoeden als een rode draad door de boekhoudwetgeving.

⁶ Zie bv. Kph. Charleroi, 18 december 1990, J.T., 1981, p. 119.

⁷ WILLAERT, C., "La responsabilité interne de l'entreprise", DAOR, 1990, p. 21.

⁸ B.S. 19 oktober 1976, p. 13.460.

Zo bepaalt artikel 24 van het K.B. van 8 oktober 1976 dat de oprichtingskosten op het actief van de balans worden geboekt voor zover ze niet ten laste worden genomen van het boekjaar waarin ze werden besteed. De immateriële vaste activa worden op het actief geboekt voor zover die waardering niet hoger is dan een voorzichtige raming van de gebruikswaarde of van het toekomstig rendement van de onderneming (artikel 25). Deze werkwijze heeft maar enige betekenis zolang de onderneming blijft voortbestaan. In één adem kan tevens verwezen worden naar de artikelen 28, § 2 en 3, 29, § 2, 31, 32, 34 en 35.

6. Bewust van hun maatschappelijke rol en om geloofwaardig te blijven in de uitoefening van hun beroep, zal door de bedrijfsrevisor en de accountant in groeiende mate aandacht te besteden zijn aan de vraag naar de continuïteit van de onderneming onder meer door de financiële toestand door te lichten in haar toekomstperspectieven. Hoe langer hoe minder nemen de contractpartijen van een onderneming in moeilijkheden vrede met goedkeurende verklaringen die na enkele maanden, in sommige gevallen weken, gevolgd is door een faillissement. Onvermijdelijk zal hen dit uit hun klassieke rol doen treden (met name erover waken dat de inlichtingen verstrekt door de bedrijfsleiding de meest geëigende zijn en alle gegevens bevatten die wettelijk zijn vereist) omdat er onvermijdelijk kritische vragen zullen te stellen zijn over beleidsbeslissingen en botsingen met het bestuur van de onderneming niet zullen kunnen uit de weg gegaan worden: bij de kritische doorlichting van de 3 hoekstenen van de continuïteit, liquiditeit, solvabiliteit, rendement (en cash flow) zal er gepolst worden naar de concurrentiepositie van de onderneming, naar de marktgerichtheid van de producten, naar de bekwaamheid van het bestuur, naar de opvolgingsproblematiek van het familiale management, naar de dividendpolitiek van de aandeelhouders naar de onmiddellijke volstorting van het kapitaal⁹, naar hun bereidheid zich als verantwoorde industriëlen te gedragen¹⁰, naar de onderzoeks- en innovatie-inspanningen enz... Het stellen van deze vragen vereist een nog meer professioneel optreden, een diepgaande kennis van de onderneming en haar menselijk kapitaal en een onontbeerlijke hechte samenwerking met andere externe raadgevers van de onderneming.

Nog moeilijker en vol gevaren is de (zeer lovenswaardige) opdracht zijn eigen paniecreactie te onderdrukken en niet onnodig de verantwoorde reddingspogingen van het management te dwarsbomen door een indekkingsverslag op te stellen dat het natuurlijke krediet van de onderneming zal ondermijnen.

7. Precies door zijn vaak kryptische stijl zal elke buitengewone nuance in het verslag immers met argusogen worden gelezen en al snel als onheilsbode worden geïnterpreteerd: de zeer verklaarbare neiging van de leveranciers en kredietverstrekkers om het zekere voor het onzekere te nemen zal dan al gauw maken dat aan het verslag een (radicaal) gevolg wordt gegeven dat de auteur in zijn genuanceerd denkpatroon wellicht niet had gewild.

Ook al is de maatschappelijke plicht tot continuïteit in de eerste plaats door de ondernemer zelf te vervullen, zullen de revisor en de accountant door de essentiële rol – en niet in het minst die van bevoorrechte want ingewijde raadgever – die zij in de onderneming spelen, er

⁹ Kph. Brussel, 8 juni 1989, onuitgegeven. A.R., nr. 4524 en 4525/87: «Niet zonder enig cynisme stellen de bestuurders dat het nog te storten kapitaal zou opgevraagd worden, «zodra de onmiddellijke behoefte bestaat».

¹⁰ DETIENNE, J., gecit., «... l'honorabilité des responsables et mandataires sociaux assure la crédibilité aux entreprises qu'ils dirigent et à l'action qu'ils mènent.»

meer en meer toe gedwongen worden hun verantwoordelijkheid mee op te nemen in het streven naar continuïteit en het afwenden van discontinuïteit. Daarbij is er permanent over te waken dat dit streven niet zou leiden tot een niet-nakoming van wat de wet omschrijft als een getrouw beeld en wat reeds langer in de rechtspraak geldt als «l'obligation de sincérité, de bonne foi et de prudence ...»¹¹ Oprechtheid sluit immers elke mogelijkheid tot het verhullen van bepaalde activa of passiva uit. Goede trouw veronderstelt in de eerste plaats dat de economische werkelijkheid en de juiste voorlichting van de derde zouden zijn gewaarborgd.

De blijvende weergave van het getrouw beeld in de grijze zone van een onderneming in moeilijkheden is des te deliquer nu noch de boekhoudwetgeving, noch de vennootschapswetgeving voldoende richtlijnen geven op grond van welke precieze criteria van discontinuïteit de wijziging in de boekhoudkundige verwerking der economische gegevens is door te voeren om dit getrouw beeld te bewaren.

8. We hebben gezien dat de waarderingsregels (die steunen op het beginsel van de aanschaffingswaarde – artikel 20, K.B. 8 oktober 1976) veronderstellen dat het bedrijf wordt voortgezet (artikel 15, § 3 van het K.B. van 8 oktober 1976) omdat sommige activeringen slechts in deze veronderstelling aanvaardbaar zijn.

De verstreckende gevolgen van de toepassing van de bepaling van artikel 40 van het K.B. van 8 oktober 1976 voor het (overblijvende) netto-actief van de onderneming in moeilijkheden, zal de professioneel kopbrekers bezorgen: zij legt immers de verplichting op om niet alleen de oprichtingskosten volledig af te schrijven en de vaste en vlottende activa tot hun geschatte verkoopwaarde terug te brengen, maar ook om voorzieningen aan te leggen voor de kosten die met de stopzetting van het bedrijf zullen gepaard gaan, met inbegrip van het sociaal passief dat zal ontstaan en eventuele opruimings (milieu) kosten.

Nochtans zullen we hierna zien dat de regel van artikel 40 niet in alle hypothesen van herstructurering of quasi-vereffening een neerwaartse spiraal zal meebrengen voor de waarde van het netto-actief.

Feit is wel dat de regel onverbiddelijk is toe te passen:

- 1) wanneer de bedrijfsleiding de beslissing heeft genomen om te herstructureren door een bedrijfsafdeling te sluiten of om de ondernemingsactiviteiten (tijdig) volledig stop te zetten in de hoop te kunnen vereffenen zonder tekort;
- 2) wanneer een juridische en/of economische context zich voordoet die maakt dat de toepassing van de ongewijzigde wettelijke boekhoudregels (en vooral de waarderingsregels) op de onderneming geen getrouw beeld meer geeft van de toestand omdat de bedrijfsleiding niet de beslissing heeft genomen die ze wettelijk had moeten nemen, d.i. de onderneming naar de vereffening en – indien dit niet meer mogelijk is – naar het faillissement te leiden.

9. Meteen is de gevoelige snaar van de opdracht van de commissaris-revisor van de vennootschap aangeraakt: indien hij zich zeker niet in de plaats kan noch mag stellen van het management in de wijze waarop het streven naar continuïteit wordt verwezenlijkt (en alhoewel er kansen op herstructurering via minnelijk of gerechtelijk akkoord of via uitstel van betaling zouden worden verkeken), kan hij zich in de ernstige omstandigheden waarin elk

¹¹ Cass. 22 april 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 164.

bedrijf dat dreigt af te glijden naar discontinuïteit zich bevindt, ook niet beperken tot de controle-opdracht der rekeningen. Hij zal in deze delicate context de financiële toestand permanent schaduwen teneinde te kunnen ingrijpen door zonodig de algemene vergadering bijeen te roepen (artikel 73 Venn. w.) mocht de bedrijfsleiding zijn waarschuwingen en/of wijze raad in de wind slaan¹².

Het zou weinig realistisch zijn ervan uit te gaan dat de professioneel zou kunnen wachten tot zijn verslag om er zijn ongenoegen over de gang van zaken in te laten blijken.

In de grijze zone van de onderneming in moeilijkheden zullen de controle-opdracht van de rekeningen en de meer algemene opdracht de financiële toestand van de onderneming op te volgen, in elkaar vloeien.

Indien het juist is dat de commissaris-revisor de overtredingen van de statuten en/of vennootschapswet niet hoeft op te sporen, is het anderzijds onweerelegbaar zo dat een schending van de boekhoudwetgeving automatisch een schending betekent van de vennootschapswet (artikel 77 Venn. w.): indien hij derhalve in eer en geweten meent dat de waarderingsregels te wijzigen zijn om het getrouw beeld van de rekeningen te behouden, zal de algemene vergadering van zijn bevinding op de hoogte te brengen zijn gezien de weerslag die de gewijzigde regels op de rekeningen zouden kunnen hebben, met de eventuele toepassing van de artikelen 103 en 104 Venn. w. tot gevolg. Vanzelfsprekend zal hij steeds zijn bevindingen vooraf en liefst schriftelijk (uit het oogpunt van het bewijsrecht) met het management doorspreken en zich slechts tot de algemene vergadering wenden indien aan zijn opmerkingen geen gevolg werd gegeven. Valt de samenstelling van het aandeelhouderschap samen met deze van de raad van bestuur, dan zal een bijeenroeping geen zin hebben en zal de rol van de commissaris-revisor hiermee uitgespeeld zijn. Het hoeft ook geen betoog dat hij door aldus te handelen het risico om door de vennootschap of door derden te worden aangesproken, nagenoeg uitsluit¹³.

Niet alleen tegenover de raad van bestuur en de algemene vergadering zal het standpunt van de commissaris-revisor over de gewijzigde economische en financiële omstandigheden zijn mee te delen: ook de ondernemingsraad heeft recht op bevoorrechte informatie, zowel periodiek, als occasioneel wanneer interne standpunten en/of beslissingen een belangrijke weerslag kunnen hebben op het voortbestaan van de onderneming¹⁴.

De professionelen die aldus hun verantwoordelijkheid opnemen kunnen in elk geval op de ruggeleuning van de rechtbanken rekenen, minstens worden de bestuurders, die tegen hun adviezen in, het getrouw beeld manipuleren, zwaar aangepakt¹⁵.

10. Wanneer de bedrijfsleiding beslist heeft een bedrijfsafdeling dan wel de volledige activiteit nog tijdig, in «going concern», van de hand te doen, zal de verkoop onvermijdelijk de ontbinding van de vennootschap en de vereffening tot gevolg hebben, nu het maatschappelijk doel is weggevallen.

¹² Mons, 16 mei 1979, *R.P.S.*, 1979, p. 191: «Attendu que le commissaire avait le devoir d'alerter l'assemblée générale lorsqu'à toute évidence, il apparut que tout espoir de survie était perdu».

¹³ Zie artikel 64octies, § 2 Venn. w.

¹⁴ Zie de artikelen 15, 24 en 25 van het K.B. van 27 november 1973.

¹⁵ Kph. Brussel, 8 juni 1989, *A.R.*, nr. 4524 en 4525/87: «de gezamenlijke bestuurders sloegen de pertinente waarschuwingen van de commissaris zonder meer in de wind en namen eenparig hun toevlucht tot illegale boekhoudkundige kunstgrepen ... om te ontsnappen aan de economische realiteit».

Technisch gezien wordt de onderneming niet gesloten noch de activiteit stopgezet vermits de overdacht net het omgekeerde beoogt: men zou derhalve kunnen opperen dat de bepaling van artikel 40 niet is toe te passen, zeker nu er ook in het sociaal recht van geen «sluiting» sprake is, maar in deze omstandigheden de continuïteit in de bestaande arbeidsovereenkomsten wettelijk is voorgeschreven.

Ondanks het feit dat de definitie onderneming in het verslag aan de Koning bij het K.B. van 8 oktober 1976, zoals gezegd, door de zeer extensieve interpretatie van het vennootschapsbelang, verwachtingen kan scheppen om de stelling te ondersteunen dat een dergelijke overdracht in «going concern» de continuïteit verzekert van de onderneming over de grenzen van de vennootschapsentiteit heen, is vast te stellen dat de teksten zelf van de boekhoudwetgeving niets heel laten van deze ruime definitie en enkel verwijzen naar de handelaar, fysisch persoon en naar de diverse soorten entiteiten – rechtspersonen, zonder meer¹⁶.

Men zou dus niet, aan de hand van dit verslag aan de Koning alleen, kunnen beweren dat de boekhoudwet inzake overdracht van ondernemingen in «going concern» zou hebben geopteerd voor een continuïteitsbenadering zoals bv. het geval is bij fusie of splitsing van vennootschappen, tengevolge van dewelke in de jaarrekening van de verkrijgende vennootschap de activa en de passiva van de ontbonden vennootschap worden overgenomen tegen de boekwaarde die ze hadden in de jaarrekening van de ontbonden vennootschap; dit achterophinken van de boekhoudwet op de maatschappelijke en economische werkelijkheden van vandaag, valt nog meer op in het licht van de mogelijkheid die vanaf 1 juli e.k. zal worden geboden om in toepassing van artikel 174/64 (nieuw) Venn. w. een bedrijfstak of een algehele onderneming over te dragen als universaliteit, hiermee een einde stellende aan het juridisch risicovolle karakter van dergelijke operatie, wat de bestaande overeenkomsten betreft. Zelfs deze door de wet bevolen continuïteit zal (voorlopig) niet als dusdanig (d.i. aan boekwaarden van de verkochte activa) kunnen worden opgenomen.

Met betrekking tot het nieuwe artikel 178bis Venn. w. waarbij verplicht is gesteld een staat van activa en passiva te voegen bij het verslag van de raad van bestuur over de vervroegde ontbinding van de vennootschap, is geschreven geworden¹⁷ dat het begrip «onderneming» in dit artikel te lezen zou zijn als een zelfstandige entiteit; meteen zou de ontbinding van de vennootschap en de wettelijke discontinuïteit die er het gevolg van is geen beletsel meer zijn om de rekeningen verder op continuïteitsbasis op te stellen en niet conform artikel 40 van het K.B. van 8 oktober 1976 omdat bv. door overdracht van actief en passief de onderneming zou voortgezet worden niettegenstaande het verdwijnen van haar vorige eigenaar, de vennootschap.

Deze regel zou afgeleid worden uit de tweede paragraaf van artikel 178bis Venn. w., die nochtans dezelfde bewoordingen gebruikt als deze van artikel 40 van het K.B. van 8 oktober

¹⁶ VAN OMMESLAGHE, P., En guise d'introduction: entreprise, entreprise en difficulté, concepts juridiques, *Rev. Dr. ULB*, 1991, nr. 5, p. 8: «Dans la loi sur la comptabilité des entreprises, le concept d'entreprise n'a qu'une utilité limitée: elle constitue un vocable commode permettant de désigner d'un seul mot divers opérateurs économiques dotés en principe de la personnalité juridique.»

¹⁷ DE BIE E. en DE LEENHEER J., *Vereffening van vennootschappen na de wet van 13 april 1995*, Samson 1995, p. 30 e.v.

ber 1976: «indien niet langer ervan kan worden uitgegaan dat de onderneming haar bedrijf zal voortzetten.»

Alhoewel het ontbindingsbesluit een vereffeningsboedel doet ontstaan waarvan de enige finaliteit de realisatie van de activa is, behoort een voortzetting van het bedrijf inderdaad tot de (wettelijke) mogelijkheden om de realisatie zo groot mogelijk te maken. Zolang er derhalve geen sluiting is van de onderneming of stopzetting van bedrijvigheid is het, ook onder het regime van artikel 40, aan de vereffenaar toegestaan de waarderingsregels op «going concern» basis te hanteren.

Noodzakelijkerwijze houdt deze boekhoudkundige continuïteit echter op wanneer de bedrijfsactiviteiten zijn verkocht, zelfs op «going concern» basis, nu, zoals gezegd, noch de boekhoudwet, noch de Vennootschapswet de onderneming definiëren als een afzonderlijke entiteit, zelfstandig van deze van de vennootschap-rechtspersoon, het verslag van de Koning bij het K.B. van 8 oktober 1976 ten spijt.

11. Op zich zal de toepassing van de gewijzigde waarderingsregels van artikel 40 in omstandigheden niet noodzakelijk een negatieve weerslag hebben op het netto-actief van de onderneming in moeilijkheden, wel integendeel.

De activaverkoop zal voor de meeste componenten van de overdracht minstens gebeuren aan boekwaarde en soms wordt vastgesteld dat voor de machines en uitrusting de marktwaarde de boekwaarde overtreft, om niet te spreken van de goodwill die een zuivere meerwaarde zal betekenen.

Daarenboven zal de commissaris-revisor attent zijn voor de toepassing van de CAO 32*bis*, als gewijzigd door de CAO 32*quater* van 19 december 1989 (algemeen bindend verklaard bij K.B. van 6 maart 1990) op de overdracht van de onderneming waardoor er normaliter geen provisie zal zijn aan te leggen voor sociaal passief, tenzij voor de enkele werknemers die niet zouden worden overgenomen (uit de tekst van artikel 7 van CAO nr. 32*bis* volgt dat slechts de rechten en verplichtingen overgaan die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten die niet werden beëindigd voor de overgang van de onderneming). De overdracht van de onderneming en de wijziging van de werkgever vormt op zich immers voor de overlater of de overnemer geen reden tot ontslag.

Opdat er van overdracht in de zin van de CAO nr. 32*bis* zou sprake zijn, is enkel vereist dat de activiteit van de onderneming zou worden verdergezet als een economische individualiseerbare entiteit¹⁸.

12. Om te vermijden fouten te begaan die tot zijn individuele aansprakelijkheid kunnen leiden, zullen door de commissaris-revisor die geconfronteerd worden met de mogelijke toepassing van artikel 40 van het K.B. van 8 oktober 1976, twee klappen te omzeilen zijn:

- hij zal de overgang naar discontinuïteit tijdig waarnemen, hetgeen een belangrijke opvolgingsinspanning vraagt, nu de zgn. knipperlichten niet steeds eenduidig zijn en er versnelde discontinuïteit kan intreden wanneer het krediet – waarvan een niet onbelangrijk deel op subjectieve waarnemingen en interpretatie steunt – door een «sauve qui peut» reactie, instort;

¹⁸ Hof van Justitie, 19 mei 1992, *JTT*, 1993, p. 369.

- hij zal de eventuele schending van de boekhoudregels – en dus van de vennootschapswetgeving – tijdig melden aan de bestuursorganen en, desgevallend, aan de algemene vergadering.

Indien de tweede opdracht de nodige moed zal vergen om een harde confrontatie met de bestuursorganen aan te gaan (niet zelden wordt de commissaris-revisor daarbij onder druk gezet om ontslag te nemen of wordt er bedreigd met zijn aansprakelijkheid jegens de persoon van de bestuurders en/of de vennootschap), zal enkel een professioneel optreden en een doorgedreven inspanning om zich over het administratief en economisch besluitvormingsproces in de onderneming op de hoogte te houden, het mogelijk maken de eerste opdracht in te vullen¹⁹.

Daarenboven zal de revisor zich, van zodra de onderneming zich «in moeilijkheden» bevindt, permanent laten informeren over de genomen herstelmaatregelen en vooral over de reactie van de derden op elk herstructureringsplan.

Daarbij viseer ik vooral de plicht voor de revisor om niet alleen te handelen wanneer er een beslissing tot discontinuïteit is genomen door de bevoegde vennootschapsorganen maar ook wanneer dergelijke toestand is ontstaan bij ontstentenis van enige reactie, laat staan beslissing van het management.

13. Bij het opsporen en het beoordelen van de ongewilde toestand van discontinuïteit zal de revisor, ook al beschikt hij over accurate informatie, rekening houden met de evolutie van de wetgeving, rechtsleer en vooral rechtspraak over de plicht tot continuïteit en de rechtsbescherming van de bij de onderneming in moeilijkheden betrokken belangen.

Nuttige hulpmiddelen – maar meer niet – zal hij putten uit de talrijke studies over faillissements-(insolventie) voorspelling in de economische literatuur (met bijbehorende modellen) en uit de studies over de toepassing van de drie hoeksteenratio's van de insolventie: liquiditeit, solvabiliteit en rendabiliteit²⁰.

In de wetgeving, in het komend recht en voornamelijk in de rechtspraak, zal de revisor kostbare aanwijzingen vinden die de omstandigheden omschrijven waarin tot de breukzone in de boekhoudregels zal zijn te beslissen.

14. Het lijkt daarbij geen twijfel dat in het insolventierecht deze breuklijn zal weergegeven worden door het onderscheid tussen de toestand van virtueel faillissement (die onvermijdelijk zal leiden tot de sluiting van de onderneming wanneer een faillissement zal worden uitgesproken) en deze van de onderneming in moeilijkheden die blijft streven naar continuïteit.

Alhoewel het begrip onderneming in moeilijkheden, zoals het begrip onderneming, vele ladingen dekt en als (te) vaag wordt ervaren, zoals door sommige auteurs terecht is onderstreept²¹ kan toch de traditionele stelling niet worden onderschreven dat in deze definitie

¹⁹ VAN RYN, J. en DIEUX, X., *RPS*, 1989, p. 93: «Selon les principes généraux de la responsabilité civile, celui qui assume un rôle déterminé dans la société et se charge ainsi de remplir une certaine fonction sociale, doit en effet posséder les connaissances et les qualités requises pour l'exercice normal de cette fonction».

²⁰ Zie o.m. OOGHE, H. en VAN WYMEERSCH, CH., *Financiële analyse van ondernemingen*, I, Antwerpen, Stendert Kroese, H.E. 1985, p. 308; DE JONG, S.E., De voorzienbaarheid van overlevingskansen van ondernemingen, *T.V.V.S.*, 1986, p. 244; HERREWJN, Y., *Financiële analyse en continuïteit van de onderneming*, in het referatenboek «Ondernemingsdiscontinuïteit», 13 oktober 1986.

²¹ SCHANS, J., Poging tot omschrijving van de onderneming als rechtssubject, *R.W.*, 1979-1980, p. 2379.

zou zijn begrepen zowel de onderneming die tegenslagen ondervindt en verliezen lijdt maar (nog) niet onvermogen is, als diegene die haar eisbare vorderingen niet meer kan betalen en zich in een toestand van virtueel faillissement bevindt²². Het gebruik alleen al van de term «onderneming» onderstreept de wil om het continuïteitsstreven in de verf te zetten nu, zoals gezegd, de onderneming kan overleven wanneer de vennootschap is afgestorven.

In het komend recht over de opschorting van betaling wordt uitdrukkelijk verwezen naar het collectieve belang van de voortzetting van de activiteit of de onderneming met de ermee gepaard gaande werkgelegenheid en omzet²³.

Nu de toestand van virtueel faillissement veronderstelt dat de onderneming heeft opgehouden te betalen en dat zij geen krediet meer kan bekomen om haar toe te laten aan haar betalingen te voldoen, zal dit uitmonden in een toestand van samenloop onder de schuldeisers die in vele gevallen zal gepaard gaan met een tekort aan eigen vermogen, zelfs in continuïteit gewaardeerd.

Precies om deze reden heeft de onderneming in moeilijkheden geen uitstaans met een toestand van virtueel faillissement dat normaliter de economische dood van de onderneming betekent. Dit onderscheid wordt als volgt verwoord in het regeringsontwerp (artikel 8) van de opschorting van betaling: «Indien de schuldenaar tijdelijk zijn schuldeisers niet kan voldoen of indien de continuïteit van zijn onderneming wordt bedreigd en op termijn kan leiden tot het ophouden te betalen».

15. Doet de toestand van virtueel faillissement zich voor, dan zijn de rechtbanken, bij ontstentenis van vrijwillige aangifte van faillissement, verplicht in te grijpen in het leven van de onderneming ter bescherming van de rechten van derden²⁴.

Precies op dat ogenblik zal zich ook de verplichte tussenkomst situeren van de commissaris-revisor, die, zoals gezegd, niet langer afzijdig kan blijven in het debat rond de overgang van de onderneming die te redden is naar diegene die zich in virtuele faillissementstoestand bevindt. De krachtlijnen door de rechtspraak uitgewerkt over de onredelijkheid van de raad van bestuur om kost wat kost de onderneming in continuïteit te houden, enerzijds en over de plicht van elke ondernemer tot continuïteit, anderzijds, zullen daarbij als richtsnoer dienen voor de commissaris-revisor die bekommerd is over zijn specifieke individuele aansprakelijkheid terzake.

Als essentiële gedragsnorm werd aldus weerhouden dat de continuïteit van de onderneming niet mag worden nagestreefd door schade aan te brengen in het vermogen van derden²⁵.

²² PALLUSSEAU, J., *La cession d'entreprise*, Dalloz, 1989, p. 86.

²³ Memorie van toelichting, artikel 10 (*Parl. besch.*, Kamer, 1993/94, nr. 1406/1).

²⁴ Kph. Brussel, 6 maart 1986, *A.R.*, nr. 2331/85 F: «Que le tribunal doit prononcer la faillite lorsque les conditions légales de celle-ci sont réunies; que ce régime légal est d'ordre public, la déclaration de faillite étant une institution essentielle dans l'organisation économique; que les travaux préparatoires de la loi sur les faillites présentent la déclaration de faillite comme une précaution que la loi prend contre les faillis qui pour n'importe quel motif, prolongent leur agonie au détriment de tout ou partie des créanciers ...»

²⁵ Mons, 20 mei 1985, *R.P.S.*, p. 261: «Que la poursuite d'une activité gravement déficitaire au-delà du raisonnable constitue une faute des administrateurs qui, en plus de la méconnaissance des intérêts de la société, méconnaissent en ces circonstances ceux des tiers; qu'un administrateur de société prudent et avisé ne peut se désintéresser des conséquences dommageables qui résulteront à coup sûr pour les créanciers, de la poursuite d'une activité alors que tout espoir de redressement est perdu, que l'obstination ne peut conduire qu'à amplifier les pertes; que les conséquences dommageables d'une pareille attitude sont évidemment prévisibles.»

Daarbij is te onderstrepen dat de rechtspraak, onder impuls van de rechtsleer, de beoordeelingstempering heeft herontdekt onder de vorm van het concept van de marginale toetsing: de rechter moet de beleidsmarge van de bestuurder eerbiedigen en mag alleen fouten sanctioneren die buiten de marge vallen waarbinnen zorgvuldige, onderlegde en redelijke bestuurders van mening kunnen verschillen over het te volgen beleid. Met betrekking tot de delicate positie van de commissaris-revisor moet zeker vaststaan dat hij op grond van zijn ervaring en feitelijke kennis van de toestand, anders had kunnen oordelen. Daarbij aanvaarden de rechtbanken dat de externe adviseur enige tijd nodig heeft om te kunnen uitmaken «welke richting het uit ging»²⁶.

Dankzij de marginale toetsing pogen de rechtbanken het midden te houden tussen de theoretisch strenge aangifteplicht ter bescherming van de schuldeisers en het rechtmatige streven van de ondernemer om zijn onderneming in de markt te houden²⁷.

Ook is terecht onderstreept geworden dat voor de toetsing van de legitimiteit van de pogingen om in continuïteit te blijven naar de omstandigheden is te peilen op het ogenblik dat de beslissing is genomen²⁸.

16. Het beschermingsmechanisme dat in de artikelen 103 en 104 Venn. w. is ingebouwd gaat ervan uit dat de continuïteitstoestand is bedreigd door de daling van het netto-actief als gevolg van verliezen. Net zoals voor de vastlegging van de datum van het virtuele faillissement is elke automatische gevolgtrekking ook hier uit den boze.

Het virtuele faillissement wordt immers gekenmerkt door een liquiditeitsvoorwaarde, door de rechtspraak vertaald als de vereiste van het **op duurzame wijze** opgehouden hebben te betalen, omdat dit een zichtbaar en waarneembaar fenomeen is.

Het uitsluiten van de betaalmoelijkheden van voorbijgaande aard uit de faillissementscriteria brengt met zich mee dat op deze wijze solvabiliteit en rendement toch een belangrijke rol zullen spelen: is de uitbating rendabel, dan zal de onderneming vroeg of laat kunnen gered worden. Om deze reden is de houding van de schuldeisers een determinerende factor in de beoordeling van de discontinuïteit.

In het mechanisme van artikel 103 Venn. w. wordt deze houding echter volledig buiten beschouwing gelaten wat het belang ervan als instrument van faillissementsbeoordeling of – preventie sterk beperkt.

Voor zover de raad van bestuur een liquiditeitsplan opstelt dat – onder de strikte voorwaarde dat er een positieve cash flow wordt gegenereerd – de tering naar de nering zet en

²⁶ Corr. Rtb. Brussel, 11 maart 1992, *onuitgegeven*, nr. 01515.

²⁷ Corr. Rtb. Brussel, 26 september 1991, *onuitgegeven*, nr. 5308: «De wet vereist de aangifte van staking van betalingen binnen een uiterst korte termijn; dat, zo men deze termijn als bijna onhaalbaar kort kan beschouwen, de bedoeling van de wetgever er wel zeer duidelijk uit blijkt: een handelaar die in moeilijkheden komt, moet daarop prompt reageren en mag niet gedurende maanden (in casu meer dan één jaar) blijven knoeien om de zaak te redden; dat deze strenge eis van aangifte binnen de vier dagen ondubbelzinnig de bescherming van de schuldeisers viseert en dus niet mag afgedaan worden als een wereldvreemde eis.»

²⁸ Brussel, 22 februari 1993, *onuitgegeven*, A.R., nr. 1519/83: «Qu'il apparait en réalité des éléments de la cause que le premier appelant qui après un début modeste en 1928, a pu développer pendant 45 ans ses affaires de manière remarquable, jusqu'à procurer 900 emplois dans les sociétés créées principalement par lui, a été victime en 1978 et 1979 non seulement d'une modification de conjoncture mais d'une profonde crise structurelle dans l'industrie de disque qui partout dans le monde s'est effondrée, jusqu'à provoquer la chute de géants.»

onder voorwaarde dat de schuldeisers bereid gevonden worden de vervaldagen te verschuiven naar verhouding met de uitwerking van dat plan, is het solvabiliteitscriterium van artikel 103 niet (meer) relevant als vermoeden van virtueel faillissement. Een bestuurder zal dus het risico kunnen nemen een continuïteitsbeleid te blijven voeren, niettegenstaande er gedurende lange tijd met een min of meer belangrijk negatief eigen vermogen wordt gewerkt wanneer de reddingskansen reëel zijn omdat de uitbatingcijfers positief zijn en de schuldeisers zich er niet tegen verzetten²⁹.

17. Niet in alle omstandigheden echter zullen bestuurders die deficitair zijn en blijven verder werken met een negatief eigen vermogen op zoveel begrip kunnen rekenen, met name wanneer achteraf is gebleken dat de boekhouding werd gemanipuleerd – en de commissaris-revisor zich hiertegen had verzet – om te pogen te overleven in het eigen belang³⁰.

Uiterst risicovol blijken de herwaarderingen van vaste activa te zijn in ondernemingen die moeilijkheden kennen en wiens toestand is uitgemond in discontinuïteit.

Soms wordt dergelijke verrichting als «window dressing» gezien door de rechtbanken en de stap naar het opzettelijk misleiden van de derden om te pogen de onderneming door misleidende informatie in de markt te houden is dan vlug gezet. De cruciale rol van de commissaris-revisor die moet waken over de naleving van de boekhoudwet en meer bepaald artikel 40 van het K.B. van 8 oktober 1976 zal dan voor het voetlicht komen: door hem zijn als essentiële elementen van zijn opdracht in een onderneming in moeilijkheden, rendabiliteit en schuldgraad op permanente wijze in de gaten te houden. Deze vereiste is dermate doorslaggevend dat een latere realisatie aan een nog veel hogere waarde dan de geherwaardeerde, als niet ter zake dienend wordt afgedaan. De hoven en rechtbanken deinzen er zelfs niet voor terug ondersteunende waarderingsrapporten, opgesteld door kredietverstrekkers als te oppervlakkig te bestempelen³¹.

Deze gestrengheid maant tot bijzondere voorzichtigheid aan bij de behandeling van de problematiek van de wijziging der waarderingsregels, in dezelfde omstandigheden van gebrek aan rendabiliteit en grote schuldenlast van een onderneming in moeilijkheden.

18. Anderzijds is ook de vraag te stellen naar de aansprakelijkheid van de raad van bestuur – en dus van de commissaris-revisor die geen opmerkingen zou formuleren – die zou

²⁹ Kph. Gent, 26 maart 1993, *T.B.H.*, 1993, p. 935: «... het effectieve eindresultaat van de bedrijfsactiviteit evolueerde van -328 miljoen voor het boekjaar 1978 naar -114 miljoen voor het boekjaar 1979. Deze gunstige evolutie wijst op reële overlevingskansen ... Hoedanook bewijzen de curatoren evenmin dat de bestuurders wisten of behoorden te weten dat hun beslissing tot verderzetting van de deficitaire activiteiten geen kans op slagen had.»

³⁰ Kph. Brussel, 8 juni 1989, *onuitgegeven*, *A.R.*, nr. 4524 en 4525/87: «... reeds in januari 1981 was het gestorte kapitaal - en dus voor de vennootschap beschikbare eigen vermogen - lager dan het geleden verlies, hetgeen impliceert dat uitsluitend met gelden van derden werd gewerkt voor een lopende deficitaire exploitatie ... de gezamenlijke bestuurders sloegen de pertinente waarschuwingen van de commissaris zonder meer in de wind, namen eenparig hun toevlucht tot illegale boekhoudkundige kunstgrepen en lieten vervolgens na - in de wetenschap dat de verkoop slecht liep - om de tussentijdse exploitatierekening en staat van actief en passief op te stellen om te ontsnappen aan de economische realiteit. Niet zonder enig cynisme stellen zij dat het nog te storten maatschappelijk kapitaal zou opgevraagd worden «zodra de onmiddellijke behoefte daartoe bestaat» en Antwerpen (Corr.), 21 juni 1995, arrest nr. 923: «dat het bedrieglijk opzet blijkt uit de slordigheden in de boekhouding en in de oncontroleerbare jaarrekeningen, zodanig dat ze niet anders dan opzettelijk kan zijn met het oog op een bedrieglijke verduistering van activa voor privé-doeleinden».

³¹ Brussel (Corr.), 30 maart 1995, arrest nr. 421: «Attendu qu'il y a lieu de rappeler, en réponse à l'argumentation du prévenu, la rapidité sinon la légèreté pratiquée par la Kredietbank dans l'évaluation des immeubles ...».

beslissen vrijwillig voor eigen profijt door middel van een kunstmatig faillissement, gegrond op een wijziging van de waarderingsregels die ingegeven is door de «selffulfilling prophecy», een sterfhuisconstructie door te voeren op kosten van derden³².

De rechtbanken behouden zich terecht de beslissingsbevoegdheid voor het faillissement uit te spreken na toetsing van de werkelijke toestand aan de faillissements-voorwaarden.

Desgevallend wordt dan een vonnis van niet-faillissement uitgesproken dat al naargelang verwijst naar de afwezigheid van tekenen van wantrouwen van de medecontractanten, de beheersing van de kostenstructuur, de rendabiliteit, de voorbijgaande aard van de moeilijkheden, enz.³³ Tevens wordt benadrukt dat de bedrijfsleiders als eerste plicht hebben de continuïteit van de onderneming te verzekeren³⁴, waarbij ook het probleem van de waarderingsregels niet uit de weg wordt gegaan.³⁵ Blijkt het dan een ten onrechte uitgelokte discontinuïteit te betreffen, wordt niet nagelaten te onderlijnen dat dergelijke beslissing, naar omstandigheden, van aard kan zijn «ernstige schade toe te brengen aan allen die bij de onderneming zijn betrokken»³⁶.

19. Al deze (dis)continuïteitscriteria zijn dus door de commissaris-revisor op grond van zijn professionele kennis en ervaring aan de concrete omstandigheden van de onderneming te toetsen, want, zoals gezegd, kent een commissaris, «die zijn taak naar behoren uitoefent, zegge op onafhankelijke wijze overeenkomstig de regels geldend voor het beroep van bedrijfsrevisoren, de werkelijke toestand van de onderneming en is hij actief betrokken bij de continuïteitsbeslissing»³⁷.

Dit betekent dat niet alleen eenmaal per jaar, ter gelegenheid van het revisoraal verslag, de toestand door ratio-analyse zal te evalueren zijn om zich ervan te verzekeren dat de continuïteit nog gedurende het volgend boekjaar zal aanhouden, maar dat een ingrijpen zich opdringt wanneer hij in eer en geweten meent dat de onherroepelijkheid van het afglijden naar discontinuïteit een feit is geworden. De verplichting voor de bestuurders een halfjaarlijkse vermogensstaat op te stellen³⁸ zal daarbij een nuttig instrument zijn en tevens een goede gelegenheid uitmaken om de (dis)continuïteitsbeslissing met het management door te praten.

³² De rechtsleer heeft daarbij voorzichtig laten opmerken dat dergelijke uitgelokte beslissing van discontinuïteit het beeld van de faillissementsvoorwaarden vertroebelt - zie VEROUGSTRATE, I., *Wettelijke criteria van discontinuïteit*, in *Ondernemingsdiscontinuïteit*, 1983, p. 278-279.

³³ Kph. Brussel, 6 maart 1986, *onuitgegeven*, A.R., nr. 2331/85: «Attendu qu'un simple état de gêne temporaire de trésorerie ou un simple resserrement provisoire de liquidités ne suffissent pas; qu'il n'est pas démontré que la société est dans l'impossibilité de payer ses dettes échues, impayées et incontestables.»

³⁴ Gent, 13 januari 1995, A.R., nr. 47.204: «Overwegende dat het behoort tot de primaire verantwoordelijkheid van een bestuurder om de nodige maatregelen te treffen om de continuïteit van de onderneming te verzekeren.»

³⁵ Kph. Sint-Niklaas, afdeling Dendermonde, 30 september 1992, *T.B.H.*, 1992, p. 1027: «Noch uit de financiële toestand, noch uit de beslissingen genomen door derden blijkt dat de onderneming zich in een toestand van discontinuïteit zou bevinden, zodat alle waarderingsregels moeten gebeuren op basis van de continuïteitsregels.»

³⁶ Kph. Sint-Niklaas, afdeling Dendermonde, 30 september 1992, *gecit.*

³⁷ Gent, 13 januari 1995, arrest nr. 47.204; Mons, 16 mei 1979, *R.P.S.*, 1979, p. 191: «... le juge est en droit d'exiger du commissaire-réviseur une compétence et une indépendance plus étendue que celle du commissaire ordinaire».

³⁸ Artikel 64sexies, § 5 Venn. w.

In omstandigheden zal de revisor er wijs aan doen zijn aanbevelingen aan het management in een brief op te nemen die hij aan de raad van bestuur zal richten.

Wordt er slechts een voorbehoud geformuleerd en *a fortiori* wanneer er een goedgekeurde verklaring wordt afgegeven, dan mogen de derden erop vertrouwen dat er, mits de omstandigheid waarnaar er in het voorbehoud wordt verwezen, geen discontinuïteit zal optreden tot aan de volgende doorlichting.

Blijkt tijdens de periode tussen twee doorlichtingen dat de onderneming zich niet meer drijvende kan houden, dat er een kunstmatig krediet is opgebouwd (schuldgraad ten opzichte van de openbare administraties) en dat, in het algemeen, er geen middelen meer voorhanden zijn om de schuldmassa, zelfs op termijn, te delgen, dan kan de commissaris-revisor niet aan de zijlijn blijven staan en lijdzaam toezien dit is zonder erover te waken dat de onderneming, die virtueel failliet is, de waarderingsregels aanpast aan de nieuwe toestand.

20. Dat de externe raadgevers en vooral de bedrijfsrevisoren, door hun bijzondere maatschappelijke rol, op zeer weinig begrip kunnen rekenen wanneer zij hun kennis en ervaring ten dienste stellen van weinig gewetensvolle bestuurders, is niet meer dan normaal te noemen. De rechtbanken stellen immers vaak vast dat de schade door het vermogen en/of door de derden geleden, zonder hun medewerking of schuldig verzuim niet zou zijn ontstaan.

Met name richt de verontwaardiging van de schuldeisers zich terecht tegen de accountant – revisor die gedurende maanden en jaren een mistgordijn hielp optrekken rond het bestaan of het behoud van essentiële activa van de vennootschap op de balans³⁹.

Van de revisor of de accountant wordt zeker verwacht dat hij zich zeer kritisch zou opstellen wanneer, in de grijze zone, middelen aan de vennootschap worden onttrokken om er vorderingen (op een onvermogen aandeelhouder of bestuurder) voor in de plaats te stellen, weze het om een kapitaalsverhoging door te voeren⁴⁰ of wanneer hij met onvolledige gegevens een getrouw beeld tracht weer te geven⁴¹.

Brussel, 29 april 1996

³⁹ Antwerpen (Corr.), 21 juni 1995, arrest nr. 923: «dat een extern accountant slechts bedragen in de jaarrekening mag vermelden na ernstig nazicht; dat hij zich niet kan verschuilen achter valse of vervalste gegevens die hem door anderen verstrekt zouden zijn, daar hij door zijn kennis, zijn ervaring en door zijn gezag de eventueel door anderen gepleegde valsheden een bepaalde waarachtigheid schenkt.»

⁴⁰ Brussel (Corr.), 10 januari 1994, arrest nr. 23.

⁴¹ Rtb. Brussel (Corr.), 11 maart 1992, nr. 1515: «hoe kan een boekhouder die zichzelf een beetje ernstig noemt, tolereren dat hij met manifest onvolledige gegevens een façadeboekhouding moet opstellen, waarvan hij weet dat ze onvolledig is, dat ze geen volledig noch getrouw beeld weergeeft en dat ze in globo vals is te noemen; hoe kan hij zijn medewerking verlenen aan zulk een onderneming die gedoemd was tot faillissement gezien de zaakvoerders knoeiers waren, zowel commercieel als administratief.»

PLICHTEN EN AANSPRAKELIJKHEID VAN DE COMMISSARIS-REVISOR INGEVAL VAN FRAUDE

Xavier DIEUX
Advocaat
Docent U.L.B

1. Controle op ondernemingen en fraude – Algemeen overzicht	55
2. Controle van de financiële informatie en fraudevoorkoming	56
3. Controle van de financiële informatie en fraudeopsporing – Status questionis	58
4. Fraudeopsporing (vervolg) – Controlenormen en -aanbevelingen	59
5. Fraudeopsporing (vervolg) – Gemeen recht – Burgerlijke aansprakelijkheid	61
6. Gemeen recht (vervolg) – Strafrechtelijke aansprakelijkheid	63
7. Controle van ondernemingen en fraudemelding – Principes	65
8. Fraudemelding – Toepassing van het principe	66
9. Draagwijdte van de vrijstelling voorzien door artikel 65, 6°	67
10. Fraude vreemd aan de voorstelling van de financiële informatie	68
11. Afzwakking van het controlerisico via de begrippen schade en oorzakelijkheidsverband	68
12. Slotbeschouwingen	69

1. Controle op ondernemingen en fraude – Algemeen overzicht

Volgens de boekhoudleer uitgewerkt door de Raad van het Instituut der Bedrijfsrevisoren, moet fraude in de context van de controle op ondernemingen met een specifieke betekenis worden gedeut. «Onder fraude wordt verstaan de bewust verkeerde voorstelling van de financiële informatie door één of meer personen, leden van de directie of van het personeel, of door derden ingevolge gesjoemel met registers of stukken, afwenteling van activa, boeking van fictieve verrichtingen, vervalsing van de waarderingen enz ...»¹.

In werkelijkheid is het verschijnsel fraude, waarmee de bedrijfsrevisor kan worden geconfronteerd, veel ruimer. Het heeft niet alleen betrekking op de voorstelling als dusdanig van de financiële informatie, maar ook, algemener, op elke opzettelijke inbreuk op een wet, een reglement of zelfs de statuten van een vennootschap, die van aard is de voorbereiding van die informatie en de eigenschappen die zij moet vertonen ten behoeve van de geadresseerden te beïnvloeden². In onderhavige bijdrage willen we stilstaan bij de plichten en verantwoordelijkheden van de commissaris die met het verschijnsel wordt geconfronteerd en waarop de aandacht de jongste tijd werd toegespitst, ingevolge verschillende ophefmakende dossiers.

¹ IBR, *Jaarverslag*, 1994, p. 98-99 - In dezelfde zin, zie H. OLIVIER, La fraude et le reviseur d'entreprises, in *L'entreprise face à la fraude*, 1995, p. 4 - P. KILESTE et M. CALUWAERTS, La responsabilité du reviseur d'entreprises, notamment en cas de fraude, in *Annuaire AEDBF*, 1995, p. 216, nr. 109. - Andere gelijkaardige omschrijvingen worden aangereikt in het vergelijkend recht, zoals aangestipt door de heren KILESTE et CALUWAERTS, op. cit., p. 216, voetnoot 93 - Adde K. GEENS, Conclusions générales, in *Annuaire AEDBF*, 1995, p. 250.

² In verband met de aansprakelijkheid van de revisor betreffende inbreuken op de vennootschappenwet of andere wetgevingen die geen enkele invloed hebben op de financiële informatie, zie verder nr. 10, *in fine*.

De zorg die de bedrijfsrevisoren in dit verband koesteren, valt uiteraard gemakkelijk te begrijpen, omdat het niet voor de hand ligt dat de specifieke kenmerken van de controleopdracht meteen inzichtelijk zijn voor allen tot wie de financiële informatie zich richt. Misschien bestaat er terzake wel een diepe kloof tussen wat het maatschappelijk verkeer meent te mogen verwachten van de controle op ondernemingen en de manier waarop die controle in het positieve recht is opgevat³. Het is volkomen gewettigd dat men in dergelijke context duidelijkheid wenst te scheppen.

Volgens de huidige stand van het positieve recht, vergt de positie van de revisor tegenover fraude, in de betekenis die we zojuist hebben geschetst, eigenlijk geen specifieke toelichting. Algemeen is het zo dat de eindbedoeling van de controle en de controle op de jaarrekening in het bijzonder, hoe dan ook dezelfde blijft, namelijk uitmaken «*of de boekhouding is gevoerd en de jaarrekening is opgesteld in overeenstemming met de wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften die daarop toepasselijk zijn; of (...) de jaarrekening een getrouw beeld geeft van het vermogen, van de financiële toestand en van de resultaten van de vennootschap, rekening houdend met de wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften die daarop van toepassing zijn, en of een passende verantwoording is gegeven in de toelichting ...*» (artikel 65 Venn. w.)⁴

In werkelijkheid, zo menen wij, vormt de fraude in de context van de controle op de onderneming maar een bijzondere topic, omdat zij de aanleiding kan zijn tot strafrechtelijke sancties tegen de personen die er de daders van zijn. Het betreft hier weliswaar een belangrijk bijzonder kenmerk, dat verantwoordt dat de positie van de revisor zou worden verduidelijkt, om te verhinderen dat hij over dezelfde kam zou worden geschoren als de veroordeelden.

Maar globaal gezien en onder voorbehoud van enkele nuances in de concrete tenuitvoerlegging van de maatregelen die inhoudelijk dit soort van toestanden niet eigen zijn, is het zo dat de draagwijdte van de plichten en verantwoordelijkheden die op de revisor rusten, *in rechte* niet wordt gewijzigd alleen omdat er in de opmaak van de financiële informatie bewust een vergissing werd begaan.

De boekhoud- en revisorale leer bevestigt dit: bijvoorbeeld, de aanbeveling van het Instituut der Bedrijfsrevisoren betreffende het "*controlerisico*" vat onder één hoofding en zonder verder onderscheid samen in het risico op een betekenisvolle onjuistheid (ook "*inherent risico*" genoemd), de onjuistheden die het gevolg zijn van een al dan niet vrijwillige fout of fraude⁵.

2. Controle van de financiële informatie en fraudevoorkoming

Na een eeuw lang zoeken⁶, en dankzij de gecumuleerde werking van de wet van 17 juli 1975 op de boekhouding en de jaarrekening van de ondernemingen, de wet van 21 februari 1985 op het bedrijfsrevisoraat en de accountancy, alsook de instrumenten die dit wettelijk kader hebben aangevuld of gewijzigd⁷, heeft de wetgever in ons positieve recht de struc-

³ K. GEENS, op. cit., p. 249 en verwijzing naar I. GRAY, The audit expectations gap: a consideration of reasons for existence and pressures for change - Verslag aan de 17de jaarvergadering van de Europese vereniging voor boekhouding.

⁴ Zie ook de algemene controlenormen aangenomen door de Raad van het Instituut der Bedrijfsrevisoren, 2 december 1983, *Vademecum*, II, 1995, p. 196 en vv.

⁵ *Vademecum* van het Instituut der Bedrijfsrevisoren, II, 1995, p. 303.

tuur ingevoerd die tot dusver ontbrak op het vlak van financiële en boekhoudkundige informatie en de controle daarop.

Één van de inbrengen van dit wettelijk en bestuursrechtelijk instrumentarium, dat nu veel meer in detail is uitgewerkt dan dit vroeger ooit het geval was⁶, bestaat erin de opdracht van het toezichtsorgaan in de meeste handelsvennootschappen te omschrijven. Zoals in de meeste andere gevallen, wordt die omschrijving hier ook gegeven in het hoofdstuk dat handelt over de naamloze vennootschap⁹, en verwijst de wetgever, voor de andere rechtsvormen, naar die regeling voor zover hij die toepasselijk acht¹⁰.

Volgens de huidige stand van het recht, zijn de commissarissen niet wettelijk belast met een opdracht van «toezicht op de vennootschap», verder niet nader omschreven, zoals dat vroeger blijkbaar wel het geval was, ook al werd die opdracht in de praktijk maar uiterst zelden ten uitvoer gelegd. Vandaag is het de controle op de financiële toestand van de onderneming, de jaarrekening en de regelmatigheid vanuit het oogpunt van de Venn. w. en de statuten¹¹, die de algemene opdracht van de revisor uitmaken, aangevuld met periodieke opdrachten die weliswaar alsmear talrijker worden, in verband met specifieke verrichtingen ten aanzien waarvan de wet een bijzondere regeling voorschrijft¹².

Die opmerking is van doorslaggevend belang bij het beoordelen van de graad van betrokkenheid die men rechtmatig aan de bedrijfsrevisor kan opleggen bij de werking van de vennootschap. Hieruit blijkt inderdaad dat het niet aan het controleorgaan toekomt de procedures en werkingsregels en de interne controle, die gericht zijn op fraudevoorkoming, te bedenken en uit te werken. Die verplichtingen behoren daarentegen tot de bevoegdheids-

⁶ Betreffende de onvolmaaktheden van de toestanden voortvloeiend uit de wet van 18 mei 1873 op de handelsvennootschappen, ook na de wet van 1 december 1953, en de oprichting van het Instituut der Bedrijfsrevisoren bij wet van 22 juli 1953, zie J. VAN RYN, deel I, 1e uitg. nr. 657. - La politique de contrôle des entreprises et son évolution, *Ann. dr. Liège*, 1985, p. 7 - P. VAN OMMESLAGHE, Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé, nr. 70.

⁷ Zie inzonderheid, het koninklijk besluit van 8 oktober 1976 betreffende de jaarrekening van de ondernemingen, zoals herhaaldelijk aangevuld, het koninklijk besluit van 6 maart 1990 op de geconsolideerde jaarrekening van de ondernemingen en het koninklijk besluit van 10 januari 1994 betreffende de plichten van de bedrijfsrevisoren.

⁸ In verband met de vroegere regeling, zie J. VAN RYN, aangehaalde studie, in *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1985, p. 7 en w.

⁹ Artikelen 64, 64bis tot en met 64octies en 65 Venn. w.

¹⁰ Artikel 107 voor de commanditaire vennootschap op aandelen, artikel 134 voor de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en artikel 147octies voor de coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid.

¹¹ Luidens artikel 3 van het koninklijk besluit van 8 oktober 1976, «moet de jaarrekening een getrouw beeld geven van het vermogen, de financiële positie en het resultaat van de onderneming». De controle op de financiële positie, in de zin van artikel 64 Venn. w., is evenwel ruimer dan de controle op de jaarrekening (zie in dit verband, *Vademecum* van het Instituut der Bedrijfsrevisoren, II, 1995, p. 402) en de verwijzing naar rondschrjven C.007/82 van 19 november 1982. - Zie ook A. BENOÎT-MOURY, Les pouvoirs et les responsabilités des commissaires, *RPS*, 1985, p. 14.

¹² Zie P.A. FORIERS en M. VON KUEGELGEN, La responsabilité civile des réviseurs et des experts comptables, *Rev. Dr. ULB*, nr. 6, 1992, p. 10 en noot 1. - P. KILESTE en M. CALUWAERTS, La responsabilité du réviseur d'entreprises, notamment en cas de fraude, *Annuaire de l'AEDBF*, 1995, p. 190.

sfeer van het bestuursorgaan. En het is dan ook dat orgaan en dat orgaan alleen, dat daarvoor de verantwoordelijkheid moet opnemen¹³.

Die waterdichte afsluiting tussen de bevoegdheden van dit orgaan en de bevoegdheden van de commissarissen, strookt met de regeling van verdeelde bevoegdheden over de diverse organen van de vennootschap, zoals gewild door de vennootschappenwet¹⁴. Zij wordt terecht bevestigd door de algemene controlenormen, zoals aangenomen door het Instituut der Bedrijfsrevisoren¹⁵, die als dusdanig op de revisoren toepasselijk zijn, overeenkomstig artikel 2 van het koninklijk besluit van 10 januari 1994 betreffende de plichten van de bedrijfsrevisoren¹⁶. Zowel krachtens deze normen, als met toepassing van het vennootschapsrecht, zou er voor de commissarissen dus sprake zijn van een overschrijding van hun bevoegdheden inzake externe controle – en zouden zij bovendien het risico lopen beschouwd te worden als feitelijke bestuurders of zaakvoerders¹⁷ –, wanneer zij zich zouden inlaten met de uitwerking en de tenuitvoerlegging van de interne controleprocedures. Dit impliceert dat hen geen enkele aansprakelijkheid, burgerlijke noch strafrechtelijke, ten laste kan worden gelegd, om reden alleen dat het systeem van interne fraudepreventie tekort zou schieten. Er zou nopens dit eerste punt geen betwisting mogen rijzen.

3. Controle van de financiële informatie en fraudeopsporing – Status questionis

Dezelfde principes moeten worden nageleefd om de plichten en verantwoordelijkheden van de revisor vast te stellen inzake fraudeopsporing, in de betekenis zoals hierboven omschreven (zie *hierboven*, nr. 1). Ze houden in dat het bestuursorgaan ontegensprekelijk ook in dit verband het orgaan is dat daartoe bevoegd is¹⁸ en dat elke nalatigheid op het vlak van intern toezicht, ten aanzien van de normen van het behoorlijk gedrag – waarop de bestuurders en zaakvoerders van een economisch bedrijf zich moeten afstemmen – van aard is om hun burgerlijke aansprakelijkheid in opspraak te brengen, hetzij tegenover de vennootschap, hetzij tegenover derden op basis van de artikelen 1382 of 1383 van het Burgerlijk

¹³ I.B.R., *Jaarverslag*, 1994, inzonderheid p. 99 – H. OLIVIER, op. cit., nr. 3.1 – P. KILESTE et M. CALUWAERTS, op. cit., inzonderheid p. 197, nrs. 24 en vv. In dezelfde zin, en naar ons oordeel terecht, Kooph. Brugge, 13 februari 1984, *RPS*, 1984, p. 198.

¹⁴ In verband met de vraag of die wettelijke verdelingsregeling van openbare orde is, zie P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, Examen de jurisprudence - Les sociétés commerciales, *RCJB*, 1992, p. 643, nr. 30 en verwijzingen aldaar.

¹⁵ Zie *Vademecum*, o.c., inzonderheid p. 198, nrs. 1.3.3. en p. 202, nrs. 2.4.

¹⁶ De tegenovergestelde mening, die destijds werd verwoord door Raadsheer I. VEROUGSTRAETE (Le contrôle financier des sociétés anonymes, in *Les sociétés commerciales*, (Jeune Barreau de Bruxelles, 1985), inzonderheid, p. 269, nrs. 8 en 9), lijkt ons vandaag de dag niet meer verdedigbaar, na de inwerkingtreding van het in de tekst aangehaalde besluit. Zo geraken we uit de controverse met betrekking tot de dwingende kracht van zogenaamde para-wettelijke normen; zie in dit verband, onze studie, Le contrat - Objet et instrument de dirigisme, in *Les obligations contractuelles* (1984), p. 340, nr. 25, en ook P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, Examen de jurisprudence - Les sociétés commerciales, *RCJB*, 1993, p. 723, nr. 106).

¹⁷ P. VAN OMMESLAGHE, La responsabilité des professionnels de la comptabilité et de la révision comptable, *Rev. belge de la Comptabilité et de l'Informatique*, 1981, inzonderheid p. 8. Betreffende de ontwikkelingen inzake het begrip feitelijk bestuur, in de recente rechtspraak, zie P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, Examen de jurisprudence - Les sociétés commerciales, *RCJB*, 1993, p. 791, nr. 130.

¹⁸ Dit standpunt wordt terecht door de Raad van het I.B.R. aangekleefd: IBR, *Jaarverslag*, 1994, p. 99.

Wetboek – voor zover uiteraard alle andere voorwaarden die voor elke burgerlijke aansprakelijkheid zijn vereist, zijn verenigd (schade en oorzakelijk verband).

De vraag is dan wel te weten of het echter ook niet, in de tweede graad als het ware, tot de opdracht van het extern controleorgaan behoort, fraudes op te sporen, rekening houdend met de eindbedoeling van die opdracht, zoals die onder meer in de vennootschappenwet wordt omschreven (zie *hierboven*, nr. 1).

Kan men zich met andere woorden indenken dat de commissarissen de regelmatigheid en de getrouwheid van de jaarrekening kunnen certificeren, zoals inzonderheid in artikel 65 van de Venn. w. wordt voorgeschreven, zonder dat ze vooraf zouden hebben nagetrokken of de inlichtingen, waarover zij hun oordeel moeten geven, geen fraude bevatten? Rekening houdend met de omvang van de bevoegdheden die de wet de commissaris toebedeelt, zouden die wel eens kunnen gepaard gaan met de verplichting deze zó uit te oefenen, dat fraude wordt opgespoord¹⁹.

Het probleem is niet nieuw, ook al wordt het de jongste tijd weer actueler. Terecht zorgden de rechtsleer en de toezichthoudende overheid inzake controle tot dusver voor een genuanceerde oplossing²⁰. Die oplossing heeft tot op heden nog niet aan relevantie ingeboet, ook al is zij aan een zekere evolutie onderhevig, rekening houdend met de enigszins tegenstrijdige bepalingen van de wet, wat betreft de bevoegdheidsverdeling tussen de toezichthoudende overheid en de rechterlijke macht voor het vaststellen van de «controlenormen» (zie *verder* nr. 5).

4. Fraudeopsporing (vervolg) – Controlenormen en -aanbevelingen

Luidens de algemene controlenormen, waarnaar we reeds hebben verwezen «*kan van een controle evenwel niet verlangd worden dat zij elke fraude aan het licht brengt en is de revisor niet verplicht deze op te sporen (norm 1.3.4.)*»²¹. Bovendien kan of mag de externe controle onder geen beding het systeem van interne controle vervangen (norm 2.4)²². Maar toch houdt de revisor, wanneer hij zijn opdracht uitvoert, rekening met de mogelijkheid van fraude. De controle zal zo opgevat worden dat de revisor een redelijke kans maakt op het ontdekken van materiële fouten in de jaarrekening, ten gevolge van fraude»²³.

De normen worden aangevuld door een reeks aanbevelingen die door de Raad van het Instituut worden uitgewerkt. Dit heeft een reeks van uitgekende voorschriften tot gevolg, die stoelen op de opvatting dat de controleopdracht niet tot doel heeft de absolute «*juistheid*» van de financiële informatie te verzekeren, maar wel haar betrouwbaarheid, voor die-

¹⁹ Over de algemene opvatting dat in het aansprakelijkheidsrecht bevoegdheden, en meer algemeen, functionele prerogatieven, ook verplichtingen zijn, zie o.m. R.-O. DALCO en A. D'ETEREN, *Autorité disciplinaire, devoir de surveillance, responsabilité*, RCJB, 1976, p. 175, nr. 9.

²⁰ I.B.R., *Jaarverslag*, 1994, p. 98 - P. VAN OMMESSLAGHE, op. cit., p. 9 - H. OLIVER, op. cit., nr. 3.

²¹ *Vademecum*, reeds aangehaald, p. 198.

²² *Vademecum*, reeds aangehaald, inzonderheid p. 202.

²³ *Vademecum*, reeds aangehaald, inzonderheid p. 198.

genen tot wie zij is gericht en waarvan het oordeel of de beslissingen daardoor kunnen worden beïnvloed²⁴.

Anderzijds is het ook zo dat, rekening houdend met wat aan die informatie ten grondslag ligt, elke controleopdracht in wezen bloot staat aan een gevaar voor vergissing, dat in principe nooit kan uitgesloten worden²⁵. Vanuit het oogpunt van de finaliteit van de controleopdracht en van de opsporing van vergissingen houdt de omstandigheid dat de vergissing toevallig of opzettelijk is, geen categoriaal verschillende behandeling in (zie hoger, nr. 1, *in fine*). Meer in het algemeen moet de revisor zijn opdracht niet aanvaatten met de verdenking dat fraude werd gepleegd, ook al moet hij uiteraard geen blijk geven van een blind en onvoorwaardelijk vertrouwen²⁶.

Vandaar dat de commissaris bij het uitwerken van zijn "controlestrategie", moet overgaan tot een specifieke inschatting van het "controlerisico" in al diens samenstellingen, met inbegrip van de aan de "interne controle" verbonden risico's. De externe controle moet meer waakzaam zijn, naarmate de aldus geïdentificeerde risico's groter zijn. Toch wordt de doelstelling daarom nog niet het opsporen van fraude, maar wel is de revisor verplicht om "controletechnieken te kiezen die van aard zijn het risico van niet-ontdekking tot een aanvaardbaar niveau te beperken"²⁷.

De vaststelling dat het interne controlesysteem niet voldoet of onvoldoende is, of nog, de ontdekking van een fraudegeval, moeten de revisor tot meer voorzichtigheid aanzetten en hem de controletests doen opvoeren. Inzonderheid is het zo dat de aard van de bewuste vergissing, ook al heeft die maar een geringe kwantitatieve invloed op de financiële informatie, op zich alleen al, naar onze mening, een verantwoording is voor die intensivering, conform de hierboven aangehaalde aanbevelingen²⁸. Dit wil echter niet zeggen dat de revisor zich eenvoudigweg in de plaats moet stellen van de interne controle – hetgeen overigens zowel vanuit juridisch als praktisch standpunt onmogelijk zou zijn²⁹.

De controlenormen en de aanvullende aanbevelingen leggen de verplichtingen van de commissarissen vast op het vlak van fraudeopsporing; het zijn middelenverbintenissen en geen

²⁴ «Die onjuistheid wordt betekenisvol voor het oordeel dat de revisor moet uitspreken over de jaarrekening, zodra de criteria van het relatief belang worden bereikt (...) Het relatief belang vloeit voort uit de aard en de omvang van de onjuistheid (als gevolg van een fout, een weglating of een fraude), voor zover zij, afhankelijk van de omstandigheden, de beoordeling van een redelijk persoon, die voortgaat op de financiële informatie, door die onjuistheid kan worden beïnvloed». *Vademecum*, reeds aangehaald, inzonderheid p. 302. Over de uitvoering bediscussieerde opvatting van het getrouwe beeld, zie H. OLMIER, *Algemene inleiding op het colloquium «Nouvelles orientations du droit comptable»*, 1994, inzonderheid p. 9 en vv. en verwijzingen aldaar. - W. VAN GERVEN en A. DE WAELE, *Goede trouw en getrouw beeld*, in *Mélanges Ronse*, p. 103.

²⁵ De aanbeveling van 3 december 1993 brengt, bij wijze van inleiding, in herinnering: «het boekhoudrecht werkt volgens het principe van de redelijkheid (en niet dat van de juistheid)», *Vademecum*, reeds aangehaald, inzonderheid p. 301. - Het betreft hier een klassieke opmerking en we herinneren ons nog welke opschudding een arrest van het Hof van Cassatie de dato 12 november 1957 teweegbracht (*Pas.*, 1958, I, 254). Het Hof bevestigde het criterium van de juistheid betreffende de waardering van de goederen in voorraad (zie in dit verband H.-P. LEMAÎTRE, *La réforme de la comptabilité et des comptes annuels des entreprises belges*, RTDC, 1981, inzonderheid p. 644, nrs. 26 en vv.).

²⁶ H. OLMIER, op. cit., nr. 3.1., p. 6.

²⁷ *Vademecum*, reeds aangehaald, inzonderheid p. 301 en vv.

²⁸ Zie ook in verband met dit probleem, H. OLMIER, op. cit., nr. 4.1.2.

²⁹ IBR, *Jaarverslag*, 1994, p. 89 - Over de steekproefsgewijze externe controle, zie Brussel, 1 februari 1982, RPS, 1982, p. 219.

resultaatsverbintenissen, die nauw gefinaliseerd worden door de bijzondere doelstelling van de controleopdracht, verwoord in termen van betrouwbaarheid en niet van juistheid. Die leer strookt met artikel 15 van het koninklijk besluit van 10 januari 1994 betreffende de plichten van de bedrijfsrevisoren, dat verwijst naar "*doelgerichte en nauwgezet uitgevoerde controlewerkzaamheden*"³⁰ en ook met de terzake door de IFAC aangenomen gemeenschappelijke normen³¹.

Het is in deze mate – en ook alleen maar in deze mate – dat de beschuldiging voor het niet opsporen van fraude ten laste van de commissarissen kan worden gelegd. Hun burgerlijke aansprakelijkheid kan dus in dit verband niet worden in het gedrang gebracht volgens dezelfde voorwaarden en op basis van dezelfde criteria die gelden ten aanzien van de raden van bestuur, zelfs ongeacht de vragen die volgen op het vaststellen van een tekortkoming, in verband met de schade en het oorzakelijkheidsverband (zie *verder*, nr. 8). Een andere analyse erop nahouden zou betekenen, zoals we hoger hebben gezien, dat we voorbijgaan aan de duidelijke scheiding die in ons systeem is uitgewerkt tussen de bevoegdheden van de diverse vennootschapsorganen (zie *verder*, nr. 5).

5. Fraudeopsporing (vervolg) – Gemeen recht – Burgerlijke aansprakelijkheid

Zoals we hoger hebben uiteengezet (zie nr. 2, *in fine*), legt artikel 2 van het koninklijk besluit van 10 januari 1994 de revisor de verplichting op zich te richten naar de controle-normen die door de Raad van het Instituut zijn aangenomen op basis van artikel 18bis van de wet van 22 juli 1953, zoals gewijzigd bij wet van 21 februari 1985. Als dusdanig maken die normen dan ook deel uit van het positieve recht.

Daartegenover staat dat volgens dezelfde bestuursrechtelijke bepaling, de revisor slechts rekening dient te houden met de aanbevelingen van het Instituut "*naargelang van de omstandigheden*". Naar onze mening mogen we echter de reikwijdte van die beperking niet overdrijven, want het staat de rechter immers vrij te oordelen dat de richtlijnen of eenvoudige aanbevelingen die uitgaan van een – al dan niet professionele – autoriteit, nageleefd moeten worden als echte rechtsgebruiken, in toepassing van niet-geschreven normen van goed gedrag, zoals bevestigd door de algemene beginselen van de burgerlijke aansprakelijkheid³².

Beide reeksen van voorschriften, door het Instituut uitgewerkt, kunnen dus direct of indirect juridisch worden gesanctioneerd. Maar toch moet hun verhouding tegenover het gemeen recht worden verduidelijkt, rekening houdend met de zogenaamde "*aanvullende*" functie die aan dat gemeen recht in ons rechtsbestel is toebedeeld³³. Met andere woorden, de

³⁰ Zie ook artikel 20 van ditzelfde besluit in verband met de prognoses: "*indien hij van oordeel is dat bepaalde hypotheses die aan de basis liggen van deze informatie, kennelijk onredelijk of tegenstrijdig zijn ...*" zal de revisor voor dit punt een voorbehoud maken. Zie ook in dezelfde zin, P. VAN OMMESLAGHE, op. cit., nr. 9.

³¹ H. OLIVER, op. cit., nr. 4.1.1.

³² De vraag werd in detail onderzocht in verband met de draagwijdte van de aanbevelingen van de Bankcommissie betreffende de private verkoop van onder meer controled deelnemingen: zie onze reeds aangehaalde studie, *Le contrat - Objet et instrument de dirigisme*, in *Les obligations contractuelles* (1984), p. 340, nr. 25 en onze Examen de jurisprudence, samen met Professor VAN OMMESLAGHE, *RCJB*, 1993, p. 723, nr. 106.

³³ J. VAN RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats*, nr. 98 en vv. - X. DIEUX, *La divulgation d'informations concernant la société anonyme - Principes et sanctions*, *Rev. Dr. ULB*, 1992, nr. 6, p. 64, inzonderheid nr. 7.

omstandigheid dat bijzondere bepalingen gedragsregels voorschrijven, behoedt diegene die ze naleeft niet noodzakelijk voor elke kritiek, op basis van mogelijkere strengere regels die voorgeschreven worden door het gemeen recht³⁴.

In deze zin dringt dit onderzoek zich nog meer op, aangezien artikel 9bis van de wet van 22 juli 1953, zoals gewijzigd bij wet van 21 februari 1985, uitdrukkelijk bepaalt: «*De bedrijfsrevisoren zijn aansprakelijk voor de uitoefening van hun beroepstaken overeenkomstig het gemeen recht*». Artikel 64octies, eerste lid van de Venn. w., verwijst overigens in dit verband op algemene wijze naar het begrip “tekortkoming”, zonder nadere omschrijving, om de aansprakelijkheid van de commissarissen tegenover de vennootschap te definiëren. Zo ook wordt in lid 2 van dat artikel zonder verdere omschrijving verwezen naar “*het naar behoren vervullen van de taak*”, wat betreft de voorwaarden waaronder de commissarissen het vermoeden van aansprakelijkheid, dat op hen rust, kunnen omkeren ingeval van overtreding van de vennootschappenwet of van de statuten.

Voor zover het uiteindelijk de rechtspraak is die zal moeten uitmaken, in functie van de algemene verwachting van het gezond verstand, welke de gedragscodes zijn die worden gesanctioneerd door de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, of door het principe van de uitvoering te goeder trouw van de contractuele verbintenissen, indien de zaak bekeken wordt vanuit het oogpunt van de relaties die naar aanleiding van de aanvaarding³⁵ van de opdracht, ontstaan tussen de commissaris en de vennootschap, zouden de rechters in laatste instantie aan de commissarissen strengere verplichtingen kunnen opleggen dan diegene waartoe ze krachtens de controlenormen of -aanbevelingen van het Instituut gehouden zijn. In de huidige context is dit zeker geen louter academische vraag, die naar ons aanvoelen als volgt moet beantwoord worden.

Enerzijds is het zo dat de basisnorm van het burgerlijk aansprakelijkheidsrecht de regel is van het wederzijdse vertrouwen dat de partners in het leven van de vennootschap normaliter in elkaar mogen stellen³⁶. De stelling, volgens dewelke de commissaris niet hoeft te veronderstellen dat fraude werd gepleegd die de aan de controle onderworpen gegevens³⁷ vervalst, krijgt daarmee een onweerlegbare juridische grond. Hieruit vloeit voort dat de commissarissen niet *automatisch* en *onvoorwaardelijk* verplicht zijn de bevoegdheden, die de wet hen toebedeelt, aan te wenden, om zich ervan te vergewissen dat de financiële informatie – waarvan zij de betrouwbaarheid moeten certificeren – fraudevrij is. In dit verband valt de boekhoudleer dus samen met het gemeen recht.

Anderzijds is het echter ook zo dat de in het aangehaalde artikel 9bis vermelde verwijzing naar het gemeen recht blijkbaar de rechter een zeer grote ruimte laat in de beoordeling vanaf welk ogenblik dit vertrouwen niet langer gerechtvaardigd is en in de bepaling van de intensiteit waarmee de fraudeopsporing dan voor de behoeften van de interne controle moet beginnen. Een rechter die een veroordeling zou gronden op basis van controlenor-

³⁴ J. VAN RYN en X. DIEUX, La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale, *RPS*, 1989, inzonderheid p. 100 en noot 21.

³⁵ In verband met deze algemene idee, zie onze studie, Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui - Essai sur la genèse d'un principe général de droit (1995), nrs. 66, 67, 69 en w.

³⁶ Zie onze hoger aangehaalde studie, loc.cit. - Zie ook Dalloz, Droit civil, trefwoord Bonne foi, nr. 6, door M. VANEL, die nog vermeldt dat het eveneens op deze basis is dat het vermoeden van goede trouw, zoals verwoord in artikel 2268 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de zakelijke rechten, werd veralgemeend.

³⁷ In dezelfde zin, zie P. VAN OMMEFLAGHE, op. cit., inzonderheid p. 9.

men die verder gaan dan de door het Instituut aangenomen normen, zou de wet geen geweld aandoen: door een zo algemeen gestelde verwijzing naar de regels van het gemeen recht, ontzegt de wetgever het Instituut het alleenrecht inzake de vaststelling van de controlenormen, zoals dat zou kunnen worden afgeleid uit de samenlezing van artikel 18bis van de wet van 22 juli 1953 en artikel 2 van het koninklijk besluit van 10 januari 1994³⁸.

Overigens is het ook zo dat, vanwege hun voorwerp zelve, de door het Instituut uitgevaardigde controlenormen in deze materie in zo soepele bewoordingen zijn gesteld, dat zij in feite elke interpretatie mogelijk maken. Vanuit juridisch oogpunt gezien, is de enige zekere afbakening die uit de regeling in haar huidige opvatting kan worden afgeleid, dat een interpretatie waarbij interne en externe controle door elkaar worden gehaald, wettelijk is uitgesloten. Uitgesloten is ook de interpretatie als zouden de verplichtingen van de revisoren resultaatsverbintenissen zijn (zie *hierboven*, nr. 4).

Door af te wijken van de controlenormen, zoals uitgevaardigd door de onder meer daartoe door de wetgever aangewezen toezichthoudende overheid, en door de plichten en verantwoordelijkheden van de commissarissen stringenter te maken dan wat in de normen wordt gesteld, ook al gebeurt dat soms in zeer algemene bewoordingen, zou de rechtspraak aan de oorsprong liggen van een ontegensprekelijk niet wenselijke onzekerheid op het vlak van juridisch beleid. Toch moeten wij ons ervan bewust zijn dat die rechtspraak daartoe, inzonderheid met het oog op mogelijke toekomstige hervormingen, formeel bevoegd is.

6. Gemeen recht (vervolg) – Strafrechtelijke aansprakelijkheid

De vraag op welke wijze de controlenormen inspelen op artikel 17 van de wet van 17 juli 1975 is evenzeer aan de orde. Luidens deze bepaling is een strafsanctie toepasselijk op de beroepsbeoefenaars, "*die niet gedaan hebben wat zij hadden moeten doen om zich ervan te vergewissen*" dat de rekeningen die zij attesteren een getrouw beeld geven van het vermogen, de financiële positie en het resultaat van de onderneming³⁹.

De verwijzing, zonder nadere toelichting, naar het begrip "*wat zij hadden moeten doen*", zoals in de tekst van de wet, doet uitschijnen dat het de strafrechter, net zoals dit voor de burgerlijke rechter het geval is, vrij staat om af te wijken van de controlenormen uitgevaardigd door het Instituut (zie *hierboven*, nr. 5). Uit de voorbereidende werken blijkt evenwel dat "*hetgeen hij normaal moet doen*" doelt op wat de beroepscontroleur en specialist in controle op de jaarrekening moet doen. Dit moet beoordeeld worden in het licht van de controleregels die worden vastgelegd door beroepsinstellingen of ordes⁴⁰. Er kan daar dus over worden gediscussieerd⁴¹.

³⁸ Het staat de wetgever inderdaad vrij af te wijken van de aanvullende functie van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid: X. DIEUX, *La Divulgateur d'informations*, ..., op. en loc. cit.

³⁹ Zie J. MALHERBE en O. VAN HESTRAETEN, *Infractions comptables: conséquences pénales et fiscales*, in *Responsabilité économique et pénale des chefs d'entreprises*, Colloquium «Sky Room» van 28 september 1994, p. 3 en w.

⁴⁰ P. TROISFONTAINES, *Les dispositions pénales de la loi du 17 juillet 1975*, in *Droit comptable* (1985), inzonderheid p. 100 en de verwijzing naar de memorie van toelichting, *Gedr. St.*, Senaat, 1974-1975, 436/1, p. 15 - J.P.H. BONTE, *De bedrijfsrevisor en het boekhoudrecht*, *B.C.N.A.R.*, 1991/1, inzonderheid p. 51.

⁴¹ Over de vraag of terecht verwezen mag worden naar de voorbereidende werken voor de interpretatie van een tekst, inzonderheid wanneer die verwijzing ingegeven is door de onduidelijkheid van de bedoelde tekst, zie onze studie: *L'application de la loi par référence à ses objectifs - Esquisse de la raison finaliste en droit privé*, *JT*, 1991, p. 201.

Hoe dan ook, betekent het vaststellen van een misdrijf uit onvoorzichtigheid, onder verwijzing naar niet geschreven normen op het vlak van benaerstiging, of zelfs naar normen die in algemene bewoordingen zijn gesteld, en die de controleopdracht – vanwege haar aard zelf – eigen zouden zijn (zie *hierboven*, nrs. 4 en 5) een te véreikende praktijk⁴².

Bovendien is het op zijn minst verrassend dat de verantwoordelijken voor de externe controle aldus strafbaarder zouden zijn, dan de verantwoordelijken voor de interne controle, aangezien er geen strafrechtelijke aansprakelijkheid omwille van onvoorzichtigheid bestaat ten laste van deze laatsten in artikel 17⁴³ – hetgeen ons in se volkomen aangewezen lijkt.

De grondwettelijkheid van een analoge bepaling in het Franse recht werd grondig in opspraak gebracht⁴⁴, en wij zijn de mening toegedaan dat terecht de vraag kan worden voorgelegd aan het Arbitragehof, bij wijze van prejudiciële vraag, in hoeverre het aangehaal-

⁴² Wij onderschrijven zonder enig voorbehoud de kritiek die een relevant deel van de rechtsleer op dat soort van praktijken heeft (zie noot over deze materie: L. SIMONT: Les devoirs d'informations - Sanction et responsabilité in *L'Entreprise et ses devoirs d'informations en matière économique et sociale* (1979), inzonderheid p. 364. - P. VAN OMMESLAGHE, aangehaalde studie, in *Le risque pénal dans la gestion des entreprises* (1992), inzonderheid p. 55 en vv.). Wij kunnen deze problematiek hier onmogelijk uitdiepen, doch het is de bedoeling dat wij er zouden op terugkomen in het algemene kader van een andere studie. Maar toch stellen we nu al dat die praktijk haaks staat op de fundamentele beginselen van het strafrecht, wat het moreel bestanddeel betreft dat voor een overtreding is vereist. De idee dat het algemeen opzet een nutteloos begrip zou zijn en dat het volstaat een regel te verwoorden die stelt dat elke dader van een misdrijf aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid kan ontsnappen mits hij verschoningsgronden laat spelen, omdat er uiteindelijk geen sprake is van fout indien men zich kan verantwoorden, heeft tot gevolg dat de strafrechtelijke fout eigenlijk veel ruimer is dan de civielrechtelijke fout, rekening houdend met de beperkte aard van de verschoningsgronden die het strafrecht aanvaardt. (In verband met de controverse rond het morele bestanddeel van een misdrijf, waaraan professor R. LEGROS, Ere-Eerste Voorzitter van het Hof van Cassatie, een beroemde thesis heeft gewijd, zie in de recente literatuur, P. VAN OMMESLAGHE, op. en loc. cit., - J. DETIENNE, *Droit pénal des affaires*, nrs. 60 en vv. - P. VANDERVEEREN en J. MESSINE, *Réflexions sur l'élément moral de l'infraction*, *JT*, 1987, p. 185 en de talrijke verwijzingen aldaar, omdat de controverse terug in de actualiteit kwam naar aanleiding van de voorstelling van het voorontwerp van nieuw Strafwetboek). Anderzijds werd ook terecht opgemerkt door Professor J. D'HAENENS, Voorzitter van het Hof van Cassatie (*L'incrimination non intentionnelle dans le droit pénal codifié et réglementaire*, *Rev. dr. Pén. et Crim.*, 1994, p. 459, inzonderheid nr. 5), dat geloven dat de strafrechtelijke fout, een in wezen subjectief gegeven, teruggebracht zou kunnen worden tot de burgerrechtelijke fout van onvoorzichtigheid, een miskenning is van de aard, die in werkelijkheid wezenlijk objectief is, van de burgerlijke aansprakelijkheid, zelfs op basis van een fout (Zie, in dit verband, onze reeds aangehaalde studie - *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui - Essai sur la genèse d'un principe général de droit* (1995), inzonderheid nr. 108).

Voor andere voorbeelden, in het economisch recht, van strafrechtelijke misdrijven door onvoorzichtigheid, cfr. de artikelen 184 en 189 van de wet van 4 december 1990 betreffende het misbruik van voorkennis, en artikel 505, § 1, 2° van het Strafwetboek voor het witwassen van geld: D. MATRAY, *L'emprise du droit pénal dans la vie des affaires - Punir les dirigeants ou protéger l'entreprise ?*, in *Le risque pénal dans la gestion des entreprises*, (1992), p. 9 en vv, inzonderheid p. 29. - P. VAN OMMESLAGHE, *La vie quotidienne dans l'entreprise et le droit pénal: pratiques tolérées, pratiques interdites*, zelfde werk, p. 51, inzonderheid nr. 9.

⁴³ Brussel, 28 juni 1993, *JT*, 1993, p. 782.

⁴⁴ Fr. PASQUALINI, *Autonomie comptable et qualification juridique*, in *Nouvelles orientations du droit comptable* (1994), p. 41, inzonderheid nr. 16 - Vergelijk D. MATRAY, op. cit., inzonderheid p. 27.

de artikel 17 conform is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, indien de toepassing daarvan voor een correctionele rechtbank zou worden gevorderd⁴⁵.

7. Controle van ondernemingen en fraudemelding – Principes

Wat de melding van fraudegevallen – waarvan de commissaris kennis heeft – betreft, is er een eerste punt dat niet kan worden betwist: de revisoren zijn niet verplicht bij het parket de fraudegevallen die ze hebben ontdekt aan te geven, en dit in tegenstelling tot de in Frankrijk geldende regel⁴⁶. Behoudens uitdrukkelijke wettelijke afwijking⁴⁷, is het aangeven van inbreuken waarvan men kennis heeft, in ons *strafrecht* niet het voorwerp van een verplichting die strafrechtelijk een specifiek delict vormt⁴⁸ en het enkel niet aangeven van een overtreding kan – op zich – geen aanleiding zijn tot een mededaderschap noch medeplichtigheid⁴⁹.

Er moet dus, volgens de algemene normen van het behoorlijk gedrag die in het *burgerlijk recht* zijn omschreven, afgewogen worden of de aangifte verplicht is en de enige mogelijke sanctie voor die norm vinden we in de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, voor zover de overige toepassingsvoorwaarden van deze bepalingen (namelijk het bestaan van schade en van een oorzakelijkheidsverband) ook aanwezig zijn. Dergelijke beoordeling is dan nog uitgesloten indien de persoon die, in de uitoefening van zijn beroep, van een overtreding kennis krijgt, gehouden is tot een in het Strafwetboek (artikel 458) bepaald beroepsgeheim.

Dit is het geval voor de bedrijfsrevisoren. Niet alleen zijn de bedrijfsrevisoren, in principe, niet verplicht de fraudegevallen aan te geven waarvan zij kennis krijgen. Zulks is hen zelfs

⁴⁵ Het is voldoende bekend dat de rechtspraak van het Arbitragehof aanzienlijk is verruimd in alle deelgebieden, op basis van een ruime interpretatie van de twee bepalingen van de grondwet die in de tekst zijn bedoeld (zie in dit verband: D. LAGASSE, noot onder Arbitragehof, 13 oktober 1989, *JT*, 1990, p. 2. - J.Cl. SCHOLSEM, *L'égalité devant la Cour d'Arbitrage*, Mélanges Krings, p. 773. - X. DELGRANGE, *Les articles 6 et 6bis de la Constitution - Des dispositions longue portée*, *Rev. Rég. Dr.*, 1990, p. 442. - M. UYTENDAELE, *La Cour d'arbitrage depuis 1989: une Cour constitutionnelle à vocation limitée ?*, *JT*, 1991, p. 265. - J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het publiek recht*, T. II, p. 172 en vv. - L.-P. SUETENS, *Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het arbitragehof*, in *Égalité et discrimination*, p. 95. - J. VELAERS, *Van arbitragehof tot grondwettelijk hof*, nrs. 187 en vv.

Een recent arrest van 21 maart 1995 (*JT*, 1995, p. 261) herinnert aan de algemene principes. In toepassing van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet stelt het Hof: «1.- *Les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée.* 2.- *L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée, ainsi que de la nature des principes en cause.* 3.- *Le principe de l'égalité est violé, lorsqu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.*»

⁴⁶ Zie H. OLIVER, op. cit., inzonderheid nr. 5.3.1. - P. KILESTE en M. CALUWAERTS, op. cit., inzonderheid nr. 145.

⁴⁷ Zie, bijvoorbeeld, de artikelen 29 en 30 van het Wetboek van Strafvordering en ook de artikelen 11 en volgende van de wet van 11 januari 1993 betreffende de voorkoming van het witwassen van geld.

⁴⁸ P. VAN OMMESLAGHE, aangehaalde studie, in *Le risque pénal dans la gestion des entreprises*, inzonderheid p. 70, nrs. 14 en vv.

⁴⁹ Betreffende de specifieke voorwaarden van deze omstandigheid van «*criminele deelneming*», die bestraft wordt in de artikelen 66 en volgende van het Strafwetboek, zie J. CONSTANT, *Précis de droit pénal*, 1975, nrs. 167 en vv.

verboden⁵⁰. De commissaris kan en moet zich dan ook houden tot het verrichten van de werkzaamheden die de wet omschrijft, wanneer hij kennis krijgt van een fraude⁵¹.

8. Fraudemelding – Toepassing van het principe

Zo is hij verplicht om het bestuursorgaan van de vennootschap op de hoogte te brengen van elke – al dan niet bedrieglijke – tekortkoming aan de statuten en aan de vennootschappenwet, met inbegrip van de boekhoudwet (artikel 77 Venn. w.), zodat dit orgaan aan de toestand kan verhelpen. Indien dit niet gebeurt, moet hij de onregelmatigheid aanklagen op de eerstkomende algemene vergadering⁵².

Deze twee verplichtingen, die onrechtstreeks voortvloeien uit artikel 64octies, lid 2 betreffende de omkering van het vermoeden van aansprakelijkheid die ook in deze bepaling wordt geconsacreerd, moeten worden aangevuld door deze uitgedrukt in artikel 65 in verband met het verslag ter rekening en verantwoording aan de algemene vergadering.

Nog altijd in die veronderstelling, moet de onregelmatigheid – in voorkomend geval – aanleiding geven tot een voorbehoud in het jaarlijks controleverslag, of zelfs tot een onthoudende verklaring, met toepassing van de artikelen 65, 2° en/of 3° van de Venn. w. (schending van de boekhoudreglementering of van het principe van het "getrouwe beeld"). Volgens de controlenormen van het Instituut, «zal de revisor slechts een voorbehoud tot uitdrukking brengen wanneer zulks betekenisvol is voor de beoordeling van de jaarrekening»⁵³. En hoewel die normen het gemeen recht niet uitschakelen, wil het ons voorkomen dat ze in dit geval daar toch goed mee overeenstemmen (zie hierboven, nr. 5)⁵⁴.

In de mate dat de boekhoudreglementering opgenomen is in de vennootschappenwet, zijn die principes toepasselijk op elke overtreding van een wet of een verordening, die haar invloed kan hebben op de rekeningen en de financiële voorstelling van de onderneming, en dus niet alleen op een overtreding van de vennootschappenwet of van de statuten⁵⁵.

Hetzelfde geldt ten aanzien van de bijkomende verplichting die artikel 65, 6° aan de commissarissen oplegt, namelijk de algemene vergadering die over de jaarrekening beraadslaagt op de hoogte te brengen van de onregelmatigheden, waarvan zij kennis hebben

⁵⁰ P. VAN OMMESLAGHE, op. cit., inzonderheid p. 72 nr. 15 en noot p. 62. - P. TROISFONTAINES, *Les clairs obscurs de la répression en droit pénal des affaires*, zelfde werk, p. 197, inzonderheid p. 207, met vermelding van de uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht, stoelend op artikel 458 van het Strafwetboek en artikel 27, tweede lid van de wet van 22 juli 1953: bevel van de wet, getuigenis in rechte, toestemming van de gecontroleerde onderneming en samenwerking onder revisoren.

⁵¹ Met de wet wordt normaliter bedoeld de vennootschappenwet (zie infra). In een aantal sectoren, worden de revisoren evenwel de verplichting opgelegd om bij een toezichthoudende overheid de overtredingen aan te geven die ze zouden hebben vastgesteld en de opsporing van die overtredingen kan dan ook een onderdeel zijn van hun opdracht, zonder dat er uiteraard sprake kan zijn van een resultaatverbintenis. En dan is de heikele vraag aan de orde of die toezichthoudende overheid, met toepassing van artikel 29 van het Wetboek van Strafvordering (zie hierboven, noot 46) de plicht heeft om die overtredingen bij het parket aan te geven (zie in dit verband, waarop we hier niet verder kunnen ingaan), P. VAN OMMESLAGHE, op. cit., in *Le risque pénal dans la gestion des entreprises*, inzonderheid p. 72, nr. 16. - Zie ook H. OLIVIER, op. cit., p. 16 en 17).

⁵² P. TROISFONTAINES, op. cit.; P. VAN OMMESLAGHE, op. cit., p. 72.

⁵³ *Vademecum*, reeds aangehaald, p. 209.

⁵⁴ Zie in dezelfde zin: P. KILESTE en M. CALUWAERTS, op. cit., inzonderheid p. 223, nr. 143.

⁵⁵ I.B.R., *Jaarverslag*, 1994, p. 90, inzonderheid nr. 9.1.3., sub c.

gekregen, alsook ten aanzien van de in dezelfde bepaling opgenomen vrijstelling «*wanneer de openbaarmaking van de overtreding aan de vennootschap onverantwoorde schade kan berokkenen, met name omdat de raad van bestuur gepaste maatregelen heeft genomen om de aldus ontstane onwettige toestand te herstellen*».

Inzonderheid is het zo dat de vrijstelling niet uitsluitend geldt ten aanzien van niet-opzettelijke onregelmatigheden en dat de omstandigheid dat een overtreding van de statuten, van de vennootschappenwet of van de boekhoudreglementering met bedrieglijk opzet zou zijn gepleegd, niet tot gevolg heeft dat de onregelmatigheid in elk geval en zonder mogelijke afwijking – omwille van het belang van de vennootschap – ter kennis van de algemene vergadering moet worden gebracht. Fraude is vanuit deze benadering evenmin het voorwerp van een specifieke behandeling in de wet.

9. Draagwijdte van de vrijstelling voorzien door artikel 65, 6°

De vraag is dan ook of een dergelijke vrijstelling zou kunnen worden ingeroepen, terwijl de onregelmatigheid niet werd rechtgezet. De tekst alleen van artikel 65, 6° sluit deze mogelijkheid niet uit.

Maar kan het hogere belang van de vennootschap, het belang van het maatschappelijke verkeer en van de bestaande of toekomstige schuldeisers, onder meer, tot wie het controleverslag zich ook indirect richt middels de door de wet voorgeschreven bekendmaking, verantwoorden dat aldus een inbreuk zou worden gemaakt op artikel 65, 2° en 3°? Hoe moet anderzijds deze bepaling gerijmd worden met de verplichting, in onrechtstreekse maar onvoorwaardelijke termen uitgedrukt in artikel 64octies laatste lid, om onregelmatigheden waaraan geen passend gevolg werd gegeven op de eerstvolgende algemene vergadering aan te klagen.

De vraag zou ongetwijfeld meer aandacht van de wetgever verdiend hebben, te meer daar de verplichtingen van de revisoren het voorwerp uitmaken van een buitensporige strafrechtelijke aansprakelijkheid, zoals we reeds hebben uiteengezet (zie *hierboven*, nr. 6). Naar onze mening moet de vraag beantwoord worden in het licht van de globale regeling, zoals die uit de vigerende bepalingen blijkt, zodat elke bepaling in het geheel nuttig effect kan sorteren.

Nu is het zo dat de wetgever, ter aanvulling van het criterium van de regelmatigheid van de jaarrekening (artikel 65, 2°), het soepeler begrip hanteert van het «getrouwe beeld» (artikel 65, 3°) en daarbij nog een vrijstelling bepaalt die ingegeven is door het belang van de vennootschap⁵⁶, (vrijstelling die niet beperkt wordt tot het voorbeeld dat in artikel 65, 6° wordt aangehaald), terwijl hij anderzijds ook de revisor onderwerpt aan een strafrechtelijk gesanc-tioneerd beroepsgeheim. Het wil ons voorkomen dat de wetgever een regeling heeft willen uitwerken waarbij de revisor alleszins oog moet hebben voor de verschillende belangen die spelen, rekening houdend met de diverse criteria⁵⁷.

⁵⁶ Belang dat overigens ook de belangen van een aantal geadresseerden van de informatie omvat, onder wie - in eerste instantie - de vennoten als groep genomen: X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, nrs. 93 en vv.

⁵⁷ Zie in dezelfde zin: P. VAN OMME-SLAGHE, op. cit., p. 72, nr. 15, *in fine*. De auteur stelt dat, indien niet in gemeenschappelijk overleg tussen het bestuursorgaan en de revisoren, aan de onregelmatige toestand wordt verholpen, «*ces derniers apprécient les éléments qu'ils estimeraient devoir porter à la connaissance de l'assemblée générale, sous leur responsabilité*». - P. KILESTE en M. CALLUWAERTS, op. cit., p. 221, nrs. 132 en vv.

Uiteraard zal de revisor deze beoordeling moeten maken onder zijn volledige burgerlijke en strafrechtelijke aansprakelijkheid (zie *hierboven*, nr. 7). Het lijkt ons echter absurd te overwegen dat in de hypothese waarin de bedrijfsrevisor, ter verantwoording van het maatschappelijk belang waarnaar artikel 65, 6° verwijst, op wettelijke wijze wordt vrijgesteld om een onregelmatigheid ter kennis te brengen aan de jaarlijkse algemene vergadering ter rekening en verantwoording terwijl hij desalniettemin niet zou kunnen ontsnappen aan het vermoeden van aansprakelijkheid uit artikel 64octies, wanneer, omwille van hetzelfde motief, de onregelmatigheid eveneens niet zou aangeklaagd worden op de eerstvolgende algemene vergadering.

10. Fraude vreemd aan de voorstelling van de financiële informatie

Wat de inbreuk, zelfs met bedrieglijk opzet, van elke reglementering die geen invloed heeft op de voorstelling van de financiële informatie betreft, welnu, deze heeft niets te maken met de doelstellingen van de controle als dusdanig⁵⁸.

De commissaris zou evenwel in dergelijke houding, net zoals uiteraard in elke fraude die van aard is die informatie te beïnvloeden, een wettige reden tot ontslag in de zin van artikel 64quinquies, 3de lid, kunnen vinden⁵⁹.

Indien, anderzijds, een bepaling van de vennootschappenwet of van de statuten is overtreden, zijn de artikelen 64octies, lid 2 en 65, 6° toepasselijk volgens de modaliteiten die wij hierboven probeerden uiteen te zetten.

11. Afzwakking van het controlerisico via de begrippen schade en oorzakelijkheidsverband

De inventaris, die we zojuist hebben opgesteld, kan indrukwekkend lijken. Vanuit het oogpunt van de fout, is het zo dat de soepele begrippen waarop de controlenormen stoelen, wat betreft de fraudeopsporing en -melding, vanwege de manier waarop ze inspelen op het gemeen recht en het samengaan met soms moeilijk met elkaar bestaande bepalingen, de commissaris met een toestand van onzekerheid confronteren die weinig benijdenswaardig en comfortabel is.

Deze eerste vaststelling mag ons evenwel niet doen vergeten dat, net zoals elke andere vorm van burgerlijke aansprakelijkheid, die van de revisor door de vennootschap of door derden slechts kan worden ingeroepen indien de verzoeker het bewijs levert dat hij schade heeft geleden en, volgens de formule die het Hof van Cassatie gebruikt om te refereren aan het oorzakelijkheidsverband, dat die schade zonder de fout zich niet zou hebben voorgedaan zoals ze zich nu wel voordoet⁶⁰.

Die voorwaarden hebben tot gevolg dat het bestuursorgaan en de commissarissen op een specifieke en afzonderlijke manier moeten worden gesanctioneerd. Zoals het verslag van

⁵⁸ Zie evenwel de meer relativerende positie van P. TROISFONTAINES, op. cit., inzonderheid p. 210.

⁵⁹ H. OLIVIER, op. cit., nr. 5.1., *in fine*, p. 20.

⁶⁰ P. KILESTE en M. CALUWAERTS, op. cit., p. 203, nrs. 49 en 50. - Bergen, 16 mei 1979, *RPS*, 1979, p. 158, inzonderheid p. 191. - Antwerpen, 14 april 1980, *RPS*, 1981, p. 128. - Bergen, 20 mei 1985, *RPS*, 1985, p. 261.

M. P.A. FORIERS, gepubliceerd in ditzelfde werk, aantoonbaar wordt dit principe echter in het nauw gedreven door artikel 64octies, lid 2, tenminste in geval van één van de interpretaties waarvoor het vermoeden dat het consacreert vatbaar is⁶¹.

Daartegenover staat dat naar onze mening de filter van de schade en van het oorzakelijkheidsverband niet speelt voor de toepassing van artikel 17 van de wet van 17 juli 1975. Traditioneel luidt het onderricht dat de overtredingen door nalatigheid vooronderstellen dat een schade door de strafrechtelijke fout werd veroorzaakt⁶². Maar deze leer wordt voorgehouden in verband met misdrijven die, volgens de definitie in de wet, bestaan in het feit schade aan een ander te berokkenen door gebrek aan voorzichtigheid of voorzorg⁶³. Dit is niet de strafbaarstelling, zoals bepaald in het aangehaalde artikel 17, wat nogmaals op het buitensporige karakter van die bepaling wijst (zie *hierboven*, nr. 7).

Hooguit zou kunnen worden gesteld dat die strafrechtelijke aansprakelijkheid ondergeschikt moet zijn aan de voorwaarde dat de commissaris redelijkerwijs had moeten kunnen voorzien dat zijn houding mogelijk een schade aan een ander had kunnen berokkenen, overeenkomstig de klassieke omschrijving van de burgerlijke fout van gebrek aan voorzorg⁶⁴.

12. Slotbeschouwingen

Uit het summiere overzicht dat we hebben gemaakt, kunnen naar onze mening onder meer volgende algemene lessen worden getrokken.

Een eerste conclusie is dat, ondanks de ontegensprekelijke vooruitgang van ons positief recht betreffende het voeren van de boekhouding en de rekeningen en de controle daarop, de controleopdracht in menig opzicht onvoldoende afgebakend blijft en dat de nog steeds bestaande onduidelijkheden de revisor in zekere zin in een labiele positie plaatsen tegenover de verwachtingen die sommigen ten aanzien van zijn diensten menen te mogen koesteren, inzonderheid dan wat fraude betreft.

In de huidige stand van het recht, kunnen we alleszins stellen dat – overeenkomstig de boekhoudleer die met de deskundige samenwerking van het Instituut der Bedrijfsrevisoren werd uitgewerkt – fraudevoorkoming niet behoort tot de controlesfeer, evenmin trouwens als de opsporing daarvan, ook al moeten de commissarissen in de uitoefening van hun functie met dat risico rekening houden, en dat tenslotte de fraude geen categoriaal verschillende behandeling vergt vanuit het oogpunt van de melding van onregelmatigheden of tekorten op het vlak van het bestuur van de onderneming en van de voorstelling van de financiële informatie ten behoeve van de algemene vergadering der vennoten.

Maar die lessen uit de boekhoud- en revisorale leer dreigen op elk ogenblik op losse schroeven te worden gezet tegenover de feitenrechter, omdat de bevoegdheidsverdeling tussen de controleoverheid en de rechterlijke macht in de huidige wetgeving slecht is gedefinieerd.

⁶¹ Zie in dit verband, het verslag van M. P.A. FORIERS voor deze studiedag, inzonderheid nrs. 34 en vv.

⁶² J. CONSTANT, op. cit., inzonderheid nr. 98ter. J. DETIENNE, *Droit pénal des affaires*, nrs. 82 en 83.

⁶³ Artikelen 333, 418, 519, 552, 5^e, 559, 3^e Strafwetboek.

⁶⁴ J. VAN RYN en X. DIEUX, op. cit., *RPS*, 1989, inzonderheid p. 102.

Dit heeft rechtsonzekerheid tot gevolg, die des te moeilijker aanvaardbaar lijkt dat een gebrek aan benaastiging bij de revisor in de uitoefening van de taken die tot zijn functie behoren, strafrechtelijk wordt bestraft volgens een bijzondere buitensporige strafbaarstelling, waarvan inzake de grondwettelijkheid overigens vragen kunnen worden gesteld. De voorwaarden voor de burgerlijke aansprakelijkheid van de commissarissen, vanuit het oogpunt van artikel 64octies, tweede lid, geven eveneens aanleiding tot discussie, zoals blijkt uit de uiteenzetting hierover van Professor P.A. FORIERS.

Op al deze punten ware een nieuw wetgevingsinitiatief wenselijk, ook al mogen we de controlefunctie niet in een te strak keurslijf opsluiten, daarbij de complexiteit van de realiteit en de noodwendigheden van de praktijk miskennend. Naar onze mening zou een opdeling van de raad van bestuur van de naamloze vennootschap en de oprichting van een echt orgaan van interne controle, onder de vorm van een raad van toezicht, op deze vragen en ook op andere vragen⁶⁵ een antwoord kunnen bieden dat aangepast is aan de ontwikkeling van de mentaliteit en van de praktijk⁶⁶

⁶⁵ Zie onder meer de kritieken die we gemeend hebben te mogen formuleren bij het nieuwe artikel 60bis van de Venn. w.: Observations sur les nouveaux articles 60 et 60bis des lois coord., Colloquium Vanham en Vanham (17 mei 1995).

⁶⁶ Zie in dezelfde zin: K. GEENS, op. cit., in *Annuaire 1995 de l'AEDBF*, inzonderheid p. 250.

DE STRAFRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE COMMISSARIS-REVISOR: ENKELE ASPECTEN

Lieven DUPONT

Advocaat

Gewoon hoogleraar K.U. Leuven

Inleiding	71
Hoofdstuk I: Enkele basisbeginselen met betrekking tot de strafrechtelijke aansprakelijkheid in het algemeen	74
§ 1. Het begrip «strafrechtelijke aansprakelijkheid»	74
§ 2. Het object van de strafrechtelijke aansprakelijkheid: het misdrijf	75
§ 3. Het subject van de strafrechtelijke aansprakelijkheid	77
§ 4. De gevolgen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid	80
Hoofdstuk II: Strafbepalingen waarmee de commissaris-revisor in aanvaring kan komen: een exemplatief overzicht	82
A. De commissaris-revisor als expliciete normadressaat van de strafwet	82
B. Gemeenrechtelijke misdrijven	84
Hoofdstuk III: Boekhoudrecht: Inbreuken op artikel 17, derde lid, jaarrekeningwet	85
Hoofdstuk IV: De schriftelijke verslaggeving door de commissaris-revisor en valsheid in geschriften	87
Situering	87
§ 1. Valsheid in geschriften: een summiere voorstelling	89
§ 2. De constitutieve bestanddelen van valsheid in geschriften en het door artikel 65 Venn. w. voorgeschreven controleverslag	90
§ 3. Het gebruik van een vals stuk	100
§ 4. Andere verslaggevingen door de commissaris-revisor in het licht van de valsheid in geschriften	101
§ 5. De problematiek van de wettelijke kwalificaties	104
Ter afsluiting	107

INLEIDING

1. Eén van de meest opvallende kenmerken van het hedendaagse strafrecht is de wildgroei van strafbaarstellingen. Vrijwel overal waar de wetgever regulerend ingrijpt, wordt het strafrecht ingezet als instrument van rechtshandhaving, meestal zonder al te veel bekommernissen over de mogelijkheden van de implementatie ervan. De diagnose dat wij ons bevinden in een situatie van strafwetgevingsinflatie is decennia geleden reeds gemaakt en is ondertussen pregnanter geworden dan ooit tevoren. De *ubiquiteit* van het strafrecht is een feit waar men niet meer omheen kan.

Ook het bedrijfsrecht van vandaag is opvallend sterk strafrechtelijk ingekleurd. Het initiatief van BELGISCHE VERENIGING VAN BEDRIJFSJURISTEN om in 1995, in haar reeks studiedagen over «Tendensen in het bedrijfsrecht», haar 6^{de} dag van de bedrijfsjurist te wijden aan het thema

«Strafrecht in het bedrijfsleven»¹, was daarvan een veelbetekenend signaal. De toenemende infiltratie van strafbepalingen in het bedrijfsleven mocht en mag onbetwistbaar een *tendens* genoemd worden in het actuele bedrijfsrecht.

2. Op een studiedag die gewijd is aan de aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor is enige aandacht voor diens strafrechtelijke aansprakelijkheid in zijn hoedanigheid van commissaris-revisor dan ook volkomen terecht. De commissaris-revisor opereert immers in een actieveland dat door de steeds toenemende strafwetgeving of door de toename van dwingende bepalingen die bij niet-naleving onder het bereik van reeds bestaande strafbepalingen vallen, als het ware getransformeerd is tot een strafrechtelijk mijnenveld. Strafrechtelijke veroordelingen van een commissaris-revisor kunnen weliswaar tot op heden eerder *exceptio-neel* genoemd worden², maar deze omstandigheid doet niets af aan de omvang van de risico's in hoofde van de commissaris-revisor om met het strafrecht in aanvaring te komen en aan het nut om hierop te wijzen bij wege van preventieve informatie. De mogelijkheden van aanvaring met het strafrecht door de commissaris-revisor, zijn overigens des te reëler geworden ingevolge de toename van grootschalige fiscale fraude en georganiseerde financieel-economische criminaliteit, die diep zijn doorgedrongen in de activiteiten van tal van schijnbaar legaal werkende bedrijven waarmee de commissaris-revisor in contact kan komen³.

3. In tegenstelling tot de problematiek van de burgerlijke aansprakelijkheid, die reeds herhaaldelijk en grondig werd uitgespit⁴, kwam de problematiek van de strafrechtelijke aan-

¹ BELGISCHE VERENIGING VAN BEDRIJFSJURISTEN, *Tendensen in het Bedrijfsrecht*, 6, *Strafrecht in het Bedrijfsleven*, 6^{de} dag van de bedrijfsjurist - 19.X.1995, Antwerpen, Kluwer, 1995.

² Op een studiedag voor bedrijfsrevisoren die georganiseerd werd door het I.B.R. op 14 december 1990 en die gewijd was aan de thematiek » Bedrijfsrevisor en het strafrecht», besloot J.P. BONTE zijn bijdrage met de woorden: » ...dat... het aantal situaties waar de bedrijfsrevisor een strafrechtelijke aansprakelijkheid kan oplopen niet gering zijn. Dit contrasteert scherp met de quasi-onbestaande rechtspraak over deze materie. De bedrijfsrevisoren kunnen zich enkel verheugen over deze (voorlopig) uiterst beperkte toepassing van deze strafbepalingen», zie: BONTE, J.P., «Enkele strafrechtelijke inbreuken van het gemeen recht en de specifieke inbreuken op het vennootschapsrecht en boekhoudrecht», in *Bedrijfsrevisor en het Strafrecht*, Instituut der Bedrijfsrevisoren, B.C.N.A.R., 1991/1, (41), p. 55. Persoonlijk ben ik van oordeel dat de groeiende zorg voor de bestrijding van de economische en financiële criminaliteit, die onder meer tot uitdrukking komt in een toenemende specialisatie van de parketten, toelaat te vermoeden dat het tijdperk van het strafrechtelijk *quasi* ongemoeid laten van de bedrijfsrevisor, in zijn hoedanigheid van commissaris-revisor, in de toekomst geleidelijk aan en definitief tot het verleden zal behoren.

³ Zie hierover *in extenso*: *De accountant en de gerechtelijke overheid in de strijd tegen de georganiseerde financiële misdaad*, Verslag van een Colloquium georganiseerd in het Congressenpaleis van Brussel door het Idac en de gerechtelijke overheid. Uitgave Instituut der Accountants, sine dato, 136 p. De aldaar gehouden beschouwingen gelden *mutatis mutandis* eveneens voor de commissaris-revisor.

⁴ Zie o.m. de uitvoerige bibliografische verwijzingen aangehaald in: FORIERS, P.A. en VON KUEGELGEN, M., «La responsabilité civile des réviseurs et experts-comptables», *Rev. Dr. ULB*, 6, 1992, p. 11-61; VAN OEVELEN, A., «De rol en de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris-revisor», in *Handels-Economisch en Financieel Recht*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva, Gent, Mys en Breesch, 1995, p. 233-284. Adde: KILESTE, P. en CALUWAERTS, M., «La responsabilité du réviseur d'entreprises, notamment en cas de fraude», in *La révision des comptes annuels et des comptes consolidés - AEDBF Yearbook 1995*, Gent, Mys & Breesch, 1995, p. 190-232, en andere bijdragen in deze bundel.

spakelijkheid van de bedrijfsrevisor in zijn hoedanigheid van commissaris-revisor⁵ tot op heden veel minder of relatief minder uitgediept aan de orde, met uitzondering evenwel van de thematiek van het beroepsgeheim⁶.

Hiervoor bestaat een technische verklaring.

Bij beschouwingen over de burgerrechtelijke aansprakelijkheid kan men teruggrijpen naar de gemeenrechtelijke bepalingen in verband met de contractuele en extracontractuele aansprakelijkheid, preciseren in welke mate zij op de commissaris-revisor van toepassing zijn, en verder de op de commissaris-revisor toepasselijk zijnde bijzondere bepalingen analyseren die van de gemeenrechtelijke regels afwijken.

Omwille van het legaliteitsbeginsel dient een strafrechtelijke benadering daarentegen noodzakelijkerwijze uit te gaan van wetsbepalingen die specifieke gedragingen strafbaar stellen. Een verkenning van de problematiek van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor, in zijn hoedanigheid van commissaris-revisor, impliceert dan ook een inventarisatie en commentaar van de meest uiteenlopende strafbepalingen die de professionele handel en wandel van de commissaris-revisor begeleiden binnen de specifieke handelingscontexten waarin deze opereert.

De omvang en de technische complexiteit van een dergelijke opgave is echter dermate groot, dat wij ons binnen het bestek van deze bijdrage noodzakelijkerwijze moeten beperken tot een exemplatieve benadering, die elke aanspraak op volledigheid laat varen. De oorspronkelijk opgegeven titel «De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris-revisor» werd door ons, met instemming van de organisatoren van deze studiedag, dan ook getransformeerd in: «De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris-revisor: enkele aspecten».

Hierna worden eerst enkele basisbeginselen met betrekking tot de strafrechtelijke aansprakelijkheid in het algemeen in herinnering gebracht. Waar nuttig of nodig zullen deze beginselen verder worden geconcretiseerd bij de verdere bespreking van de specifieke problematiek van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris-revisor, die in hoofddorde besproken zal worden in het perspectief van het spanningsveld tussen zijn verslaggevingsactiviteiten, het strafrechtelijk leerstuk van de valsheid in geschriften, en de strafbepalingen van de wet van 17 juli 1975 op de boekhouding en de jaarrekeningen van de ondernemingen.

⁵ Ingevolge de wet van 21 februari 1985 «tot hervorming van het bedrijfsrevisoraat» kunnen enkel bedrijfsrevisoren, lid (natuurlijke persoon of rechtspersoon) van het Instituut der Bedrijfsrevisoren vennootschapscommissarissen zijn; in die hoedanigheid dragen zij de titel van commissaris-revisor; zie, voor de N.V. (64, § 1, alinéa 2 Venn. w., zoals bepaald door artikel 9 W. 21 februari 1985, de C.V.A. (art 107 Venn. w.), de B.V.B.A (artikel 134 Venn. w.) en de C.V. (artikel 147octies, § 1 Venn. w.); zie ook artikel 15ter, § 1 van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven, zoals ingevoegd door artikel 2 W. 21 februari 1985.

⁶ Zie hierover o.m.: BERNARD, P., «Het beroepsgeheim: de visie van de magistraat», in *Bedrijfsrevisor en het Strafrecht*, op.cit., p. 73-86; HUYBRECHTS, L., «Gebruik en misbruik van het beroepsgeheim, inzonderheid door revisoren, accountants en advocaten», *T.B.H.*, 1995, p. 664-681; LIEVENS, J., «Beroepsgeheim en zwijgplicht van de bedrijfsrevisor, de accountant en de belastingconsulent», in *Bedrijfsrevisor en het Strafrecht*, op.cit., p. 87-101; PRIoux, R., «Le secret professionnel du réviseur d'entreprises face au souci croissant d'information et de transparence», in *La révision des comptes annuels et des comptes consolidés*, op.cit., p. 67-85, en de aldaar aangehaalde verwijzingen. Adde: *Het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisor*, B.C.N.A.R., 2/1986, met bijdragen van M. FRANCHIMONT (p. 5-51) en J. LIEVENS (p. 53-71).

Hoofdstuk I: Enkele basisbeginselen met betrekking tot de strafrechtelijke aansprakelijkheid in het algemeen

§ 1. Het begrip «strafrechtelijke aansprakelijkheid»⁷

4. Het strafrecht is een rechtsdiscipline waarin de thematiek van de aansprakelijkheid centraal staat. Dit kan niet gezegd worden van elke andere rechtstak, zoals bijvoorbeeld het staatsrecht of het familierecht, waarin andere accenten de overhand hebben. Alvorens enkele basisbeginselen met betrekking tot de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor te stellen, lijkt het dan ook nuttig om eerst het begrip «strafrechtelijke aansprakelijkheid» nader te omschrijven. Dit begrip wordt immers in het juridische maar ook in het gewone taalgebruik in zoveel verschillende contexten en betekenissen gebruikt, dat het gevaar bestaat dat wij niet meer weten waarover wij het precies hebben, wanneer wij van strafrechtelijke aansprakelijkheid gewag maken.

5. Ontdaan van elke wijsgerige of ideologisch speculatieve beschouwing betekent *aansprakelijkheid* «de mogelijkheid om aangesproken te worden in ... de verplichting om in te staan voor ... de gevolgen te dragen van ...». *Strafrechtelijke aansprakelijkheid* betekent dan: de verplichting om de effecten te ondergaan die het strafrecht aan een strafrechtelijke normschending verbindt⁸, of nog: de verplichting voor iemand aan wie een strafbaar feit kan worden toegerekend en aangerekend, om er de strafrechtelijke gevolgen van te ondergaan, meer bepaald de aan het misdrijf verbonden strafrechtelijke sancties⁹. *Strafbaarheid* is een uitdrukking die beschouwd kan worden als de sanctionele vertaling van het begrip strafrechtelijke aansprakelijkheid¹⁰.

6. Uit bovenstaande begripsverduidelijking blijkt dat de strafrechtelijke aansprakelijkheidsproblematiek minstens drie problemencomplexen omvat: de problematiek van het misdrijf, dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid doet ontstaan en derhalve het *object* van de strafrechtelijke aansprakelijkheid genoemd kan worden; de problematiek van het *subject* van de strafrechtelijke aansprakelijkheid: de personen of instanties die strafrechtelijk aansprakelijk

⁷ Als wij onder synoniemen verstaan: woorden met een (bijna) gelijke betekenis, dan kunnen de woorden «aansprakelijkheid» en «verantwoordelijkheid» synoniemen worden genoemd. De Nederlandstalige uitdrukking «verantwoordelijkheid» kan naadloos in het Frans vertaald worden met «*responsabilité*» en in het Engels met «*responsibility*». Voor de uitdrukking «aansprakelijkheid» kunnen wij geen betere Franse vertaling vinden dan wederom het woord «*responsabilité*». Een en ander wijst erop dat «aansprakelijkheid» en «verantwoordelijkheid» geen 24-karaats synoniemen zijn, en dat deze termen in het Nederlands een nuancering toelaten, waarvoor in het Frans geen equivalente uitdrukkingen beschikbaar zijn. De Nederlandse uitdrukking «verantwoordelijkheid» verwijst eerder naar de subjectzijde van diegene die strafrechtelijk aansprakelijk gesteld kan worden: met name naar de verplichting om zich te verantwoorden voor ... rekenschap af te leggen van ... een strafrechtelijke normschending. De uitdrukking «aansprakelijkheid» daarentegen verwijst eerder naar de gevolgen die aan de strafrechtelijke verantwoordelijkheid voor een strafrechtelijke norminbreuk verbonden kunnen zijn: het moeten instaan voor de gevolgen, wat in het Engels tot uitdrukking gebracht wordt in de term *liability*, die dan ook een aanvaardbare vertaalterm is voor aansprakelijkheid.

⁸ DANA, A.C., *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, nr. 15.

⁹ In deze zin: PRADEL, J., *Droit pénal*, 4^e ed., Paris, Ed. Cujas, 1984, p. 367. Of ook nog: «... l'obligation de répondre de ses actes délictueux et en cas de condamnation, d'exécuter la sanction pénale prévue pour cette infraction», aldus: STEFANI, G., LEVASSEUR, G. en BOULOC, B., *Droit pénal général*, 14^e éd., Paris, 1992, nr. 305.

¹⁰ In deze zin: NIEBOER, W., *Schets materieel strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint BV, 1991, p. 19.

gesteld kunnen worden; en tenslotte de gevolgen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid, de strafrechtelijke sancties.

§ 2. Het object van de strafrechtelijke aansprakelijkheid: het misdrijf

7. Ingevolge het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel (artikel 12 en 14 G.W. en artikel 2 w.), kan de strafrechtelijke aansprakelijkheid alléén ontstaan naar aanleiding van een specifieke in de strafwet omschreven gedraging (handeling of onthouding), juridisch-technisch *misdrijf* genoemd, waarop wettelijk bepaalde straffen zijn gesteld. Een misdrijf kan kortweg gedefinieerd worden als een wettelijk strafbaar gestelde, delictstypische, wederrechtelijke en schuldige gedraging¹¹.

A. Delictstypiciteit (nullum crimen sine lege)

8. Niet elke onrechtmatige daad kan de strafrechtelijke aansprakelijkheid doen ontstaan. De niet-naleving van een contract, of het foutief veroorzaken van schade aan derden, die krachtens het burgerlijk recht de burgerlijke aansprakelijkheid in het gedrang brengen, kunnen strafrechtelijk gezien irrelevant zijn.

Gelet op het legaliteitsbeginsel kan een gedraging (handeling of onthouding) slechts aanleiding geven tot strafrechtelijke aansprakelijkheid wanneer zij rubriceerbaar is onder één of andere wettelijke delictsomschrijving en wanneer zij voldoet aan alle daarin voorkomende delictsbestanddelen: de delictstypische onrechtsbestanddelen (in de klassieke leer: het materieel element) en de delictstypische schuldbestanddelen (in de klassieke leer: de tot het moreel element behorende schuldvormen van opzet en/of onachtzaamheid). De eerste voorwaarde voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid is derhalve het bestaan van een delictstypische gedraging.

9. Onder de *delictstypiciteit* van een gedraging kan worden verstaan het geheel van de voor een specifiek misdrijf typische voorwaarden voor de strafbaarheid van die gedraging, zoals deze expliciet of impliciet blijken uit een wettelijke delictsomschrijving of incriminatie. Voor de problematiek van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris-revisor betekent dit, dat deze alleen in het geding kan zijn wanneer gerefereerd kan worden aan strafrechtelijke wetsbepalingen waarin specifieke vormen van opzettelijk, onopzettelijk of onachtzaam handelen of nalaten, strafbaar gesteld zijn. Een commissaris-revisor bijvoorbeeld, die (opzettelijk) door enig middel op kosten van de vennootschap geldstortingen op aandelen doet of geldstortingen als gedaan erkent die niet werkelijk gedaan zijn op de voorgeschreven wijze en tijdstippen, stelt een delictstypische gedraging die aan de delictsomschrijving beantwoordt van artikel 206, eerste lid, *in fine*, Venn. w. en die aldaar strafbaar gesteld wordt met een geldboete van vijftig frank tot tienduizend frank of met één van die straffen alleen.

De delictstypiciteit *indiceert* wederrechtelijkheid en schuld. In het wederrechtelijkheidsoordeel en het schuldoordeel worden deze indicaties op hun juridische houdbaarheid getoetst.

¹¹ Zie hierover *in extenso*: DUPONT, L., «De constitutieve elementen van het misdrijf», in *Om deze redenen. Liber Amicorum A. Vandeplas*, Gent, Mys en Breesch, 1994, p. 201-228.

B. Wederrechtelijkheid (nullum crimen sine iniuria)

10. Strafrechtelijke aansprakelijkheid vooronderstelt niet alleen dat een bepaalde gedraging aan een wettelijke delictsomschrijving beantwoordt. Er wordt bovendien vereist dat deze gedraging onrechtmatig, in strijd met het recht, of nog anders gezegd, dat zij wederrechtelijk is.

De delictstypiciteit *indiceert* de wederrechtelijkheid. In het wederrechtelijkheidsoordeel wordt de door de delictstypiciteit geïndiceerde wederrechtelijkheid op haar juridische houdbaarheid getoetst. Er zal besloten kunnen worden dat een delictstypische gedraging *wederrechtelijk* is wanneer blijkt dat – alle concrete, feitelijke en juridische omstandigheden in acht genomen – de gedraging niet geoorloofd, toelaatbaar of duldbaar was. Er is derhalve wederrechtelijkheid wanneer blijkt dat de in de delictsomschrijving geïmpliceerde verbods- of gebodsnorm, ook onverkort gold in de concreet te beoordelen handelingssituatie.

11. Er is echter geen wederrechtelijkheid wanneer de in de delictsomschrijving besloten verbods- of gebodsnorm, gelet op de bijzonderheden van de specifieke handelingssituatie, werd opgeheven door een veroorlovende of gebiedende tennorm, in het strafrecht *rechtvaardigingsgrond* genoemd. In dat geval is het gedrag rehtens geoorloofd en derhalve niet wederrechtelijk.¹² Noodtoestand bijvoorbeeld, waarbij een strafrechtelijk beschermd rechtsgoed geschonden wordt als onontkoombaar middel om een rechtsgoed van een hoger belang te vrijwaren, rechtvaardigt delictstypisch gedrag en verhindert de kwalificatie van dit gedrag als wederrechtelijk. Zo zijn er situaties denkbaar waarbij de commissaris-revisor gerechtigd kan zijn op grond van noodtoestand zijn beroepsgeheim te schenden, en zich derhalve delictstypisch te gedragen, zonder dat gewag gemaakt kan worden van wederrechtelijkheid.¹³

C. Schuld (nullum crimen sine culpa)

12. Delictstypiciteit en wederrechtelijkheid volstaan niet om tot strafrechtelijke aansprakelijkheid te kunnen besluiten. Strafrechtelijke aansprakelijkheid impliceert schuld. Anders dan het civiele recht, kent het strafrecht immers geen schuldloze aansprakelijkheid. Strafrecht is schuldstrafrecht.¹⁴

Ongeacht de andere betekenissen die het woord *schuld* in het strafrecht kan hebben, heeft het woord schuld of schuldigheid (*culpabilité*) als voorwaarde voor strafrechtelijke aanspra-

¹² Zie hierover *in extenso*: DUPONT, L., "De situering van het begrip wederrechtelijkheid in de theorie van het misdrijf", in *Liber Amicorum J. D'Haenens*, Gent, Mys en Breesch, 1993, p. 127-145.

¹³ De noodtoestand werd door een arrest van het Hof van Cassatie als een autonome rechtvaardigingsgrond erkend in een arrest van 13 mei 1987. Dit zogenaamde onthulde boevenschuilplaatsarrest, had betrekking op een geneesheer die, zich beroepend op noodtoestand, zijn beroepsgeheim had geschonden door aan de rijkswacht de schuilplaats te onthullen van een gevaarlijke, voortvluchtige gangster die hij had verzorgd. In dit arrest preciseert het Hof van Cassatie onder welke voorwaarden noodtoestand delictstypisch gedrag rechtvaardigt. Zie: Cass., 13 mei 1987, A.C., 1986-87, p. 1203, R.C.J.B., 1989, noot DE NAUW, A., «La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité» (597-630); zie ook de annotaties bij dit arrest door HANNEQUART, Y., J.L.M.B., 1987, p. 1169-1174.

¹⁴ Zie hierover een beginselarrest van het Hof van Cassatie, waarbij het Hof aanneemt dat een in de telastelegging vermeld misdrijf niet strafbaar is alleen maar doordat het feit materieel is gepleegd. Zie: Cass., 12 mei 1987, A.C., 1986-87, p. 1194, met conclusie van advocaat-generaal J. DU JARDIN; Pas., 1987, I, p. 1056; R.W., 1987-88, p. 538; J.T., 1988, p. 439; R.D.P., 1988, p. 711.

kelijkheid de betekenis van *verwijtbaarheid*. Schuld in de zin van verwijtbaarheid impliceert een rechtens negatief gekwalificeerde subjectieve dispositie van de dader ten opzichte van zijn handeling of onthouding, dit is een dispositie die niet was zoals van strafrechtswege van hem verwacht of gevergd mocht worden. Van strafrechtswege wordt van eenieder die weet of kan weten wat mag of moet, en die zich overeenkomstig dit inzicht kan of moet kunnen gedragen, strafrechtsnormconformiteit verwacht. Het schuldverwijt als rechtsgrond voor strafrechtelijke aansprakelijkheid bestaat in wezen hierin, dat iemand rechtens kwalijk genomen wordt dat hij een delictstypische gedraging, waarvan hij wist of moest weten dat zij wederrechtelijk was, niet heeft vermeden, alhoewel hij dit had kunnen en moeten vermijden. Schuldigverklaring in deze zin staat dan gelijk met een rechtens gefundeerde morele toerekening (*imputatio moralis*): een delictstypische, wederrechtelijke gedraging die iemand materieel of feitelijk wordt toegerekend (*imputatio facti*), wordt hem ook rechtens aangerekend; ze wordt op zijn strafrechtelijke debet-rekening gezet. In het schuldoordeel wordt tot het afsluitend oordeel besloten dat tot aansprakelijkheid leidt.

13. Aangezien het strafrecht uitgaat van de tweevoudige presumptie, enerzijds dat in beginsel eenieder geacht wordt de wetten te kennen of althans de rechtsplicht heeft deze te kennen, en anderzijds dat eenieder in staat is om zich normconform te gedragen, *indiceert* een delictstypische en wederrechtelijke gedraging de schuld of de verwijtbaarheid. In het schuldoordeel worden deze presumpties op hun houdbaarheid getoetst, rekening houdend met de concrete dader binnen zijn concrete handelingscontext. Bij de beoordeling hiervan kan echter blijken dat er *schulduitsluitingsgronden* voorhanden zijn, zoals overmacht of onoverkomelijke dwaling, die schuld en derhalve de strafrechtelijke aansprakelijkheid uitsluiten.

§ 3. Het subject van de strafrechtelijke aansprakelijkheid

14. Het civiele recht kent de aansprakelijkheid van de rechtspersoon en de aansprakelijkheid voor andermans daden. In de huidige stand van het Belgisch strafrecht daarentegen, kunnen alleen fysieke personen strafrechtelijk aansprakelijk gesteld worden en heeft deze aansprakelijkheid een persoonlijk karakter.

A. Strafrechtelijke aansprakelijkheid en rechtspersoon

15. De vennootschapscommissaris opereert per definitie in het kader van de werking van rechtspersonen. Ten aanzien van de rechtspersoon heeft hij een specifieke taak, waaruit desgevallend een specifieke strafrechtelijke aansprakelijkheid kan voortvloeien, die relatief los staat van de problematiek van de strafbaarheid van misdrijven die gepleegd werden in de schoot van de rechtspersoon. De omstandigheid evenwel dat de commissaris-revisor als bedrijfsrevisor een rechtspersoon kan zijn (artikel 64, § 1, tweede lid Venn. w.), gevoegd bij de omstandigheid dat hij deelnemer kan zijn aan misdrijven die aan een rechtspersoon kunnen worden toegeschreven, wettigt enkele korte beschouwingen over de strafrechtelijke aansprakelijkheid en de rechtspersoon.

De problematiek van de aansprakelijkheid voor misdrijven gepleegd in de schoot van een rechtspersoon is in het bedrijfsleven dermate goed gekend, dat ik mij ontslagen mag ach-

ten om hier diep op in te gaan. Ik meen mij dan ook te mogen beperken tot de meest elementaire beginselen en overigens te verwijzen naar recente literatuur hierover¹⁵.

Kortweg komt het essentiële hierop neer dat sinds 1948¹⁶ door een constante rechtspraak van het Hof van Cassatie wordt aanvaard:

- 1) dat een rechtspersoon een misdrijf kan plegen;
- 2) dat hij daarvoor in de huidige stand van de wetgeving niet strafrechtelijk aansprakelijk gesteld kan worden;
- 3) dat dientengevolge de strafrechtelijke aansprakelijkheid alleen ontstaat in hoofde van de *natuurlijke persoon* of personen door wiens of wier toedoen of nalatigheid de rechtspersoon geacht moet worden te hebben gehandeld of te hebben nagelaten te handelen¹⁷.

Wanneer een rechtspersoon een misdrijf pleegt dan rust, volgens een constante cassatierechtspraak, de strafrechtelijke verantwoordelijkheid daarvoor op de natuurlijke personen, organen of aangestelden door wier toedoen hij is optreden; in geval van verzuim van een wettelijke verplichting, rust die verantwoordelijkheid op de natuurlijke personen, organen of aangestelden, die voor rekening van de rechtspersoon moeten optreden en dit niet hebben gedaan; de strafrechter oordeelt hierover op onaantastbare wijze¹⁸.

16. De rechter zal uiteraard gebonden zijn door de wet wanneer de wetgever zelf de personen of categorieën van personen aanwijst, aan wie een misdrijf moet worden toegerekend. In dat geval spreekt men van *wettelijke toerekening*¹⁹. De wettelijke toerekening is aan de orde in vele bijzondere strafwetten, vooral met betrekking tot sociale, economische of financiële materies. Zo worden bijvoorbeeld voor tal van strafbare inbreuken op de Vennootschappenwet wettelijk als strafbare personen aangewezen, naargelang het geval:

¹⁵ Zie bv. de hierna volgende publicaties en de daarin aangehaalde verdere bibliografische verwijzingen: DE NAUW, A., «La délinquance des personnes morales et l'attribution de l'infraction à une personne physique par le juge», noot onder Cass., 23 mei 1990, *R.C.J.B.*, 1992, p. 552-572; DERUYCK, F., «Societas delinquere non potest ... en wat dan nog ? Over het ontbreken van strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen naar Belgisch recht», *Panopticon*, 1991, p. 249-259; *id.*, «Over de problematiek van de rechtspersonen (en ermee gelijkgestelde groeperingen) in het strafrecht naar Belgisch en Duits recht: de administratieve weg ?», *R.W.*, 1990-91, p. 1251-1267; FAURE, M., *De strafrechtelijke toerekening van milieudelicten*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1992; HENNAU-HUBLET, C., «Les tendances du droit belge face à la délinquance des entreprises: status quaestionis», in *La criminalisation du comportement collectif. Criminal Liability of corporations*, Actes du XIV^e Congrès international de droit comparé (Athènes, 1994), Kluwer International Law/Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 131 e.v.; TRAESE, PH., «Strafrechtelijke toerekening van handelingen en feiten aan rechtspersonen», in *Handels-Economisch en Financieel Recht*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva, Gent, Mys en Breesch, 1995, p. 285-310.

¹⁶ Cass., 16 december 1948, *A.C.*, 1948, p. 638. De in dit arrest geponeerde beginselen werden reeds twee jaar eerder aan de orde gebracht, zie: Cass., 8 april 1946, *A.C.*, 1946, p. 137.

¹⁷ De huidige Minister van Justitie bereidt, in het voetspoor van zijn voorganger, een ontwerp van wet voor i.v.m. de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen. Zie, i.v.m. het eerdere wetsontwerp «Wathelet»: FAURE, M. en ROEF, D., «Naar een wettelijke formulering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon», *R.W.*, 1995-96, p. 417-432. Zie in dit verband ook: Wetsvoorstel van 19 december 1995 tot invoering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen, met aangepaste bedrijfsstraffen, *Parl.St.*, Kamer, zitt. 1995-1996, nr 333/1.

¹⁸ Cass., 29 maart 1994, *Arr.Cass.*, 1994, p. 328; zie ook: Cass., 26 maart 1991, *Arr.Cass.*, 1990-91, p. 794.

¹⁹ Zie over de verschillende vormen van toerekening, *in extenso*: LEGROS, R., «Le droit pénal dans l'entreprise», *J.T.T.*, 1977, p. 169-178; LEGROS, R., «Imputabilité pénale et entreprise économique», *R.D.P.*, 1968-69, p. 365-386. Zie ook: FAURE, M., *De strafrechtelijke toerekening van milieudelicten*, Antwerpen, Maklu, 1992 (151 p.).

bestuurders, zaakvoerders, commissarissen, leden van een comité van toezicht ...²⁰ In deze gevallen is het niet het feit zelf, doch de wet die de persoon of categorieën van personen aanwijst waaraan de rechter het misdrijf kan toerekenen.

Behalve in het geval van *strafbare deelneming* (artikel 66, 67 en 69 Sw.) zal de strafrechtelijke toerekening in dergelijke gevallen enkel kunnen gebeuren ten aanzien van de personen die limitatief in de wet worden opgesomd.

Voor de beoordeling van de vraag of iemand al dan niet de door de wet vereiste kwalificatie bezit, zal men zich minder laten leiden door juridische ficties of door de betekenis die deze kwalificatie heeft in andere rechtsdisciplines, dan wel door de feitelijke organisatie en de werking van de onderneming. Hier speelt de autonomie van het strafrecht²¹.

Daarenboven dient opgemerkt te worden dat allerhande technische en organisatorische behoeften binnen een bedrijf een bevoegdheidsdelegatie of een taakverdeling onontkoombaar kunnen maken, die, wanneer zij wettelijk of statutair toelaatbaar is, onder bepaalde voorwaarden de toerekening van een misdrijf aan één of meerdere personen die de hoedanigheid hebben die in de strafwet wordt vernoemd kan verhinderen. De persoon of personen die de hoedanigheid hebben die aanleiding kan geven tot strafrechtelijke aansprakelijkheid mogen immers steeds bewijzen dat hem of hen in concreto geen verwijt treft. De bevoegdheidsdelegatie en takenverdeling kunnen echter in beginsel niet voor gevolg hebben dat het misdrijf toegerekend wordt aan de personen die *de facto* of *de iure* niet de hoedanigheid hebben waarvan sprake in de wet, tenzij via de omweg van de strafbare deelneming (artikel 66, 67 en 69 Sw.). Dit is een toepassing van de regel dat, gelet op het openbare orde karakter van het strafrecht, men zich contractueel niet aan zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid kan onttrekken (artikel 6 B.W.), behoudens binnen de speelruimte die de strafwet daartoe openlaat.

Voor de bedrijfsrevisor die zich in zijn hoedanigheid van commissaris-revisor dikwijls door medewerkers zal moeten laten bijstaan²² is de vraag naar de strafrechtelijke mogelijkheden en beperktheden van delegatie en taakverdeling, en de invloed hiervan op zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid, uiteraard van groot belang. Daarop zal dan ook nog worden teruggekomen verder in de tekst.

B. (Geen) aansprakelijkheid voor andermans daden

17. Het burgerlijk recht kent, benevens de burgerlijke aansprakelijkheid voor de eigen daad (artikel 1382 en 1383 B.W.), de aansprakelijkheid voor andermans daad (artikel 1384 B.W.).

²⁰ Voor een korte analyse van de strafbepalingen m.b.t. de handelsvennootschappen, zie: DE BAUW, F., «De strafbepalingen van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen», *T.R.V.*, 1996, p. 15-36.

²¹ Het beginsel van de autonomie van het strafrecht werd zeer recent nog opnieuw verwoord door het Hof van Cassatie, dat in een geval van misbruik van vertrouwen besliste «dat de strafrechter - ook op civielrechtelijk gebied - kan oordelen aan de hand van begrippen die aan andere rechtstakken zijn ontleend zonder gehouden te zijn aan die begrippen de specifieke betekenis toe te kennen die zij in die andere rechtstakken hebben en zonder dit begrip te hanteren zoals dit in die andere rechtstakken wettelijk wordt geregeld». Cass., 27 maart 1995, *Arr.Cass.*, 1995, p. 351, met verwijzing in voetnoot (2) naar LEGROS, R., «Essai sur l'autonomie du droit pénal», *Rev.Dr. Pen.*, p. 143 e.v.

²² Artikel 64sexies, laatste lid Venn. w. bepaalt dat de commissarissen zich bij de uitoefening van hun taak, op hun kosten, doen bijstaan door aangestelden of andere personen voor wie zij instaan.

Wat daarentegen het strafrecht betreft, heeft het Hof van Cassatie in tal van arresten het persoonlijk karakter van de straffen een algemeen beginsel genoemd, dat geacht wordt geschonden te zijn wanneer de rechter de beklaagde tot een straf veroordeelt en daarbij aanneemt dat het bestrafte feit door iemand anders gepleegd kon zijn, of zonder te vermelden dat naar het oordeel van de rechter de beklaagde het hem ten laste gelegde feit heeft gepleegd, of nog: wanneer de rechter te kennen geeft, niet dat naar zijn oordeel die beklaagde het hem ten laste gelegde feit heeft gepleegd, maar dat hij hem strafbaar acht bij toepassing van een beweerd wettelijk schuldvermoeden²³.

Wanneer wij de strafbaarheid de *sanctionele vertaling* van strafrechtelijke aansprakelijkheid hebben genoemd, dan blijkt uit de geciteerde rechtspraak ten overvloede dat, anders dan in het burgerlijk recht, er geen strafrechtelijke aansprakelijkheid bestaat voor andermans daden. De strafrechtelijke aansprakelijkheid is een *persoonlijke* aansprakelijkheid, een aansprakelijkheid voor het eigen handelen of voor het eigen nalaten te handelen, minstens de niet-naleving van een *persoonlijke zorgvuldigheidsplicht*.

Het ontbreken van strafrechtelijke aansprakelijkheid voor andermans gedraging staat evenwel niet in de weg dat iemand aansprakelijk kan zijn voor een misdrijf, waarvan de materialiteit van de feiten door een derde tot stand werd gebracht. In tal van gevallen, meer bepaald bij wettelijke toerekening, stelt de strafwet immers personen strafrechtelijk aansprakelijk voor de naleving of het doen naleven van strafrechtelijk gesanctioneerde voorschriften. Dat alsdan de materialiteit van een strafbaar feit door toedoen van een derde tot stand kwam, is geen wezenlijk beletsel om tot een strafrechtelijke aansprakelijkheid te besluiten van de personen op wie de strafrechtelijk gesanctioneerde zorgvuldigheidsplicht berustte tot naleving of tot het doen naleven van de strafrechtelijk voorgeschreven handeling of onthouding. Er zou in deze gevallen hoogstens gewag gemaakt kunnen worden van een *pseudo-aansprakelijkheid* voor andermans daad²⁴; maar deze pseudo-aansprakelijkheid voor andermans daden blijft wezenlijk een persoonlijke aansprakelijkheid voor de eigen fout, met name de schending van een persoonlijke zorgvuldigheidsplicht.

§ 4. De gevolgen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid

18. Strafrechtelijke aansprakelijkheid legitimeert de mogelijkheid om *straffen* (en maatregelen) uit te spreken, de typische strafrechtelijke gevolgen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Naar Belgisch recht kunnen alléén die straffen (en maatregelen) uitgesproken worden die bepaald zijn voor het misdrijf of de misdrijven waarvoor men schuldig wordt verklaard. Ook de straffen zijn gebonden aan het reeds geciteerde legaliteitsbeginsel: (*nullum crimen*) *nulla poena sine lege*.

Voor de toepassing van de straffen is de wettelijke kwalificatie van het misdrijf waarvoor men veroordeeld wordt van kapitaal belang. Zo zal een veroordeling voor valsheid in private geschriften (artikel 196 Sw.) aanleiding kunnen geven tot een verplichte (artikel 32 Sw.) of facultatieve (artikel 84 Sw.) veroordeling tot een ontzetting uit de burgerlijke en politieke rechten. Een fiscale valsheid in geschriften (bijvoorbeeld artikel 450 W.I.B.) daarentegen laat

²³ Cass. 4 februari 1992, A.C., 1991-92, p. 514; Cass., 3 november 1992, A.C., 1991-92, p. 1275; Cass., 26 oktober 1994, A.C., 1994, p. 882, met verwijzing naar eerdere arresten.

²⁴ In deze zin: JEANDIER, W., *Droit pénal général*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, nr. 306.

een dergelijke veroordeling niet toe, maar wel de mogelijkheid tot het uitspreken van een verbod om bijzondere categorieën van beroepen uit te oefenen (bijvoorbeeld artikel 455 W.I.B.). Een overtreding van artikel 17 van de wet van 17 juli 1975 op de boekhouding en de jaarrekening van ondernemingen, voorziet noch in de mogelijkheid tot ontzetting uit de burgerlijke rechten, noch de sanctie van enig beroepsverbod als bijkomende straf.

19. Uit een en ander volgt dat het niet onverschillig is op grond van welke strafbepaling iemand veroordeeld wordt. Deze beschouwing geldt ook voor de *burgerlijke gevolgen* die uit strafrechtelijke veroordelingen kunnen voortvloeien. Bij een veroordeling wegens valsheid in een privaat geschrift (artikel 196 Sw.) bestaat geen mogelijkheid om de burgerlijk aansprakelijke persoon te veroordelen tot betaling van de boeten en de gerechtskosten die tegen hun gemachtigden, bestuurders, zaakvoerders of vereffenaars zijn uitgesproken, bij gebreke aan een bijzondere wettekst. In het geval van fiscale fraude is dit wel het geval (zie bijvoorbeeld artikel 458 W.I.B.). De wettekst zal hier telkens bepalend zijn voor de mogelijkheid van burgerlijke veroordelingen van anderen dan de strafrechtelijk veroordeelden voor een specifiek misdrijf.

20. In het geval van strafrechtelijke aansprakelijkheid, is de rechtsvordering tot *herstel van de schade* door het misdrijf veroorzaakt, wat de verjaring betreft, in beginsel onderworpen aan de regel vervat in artikel 26 V.T. Sv. Dit artikel bepaalt dat de burgerlijke rechtsvordering volgend uit een misdrijf, verjaart door verloop van vijf jaren te rekenen van de dag waarop het misdrijf gepleegd is, met dien verstande dat zij niet kan verjaren vooraleer de strafvordering verjaard is.

In een recent arrest van het Arbitragehof van 21 maart 1995 werd deze bepaling strijdig geacht met artikel 10 en 11 van de Grondwet, op grond van de reden dat de betrokken bepaling, in het licht van het verbod van discriminatie en het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, hen die door een fout schade lijden in een niet te verantwoorden merkkelijk ongunstiger positie brengt wanneer die fout een misdrijf uitmaakt, dan wanneer dit niet het geval (in welke geval in beginsel de 30-jarige termijn geldt)²⁵.

Met Ph. TRAEST dient aangenomen te worden dat waar de termijn overeenkomstig de regelen van het burgerlijk recht minder dan vijf jaar bedraagt (zoals bijvoorbeeld in artikel 15 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978), het slachtoffer nog steeds een beroep kan doen op de vijfjarige termijn die hem door artikel 26 V.T. Sv. wordt toegemeten²⁶. Ons inziens blijft artikel 26 V.T. Sv. dan ook onverkort gelden voor burgerlijke rechtsvorderingen voortvloeiend uit misdrijven die door een commissaris-revisor werden gepleegd wegens verrichtingen in verband met zijn taak, met dien verstande dat de door artikel 26 Voorafgaande Titel Sv. bedoelde termijn van vijf jaar in dat geval, bij toepassing van artikel 194, vijfde lid, Venn. w. slechts begint te lopen vanaf de ontdekking van de (wederrechtelijke) verrichting wanneer zij verborgen werden gehouden.

²⁵ Arbitragehof, 21 maart 1995, *R.W.*, 1994-95, noot TRAEST, Ph., «De verjaring van de burgerlijke vordering voortvloeiend uit een misdrijf: de geschiedenis van de onzekere toekomst (1325-1329). Zie hierover ook: FONTAINE, M. & FAGNART, J., «Réflexions sur la prescription des actions en responsabilité», *R.G.A.R.*, 1995, nr. 12.502 (8p.).

²⁶ TRAEST, Ph., *op.cit.*, p. 1328.

Artikel 26 V.T. Sv. blijft o.i. in zoverre onaangetast dat deze vordering niet kan verjaren vooraleer de strafvordering verjaard is.

Hoofdstuk II: Strafbepalingen waarmee de commissaris-revisor in aanvaring kan komen: een exemplatief overzicht

21. Hoger werd betoogd:

- 1) dat de commissaris-revisor opereert in een actieveld dat door steeds toenemende strafwetgeving of door toename van dwingende bepalingen die bij niet-naleving onder het bereik van reeds bestaande strafbepalingen vallen, als het ware getransformeerd is tot een strafrechtelijk mijnenveld, en
- 2) dat de mogelijkheden om met het strafrecht in aanraking te komen des te reëler zijn geworden ingevolge de toename van grootschalige fiscale fraude en georganiseerde financieel-economische criminaliteit in het bedrijfsleven, waarin de commissaris-revisor belangrijke taken vervult.

In voorliggend hoofdstuk wordt een *exemplatieve* opsomming gegeven van misdrijven waaraan de commissaris-revisor zich kan schuldig maken, teneinde te demonstreren – zoals hoger betoogd – dat binnen het bestek van deze bijdrage noodzakelijkerwijze een keuze gemaakt moet worden uit een *quasi* onbeperkt aantal mogelijke relevante thema's in het perspectief van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris-revisor.

A. De commissaris-revisor als expliciete normadressaat van de strafwet

22. In de strafwetgeving (vooral in het kader van de vennootschappenwet)²⁷ worden een aantal misdrijven omschreven waarbij de hoedanigheid van commissaris-revisor een constitutief element van het misdrijf is.

Omdat bij dergelijke strafbepalingen de commissaris-revisor *qualitate qua*, naargelang het geval al dan niet samen met anderen, rechtstreekse normadressaat is van de strafwet, is het passend om deze strafbepalingen in het kort onder de aandacht te brengen.

1. Niet-naleving van verplichting tot bijeenroeping van de algemene vergadering

23. Artikel 201, 5° Venn. w. stelt strafbaar met een geldboete van 50 tot 10.000 frank, «de zaakvoerders, bestuurders, commissarissen of vereffenaars die verzuimen de algemene vergadering bedoeld in artikel 73, tweede lid, en 91, bijeen te roepen binnen de drie weken na het hun gedane verzoek».

Wanneer de commissarissen-revisoren daartoe verzocht worden door aandeelhouders die een vijfde van het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigen, dan zijn zij krachtens artikel 73, tweede lid, Venn. w. verplicht de algemene vergadering van de N.V. bijeen te roepen. Dezelfde verplichting geldt ook voor de C.V.A (artikel 107 Venn. w.).

²⁷ Voor een beknopt overzicht van de strafbepalingen in de vennootschappenwet, zie: De Bauw, F., «De strafbepalingen van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen», *T.R.V.*, 1996, p. 15-36.

Krachtens artikel 91, tweede lid, Venn. w. bestaat een analoge verplichting in het kader van de N.V., de C.V.A. (artikel 107 Venn. w.) en de B.V.B.A. (artikel 131, tweede lid Venn. w.), wanneer de obligatiehouders die een vijfde van het bedrag der in omloop zijnde effecten vertegenwoordigen het vragen.

Het misdrijf is een *omissiedelict* dat erin bestaat om een termijn van drie weken te laten verstrijken, zonder aan die bijeenroepingsplicht te voldoen.

2. Niet-naleving van de regels m.b.t de bezoldiging van de commissarissen

24. Artikel 204, 5° Venn. w. stelt strafbaar met een gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met geldboete van vijftig tot tienduizend frank of met één van die straffen alleen «*de bestuurders en commissarissen die artikel 64ter overtreden*».

Dit misdrijf heeft betrekking op de miskennen van de dwingende bezoldigingsregels die in artikel 64ter Venn. w., tot vrijwaring van hun onafhankelijkheid ten aanzien van de vennootschap, m.b.t. de bezoldiging van de commissarissen-revisoren zijn bepaald.

De in artikel 64ter uitgewerkte bezoldigingsregeling geldt niet alleen binnen de N.V.'s, maar is ook van toepassing voor de C.V.A. (artikel 107 Venn. w.), de B.V.B.A (artikel 134 Venn. w.) en de C.V.B.A. (artikel 147octies, § 1, Venn. w.).

3. Verkrijgen (door aankoop of ruil) of in pand nemen door de vennootschap van eigen aandelen in strijd met het vennootschappenrecht

25. Artikel 206, eerste lid, Venn. w. stelt strafbaar met een geldboete van vijftig frank tot tienduizend frank en met een gevangenisstraf van een maand tot een jaar «*zij die als bestuurder, commissaris, zaakvoerder of...*», bij het verkrijgen door aankoop of ruil of bij het in pand nemen door de vennootschap van eigen aandelen, de desbetreffende vennootschapsrechtelijke bepalingen overtreden: voor de N.V's, de artikelen 52bis of 52quater, in zover dit naar artikel 52bis verwijst; voor de B.V.B.A.'s de artikelen 128bis of 128quater, in zover dit naar artikel 128bis verwijst²⁸.

4. Verbod van geldstortingen op aandelen op kosten van de vennootschap en fictieve geldstortingen op ingeschreven aandelen

26. Artikel 206, eerste lid, *in fine*, Venn. w. stelt strafbaar met een geldboete van vijftig frank tot tienduizend frank of met een van die straffen alleen «*zij die als bestuurder, commissaris, zaakvoerder of...* door enig middel op kosten van de vennootschap geldstortingen op aandelen doen of geldstortingen als gedaan erkennen die niet werkelijk gedaan zijn op de voorgeschreven wijze en tijdstippen».

Deze strafbepalingen hebben betrekking op alle door de Vennootschappenwet erkende vennootschappen. Volgens F. DE BAUW worden met geldstortingen bedoeld, deze die

²⁸ Zie, over de verkrijging van eigen aandelen de bibliografische verwijzingen aangehaald door DE BAUW, F., «De strafbepalingen van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen», *TRV*, 1996, (15), onder voetnoot 75 op p. 33.

werden gedaan (of die beweerdelijk werden gedaan) als gevolg op inschrijvingen, ongeacht of ingetekend werd in geld of door een inbreng in natura²⁹.

5. Schending beroepsgeheim

27. Aangezien krachtens de vennootschappenwet een commissaris-revisor een bedrijfsrevisor moet zijn, is artikel 27, tweede lid, Wet van 22 juli 1953 houdende oprichting van een Instituut der bedrijfsrevisoren (zoals vervangen bij artikel 61, A, W. 21 februari 1985, *B.S.*, 28 februari 1985), dat de schending van het beroepsgeheim strafbaar stelt in hoofde van de bedrijfsrevisoren, uiteraard van toepassing op de commissaris-revisor. Zoals reeds eerder werd betoogd werd de problematiek van dit beroepsgeheim reeds herhaaldelijk en uitvoerig behandeld²³⁴. Om deze reden komen wij op deze problematiek niet meer terug.

6. Inbreuken op artikel 17, derde lid, Wet van 17 juli 1975 op de boekhouding en de jaarrekening van de ondernemingen (zie hierover infra)

B. Gemeenrechtelijke misdrijven

28. *Legio* zijn de gemeenrechtelijke en andere misdrijven waaraan een commissaris-revisor zich bij de uitoefening van zijn professionele activiteiten schuldig kan maken, hetzij als dader, hetzij als deelnemer. Wij beperken ons hierna tot de opsomming van enkele van de belangrijkste.

1. **Valsheid in geschriften en gebruik van valse stukken** (artikel 193 e.v. Sw), naargelang de casus te kwalificeren als een bijzondere vorm van valsheid in geschriften, zoals bijvoorbeeld (deelneming aan) valsheid in de jaarrekeningen en gebruik van de valse akte (artikel 207-209 Venn. w.), of fiscale valsheid in geschriften en gebruik (artikel 450 W.I.B. en overeenkomstige bepalingen in de andere fiscale wetboeken). Hierover verder meer *infra*, nrs 34 e.v.

2. (Deelneming aan) **heling en witwassen** van geld en illegale vermogensvoordelen (artikel 505 Sw., zoals laatstelijk vervangen bij artikel 7 W. 7 april 1995, *B.S.*, 10 mei 1995)³¹.

3. (Deelneming aan) **bedrieglijke bankbreuk** (artikel 489 Sw.), **bedrieglijk onvermogen** (artikel 490bis Sw.), **misbruik van vertrouwen** (artikel 491 Sw.) of **oplichting** (496 Sw.).

29. Zoals eerder betoogd dringt zich een selectie op. Gelet op de relevantie hiervan voor de strafrechtelijke aansprakelijkheidsproblematiek, wordt hierna vooral aandacht besteed aan het leerstuk van de valsheid in geschriften en aan de daarmee in verband te brengen straf-

²⁹ DEBAUW, F., op.cit., p. 18.

³⁰ Zie de verwijzingen aangehaald in voetnoot 6.

³¹ Hierover bestaan vele recente commentaren, zie o.m. de bibliografie op p. 285 e.v. in het boek van VAN ROOSBROECK, A., *Voorkoming en bestraffing van witwassen van geld en illegale vermogensvoordelen*, Antwerpen, ETL, 1995; *adde*: HELLEMANS, F., «Het witwassen van geld en de beroepsbeoefenaar», in STORME, M. e.a. (ed), *Handels-Economisch en Financieel Recht*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva, Gent, Mys en Breesch, 1995, p. 483-518; BERCKMOES, H., VANDAELE, R., DE BIE, B., *Misdaad loont niet (meer). Over de bijzondere verbeurdverklaring van vermogensvoordelen en de bestrijding van het witwassen*, Brussel, Politeia, 1994, 173 p.

rechtelijke inbreuken op de bepalingen van de wet van 17 juli 1975 op de boekhouding en de jaarrekeningen van de ondernemingen.

Hoofdstuk III: Boekhoudrecht: Inbreuken op artikel 17, derde lid, jaarrekeningwet

30. Het is binnen het bestek van deze bijdrage niet mogelijk uitvoerig in te gaan op de strafbepalingen die voorkomen in artikel 17 van de Wet van 17 juli 1975 op de boekhouding en de jaarrekening van de ondernemingen, hierna kortweg de Jaarrekeningenwet genoemd, en die overigens reeds het voorwerp hebben uitgemaakt van talrijke commentaren³².

Wij beperken ons hierna dan ook tot een summiere bespreking van de bepalingen die de commissaris-revisor rechtstreeks aanbelangen en die naar ons oordeel, gelet op de lage drempel voor de strafbaarheid, van alle strafbepalingen die de commissaris-revisor rechtstreeks tot normadressaat hebben hem in strafrechtelijk perspectief het meest kwetsbaar maken.

31. Artikel 17, derde lid, eerste zin, Jaarrekeningenwet bepaalt o.m. dat gestraft wordt «met geldboete van vijftig frank tot tienduizend frank, hij die ... als *commissaris-revisor* ... rekeningen, jaarrekeningen, balansen en resultatenrekeningen of geconsolideerde rekeningen van ondernemingen attesteert of goedkeurt, terwijl niet is voldaan aan de in het eerste lid (van artikel 17) genoemde bepalingen, en hij daarvan kennis heeft of niet heeft gedaan wat hij had moeten doen om zich te vergewissen of aan die bepalingen voldaan is».

De in het eerste lid bedoelde in acht te nemen bepalingen hebben o.m. betrekking op: de verplichting om een boekhouding te voeren, aangepast aan de aard en de omvang van de activiteiten van de onderneming (artikel 2); de verplichting een boekhouding te voeren die een aantal vermeldingen dient te bevatten (artikel 3, eerste en derde lid); de verplichting om een bepaald stelsel van boekhouding te voeren (artikel 4); verplichtingen i.v.m. verantwoordingsstukken (artikel 6); verplichtingen i.v.m. de inventaris en de jaarrekening (artikel 7); verplichtingen in verband met de inhoudelijke eisen van de boeken en de verplichte bewaringstijd (artikel 8 en 9). De in het eerste lid bedoelde in acht te nemen bepalingen hebben verder ook betrekking op de besluiten tot uitvoering van de Jaarrekeningenwet, zoals bijvoorbeeld betreffende de maatstaven voor de waardering van de inventaris alsmede de

³² Zie bv.: DE BLUTS, A & RUTTIENS, A., «Aspect pénal de la loi relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises», *R.B.S.C.*, 1977, nr. 4, p. 195 e.v.; DERUYCK, F., «De strafbepalingen in de Wet van 17 juli 1975 m.b.t. de boekhouding en de jaarrekening van ondernemingen», in *Liber Amicorum Paul de Vroede*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, p. 609-629; DUPLAT, J.L., «Aspects nouveaux du droit de la banqueroute, du droit pénal comptable et du droit des sociétés commerciales», in *L'évolution récente du droit commercial et économique*, éd. Jeune Bareau, Bruxelles, 1978, (367), p. 367-377; DUPONT, L., «De strafrechtelijke aansprakelijkheid van boekhouders, hulpboekhouders en accountants, en de wet van 17 juli 1975 met betrekking tot de boekhouding en de jaarrekeningen van de ondernemingen», *Tijdschr. Acc. Boekh.*, 1979, p. 23-35; TROISFONTAINES, P., «La responsabilité des dirigeants d'entreprise: aspects du droit pénal comptable», *Ann. Dr. Louv.*, T. XLIII, 1-2/1983, p. 53-58; TROISFONTAINES, P., «Les dispositions pénales de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises», in *Droit Comptable*, Bruxelles-Bruges, La Chartre, 1985, p. 76-111; VAN HORENBEEK, W., «De penale aansprakelijkheid wegens overtreding van de wet met betrekking tot de boekhouding en de jaarrekeningen van de ondernemingen», *R.W.*, 1975-76, p. 1966-1975.

vorm en de inhoud van de jaarrekening (artikel 7, vierde lid) of betreffende de vorm en de inhoud van de balans, de resultatenrekening en de toelichting (artikel 10).

Tot het geheel van de in acht te nemen verplichtingen behoren derhalve ook een aantal wettelijke bepalingen die dwingend zijn voor de wijze waarop de boekhouding moet worden gevoerd, zoals de verplichting om in de jaarrekeningen een getrouw beeld te geven van het vermogen, de financiële positie en het resultaat van de onderneming, zoals bepaald in artikel 3, eerste lid, K.B. 8 oktober 1976 met betrekking tot de jaarrekening van de ondernemingen (B.S. 19 oktober 1976).

De *delictstypiciteit* van het in artikel 17, derde lid, eerste zin, Jaarrekeningenwet beteugelde misdrijf bestaat erin, de wettelijke bepaalde, niet-normconforme geschriften te attesteren of goed te keuren³³, hetzij met kennis van zaken, hetzij uit een onwetendheid die voortvloeit uit een tekortkoming aan een zorgvuldigheidsplicht.

Deze strafbepaling zal derhalve van toepassing kunnen zijn in vele situaties waarbij de commissaris-revisor in gebreke gebleven is de zorgvuldigheidsnormen in acht te nemen waarvan de schending tevens zijn burgerrechtelijke aansprakelijkheid in het gedrang kan brengen³⁴.

32. Artikel 17, derde lid, eerste zin, Jaarrekeningenwet is, ter illustratie van de problematiek van de strafbaarheid van de rechtspersonen, een pertinent voorbeeld van de hoger toegeleichte wettelijke toerekening.

Wettelijke toerekening impliceert echter geenszins dat de natuurlijke persoon aan wie een misdrijf wettelijk kan worden toegerekend, zoals in casu de commissaris-revisor, noodzakelijkerwijze strafrechtelijk aansprakelijk gesteld zal kunnen worden. Er zal altijd dienen bewezen te worden dat hij een zorgvuldigheidsnorm heeft gekrenkt. Zo kan aangenomen worden, op grond van artikel 64sexies, laatste lid, Venn. w., dat bepaalt dat commissarissen zich bij de uitoefening van hun taak, op hun kosten, kunnen doen bijstaan door aangestelden of andere personen voor wie zij instaan, dat de commissaris-revisor controletaken die aan de attestatie of de goedkeuring van de kwestieuze geschriften voorafgaan, kan *delegeren*. In het geval dat aangetoond kan worden dat de delegatie oordeelkundig is gebeurd, met kennis van de bevoegdheid en de bekwaamheid van de gedelegeerde, en op grond van een legitiem vertrouwen in diens zorgvuldig optreden, dan zal ingeval van onzorgvuldigheid van de gedelegeerde, de commissaris-revisor zelf zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen betwisten door pogen aan te tonen dat hijzelf geen enkele zorgvuldigheidplicht heeft geschonden. Zelfs al zou hij civielrechtelijk aansprakelijk blijven voor daden van zijn

³³ In de rechtsleer wordt er op gewezen dat de wetgever nagelaten heeft te preciseren wat onder «attesteren of goedkeuren» dient verstaan te worden. Volgens W. VANHORENBEECK kan «attesteren» gelijkgesteld worden met certifiëren, waarmerken of voor juist en oprecht verklaren, en dient onder «goedkeuren» verstaan te worden: een goedkeurende verklaring afgeven (zonder voorbehoud). Attestatie houdt volgens hem niet alleen de goedkeuring in van de onderzochte stukken, doch ook de bevestiging dat zij zonder voorbehoud juist zijn. Zie: VANHORENBEECK, W., op. cit., 1971.

³⁴ Over de identiteit tussen het strafrechtelijk en civielrechtelijk foutbegrip bestaat in de huidige stand van het Belgisch recht een zeer uitvoerige literatuur. Zie hiervoor o.m. de literatuur aangehaald door DELVAUX, P.H. & SCHAMPS, G., «Les enjeux d'une dissociation des fautes pénale et civile», in *Le défaut de prévoyance à l'épreuve des faits et du droit* (themanummer), *Rev. Dr. Pén.*, 1994, 3-4, p. 237-249; zie ook: DELVAUX, P.H. & SCHAMPS, G., «Unité ou dualité des fautes pénales et civiles: les enjeux d'une controverse», *R.G.A.R.*, 1991, p. 11795.

aangestelde, dan blijft de basisregel van het strafrecht overeind, dat men niet strafrechtelijk aansprakelijk kan zijn voor andermans daad, minstens dat men een persoonlijke zorgvuldigheidsplicht moet hebben geschonden.

33. *In fine* van artikel 17, derde lid, Jaarrekeningenwet, wordt bepaald dat hij (... de commissaris-revisor ...) gestraft wordt met gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met geldboete van vijftig tot tienduizend frank of met één van deze straffen alleen, als hij met *bedrieglijk opzet* gehandeld heeft.

Bij een inbreuk op deze strafbepaling kan, in de vele denkbare hypothesen, gewag gemaakt worden van valsheid in geschriften, zodat in dat geval de vraag rijst of wij alsdan voor een geval van eendaadse samenloop staan (inbreuk op artikel 196 Sw. én op artikel 17, derde lid, *in fine* Jaarrekeningenwet), dan wel voor een situatie waarbij aangenomen moet worden dat artikel 17, derde lid, *in fine*, Jaarrekeningenwet de toepassing van artikel 196 Sw. uitsluit (zie *hierover infra*, nrs. 65-66).

Hoofdstuk IV: De schriftelijke verslaggeving door de commissaris-revisor en valsheid in geschriften

Situering

34. Sedert de wet van 21 februari 1985 «tot hervorming van het bedrijfsrevisoraat» (B.S., 28 februari 1985) is de functie van vennootschapscommissaris exclusief voorbehouden aan de leden, zowel natuurlijke personen als rechtspersonen, van het Instituut der Bedrijfsrevisoren, die in die hoedanigheid de titel voeren van commissaris-revisor (artikel 64, § 1, tweede lid, Venn. w.).

De opdrachten en de taken van de commissaris-(bedrijfs)revisor werden reeds herhaaldelijk en op velerlei wijzen omschreven. Hoe verscheiden de formuleringen hiervan ook moge zijn, steeds weer wordt de nadruk gelegd op de in de wet of krachtens de wet gefundeerde roeping van de bedrijfsrevisor om in zijn hoedanigheid van commissaris-revisor, als *onafhankelijk deskundige*, in de ondernemingen waarin hij wordt aangesteld, controle-opdrachten uit te voeren en hierover ten aanzien van derden *verslag* uit te brengen, doorgaans bij wege van een oordeel over-, of bij wijze van een attestatie of een certificatie van de getrouwheid van de door hem gecontroleerde, boekhoudkundige of financiële informatie.

Eén en ander blijkt ten overvloede uit de samenlezing van het eerste lid van artikel 64, § 1, Venn. w.³⁵, dat de belangrijkste algemene opdracht formuleert die aan de commissaris-revisor door de Vennootschappenwet wordt toevertrouwd, artikel 65 Venn. w.³⁶, dat via de bepalingen betreffende de inhoud van het door hem uit te brengen *omstandig schriftelijk*

³⁵ Zoals vervangen door artikel 9 W. 21 februari 1985 «tot hervorming van het bedrijfsrevisoraat», B.S., 28 februari 1985.

³⁶ Zoals gewijzigd door artikel 22 W. 5 december 1984 (B.S., 12 december 1984) en artikel 17 W. 21 februari 1985 (B.S., 28 februari 1985).

verslag deze opdracht nader preciseert³⁷, en artikel 64bis Venn. w., dat het beginsel van de onafhankelijkheid garandeert, overeenkomstig de regels die gelden voor het beroep van bedrijfsrevisor. Behoudens de artikelen 64 en 65 Venn. w., zijn er nog tal van andere vennootschapsrechtelijke of andere wettelijke bepalingen die aan de commissaris-revisor een algemene³⁸ of bijzondere³⁹ schriftelijke verslaggevingsplicht opleggen.

In het licht van deze bepalingen kan de commissaris-revisor o.m. gekwalificeerd worden als «een professionele verslaggever die op grond van zijn onafhankelijke deskundigheid geroepen is om het vertrouwen van derden in de geloofwaardigheid of betrouwbaarheid van bedrijfsfinanciële informatie of van boekhoudkundige stukken te ondersteunen of te versterken»⁴⁰.

35. Er lijkt dan ook een verrassende overeenkomst te bestaan tussen de functie van de vennootschapscommissaris-bedrijfsrevisor, in zoverre hij geroepen is om als onafhankelijk deskundige het maatschappelijk vertrouwen in bepaalde bedrijfsfinanciële en boekhoudkundige informatie te ondersteunen of te versterken enerzijds, en de grondslag voor de strafbaarstelling van valsheid in geschriften anderzijds.

Naar Belgisch recht is valsheid in geschriften immers een misdrijf dat door de strafwetgever gerangschikt werd onder de misdrijven tegen de *openbare trouw*⁴¹. Openbare trouw klinkt als een oubollig woord. Het betekent gewoon: het vertrouwen (in de geloofwaardigheid van geschriften) dat voor een behoorlijk functioneren van de rechtsbetrekkingen in de samenleving noodzakelijk is. Het Hof van Cassatie heeft overigens van het woord «openbaar», in de uitdrukking «openbare trouw» een uitstekende moderne vertaling gegeven: «*in het gewone maatschappelijke verkeer*»⁴². En ook het «vertrouwen» waar het om gaat m.b.t. geschriften werd door het Hof van Cassatie herhaaldelijk in eigentijdse woorden toegelicht, waarbij uit-

³⁷ Van toepassing op de N.V.; krachtens artikel 107 van toepassing op de C.V.A.; krachtens artikel 134 van toepassing op de B.V.B.A.; krachtens artikel 147octies van toepassing op de C.V.A.; en krachtens artikel 10 K.B. van 12 september 1983 tot uitvoering van de wet van 17 juli 1975 op de boekhouding en de jaarrekeningen van de ondernemingen (B.S., 28 september 1983) van toepassing op de vennootschappen naar Belgisch recht die opgericht zijn als V.O.F., gewone commanditaire vennootschap of coöperatieve vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid, behoudens de uitzonderingen in dat artikel bepaald.

³⁸ Zie in het bijzonder artikel 15bis en 15ter, § 1 van de wet van 20 september 1948 houdende de organisatie van het bedrijfsleven, zoals ingevoegd door artikel 1 en 2 van de wet van 21 februari (B.S., 28 februari 1985).

³⁹ Voor een opsomming van bijzondere verslaggevingsopdrachten die door de vennootschappenwet aan de commissaris-revisor worden toevertrouwd, zie VAN OEVELEN, A., «De rol en de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris-revisor», op.cit., p. 265-270.

⁴⁰ «De bedrijfsrevisor is door de wetgever (derhalve) gekwalificeerd als een vertrouwenspersoon, die aan deze stukken een geloofwaardigheid hecht die vergelijkbaar is met die welke verbonden is aan de certificering door een beëdigd deskundige», aldus VAN OEVELEN, A., «De rol en de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris-revisor», op.cit., p. 235.

Of nog: «De functie van bedrijfsrevisor is te definiëren als: een onafhankelijk deskundige die een getrouwheidsoordeel uitbrengt omtrent door ondernemingen verstrekte informatie van financieel-economische aard», aldus: GROFFILS, W. en VAN PASSEL, H., «De bedrijfsrevisor en zijn controletaak», A & B, 1993/4, p. 16.

⁴¹ «Valsheid in geschriften en in telegrammen», is het opschrift van hoofdstuk IV, dat deel uitmaakt van Titel III van Boek II Sw., dat strafbaar stelt «Misdaden en wanbedrijven tegen de openbare trouw». Zie hierover in extenso, VANHALEWIJN, J., «Valsheid in geschriften, misdrijf tegen de openbare trouw», *Liber amicorum R. Victor*, II, Antwerpen, Kluwer, II, 1973, p. 1185-1190.

⁴² Cass., 5 oktober 1982, Arr.Cass., 1982-83, p. 185.

drukkingen gebruikt worden als: «het vermoeden van waarachtigheid», «geloofwaardigheid»⁴³, of nog: «van aard om te overtuigen van de juistheid of de echtheid»⁴⁴.

De grondslag voor de strafbaarstelling van valsheid in geschriften is het voor het rechtsverkeer noodzakelijk vertrouwen in de echtheid en de juistheid van bepaalde geschriften of van de handelingen of feiten die zij vaststellen.

Het spreekt dan ook vanzelf dat wanneer de schriftelijke verslaggeving door de commissaris-revisor ertoe moet bijdragen het vertrouwen in de geloofwaardigheid van bepaalde bedrijfseconomische of boekhoudkundige informatie te ondersteunen, deze verslaggeving zelf vertrouwenswaardig moet zijn. Is dat niet het geval dan dreigt de verslaggever terecht te komen in de schietbaan van de sancties waarmee de valsheid in geschriften strafbaar wordt gesteld tot bescherming van het vertrouwen dat in bepaalde geschriften noodzakelijkerwijze moet kunnen worden gesteld.

§ 1. Valsheid in geschriften: een summiere voorstelling⁴⁵

36. Valsheid in geschriften en gebruik van valse stukken worden strafbaar gesteld door de artikelen 193 e.v. Sw., die de gemeenrechtelijke bepalingen in verband met de valsheid in geschriften bevatten.

Daarnaast bestaan tal van bijzondere strafwetten, die bepaalde vormen van valsheid in geschriften of valsheden in bijzondere geschriften strafbaar stellen. Zo kunnen bijvoorbeeld de valsheden in vennootschapsgeschriften, naargelang het geval exclusief of cumulatief, onder de toepassing vallen van de gemeenrechtelijke bepalingen van de artikelen 193 e.v. Sw., de bepalingen i.v.m. de fiscale valsheden in geschriften⁴⁶ de artikelen 204, 1° en de artikelen 207-210 Venn. w. in verband met de valsheid in de jaarrekeningen, of artikel 17, derde lid, Jaarrekeningenwet van 17 juli 1975.

Strafrechtelijk ontstaat dan het relatief complexe probleem van de juridische kwalificatie, waarbij bepaald moet worden of men staat voor een geval van eendaadse samenloop (artikel 65 Sw.: één feit en meerdere kwalificaties) dan wel voor een geval waarbij de bijzondere wet de algemene wet uitsluit: *generi per speciem derogatur*. In § 5 gaan wij dieper in op deze problematiek. Doch eerst maken wij kennis met de constitutieve bestanddelen van de gemeenrechtelijke valsheid in geschriften, die de *genus* is van de valsheid in geschriften waarvan andere modaliteiten een *species* zijn.

⁴³ Cass., 18 juni 1985, *Arr.Cass.*, 1984-85, p. 1445.

⁴⁴ Cass., 27 maart 1985, *Arr.Cass.*, 1984-85, p. 1037.

⁴⁵ Voor een uitvoerige analyse, zie: DUPONT, L., «Valsheid in geschriften», in DE PEUTER, J. e.a., *Bijzonder strafrecht voor rechtspractici*, Leuven, Acco, 1990, p. 137-188; MARCHAL, A., «Faux commis dans les écritures et les dépêches télégraphiques», in *les Nouvelles, Droit pénal*, II, Brussel, Larcier, 1967, p. 399-623; RIGAUX, M. & TROUSSE, P.E., «Le faux en écritures», in *Les crimes et les délits du Code pénal*, II, Brussel, Bruylant, 1957, 541 p.; MARCHAL, A. & JASPAR, J.P., *Droit criminel. Traité théorique et pratique*, Brussel, Larcier, 1975, 3de uitg., p. 124-236; VANHALEWYN, J. & DUPONT, L., *Valsheid in geschriften*, A.P.R., Gent-Leuven, Story-Scientia, 1975, 252 p.

⁴⁶ Artikel 450 W.I.B., artikel 3 W.I.G.B., artikel 73bis W.B.T.W., artikel 207bis W.Z.G.T., artikel 206bis W.R., artikel 133bis W. Succ., en artikel 66bis W.Z.. Zie hierover: DUPONT, L., «Fiscale valsheid in geschriften», in DUPONT, L. & VANISTENDAELE, F., *Strafrecht en belastingrecht*, Acta Falconis, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, nr 83/5, 1983, p. 87-137.

37. Bij gebreke aan een wettelijke definitie van de gemeenrechtelijke valsheid in geschriften werd door de rechtsleer op grond van de bepalingen van de artikelen 193 e.v. Sw., steunend op de parlementaire voorbereiding van deze wetsartikelen en voortbouwend op de rechtspraak, een definitie van valsheid in geschriften uitgewerkt die door een arrest van het Hof van Cassatie van 18 juni 1985 integraal werd overgenomen⁴⁷. Bij ons weten was dit het eerste arrest waarin het Hof van Cassatie het misdrijf van valsheid in geschriften volledig omschrijft en in één volzin alle constitutieve bestanddelen, die de delictstypiciteit ervan bepalen, opsomt. Volgens de letterlijke bewoordingen van dit arrest bestaat de valsheid in geschriften erin: *«in een door de wet beschermd geschrift, met bedrieglijk oogmerk of met het oogmerk om te schaden, de waarheid te vermommen op een door de wet bepaalde wijze, terwijl hieruit een mogelijk nadeel kan ontstaan»*. Uit deze definitie blijkt dat valsheid in geschriften het bestaan van vier constitutieve bestanddelen vereist:

- 1) een strafrechtelijk beschermd geschrift;
- 2) de vermomming van de waarheid op een wettelijk bepaalde wijze;
- 3) een bedrieglijk opzet of het oogmerk om te schaden;
- 4) een mogelijke benadeling of schade.

In de hierna volgende paragraaf worden deze constitutieve bestanddelen van de valsheid in geschriften verder toegelicht in het perspectief van het controleverslag van de commissaris-revisor, zoals voorgeschreven door artikel 65 Venn. w.

§ 2. De constitutieve bestanddelen van valsheid in geschriften en het door artikel 65 Venn. w. voorgeschreven controleverslag

38. Artikel 64, § 1 Venn. w. geeft aan de commissaris-revisor als basisopdracht: de controle op de financiële toestand, op de jaarrekening en op de regelmatigheid, vanuit het oogpunt van de vennootschappenwet en van de statuten, van de verrichtingen weer te geven in de jaarrekeningen. De belangrijkste operationalisering van deze basisopdracht ligt besloten in artikel 65 Venn. w. dat bepaalt dat de commissarissen, met het oog op de algemene vergadering een *omstandig schriftelijk verslag* opstellen, dat *in het bijzonder* de door dat artikel nader gepreciseerde vermeldingen dient te bevatten.

Hierna wordt op exemplatieve wijze onderzocht onder welke voorwaarden gewag gemaakt kan worden van een strafbare valsheid in dit verslag, aan de hand van een analyse van de constitutieve bestanddelen van valsheid in geschriften toegepast op de verschillende elementen die dat verslag krachtens artikel 65 Venn. w. dient te bevatten.

Het spreekt vanzelf dat het bestek van deze bijdrage niet toelaat stil te staan bij vragen als: welke de omvang is van de verslaggevingsplichten van de commissaris-revisor, hoe hij dit verslag dient op te stellen teneinde zijn burgerlijke aansprakelijkheid niet in het gedrang te brengen en meer bepaald hoe hij precies dient te werk te gaan, met inachtneming van welke wettelijke normen en algemene en bijzondere normen en aanbevelingen van het Instituut der Bedrijfsrevisoren bij de controle die aan de redactie van zijn verslag voorafgaat. Een en ander maakt het voorwerp uit van andere bijdragen op deze studiedag.

⁴⁷ Cass., 18 juni 1985, Arr.Cass., 1984-85, 1445 en Pas., 1985, I, p. 1335.

A. Een strafrechtelijk beschermd geschrift

39. De meest specifieke begrenzing van het misdrijf van valsheid in geschriften is gelegen in begrip «wettelijk of strafrechtelijk beschermd geschrift»⁴⁸. Niet elk geschrift en niet elke vermelding in een geschrift is strafrechtelijk beschermd. De strafrechtelijke bescherming wordt enkel geboden aan een

- 1) geschrift *sensu stricto* (een grafisch tekensysteem, dat door derden gelezen en verstaan kan worden)⁴⁹;
- 2) waarin uitdrukking wordt gegeven aan een gedachte met een juridische draagwijdte;
- 3) en voor zover het geschrift of het geschrevene zich aan het openbaar vertrouwen opdringt.

1. Een geschrift *sensu stricto* met juridische draagwijdte

40. Het strafrecht bemoeit zich niet met alles wat geschreven is. Een geschrift wordt strafrechtelijk enkel beschermd wanneer het betrekking heeft op een *rechtens relevant feit*; dit is een feit dat op zichzelf beschouwd of in relatie tot andere feiten van aard is om het bestaan, de wijziging, het tenietgaan of de vaststelling van een recht te bepalen⁵⁰.

Vereist wordt derhalve «*dat het geschrift m.b.t. de handeling of het feit waarvan het gewag maakt, elkeen aan wie het wordt voorgelegd, kan overtuigen en bewegen een standpunt in te nemen aangaande een belang dat juridisch beschermd is*»⁵¹. Het is enkel in de mate dat het geschrevene, zoals het Hof van Cassatie op verschillende wijzen heeft geformuleerd, «juridische effecten kan hebben»⁵², «van aard is in rechte gevolgen te hebben»⁵³ of betrekking heeft op «een rechtshandeling of rechtsfeit»⁵⁴, dat het strafrechtelijk beschermd is.

41. Het lijkt geen twijfel dat het door artikel 65 Venn. w. voorgeschreven verslag, in al zijn door de wet vereiste vermeldingen een geschrift *sensu stricto* is, dat betrekking heeft op rechtens relevante feiten. In al zijn vermeldingen strekt dit verslag er immers toe de algemene vergadering van de aandeelhouders in de gelegenheid te stellen de haar door de vennootschappenwet voorgeschreven verplichtingen uit te voeren en al de haar toegekende bevoegdheden uit te oefenen. Via de bekendmaking van dit verslag, voorgeschreven door artikel 80, tweede lid, 5°, Venn. w., kunnen ook belanghebbende derden, leveranciers, schuldeisers, concurrentie, werknemers enz... de relevantie beoordelen van de bekendgemaakte vennootschapsinformatie in het perspectief van de door hen behartigde rechtsbe-

⁴⁸ Zie hierover *in extenso*: WILLIO, F. (advocaat-generaal), «Het begrip 'beschermd geschrift' in artikel 193 e.v. Sw.», Rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Beroep te Antwerpen op 1 september 1995, *R.W.*, 1995-96, p. 793-820, en de aldaar aangehaalde rechtsleer en rechtspraak.

⁴⁹ Zie hierover: DUPONT, L., «Valsheid in geschriften», in DEPEUTER, J., e.a., *Bijzonder strafrecht voor rechtspractici*, Publicaties van het Instituut voor Strafrecht, nr. 5, Leuven, Acco, 1990, (137), p. 145.

⁵⁰ RIGAUX, M. & TROUSSE, P.E., *Les crimes et les délits du Code pénal*, III, Brussel, Bruylant, 1957, p. 82; VAN HALEWIJN, J. & DUPONT, L., *Valsheid in geschriften*, A.P.R., Gent, Story Scientia, 1975, nrs 64-66; DUPONT, L., *op.cit.*, p. 147; WILLIO, F., *op.cit.*, p. 797., nr. 17.

⁵¹ WILLIO, F., *op.cit.*, p. 797, nr 17.

⁵² Cass., 11 mei 1982, *Pas*, 1982, I, p. 1042.

⁵³ Cass., 9 februari 1982, *Arr.Cass.*, 1981-82, p. 720.

⁵⁴ Cass., 5 oktober 1982, *Arr.Cass.*, 1982-83, p. 185.

langen⁵⁵. Het nieuwe artikel 190bis Venn. w., dat op deze studiedag behandeld wordt door H. LAGA, levert een doorslaggevend bewijs van de juridische relevante van vele door de commissaris-revisor op te stellen verslagen.

2. Een geschrift waarvan de inhoud zich aan de openbare trouw opdringt.

42. Er werd reeds op gewezen dat naar Belgisch recht valsheid in geschriften een misdrijf is tegen de *openbare trouw*. Wat strafbaar gesteld wordt is niet de leugen als instrument van bedrog, maar de leugen als een aanslag op een legitiem, in het maatschappelijk verkeer geldend of voor het maatschappelijk verkeer noodzakelijk vertrouwen in de geloofwaardigheid en de waarachtigheid van een geschrift en van de handelingen of feiten die zij vaststellen.

In rechtsleer en rechtspraak werd op velerlei wijzen gepoogd te bepalen wanneer een geschrift zich al dan niet aan het openbaar vertrouwen opdringt. Het criterium van het openbaar vertrouwen werd door het Hof van Cassatie juridisch hanteerbaar gemaakt door het in verband te brengen met de bewijswaarde van een geschrift en het hiermede als het ware te identificeren. Volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie worden geschriften geacht zich aan het openbaar vertrouwen op te dringen wanneer zij «in zekere mate tot bewijs kunnen strekken», dat wil zeggen wanneer zij van aard zijn «in het gewone maatschappelijke verkeer», hen die er kennis van nemen, «te overtuigen van de waarachtigheid (van de juistheid of de echtheid) van de in dat geschrift vastgestelde handeling of het daarin vermelde feit, of wanneer zij gerechtigd kunnen zijn daaraan geloof te hechten».

Er is niet vereist dat een geschrift in rechte als bewijs kan dienen. Een maatschappelijke bewijswaarde volstaat⁵⁶.

43. Hanteert men het criterium van de «maatschappelijke bewijswaarde», dan blijkt dat vrijwel alle door artikel 65 Venn. w. voorgeschreven vermeldingen zich aan het openbaar vertrouwen opdringen en als zodanig strafrechtelijk beschermd zijn. Mede gelet op de reeds eerder omschreven opdracht van de commissaris-revisor, die precies geroepen is om verslag uit te brengen tot ondersteuning van het vertrouwen in de geloofwaardigheid van de door hem te controleren vennootschapsinformatie, dient immers aangenomen te worden dat eenieder die kennis neemt van diens verslag als onafhankelijke deskundige, gerechtigd is diens als waar voorgehouden affirmaties als geloofwaardig te beschouwen.

44. In het licht van het criterium van het openbaar vertrouwen werd traditioneel aangenomen dat vermeldingen in geschriften waarvan de inhoud slechts voor waar wordt aangenomen

⁵⁵ Civilisten beschouwen bepaalde verslaggevingsplichten van de commissaris-revisor, zoals het controleverslag over de inbreng die niet in geld bestaat bij de oprichting van een vennootschap (artikel 29bis, eerste tot derde lid Venn. w.) of bij kapitaalsverhogingen (artikel 34 Venn. w.), of het door hem op te stellen jaarverslag (artikel 65 Venn. w.) als beoordelingsdaden die worden verricht met het oogmerk de rechtsgevolgen teweeg te brengen die daaraan door de wet verbonden zijn, met name de rechtmatigheid of de rechtsgeldigheid van bepaalde rechtshandelingen, en beschouwen het vervullen van deze verslaggevingsplichten zelf dan ook als *rechtshandelingen*. Zie: VAN OEVELEN, A., op.cit., nr. 44, en diens verwijzingen in voetnoot 116. In dezelfde zin ook P.A. FORIERS, in zijn bijdrage tot deze studiedag, p. 9.

⁵⁶ Vergelijk: Cass., 5 oktober 1982, Arr.Cass., 1982-83, 185; Cass., 27 maart 1985, Arr.Cass., 1984-85, p. 1037; Cass., 18 juni 1985, Arr.Cass., 1984-85, p. 1445; Cass., 27 september 1988, Bull., 1989, p. 93; zie de commentaar bij deze arresten van DUPONT, L., op.cit., (137), p. 148-150.

men onder voorbehoud van controle, of dat loutere beweringen of persoonlijke appreciaties, in de regel strafrechtelijk niet worden beschermd⁵⁷.

Er zou dan ook enige twijfel kunnen rijzen in verband met de strafrechtelijke bescherming van de door artikel 65, 3° Venn. w. voorgeschreven verklaring, volgens dewelke de commissarissen dienen te vermelden of *naar hun oordeel* de jaarrekening een getrouw beeld geeft van het vermogen, van de financiële toestand en van de resultaten van de vennootschap, rekening houdend met de wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften die daarop van toepassing zijn, en of een *passende verantwoording is gegeven in de toelichting*.

Naar ons oordeel heeft een mogelijke twijfel omtrent de strafrechtelijke bescherming van de in artikel 65, 3° Venn. w. voorgeschreven vermelding geen bestaansreden. De door de commissaris-revisor uit te spreken beoordeling kan immers niet beschouwd worden als een persoonlijke appreciatie in de zin van een louter subjectieve beoordeling waaraan geen vermoeden van waarachtigheid kan worden gehecht.

Als professionele beoordeling, waarbij – behoudens wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften – ook deontologisch voorgeschreven algemene en bijzondere controlenormen en aanbevelingen dienen in acht genomen te worden, overstijgt deze beoordeling in verregaande mate het niveau van een subjectivistische appreciatie⁵⁸. In dit verband moge verwezen worden naar een interessant arrest van het Hof van beroep te Antwerpen van 22 januari 1988. Hierin werd beslist dat een taxatieverslag van een private deskundige (omtrent de waarde van een binnenschip), ook al is het een privaat geschrift in de zin van artikel 196 Sw., niet kan worden beschouwd als een loutere bewering of een persoonlijke appreciatie indien een beroep werd gedaan op de kunde en de ervaring van de deskundige om het vertrouwen te wekken van de kredietverleners die op basis van dit verslag leningen toestonden. Deze taxatieverslagen zijn dan te beschouwen als private geschriften die in zekere mate tot bewijs gelden en waarvan de vervalsing de openbare trouw krenkt⁵⁹.

Overigens dient er op gewezen te worden dat in de recentere rechtspraak een tendens bestaat om deze uitzonderingen op de strafrechtelijke bescherming van geschriften, voortvloeiend uit het controlevoorbehoud of hun karakter van appreciatie van feiten, steeds restrictiever op te vatten⁶⁰. Het is de verdienste van F. WILLO om als een van de eersten op deze nieuwe tendens te hebben gewezen⁶¹. Deesignaleerde tendens in de rechtspraak

⁵⁷ DUPONT, L., «Valsheid in geschriften», op.cit. nrs 21-22; VAN HALEWIJN, J. & DUPONT, L., op.cit., p. 68-71 en de aldaar aangehaalde verwijzingen naar andere rechtsleer.

⁵⁸ Zie bijvoorbeeld de desbetreffende onmisverstaanbare norm 3.3. van de Algemene Controlenormen van de Raad van het Instituut der bedrijfsrevisoren.

⁵⁹ Antwerpen, 22 januari 1988, *R.W.*, 1987-88, p. 1031.

⁶⁰ Eén van de eerste ons bekende arresten van het Hof van Cassatie in deze zin is dat van 25 oktober 1988 en had betrekking op een factuur. In dat arrest werd er door het Hof van Cassatie, in de lijn van de traditie, eerst aan herinnerd dat «in de regel valse vermeldingen in een door de verkoper opgestelde factuur geen strafbare valsheid in geschrifte oplevert ten aanzien van de koper, nu de factuur op haar juistheid moet worden gecontroleerd door de koper en slechts bewijswaarde verkrijgt na controle en aanvaarding». Vervolgens wijst het Hof op het relatieve karakter van deze regel: » zodanige factuur - zo vervolgt het arrest - levert evenwel een strafbare valsheid in geschrifte op onder meer wanneer de rechter op grond van de door hem aangewezen feitelijke gegevens vaststelt dat de koper door toedoen van de verkoper in de onmogelijkheid was controle uit te oefenen op de in de factuur voorkomende vermeldingen en derhalve de factuur als waarheidsgetrouw moest beschouwen». Zie Cass., 25 oktober 1988, *Arr.Cass.*, 1988-89, p. 226; zie ook, in dezelfde zin: Cass., 15 juni 1994, *Arr.Cass.*, 1994, p. 618.

⁶¹ Zie: WILLO, F., op.cit., *passim*.

vindt zijn oorsprong in de cassatierechtspraak die voor de beoordeling van de strafrechtelijke bescherming van geschriften refereert aan een begrip van «bewijs» dat volledig ontkoppeld is van de juridische waardencriteria bepaald door de privaatrechtelijke bewijsleer⁶².

Of een geschrift of een vermelding in een geschrift het openbaar vertrouwen raakt, dient in beginsel enkel getoetst te worden aan datgene wat in het maatschappelijk verkeer als bewijs wordt beschouwd (of legitiemerwijze als bewijs mag worden beschouwd) van de rechtens relevante feiten of handelingen waarvan het geschrift gewag maakt⁶³, meer bepaald of het «enige maatschappelijke bewijswaarde» heeft.

B. Vermomming van de waarheid op een wettelijk bepaalde wijze

45. Het vermommen (verdraaien, verdichten, vervalsen) van de waarheid is een grondvoorwaarde voor de valsheid in geschriften, zonder dewelke het misdrijf onbestaande is. Valsheid in geschriften impliceert een *geschreven leugen* of een *leugenachtig geschrift*.

Alle mogelijke vormen van vermomming van de waarheid kunnen herleid worden tot twee archetypes: de materiële en de intellectuele valsheid. Bij de *materiële valsheid* is het instrumentum vals: hetzij doordat het vanaf het begin werd opgesteld door een persoon die daartoe de bevoegdheid niet had, hetzij doordat de materialiteit van het geschrift werd vervalst door schrapping, overschrijving, inlassing achteraf van letters, cijfers, woorden, of door het plaatsen van een valse handtekening. Bij de *intellectuele valsheid* is het instrumentum zelf waarheidsgetrouw en werd het door bevoegden opgesteld maar de inhoud is vals doordat het vaststellingen, verklaringen of bedingen bevat die in strijd zijn met de waarheid⁶⁴.

46. Niet elke vermomming van de waarheid in een geschrift kan als strafrechtelijke valsheid gekwalificeerd worden. Op grond van het legaliteitsbeginsel is vereist dat de waarheid werd vermomd op een *door de wet bepaalde wijze*.

47. In het perspectief van de voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid vereiste delictstypiciteit is derhalve van belang te weten door welke strafbepaling het door artikel 65 Venn. w. bedoelde verslag strafrechtelijk beschermd wordt, en welke de wettelijk bepaalde valsheidsprocédé's zijn die door deze strafbepaling worden geviseerd.

Gelet op de aard en de inhoud van het door artikel 65 Venn. w. voorgeschreven verslag, kan dit verslag gekwalificeerd worden als een privaat geschrift, waarvan de valsheid strafbaar gesteld wordt – behalve in geval van toepassing van de hierna te bespreken regel dat de bijzondere strafwet de algemene strafwet uitsluit – door artikel 196 Sw., dat als valsheidsprocédé's vernoemt: de valsheid hetzij door valse handtekeningen, hetzij door namaking of vervalsing van geschriften of handtekeningen, hetzij door overeenkomsten, beschikkingen, verbintenissen of schuldbevrijdingen valselijk op te maken of achteraf in de

⁶² WILLO, F., op.cit., p. 819, nrs. 110-111.

⁶³ Ibid., loc.cit.

⁶⁴ Het Hof van cassatie heeft de intellectuele valsheid onlangs nog gedefiniëerd als volgt: «Intellectuele valsheid bestaat erin dat in een materieel onaangeroerd instrumentum feiten en akten in strijd met de waarheid worden vastgesteld». (Cass., 21 juni 1994, Arr.Cass., 1994, p. 648).

akten in te voegen; *hetzij door toevoeging of vervalsing van bedingen, verklaringen of feiten die deze akten ten doel hadden op te nemen of vast te stellen.*

De nomenclatuur van valsheidsprocédés is in artikel 196 Sw. zo breed opgesteld, dat weinig technieken van waarheidsvermomming eraan ontsnappen.

Een voorbeeld hiervan is het hoger gecursiveerde laatste lid van artikel 196 Sw. Volgens de interpretatie van het Hof van Cassatie volgt uit de bewoordingen van deze bepaling «dat niet alleen als vals beschouwd kunnen worden verklaringen of feiten die krachtens de wet in de akte moeten worden opgenomen, maar dat eveneens een valsheid in geschriften kan opleveren een vermelding die uit vrije wil door de steller van de akte daarin wordt opgenomen, indien de vermelding enigermate een bewijs kan vormen van de vastgestelde verklaringen of feiten»⁶⁵ Het begrip «ervalsing» in artikel 196, laatste lid Sw. wordt dan ook zeer extensief opgevat en omvat zowel de materiële als de intellectuele valsheid.

Deze modaliteit van valsheid kan zowel door een positieve daad als door *omissie* gepleegd worden, met name wanneer de omissie voor gevolg heeft dat als waar worden voorgehouden feiten die het niet zijn, zodat er zodoende een schijn van waarheid ontstaat⁶⁶.

48. Doorgaans zal de vraag of het door artikel 65 Venn. w. voorgeschreven verslag al dan niet waarheidsgetrouw is en of een door de wetgever bepaald procédé van waarheidsvermomming werd gebruikt, na enig onderzoek vrij eenvoudig te beantwoorden zijn⁶⁷. Artikel 65 Venn. w. nodigt de commissaris-revisor immers uit dominant descriptieve of affirmatieve uitspraken te doen, die in beginsel vatbaar zijn voor bewijs en tegenbewijs, mede gelet op de talrijke wettelijke, bestuursrechtelijke en deontologisch voorgeschreven normen die bepalend zijn voor de oordeelsvorming en de oordeelsuiting van de commissaris-revisor

⁶⁵ Cass., 19 mei 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, p. 1090.

⁶⁶ Cass., 2 oktober 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 1073; Cass., 29 oktober 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 221, concl. advocaat-generaal P. MAHAUX.

⁶⁷ Dit is echter niet steeds het geval. Het waarheidsbegrip is immers lang niet zo eenduidig als wel eens wordt voorgesteld. Er zijn tal van handelingscontexten waarin niet onmiddellijk duidelijk is op grond van welke normen de *waarheidswaarde* van een geschrift beoordeeld dient te worden. De waarheidswaarde van één en hetzelfde geschrift kan verschillend zijn, naargelang de gehanteerde waarheidsnorm. De waarheidsproblematiek stelt zich voornamelijk in het geval van *simulering* of *veinzing*, waarbij achter de juridische waarheid van de juridische akte een andere waarheid wordt verhuuld of verborgen gehouden, zoals bijvoorbeeld een als inbreng in een vennootschap vermomde verkoop (zie hierover, *in extenso*: MATRAY, L., *Simulation de droit privé et faux criminel*, *Rev. Dr. Pén.*, 1968-69, p. 581-624; TROUSSE, P.E., «La simulation en droit privé et le faux criminel», *Rev. Dr. Pén.*, 1968-69, p. 625-651; *adde*: ROGGEN, F., » La responsabilité à base documentaire en droit pénal», *Rev. dr. U.L.B.*, 1992, afl. 2, p. 175-192.)

De waarheidsproblematiek komt dan ook voortdurend aan de orde in het *fiscale* strafrecht, waarin geoordeeld moet worden over de legitimiteit van tal van juridische constructies die worden opgezet om belastingen te vermijden, zo niet te ontduiken. In vele gevallen gaat het daarbij zelfs niet eens om juridische veinzing, een sluier om feiten verborgen te houden of te maskeren, maar om de voordelige juridische effecten verbonden aan één waarheid, ook al zou die waarheid buiten het juridische geen wortels hebben in de werkelijkheid. Sinds een arrest van 12 december 1927 wordt in de Belgische rechtspraak aangenomen dat geveinsde overeenkomsten een valsheid in geschriften kunnen opleveren, met name wanneer zij door de (een) waarheid te verhullen, met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden, van aard zijn om nadeel te berokkenen door het gebruik waartoe zij werden opgesteld (constante rechtspraak sinds Cass., 12 december 1927, *Pas.*, 1928, I, p. 45, concl. advocaat-generaal GESCHÉ). Als vuistregel geformuleerd, zou men het standpunt van het Belgisch strafrecht inzake veinzing of simulatie als volgt omschrijven: een veinzing of simulatie is (per definitie) een *halve waarheid*, die strafrechtelijk beschouwd wordt als een *hele leugen* (in die zin: DUPONT, L., *op.cit.*, p. 169).

over de door hem te controleren en gecontroleerde gegevens, welke controle eveneens aan algemene en bijzondere normen onderworpen zijn.

1° De commissarissen dienen te vermelden hoe zij hun controletaak hebben verricht en of zij van bestuurders en aangestelden van de vennootschap de ophelderingen en inlichtingen hebben gekregen die zij hebben gevraagd (artikel 65, 1°, Venn. w.).

Volgens de Algemene Controlenorm 3.2.1. van het I.B.R. zou een verwijzing naar de (strenge) aanbevelingen en normen van het I.B.R. als voldoende beschouwd moeten worden. Het spreekt vanzelf dat er een strafrechtelijke waarheidsvermomming is wanneer de commissaris-revisor met bedrieglijk opzet deze vermelding opneemt, in de wetenschap dat hij de bedoelde aanbevelingen en normen niet heeft nageleefd. Deze valsheid kan immers voor gevolg hebben dat diegenen die van het verslag kennis moeten nemen misleid worden over de degelijkheid van de controle en derhalve over de kwaliteit van de bevindingen. De bedrieglijke valse vermelding door de commissaris-revisor dat hij van de bestuurders en aangestelden van de vennootschap de ophelderingen en inlichtingen heeft gekregen die hij gevraagd heeft is een waarheidsvervalsing die strafrechtelijk beteugeld zal kunnen worden in de mate dat het gebrek aan inlichtingen repercussies had op de kwaliteit van de controlectiviteiten en de daarop gebaseerde beoordelingen.

2° De commissarissen dienen te vermelden of de boekhouding is gevoerd en de jaarrekening is opgesteld in overeenstemming met de wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften die daarop toepasselijk zijn (artikel 65, 2°, Venn. w.).

3° Zij moeten vermelden of naar hun oordeel, de jaarrekening een getrouw beeld geeft van het vermogen, van de financiële toestand en van de resultaten van de vennootschap, rekening houdend met de wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften die daarop van toepassing zijn, en of een passende verantwoording is gegeven in de toelichting (artikel 65, 3°, Venn. w.).

Aangezien de jaarrekening (balans, resultatenrekening en toelichting) voor tal van vennootschappen dienen opgemaakt te worden overeenkomstig de wet van 17 juli 1975 op de boekhouding en de jaarrekening van de ondernemingen en de besluiten ter uitvoering ervan (artikel 77, tweede lid Venn. w.), zal in het geval van valsheid in deze vermeldingen, de commissaris-revisor, al dan niet in samenloop met het misdrijf van valsheid in geschriften op grond van artikel 196 Sw., strafrechtelijk aansprakelijk kunnen zijn op grond van artikel 17, derde lid van deze voornoemde wet, onder de daarin bepaalde voorwaarden (*zie infra*). De commissaris-revisor zal daarom bijzonder aandacht moeten besteden aan de door de vennootschap beweerdelijk toegepaste waarderingsregels, waarvan de al dan niet toepassing mogelijks zelf aanleiding kan geven tot valsheid in geschriften in hoofde van diegenen die de jaarrekening hebben opgesteld, en waarbij, in geval van collusie, de commissaris-revisor behoudens aansprakelijkheid voor de eigen valsheid, het gevaar loopt als strafbare deelnemer beschouwd te worden aan de door anderen gepleegde valsheden in de jaarrekening, met name in beginsel op het ogenblik dat deze laatste aan de aandeelhouders of vennoten wordt voorgelegd (artikel 209 Venn. w.).

In dit verband moge er op gewezen worden dat de vraag «of», «welk» en «onder welke voorwaarden» foutieve waarderingsregels in de boekhouding aanleiding kunnen geven tot valsheid in geschriften, jarenlang een twistpunt is geweest in rechtsleer en rechtspraak, op grond van de reeds eerder toegelichte (en gerelativeerde) stelregel dat vermeldingen in

geschriften waarvan de inhoud slechts voor waar wordt aangenomen onder voorbehoud van controle, strafrechtelijk niet worden beschermd bij wege van de strafbaarstelling van valsheid in geschriften. Het was dan ook te begrijpen dat, gelet op het in vele gevallen *a priori* «betwistbaar» of precair karakter van tal van waarderingen en appreciaties in boekhoudkundige stukken, geen eenstemmigheid bestond in rechtsleer en rechtspraak omtrent de strafbaarheid van bepaalde «foutieve waarderingen», bij gebreke overigens aan objectief hard te maken criteria voor de juistheid ervan. Illustratief hiervoor was een arrest van het Hof van Cassatie van 22 april 1929 waarin m.b.t. een beweerdelijke valsheid in een balans, gestatueerd werd dat de waarderingen in balansen moeten geschieden «*avec sincérité, bonne foi et prudence*»⁶⁸, en waarbij pas in 1957 het criterium van de «*exactitude*» werd toegevoegd.⁶⁹ Enkele van die criteria werden overgenomen in artikel 7 Boekhoudwet van 17 juli 1975 dat bepaalt: «Elke onderneming verricht, *omzichtig en ter goeder trouw* ... de nodige waarderingen ...»

Sedert de in acht te nemen boekhoudkundige waarderingsregels wettelijk werden voorgeschreven, zelfs met een verregaande mate van concreetheid, o.m. op grond van de Wet van 17 juli 1975 en vooral sinds het Boekhoudbesluit van 8 oktober 1976, behoren tal van eerdere discussies omtrent de vraag «of», «welk» en «onder welke voorwaarden», een foutieve waardering in de boekhouding aanleiding kan geven tot valsheid in geschriften tot op zekere hoogte tot het verleden⁷⁰. Er zijn thans wettelijke waarderingsnomen.

Diegene die kennis neemt van gewaardeerde posten is er dienvolgens toe gerechtigd erop te vertrouwen dat zij volgens de wettelijk voorgeschreven normen zijn tot stand gekomen; de waarheidswaarde van de waarderingen dringt zich binnen die grenzen dan ook aan het openbaar vertrouwen op. Terecht mag dan ook thans worden beweerd: «Wanneer de voorgeschreven gegevens niet, onvolledig – valsheid door omissie – of onjuist werden vermeld of wanneer waarderingen niet werden gedaan volgens de voorgeschreven maatstaven en meer in het algemeen als een verplichte vermelding in de jaarrekening of de jaarrekening in zijn geheel niet waarheidsgetrouw is, dan kan dat valsheid in geschriften opleveren»⁷¹ Naargelang het geval kan dan gewag gemaakt worden van een valsheid in geschriften op grond van artikel 196 Sw., een strafbare inbreuk op de Jaarrekeningenwet (artikel 17, derde lid), een strafbare inbreuk op artikel 207 Vennootschappenwet (dat de

⁶⁸ «Attendu ... que les lois coordonnées sur les sociétés commerciales, et spécialement les dispositions de ces lois relatives aux inventaires et bilans, impliquent seulement pour l'industriel ou le commerçant l'obligation de faire l'évaluation dont il s'agit avec sincérité et de bonne foi, *mais aussi avec prudence*, afin de ne pas compromettre les résultats de l'exercice suivant, qui serait contraire aux intérêts du fisc aussi bien qu'à ceux de l'entreprise elle-même» (Cass., 22 avril 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 164).

⁶⁹ «Attendu que, si l'estimation ... comporte inévitablement une part d'appréciation subjective, il ne suffit cependant pas ... qu'elle ait été faite avec sincérité, bonne foi et prudence et sans intention de frauder les lois d'ordre public établissant les impôts; *qu'il faut en outre qu'elle soit exacte*, compte tenu de circonstances objectives telles que, par exemple, le prix de revient des marchandises, leur valeur vénale, la possibilité de réaliser à plus ou moins longue échéance et les aléas résultant de leur nature, de l'instabilité des prix et de la situation économique ...» (Cass., 12 novembre 1957, *Pas.*, 1958, I, p. 254, met noot).

⁷⁰ In deze zin: DUPLAT, J.P., «Aspects nouveaux du droit de la banqueroute, du droit pénal comptable et du droit pénal des sociétés commerciales», in *L'évolution récente du droit commercial et économique*, Bruxelles, Éditions du Jeune barreau, 1978, p. 436.

⁷¹ Aldus HUYBRECHTS, L., «De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van bestuurders en zaakvoerders van vennootschappen», *Centrum voor beroepsvervolmaking in de rechten*, 23 mei 1993, p. 109.

valsheid in de jaarrekeningen van een vennootschap strafbaar stelt)⁷² of nog – naargelang van de omstandigheden – van een fiscale valsheid, en dit onverminderd mogelijke andere strafrechtelijke kwalificaties.

4° De commissarissen dienen te vermelden of het jaarverslag de door de wet vereiste inlichtingen bevat en in overeenstemming is met de jaarrekening (artikel 65, 4°, Venn. w.)⁷³. Een bedrieglijke waarheidsvermomming kan de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris-revisor in het gedrang brengen.

5° De commissarissen dienen te vermelden of de winstbestemming die aan de vergadering wordt voorgelegd, in overeenstemming is met de statuten en met de vennootschappenwet (artikel 65, 5°, Venn. w.). Ook hier kan een bedrieglijke waarheidsvermomming de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris-revisor in het gedrang brengen.

6° De commissarissen dienen te vermelden of zij kennis hebben gekregen van verrichtingen gedaan of beslissingen genomen met overtreding van statuten of van de bepalingen van de vennootschappenwet.

Deze laatste vermelding kan echter worden weggelaten wanneer de openbaarmaking van de overtreding aan de vennootschap onverantwoorde schade kan berokkenen, met name omdat de raad van bestuur gepaste maatregelen heeft genomen om de aldus ontstane onwettige toestand te herstellen (artikel 65, 6°, Venn. w.).

Blijkens de termen van deze bepaling wordt aan de commissaris-revisor enig beoordelingsrecht toegestaan omtrent de wijze waarop hij van zijn informatieplicht gebruik zal maken. Doch dit appreciatierecht is begrensd. Het bedrieglijk niet-nakomen van zijn informatieplicht, wanneer de wettelijk bepaalde uitzondering op de informatieplicht zich niet voordoet, kan o.i. aanleiding geven tot strafrechtelijk relevante waarheidsvermomming⁷⁴.

In de Algemene Controlenorm 3.8.4. van de Raad van het I.B.R. wordt er trouwens op gewezen dat indien de gevolgen van een overtreding blijven duren de commissaris-revisor zijn eigen verantwoordelijkheid in het gedrang zou brengen indien hij zou nalaten deze overtreding in zijn verslag te vermelden, zelfs indien de openbaarmaking ervan noemenswaardige schade zou kunnen berokkenen aan de vennootschap of aan de bestuurders.

49. *In fine* van artikel 65 Venn. w. wordt bepaald dat de commissarissen nauwkeurig en duidelijk het voorbehoud en de bezwaren vermelden en rechtvaardigen die zij menen te moeten maken. Zoniet, dan vermelden zij uitdrukkelijk dat zij geen voorbehoud noch bezwaar maken. Volgens de Algemene controlenorm 3.5.1. van de Raad van het I.B.R. is de bedoelde verklaring een paragraaf van het verslag die slechts betrekking heeft op de jaarrekening, en kan zij slechts zonder voorbehoud afgegeven worden, indien aan de volgende punten werd voldaan:

⁷² Vereist is dan wel dat de jaarrekening voor de aandeelhouders of de vennoten ter inzage is gelegd (artikel 209 Venn. w.).

⁷³ Dit jaarverslag wordt voorgeschreven door artikel 77, vierde lid, Venn. w. Voor een uitvoerige bespreking van de inhoud van dit jaarverslag, zie: WYMEERSCH, E., «De nieuwe voorschriften inzake vennootschapsinformatie evenals inzake commissaristoezicht», in BRAECKMANS, H. & WYMEERSCH, E. (ed.), *Het nieuwe vennootschapsrecht na de wet van 5 december 1984*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1985, p. 80-88.

⁷⁴ Zie over deze problematiek de bijzondere interessante beschouwingen in het Jaarverslag 1995 I.B.R., 1996, p. 36-39.

- a) indien de jaarrekening werd gecontroleerd in overeenstemming met de controlenormen van het I.B.R;
- b) indien de jaarrekening beantwoordt naar vorm en inhoud aan de wettelijke en reglementaire voorschriften en aan de gebruikelijke boekhoudnormen;
- c) de waarderingsregels op consistente wijze werden toegepast of de nodige inlichtingen over de wijzigingen en hun invloed op het resultaat in de toelichting worden verstrekt;
- d) alle nodige inlichtingen in de jaarrekening duidelijk werden verstrekt opdat de lezer zou beschikken over een getrouw beeld van het vermogen, van de financiële positie en van de resultaten van de onderneming.

Alhoewel deze bepaling op het eerste gezicht het al dan niet maken van voorbehouden en de bezwaren aan de appreciatie van de commissaris-revisor overlaat, zou ten onrechte kunnen besloten worden dat deze vermelding niet voor waarheidsvermomming in aanmerking komt. Persoonlijk zijn wij van oordeel dat een commissaris-revisor, die een verklaring zonder voorbehoud aflevert, zich schuldig maakt aan waarheidsvermomming wanneer hij geen rekening houdt met de elementen waarop de in de Algemene controlenorm 3.5.1. doelt. In dat geval mocht hij immers geen verklaring zonder voorbehoud afleveren, die in strijd met de waarheid suggereert dat met betrekking tot de jaarrekening alles normconform is. Zeker is dat in dergelijk geval, onder de in die wet bepaalde voorwaarden, toepassing kan worden gemaakt van artikel 17, derde lid, Jaarrekeningenwet.

C. Bedrieglijk opzet of oogmerk om te schaden

50. Voor de gemeenrechtelijke valsheid in geschriften wordt vereist dat zij gepleegd werd met een bijzonder opzet: met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden. Hieronder kan worden verstaan het opzet om voor zichzelf of aan een ander een onrechtmatig voordeel te verschaffen⁷⁵, d.i. een voordeel van eender welke aard dat men niet zou hebben verkregen indien de waarheid of de integriteit van de stukken zouden gerespecteerd zijn⁷⁶. *Goede trouw*, ook al is deze het gevolg van een overwinnelijke dwaling omtrent de waarheidswaarde van hetgeen men beweert, sluit bedrieglijk opzet uit.

51. Het bedrieglijk opzet kan bestaan in een vervalsing om redenen van loutere gemakzucht, met de bedoeling een inbreuk op de wet te verbergen, of met de bedoeling om een nalatigheid te verbergen om derwijze aan disciplinaire sancties te ontsnappen⁷⁷. Zo maakt zich schuldig aan valsheid in geschriften een commissaris-revisor, die een met de waarheid strijdig relaas doet van de wijze waarop hij zijn controletaak heeft verricht, teneinde gebrek aan controle of deontologisch sanctioneerbare onprofessionaliteit te verbergen.

52. Het bedrieglijk opzet kan ook bestaan in de bedoeling de vennootschap ongeoorloofde fiscale voordelen te laten genieten, in welk geval er doorgaans collusie met de bestuurders zal bestaan. Doorgaans zal dan gewag gemaakt kunnen worden van een fiscale valsheid in

⁷⁵ Vaste cassatierechtspraak, zie de noot van S. Sonck onder Cass., 26 maart 1985, *R.W.*, 1985-86, 669.

⁷⁶ Dit bijzonder opzet vereist niet noodzakelijk dat de vervalser uit eigen winstbejag heeft gehandeld; bedrieglijk opzet kan ook bestaan in de bedoeling om aan de vennootschap een steviger basis te verschaffen en ze aldus geloofwaardiger te maken ten aanzien van de schuldeisers (bv. Cass., 25 mei 1983, *Arr.Cass.*, 1982-83, p. 1177).

⁷⁷ VANHALEWIJN, J. & DUPONT, L., op. cit. nrs. 435-437, en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

geschriften, dat een gans bijzonder opzet vereist: met name «de bedoeling om met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden de bepalingen van fiscale bepalingen of van de ter uitvoering ervan genomen besluiten te overtreden»⁷⁸.

D. Mogelijke benadeling of schade

53. De mogelijke benadeling of de schade die uit de valsheid kan voortvloeien, is als objectieve voorwaarde voor de valsheid, te onderscheiden van het bedrieglijk opzet of het oogmerk om te schaden, die een subjectieve voorwaarde voor de valsheid is.

Er wordt geenszins vereist dat de valsheid daadwerkelijke schade heeft veroorzaakt; het volstaat dat er schade of benadeling *kan* uit ontstaan, ook indien deze schade zich niet realiseert⁷⁹. De mogelijkheid van benadeling kan van materiële, morele, publieke, private of sociale aard zijn. Er zal geen mogelijk nadeel zijn indien de valse vermeldingen geen uitwerking kunnen hebben.

§ 3. Het gebruik van een vals stuk

54. Het gebruik van een vals stuk wordt in het Strafwetboek als een van de valsheid in geschriften te onderscheiden afzonderlijk misdrijf strafbaar gesteld (artikel 197 Sw.).

Valsheid en gebruik kunnen verschillende daders hebben, verschillende deelnemers, en de veroordeling van de dader van de valsheid is geen voorwaarde voor de veroordeling van de gebruiker of omgekeerd.

De autonomie van de valsheid en het gebruik is echter relatief. Aangezien een geschrift doorgaans wordt vervalst om het voor een bepaald doel te gebruiken, zal er tusschen deze twee misdrijven doorgaans een feitelijke samenhang bestaan, die juridische repercussies heeft.

Is de pleger van de valsheid *dezelfde persoon* als de gebruiker, dan wordt het gebruik beschouwd als de voltooiing van de valsheid, zodat in dat geval artikel 197 i.v.m. het gebruik, in de regel niet van toepassing is⁸⁰. In deze zin kan als een daad van gebruik worden beschouwd de overmaking van het verslag door de commissaris-revisor die het in artikel 65 Venn. w. bedoelde verslag heeft opgesteld, aan de vennootschap, in het perspectief van artikel 78 Venn. w., alsook het verstrekken van toelichtingen bij dit verslag wanneer hij overeenkomstig artikel 64septies Venn. w. de algemene vergadering bijwoont.

Anderzijds, wanneer de dader van de valsheid en de gebruiker *niet dezelfde persoon* zijn, dan nog kan de dader van de valsheid strafrechtelijk aansprakelijk zijn voor het gebruik dat van het valse geschrift werd gemaakt, zelfs wanneer de gebruiker niet deelgenomen heeft aan de valsheid of zelfs niet eens wist dat het geschrift vals was.

⁷⁸ Zie: DUPONT, L., «Fiscale valsheid in geschriften», op.cit., p. 107-108.

⁷⁹ Zie bv. Cass., 18 maart 1975, Arr.Cass., 1975, p. 807.

⁸⁰ Cass., 5 september 1957, Pas., 1958, I, p. 1382 en Rev. Dr. Pén., 1957-58, met conclusie van advocaat-generaal F. DUMON.

Bij herhaling werd immers door het Hof van Cassatie beslist dat de dader van de valsheid in geschriften strafrechtelijk verantwoordelijk is voor het gebruik van het valse stuk dat de door hem voorziene en gewilde voortzetting is van de valsheid, zelfs indien van dit valse stuk gebruik gemaakt wordt door een derde, die gehandeld heeft zonder verstandhouding met de vervalser of zonder te weten dat het geschrift vals was⁸¹.

55. In het licht van de *verjaringsproblematiek* is de rechtspraak i.v.m. de duur van het gebruik van bijzonder groot belang.

Wanneer de valsheid in geschriften en het gebruik van valse stukken één en hetzelfde misdrijf opleveren omdat zij met hetzelfde bedrieglijk opzet werden gepleegd, dan duurt het misdrijf voort, aldus een constante cassatierechtspraak, zelfs zonder dat door de dader een nieuw feit wordt gepleegd en zonder herhaalde tussenkomst zijnerzijds, zolang het beoogde doel niet volkomen is bereikt en zolang de hem ten laste gelegde aanvankelijke handeling, zonder verzet van zijn kant te zijnen voordele verder het nuttige gevolg heeft dat hij ervan verwachtte⁸².

De verjaring van de strafvordering zal in dat geval pas beginnen lopen vanaf het laatste feit van het gebruik⁸³. Werd bijvoorbeeld valsheid gepleegd in het in artikel 65 Venn. w. bedoelde verslag met de bedoeling de vennootschap in de gelegenheid te stellen de belastingen te ontduiken, dan zal het stuk – wanneer het tot staving van de belastingaangifte wordt aangewend – in de regel slechts zijn nuttig effect verliezen bij de definitieve vestiging van de belastingen⁸⁴.

§ 4. Andere verslaggevingen door de commissaris-revisor in het licht van de valsheid in geschriften

A. Verslag aan de ondernemingsraad

56. In vennootschappen naar Belgisch recht, die opgericht zijn in de vorm van een N.V., een B.V.B.A., een C.V.A. of een C.V., waarin een ondernemingsraad bestaat, wordt een commissaris-revisor aangesteld, die aan de ondernemingsraad, verslag dient uit te brengen, overeenkomstig artikel 65 Venn. w., doch die daarenboven met andere verslaggevingstaken is belast⁸⁵. Aangezien artikel 65 Venn. w. hoger reeds werd besproken, belichten wij hierna een andere verslaggevingstaak, zoals voorgeschreven door artikel 15bis W. 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven, in het licht van de valsheid in geschriften.

⁸¹ Zie bv. Cass., 2 november 1993, *Arr.Cass.*, 1993, p. 909.

⁸² Zie de rechtspraak aangehaald door DUPONT, L., «Valsheid in geschriften», op.cit., nr 85, voetnoten 148 en 149. Zie onlangs nog in deze zin: Cass., 2 oktober 1994, *Arr.Cass.*, 1994, p. 878.

⁸³ Inzake inkomstenbelasting oordeelde het Hof van Cassatie recent nog dat het verlies van het nuttig effect van de valsheid en het gebruik slechts gesitueerd kan worden bij de definitieve vestiging van de belasting. Zie Cass., 19 april 1994, *Arr.Cass.*, 1994, p. 385.

⁸⁴ Cass., 19 april 1994, *Arr.Cass.*, 1994, p. 385. Het cassatiearrest vervolgt: «De verwijzing in een antwoord op een bericht van wijziging van een aangifte naar de valse stukken, welke tot staving dienen van de aangifte en die aan de administratie werden overgemaakt, is een daad van gebruik van die valse stukken.»

⁸⁵ Artikel 15bis, *juncto* artikel 15ter, Wet 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven, zoals ingevoegd bij artikel 1 en W. 21 februari 1985 (*B.S.*, 28 februari 1985).

57. Artikel 15bis, 2° schrijft aan de commissaris-revisor voor de getrouwheid en volledigheid te *certificeren* van de economische en financiële inlichtingen die het ondernemingshoofd aan de ondernemingsraad verstrekt, voor zover deze inlichtingen uit de boekhouding, uit de jaarrekening van de onderneming blijken of uit andere verifieerbare stukken voortvloeien. Artikel 15bis, 4° bepaalt dat indien hij van oordeel is de in het 2° bedoelde certificering niet te kunnen afgeven of indien hij leemten vaststelt, in de aan de ondernemingsraad verstrekte economische en financiële inlichtingen, hij het ondernemingshoofd daarvan op de hoogte moet stellen en, indien deze daaraan geen gevolg geeft binnen de maand die volgt na zijn tussenkomst, op eigen initiatief de ondernemingsraad daarvan in kennis moet stellen.

Certificeren werd ooit omschreven als: «de verklaring van de revisor, na afloop van de gebruikelijke controles uitgevoerd overeenkomstig de regels van het vak, rekening houdend met de terzake geldende wettelijke en reglementaire bepalingen, dat de voorgelegde stukken en de verstrekte inlichtingen een getrouw beeld geven van de toestand waarop zij betrekking hebben»⁸⁶.

Het spreekt vanzelf dat de commissaris-revisor, die met bedrieglijk opzet (bijvoorbeeld met de bedoeling zich te onttrekken aan de naleving van de veeleisende normen van het I.B.R. betreffende de opdracht van de bedrijfsrevisor bij de ondernemingsraad), onvoorwaardelijk met de waarheid strijdige gevens certificeert, zich schuldig kan maken aan valsheid in geschriften en, bijvoorbeeld bij het verstrekken van toelichting bij zijn verslag, aan gebruik van valse stukken.

B. Ten exemplatieven titel: enkel andere verslagen

58. In het kader van de Vennootschappenwet is de commissaris-revisor belast met tal van bijzondere verslagen, controle- of verificatieverslagen en certificatieverslagen, die – mits de hoger gepreciseerde voorwaarden vervuld zijn – aanleiding kunnen geven tot valsheid in geschriften en gebruik van valse stukken. Ten exemplatieven titel laten wij *enkele* van deze verslagen hieronder de revue passeren.

59. In het geval van *quasi-inbreng* dient de commissaris-revisor een controleverslag uit te brengen, waarin onder meer de vermogensbestanddelen dienen beschreven te worden die de vennootschap overweegt te verkrijgen, de vergoeding die werkelijk als tegenprestatie voor de verkrijging wordt verstrekt en de toegepaste methoden van waardering. Dit verslag moet aangeven of de waarden waartoe deze methoden leiden, ten minste overeenkomen met de als tegenprestatie verstrekte vergoeding⁸⁷. Bedrieglijke overwaardering van de te verkrijgen vermogensbestanddelen teneinde de als tegenprestatie te verstrekken vergoeding te legitimeren, kan aanleiding geven tot valsheid in geschriften.

60. In het geval van *uitgifte van aandelen* zonder vermelding van nominale waarde beneden de fractiewaarde van de oude aandelen van dezelfde soort, moet een commissaris-revisor een certificatieverslag opmaken met betrekking tot de financiële en boekhoudkundige gevens, die voorkomen in het verslag van de raad van bestuur aan de algemene vergade-

⁸⁶ Parlementaire voorbereiding W. 21 februari 1985, Verslag Verhaegen, *Gedr. St., Kamer*, 552 (1982-83), nr. 35, p. 16.

⁸⁷ Voor de N.V., artikel 24*quater*, § 1 Venn. w.; de C.V.A., artikel 107 Venn. w.; voor de B.V.B.A. artikel 120*quater* Venn. w.; voor de C.V.B.A. artikel 147 *quinquies* Venn. w.

ring die zich moet uitspreken over de uitgifte van de aandelen, waarin hij verklaart dat de in het verslag van de raad van bestuur opgenomen financiële gegevens *juist* zijn en *voldoende* om de algemene vergadering die over het voorstel moet stemmen voor te lichten⁸⁸.

De commissaris dient een certificatieverslag op te stellen met betrekking tot de financiële en boekhoudkundige gegevens in het verslag van de raad van bestuur, *bij beperking of opheffing van het voorkeurrecht* van de aandeelhouders bij uitgifte van aandelen, waarin hij verklaart dat de in het verslag van de raad van bestuur opgenomen financiële en boekhoudkundige gegevens *juist* zijn⁸⁹, met in het bijzonder de vermelding of deze gegevens *voldoende* zijn om de algemene vergadering voor te lichten in het geval van uitgifte van aandelen buiten voorkeurrecht⁹⁰; een zelfde certificatieverslag is voorgeschreven bij de uitgifte van converteerbare obligaties of van warrants⁹¹.

Er dient eveneens een certificatieverslag opgesteld te worden met betrekking tot de *juistheid* van de verklaringen in het bijzonder verslag van de raad van bestuur in verband met beslissingen waarbij een bestuurder een *persoonlijk belang* heeft dat strijdig is met dat van de vennootschap, en met de vermelding dat zij *voldoende* zijn om de algemene vergadering voor te lichten⁹². In al deze gevallen is valsheid in geschriften denkbaar mits de hoger beschreven voorwaarden vervuld zijn.

61. In het geval van een *inbreng in natura* moet, bij kapitaalsverhoging, een commissaris-revisor een controleverslag opstellen, met de beschrijving van elke inbreng in natura en van de toegepaste methoden van waardering. Het verslag moet aangeven of de waarden waartoe deze methoden leiden, ten minste overeenkomen met het aantal en de nominale waarde of, bij gebreke van een nominale waarde, de fractiewaarde en, in voorkomend geval, met het agio van de tegen de inbreng uit te geven aandelen. Het verslag dient te vermelden welke werkelijke vergoeding als tegenprestatie voor de inbreng wordt versterkt⁹³. Ook dit verslag leent zich uiteraard voor valsheid in geschriften, bijvoorbeeld door bedrieglijke kennelijke overwaardering⁹⁴.

62. De commissaris-revisor dient een *gecertificeerde staat* van de geplaatste inschrijvingen op te stellen bij kapitaalsverhogingen met een openbare inschrijving, op te nemen in een desgevallend authentieke akte van de vaststelling van de totstandkoming van de verhoging⁹⁵.

⁸⁸ Voor de N.V., artikel 33bis, § 6 Venn. w.; voor de C.V.A., artikel 107 Venn. w.

⁸⁹ Voor de N.V. artikel 34bis, § 3, lid 4 Venn. w. en voor de C.V.A., artikel 107 Venn. w.

⁹⁰ Voor de N.V., artikel 34 bis, § 3.

⁹¹ Voor de N.V., artikel 101quater; voor de C.V.A., artikel 107.

⁹² Voor de N.V. artikel 60 Venn. w.; voor de C.V.A., artikel 107 en voor de B.V.B.A., artikel 133, § 1 Venn. w.

⁹³ Voor de N.V. artikel 34, § 2 Venn. w.; voor de C.V.A., artikel 107 Venn. w.; voor de B.V.B.A. artikel 122, § 3 Venn. w., en voor de C.V. artikel 147sexies Venn. w.

⁹⁴ Zie hierover: HUYBRECHTS, L., «Controle op de inbreng in natura. Bedenkingen vanuit een strafrechtelijke hoek», in *Controle van de inbreng in natura*, B.C.N.A.R., 1988/3, 171-185, en de desbetreffende strafrechtelijke analyses aldaar. M.b.t. de commissaris-revisor maakt deze auteur geen gewag van valsheid in geschriften, doch enkel van artikel 17, derde lid Wet 17 juli 1975 op de boekhouding en de jaarrekeningen van de ondernemingen. O.i. kan bezwaarlijk gewag gemaakt worden van deze laatste bepaling i.v.m. het verslag van de commissaris-revisor i.v.m. een inbreng in natura, omdat dit verslag - behoudens vergissing van onzentwege - geen betrekking heeft op attestatie of goedkeuring van één in de limitatieve lijst van artikel 17, derde lid opgesomde handelsgeschriften: rekeningen, jaarrekeningen, belansen en resultatenrekeningen of geconsolideerde rekeningen.

⁹⁵ Voor de N.V., artikel 34, § 4 en 5 Venn. w. en voor de C.V.A., artikel 107 Venn. w.

63. De commissaris-revisor dient een verificatieverslag over de staat van activa en passiva op te stellen, voorafgaand aan de beslissing tot *uitkering van een interimdividend* op het resultaat van het lopende boekjaar, en te voegen bij het algemeen verslag⁹⁶, en een verslag over de staat van activa en passiva, bij een statutenwijziging met betrekking tot het doel van de vennootschap⁹⁷.

Er dient eveneens een verslag over de staat van activa en passiva opgesteld te worden, met vermelding van het eigen vermogen, met inzonderheid de vermelding of daarin de toestand van de vennootschap op *volledige, getrouwe en juiste wijze* is weergegeven, voorafgaand aan de statutenwijziging met het oog op een bepaalde vennootschapsvorm in een andere⁹⁸.

Al deze verslagen zijn vatbaar voor valsheid in geschriften of gebruik van valse stukken mits de hoger besproken voorwaarden vervuld zijn.

§ 5. De problematiek van de wettelijke kwalificaties

64. Er werd reeds op gewezen dat naast de gemeenrechtelijke bepalingen in verband met valsheid in geschriften en gebruik van valse stukken, tal van bijzondere strafwetten bestaan, die bepaalde vormen van valsheid of valsheden in bijzondere geschriften strafbaar stellen (*supra*, nr. 36) en dat alsdan de vraag rijst of men staat voor een geval van eendaadse samenloop (artikel 65 Sw.), dan wel voor een geval waarbij de bijzondere regeling de algemene uitsluit.

Het belang van deze aangelegenheid kan nauwelijks overschat worden. Speelt de regel van de eendaadse samenloop, dit is wanneer men door één enkele gedraging (handeling of onthouding) een inbreuk pleegt op meerdere strafbepalingen die geacht worden op deze gedraging van toepassing te zijn, dan zullen – bij toepassing van artikel 65 Sw. – in beginsel enkel de straffen (hoofdstraffen en bijkomende straffen) kunnen uitgesproken worden waarmee het misdrijf dat met de zwaarste straffen bedreigd is bestraft kan worden. Wordt daarentegen een algemene strafbepaling door een bijzondere strafbepaling buiten werking gesteld, dan zullen alleen de straffen (hoofdstraffen en bijkomende straffen) van toepassing zijn die door de bijzondere wet zijn bepaald, en dit nog onverminderd andere strafprocedurale gevolgen.

Hierna onderzoeken wij achtereenvolgens de relatie tussen de gemeenrechtelijke valsheid in geschriften en

- 1) de strafrechtelijke inbreuk, met bedrieglijk opzet gepleegd, zoals strafbaar gesteld door artikel 17, derde lid W. 17 juli 1975 met betrekking tot de boekhouding en de jaarrekeningen van ondernemingen;
- 2) de fiscale valsheid in geschriften;
- 3) de valsheid in de jaarrekeningen zoals bepaald door de artikelen 207-210 Venn. w.

⁹⁶ Voor de N.V., artikel 77ter, derde en vierde lid Venn. w.; voor de C.V.A. artikel 107 Venn. w.

⁹⁷ Voor de N.V., artikel 70bis, alinéa 1. Venn.W; voor de C.V.A. artikel 107 Venn. w.

⁹⁸ Artikel 164, § 2, vierde lid Venn. w.; artikel 166, derde lid Venn. w.; artikel 167, eerste lid Venn. w.

A. Gemeenrechtelijke valsheid en artikel 17, derde lid, Jaarrekeningenwet

65. Artikel 17, derde lid, Jaarrekeningenwet werd hoger reeds besproken. Wanneer *met bedrieglijk opzet* een inbreuk werd gepleegd op deze strafbepaling dan kan, in vele hypothesen gewag gemaakt worden van valsheid in geschriften, zodat alsdan de vraag rijst of wij staan hetzij voor een geval van eendaadse samenloop (inbreuk op artikel 196 Sw. én op artikel 17, derde lid, *in fine*, Jaarrekeningenwet), dan wel voor een geval waarbij aangenomen moet worden dat artikel 17, derde lid, *in fine* Jaarrekeningenwet, de toepassing van artikel 196 Sw. uitsluit.

66. Ter oplossing van dergelijke problemen heeft het Hof van Cassatie in zijn jurisprudentie traditioneel het criterium benadrukt van het al dan niet bestaan van een volledige strafregeling in de bijzondere strafwet in vergelijking met de toepasselijke gemeenrechtelijke regeling, waarbij de wil van de wetgever, zoals deze onder meer uit de parlementaire voorbereiding van de wet tot uitdrukking komt, van beslissend belang wordt geacht⁹⁹. Indien de wetgever met de bijzondere strafbaarstelling geen volledige strafregeling heeft willen invoeren, dan blijft de gemeenrechtelijke strafbaarstelling overeind, en zal in dat geval gewag gemaakt kunnen worden van ééndaadse samenloop.

Bij toepassing van dit criterium zijn wij van oordeel dat in het geval van een samentreffen tussen een bedrieglijke inbreuk op artikel 17, derde lid, *in fine* Jaarrekeningenwet en een valsheid in geschriften inderdaad sprake is van één-daadse samenloop en niet van een *lex specialis* die de *lex generalis* uitsluit. Dit blijkt onder meer ook uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 17 juli 1975, en van de wet van 1 juli 1983 tot wijziging van deze wet (B.S. 8 juli 1983), waarbij het derde lid van artikel 17 werd vervangen.

In de versie van 1975 werd in artikel 17 nog geen onderscheid gemaakt in de bestraffing, naargelang de feiten al dan niet met bedrieglijk opzet werden gepleegd. In de memorie van toelichting werd desbetreffend gepreciseerd, dat indien er valsheid werd gepleegd met bedrieglijk inzicht of met het oogmerk om te schaden, de feiten onder de toepassing vallen van de artikelen 196 en 197 van het Strafwetboek of van artikel 207 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen¹⁰⁰. Tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet van 1 juli 1983, waarbij de nieuwe tekst van het derde lid van artikel 17 werd ingevoerd, houdende o.m. een zwaardere bestraffing in het geval van *bedrieglijk opzet*, werd er op gewezen dat de voorgestelde wijziging aan het derde lid van artikel 17 een loutere tekstverduidelijking was, en geen wijziging ten gronde¹⁰¹ (alhoewel elk rechtgeaard penalist daarover de grootste twijfels kan hebben). Duidelijk is alvast dat artikel 17, derde lid, *in fine* Jaarrekeningwet, niet in dezelfde mate als de artikelen 193 e.v. Sw. in eenzelfde complete strafregeling voorziet, zij het maar door het ontbreken van een specifieke bepaling omtrent het gebruik (artikel 196 Sw.).

⁹⁹ Zie bv. Cass., 14 februari 1949, *Arr.Cass.*, 1949, p. 121, *Pas.*, 1949, I, p. 133, met conclusies Eerste Adv.Gen. R. HAYOT-DE-TERMICOURT; Cass., 30 oktober 1984, *Arr.Cass.*, 1984-85, p. 328, *R.W.*, 1985-86, p. 1193, met noot DE SCHEPPER, L.M.

¹⁰⁰ Zie Memorie van Toelichting, *Gedr. St.*, Senaat, nr. 436, zitt. 1974-1975, nr. 1, p. 14, sub artikel 17.

¹⁰¹ Zie: *Parl. St.*, Kamer, Ontwerp van Wet, nr. 925, zitt. 1980-81, nr. 1, p. 18, sub artikel 11. Er werd zelfs betoogd: «het onderscheid in de huidige bepaling tussen handelingen gesteld met of zonder bedrieglijk opzet wordt erdoor bevestigd». Persoonlijk kunnen wij echter in de oorspronkelijke tekst van het derde lid van artikel 17 dat zogenaamde onderscheid geenszins ontwaren.

B. Gemeenrechtelijke valsheid en fiscale valsheid in geschriften

67. Door de Herstelwet van 10 februari 1981 betreffende de strafrechtelijke beteugeling van de belastingontduiking (B.S. 14 februari 1981) werd het strafrecht doelbewust omgesmeed tot een specifiek instrument van fiscale rechtshandhaving. In dat perspectief werd de dispariteit van de teksten in de verschillende fiscale Wetboeken weggewerkt door een verregaande harmonisatie. Zo werd onder meer in alle fiscale wetboeken gelijklopende bepalingen ingevoerd betreffende valsheid in geschriften, het gebruik ervan en betreffende het opmaken en gebruiken van valse getuigschriften¹⁰².

Het door het fiscaal strafrecht geconstrueerd misdrijf van valsheid in geschriften en gebruik van valse geschriften, is in meerdere opzichten veel specifiekere dan de gemeenrechtelijke misdrijven, onder meer ook door de invoering van een gans bijzonder fiscaal opzet, en door specifieke straffen. De wetgeving in verband met de fiscale valsheid is dan ook een schoolvoorbeeld van een bijzondere strafwetgeving die de algemene uitsluit. Door de rechtsleer wordt dan ook aangenomen dat in beginsel geen eendaadse samenloop bestaat tussen de gemeenrechtelijke en de fiscale valsheid in geschriften¹⁰³. Dientengevolge zal een valsheid die gepleegd werd in een door een commissaris-revisor opgesteld verslag, met het gans bijzondere opzet dat voor de fiscale valsheid vereist is, enkel onder de toepassing vallen van de fiscale strafrechtsbepalingen, met alle mogelijke juridische gevolgen vandie, zoals de mogelijkheid tot het uitspreken van bijkomende straffen die niet mogelijk zijn bij de gemeenrechtelijke valsheid (bijvoorbeeld beroepsuitoefeningsverbod en sluiting van de inrichting).

C. Gemeenrechtelijke valsheid en de valsheid in de door de vennootschappenwet voorgeschreven jaarrekening

68. Een commissaris-revisor die zich in zijn door artikel 65 Venn. w. voorgeschreven verslag schuldig maakt aan valsheid in geschriften, is in beginsel strafbaar op grond van artikel 196 Sw., en zo van dit verslag gebruik gemaakt wordt, bijvoorbeeld ter gelegenheid van de goedkeuring van het jaarverslag, dan is hij strafbaar op grond van artikel 197 Sw., dat gebruik van valse stukken strafbaar stelt.

69. Van valsheid in jaarrekeningen, zoals bedoeld in de artikelen 207 Venn. w., lijkt op het eerste gezicht in hoofdte van de commissaris-revisor geen sprake te zijn. De jaarrekeningen worden immers door de bestuurders opgesteld en, samen met het verslag van de commissaris-revisor aan de algemene vergadering voorgelegd. Eén en ander neemt niet weg dat de commissaris-revisor, door de valsheden in zijn verslag, in bepaalde omstandigheden beschouwd zal kunnen worden als een strafbare deelnemer aan de valsheid in de jaarrekening die door anderen werd opgesteld, bijvoorbeeld door de intentie om zich bij het delictueel opzet van de opstellers van het jaarverslag aan te sluiten, bij wege van het achterwege laten van zijn verplichting om de bestuurders op de anomalieën van hun jaarverslag te wijzen, gecombineerd met de bevestiging dat zij geen kennis hebben gekregen van verrichtin-

¹⁰² Zie hierover *in extenso*: DUPONT, L., «Fiscale valsheid in geschriften», in DUPONT, L. & VANISTENDAELE, F. (ed.), *Strafrecht en belastingrecht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, p. 87-137.

¹⁰³ In deze zin: DECLERCQ, R., «Strafrechtelijke aspecten van de recente wijzigingen inzake inkomstenbelastingen», in DUPONT, L. & VANISTENDAELE, F., *op.cit.* (3), 11; in dezelfde zin: DUPONT, L., *op. cit.*, p. 135.

gen gedaan of beslissingen genomen met overtreding van de statuten of van de bepalingen van de vennootschappenwet (artikel 65, 6°, Venn. w.), of door het achterwege laten van voorbehouden of bezwaren (artikel 65, laatste lid, Venn. w.).

70. Er zijn dan ook tal van hypothesen denkbaar waarin een commissaris-revisor onder de toepassing kan vallen, zowel van de gemeenrechtelijke valsheid in geschriften als van de valsheid in de jaarrekening, in dit laatste geval als strafbare deelnemer (artikel 66-67 Sw.). Eén en andere verantwoordt een korte uiteenzetting over de valsheid in de jaarrekeningen, zoals strafbaar gesteld door de artikelen 207 e.v. Venn. w.

71. De artikelen 207 e.v. Venn. w. zijn via een merkwaardige geschiedenis, waarvan de relevantie in het licht van de rechtspraak sterk rereelativeerd moet worden, in de vennootschappenwet verzeild geraakt¹⁰⁴.

Het meest opvallend hierbij is: 1) dat de artikelen 207 (valsheid in jaarrekeningen) en 208 Venn. w. (gebruik van de valse akten) enkel van toepassing zijn op jaarrekening die door de artikel 77 Venn. w. of door de statuten is voorgeschreven, en 2) dat voor de toepassing van de artikelen 207 en 208 Venn. w. de jaarrekening maar wordt geacht te bestaan, zodra zij voor de aandeelhouders of de vennoten ter inzage is gelegd (artikel 209 Venn. w.)

Hieruit volgt:

- dat de gemeenrechtelijke bepalingen in verband met valsheid in geschriften van toepassing zijn, wanneer het jaarrekeningen betreft die niet onder de toepassing van de wetten op de handelsvennootschappen vallen¹⁰⁵;
- dat ontwerp-jaarrekeningen, die nog niet voor de aandeelhouders of vennoten ter inzage zijn gelegd, niet het voorwerp kunnen zijn van strafbare valsheid, en dat daarbij hooguit gewag gemaakt kan worden van (niet-strafbare) daden van voorbereiding van jaarrekeningen in de zin van de artikelen 207 en 208 Venn. w.¹⁰⁶

TER AFSLUITING

72. Uit wat voorafgaat is ten overvloede gebleken dat op de commissaris-revisor een loodzware maatschappelijke verantwoordelijkheid berust, die hij moet opnemen onder het waakzaam oog van het strafrecht, dat het hem niet gunt excursies te wagen buiten het pad dat hem door het strafrecht, met weinig invoelendheid voor de moeilijkheden van zijn taak, als de te volgen weg wordt voorgeschreven. Bij deze hachelijke onderneming heeft de commissaris-revisor een betrouwbare gids: het Instituut der bedrijfsrevisoren die hem bij wege van de eigen normering van zijn beroepsactiviteiten, de criteria aanreikt die hem bij beslissingsmomenten moeten inspireren de juiste keuze te maken. Wie zich aan deze nor-

¹⁰⁴ Zie over deze geschiedenis: VAN HALEWIJN, J. & DUPONT, L., op.cit., nrs. 155-156.

¹⁰⁵ L. HUYBRECHTS geeft als voorbeelden: een vennoot die in de uitvoering van een associatieovereenkomst een valse staat van activa en passiva opmaakt; of het opstellen van een valse balans naar aanleiding van het verzoek van een depistagecommissie van de rechtbank van koophandel. HUYBRECHTS, L., *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van bestuurders en zaakvoerders van vennootschappen*, op.cit., 113. In dezelfde zin: PIET, J.M., «Faux bilans», *Rev. Dr. Pén.*, 1961-62, (953), p. 959.

¹⁰⁶ Zie: HUYBRECHTS, L., «Valse jaarrekeningen», noot onder Cass., 19 november 1985, R.W., 1985-86, (2899), p. 2903 en de aldaar aangehaalde verwijzingen.

men conformeert, loopt weinig of geen kans om met het strafrecht in aanvaring te komen. Mocht dit, om één of andere reden dan toch het geval zijn, dan zal de commissaris-revisor een deugdelijk verweer kunnen voeren, in de mate dat hij kan aantonen dat hij zich loyaal geconformeerd heeft aan zijn professionele normen voor behoorlijk functioneren.

COMMISSARIS-REVISOR: VERANTWOORDELIJKHEDEN EN VERZEKERING*

Caroline VAN SCHOUBROECK
Postdoctoraal onderzoeksmandaat, N.F.W.O. K.U. Leuven

Inleiding	109
Hoofdstuk I: Wettelijke en deontologische regels betreffende de aansprakelijkheidsverzekering	113
A. Werkzaamheden verricht in België	113
B. Werkzaamheden verricht in de Europese Unie	115
Hoofdstuk II: Aandachtspunten met betrekking tot de verzekeringsvoorwaarden	116
A. Toepasselijkheid van het Belgisch recht inzake de verzekeringsovereenkomst	117
B. Belangrijke regels in de wet op de landverzekeringsovereenkomst met betrekking tot de inhoud en de omvang van de dekking	120
C. Verzekeringsvoorwaarden en de verzekeringspraktijk	126
Hoofdstuk III: Aandachtspunten betreffende de verzekeraar	133
A. Wettelijke regels	134
B. Factoren waarvoor geen of onduidelijke wettelijke oplossingen bestaan	137
Slotbeschouwingen	139

Inleiding

1. Deze bijdrage betreffende de «verantwoordelijkheden en de verzekering van de commissaris-revisor» kadert in de meer ruime problematiek enerzijds van de verantwoordelijkheden die op de bedrijfsrevisor en accountant¹ rusten in de uitoefening van zijn beroep en anderzijds van de verzekering als techniek van beheer van de daarmee verbonden risico's.

In de uitoefening van zijn beroepswerkzaamheden draagt iedere bedrijfsrevisor of accountant inderdaad de verantwoordelijkheid voor het goed functioneren van zijn onderneming. Dit concretiseert zich meer in het bijzonder in een goede organisatie van het werk, een kundige leiding en een op de taken afgestemde uitrusting en desgevallend personeel. Hij heeft de mogelijkheid zich te verzekeren tegen de financiële gevolgen van bepaalde feiten die dit goed functioneren van de onderneming zouden belemmeren of onmogelijk maken. Tot de belangrijkste verzekeringen die kunnen gesloten worden behoren vooreerst de aansprakelijkheidsverzekeringen waaronder in het bijzonder de verzekering BA exploitatie, een waarborg tot dekking van schade geleden door derden ingevolge verlies, beschadiging of diefstal van al dan niet toevertrouwde documenten en stukken (inclusief computerprogramma's

* Bij het ter perse gaan van dit boek werd vernomen dat de werkzaamheden tot het sluiten van een collectieve polis professionele aansprakelijkheid bedrijfsrevisor door de Raad van het Instituut der Bedrijfsrevisoren werden afgerond.

¹ De accountant wordt in dit onderzoek mee betrokken daar de externe accountant de wettelijke bevoegdheid geniet individuele vennoten bij te staan of te vertegenwoordigen bij de onderzoeks- of controlebevoegdheden van een commissaris.

en diskettes) (bewaarnemersaansprakelijkheid), een waarborg insolventie en beheer van gelden, een BA motorrijtuigenverzekering (voor beroepsgebruik van het voertuig) en desgevallend een verzekering objectieve aansprakelijkheid brand en ontploffing². Voorts is het nuttig zaakschadeverzekeringen te onderschrijven, waaronder de verzekering tegen brand en andere gevaren en de bedrijfsschadeverzekering of minstens een waarborg wedersamenstelling van verloren, vernietigde of gestolen dossiers, documenten en stukken nodig voor het beroep, met inbegrip van een dekking voor schade of verlies van computer(programma's). Verder is ook een rechtsbijstandverzekering nuttig. Tenslotte kunnen zij verplicht zijn een arbeidsongevallenverzekering te sluiten tot dekking van de lichamelijke letsels geleden door hun personeelsleden ingeval een arbeidsongeval.

Naast de verantwoordelijkheid voor het goed functioneren van de onderneming als zodanig, rust op de bedrijfsrevisor en de accountant eveneens de bijzondere verantwoordelijkheid ten aanzien van de cliënten en derden voor een kwaliteitsvolle dienstverlening als «vakman». Indien op dit vlak iets verkeerd loopt, vertaalt zich dat mogelijk in een deontologische aansprakelijkheid³, in een strafrechtelijke aansprakelijkheid⁴, of in een burgerrechtelijke aansprakelijkheid⁵ wegens beroepsfouten of professionele fouten⁶ of in een cumulatie van deze aansprakelijkheden⁷.

Het risico van strafrechtelijke en deontologische aansprakelijkheid is evenwel niet verzekeraar⁸. Enkel de financiële gevolgen van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid wegens beroepsfouten kunnen worden gedekt door een zgn. professionele aansprakelijkheidsverzekering⁹. Deze verzekering waarborgt de financiële gevolgen van de aansprakelijkheid wegens fouten die het gevolg zijn van een gebrek aan kennis, bekwaamheid of vaardigheid van de bedrijfsrevisor of accountant in de beroepshalve ter beschikking gestelde diensten, in concreto de aansprakelijkheid die direct verbonden is met de beroepsactiviteit en die hij oploopt wegens gebrekkige dienstverlening als «vakman»¹⁰.

² Beoefenaars van een vrij beroep, zoals de bedrijfsrevisor of de accountant, die gebruik maken van kantoorgebouwen waarvan de totale voor het publiek toegankelijke oppervlakte ten minste 500 m² bedraagt, zijn verplicht een verzekering te sluiten tot dekking van hun objectieve aansprakelijkheid in geval van brand en ontploffing, zie ministeriële Omzendbrief van 3 maart 1992, *Vr. en Antw.*, Kamer, B.Z., 1991-92, 18 mei 1992, p. 504 (Vr. nr. 49 GHESQUIERE); artikel 1, 22° K.B. van 28 februari 1991 betreffende de inrichtingen die onder de toepassing vallen van de wet van 30 juli 1979 betreffende de verplichte verzekering van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid in deze gevallen.

³ Zie de bijdrage van de heer J. GODEFROID.

⁴ Zie bijdrage van de heer L. DUPONT.

⁵ Zie bijdrage van de heer P.A. FORIERS.

⁶ Zie betreffende deze terminologie, VAN SCHOU BROECK, C., *Professionele aansprakelijkheidsverzekering en de Europese Interne Markt*, Reeks Aansprakelijkheidsrecht 10, Antwerpen, Maklu Uitgevers; Diegem, Ced.samson, 1994, p. 22-24, nr. 16-18.

⁷ Zie onder meer FORIERS, P.A. en VON KUEGELEN, M., «La responsabilité civile des réviseurs et experts-comptables», *Rev. Dr. ULB*, 1992, p. 25, nr. 25-26; VAN OEVELEN, A., «De rol en de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris-revisor», *Post Universitaire Cyclus W. Delva 1994/1995, Handels-Economisch en Financieel Recht*, Gent Mys & Breesch, 1995, p. 274-275, nr. 47.

⁸ Zie onder meer VAN RUN, J. en HEENEN, J., *Principes de droit commercial*, IV, Brussel, Bruylant, 1965, p. 16, nr. 2417.

⁹ Zie betreffende deze terminologie, VAN SCHOU BROECK, C., *Professionele aansprakelijkheidsverzekering en de Europese Interne Markt*, p. 92-94, nr. 13-114.

¹⁰ Aldus omschreven houdt de professionele aansprakelijkheidsverzekering geen waarborg BA exploitatie in, welke de aansprakelijkheid dekt wegens fouten die vreemd zijn aan de dienst zelf maar wel verband houden met de wijze waarop of het kader waarin de dienst wordt geleverd. In de polispraktijk wordt gebruikelijk in de polis professionele aansprakelijkheidsverzekering een (beperkte) waarborg BA exploitatie bedongen.

Naast de professionele aansprakelijkheidsverzekering is het nuttig een rechtsbijstandverzekering te sluiten. Deze verzekering kan rechtsbijstand verlenen ingeval van procedures (minnelijke of gerechtelijke) die door of tegen de bedrijfsrevisor worden ingesteld, zowel met betrekking tot de burgerrechtelijke als met betrekking tot de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het spreekt voor zich dat deze beide verzekeringen eveneens nuttig zijn voor het voortbestaan van de onderneming, gezien de insolventie ingeval aansprakelijkheid voor gebrekkige diensten meteen ook het einde van de onderneming kan betekenen.

2. Uit deze lijst blijkt dat er heel wat verzekeringen bestaan die nuttig zijn voor de uitoefening van het beroep van bedrijfsrevisor en accountant. In het kader van deze bijdrage kunnen we evenwel niet op al deze verzekeringen ingaan. Het onderwerp van deze studiedag heeft voornamelijk betrekking op de verantwoordelijkheid van de bedrijfsrevisor voor het leveren van kwaliteitsvolle diensten als «vakman», specifiek met betrekking tot de opdrachten die hij in het kader van de functie van commissaris-revisor mag uitoefenen. Vandaar dat we in het bestek van deze bijdrage onze aandacht in het bijzonder toespitsten op de verzekering van de hoger gedefinieerde professionele aansprakelijkheid alsmede van de aansprakelijkheid als bewaarnemer van al dan niet toevertrouwde documenten en stukken toebehorend aan derden en op de daarmee verbonden rechtsbijstandverzekering.

Het nut van deze verzekeringen is wellicht nog groter nu dan vroeger, zowel voor de beroepswerkzaamheden van de bedrijfsrevisor in het algemeen als voor de uitoefening van de functie van commissaris-revisor in het bijzonder. Het risico dat aansprakelijkheidsvorderingen tegen de commissaris-revisor worden ingesteld is de laatste jaren zeker niet verminderd¹¹. Daarenboven heeft de commissaris-revisor geen ander efficiënt middel om de gevolgen van zijn aansprakelijkheid voor gebrekkige diensten te ontlopen of te verminderen. Behalve het zelf dragen van het risico ("going bare") of het aangaan van een verzekering, zijn de andere technieken van beheer van dit risico ofwel onwettelijk, ofwel onvoldoende efficiënt gebleken¹². Een verzekering voor de gevolgen van aansprakelijkheid vervult bovendien de functie van een exoneration waarbij de schadelast (gedeeltelijk) wordt afgewenteld op een derde maar waardoor de benadeelde niettemin een perspectief op een (gedeeltelijke) vergoeding wordt geboden¹³. Vandaar dat de bedrijfsrevisor de verantwoordelijkheid heeft, zowel ten aanzien van de eigen onderneming, als ten aanzien van de cliënt en de samenleving, om minstens te trachten op de markt een voor zijn beroepswerkzaamheden zo adequaat mogelijke dekking te vinden. Overigens mag men niet uit het oog verliezen dat de beslissing tot het uitoefenen van de beroepsactiviteiten zonder verzekering, in gevallen waarin de wet of een bindend deontologisch reglement deze verzekering verplicht stelt, onder omstandigheden kan beschouwd worden als een buitencontractuele fout die mogelijk leidt tot een burgerrechtelijke aansprakelijkheid die kan ingeroepen worden door derden

¹¹ Cf. VAN OEVELEN, A., l.c., p. 281, nr. 53.

¹² In het bestek van deze bijdrage kan niet verder ingegaan worden op mogelijke andere technieken tot beheer van professionele aansprakelijkheidsrisico's zoals exoneration door contractuele bedingen of uitoefening van het beroep in vennootschapsverband, de plafonnering van aansprakelijkheid of de verjaring, de rechterlijke matiging van de schadevergoeding. Zie desbetreffend o.m. Cousy, H., "Algemene beschouwingen over de evolutie van de professionele aansprakelijkheid", *Per. Ber. Rev.*, 1987, afl. 4, 1; FORIERS, P.A. en VON KUEGELEN, M., l.c., p. 33-36, nr. 38-42; p. 37-39, nr. 46-50; VAN SCHOUBROECK, C., *Professionele aansprakelijkheidsverzekering en de Europese Interne Markt*, p. 50-85, nrs. 62-102.

¹³ Zie onder meer VAN SCHOUBROECK, C., *Professionele aansprakelijkheidsverzekering en de Europese Interne Markt*, p. 123-126, nr. 151-158.

of door cliënten. Zelfs nu op de bedrijfsrevisor nog niet zulkdanig verplichting rust, kan men de vraag stellen of het niet-sluiten van een verzekering die een zekere basisdekking waarborgt, onder omstandigheden niet zou kunnen gesanctioneerd worden als een inbreuk op de algemene deontologische verplichting bepaald in artikel 3 van het K.B. van 10 januari 1994 betreffende de plichtenleer dat "de bedrijfsrevisor iedere handeling of houding moet vermijden die in strijd zou zijn, hetzij met de waardigheid, de rechtschapenheid of de kiesheid (...)».

3. Anderzijds stelt de professioneel vast dat het voor hem steeds moeilijker wordt een voldoende aanbod aan adequate verzekeringswaarborg, tegen een redelijke prijs te vinden, zowel op de Belgische markt als op de buitenlandse markt¹⁴. Bovendien is het feit dat men een verzekering heeft, nog geen garantie dat inderdaad de aansprakelijkheid die men oploopt voldoende gedekt is. De vraag rijst inderdaad of de verzekering nog een geschikte en verantwoorde techniek is tot beheer van de professionele aansprakelijkheidsrisico's.

In het bestek van deze bijdrage kunnen we evenwel niet nader ingaan op deze problematiek van het verminderd aanbod aan professionele aansprakelijkheidsverzekering. De belangrijkste oorzaken situeren zich enerzijds op het vlak van het aansprakelijkheidsrecht en het toenemende risico van aansprakelijkheidsstelling, alsmede op het vlak van de Europese wetgeving en de Belgische wet inzake de verzekeringsovereenkomst waarin steeds hogere eisen worden gesteld aan de verzekeringswaarborg. Anderzijds zijn er eveneens verklaringen te vinden op het vlak van het verzekeringsbedrijf. Het aanbieden van verzekeringen lijkt meer en meer te worden gedomineerd door een groeiende concurrentie tussen verzekeringsondernemingen, die onder meer dreigt te leiden naar (te ver) doorgedreven risicoselectie en minstens naar een grotere rentabiliteit.

In deze bijdrage kunnen we evenmin ingaan op de problematiek van de verhouding tussen de beschikbare waarborgen en de te betalen premie, noch op de daaruit voortvloeiende vraag of en onder welke voorwaarden het economisch opportuun is een polis te sluiten, dan wel gewoonweg te besluiten bij mogelijke aansprakelijkheid de klappen zelf te incasseren in plaats van ze door te schuiven naar de verzekeraar.

4. Één en ander onderstreept misschien nog meer het belang van goed geïnformeerd te zijn over de wetgeving en de verzekeringspraktijk met betrekking tot de professionele aansprakelijkheidsverzekering en de rechtsbijstandverzekering. Uitgaande van deze idee willen we in deze bijdrage bijgevolg nader ingaan op de naar onze mening belangrijkste aspecten waaraan aandacht moet gegeven worden met het oog op een adequate dekking van de professionele aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor en in het bijzonder van de commissaris-revisor. Uiteraard leidt één en ander niet noodzakelijk tot het beoogde resultaat en is het niet zeker dat hij op de huidige markt inderdaad een (geschikte) dekking zal vinden. Niettemin durven we hopen dat de bedrijfsrevisor met een betere kennis van zaken en dus vanuit een sterkere onderhandelingspositie tegenover de verzekeraar zal staan en dat in de nabije toekomst de meest prangende problemen een behoorlijke (juridische) oplossing zullen krijgen.

¹⁴ Zie hieromtrent onder meer VERCRUYSE, G., en DALCQ, R.O., «Debat», in *Professionele aansprakelijkheid en verzekering. Verslagboek Zevende Leuvense Verzekeringsdagen*, COUSY, H., en CLAASSENS, H., (ed.), Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1991, p. 67-69.

In het eerste hoofdstuk worden beknopt de wettelijke en deontologische regels betreffende de professionele aansprakelijkheidsverzekering in herinnering gebracht. In het tweede hoofdstuk wordt een overzicht gegeven van de aandachtspunten betreffende de verzekeringsvoorwaarden die specifiek betrekking hebben op de omvang en de inhoud van de dekking. Tenslotte wordt in het derde en laatste hoofdstuk gewezen op de aandachtspunten betreffende de verzekeraar, in het bijzonder de situatie waarbij de polis wordt gesloten met een buitenlandse verzekeraar gevestigd in de Europese Economische Ruimte.

Hoofdstuk I: Wettelijke en deontologische regels betreffende de aansprakelijkheidsverzekering¹⁵

A. Werkzaamheden verricht in België

5. In België bestaan er noch wettelijke, noch deontologische regels die specifiek betrekking hebben op de verzekering van de professionele aansprakelijkheid wegens beroepsfouten gepleegd in de uitoefening van de functie van commissaris-revisor.

6. Als bedrijfsrevisor en lid van het Instituut der Bedrijfsrevisoren is de commissaris-revisor echter gehouden de ter zake geldende wettelijke en deontologische verplichtingen na te leven. De wet van 22 juli 1953 legt geen verplichting op zich te verzekeren voor het risico van professionele aansprakelijkheid. De bedrijfsrevisor wordt door de wetgever wel aangespoord een professionele aansprakelijkheidsverzekering te sluiten, nu in artikel 9bis van de wet van 22 juli 1953 wordt bepaald dat het geoorloofd¹⁶ is de burgerrechtelijke aansprakelijkheid te verzekeren door een door de Raad van het Instituut goedgekeurd verzekeringscontract.

De bedrijfsrevisor is evenmin deontologisch verplicht een professionele aansprakelijkheidsverzekering te sluiten. Men is er steeds van uitgegaan dat het opleggen van een dergelijke verplichting bij deontologisch reglement onmogelijk was zonder een voorafgaandelijke wijziging van voornoemd artikel 9bis van de wet van 22 juli 1953. Men kan zich evenwel de vraag stellen of men zodoende de bepaling van artikel 9bis niet te strikt heeft geïnterpreteerd. Immers, door de wet van 13 april 1995 met betrekking tot vennootschapsrechtelijke materies werd artikel 84, lid 3 van de wet van 21 februari 1985 met betrekking tot de accountants gewijzigd. Dit artikel bepaalt thans uitdrukkelijk dat de Raad van het Instituut der Accountants de verplichting kan opleggen een burgerrechtelijke aansprakelijkheidsverzekering te sluiten die door haar wordt goedgekeurd. Mag men uit het feit dat men van deze gelegenheid geen gebruik gemaakt heeft om eveneens artikel 9bis van de wet van 22 juli 1953 te wijzigen, misschien toch afleiden dat artikel 9bis de Raad niet de bevoegdheid

¹⁵ Zie hierover meer uitvoerig o.m. VAN SCHOU BROECK, C., *ibid.*, p. 101-102, nr. 121-123; p. 105-108, nr. 126-132 met daar geciteerde referenties.

¹⁶ Vroeger beschouwden de beroepsverenigingen van vrije beroepen de verzekering als een ongeoorloofde vorm van exoneratie van aansprakelijkheid en strijdig met de openbare orde, zie o.m. MAHIEU, M. en BAUDREZ, J., *De Belgische advocatuur*, Veurne, Lelieland, 1980, p. 451, nr. 2112; p. 514, nr. 2251. Het oorspronkelijk wetsontwerp tot wijziging van het oude artikel 8, lid 1 (huidig artikel 9bis) van de wet van 22 juli 1953 koppelde de plafonnering van de professionele aansprakelijkheid aan een wettelijke verzekeringsverplichting, zie onder meer MAES, J.P. en VAN HULLE, K., *De hervorming van het bedrijfsrevisoraat en de organisatie van het accountantsberoep*, Deurne, Kluwer, 1985, p. 30-31.

ontneemt de professionele aansprakelijkheidsverzekering bij deontologisch reglement verplicht te maken ?

Wanneer de bedrijfsrevisor een polis ondertekent, moet hij die krachtens artikel 9bis van de wet van 22 juli 1953 ter goedkeuring voorleggen aan de Raad van het Instituut, op straffe van deontologische sancties¹⁷. In het kader van de toevertrouwde wettelijke taak van preventieve controle¹⁸ heeft de Raad van het Instituut der Bedrijfsrevisoren in de Omzendbrief DOO8/87, goedgekeurd door de Raad op 20 maart 1987, vijf minimumvoorwaarden betreffende de toereikendheid van de geboden waarborg vooropgesteld waarop zij bij de goedkeuring van de polissen zal toezien¹⁹. Men mag evenwel het belang van deze Omzendbrief en de impact ervan op de werkelijk gesloten polissen niet overschatten. Op het vlak van de inhoud geeft de Raad in deze Omzendbrief aanbevelingen die de bedrijfsrevisor best kan volgen en aan de hand waarvan hij kan nagaan of de in zijn polis bedongen waarborgen toereikend zijn. We zullen verder onderzoeken of het nodig is deze aanbevelingen te actualiseren in het licht van de thans geldende bepalingen in de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst en in het licht van het toenemend belang van het risico van aansprakelijkheid voor de grensoverschrijdende diensten van de bedrijfsrevisor. Het blijft evenwel de vraag of de bedrijfsrevisor er in zal lukken de aanbevelingen hard te maken in concrete polisvoorwaarden. In ieder geval is de verzekeraar zelf geenszins gehouden deze deontologische regels na te leven wanneer hij bereid zou gevonden worden met de bedrijfsrevisor te contracteren. Heeft de bedrijfsrevisor de nodige inspanningen geleverd om een dekking te vinden die beantwoordt aan de aanbevelingen van de Raad, doch heeft hij geen verzekeraar gevonden die bereid is deze volledig uit te voeren, dan kan de bedrijfsrevisor naar onze mening hiervoor niet deontologisch gesanctioneerd worden²⁰.

Tenslotte heeft de Raad, na consultatie van de leden en onderhandelingen met mogelijke verzekeraars, beslist alsnog geen collectieve polis te onderschrijven waartoe de leden, vrijblijvend, zouden kunnen toetreden. Eén der voornaamste redenen die tot deze beslissing hebben geleid was naar verluidt dat de noden van de verschillende leden te uiteenlopend en te divers zijn, waardoor een onvoldoende adequate basisdekking kon bedongen worden in de collectieve polis²¹. Nochtans heeft een collectieve polis het voordeel dat ze voor alle

¹⁷ Artikel 2 van het K.B. van 10 januari 1994 betreffende de plichtenleer.

¹⁸ Artikel 9bis van de wet van 22 juli 1953; artikel 18, 12° van het K.B. van 20 april 1989 tot vaststelling van het huishoudelijk reglement van het Instituut der Bedrijfsrevisoren, *B.S.*, 22 april 1989.

¹⁹ Deze aanbevelingen betreffen enkel de verzekering voor de burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor beroepsfouten. De deontologische verzekeringsverplichting van de accountants strekt zich evenwel naast de verzekering van de aansprakelijkheid voor beroepsfouten uit tot de verzekering van de bewaarnemersaansprakelijkheid voor al dan niet toevertrouwde stukken, de BA exploitatie en een waarborg wedersamenstelling van dossiers, zie Omzendbrief van 10 april 1993 (93040019LP) en het document "verzekeringsattest ondertekend door de verzekeraar voor hen die niet toetreden tot de collectieve polis".

²⁰ In dit verband kunnen we overigens verwijzen naar artikel 2 van het K.B. van 10 januari 1994 betreffende de plichtenleer (*B.S.*, 18 januari 1994), dat bepaalt dat de bedrijfsrevisor "naargelang de omstandigheden" ook rekening zal houden met de aanbevelingen uitgevaardigd door de Raad van het Instituut". Dit probleem is verschillend van de hoger opgeworpen vraag of de bedrijfsrevisor kan gesanctioneerd worden op grond van artikel 3 van voornoemd K.B. wegens het niet sluiten van een verzekering.

²¹ Vergelijken we hiermee nochtans de collectieve polis die bijvoorbeeld door de Nederlandstalige Orde van de Balie van Brussel werd gesloten en waartoe alle advocaten moeten toetreden, niettegenstaande de grote diversiteit aan advocatenkantoren werkzaam in Brussel. Evenzo lijkt de collectieve polis die door de Raad van het Instituut der Accountants werd gesloten en waartoe de accountants vrij kunnen toetreden geen ernstige problemen te stellen en werd de premie in de voorbije jaren zelfs verlaagd.

leden een algemene basisdekking tegen een redelijke premie biedt. Het is de taak van de leden om deze basisdekking aan te vullen en door individueel onderschreven bijkomende polissen aan te passen aan ieders concrete beroepsomstandigheden.

7. De accountant is evenmin wettelijk gehouden zich te verzekeren tegen het risico van aansprakelijkheid voor beroepsfouten. Bovendien had de wetgever er zich aanvankelijk van onthouden in de wet van 21 februari 1985 houdende de organisatie van het Instituut der Accountants, een bepaling op te nemen zoals voorzien in artikel 9b/s van de wet van 22 juli 1953 voor de bedrijfsrevisoren. Dit gaf de Raad van het Instituut der Accountants de mogelijkheid de verzekering van de professionele aansprakelijkheid bij deontologisch reglement verplicht te maken met ingang van 30 juni 1993 voor alle natuurlijke personen en rechtspersonen ingeschreven in het register van de externe accountant zoals bedoeld in artikels 79 en 80 van de wet van 21 februari 1985, alsook voor alle stagiairs die, hetzij in hoofdzaak, hetzij in ondergeschikte orde, de activiteiten eigen aan het beroep van de externe accountant uitoefenen. Voorts legde de Raad een aantal minimumvoorwaarden vast waaraan de verzekering minstens moet voldoen³³³. Deze beslissingen van de Raad vinden thans een uitdrukkelijke wettelijke grondslag in artikel 84, lid 3 van de wet van 21 februari 1985, zoals gewijzigd door de wet van 13 april 1995. Tenslotte heeft de Raad ten behoeve van de leden een collectieve polis onderschreven. De externe accountant kan toetreden tot deze polis wanneer hij individueel geen polis in eerste rang heeft onderschreven²³.

B. Werkzaamheden verricht in de Europese Unie²⁴

8. Men mag evenwel niet uit het oog verliezen dat de Belgische bedrijfsrevisor of accountant thans ook de mogelijkheid heeft grensoverschrijdende diensten te verrichten in andere landen van de Europese Economische Ruimte, hetzij vanuit een (tweede) kantoor, hetzij in vrije dienstverlening. Daar zelfs het sturen van een advies per telefoon of fax naar een cliënt of derde die verblijft in een andere Lid-Staat kan beschouwd worden als het uitoefenen van beroepswerkzaamheden bij wijze van vrije dienstverlening²⁵, mag men stellen dat waarschijnlijk alle in België gevestigde beroepsbeoefenaars minstens aan vrije dienstverlening doen. Op grond van het Europees recht kan deze Belgische bedrijfsrevisor die grensoverschrijdende diensten verricht in de Europese Unie, gehouden zijn de regels na te leven die de Lid-Staat waar hij zijn activiteiten verricht zou voorschrijven met betrekking tot de professionele aansprakelijkheidsverzekering.

Zonder hierop dieper in te gaan, kan men in het algemeen stellen dat deze Lid-Staat hem de verplichting kan opleggen zijn beroepsaansprakelijkheid voor activiteiten uitgeoefend op

²² Omzendbrief van 10 april 1993 (93040019LP). Uit het document "verzekeringsattest ondertekend door de verzekeraar voor hen die niet toetreden tot de collectieve polis" blijkt dat de accountant niet alleen verplicht is de aansprakelijkheid voor beroepsfouten te verzekeren met inbegrip van de bewaarnemersaansprakelijkheid voor al dan niet toevertrouwde stukken, doch tevens de BA exploitatie en een waarborg wedersamenstelling van dossiers. Voorts worden verplichtingen opgelegd inzake het verzekerde bedrag, een anterioriteitsdekking en de dekking in de ruimte.

²³ Beslissing van 20 april 1992.

²⁴ Zie hierover uitvoerig, VAN SCHOU BROECK, C., *Professionele aansprakelijkheid en de Europese Interne Markt*, p. 162-192, nr. 220-280; p. 209-214, nr. 316-330.

²⁵ Zie onder meer H.v.J., 25 juli 1991, zaak 76/90, Säger/ Société Denemeyer & C^oLtd., Jur., 1991, p. 4243.

zijn grondgebied te verzekeren en daarbij zekere voorwaarden inzake dekking in acht te nemen. Voorwaarde daartoe is evenwel dat deze wettelijke of deontologische verplichtingen tevens gelden voor alle er gevestigde beoefenaars van het beroep van bedrijfsrevisor of van de door de bedrijfsrevisor verrichte gereguleerde opdrachten, zoals mogelijk de wettelijke opdrachten van de commissaris-revisor, derhalve de verplichting is opgelegd bij een nationale wet of deontologisch reglement uitgevaardigd door een beroepsvereniging met nationaal verordende bevoegdheid. Deze verplichting zou evenzeer gelden wanneer een Lid-Staat de uitoefening van de taken zoals deze van commissaris-revisor reglementeert en de verzekering als uitoefeningsvoorwaarden oplegt aan allen die deze wettelijke opdrachten mogen uitoefenen.

9. In het geval deze bedrijfsrevisor reeds een verzekeringsovereenkomst zou hebben gesloten tot dekking van de in België verrichte werkzaamheden en deze polis tevens de beroepsfouten ingevolge beroepswerkzaamheden uitgeoefend in een andere Lid-Staat dan België dekt, dan volstaat de afgifte van een attest. In dit attest verklaart de verzekeraar dat deze activiteiten zijn verzekerd aan voorwaarden die gelijkwaardig zijn aan de door de buitenlandse wet of -reglement opgelegde vereisten. Zij kunnen in dit geval niet meer verplicht worden om een nieuwe polis te sluiten, of om toe te treden tot de collectieve polis die desgevallend door de in deze Lid-Staat bevoegde beroepsvereniging onderschreven werd. Naar wij konden vaststellen, verlenen de polissen die op de Belgische markt worden aangeboden veelal wel dekking voor activiteiten uitgeoefend bij wijze van vrije dienstverlening, doch niet voor activiteiten uitgeoefend vanuit een (tweede) vestiging gelegen in een andere Lid-Staat. Al deze polissen maken de waarborg op één of andere wijze afhankelijk van een vestigingsvereiste in België²⁶.

Hoofdstuk II: Aandachtspunten met betrekking tot de verzekeringsvoorwaarden

10. Uit voorgaand overzicht volgt dat het onderzoek van de professionele aansprakelijkheidsverzekering van de commissaris-revisor noodzakelijkerwijze een onderzoek impliceert naar de professionele aansprakelijkheidsverzekering van de bedrijfsrevisor als zodanig. In België gelden er immers geen wettelijke of deontologische regels die specifiek het sluiten van een verzekering voor de professionele aansprakelijkheid van de commissaris-revisor regelen. Bovendien blijkt uit een onderzoek van het aanbod van polissen op de Belgische markt, dat dergelijke aansprakelijkheid niet afzonderlijk wordt verzekerd maar enkel gewaarborgd wordt in polissen die algemeen de aansprakelijkheid ingevolge de uitoefening van het beroep van bedrijfsrevisor dekken.

In dit hoofdstuk wordt een overzicht gegeven van een aantal punten die betrekking hebben op verzekeringsvoorwaarden die bepalend zijn voor de inhoud en de omvang van de waarborg. Zoals steeds, worden de verzekeringsvoorwaarden in de polis tot dekking van de professionele aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor bepaald enerzijds door wettelijke bepalingen uit het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijk nationaal recht (B), anderzijds door de verzekeringspraktijk (C). De vraag die bijgevolg bij voorrang moet opgelost worden is welk recht de professionele aansprakelijkheidsverzekeringsovereenkomst beheerst die wordt gesloten door de bedrijfsrevisor die gewoonlijk zijn beroepswerkzaamheden in België verricht (A).

A. Toepasselijkheid van het Belgisch recht inzake de verzekeringsovereenkomst²⁷

11. In uitvoering van de Europese eenvormige IPR-regels inzake het recht dat de verzekeringsovereenkomst beheerst, gelden er thans in alle Lid-Staten regels die dwingend voorschrijven welk nationaal recht op de verzekeringsovereenkomst van toepassing is, ongeacht wie de verzekeraar is. De polis gesloten door de bedrijfsrevisor-natuurlijke persoon die in België zijn gewone verblijfplaats heeft²⁸ of door de professionele vennootschap die in België gevestigd is en de aansprakelijkheid wil verzekeren voor de activiteiten die vanuit die vestiging worden verricht, wordt in principe beheerst door het Belgisch recht²⁹.

12. In enkele gevallen kan van deze regeling door partijen afgeweken worden, zij het binnen welomschreven grenzen³⁰. Vooreerst kunnen partijen in twee gevallen volledig vrij het op de overeenkomst toepasselijk nationaal recht kiezen, met inbegrip van het recht van het land waar de verzekeraar is gevestigd³¹. Men kan zich evenwel de vraag stellen of die volledig vrije rechtskeuze in de praktijk inderdaad niet veelal zal uitmonden in de toepassing van het recht van de verzekeraar.

Deze volledig vrije rechtskeuze komt toe aan de verzekeringnemer die beschouwd wordt als behorende tot de zogenaamde grote risico's. De bedrijfsrevisor – verzekeringnemer behoort tot deze zgn. grote risico's wanneer hij tenminste twee van volgende criteria overschrijdt: balanstotaal: 266,75 miljoen fr. nettowinst: 550,70 miljoen fr. gemiddeld personeelsbestand gedurende het boekjaar: 250 Wanneer de verzekeringnemer deel uitmaakt

²⁶ Zie infra hoofdstuk II, 5.

²⁷ Deze regels zijn bepaald in artikels 7 en 8 van de tweede richtlijn schadeverzekering van 22 juni 1988, zoals gewijzigd door de derde richtlijn schadeverzekering van 18 juni 1992. Zie voor een officiële gecoördineerde tekst van deze richtlijnen, COUSY, H., en VAN SCHOU BROECK, C., *Wetgeving Verzekeringen 1996*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1995, p. 200 e.v.

²⁸ Het is niet geheel duidelijk wat precies dient te worden verstaan onder het begrip "gewone verblijfplaats". Dit probleem stelt zich in het bijzonder wanneer een bedrijfsrevisor zijn beroep in België uitoefent maar in een ander land privé verblijft, bijvoorbeeld in Nederland. Elders hebben wij de stelling verdedigd dat dit begrip "gewone verblijfplaats" met betrekking tot een professionele aansprakelijkheidsverzekering, kan geïnterpreteerd worden als de plaats van waaruit op duurzame wijze de beroepsactiviteit wordt uitgeoefend, zie hierover VAN SCHOU BROECK, C., *Professionele aansprakelijkheidsverzekering en de Europese Interne Markt*, p. 268-283, nr. 424-448; p. 312-313, nr. 495.

²⁹ Artikel 2, § 6, 8, a en artikel 28ter, § 1 wet van 9 juli 1975 op de controle der verzekeringsondernemingen (hierna: Controlewet). Het begrip "vestiging" moet hier geïnterpreteerd worden in de ruime betekenis die daaraan in het Europees recht door de rechtspraak van het Hof van Justitie wordt gegeven. Aldus is vereist een reële aanwezigheid op het grondgebied van het land van vestiging zo al niet permanent dan toch op zijn minst van langere duur en van waaruit daadwerkelijk een economische activiteit wordt uitgeoefend, zie onder meer H.v.J., 27 september 1988, zaak 81/87, *The Queen/ H.M. Treasury and Commissioners of Ireland Revenue*, ex parte *Daily Mail and General Trust PLC*, *Jur.*, 1988, p. 5505; H.v.J., 25 juli 1991, zaak 211/89, *Factortame*, *Jur.*, 1991, p. 3905, ov. 20; H.v.J., 30 november 1995, zaak 55/94, *Gebhard R. en Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, *nog niet gepub.*, ov. 25.

³⁰ Hier wordt abstractie gemaakt van de problematiek van de wettelijke bepalingen van algemeen belang en dwingende bepalingen naar Belgisch recht die van toepassing zouden zijn, niettegenstaande de overeenkomst zou beheerst zijn door een andere dan het Belgisch recht. Zie hierover onder meer DUBUISSON, B., "L'intérêt général en droit communautaire de l'assurance. La réaction thermidorienne", *De Verz.*, 1995, p. 809; VAN SCHOU BROECK, C., "The concept of the general good", in *The Law and Practice of Insurance in the Single European Market*, McGee, A. (ed.), Series of Publications by the Academy of European Law in Trier, 11, Keulen, Bundesanzeiger, 1995, p. 153.

³¹ Artikel 1, 7, 4° algemeen controlereglement; artikel 28ter, § 6 Controlewet.

van een groep ondernemingen waarvan de geconsolideerde jaarrekening overeenkomstig de Europese richtlijn van de Gemeenschap 83/349/EEG wordt opgesteld, worden de bovengenoemde criteria op basis van de geconsolideerde rekening toegepast³².

Daarnaast worden ook de beroepsverenigingen die collectieve verzekeringen sluiten beschouwd als behorend tot de grote risico's. Het is evenwel aan te raden dat de beroepsvereniging bij het sluiten van een collectieve polis rekening houdt met problemen van verschillend toepasselijk recht op enerzijds de collectieve polis en anderzijds de aanvullende polis die individueel door de leden wordt onderschreven. Zo wordt de door het Idac gesloten collectieve polis beheerst door het Belgisch recht. Neem de hypothese dat in de toekomst, om reden onder meer dat er onvoldoende aanbod zou zijn om de collectieve polis naar Belgisch recht te sluiten, zou overwogen worden deze polis te onderschrijven bij toepassing van een buitenlands recht. In dergelijk geval dient men niettemin rekening te houden met het feit dat de polis die de accountant die niet beschouwd wordt als behorende tot de grote risico's individueel in aanvulling van die collectieve polis zou sluiten, moet beheerst zijn door het Belgisch recht. Het gevolg is dat de collectieve basisdekking grotendeels, zoniet geheel los komt te staan van de aanvullende waarborg. Deze situatie kan tot moeilijkheden aanleiding kan geven. In het verleden werden dergelijke problemen vaak opgelost door clausules als bv. "except as otherwise provided here, this policy is subject to the same terms, exclusions, conditions and definitions as the policy of the primary insurers". Dergelijke clausules kunnen thans niet meer opgenomen worden in polissen gesloten door accountants die behoren tot de zgn. massa risico's. In de hypothese dat op de collectieve polis een ander dan het Belgisch recht van toepassing is, hebben deze clausules tot gevolg dat de aanvullende polis eveneens zou beheerst worden door een ander dan het Belgisch recht, hetgeen ingeval van massa risico's onwettig is.

Voorts bestaat er in twee andere gevallen waarin de verzekeringsnemer nochtans niet kan beschouwd worden als behorende tot de grote risico's, toch een beperkte keuzemogelijkheid. Dit geldt vooreerst wanneer de professionele vennootschap (die de uitoefening van het beroep van bedrijfsrevisor tot doel heeft of titularis is van het beroep van bedrijfsrevisor) een vestiging heeft in België maar haar hoofdbestuur in een ander land zou hebben. In dat geval kan het verzekeringscontract beheerst zijn door het Belgisch recht, dan wel door het recht van het land van het hoofdbestuur³³. In het andere geval bestaat er een beperkte keuzemogelijkheid wanneer de polis activiteiten zou verzekeren uitgeoefend vanuit vestigingen gelegen in België en in één of meer andere Lid-Staten. Partijen kunnen dan kiezen tussen de toepassing van het recht van één van deze Lid-Staten waar een vestiging is gelegen, of ingeval van een verzekeringsnemer-rechtspersoon ook van het recht van het land van het hoofdbestuur³⁴.

13. Bij toepassing van deze bepalingen kan men algemeen stellen dat de polissen die worden gesloten door in België gevestigde bedrijfsrevisoren in de meerderheid van de gevallen

³² Artikel 1, 7, 3° K.B. van 22 februari 1991 houdende algemeen reglement betreffende de controle op de verzekeringsondernemingen (hierna: algemeen controlereglement).

³³ Artikel 28ter, § 1, lid 2 Controlewet.

³⁴ Artikel 28ter, § 3 Controlewet. Deze mogelijkheid bestaat evenwel voor de bedrijfsrevisor-natuurlijke persoon enkel in de hypothese dat men aanvaardt dat het begrip "gewone verblijfplaats" kan geïnterpreteerd worden als "het kantoor" of enige andere vorm van duurzame aanwezigheid van waaruit het beroep wordt uitgeoefend.

zullen beheerst worden door het Belgisch recht betreffende de verzekeringsovereenkomst. Sinds het van kracht worden van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst is dit een belangrijk gegeven bij het bepalen van de verzekeringsvoorwaarden. Immers, deze wet houdt niet alleen dwingende bepalingen in die gelden voor iedere overeenkomst (artikel 15 wet) en voor schadeverzekeringen (artikel 37-47; artikel 51-52 wet) maar legt ook de beginselen vast die gemeen zijn aan alle aansprakelijkheidsverzekeringen (artikel 77-89 wet). Deze wet houdt daarentegen geen bepalingen in die specifiek de hier bedoelde verzekeringen regelen.

De bepalingen van de wet op de landverzekeringsovereenkomst zijn van dwingend recht, behoudens waar de wet uitdrukkelijk de mogelijkheid laat om er contractueel van af te wijken (artikel 3 wet). Voor (professionele) aansprakelijkheidsverzekeringen kunnen partijen met betrekking tot een aantal regels die de omvang van de dekking bepalen afwijken van de wettelijke minimumnorm, zij het binnen welbepaalde dwingende wettelijke grenzen.

Niettegenstaande een zekere wettelijke bescherming, blijft er aldus een belangrijke ruimte voor onderhandeling. Eén en ander is paradoxaal. Op grond van het Europees recht is het Belgisch recht verplicht van toepassing op de meerderheid van de hier bedoelde polissen. De idee die aan deze regel ten grondslag ligt is dat deze bedrijfsrevisor beschouwd wordt als een risico dat bescherming nodig heeft en deze bescherming het best kan geboden worden door het Belgisch recht als recht van het land waar de bedrijfsrevisor gevestigd is. Past men evenwel dit Belgisch recht op de verzekeringsovereenkomst toe, dan stelt men vast dat dit recht precies voor deze polissen er van uitgaat dat de beste bescherming evenwel gelegen is in een grote contractsvrijheid.

Voor zover als nodig moet er op gewezen worden dat alle nieuw te onderschrijven of lopende polissen professionele aansprakelijkheid – waarop het Belgisch recht van toepassing is –, een verzekeringswaarborg moeten bieden die in overeenstemming is met de bepalingen van de wet op de landverzekeringsovereenkomst³⁵. Bovendien hadden alle polissen en andere verzekeringsdocumenten sinds 1 juni 1995 formeel moeten aangepast zijn aan deze nieuwe wettelijke bepalingen³⁶. In de praktijk zouden vele polissen nochtans nog steeds niet formeel zijn aangepast, ook in de sector van de professionele aansprakelijkheidsverzekering. Dit belet evenwel niet dat men zich kan beroepen op de toepasselijkheid van de nieuwe dwingende wettelijke bepalingen en dat de verzekerde aanspraak kan maken op de wettelijk bepaalde dekking³⁷. Eén en ander kan nochtans wel tot verwarring en rechtsonzekerheid aanleiding geven en moet bij voorrang opgelost worden.

³⁵ Ten laatste op 1 september 1994 werden de bepalingen van deze wet van toepassing op verzekeringsovereenkomsten die werden aangegaan vóór de inwerkingtreding van deze wet. Zie betreffende de ingewikkelde overgangsregeling, artikel 148 en 149 wet op de landverzekeringsovereenkomst; K.B. van 24 augustus 1992 tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de bepalingen van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst; Mededeling D 101 Controledienst voor de Verzekeringen.

³⁶ Artikel 1, § 1, 3° K.B. van 25 augustus 1992 betreffende de aanpassing van de verzekeringsovereenkomsten en andere verzekeringsdocumenten aan de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, zoals gewijzigd door K.B. van 29 september 1993.

³⁷ Artikel 1, § 1, 1° K.B. van 25 augustus 1992.

B. Belangrijke regels in de wet op de landverzekeringsovereenkomst met betrekking tot de inhoud en de omvang van de dekking

14. De wet op de landverzekeringsovereenkomst houdt een aantal bepalingen in die specifiek determinerend zijn voor de inhoud en de omvang van de dekking. Voor wat betreft de overeenkomsten tot dekking van de professionele aansprakelijkheid laat de wetgever de mogelijkheid om voor een belangrijk aantal van deze bepalingen, zij het binnen welomschreven grenzen, contractueel af te wijken van de dwingende wettelijke regeling³⁸.

Hierna overlopen we deze bepalingen in de wet op de landverzekeringsovereenkomst die mede bepalend zijn voor de verzekeringsvoorwaarden in de polis professionele aansprakelijkheid.

1. Duurtijd van de polissen

15. De algemene regel stelt dat de duur van de verzekeringsovereenkomsten niet langer mag zijn dan één jaar, met mogelijkheid tot verlenging voor opeenvolgende periodes van één jaar. In afwijking van deze regel kan overeengekomen worden dat de duur van de polis professionele aansprakelijkheid langer is dan één jaar³⁹. De wetgever stelt evenwel geen maximum duurtijd voor.

2. Verzekerbaarheid van de zware fout

16. In het verleden werd op grond van artikel 16 van de wet van 1874 geen dekking verleend voor aansprakelijkheid wegens "opzet" of "de persoonlijke zware fout"⁴⁰. In de meerderheid van de polissen werd de "zware fout" omschreven als "de zware fout of grove tekortkoming naar de geest van artikel 16 van de wet van 1874". In een enkele polis werd de uitsluiting omschreven als "de schade voortvloeiend uit een opzettelijke daad of uit een zware fout, waarvan de verzekeraar zich zal kunnen vrijstellen, dit wil zeggen uit een fout die een zodanig verzuim uitmaakt ten aanzien van de wetten, reglementen of gebruiken die de verzekerde activiteiten beheersen, dat overeenkomstig het oordeel van gelijk welk normaal bevoegd persoon terzake, de schadelijke gevolgen ervan quasi-zeker waren" (polis accountant). De verzekeraars stelden dat ze in de praktijk de beoordeling van de "zware fout" begaan door een beroepspersoon meestal toetsten aan een "soort codex van goed beroepsgedrag"⁴¹.

Dergelijke algemene, niet-beperkende omschrijving van de zware fout is thans niet meer mogelijk, op straffe van nietigheid. Zoals in het verleden blijft de schade ingevolge opzet

³⁸ Zie betreffende de onderliggende beweegredenen in de voorbereidende werken gebundeld in Cousy, H. en Schoorens, G., *De nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst. Parlementaire voorbereiding van de wet van 25 juni 1992 en van de wijzigende wet van 16 maart 1994*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1994, p. 261-262; p. 264-265.

³⁹ Artikel 30, § 2 wet op de landverzekeringsovereenkomst; artikel 1, 2° K.B. van 4 december 1992 tot invoering van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst.

⁴⁰ Er werd wel dekking verleend voor de kwalitatieve aansprakelijkheid voor zware fouten gepleegd door personen waarvoor men instaat.

⁴¹ Zie Vercruyce, G., «Debat», in *Professionele aansprakelijkheid en verzekering. Verslagboek Zevende Leuvense Verzekeringsdagen*, Cousy, H., en Claassens, H., (ed.), Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1991, p. 71.

nog onverzekerbaar. Daarentegen is de verzekeraar gehouden de schade veroorzaakt door de zware fout te verzekeren, behoudens die gevallen van zware fout die op uitdrukkelijke en beperkende wijze in de polis zijn bepaald⁴². De verzekeringnemer dient bijgevolg aandacht te hebben voor de schadegevallen die de verzekeraar, op grond van het criterium zware fout, niet dekt.

17. De toepassing van dit artikel 8 van de wet is evenwel niet geheel duidelijk. De vraag is immers in hoeverre men nog kan stellen dat de door de verzekeraar uitdrukkelijk gekwalificeerde gevallen van "zware fout" nog beantwoorden aan het begrip zware fout in het oude artikel 16 wet van 1874⁴³.

De vereiste van een duidelijke en limitatieve opsomming van de gevallen van zware fout stelt in de toepassing op de professionele aansprakelijkheidsverzekering nog een specifiek probleem. Immers, in deze polissen werd gebruikelijk de "schade ingevolge gekarakteriseerde beroepsfouten, terwijl de gevolgen ervan voorzienbaar waren" van dekking uitgesloten. Deze gekarakteriseerde beroepsfouten werden omschreven als o.m. "grove nalatigheid, kennelijke beroepsoneerbekwaamheid, aanvaarding van mandaten die wegens het aantal of de omvang klaarblijkelijk de capaciteiten van het kantoor te boven gaan". Men kan zich de vraag stellen in hoeverre dergelijke ruime uitsluiting nog geldig is in het licht van het huidige artikel 8 van de wet. Een gekarakteriseerde beroepsfout kan immers naar de rechtspraak van het Hof van Cassatie zowel een lichte als een zware fout zijn⁴⁴. Voor zover een gekarakteriseerde beroepsfout zou kunnen beschouwd worden als een grove fout in de zin van artikel 8, zou men kunnen stellen dat enkel de uitdrukkelijk en limitatief omschreven gevallen van gekarakteriseerde beroepsfout door de verzekeraar kunnen ingeroepen worden als grond tot uitsluiting van dekking.

In twee algemene voorwaarden (uitgegeven bij toepassing van de nieuwe wet) konden we volgende formuleringen lezen.

In de eerste polis werd expliciet een uitsluiting wegens zware fout bedongen. De clause bepaalt: "schade veroorzaakt door de grove schuld van een verzekerde, die als volgt omschreven wordt: een zulkdanige tekortkoming aan de voorzichtigheids- of veiligheidsnormen, aan de wetten, regels of gebruiken eigen aan de verzekerde activiteiten dat de schadelijke gevolgen van die tekortkoming – volgens de mening van ieder die terzake normaal bevoegd is – bijna onvermijdelijk waren; veelvuldige herhalingen van schade met dezelfde oorsprong wegens het niet nemen van voorzorgsmaatregelen; de aanvaarding en de uitvoering van een opdracht, een werk, een produkt of een aanneming, terwijl de verzekerde er zich van bewust was dat hij klaarblijkelijk noch over de bekwaamheid of de vereiste techniek, noch over de passende materiële of menselijke middelen beschikte om deze opdracht, dat werk, dat produkt of die aanneming uit te voeren met inachtneming van zijn verbintenissen en de toereikende veiligheidsvoorwaarden voor derden". Aldus wordt als

⁴² Artikel 8 en artikel 3 wet op de landverzekeringsovereenkomst.

⁴³ Zie betreffende de voorbereidende werken van artikel 8 onder meer, COUSY, H. en SCHOORENS, G., *De nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst. Parlementaire voorbereiding van de wet van 25 juni 1992 en van de wijzigende wet van 16 maart 1994*, p. 92-97; FAGNART, J.L., "Dispositions communes: formation et exécution du contrat", in FONTAINE, M. en BINON, J.M. (ed.), *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Brussel, Bruylant, 1993, p. 68-70, nr. 30-31.

⁴⁴ Cass., 22 september 1988, Arr. Cass., 1988-89, p. 91.

zware fout beschouwd niet alleen het algemeen erkend geval van zware fout maar verder ook de gevallen die vroeger werden omschreven als gekarakteriseerde beroepsfouten en tenslotte zelfs uitsluitingen die voorheen ook gebruikelijk waren doch niet als zware fout werden gekwalificeerd.

In de tweede polis werd als zodanig geen uitsluiting wegens "zware fout" opgenomen. Niettemin stemden de bedongen uitsluitingen naar de inhoud overeen met enkele gevallen die in de eerst voornoemde polis wel werden gekwalificeerd als "zware fout". In beide polissen lijkt ons de formulering van de uitsluitingsgevallen evenwel zeer ruim en voor veel discussie vatbaar wanneer ze moeten toegepast worden in concrete omstandigheden.

De hele vraag is dus of de nieuwe wettelijke regeling iets zal veranderen aan de bestaande polispraktijk met betrekking tot de uitsluitingen die betrekking hebben op de zgn. gevallen van zware fout. De rechterlijke beslissingen zullen hier hopelijk meer rechtszekerheid en duidelijkheid brengen.

Tot slot kan worden opgemerkt dat het aangewezen lijkt de aanbeveling 5 in de Omzendbrief D008/87 betreffende de uitsluiting wegens zware fout, aan deze nieuwe regeling aan te passen. Men zou de aanbeveling kunnen formuleren in de zin dat de bedrijfsrevisor er moet op toezien dat de gevallen van zware fout duidelijk en beperkt in de polis worden omschreven. Voor het overige kan aanbeveling 4 gewijzigd worden in de zin dat het wenselijk is dat de overige uitsluitingen enkel betrekking zouden hebben op de beroepsactiviteiten en bovendien zeer beperkt en nauwkeurig zouden worden gedefinieerd.

3. Reddingskosten

18. De verzekeraar is gehouden de reddingskosten zoals omschreven in de wet, volledig te vergoeden, zelfs boven de verzekerde som (artikel 52 lid 1 wet). Partijen kunnen overeenkomen dat de verzekeraar de reddingskosten die boven het verzekerde bedrag moeten betaald worden niet volledig vergoedt en enkel tussenkomt tot een bepaald bedrag. De wet schrijft de criteria voor om het bedrag te berekenen waartoe de verzekeraar zijn tussenkomst kan beperken. Niets belet evenwel dat de verzekeraar er zich toe verbindt om niettemin een nog hoger bedrag aan reddingskosten te vergoeden.

Wanneer het totaal van de schadevergoedingen en van de reddingskosten per schadegeval en per verzekeringnemer het verzekerde maximumbedrag overschrijdt, kan boven het verzekerde totaal bedrag de vergoeding van de reddingskosten beperkt worden tot minimum 20 miljoen frank geïndexeerd (wanneer het verzekerde totaal bedrag lager is dan of gelijk is aan 100 miljoen frank) en tot maximum 400 miljoen frank geïndexeerd, naargelang het verzekerde totaalbedrag⁴⁵.

4. Betaling door de verzekeraar van de hoofdsom, de interest en de kosten

19. In het verleden was het gebruikelijk om in de overeenkomsten te bedingen dat het verzekerde bedrag, naast de in hoofdsom verschuldigde schadevergoeding eveneens de intrest, lasten en honoraria inhield.

⁴⁵ Zie voor de preciese criteria, artikel 52, lid 2 wet op de landverzekeringsovereenkomst; artikel 4, § 1 en § 3 K.B. van 24 december 1992.

Dergelijke clausules zijn thans nietig ingevolge artikel 82 van de wet. Thans is de verzekeraar verplicht de in hoofdsom verschuldigde schadevergoeding te betalen ten belope van het verzekerde bedrag. In geval met deze betaling van de vergoeding in hoofdsom het verzekerde bedrag geheel is aangesproken, betaalt de verzekeraar boven de dekkingsgrens toch nog de interest op de in hoofdsom verschuldigde schadevergoeding (dus niet de gehele interest mocht de in hoofdsom verschuldigde schadevergoeding hoger zijn dan het verzekerde bedrag), alsook de kosten van burgerlijke rechtspleging en, onder bepaalde voorwaarden, eveneens de kosten en honoraria van advocaten en deskundigen (artikel 82, lid 1 en lid 3 wet).

Inzake professionele aansprakelijkheidsverzekeringen kunnen partijen evenwel bedingen dat, wanneer er na uitbetaling van het verzekerde totaalbedrag nog intresten en kosten verschuldigd zijn, de verzekeraar deze intresten en kosten niet integraal moet vergoeden doch de vergoeding ervan kan beperken. Op basis van de wettelijke criteria kan dan berekend worden tot welk bedrag de verzekeraar zijn tussenkomst in de vergoeding van de intresten en kosten samen kan beperken. Evenals met betrekking tot de beperking van de vergoeding van de reddingskosten boven het verzekerde bedrag, schrijft de wet aldus minimumvoorwaarden voor. De verzekeraar kan bedingen dat deze minimumvoorwaarden voor hem eveneens de maximumvergoeding uitmaken, of hij kan bedingen dat hij een hogere dekking geeft. De berekeningscriteria tot bepaling van het bedrag van de vergoeding die de verzekeraar minstens verschuldigd is, zijn dezelfde als deze bepaald voor de berekening van de beperkte tussenkomst in de vergoeding van de reddingskosten⁴⁶.

5. Rechten van benadeelde

20. In het verleden kon de benadeelde die aanspraak maakte op vergoeding wegens aansprakelijkheid voor beroepsfouten meestal enkel een vordering instellen tegen de verzekerde. Voor zover als ons bekend werd er in de polis professionele aansprakelijkheidsverzekering immers zelden of nooit een beding ten behoeve van derde bedongen, dat de schadelijder het recht zou geven zich rechtstreeks te wenden tot de aansprakelijkheidsverzekeraar ten einde van hem een vergoeding te verkrijgen⁴⁷.

Thans geeft de wet in artikel 86 de cliënt van de bedrijfsrevisor of de derde die schade lijdt door beroepsfouten de mogelijkheid zich rechtstreeks te richten tot de aansprakelijkheidsverzekeraar. Op grond van een eigen recht kan hij vergoeding bekomen van de schade en komt de door de verzekeraar verschuldigde schadevergoeding toe aan de benadeelde zelf, met uitsluiting van de overige schuldeisers van de verzekerde. De verzekeraar is verplicht, weliswaar binnen de voorwaarden van het bestaan van een verzekering, de benadeelde te vergoeden, tenzij de exceptie, de nietigheid en het verval van recht voortvloeiend uit de wet of de overeenkomst een oorzaak vinden in een feit dat het schadegeval voorafgaat⁴⁸.

Voor de verzekerde betekent dit dat de verzekeraar die vergoedt in gevallen waarin hij op grond van een exceptie, nietigheid of verval van recht voortvloeiend uit de wet of de overeenkomst en die een oorzaak vindt in een feit van na het schadegeval, tegen de verzekerde

⁴⁶ Artikel 82, lid 4 wet op de landverzekeringsovereenkomst; artikel 6ter K.B. van 24 december 1992.

⁴⁷ De collectieve polis onderschreven door de Raad van het Instituut der Accountants kent aan de benadeelde een eigen recht toe om van de verzekeraar vergoeding te bekomen.

een regresvordering kan instellen. Voorwaarde daartoe is evenwel dat die gevallen van verhaal in de overeenkomst zijn bedongen en een bepaalde procedure wordt gevolgd⁴⁸. Zo is de verzekeraar verplicht de benadeelde te vergoeden, ook al heeft de verzekerde in strijd met de wet zijn aansprakelijkheid erkend (artikel 85, lid 2 wet). De verzekeraar heeft daarentegen wel het recht verhaal uit te oefenen tegen de verzekerde, voor zover in de polis werd bedongen dat erkenning van aansprakelijkheid de verzekeraar recht van verhaal op de verzekerde geeft.

6. Verplichtingen van de verzekeraar na het einde van de overeenkomst

21. In het verleden werd in de overeenkomsten tot dekking van aansprakelijkheid wegens beroepsfouten van bedrijfsrevisoren soms een posterioriteitsdekking geboden, zij het voor een beperkte periode en meestal op voorwaarde dat geen andere verzekeraar dekking zou bieden en voor zover de beroepsactiviteit werd beëindigd. Het oorspronkelijk artikel 78 van de wet op de landverzekeringsovereenkomst verplichtte iedere verzekeraar om dekking te verlenen voor vorderingen die zelfs na het einde van de overeenkomst werden ingesteld, voor zover de eis betrekking had op een schadeverwekkende gebeurtenis die zich had voorgedaan binnen de duurtijd van de polis. Deze regeling kon inderdaad tot gevolg hebben dat de verzekeraar in bepaalde gevallen gehouden was dekking te verlenen tot meer dan 33 jaar na het einde van de overeenkomst. De verzekeraars riepen in dat een dergelijke posterioriteitsdekking bepaalde aansprakelijkheidsrisico's (voornamelijk chemische nijverheid en -produkten, medische apparatuur en milieurisico's) onverzekerbaar maakte. Ten einde hieraan tegemoet te komen, werd zeer snel na de inwerkingtreding van de wet het artikel 78 gewijzigd⁵⁰.

De wet bepaalt thans dat wanneer de schade ingevolge beroepsfouten voorvalt tijdens de duur van de overeenkomst, de verzekeraar dekking moet verlenen, ook al stelt de benadeelde zijn eis pas na het einde van de overeenkomst in tegen de verzekerde of rechtstreeks tegen de verzekeraar (artikel 78, § 1 wet).

In afwijking van dit principe, laat de wet evenwel toe dat partijen bij de hier betrokken polissen overeenkomen dat de verzekeringswaarborg alleen slaat op de vorderingen die schriftelijk worden ingesteld tijdens de duur van de overeenkomst, voor de schade die is voorgevallen tijdens de duur van de overeenkomst. Indien partijen inderdaad deze nadekking volgens het claims made systeem bedingen, eist de wet dat de verzekeringswaarborg bovendien moet toegekend worden (zgn. sunset clause) wanneer de eis werd ingesteld binnen zesendertig maanden na het einde van de overeenkomsten, voor zover die betrekking heeft op:

⁴⁸ Artikel 87, § 2 wet op de landverzekeringsovereenkomst.

⁴⁹ Artikel 88 wet op de landverzekeringsovereenkomst.

⁵⁰ Hier kan overigens vermeld worden dat minister E. Di Rupo recent op een studiedag te Brussel betreffende de medische aansprakelijkheid verklaard heeft dat artikel 78 wet opnieuw moet bekeken worden en desgevallend opnieuw moet gewijzigd worden. De Commissie voor Verzekeringen buigt zich opnieuw over het probleem.

- schade die zich tijdens de duur van de overeenkomst heeft voorgedaan indien bij het einde van de overeenkomst het risico niet door een andere verzekeraar is gedekt;
- of daden of feiten die aanleiding kunnen geven tot schade, die tijdens de duur van de overeenkomst zijn voorgevallen en aan de verzekeraar zijn aangegeven (artikel 78, § 2 wet).

Gelet op deze nieuwe wettelijke regeling kan aanbeveling 4 in de Omzendbrief D008/87 worden aangepast. Met betrekking tot de posterioriteitsdekking kan gesteld worden dat de polis minstens de in artikel 78, §2 wet bedongen claims made dekking moet bieden en dat de bijkomende dekking die zou worden geboden, bv. een verzekerde periode van langer dan 3 jaar, aan zo weinig mogelijk voorwaarden zou gekoppeld worden. Gezien de wet geen regeling inhoudt betreffende de anterioriteitsdekking, kan de aanbeveling op dit punt ongewijzigd blijven.

22. In het bestek van deze bijdrage kunnen we niet dieper ingaan op de vele interpretatieproblemen en kritieken waartoe de toepassing van, zowel de oorspronkelijke als de huidige bepalingen van artikel 78 aanleiding geven⁵¹. Het laat zich evenwel nu al aanzien dat de wettelijk geboden waarborg op vele manieren zal uitgehold worden. Zo troffen we een clause aan waarin eerst volgens de bewoordingen van artikel 78 een nadekking werd bedongen op basis van claims made met een sunset clause van drie jaar, doch waarin vervolgens werd bepaald dat "de schade wordt geacht te zijn gebeurd op het ogenblik van het aansprakelijkheidsverwekkende feit" (polis bedrijfsrevisor). Deze bepaling holt de wettelijk toegekende waarborg op basis van claims made volledig uit. Immers, de wet vereist dat de schade moet zijn voorgevallen binnen de duurtijd van de polis. Ongeacht de interpretatie die toekomt aan het begrip "voorzaken van de schade", kan dit begrip nooit geïnterpreteerd worden als het feit zelf dat schade veroorzaakt⁵². Overminderd de discussie over de vraag in hoeverre mag afgeweken worden van de wettelijke bepalingen van artikel 78 wet, is dergelijke clause nietig. Zij kent aan de verzekerde in ieder geval minder bescherming toe dan de wet. Het hoeft immers geen betoog dat de kans dat in de duurtijd van de polis zowel het feit dat schade veroorzaakt als de eis zich zouden voordoen, veel kleiner is dan de kans dat in deze tijdspanne en de schade voorvalt en de eis wordt ingesteld.

7. Leiding van het geding en rechtsbijstandverzekering

23. De verzekeraar heeft niet alleen de verplichting de vergoeding te betalen ingeval van een vaststaande aansprakelijkheid van de verzekerde maar hij heeft ook de verplichting de

⁵¹ Zie o.m. SCHUERMANS, L., "De nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst (deel II)", *R.W.*, 1992-93, p. 729; DELVAUX, P.H., "Le droit transitoire: champ d'application dans le temps du nouveau droit des assurances terrestres", in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, FONTAINE, M. (ed.), Brussel, Bruylant, 1995, p. 141; DELVAUX, P.H. en FONTAINE, M., "Le nouveau régime du contrat d'assurance terrestre", *J.T.*, 1995, p. 329, nr. 54-57; VAN SCHOU BROECK, C. en SCHOORENS, G., "De aansprakelijkheidsverzekering: a never ending story?", *T.B.H.*, 1995, p. 636-663.

⁵² Cf. de voorbereidende werken waarin duidelijk werd gesteld dat het begrip "schadeverwekkende gebeurtenis" in het oorspronkelijk artikel 78 wet dient geïnterpreteerd als "het feit waaruit schade is ontstaan". Dit begrip "schadeverwekkende gebeurtenis" werd door de wetswijziging van 16 maart 1994 vervangen door het begrip "voorzaken van schade", zie Cousy, H. en SCHOORENS, G., *De nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst. Parlementaire voorbereiding van de wet van 25 juni 1992 en van de wijzigende wet van 16 maart 1994*, p. 257-258.

verzekerde de nodige bijstand te geven bij (minnelijke of gerechtelijke) vorderingen van aansprakelijkheid (artikel 77 wet). Voor de verzekeraar is de leiding van het geschil niet alleen een plicht doch ook een recht. In het verleden heeft dit meer dan eens tot moeilijkheden aanleiding gegeven. Zo onder meer wanneer de verzekeraar de gerechtelijke procedure wou verder zetten om een principiële beslissing af te dwingen, terwijl de verzekerde de zaak zo snel mogelijk in der minne had willen afhandelen.

De regeling in artikel 79 wet op de landverzekeringsovereenkomst lost een aantal moeilijkheden op. Nochtans blijven er problemen, in het bijzonder in die gevallen waarin de “belangen van de verzekeraar en van de verzekerde niet gelijklopend zijn». De verzekerde kan in dergelijke gevallen niet rekenen op de bijstand van de aansprakelijkheidsverzekeraar en zal derhalve zelf een eigen advocaat moeten nemen, desgevallend met de mogelijkheid achteraf de kosten en erelonen te verhalen op zijn aansprakelijkheidsverzekeraar.

In het huidige klimaat van een toename van het risico van aansprakelijkstelling is er naar onze mening nood aan een degelijke rechtsbijstandverzekering. Navraag op de Belgische markt heeft uitgewezen dat er tot op heden aan bedrijfsrevisoren enkel een algemene rechtsbijstandverzekering voor beroepsdoeleinden wordt aangeboden. Deze biedt evenwel slechts een zeer beperkte waarborg voor procedures betreffende burgerrechtelijke aansprakelijkheid en geen voor procedures betreffende strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het lijkt evenwel aangewezen dat de bedrijfsrevisor een aangepaste rechtsbijstandverzekering zou aangaan. Bovendien is het verkieslijk dat dergelijke verzekering niet alleen dekking biedt voor procedures betreffende burgerrechtelijke aansprakelijkheid. Uit de bijdrage van L. DUPONT en J. GODFROID blijkt dat dergelijke verzekering ongetwijfeld nuttig kunnen zijn ingeval van procedures betreffende zowel strafrechtelijke als deontologische aansprakelijkheid. Vergeten we inderdaad niet dat een deontologische aansprakelijkheid een rol kan spelen in de beoordeling van de burgerrechtelijke fout.

C. Verzekeringsvoorwaarden en de verzekeringspraktijk

24. De hierboven beschreven wettelijke bepalingen zijn belangrijk voor de verzekeringsvoorwaarden betreffende de duur en de hoegrootheid van de dekking. Voor het overige kan de inhoud en de omvang van de waarborg van het risico van professionele aansprakelijkheid volledig vrij door partijen worden bepaald. Vandaar dat we met nadruk willen wijzen op het belang van een gegronde kennis van de eigen beroepswerkzaamheden. De bedrijfsrevisor moet steeds voor ogen houden welke beroepswerkzaamheden hij verricht, waar hij die verricht, waar de gevolgen ervan zich voordoen en op welke wijze hij deze verricht. Al deze elementen beïnvloeden het te verzekeren risico op aansprakelijkheid.

Laten we hierna de belangrijkste punten overlopen die van belang zijn voor de waarborg van het risico van aansprakelijkheid van de commissaris-revisor.

1. Verzekerde hoedanigheid

25. De bedrijfsrevisor moet erop toezien dat hij in de verschillende hoedanigheden waarin hij in de uitoefening van zijn functie van commissaris-revisor kan aangesproken worden voor beroepsfouten, verzekerd is.

Dit betekent dat hij als natuurlijke persoon of als rechtspersoon-titularis van het beroep moet verzekerd zijn voor persoonlijke beroepsfouten. De bedrijfsrevisor natuurlijke of rechtspersoon moet ook verzekerd zijn voor de aansprakelijkheid ingevolge daden van personen of zaken voor wie hij instaat. Deze kwalitatieve of afgeleide aansprakelijkheid is niet alleen gesteund op artikel 1384 B.W. maar ook op artikel 16 van het K.B. van 10 januari 1994 betreffende de plichtenleer van de bedrijfsrevisor. Laat hij zich als commissaris-revisor krachtens artikel 64sexies, laatste lid Venn. w. bij de uitoefening van zijn taak bijstaan door aangestelden, onafhankelijke deskundige, enz., dan blijft hij zowel tegenover de vennootschap als tegenover derden aansprakelijk voor de professionele fouten begaan door deze personen op wier medewerking hij een beroep doet⁵³.

De aansprakelijkheid van de professionele vennootschap moet steeds bijkomend en afzonderlijk van deze van de vennoten worden verzekerd, ook wanneer de vennootschap niet de titularis is van het beroep maar tot doel heeft de uitoefening van de beroepswerkzaamheden van bedrijfsrevisoren. Door middel van de figuur van de orgaantheorie worden de rechtsgevolgen van de beroepsuitoefening immers rechtstreeks aan deze vennootschap toegerekend.

Onverminderd de verzekering van de aansprakelijkheid van de professionele vennootschap, moet ook de aansprakelijkheid van de vennoten worden verzekerd. De regeling van het zgn. "zwart schaap" in artikel 33, §2 van de wet van 22 juli 1953⁵⁴ waarbij een vennoot of zaakvoerder persoonlijk contractueel en extra-contractueel aansprakelijkheid kan gesteld worden ten aanzien van derden, geldt immers enkel voor de controleopdrachten van artikel 3 van de wet van 22 juli 1953 die namens de professionele vennootschap worden uitgevoerd. Voor andere opdrachten dan deze bedoeld in artikel 3 van de wet van 22 juli 1953 die door hem of onder zijn leiding worden verricht, blijft de bedrijfsrevisor-vennoot persoonlijk aansprakelijk. Het blijft dus aangewezen dat hij zijn persoonlijke aansprakelijkheid verzekert⁵⁵.

Voorts moet de bedrijfsrevisor er op toezien dat hij tevens zijn aansprakelijkheid als orgaan of aangestelde met bevoegdheid de vennootschap te vertegenwoordigen verzekert, zelfs wanneer hij geen vennoot is in die vennootschap. Vertegenwoordigt de bedrijfsrevisor bij de uitoefening van het mandaat van commissaris-revisor één of meerdere revisorenvennootschappen in de hoedanigheid van zaakvoerder of bestuurder⁵⁶, dan dient hij dit expliciet te vermelden. Deze bestuurdersaansprakelijkheid zal evenwel in de praktijk naar alle waarschijnlijkheid in een afzonderlijke polis bestuurdersaansprakelijkheid worden verzekerd.

26. Tenslotte moet aandacht besteed worden aan de verzekering van de persoonlijke aansprakelijkheid van de personen voor wie de bedrijfsrevisor instaat en voor wiens daden hij aansprakelijk kan gesteld worden, zijnde de medewerkers, stagiairs, aangestelden, deskun-

⁵³ VAN OEVELEN, A., I.C., p. 253, nr. 20.

⁵⁴ Artikel 3, 8° K.B. van 14 februari 1989.

⁵⁵ Niettegenstaande het beroep wordt uitgeoefend in het kader van een professionele vennootschap met volkomen rechtspersoonlijkheid, blijft de bedrijfsrevisor-vennoot, persoonlijk en onbeperkt aansprakelijk voor de uitgeoefende taken, zie referenties geciteerd door VAN SCHOU BROECK, C., *Professionele aansprakelijkheid en de Europese Interne Markt*, p. 82-83, nr. 100.

⁵⁶ Omzendbrief van 20 januari 1995, *Jaarverslag 1995*, p. 47-49.

digen enz.⁵⁷. De aanbeveling 1 in Omzendbrief D008/87 wijst terecht op het belang van een dergelijke waarborg. Vooreerst moet nagekeken worden of de kwalitatieve aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor gedekt is zonder conventioneel bedongen verhaalsrecht van de verzekeraar tegen de aansprakelijke, dan wel of en in welke mate de verzekeraar afstand van verhaal heeft gedaan. Vroeger werd vrij gebruikelijk een afstand van verhaal bedongen, tenzij ingeval van opzet of zware fout of voor zover deze personen gedekt waren door een andere verzekering. De bepaling in artikel 41 van de wet op de landverzekeringsovereenkomst lijkt deze praktijk niet in de weg te staan. De eenvoudigste oplossing blijft evenwel om in de polis die de bedrijfsrevisor onderschrijft, mede de persoonlijke aansprakelijkheid van voornoemde personen te waarborgen. Is een dergelijke uitbreiding van de waarborg niet mogelijk, dan moeten de betrokkenen hiervan verwittigd worden. Zij kunnen dan zelf voor een geschikte verzekering zorgen. Deze verzekering heeft immers zijn nut. Men mag immers niet vergeten dat de gunstige wettelijke regeling van beperkte aansprakelijkheid enkel geldt voor hen die verbonden zijn door een arbeidsovereenkomst. Zij kunnen voor fouten gepleegd in het kader van de uitoefening van hun werkzaamheden enkel persoonlijk aansprakelijk gesteld worden wanneer het gaat om schade ingevolge opzet, zware fout en lichte repetitieve fout (artikel 18 arbeidsovereenkomstenwet). Vermits nu ook de zware fout verzekeraar is, kan het toch zelfs voor deze werknemers interessant zijn een verzekering te sluiten.

2. Verzekerde beroepswerkzaamheden

27. Het uitgangspunt voor het sluiten van een professionele aansprakelijkheidsverzekering is uiteraard het verzekeren van de aansprakelijkheid die men kan oplopen in de uitoefening van alle beroepswerkzaamheden.

Nochtans zal men in de praktijk naar alle waarschijnlijkheid geen polis vinden die alle opdrachten en functies verzekert die de bedrijfsrevisor door of krachtens de wet, decreet of reglement of contractueel in uitvoering van zijn beroep zou mogen uitoefenen of die aansluiten bij het beroep en er verenigbaar mee worden geacht. Welke activiteiten verzekerd zijn of welke daarentegen door de verzekeraar verzekeringstechnisch als te gevaarlijk worden beschouwd, is meestal slechts te reconstrueren door het samenlezen van verschillende clausules. Men moet in de bijzondere voorwaarden de nadere omschrijving van de verzekerde, zijn verzekerd beroep en de omschrijving van de essentiële kenmerken van het risico bestuderen. Bovendien moet de verzekerde steeds aandacht hebben voor de uitsluitingen.

De polissen op de Belgisch markt lijken het beroep van bedrijfsrevisor eng te interpreteren. Er wordt steeds vereist dat de verzekerde lid is van het IBR. Voorts wordt naar we konden vaststellen het risico beperkt omschreven als "het beroep van bedrijfsrevisor in de zin van de uitvoering van opdrachten die door of krachtens de wetten, alleen mogen worden vervuld door bedrijfsrevisoren. Onder wetten moet worden verstaan de wet van 22 juli 1953 en

⁵⁷ Zie artikel 41 wet op de landverzekeringsovereenkomst. Betreffende de polispraktijk vóór deze wettelijke bepaling, VAN SCHOUWBROECK, C., "Professionele aansprakelijkheidsverzekering in België", in *Professionele aansprakelijkheid en verzekering. Verslagboek Zevende Leuvense Verzekeringsdagen*, Cousy, H. en CLAASSENS, H., (ed.), Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1991, p. 46.

de speciale wetten die sommige bijzondere opdrachten uitsluitend toevertrouwen aan bedrijfsrevisoren»⁵⁸.

Deze polissen lijken bijgevolg enkel waarborg te verlenen voor het risico van aansprakelijkheid ingevolge beroepsfouten gepleegd in de uitvoering van de opdrachten die naar Belgisch recht tot het wettelijk monopolie van de bedrijfsrevisor behoren. Eenduidigheid over welke opdrachten tot het wettelijk monopolie behoren is dan ook noodzakelijk⁵⁹.

Daarentegen lijken opdrachten die nauw verband houden met de diensten van de bedrijfsrevisor maar niet tot zijn monopolie behoren, niet verzekerd. Een juiste afbakening van de verschillende activiteiten schept evenwel problemen. Het is niet gemakkelijk te bepalen welke diensten nauw verband houden met de activiteiten van bedrijfsrevisor in het algemeen. Eén en ander mag de bedrijfsrevisor er nochtans niet van weerhouden nauwkeurig na te gaan welke activiteiten hij verricht en de verzekering ervan te bespreken met de verzekeraar⁶⁰. Het blijft immers mogelijk dat bepaalde activiteiten, desgevallend mits betaling van een bijkomende premie, worden verzekerd, hetzij bij uitbreiding, hetzij in een bijkomende polis. Zo is het blijkbaar gebruikelijk dat de bedrijfsrevisor bij uitbreiding dekking bekomt voor de activiteiten die vervat zijn in artikel 78, § 1 en 2 van de wet van 21 februari 1985 betreffende de activiteiten van accountant. Men gaat er bijgevolg vanuit dat deze opdrachten niet ressorteren onder de in artikel 3 van de wet van 22 juli 1953 bedoelde "controleopdrachten met betrekking tot boekhoudkundige staten". Verder lijkt het mogelijk bij uitbreiding de activiteiten uitgeoefend als vereffenaar of curator te verzekeren⁶¹.

28. De hierboven weergegeven omschrijving van het verzekerde beroep van bedrijfsrevisor impliceert naar onze mening dat het risico van aansprakelijkheid wegens fouten in de uitoefening van de functie van commissaris-revisor wel verzekerd is. In de vennootschap waar de commissaris-revisor moet aangesteld worden of waar hij aangesteld is, behoort de bevoegdheid tot het uitoefenen van de (algemene en specifieke wettelijke opdrachten (bepaald in de Venn. w. en in de wet tot organisatie Bedrijfsleven) immers uitsluitend toe aan de bedrijfsrevisor die er de functie van commissaris-revisor waarneemt. Dit belet evenwel niet dat het geraadzaam blijft de verzekeraar uitdrukkelijk te melden dat men de functie van commissaris-revisor vervult, teneinde te vermijden dat bij schadegeval de verzwijging of verzwaring van het risico wordt ingeroepen.

Één en ander betekent evenwel niet meteen dat alle activiteiten die men uitoefent in de functie van commissaris-revisor zouden verzekerd zijn. Het blijft uitkijken naar clausules

⁵⁸ Cf. De polis voor accountants waarin wordt bepaald dat enkel de aansprakelijkheid in de uitoefening van het beroep van accountant wordt gewaarborgd, zoals omschreven in artikel 78 van de wet van 21 februari 1985 en/of de opdrachten die de accountants uitvoeren krachtens de wetten op de handelsvennootschappen. Zie desbetreffend eveneens het attest dat de accountant moet laten ondertekenen door zijn verzekeraar wanneer hij niet toetreedt tot de collectieve polis die werd onderschreven door de Raad van het Instituut der Accountants.

⁵⁹ Zie desbetreffend het debat op deze studiedag betreffende de aansprakelijkheid van de commissaris-revisor bij speciale opdrachten.

⁶⁰ Cf. aanbeveling 3 in de Omzendbrief D 008/87 die bepaalt: "het verdient aanbeveling dat de dekking minstens slaat op alle werkzaamheden die met het beroep van de bedrijfsrevisor verenigbaar worden geacht en die de bedrijfsrevisor dus normaal zal uitoefenen".

⁶¹ Zie betreffende de polispraktijk, VAN SCHOU BROECK, C., "Professionele aansprakelijkheid: verzekering in België", l.c., p. 49-51.

houdende contractuele uitsluiting of uitbreiding van dekking. Dergelijke clausules kunnen immers tot gevolg hebben dat bepaalde taken die de commissaris-revisor verricht toch niet verzekerd zijn, behoudens uitdrukkelijk bedongen uitbreiding. Zo werd in een polis bedongen dat de verzekerde verplicht is om de mandaten aan te geven die in samenwerking of maatschap met andere bedrijfsrevisoren worden uitgeoefend voor eenzelfde gereviseerde vennootschap. Naar mag aangenomen worden viseert deze uitbreiding de in artikel 64 Venn. w. bedoelde situatie waarin de commissarissen een college vormen voor de controle van de vennootschap. Dergelijke mandaten werden in die polis slechts mits betaling van een bijpremie verzekerd. Uitgaande van deze uitsluiting, lijkt het evenzeer aangewezen uitdrukkelijk uitsluitel te krijgen over de dekking van activiteiten die worden uitgeoefend als erkend commissaris van een verzekeringsonderneming of als bankrevisor.

Voorts kunnen bepaalde uitsluitingen tot interpretatie aanleiding geven, waardoor de grens tussen welke activiteiten van de commissaris-revisor wel en welke niet verzekerd zijn in concrete omstandigheden moeilijk te trekken valt. Aldus kunnen er in concrete omstandigheden problemen rijzen betreffende de toepassing van clausules die bepalen dat activiteiten van juridisch advies niet verzekerd zijn, behoudens juridisch advies verstrekt in het verlengde van de uitoefening van (verzekerde) functies of opdrachten die de wet uitsluitend voor bedrijfsrevisoren bestemd heeft. Evenzo kunnen discussies rijzen over de toepassing van clausules die bepalen dat iedere aansprakelijkheid ten gevolge van raadgevingen in verband met financiële verrichtingen is uitgesloten. Beide uitsluitingen lijken niettemin standaard opgenomen in de polis voor bedrijfsrevisor (en accountant).

Tenslotte moet worden benadrukt dat de expliciete verwijzing in de omschrijving van het verzekerde beroep naar de Belgische wet van 22 juli 1953, impliceert dat alle opdrachten die de (bedrijfsrevisor) commissaris-revisor overeenkomstig het EG-Verdrag geldig door of krachtens een buitenlandse wet mag verrichten niet verzekerd zijn, zelfs wanneer ze naar deze buitenlandse wet tot het monopolie van de bedrijfsrevisor zouden behoren.

3. Welke aansprakelijkheid is gedekt?

29. Naar Belgisch recht kan de commissaris-revisor ten aanzien van de vennootschap waarin hij zijn functie verricht, naar gemeen recht aansprakelijk gesteld worden, zowel contractueel als extra-contractueel⁶². Daarnaast kan hij ook ten aanzien van derde naar gemeen recht extra-contractueel aansprakelijk zijn op basis van artikel 1382 e.v. B.W. Daarenboven kan de commissaris-revisor een bijzondere van het gemeen recht afwijkende aansprakelijkheid oplopen wegens overtreding van de vennootschapswet of statuten⁶³. De aanbeveling 2 in de Omzendbrief D008/87 zou kunnen aangepast worden in de zin dat de contractuele en extra-contractuele aansprakelijkheid moet gedekt zijn, evenals mogelijke van het gemeen recht afwijkende aansprakelijkheden.

De formulering van de gedekte aansprakelijkheid is dus belangrijk. Zo rijst de vraag of de clausule die algemeen bepaalt dat dekking wordt gegeven voor "de burgerrechtelijke aansprakelijkheid wegens feiten overkomen in de uitoefening van de verzekerde beroepswerkzaamheden", inderdaad ook deze van het gemeen recht afwijkende aansprakelijkheid dekt.

⁶² Artikel 64octies, lid 1 Venn. w.; onder meer VAN OEVELEN, A., I.c., p. 273-274.

⁶³ Artikel 64octies, lid 2 Venn. w.; onder meer VAN OEVELEN, A., I.c., p. 278-279, nr. 50.

Dezelfde onduidelijkheid is er wanneer de polisvoorwaarde specificceert dat “de contractuele- en extra-contractuele aansprakelijkheid” gedekt is. Het is nodig uitsluitel te bekomen of de bijzondere aansprakelijkheid zoals bepaald in artikel 64octies, lid 2 Venn. w. gedekt is.

30. Voorts moet men aandacht hebben voor de implicaties van de aansprakelijkheid die men kan oplopen bij grensoverschrijdende dienstverlening. De kans is zeer reëel dat de commissaris-revisor niet alleen op basis van het Belgisch recht aansprakelijk wordt gesteld. Bij toepassing van de internationaal privaatrechtelijke regels betreffende de aansprakelijkheid en betreffende de bij een geschil bevoegde rechter (naast nationale verwijzingsregels geldt het Verdrag van Rome inzake het recht toepasselijk op contractuele verhoudingen en het Europees Executieverdrag inzake de voor het geschil bevoegde rechter), is het geenszins uitgesloten dat de commissaris-revisor die in België werkzaam is, niettemin aansprakelijk gesteld wordt bij toepassing van een buitenlands recht. Deze kans is zeker groot voor wat betreft het risico op extra-contractuele aansprakelijkheid wegens beroepsfouten maar bestaat ook ingeval van contractuele beroepsaansprakelijkheid. Bij gebreke aan de keuze van een welbepaald nationaal recht dat van toepassing zal zijn op de overeenkomst gesloten met de cliënt, stelt het Verdrag van Rome dat het recht van de plaats waar de bedrijfs-revisor kantoor houdt op de overeenkomst van toepassing zal zijn. Nietemin mag men niet uit het oog verliezen dat de contractuele aansprakelijkheid daarnaast onder meer ook beoordeeld wordt op grond van dwingende wetsbepalingen van de (vreemde) rechter. Het is bijgevolg noodzakelijk dat de aansprakelijkheid zowel naar Belgisch als naar buitenlands recht verzekerd is⁶⁴. Als verzekeringnemer dient men derhalve in het bijzonder na te gaan of en onder welke voorwaarden de polis het voorwerp van de waarborg omschrijft.

Wil men hierover uitsluitel, dan moet men vooreerst kijken naar voorwaarden die verwijzen naar het op de aansprakelijkheidsvordering toepasselijk recht. Daartoe behoren clauses die de dekking beperken tot “de burgerrechtelijke beroepsaansprakelijkheid bij toepassing van de Belgische rechtsnormen”. Evenzo moet voorbehoud gemaakt worden voor clauses die bepalen dat “ingeval de aansprakelijkheid wordt beoordeeld naar buitenlands recht, de verzekeraar slechts dekking verleent ten belope van het bedrag van de schadevergoeding die overeenkomstig het Belgisch recht zou toegekend worden”, of die bepalen dat “de verzekeraar niet gehouden is tot een ruimere vergoeding dan deze die zou voortvloeien uit de toepassing van een buitenlandse rechtsnorm die de aansprakelijkheid zou beheersen, zoals punitive damages enz.”.⁶⁵

Ten tweede moet gekeken worden naar clauses die vereisten opleggen naar de rechter die bevoegd is om uitspraak te doen over de aansprakelijkheidsvordering. De bevoegde rechter speelt immers een belangrijke rol in de aanduiding van het toepasselijk recht. Door middel van de eigen nationale verwijzingsregels duidt hij het nationaal aansprakelijkheidsrecht aan op basis waarvan hij de vordering zal beoordelen. Zo dient gelet op clauses die “de kosten en erelonen voor verdediging enkel vergoeden wanneer procedure wordt gevoerd voor een rechtbank zetelend op het Europese continent” of op clauses die enkel de aansprakelijkheid waarborgen “beoordeeld door een gerecht dat gevestigd is op het

⁶⁴ Cf. aanbeveling 2 in de Omzendbrief D008/87.

⁶⁵ Zie meer uitvoerig over de polispraktijk, VAN SCHOU BROECK, C., *Professionele aansprakelijkheidsverzekering en de Europese Interne Markt*, p. 444-445, nr. 709-712.

grondgebied van de EEG (Zwitserland of Oostenrijk)" of "niet beoordeeld door een rechter gevestigd in USA of Canada»⁶⁶.

Het is zeer waarschijnlijk dat de verzekeraar gevestigd in België, gelet op het verhoogd risico bij aansprakelijkheidsstelling naar een ander dan het Belgisch recht (zeker naar het recht van de USA of Canada), enkel mits behoud van clausules zoals hier omschreven, de professionele aansprakelijkheid wil verzekeren. Dit mag de verzekeringnemer er evenwel niet van weerhouden het probleem aan te kaarten, of desgevallend te trachten een bijkomende verzekering te sluiten bij een buitenlandse verzekeraar die zich meer toelegt op dergelijke risico's.

4. Dekking in de ruimte of de omvang van het verzekeringsgebied

31. Niettegenstaande de commissaris-revisor enkel werkzaamheden uitoefent voor vennootschappen gevestigd in België, kunnen deze opdrachten ook elders gevolgen hebben of schade veroorzaken. Zo kan een Amerikaan schade lijden door het feit dat hij zakenrelaties aanging met een in België gevestigde vennootschap op grond van de voorgelegde gebrekkige financiële gegevens, waarvoor de commissaris-revisor aansprakelijk werd gesteld.

Vandaar dat tevens aandacht moet gegeven worden aan voorwaarden die betrekking hebben op de plaats waar het schadeverwekkend feit of de gevolgen ervan zich voordoen. Dergelijke voorwaarden zijn veelal te vinden onder de hoofding «dekking in de ruimte» of «verzekeringsgebied», of in bepaalde uitsluitingen. Zo kan men clausules aantreffen die bepalen dat de waarborg geldt voor "vorderingen op basis van aansprakelijkheid verwekkende feiten die waar ook ter wereld zijn gebeurd voor activiteiten die door de verzekerde worden uitgeoefend vanuit de bedrijfszetel in België". Evenzo vindt men clausules die de aansprakelijkheid voor schadegevallen overkomen in bepaalde landen of voor prestaties geleverd in bepaalde landen uitsluiten. Zo wordt vrij klassiek expliciet verwezen naar (de vroegere Oostbloklanden), USA of Canada.

5. Voorwaarden van vestiging of plaats van waaruit de beroepsactiviteiten worden verricht

32. Naar we konden vaststellen wordt in de polissen gebruikelijk op één of andere wijze de voorwaarde opgelegd dat de verzekerde moet gevestigd zijn in België, of dat hij zijn kantoor of gewone verblijfplaats in België heeft, of dat hij zijn beroep gewoonlijk in België uitoefent, of zijn activiteiten uitoefent vanuit een in België gelegen uitbatingsetel.

Men kan aannemen dat deze voorwaarden die vereisen dat er op één of andere wijze minstens enige duurzame economische band met België bestaat, er eens te meer op gericht zijn de dekking van professionele aansprakelijkheid naar een buitenlands recht zoveel mogelijk uit te sluiten. Dergelijke clausules lijken hun grondslag te vinden in de voornoemde bepaling in het Verdrag van Rome dat in geval van contractuele aansprakelijkheid, bij afwezigheid van rechtskeuze, in beginsel het recht van het land van de ligging van het kantoor

⁶⁶ Zie meer uitvoerig over de polispraktijk, VAN SCHOU BROECK, C., *ibid.*, p. 443-444, nr. 706-707.

toepasselijk is, onverminderd de toepassing van de dwingende bepalingen en de bepalingen van openbare orde van het recht van een ander land.

Hoofdstuk III: Aandachtspunten betreffende de verzekeraar

33. Het is algemeen bekend dat de professionele aansprakelijkheidsverzekering in het verleden ook werd gesloten met verzekeraars die niet in België gevestigd waren en evenmin in België toegelaten waren om het verzekeringsbedrijf uit te oefenen. Het is allen waarschijnlijk ook wel bekend dat dergelijke aanvullende polissen die veelal op de Londense markt werden gesloten, naar Belgisch recht nietig waren (behoudens dat de verzekeraar gehouden was zijn verplichtingen na te komen wanneer de verzekeringnemer te goeder trouw was)⁶⁷. Deze overeenkomsten ontsnapten in de praktijk veelal aan het toezicht van de Controledienst voor de Verzekeringen, waardoor deze praktijk in feite niet werd gehinderd. Alzo had de professioneel de mogelijkheid op de buitenlandse markt een dekking te bekomen (het ging veelal om een hoger verzekerd bedrag) waarvoor hij bij de in België gevestigde en toegelaten ondernemingen niet terecht kon.

Intussen zijn de tijden en de rechtsregels veranderd en zijn dergelijke met een buitenlandse verzekeraar gesloten overeenkomsten, onder bepaalde voorwaarden, volstrekt geldig. Met de voltooiing van de Europese interne verzekeringsmarkt en de omzetting van de zgn. drie generaties Europese richtlijnen inzake schadeverzekering⁶⁸, kan de in België gevestigde bedrijfsrevisor niet alleen beroep doen op het aanbod van Belgische verzekeraars (in België gevestigd en toegelaten) maar ook van verzekeraars die hun hoofdkantoor hebben in de Europese Economische Ruimte⁶⁹ en in België een bijkantoor hebben of er aan verzekeringen doen bij wijze van vrije dienstverlening (dus zonder er gevestigd te zijn) en in een Lid-Staat de toelating hebben bekomen om deze verzekering van tak 13 te beoefenen⁷⁰.

34. De nieuwe wettelijke regeling moet een grotere verzekeringsmarkt mogelijk maken. Hierdoor zou de bedrijfsrevisor – in tegenstelling tot het verleden – een keuze kunnen maken uit een zo breed mogelijke waaier van in de Europese Economische Ruimte aangeboden producten. Los van de vraag of er in de praktijk inderdaad een uitgebreider aanbod van overeenkomsten te verwachten valt en of de verzekeraars bij toepassing van de huidige

⁶⁷ Zie hierover, VAN SCHOU BROECK, C., *Professionele aansprakelijkheidsverzekering en de Europese Interne Markt*, p. 250-257, nr. 390-404.

⁶⁸ Deze richtlijnen werden in België omgezet in de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen en het K.B. van 22 februari 1991 houdende het algemeen reglement betreffende de controle van de verzekeringsondernemingen.

⁶⁹ In deze bijdrage worden de verzekeraars met hoofdkantoor buiten de EER buiten beschouwing gelaten. Zie desbetreffend artikel 2, § 1 en § 5; artikel 4 Controlwet; artikel 25 e.v. algemeen controlereglement.

⁷⁰ Zie betreffende de verschillende periodes van vrije dienstverlening voor grote risico's en vrije dienstverlening voor alle risico's, VAN SCHOU BROECK, C., *Professionele aansprakelijkheidsverzekering en de Europese Interne Markt*, p. 257-293, nr. 405-465. Vanaf de inwerkingtreding (11 april 1991) van de bij het K.B. van 22 februari 1991 gewijzigde bepalingen van de Controlwet (in uitvoering van de tweede richtlijn schadeverzekering van 22 juli 1988), werd de voorwaarde van verplichte vestiging van de verzekeringsonderneming in België afgeschaft en werd bovendien de verplichting van toelating door de Koning afgeschaft voor verzekeringsondernemingen uit de Gemeenschap die bij wijze van vrije dienstverlening in België overeenkomsten wensten te sluiten betreffende in België gelegen grote risico's. Bijgevolg kon de verzekeringnemer die tot de grote risico behoort, vanaf april 1991 geldig een overeenkomst sluiten met een verzekeraar met hoofdkantoor in de EG die in België geen vestiging en geen toelating had.

reglementering inderdaad bereid gevonden worden in België professionele aansprakelijkheidsverzekeringen aan te bieden of te sluiten, kan het interessant zijn om in het buitenland een polis te sluiten. Alvorens te beslissen met welke verzekeraar men zou contracteren, moet men volgende punten in overweging nemen.

Vooreerst zijn er wettelijke regels die een rol spelen bij de keuze van de verzekeraar(A). Voorts zijn er een aantal factoren die men niet uit het oog mag verliezen, zeker wanneer zou besloten worden om te kiezen voor een niet in België gevestigde verzekeraar(B).

A. Wettelijke regels

1. «Gemachtigde verzekeraar»

35. Evenals in het verleden, kan de in België gevestigde bedrijfsrevisor⁷¹ geldig een overeenkomst tot dekking van beroepsaansprakelijkheid sluiten met een Belgische verzekeraar die in België toelating heeft bekomen tot het uitoefenen van deze verzekeringstak. Voorts kan hij geldig contracteren met een verzekeraar met hoofdkantoor in een land van de Europese Economische Ruimte, die in dit land de vergunning heeft bekomen tot het uitoefenen van deze verzekeringstak en in België, na de vereiste notificatieprocedure te hebben gevolgd, een bijkantoor heeft geopend of er in vrij dienstverlening werkt⁷². Daar de professionele aansprakelijkheidsverzekering veelal in medeverzekering wordt gesloten, kan men onthouden dat de niet in België gevestigde medeverzekeraars van overeenkomsten betreffende grote risico's zijn vrijgesteld van notificatie, behoudens wanneer het de eerste verzekeraar is die niet in België is gevestigd⁷³.

Veel polissen worden gesloten met bemiddeling van een tussenpersoon. In deze gevallen moet men eveneens nagaan of de verzekeraar de notificatieprocedure heeft gevolgd. Onderhandelt men met een niet in België gevestigde verzekeraar via een tussenpersoon die niet exclusief voor deze verzekeraar werkt⁷⁴, dan mag aangenomen worden dat deze verzekeringsonderneming in België optreedt in vrij dienstverlening. In de andere hypothese waarin de tussenpersoon een exclusief mandaat heeft van één verzekeraar, kan gesteld worden dat deze optreedt als bijkantoor van de verzekeringsonderneming⁷⁵.

36. Polissen die worden gesloten met een verzekeringsonderneming die niet in België is toegelaten of die niet de vereiste notificatieprocedure heeft gevolgd, zijn nietig. Kan de bedrijfsrevisor-verzekeringnemer evenwel bewijzen dat hij te goeder trouw was en niet wist of behoorde te weten dat zijn wederpartij niet de vereiste machtiging had op het ogenblik

⁷¹ Bedoeld wordt de professionele vennootschap met vestiging in België en de bedrijfsrevisor - natuurlijke persoon met gewone verblijfplaats in België. Zie supra, betreffende de interpretatie van dit begrip "gewone verblijfplaats".

⁷² Artikel 2, § 1 en § 5; artikel 3, § 1; artikel 4; artikel 63-68 Controlewet; artikel 22-24 algemeen controlereglement.

⁷³ Artikel 32 algemeen controlereglement.

⁷⁴ De onafhankelijke tussenpersoon in de zin van de nieuwe wet van 27 maart 1995 betreffende de verzekeringsbemiddeling en de distributie van verzekeringen en het K.B. van 25 maart 1996 tot uitvoering van de artikelen 9, 10, 2°, 4° en 6° en artikel 11, § 3 van de wet van 27 maart 1995 (B.S., 3 april 1995), lijken aan dit criterium te voldoen.

⁷⁵ Zie hierover, COUSY, H. en VAN SCHOU BROECK, C., "Het juridisch statuut van het bijkantoor van een buitenlandse verzekeringsonderneming", *Liber Amicorum J. Pardon*, in druk.

van het sluiten van de overeenkomst, dan is de verzekeraar gehouden tot nakoming van zijn verplichtingen⁷⁶.

Men kan zich de vraag stellen in hoeverre men in de praktijk aandacht moet hebben voor het feit dat de verzekeraar geldig overeenkomsten kan aanbieden en sluiten. Men zou kunnen argumenteren dat de kans dat de Controledienst voor de Verzekeringen effectief controle zal uitoefenen nog kleiner is dan in het verleden. De Controledienst kan immers niet meer doen dan een niet-systematische controle a posteriori van polisvoorwaarden en documenten. Daartegenover kan men stellen dat er altijd een kans op controle bestaat, hetzij door de Controledienst, hetzij door de rechter ingeval van een geschil over de verzekeringsvoorwaarden. In dat geval lijkt het zeker niet uitgesloten dat de kwader trouw in hoofde van de bedrijfsrevisor-verzekeringnemer wordt bewezen geacht. Daarbij zou kunnen aangevoerd worden dat de verzekeringnemer steeds kan informeren of de verzekeraar wettig in België mag optreden. Hij kan die informatie inwinnen rechtstreeks bij de verzekeraar, bij de Controledienst voor de Verzekeringen, of bij de tussenpersoon. Het is overigens goed te weten dat de tussenpersoon die toch zou bemiddeld hebben bij dergelijke ongeldige overeenkomst kan gesanctioneerd worden, zelfs met gevangenisstraf⁷⁷. Desgevallend kan hij hiervoor tevens aansprakelijk gesteld worden wegens een beroepsfout. Het laat zich evenwel aanzien dat de rechter bij de beoordeling van deze beroepsfout niettemin zal geneigd zijn de vertrouwdeheid van de verzekeringnemer met dergelijke situaties mede in overweging te nemen. Daarbij zal gelet worden op het feit dat de bedrijfsrevisor voor beroepsdoeleinden optreedt en niet beschouwd wordt als een consument, of op het feit dat hij in het verleden dergelijke contracten heeft gesloten, of in welke mate de verzekeringnemer kan geacht worden juridisch onderlegd te zijn⁷⁸.

Zelfs al wil de verzekeringnemer het risico lopen om met een niet-gemachtigde verzekeraar te contracteren, het uiteindelijk slachtoffer blijft de benadeelde. In geval de kwade trouw van de verzekeringnemer wordt bewezen, is de verzekeraar evenmin gehouden zijn verplichtingen ten aanzien van de benadeelde uit te voeren. Het is overigens nooit uitgesloten dat de verzekeraar zelf naar aanleiding van een schadegeval de nietigheid zouden invoeren. Dergelijke houding van de verzekeraar is minstens laakbaar. Dergelijke vordering kan aangevochten worden op grond van schending van de goede trouw. Daarenboven kan men aanvoeren dat de verzekeraar ondanks het feit dat hij geacht wordt te weten dat hij niet geldig overeenkomsten kon sluiten toch contracteert, zich thans niet kan beroepen op de nietigheid ervan. Daarnaast zou de aansprakelijkheid van de verzekeraar kunnen ingeroepen worden. Het principe van de aansprakelijkheid van de verzekeraar kan men terugvinden in artikel 4 van de wet op de landverzekeringsovereenkomst. Dit artikel bepaalt dat de verzekeraar die niet binnen dertig dagen na de ontvangst van het voorstel reageert, zich verbindt tot het sluiten van de overeenkomst op straffe van schadevergoeding. Nochtans, zelfs al

⁷⁶ Artikel 3, § 3 Controlewet. Deze sanctie is eveneens van toepassing op overeenkomsten gesloten door buitenlandse ondernemingen die enkel in België moeten notificeren. Uit artikel 63 Controlewet kan afgeleid worden dat artikel 3, § 3 Controlewet op deze ondernemingen van toepassing is. Zie betreffende deze sanctie die reeds bestond onder de oorspronkelijke regeling, CLAASSENS, H., "De veralgemeende controle op het verzekeringswezen in België", *De Verz.*, 1975 (overdruk), p. 99-105, nr. 76-77.

⁷⁷ Artikel 3, § 2 en artikel 84 Controlewet.

⁷⁸ De bevoegde rechter wordt aangeduid door de nationale verwijzingsregels of door de bepalingen van het EEG-Executieverdrag.

wordt de vordering van de verzekeraar tot nietigverklaring van de overeenkomst afgewezen, de benadeelde blijft de dupe. Hij wordt minstens geconfronteerd met een (langdurige) procedure (waarvoor hij waarschijnlijk geen rechtsbijstandverzekering heeft).

2. Verplichte toepassing van het Belgisch recht

37. Hoger konden we besluiten dat in de meerderheid van de gevallen de Belgische wet op de landverzekeringsovereenkomst van toepassing zal zijn op de overeenkomsten die worden gesloten door in België gevestigde bedrijfsrevisoren. Op het eerste zicht levert dit geen probleem op wanneer men wil opteren voor producten die worden aangeboden in het buitenland. De wet op de landverzekeringsovereenkomst regelt immers slechts in beperkte mate de omvang van de dekking en laat voldoende ruimte voor contractuele bedingen. Een buitenlandse verzekeraar zou aldus over de mogelijkheid beschikken de waarborg zodanig te omschrijven dat hij past in zijn portefeuille. Voor de bedrijfsrevisor biedt de mogelijkheid beroep te doen op een niet in België gevestigde verzekeraar de gelegenheid een voor hem interessante dekking te vinden, zelfs al is het Belgisch recht op de verzekeringsovereenkomst van toepassing.

38. Anderzijds kan niet worden ontkend dat de verplichte toepassing van de Belgische wet toch een invloed heeft op de keuze van de verzekeraar. Hoger werd er reeds op gewezen dat de toepassing van de wet op de landverzekeringsovereenkomst, onder meer artikel 78, tot resultaat heeft dat de verzekeraars, zowel Belgische als buitenlandse, niet altijd bereid gevonden worden onder deze wettelijke voorwaarden te contracteren

Afgezien van dit probleem of de Belgische wet te hoge eisen stelt waardoor het risico onverzekerbaar zou zijn, stelt de verplichte toepassing van het Belgisch recht in het bijzonder problemen voor de buitenlandse verzekeraar die niet in België gevestigd is. Eén van de belangrijkste verklaringen hiervoor is de samenstelling van de verzekeringsportefeuille en het kostenbeheer. Een niet in België gevestigde verzekeraar zal weinig belang hebben bij een portefeuille die is samengesteld uit contracten die ieder onderworpen zijn aan een verschillend nationaal recht en zal evenmin geneigd zijn de daaraan verbonden supplementaire kosten (aanpassing aan de wetgeving, vertaling, verzending, afwikkeling schadegevallen enz.) te dragen. Men mag daarbij niet vergeten dat de markt van in België gevestigde professionals op zich reeds erg klein is. De vraag rijst bijgevolg of men zich in de praktijk daadwerkelijk tot een niet in België gevestigde verzekeraar zal kunnen wenden.

39. Opnieuw stellen we vast dat de wettelijke vereiste van de verplichte toepassing van het Belgisch recht voornamelijk voor de bedrijfsrevisor die niet behoort tot de "grote risico's", een handicap is. Hoogst waarschijnlijk zal hun keuze, ook voor een waarborg in tweede rang, voornamelijk beperkt blijven tot het aanbod van verzekeraars die in België gevestigd zijn. Daarentegen zou de afwezigheid van dergelijke vereiste het voor de bedrijfsrevisor die behoort tot de "grote risico's" in principe makkelijker moeten maken om een dekking te vinden bij een niet in België gevestigde verzekeraar.

De bedrijfsrevisor die niet behoort tot de "grote risico's" die toch zou contracteren met een buitenlandse verzekeraar die onwettelijk toepassing maakt van een buitenlands recht, omdat hij anders verstoken blijft van een (aanvullende) dekking, neemt een onwettige beslissing. Daarenboven moet men rekening houden met het feit dat niet alleen de verze-

kerde (ook anderen dan de verzekeringnemer) rechten halen uit deze overeenkomst maar ook de derde benadeelde⁷⁹.

Het is evenwel interessant verder te onderzoeken of de verzekeraar die niet in België gevestigd is, toch bereid kan gevonden worden om samen met in België gevestigde ondernemingen deel te nemen in contracten van medeverzekering. Op deze wijze kunnen zij een deel van de beheerskosten uitsparen wanneer ze aan de aperiteur een ruime bevoegdheid geven om hen te vertegenwoordigen bij het sluiten van de overeenkomst en bij het verdere beheer ervan. Een ruime bevoegdheidsdelegatie aan de eerste verzekeraar neemt bovendien een aantal van de hierna opgesomde praktische moeilijkheden weg. Uiteraard is het aan de verzekeraars om door middel van dergelijke samenwerking de kans op een uitbreiding van het aanbod op de Belgische markt te realiseren. Afgezien van de keuze van de aperiteur, lijkt het erg onwaarschijnlijk dat de verzekeringnemer op enige wijze een rol zou spelen bij de keuze van de medeverzekeraars.

B. Factoren waarvoor geen of onduidelijke wettelijke oplossingen bestaan

40. De verzekeringnemer die – al dan niet wettelijk – akkoord gaat met de toepassing van een ander dan het Belgisch recht op de verzekeringsovereenkomst of die kiest voor een buitenlandse verzekeraar die in België werkt in vrij dienstverlening, moet oog hebben voor het feit dat hij daarmee ook onrechtstreeks akkoord gaat met een mogelijks geheel andere “verzekeringscultuur”. Zo kan hij terecht komen in een verzekeringscultuur waarin b.v. veel meer wordt overgelaten aan de vrije concurrentie in plaats van rigide uitgewerkte regels, hetgeen ook zijn invloed kan hebben op de geschillenbeslechting. Om zijn contractuele rechten en verplichtingen te kennen zal hij bovendien het vreemd recht met inbegrip van de rechtspraak en verzekeringspraktijk moeten bestuderen (onverminderd de kennis van de Belgische dwingende bepalingen en wettelijke bepalingen van algemeen belang of de dwingende bepalingen van het land van de rechter die in een geschil uitspraak doet en die onverminderd het gekozen vreemd recht van toepassing kunnen zijn).

41. Bovendien is het geraadzaam om de contractuele relaties niet nodeloos ingewikkeld te maken, niet alleen vanuit het oogpunt van de verzekerde, maar ook vanuit het oogpunt van de benadeelde. In de relatie tussen verzekerde en verzekeraar duiken er een aantal specifieke problemen op. Voor enkele ervan kan men een oplossing vinden via de complexe regels van het internationaal privaatrecht, doch veelal bestaat er helemaal geen wettelijke regeling. Zo verlopen contacten met een niet in België gevestigde verzekeraar waarschijnlijk veelal in de taal van de verzekeraar. Er zullen onvermijdelijk interpretatieproblemen rijzen over de toegepaste rechtsregels en polispraktijk. Op het vlak van de uitvoering van de overeenkomst rijzen er onder meer ingevolge de valutaverschillen problemen wegens de verschillen tussen de vergoeding waartoe de verzekerde veroordeeld is en de vergoeding die

⁷⁹ Indien de overeenkomst niet voldoet aan de wettelijke verplichting van toepassing van het Belgisch recht, bestaat de sanctie hierin dat men de overeenkomst niettemin mag interpreteren alsof het Belgisch recht er op van toepassing is (artikel 19bis Controlwet). Bijgevolg is iedere clausule die strijdig is met de dwingende bepalingen van de wet op de landverzekeringsovereenkomst nietig (artikel 3 wet op de landverzekeringsovereenkomst).

de verzekeraar op grond van de overeenkomst dient uit te betalen⁸⁰. Voorts kunnen er moeilijkheden zijn over de betalingswijze van de premies. Ongetwijfeld rijzen er moeilijkheden bij de afwikkeling van schadegevallen. Zeker met betrekking tot professionele aansprakelijkheidsverzekeringen vereisen het deskundigenonderzoek, de foutbeoordeling en de verdere schadebegroting nauwe en veelvuldige contacten tussen de verzekerde en de verzekeraar. Bovendien is het wenselijk dat de aangestelde deskundige zowel de ("verzekerings")taal van de verzekerde als van de verzekeraar begrijpt en vertrouwd is met de eigenheid van de beroepsuitoefening in België en met de toepasselijke deontologische regels en gebruiken. Uiteraard is er, ongeacht de vestigingsplaats van de verzekeraar, kans dat de geschillen tussen verzekeraar en verzekerde over de toepassing van de overeenkomst worden behandeld door een vreemde rechter. De daarmee verbonden problemen van een vreemde taal, vreemde procedure, keuze van advocaat, verhoogde kosten enz. kunnen evenwel nog ingewikkelder worden wanneer de verzekeraar niet in België is gevestigd.

Verder kan gewezen worden op een aantal problemen die zich in het bijzonder stellen bij contracten gesloten in medeverzekering. In de praktijk worden de overeenkomsten tot dekking van professionele aansprakelijkheid veelal in medeverzekering gesloten en in principe zonder hoofdelijkheid tussen de medeverzekeraars⁸¹. De verzekerde moet bijgevolg weten wie precies deze medeverzekeraars zijn, of er een eerste verzekeraar is aangeduid en welke bevoegdheid deze eerste verzekeraar heeft. Eén en ander is immers van belang aangezien de verzekerde voor alle aspecten van het sluiten en beheren van de overeenkomst waarvoor de eerste verzekeraar geen toereikende vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft, zich individueel moet wenden tot iedere medeverzekeraar afzonderlijk. Bijkomend probleem in dit verband is dat de nationale wetgeving ter zake verschillend is en bovendien, hetzij geen, hetzij onvoldoende nauwkeurig de vertegenwoordigingsbevoegdheid omschrijft⁸². In dit verband kan overigens niet genoeg benadrukt worden dat artikel 28, lid 2 Belgische wet op de landverzekeringsovereenkomst dwingend voorschrijft dat alle kennisgevingen bepaald in de overeenkomst enkel aan de eerste verzekeraar kunnen gestuurd worden, doch daarentegen uitdrukkelijk bepaalt dat deze regel niet geldt voor alle betekenissen en kennisgevingen die betrekking hebben op rechtsvorderingen. Dit betekent heel concreet dat iedere medeverzekeraar individueel moet gedagvaard worden en de veroordeling van de eerste verzekeraar deze enkel verplicht tot betaling van de vergoeding ten belope van zijn aandeel,

⁸⁰ De congruentieregels omschreven in bijlage IV van het algemeen controlereglement houden een beperkte regeling inzake de valuta in, zijnde de betalingsmunt waarin de verzekeraar de vergoeding moet betalen aan een benadeelde.

⁸¹ Inzake de communautaire medeverzekering voor grote risico's is er in beginsel geen hoofdelijkheid tussen de medeverzekeraars, artikel 2, 1° richtlijn communautaire medeverzekering van 30 mei 1978; artikel 31 algemeen controlereglement. Het principe van de niet-hoofdelijkheid tussen de medeverzekeraars behoudens andersluidend beding, is ook vastgelegd in artikel 27 wet op de landverzekeringsovereenkomst en werd vroeger algemeen in de polis bedongen.

⁸² Artikel 2, 1° richtlijn communautaire medeverzekering van 30 mei 1978 en het in uitvoering daarvan uitgevaardigde artikel 31, 4° Controlewet bepalen: "de eerste verzekeraar neemt volledig de taak op zich die volgens de geldende gebruiken inzake medeverzekering de zijne is; hij stelt met name de verzekerings- en tariefvoorwaarden vast".

Artikel 28 wet op de landverzekeringsovereenkomst daarentegen lijkt de taak enger te omschrijven waar het bepaalt dat de eerste verzekeraar "geacht wordt de lasthebber te zijn van de overige verzekeraars voor het ontvangen van de kennisgevingen bepaald in de overeenkomst en om het nodige te doen om de schadegevallen te regelen, met inbegrip van de vaststelling van het bedrag van de schadevergoeding.

terwijl de overige niet in de procedure betrokken medeverzekeraars niet kunnen aangesproken worden voor hun aandeel.

Vergeet we tenslotte niet dat voornoemde problemen in de sector van de professionele aansprakelijkheidsverzekering er nog een dimensie bij krijgen wanneer de benadeelde het recht heeft een rechtstreekse vordering in te stellen tegen de verzekeraar (hetgeen naar Belgisch recht nu juist mogelijk is).

42. Een aantal van deze praktische moeilijkheden kunnen worden vermeden wanneer men opteert voor een in België gevestigde verzekeraar. Daarnaast heeft men de mogelijkheid zich te laten bijstaan door een tussenpersoon. Uit deze bijdrage blijkt nochtans dat een tussenpersoon thans niet alleen erg vertrouwd moet zijn met de markt van de professionele aansprakelijkheidsverzekering. Hij moet bovendien een grote kennis hebben van de nationale regels betreffende de verzekeringsovereenkomst en betreffende de verzekeringspraktijk welke erg divers zijn in de verschillende landen.

De toekomst zal moeten uitwijzen of de (technische) beroepsuitoefeningvoorwaarden die de wet van 27 maart op de verzekeringsbemiddeling en de distributie van verzekeringen oplegt aan de in België werkzame tussenpersonen, voldoende effectief zullen zijn⁸³. Daartegenover valt het te betwijfelen of men overeenkomstig deze wet van de tussenpersoon mag verwachten dat hij garant staat voor de conformiteit van produkten (voor andere dan grote risico's) die hij aanbiedt voor rekening van ondernemingen die niet in België zijn toegelaten (ook ondernemingen uit EER met bijkantoor in België), met de Belgische wettelijke en reglementaire bepalingen van algemeen belang⁸⁴. Legt deze regel in feite niet de taak van de verzekeraar op de schouder van de tussenpersoon? Los daarvan, is het niet duidelijk wie de tussenpersoon aansprakelijk kan stellen wanneer hij deze verplichting niet heeft nageleefd. Inzoverre de verzekeringnemer deze aansprakelijkheid zou kunnen inroepen, moet men overigens opnieuw afwachten in hoeverre de rechter bij de foutbeoordeling zal rekening houden met de redelijkerwijze te verwachten juridische kennis van de verzekeringnemer. Tenslotte biedt de verplichting van de tussenpersoon om een professionele aansprakelijkheidsverzekering te sluiten⁸⁵, geen ultieme oplossing. Men kan vermoeden dat de tussenpersoon bij het zoeken naar de geschikte dekking, evenzeer zal geconfronteerd worden met dezelfde problemen als hun cliënten de bedrijfsrevisoren!

Slotbeschouwingen

43. Het uitgangspunt van deze bijdrage was dat de bedrijfsrevisor, ondanks de onzekerheid over het huidige marktaanbod, de verantwoordelijkheid draagt om minstens te trachten een zo adequaat mogelijke dekking te vinden tegen de gevolgen van professionele aansprakelijkheid.

⁸³ Zie onder meer CLAASSENS, H., "De verzekeringsdistributie in België: een nieuw wettelijk statuut in het licht van het Europees recht", *T.B.H.*, 1995, p. 1069; MERCHIEFS, Y., "De tussenpersonen: tussen oud en nieuw - het nieuwe statuut van de distributie", *De Verz.*, 1995, p. 351.

⁸⁴ Artikel 10, 5° wet van 27 maart 1995 betreffende de verzekeringsbemiddeling en de distributie van verzekeringen.

⁸⁵ Artikel 10, 4° wet van 27 maart 1995; artikel 18-21 K.B. van 25 maart 1996 tot uitvoering van de artikelen 9, 10, 2°, 4° en 6° en artikel 11, § 3 van de wet van 27 maart 1995.

In vergelijking met het verleden, biedt de huidige Belgische wetgeving aan de bedrijfsrevisor die effectief zoekt naar een voor zijn beroepswerkzaamheden adequate professionele aansprakelijkheidsverzekering een aantal troeven. Hij heeft de mogelijkheid een beroep te doen op een veel groter aantal verzekeraars en kan thans geldig overeenkomsten sluiten met niet in België gevestigde verzekeraars. Voorts kan hij op het vlak van de inhoud en de omvang van de dekking aanspraak maken op een wettelijke bescherming waarover hij vroeger niet kon beschikken, hetzij door de toepassing van de bepalingen van de wet op de landverzekeringsovereenkomst, hetzij desgevallend door de keuze van een buitenlands recht op de verzekeringsovereenkomst.

Uit voorgaande bespreking blijkt evenwel dat de ruimere wettelijke mogelijkheden, nochtans niet altijd zullen leiden tot de verhoopte resultaten. De regeling in de wet op de landverzekeringsovereenkomst laat ruimte voor onderhandeling en leidt volgens de verzekeraars in bepaalde gevallen tot onverzekerbare. Daarenboven is het onduidelijk in hoeverre inbreuken op de wet op de landverzekeringsovereenkomst en op de controlewet zullen gesanctioneerd worden.

Bovendien kan de huidige wettelijke regeling in het nadeel van de professioneel spelen. Immers, het feit dat de bedrijfsrevisor bij wet verplicht is te kiezen voor de toepassing van het Belgisch recht op de verzekeringsovereenkomst, kan er toe leiden dat hij moeilijk een dekking zal vinden. Overigens verhindert deze verplichte keuze dat de bedrijfsrevisor aan forum shopping zou kunnen doen. Er ontstaat aldus een enigszins paradoxale situatie. De bedrijfsrevisor die overeenkomstig de wettelijke vereiste gebruik maakt van het Belgisch recht op de verzekeringsovereenkomst, loopt het gevaar verstoten te blijven van de mogelijkheid de gewenste (en dentologisch aanbevolen) dekking te bekomen. Nochtans gaat het in deze gevallen net over de bedrijfsrevisoren die niet behoren tot de grote risico's en die men precies wil beschermen door de toepassing van het recht van het land waar ze gevestigd zijn. Daarentegen zal de bedrijfsrevisor die men groot genoeg vindt om zelf voor zijn bescherming te zorgen, veel minder obstakels tegenkomen bij de keuze van het op de overeenkomst toepasselijk recht of van de verzekeraar, dienvolgens meer kans maken op een aangepaste dekking.

44. Vertrekkende van deze vaststellingen willen we het volgende ter overweging geven. Vooreerst twee aanbevelingen aan de individuele bedrijfsrevisor. Voor ieder van hen is het absoluut noodzakelijk continu een goed inzicht te hebben van de beroepswerkzaamheden die zij verrichten. Vervolgens moet men met deze kennis durven onderhandelen met de verzekeraar. De hulp van een bekwaam tussenpersoon lijkt daarbij zeker niet onnuttig.

Ten tweede enige bedenkingen ter overweging gericht aan de Raad van het Instituut der Bedrijfsrevisoren. Is het niet zinvol opnieuw de mogelijkheid van een collectieve polis tot dekking van de professionele aansprakelijkheid te onderzoeken? Is het niet beter te zorgen voor een, zij het beperkte maar veralgemeende basisdekking, eerder dan te gedogen dat bepaalde bedrijfsrevisoren zonder enige vorm van verzekering werken? Misschien kan de ervaring van het Instituut der Accountants hier nuttig zijn.

Indien men artikel 9bis van de wet van 22 juli 1953 zou mogen interpreteren in de zin dat dit verbiedt dat de Raad van het Instituut der Bedrijfsrevisoren de professionele aansprakelijkheidsverzekering verplicht stelt, kan onderzocht worden of de bedrijfsrevisor niet deontologisch zou kunnen verplicht worden toe te treden tot deze collectieve polis door middel

van de verrekening van de premie in de jaarlijkse lidmaatschapsbijdrage. Wat dit betreft kan informatie ingewonnen worden bij de advocaten en de gerechtsdeurwaarders.

Tenslotte lijkt het belangrijk een discussie op gang te brengen over een specifieke rechtsbijstandverzekering. Dergelijke verzekering zou niet alleen dekking moeten geven voor burgerrechtelijke en strafrechtelijke aansprakelijkheid maar ook voor deontologische aansprakelijkheid.

DE BEDRIJFSREVISOR EN DE TUCHTREGELING

Jacques GODEFROID

Voorzitter van het Hof van beroep te Luik

Voorzitter van de Commissie van beroep van het IBR

1. Gedragsregels die op de bedrijfsrevisor toepasselijk zijn	143
2. Algemene beoordeling van de wijze waarop de gedragsregels worden vastgelegd	144
3. De aard van de «sancties» bepaald in artikel 19bis van de wet, die worden opgelegd ingeval van tekortkoming aan de vermelde beginselen	145
4. Gevolgen van dit onderscheid met een strafrechtelijke sanctie	146
5. Wat heeft de wetgever in de wet van 21 februari 1985 feitelijk gedaan ?	147
6. Aan wie moet de uitoefening van een tuchtrechtelijke vordering worden toevertrouwd ?	148
7. Quid ten aanzien van de bedrijfsrevisoren ?	149
8. Waarom werd die verandering aangebracht en werd ten aanzien van de revisoren (de toestand is dezelfde voor de accountants) de meerderheid omgekeerd ?	150
9. Tekortkomingen aan de deontologische regels en autonomie van de tuchtvordering ten overstaan van de openbare en de strafvordering	150
10. Gevolgen van de onderlinge onafhankelijkheid van de rechtsvorderingen	152
11. Wederzijdse inwerking van de vorderingen ondanks de onderlinge onafhankelijkheid, inzonderheid wat de straf- en de tuchtvorderingen betreft	153
12. Bijzonder kenmerk van de tuchtvordering: kan er verjaring optreden ?	154
13. De tuchtvordering	156
14. Welke tekortkomingen zorgen ervoor dat de revisor door de Raad van het Instituut naar de tuchtrechtelijke instantie wordt doorverwezen ?	158
15. De tuchtstraffen	162
16. Openbaarheid van de terechtzittingen van de tuchtcommissies en de commissies van beroep	162
17. Besluit	163

1. Gedragsregels die op de bedrijfsrevisor toepasselijk zijn

De kern van de verplichtingen van de bedrijfsrevisor, vanuit tuchtrechtelijk oogpunt, is samengevat in een wettekst die even eenvoudig als bondig werd geformuleerd.

Het gaat om artikel 19bis van de wet van 22 juli 1953 (ingevoegd door artikel 56 van de wet van 21 februari 1985) dat de rechtsgrond in deze materie aanreikt en bepaalt welke tuchtstraffen aan de revisoren kunnen worden opgelegd die:

- 1° in de uitoefening van hun opdrachten van bedrijfsrevisor of van hun werkzaamheden die daarmee verenigbaar zijn, tekort gekomen zijn aan hun beroepsverplichtingen;
- 2° tekort gekomen zijn aan de beginselen van waardigheid, rechtschapenheid en kiesheid die ten grondslag liggen aan het beroep.

2. Algemene beoordeling van de wijze waarop de gedragsregels worden vastgelegd

Is het zo verwonderlijk dat de uitoefening van het beroep van bedrijfsrevisor verankerd ligt in gemeenschappelijke gedragsregels ?

Zou de lezing van de tekst van het aangehaalde artikel 19bis van de wet verwondering opwekken ?

Helemaal niet !

2.1. Uitoefening van het beroep

De mens heeft behoefte aan regels en in de Pandecten, een indrukwekkend naslagwerk, lezen we in een in 1889 uitgegeven deel onder het trefwoord Discipline: *«il n'est point d'état ou de profession qui n'ait ses devoirs, et chacun est tenu de conformer sa conduite aux règles qui en dérivent; c'est ce qui constitue la discipline en général»*.

De toepasselijkheid van de tuchtregels heeft te maken met een kwestie van evenwicht: tegenover elk recht staat een verplichting.

Wanneer de beoefenaar van een beroep verplichtingen opneemt – en de onderwerping daaraan is een tuchtaangelegenheid – dan is dat omdat hij ook rechten heeft die hem worden toegekend en die hij moet verdedigen.

Zo beschermt artikel 27 van de wet van 1953 de beroepstitel van bedrijfsrevisor en bestraft de persoon die zich openlijk en zonder kwalificatie de titel van bedrijfsrevisor toemeet, met een geldboete van 200 tot 1.000 BEF. Daartegenover staat dat de wet bepaalt dat tuchtstraffen de tekortkomingen van de bedrijfsrevisoren aan hun beroepsverplichtingen zullen bestraffen, alsook tekortkomingen aan de beginselen van waardigheid, rechtschapenheid en kiesheid die aan het beroep ten grondslag liggen.

Zo bepaalt de tekst van artikel 19bis van de wet van 22 juli 1953, ingevoegd door de wet van 21 februari 1985.

2.2. Artikel 19bis van de wet

De tekst van artikel 19bis hoeft al evenmin te verwonderen: de bedrijfsrevisor wordt aanzet de principes van waardigheid, rechtschapenheid en kiesheid die aan het beroep ten grondslag liggen, na te leven.

Deze tekst neemt woordelijk de bewoordingen over van artikel 456 van het Gerechtelijk Wetboek, dat werd uitgevaardigd door de wet van 10 oktober 1967 en op 1 november 1970 in werking is getreden.

Het bedoelde artikel 456 handelt over de tucht van de advocaten en gelast de Raad van de Orde van dit beroep met de handhaving van de *«beginnselen van waardigheid, rechtschapenheid en kiesheid die aan het beroep ten grondslag liggen»*.

Nog vóór het Gerechtelijk Wetboek waren er de koninklijke besluiten van 25 juni 1963 (oprichting van de Orde van de architecten) en 10 november 1967 (Orde van de geneesheren) die eveneens gewag maken van de handhaving van dezelfde principes van eerbaar-

heid, kiesheid en waardigheid ten aanzien van de architecten, de eerbaarheid, discretie, rechtschapenheid en waardigheid ten aanzien van de geneesheren.

Zelfs nog lange tijd vóór die koninklijke besluiten, was er een decreet van 1810 betreffende de tuchtraad van de advocaten die de raad gelast «*de veiller à la conservation de l'honneur de l'ordre et de maintenir les principes de probité et de délicatesse qui font la base de la profession*».

De teksten brengen dus eigenlijk niet veel nieuws.

3. De aard van de «sancties» bepaald in artikel 19bis van de wet, die worden opgelegd ingeval van tekortkoming aan de vermelde beginselen

Artikel 19bis van de wet bepaalt dat de tuchtstraffen kunnen worden opgelegd aan de revisoren die tekort zijn gekomen, ofwel aan hun beroepsverplichtingen, ofwel aan de beginselen van waardigheid, rechtschapenheid en kiesheid.

3.1. Het begrip «op te leggen straffen» kan laten vermoeden dat het zou gaan om een sanctie die vergelijkbaar is met de straffen bepaald in het Strafwetboek, ter bestraffing van misdaden en wanbedrijven.

Maar – en dit is belangrijk – zulks is niet het geval !

Wij citeren nogmaals uit de PANDECTEN: «*Le droit d'appliquer des peines disciplinaires n'est pas un élément du droit de punir, une attribution de la poursuite répressive. C'est une émanation de pouvoir que tout supérieur exerce dans l'intérêt de l'ordre sur ceux qui sont soumis à son autorité*».

Een vooraanstaand specialist in strafrecht, J.J. HAUS, schrijft in een belangrijk werk voor de rechtsleer uit 1879 («*Les principes du droit pénal*»): «*le supérieur possède ... le droit de prononcer même la destitution comme châtiment pour maintenir l'honneur du corps auquel appartenait le délinquant et la dignité des fonctions dont il était revêtu*».

3.2. Er weze opgemerkt dat het recht dat de overste heeft om straffen op te leggen, volgens de PANDECTEN uitgeoefend moet worden «in het belang van de orde» en volgens J.J. HAUS «om de eer van het korps hoog te houden».

3.3. De wet beoogt inderdaad de handhaving van de beginselen – in elke beroepsorde overigens – van waardigheid, rechtschapenheid en kiesheid die aan het beroep ten grondslag liggen.

3.4. Deze opmerking blijkt uitermate belangrijk te zijn: het gaat om de verdediging van het beroep als dusdanig en het is om die reden – zoals we verder zullen zien – dat de beroepsordes die voor de wet van 21 februari 1985 werden opgericht, een «besloten» karakter bezitten, een beetje als een «familieraad», zelfs met een vertrouwelijk karakter.

4. Gevolgen van dit onderscheid met een strafrechtelijke sanctie

4.1. De omstandigheid dat een tuchtstraf niet samenvalt met een strafrechtelijke sanctie heeft een wezenlijk kenmerk tot gevolg.

Volgens het strafrecht en met toepassing van de Romeinse rechtspreuk «*nulla poena sine lege*», kan een straf alleen maar via een wet worden opgelegd (cf. de artikelen 7 en 9 van de Grondwet) (nu de artikelen 12 en 14).

Hieruit vloeit niet alleen voort dat enkel de misdaad of het wanbedrijf, zoals in een wet bedoeld, kan worden vervolgd, met alle gegevens die de overtreding uitmaken, waarbij elk van die wanbedrijven of misdaden naar behoren is gekwalificeerd (bv.: diefstal, oplichting, misbruik van vertrouwen, valsheid in geschriften en gebruikmaking daarvan), maar ook dat tegenover elke omschreven overtreding een waaier aan straffen staat (gevangenisstraf en/of geldboete) met een strafmaat die voor elk van de overtredingen toepasselijk is (bv. misbruik van vertrouwen: gevangenisstraf van 1 maand tot 5 jaar en een geldboete van 26 tot 500 BEF, artikel 491 Strafwetboek – valsheid in geschriften: opsluiting (5 tot 10 jaar), artikel 196, *ibidem*).

In strafrecht weet de overtreder waaraan hij zich moet verwachten; hij weet welk risico hij loopt, de straf die hij kan oplopen voor het begaan van deze of gene misdaad of wanbedrijf.

4.2. In tuchtzaken ligt dat helemaal anders.

Volgens de PANDECTEN bepaalde de wettelijke voorschriften inzake tucht (ongetwijfeld) de tuchtrechtelijke sancties die door de beoogde overheid kunnen worden uitgesproken, namelijk de sancties bepaald in artikel 20 van de wet, naar graad van ernst:

- de waarschuwing;
- de berisping;
- het verbod om bepaalde opdrachten te aanvaarden of verder te zetten;
- de schorsing voor ten hoogste één jaar;
- de schrapping.

Maar de wettelijke bepalingen zeggen niets over de feiten waarvoor die sancties toepasselijk zijn.

4.3. Er bestaat, wat dit punt betreft, een discretionaire bevoegdheid

De PANDECTEN stellen verder dat tuchtrechtelijke sancties *a priori* niet te definiëren feiten beogen die tot in het oneindige kunnen variëren en waarvan de beoordeling afhankelijk is van het besef, in hoofde van diegenen die moeten oordelen of er in de gegeven omstandigheden sprake is van een aanslag op de eerbaarheid of de kiesheid van het korps of van het openbaar beroep, waartoe de betichte behoort, of nog of er een tekortkoming is aan de beroepsmatige verplichtingen.

Advocaat-generaal M. VAN DER BEEREBOOM stelde dat het de tuchtrechtelijke overheid eigen is dat zij staat voor iets dat onduidelijk, onbepaald is in zijn toepassing. Het behoort tot de aard van de tuchtrechtelijke bevoegdheid dat zij beïnvloed wordt door de tijdsgebonden

omstandigheden, dat zij nu eens met de grootste strengheid en dan weer met een ruime toegeeflijkheid wordt ten uitvoer gelegd, of met andere woorden, dat zij fluctueert volgens vaak onverwachte en plotse wijzigingen.

Dezelfde auteur schrijft verder dat de wetgever bij het preciseren van de tuchtstraffen die kunnen worden uitgesproken, niet meer doet dan een stramien scheppen waarbinnen de tuchtrechtelijke overheid zich zal moeten uitspreken.

4.4. De wetgever heeft in de wet van 21 februari 1985 dit beginsel omgezet, met name in de artikelen 19*bis* en 20 van de wet van 1953, hoewel tijdens de voorbereidende werken rond de artikelen 81 en 91 van de wet van 1985 die betrekking hebben op de uitoefening van het accountantsberoep, het om redenen van rechtszekerheid wenselijk leek de tuchtmotieven te bepalen, namelijk de feiten of gedragingen die aanleiding konden geven tot het opleggen van een tuchtstraf en die in de wet zelf te bepalen. Maar dat werd uiteindelijk niet gedaan.

4.5. Verder gevolg van de aangehouden regeling

Het gevolg is dat met betrekking tot de toepassing van de sancties inzake tucht, de wet geen onderscheid maakt tussen de feiten, de tekortkomingen, en dat dus alle sancties virtueel kunnen worden toegepast op alle feiten, zonder onderscheid.

5. Wat heeft de wetgever in de wet van 21 februari 1985 feitelijk gedaan ?

5.1. Hij heeft, zoals hij vroeger al had gedaan, een algemeen kader geschapen voor de vereisten waarnaar de uitoefening van het beroep van revisor zich moet richten, als daar zijn de eer van de Orde, de beginselen van waardigheid, rechtschapenheid en kiesheid die aan het beroep ten grondslag liggen (HANNEQUART en HENRY).

5.2. Hij heeft de tuchtrechtelijke overheid – met name de Raad van het Instituut der Bedrijfsrevisoren – belast met een regelgevende opdracht die tot doel heeft in de vorm van regels en normen, de plichten te omschrijven die op de leden van het Instituut wegen.

5.3. Zo bepaalt artikel 18*bis* van de wet dat de Raad van het Instituut de gebruikelijke controlenormen kan bepalen voor de in artikel 3 – dat de functie van revisor omschrijft – bepaalde opdrachten.

5.4. Zo ook is er het koninklijk besluit van 10 januari 1994 dat de plichten van de bedrijfsrevisor bepaalt, alsook de verbodsbepalingen, de bijzondere regels inzake onafhankelijkheid in de uitoefening van een revisorale opdracht, de beginselen bij de uitoefening van een revisorale opdracht en de bijzondere regels van plichtenleer in herinnering brengt, en verder ook in de artikelen 2 en 3 voorschrijft dat de revisor zich moet richten naar de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen alsook naar de gebruikelijke controlenormen van het Instituut (artikel 2) en dat hij iedere houding of handeling moet vermijden die in strijd zou zijn, hetzij met de waardigheid, de rechtschapenheid of de kiesheid, hetzij met het respect dat hij aan zijn confraters verschuldigd is, hetzij met de onafhankelijkheid die de vrije beroepen kenmerkt (artikel 3).

5.5. In feite geeft de wetgever een erg vage omschrijving van de motivering die de Raad van het Instituut moet leiden bij de uitoefening van zijn reglementerende bevoegdheid, een motivering die opgebouwd is rond twee basisideeën, het nut dat het maatschappelijk verkeer van het beroep verwacht en de eer van de Orde (of van het beroep) (HANNEQUART en HENRY).

5.6. Aldus blijkt het belang voor de wetgever om een regelgevende en tuchtrechtelijke rechtsmacht te delegeren aan een tuchtrechtelijke orde, om te komen tot een aangepaste plichtenleer, die tegelijk oog heeft voor de wettige belangen van het beroep en de wezenlijke belangen van het maatschappelijk verkeer (HANNEQUART en HENRY).

6. Aan wie moet de uitoefening van een tuchtrechtelijke vordering worden toevertrouwd ?

6.1. Naast de diverse vorderingen, tot dewelke een tekortkoming aan de deontologische regels aanleiding kan geven en waarop we dadelijk terugkomen (een openbare of strafvordering, een civielrechtelijke vordering, een tuchtrechtelijke vordering), werd en wordt nog steeds aangenomen, niet alleen dat die drie vorderingen in aard verschillen, maar ook dat zij onderling onafhankelijk zijn.

Een tuchtrechtelijke vordering beoogt veeleer de personen die een tuchtsanctie hebben opgelopen te corrigeren, hen te overhalen om hun plichten na te komen, eerder dan hen te straffen (PANDECTEN).

De ware aard van de tuchtrechtelijke beteugeling, zo werd gesteld na het koninklijk besluit van 5 augustus 1836 dat de Orde van advocaten het recht verleende een eigen Tuchtraad op te richten, en die door Napoleon om andere redenen werd «verkeizerlijkt» in een decreet van 1810, bestond er voornamelijk in de ware aard van de tuchtrechtelijke beteugeling te vrijwaren, namelijk die van een sanctie die alleen maar een familiale correctie kan en mag zijn. Er werd dus aanvaard dat de personen die het beroep uitoefenden, natuurlijk het best geplaatst zijn om de fouten, die in de uitoefening daarvan kunnen worden gemaakt, te beteugelen.

Dit geldt bv. ten aanzien van de advocaat of de geneesheer.

6.2. De advocaten

De Raad van de Orde van elke balie, die uitspraak doet in tuchtzaken, is samengesteld (artikel 457 en 449 van het Gerechtelijk Wetboek) uit:

- de stafhouder;
- een aantal advocaten, dat varieert van zestien tot twee leden, afhankelijk van het aantal leden van de betrokken balie.

Maar alleen advocaten hebben zitting.

Slechts wanneer tegen een tuchtbeslissing van de raad van de Orde van advocaten hoger beroep wordt ingesteld, wordt de zaak voorgelegd aan de tuchtraad (artikel 472 Ger.W.) die wordt opgericht op de zetel van elk Hof van Beroep. Het aantal leden is onveranderlijk en telt:

- een magistraat (eerste voorzitter of voorzitter van het hof van beroep);
 - vier advocaten assessoren;
 - één advocaat-secretaris;
 - het openbaar ministerie, de procureur-generaal.
- Ook in beroep zijn dus de advocaten in de meerderheid.

6.3. De geneesheren

In elke provincie (artikel 5 van het K.B. van 10.11.1967) bestaat er een provinciale raad van de Orde van geneesheren, waarvan de leden geneesheren zijn (artikel 7) met een assessor, een magistraat van de rechtbank van eerste aanleg, die alleen over een raadgevende stem beschikt.

De raad van beroep is samengesteld uit vijf geneesheren en vijf magistraten en heeft dus een paritaire samenstelling.

7. Quid ten aanzien van de bedrijfsrevisoren ?

7.1. Er is de wet van 22 juli 1953 houdende oprichting van het Instituut der Bedrijfsrevisoren.

De wet was opgesteld in de geest en in de lijn van de wet en van het koninklijk besluit tot oprichting van een tuchtrechtelijke instantie voor de advocaten en de geneesheren.

De wet bepaalde dat de tucht van het Instituut in eerste aanleg werd uitgeoefend door de Raad van het Instituut, een lichaam dat uitsluitend uit bedrijfsrevisoren is samengesteld.

Hoger beroep was mogelijk voor een Commissie van beroep samengesteld uit een magistraat, een advocaat die lid is of gewezen lid van de raad van de orde van één der balies van beroep, een docent van het hoger onderwijs en twee bedrijfsrevisoren (artikel 21).

7.2. De wet van 21 februari 1985 innoveert en maakt een onderscheid in bevoegdheid, naargelang het om een reglementaire bevoegdheid of om de toepassing van het tuchtrecht gaat.

7.3. Wij hebben het hier alleen maar over het tuchtrecht.

Artikel 19 van de wet bepaalt dat de beroepstucht in eerste aanleg wordt uitgeoefend, niet meer door de Raad van het Instituut, maar door een «tuchtcommissie» die is samengesteld uit een rechter in de rechtbank van koophandel en twee bedrijfsrevisoren.

Vaststelling: op het niveau van de eerste aanleg zetelt nu niet langer het geheel van de leden van de Raad van het Instituut. Er zijn drie leden gelast met het toepassen van het tuchtrecht, en de revisoren vormen de meerderheid.

Maar in de «Commissie van beroep», die luidens artikel 21, § 1 van de wet van 1953 is samengesteld uit drie magistraten (een raadsheer bij het Hof van beroep, een rechter in een rechtbank van koophandel en een rechter in een arbeidsrechtbank) en twee revisoren, vormen de revisoren de minderheid.

Vaststelling: Deze samenstelling is heel anders dan die van de raad van de orde van advocaten of van de geneesheren, zelfs ook van de samenstelling uit de Raad van het Instituut zoals bepaald in de wet van 1953, die als geheel zitting heeft en met een ruime vertegenwoordiging van het beroep, tenzij dan op het niveau van het beroep.

8. Waarom werd die verandering aangebracht en werd ten aanzien van de revisoren (de toestand is dezelfde voor de accountants) de meerderheid omgekeerd ?

8.1. Vermoedelijk heeft deze wijziging te maken met de geest des tijds, de invloed van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, een Verdrag dat in artikel 6, dat alsmaar meer wordt ingeroepen, bepaalt dat eenieder recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een **onafhankelijke** en **onpartijdige** rechterlijke instantie ...

Misschien bestaat de vrees dat confraters, «gelijken», wanneer zij een confrater moeten beoordelen, niet zouden beschikken over de vereiste onafhankelijkheid en onpartijdigheid jegens deze laatste.

Er kan een vergelijking worden gemaakt met het verwijt dat nu wel eens wordt gehoord ten aanzien van de handelsrechtbanken: twee van de drie leden die daar een kamer uitmaken, zijn rechters in handelszaken, «beroepsbeoefenaars» uit de handels-, industriële en ondernemingskringen, die een uitspraak moeten doen over de staat van faillissement van iemand die mogelijk beroepsmatig een concurrent is.

8.2. Misschien is die vrees met betrekking tot de onpartijdigheid ergens wel gegrond.

Maar verliest men daarbij niet uit het oog dat de confraters, de «gelijken», die een «beroepsorde» uitmaken of de Raad van het Instituut, verkozen worden door de algemene vergadering (artikel 11 van de wet) en zij per definitie behoren tot de «wijzen» van het beroep ?

Bovendien voorziet artikel 20, § 3 *in fine* ook in een recht van wraking in de gevallen bepaald bij artikel 828 van het Gerechtelijk Wetboek.

De vraag blijft gesteld: is het niet verkieslijk dat men in tuchtzaken beoordeeld zou worden door zijn gelijken, eerder dan door personen die buiten het beroep staan ?

9. Tekortkomingen aan de deontologische regels en autonomie van de tuchtvordering ten overstaan van de openbare en de strafvordering

Een tekortkoming die een bedrijfsrevisor ten laste zou kunnen worden gelegd, hetzij aan zijn beroepsverplichtingen, hetzij aan de beginselen van waardigheid, rechtschapenheid en kiesheid (artikel 91 van de wet van 1985), kan aanleiding geven tot het instellen van diverse vorderingen.

Eenzelfde onrechtmatige daad, eenzelfde schuldige nalatigheid kan terzelfdertijd een strafrechtelijke overtreding en een tuchtfout zijn, en ook nog aan een derde schade berokkenen.

Een dergelijke overtreding, die als complex kan worden aangemerkt, geeft aanleiding tot het instellen van drie verschillende vorderingen: een vordering door het **openbaar** ministerie, een **civilrechtelijke** en een **tuchtrechtelijke** vordering (zie adv.-gen. VAN HAUWAERT).

We moeten tussen die diverse vorderingen een onderscheid maken.

9.1. De vordering van het openbaar ministerie: voorwerp

Het doel van die vordering is de bestraffing van de aanslagen op de maatschappelijke orde, dit wil zeggen van de overtredingen.

Verondersteld is dat een handeling wordt gesteld of een handeling wordt nagelaten die een overtreding, een wanbedrijf of een misdad is. Het vorderingsrecht behoort de maatschappij, maar krachtens de wet wordt het uitgeoefend door de magistraten van het openbaar ministerie.

De publieke vordering is er dus op gericht om op de dader van een inbreuk de straffen te laten toepassen, die bepaald zijn in het Strafwetboek en de aanvullende wetgeving. Het gaat dan om gevangenisstraffen en geldboetes.

9.2. De civilrechtelijke vordering

Deze vordering heeft tot doel het herstel van een nadeel dat voortvloeit uit de strafrechtelijke overtreding. Zij wordt uitgeoefend door het slachtoffer van de schade.

Ook een derde kan een civilrechtelijke vordering instellen wanneer hij, buiten elke strafrechtelijke inbreuk om, schade heeft geleden ingevolge een fout, een onvoorzichtigheid of een nalatigheid, die een bedrijfsrevisor bv. begaat in de uitoefening van zijn beroep.

Deze twee vorderingen, de openbare en de civilrechtelijke, behoren tot de bevoegdheids-sfeer van de hoven en rechtbanken.

9.3. De tuchtrechtelijke vordering

Zij geeft aanleiding tot een interne rechtspleging, waarbij de leden van de gestelde ordes of de gereguleerde beroepen betrokken zijn – en dus onder meer de bedrijfsrevisoren – wanneer die hun beroepsverplichtingen niet nakomen of wanneer zij de eer of de waardigheid van hun beroep hebben miskend.

Een tuchtrechtelijke vordering heeft tot doel het bestraffen of laten bestraffen van tekortkomingen aan tuchtrechtelijke voorschriften. Zij wordt uitgeoefend door een tuchtrechtelijk orgaan dat het beroep eigen is.

Volgens W. VAN HAUWAERT, die toen advocaat-generaal was bij het Hof van Beroep van Gent, in een bijdrage die hij liet verschijnen in 1970-71 in de *Revue de droit Pénal* onder de titel «Interférence des actions publique et disciplinaire», ligt de grond van tuchtrechtelijke sancties vooral in de schade die door de overtreder wordt berokkend aan de morele belan-

gen van het korps, van de gemeenschap van het beroep waartoe hij behoort, en ook in de noodzaak om in dat korps, de gemeenschap of het beroep, de tucht te handhaven die noodzakelijk is voor de goede werking ervan en het vervullen van de hen eigen opdrachten.

De (tuchtrechtelijke) sanctie heeft voornamelijk tot doel te voorkomen dat de auteur in herhaling zou vervallen, ofwel door hem daarvan te ontraden, ofwel, in de meest ernstige gevallen, door hem definitief uit het korps of uit het beroep te sluiten.

9.4. Besluit

Een tuchtrechtelijke vordering onderscheidt zich dus van een vordering door het openbaar ministerie, in de mate dat zij niet de beteugeling beoogt van inbreuken op de strafwet middels de toepassing van straffen.

Zij onderscheidt zich van een civielrechtelijke vordering, omdat zij niet het herstel van een schade die aan particuliere belangen is toegebracht, beoogt, al dan niet ingevolge een inbreuk, een tekortkoming of een afwijking van de beroepsregels.

Er is altijd gesteld dat die vorderingen onderling onafhankelijk konden worden uitgeoefend. Mocht er nog twijfel bestaan, dan wordt die opgeheven in artikel 417 van het Gerechtelijk Wetboek, dat stelt dat de tuchtvordering los staat van de strafvordering en van de burgerlijke rechtsvordering.

10. Gevolgen van de onderlinge onafhankelijkheid van de rechtsvorderingen

Uit de onderlinge onafhankelijkheid van de tuchtvordering tegenover de strafvordering en de burgerlijke rechtsvordering vloeit voort:

1. dat er een tuchtvordering kan worden ingesteld, ook al is er geen overtreding, wanbedrijf of misdaad (onderscheid met de strafvordering die een inbreuk vooronderstelt), en ook zonder dat er noodzakelijk een particuliere schade moet zijn (onderscheid met de burgerlijke rechtsvordering die alleen maar kan worden ingesteld indien er een nadeel is geweest: zonder belang is er geen rechtsvordering mogelijk).
2. dat de strafvorderingen niet noodzakelijk tuchtrechtelijke fouten moeten zijn.

Er zijn weliswaar een groot aantal strafrechtelijke inbreuken, die ook het voorwerp kunnen zijn van tuchtrechtelijke vervolgingen (bv. oplichting, misbruik van vertrouwen, valsheid in geschriften en gebruikmaking daarvan, omkoping, enkelvoudig of bedrieglijk bankroet enz.). Maar er zijn er ook andere die de eerbaarheid van de overtreder geenszins aantasten en evenmin de goede reputatie van het korps, van de functie of van het beroep waartoe het lid, bv. een bedrijfsrevisor, behoort (W. VAN HAUWAERT) (bv.: overtredingen, onvrijwillige inbreuken onder meer in verkeerszaken).

11. Wederzijdse inwerking van de vorderingen ondanks de onderlinge onafhankelijkheid, inzonderheid wat de straf- en de tuchtvorderingen betreft

11.1. Strafvordering en tuchtvordering

Het algemene beginsel, zoals nu gesteld in artikel 417 van het Gerechtelijk Wetboek, bedoelt dat de straffordering en de tuchtvordering onderling volkomen onafhankelijk zouden zijn.

Geen enkele wet omschrijft of regelt de samenloop tussen een tuchtvordering en een straffordering, evenmin trouwens als de samenloop met een burgerlijke rechtsovereenkomst.

Hieruit vloeit voort dat, met toepassing van het hoger aangehaalde principe van de onderlinge onafhankelijkheid, er geen enkele verplichting is om te wachten tot de strafrechter een uitspraak heeft gedaan, vooraleer tuchtrechtelijke vervolgingen worden ingesteld tegen een bedrijfsrevisor, aan dewelke een feit wordt verweten dat aanleiding kan geven tot de diverse aangehaalde vorderingen.

Omwille van de wederkerigheid van die onafhankelijkheid, vloeit hier eveneens uit voort dat aan de tuchtvordering geen enkele wettelijke invloed moet worden toegeschreven op de uitoefening van de straffordering of op de beslissing van de strafrechter of de rechter in burgerlijke zaken.

De regel die stelt dat een straffordering de burgerlijke overeenkomst opschort («le criminel tient le civil en état») en die verhindert dat de burgerlijke rechter zou oordelen zolang de strafrechter geen uitspraak heeft gedaan, is alleen maar op de gewone rechtbanken voor het gemeen recht toepasselijk.

Theoretisch is die regel reglementair niet toepasselijk, ingeval een tuchtvordering is ingesteld voor de deontologische overheid.

Hoe verlopen de zaken concreet ?

Indien het ten laste gelegde feit niet alleen een tuchtfout, maar eveneens het voorwerp van een strafovereenkomst uitmaakt, zal het vaak of zelfs altijd voor de tuchtinstantie verkieslijk zijn een uitspraak over de tuchtvordering op te schorten tot de strafrechter over de straffordering uitspraak heeft gedaan.

Waarom ?

1. Op de eerste plaats, om te vermijden dat er **strijdigheid** zou kunnen bestaan die dan de uitgesproken tuchtstraf in opspraak zou kunnen brengen (zie W. VAN HAUWAERT).

Dit gevaar van strijdigheid is bijzonder acuut wanneer beide vorderingen, de straf- en de tuchtvordering, stoelen op feiten waarvan het materiële karakter door de betrokkene wordt aangevochten.

Hypothese: wat moet er gebeuren indien een revisor, die reeds een tuchtrechtelijke sanctie heeft opgelopen voor valsheid in geschriften en verduistering, door de strafrechter wordt vrijgesproken die oordeelt dat het materiële feit van valsheid in geschriften en van verduistering niet is bewezen ?

2. In de tweede plaats is het zo dat een strafvonnis, behoudens een recente evolutie in de rechtspraak in beperkte gevallen, gezag heeft «erga omnes» en op absolute wijze ten aanzien van iedereen geldt.

Uit dat absolute gezag van een vonnis in strafzaken volgt:

- a) dat, zelfs waar de onafhankelijkheid van de tuchtvordering bestaat ten overstaan van de strafvordering (artikel 417 G.W.), de tuchtrechtelijke instantie niet kan ingaan tegen een beslissing van de strafrechter die in kracht van gewijsde is gegaan;
- b) dat dit gezag, dat geldt ten aanzien van de feiten, overigens erg nuttig zal blijken omdat die tegenover de tuchtrechtelijke instantie elke discussie zal uitsluiten nopens de materialiteit van de feiten en van aard zal zijn om de tuchtvordering steviger te onderbouwen.

In derde instantie kan dan nog worden aangevoerd dat, indien de tuchtbeslissing aan de uitspraak van de strafrechter zou voorafgaan, zij van aard zou zijn om deze laatste te beïnvloeden, ofwel in zijn vrije meningsvorming nopens de aard van de feiten, ofwel omdat ze hem ertoe aanzet geen straf uit te spreken voor een persoon die al een tuchtsanctie heeft opgelopen.

4. Tenslotte mogen we ook niet uit het oog verliezen dat, indien de strafrechter buiten vervolging stelt, of vrijspreekt, dit geenszins hoeft te beletten dat later tuchtrechtelijke vervolgingen zouden worden ingesteld tegens de persoon die is vrijgesproken of buiten vervolging gesteld, omdat een beslissing in strafzaken niet altijd het bestaan uitsluit van materiële gegevens die, hoewel ze niet strafrechtelijk werden bestraft, toch laakbare handelingen blijven vanuit het oogpunt van het tuchtrecht (W. VAN HAUWAERT).

11.2. Burgerlijke rechtsvordering en tuchtvordering

Indien de tuchtvordering berust op een niet-naleving door de revisor van zijn beroepsverplichtingen, en die niet-naleving heeft aan een derde schade berokkend, is het zo dat – behoudens uitzonderlijke feitelijke omstandigheden die voor de tuchtrechtelijke instantie kunnen worden aangevoerd – niets belet dat deze instantie op tuchtrechtelijk vlak uitspraak zou doen, zonder te wachten tot de burgerlijke rechter een uitspraak heeft gedaan over de vordering van de benadeelde partij tot herstel van de schade.

12. Bijzonder kenmerk van de tuchtvordering: kan er verjaring optreden ?

Uit de omstandigheid dat de tuchtvordering onafhankelijk is van de strafvordering, vloeit een wezenlijk onderscheid voor, namelijk dat wanneer eenzelfde feit, eenzelfde tekortkoming, aan de oorsprong ligt van twee vorderingen, de verjaring van de strafvordering niet tot gevolg heeft dat de tuchtvordering niet meer kan worden ingesteld.

Beginsel: ten aanzien van een tuchtvordering kan de verjaring niet worden ingeroepen.

Wanneer het bv. gaat om valsheid in geschriften of verduistering, die de bedrijfsrevisor ten laste wordt gelegd, en hij vanwege de tijd die is verlopen sinds het feit werd gepleegd, ont-

snapt aan de bestraffing door de strafrechtbanken omdat verjaring is opgetreden, kan hij toch nog een tuchtstraf oplopen.

12.1. Waarom ?

1. Een enigszins plechtstatige rechtspreuk stelt dat ten aanzien van eerbaarheid geen verjaring kan worden ingeroepen («on ne prescrit pas contre l'honneur») !
2. In werkelijkheid is het zo dat, bij ontstentenis van enige bepaling, een tuchtvordering niet voor verjaring vatbaar kan worden verklaard.

Waarom zijn er geen bepalingen in dit verband ?

Niets verzet zich ertegen dat de regels in verband met verjaring op een tuchtvordering toepasselijk zouden zijn.

De overwegingen, die voorstonden om een verjaring te rechtvaardigen ten aanzien van de strafvordering, zouden blijkbaar even goed toepasselijk kunnen zijn op de tuchtvordering.

12.2. Over welke beschouwingen gaat het ?

1. Er wordt gesteld dat, na verloop van een zekere tijd, de bewijsvoering niet meer volledig is en dat de rechten van de verdediging aldus in het gedrang zouden kunnen komen.
2. Er wordt gesteld dat het belang en de bescherming van de maatschappij de bestraffing van een feit, waarvan de herinnering is vervlakt, niet langer nodig maken.
3. Er wordt gesteld dat, vanuit het oogpunt van de wettigheid van een maatschappelijke sanctie, deze laatste noodzakelijk moet blijken voor het behoud van de openbare orde en nuttig wat de gevolgen ervan betreft (W. VAN HAUWAERT), en dat die voorwaarden niet nageleefd worden ingeval van sancties die na verloop van een bepaalde tijd worden uitgesproken.

En waarom worden die overwegingen dan niet in rekening gebracht, wanneer het gaat over tuchtzaken ? Er was wel degelijk een voorstel in die zin gedaan, maar de tekst is meer dan een eeuw lang blijven liggen.

Misschien heeft de afwezigheid van verjaring voor een tuchtvordering te maken met de moeilijkheid om de criteria vast te stellen, waarmee rekening moet worden gehouden.

In het strafrecht varieert de verjaringstermijn inderdaad; deze wordt gebaseerd op de ernst van de inbreuk, zoals omschreven in de wet, die voor elke inbreuk een welomschreven straf voorschrijft; naargelang van het geval gaat het om een criminele straf (opsluiting, dwangarbeid), een correctionele straf (gevangenisstraf van 8 dagen tot 5 jaar of een geldboete van 26 BEF of meer) of een gewone politiestraf (gevangenisstraf van 1 tot 8 dagen en een geldboete lager dan 26 BEF).

Dit geldt niet in tuchtaangelegenheden, zoals we hebben uiteengezet.

Eenzijds is het zo dat de wet de tuchtsanctie niet bepaalt noch preciseert. Wij herinneren eraan dat de tuchtvordering vaak wordt uitgeoefend betreffende niet vooraf bepaalde feiten, waarvan de beoordelingsbevoegdheid wordt overgelaten aan de discretionaire bevoegdheid van de instantie die een uitspraak moet doen (zie PANDECTEN).

Anderzijds is het zo dat de wet wel een reeks tuchtsancties bepaalt (waarschuwing, berisping, schorsing en schrapping), maar de wet bepaalt nergens, wat het strafrecht wel doet, dat een bepaalde tuchtfout overeenstemt met een bepaalde sanctie; in het tuchtrecht kan elke sanctie toepasselijk zijn op gelijk welke ten laste gelegde fout.

Hoe zou men dan termijnen kunnen gaan bepalen voor de verjaring, daar waar noch de ernst van de fout, noch de aard van de sanctie dergelijk onderscheid mogelijk maken ? (W. VAN HAUWAERT)

Hooguit zou er sprake kunnen zijn van een eenvormige termijn, bv. tien jaar, maar dan nog zouden er problemen zijn in verband met het stuiten of de opschorting van de verjaring.

Het is evenwel niet uitgesloten dat, rekening houdend met de bepalingen van het hoger aangehaalde artikel 6 van het E.V.R.M., het probleem van de niet-verjaring van de tuchtvordering – dat als discriminatoir kan worden beschouwd – ooit aanhangig zou worden gemaakt voor het Arbitragehof.

Dit belet niet dat de tijd, die is verstreken sinds het laakbare feit werd gepleegd, weliswaar geen tuchtrechtelijke verjaring mogelijk maakt, maar meestal wel een nevenwerking zal hebben: de sanctie, die zal worden uitgesproken, zal lichter zijn en de tijd zal als verzachtende omstandigheid worden beschouwd, indien er sindsdien geen andere feiten ten laste werden gelegd.

13. De tuchtvordering

- Vragen: - Wie stelt ze in werking ?
- Welke feiten zullen die vordering onderbouwen ?

13.1 Uitoefening van de tuchtvordering

De artikelen 20 en volgende van de wet van 1953 regelen de procedure. We kunnen volstaan met te verwijzen naar die teksten.

Hieruit vloeit voort dat de tekortkoming die een revisor ten laste wordt gelegd, of die nu betrekking heeft op de betrekkingen met een confrater, een derde schade heeft berokkend of een strafvordering uitmaakt, al dan niet gepaard met schade aan een derde, en dat het Instituut op één of andere wijze in kennis wordt gesteld, door de confrater, de cliënt of de benadeelde derde, het openbaar ministerie, de tuchtvordering alleen door de Raad van het Instituut en, sinds de wet van 29 juni 1993, door de Hoge Raad voor het Bedrijfsrevisoraat en de Accountancy (artikel 101 §3 nieuw van de wet van 21 februari 1985 tot hervorming van het bedrijfsrevisoraat) voor de tuchtrechtelijke instantie kan worden ingesteld.

De strafvordering van het openbaar ministerie, de burgerlijke rechtsvordering van de benadeelde derde – ook al hebben die de Raad van het Instituut op de hoogte gebracht van de feiten die aanleiding kunnen geven tot het instellen van een tuchtvordering – staan en blij-

ven buiten de tuchtcommissie (of de commissie van beroep), waarvoor noch het openbaar ministerie, noch de benadeelde partij vertegenwoordigd zijn. **In tegenstelling** tot de procedure in andere tuchtinstanties, is het wel zo dat, sinds het koninklijk besluit van 10 januari 1994, artikel 33 toepasselijk is, dat stelt dat wanneer bij de Raad van het Instituut een klacht betreffende een bedrijfsrevisor wordt ingediend, de Raad aan de klager het gemotiveerde resultaat van zijn onderzoek meedeelt.

Het betreft hier een specifieke bepaling, die alleen op de bedrijfsrevisoren toepasselijk is.

De bepaling kan ongetwijfeld gezien worden als een gebaar van hoffelijkheid aan het adres van derden, die zich wenden tot het Instituut of tot de Raad.

Maar het is een verrassende bepaling, omdat zij breekt met het «gesloten» en «familiale» karakter van de tuchtrechtelijke instantie die, zo hebben we al gezien, weliswaar moet oordelen of een sanctie moet worden uitgesproken tegen de revisor die zijn verplichtingen of zijn beroepsplichten niet nakomt, maar eigenlijk optreedt ter handhaving van de eer van het korps waartoe de overtreder behoort en de waardigheid van de functie waarmee hij is bekleed.

Bovendien kan de klager ook van geen enkel belang doen blijken tegenover de tuchtcommissie of de commissie van beroep, omdat zijn burgerlijke rechtsvordering tot herstel van een mogelijke schade, beslecht moet worden door een rechtbank van de rechterlijke orde.

In feite is het zo dat ingevolge dat artikel 33 van het koninklijk besluit van 10 januari 1994, de klager de Raad van het Instituut gelast met het samenbrengen van de bewijsgegevens ter onderbouwing van zijn burgerlijke rechtsvordering.

De bepaling verrast ook omdat zij specifiek is in vergelijking met de andere beroepsordes. Zo zal de raad van de Orde der advocaten weliswaar de magistraten op de hoogte stellen van een maatregel van schorsing of schrapping uitgesproken jegens een confrater, maar zonder die mededeling te motiveren.

Op het niveau van het hoger beroep zijn de procureur des Konings noch de procureur-generaal evenmin geen partij, tenzij dan dat de procureur-generaal wel een beroep kan instellen tegen een beslissing van de tuchtcommissie of een cassatieberoep tegen de beslissing van de commissie van beroep.

Wij stippen ook nog aan dat naast de betrokken revisor, de Raad van het Instituut ook in beroep kan gaan of een cassatieberoep kan instellen tegen een beslissing van de tuchtcommissie of de commissie van beroep. En verder – sinds het koninklijk besluit van 10 januari 1994 (artikel 34) – vermelden wij ook nog dat de Raad van het Instituut, wanneer hij het dossier aanhangig maakt bij de tuchtcommissie (artikel 20), nu het recht heeft om door de tuchtcommissies te worden gehoord middels één van zijn leden, die door de Raad wordt aangewezen en die eventueel door een advocaat wordt bijgestaan.

Wij vermelden verder nog – vanwege de onafhankelijkheid van de burgerlijke rechtsvordering tegenover de tuchtvordering – dat indien de benadeelde derde voor de burgerlijke rechtbank in het gelijk gesteld wordt en hij de revisor kan laten veroordelen die op burgerlijk vlak gesanctioneerd kan worden voor een fout, een nalatigheid of een onvoorzichtigheid, ook al is die niet ernstig, wanneer de schade die daaruit voortvloeit in oorzakelijk verband staat met één van die tekorten, dit niet noodzakelijk tot gevolg heeft dat die burgerlijke fout

ook aanleiding zal geven tot een tuchtsanctie die in het licht van andere criteria wordt beoordeeld.

Vandaar ook het belang om voor zijn gelijken te verschijnen.

Het is niet omdat een burgerlijk vonnis bv. zou vaststellen dat een revisor één of andere verplichting niet is nagekomen, of dat hij aansprakelijk wordt gesteld ingevolge een (delictuele) fout, dit noodzakelijk tot gevolg zou hebben dat die revisor de plichten van zijn beroep niet heeft nagekomen of hij zijn persoonlijke waardigheid of de eer van het korps, waartoe hij behoort, in opspraak zou hebben gebracht (zie W. VAN HAUWAERT).

Hetzelfde geldt ten aanzien van de veroordeling door een strafrechtbank (bv. een veroordeling in het verkeer en onvrijwillige aantasting van de fysieke integriteit van een persoon).

Elk strafbaar feit betekent niet noodzakelijk een smet voor de eerbaarheid van zijn auteur of impliceert evenmin een niet-nakoming van de beginselen van rechtschapenheid, eer en waardigheid (VAN HAUWAERT), en staat evenmin noodzakelijk voor een niet-naleving van een beroepsverplichting.

14. Welke tekortkomingen zorgen ervoor dat de revisor door de Raad van het Instituut naar de tuchtrechtelijke instantie wordt doorverwezen ?

14.1. We kunnen die vraag eenvoudig beantwoorden.

Volgens de tekst van artikel 19bis van de wet van 22 juli 1953 is dat gewoon «alles»: alle tekortkomingen aan de beroepsverplichtingen of aan de beginselen van waardigheid, rechtschapenheid en kiesheid die aan het beroep ten grondslag liggen.

De tekst van de wet is dus wel erg ruim.

14.2. Wil dit echter meteen ook zeggen dat elk tekort, elke dwaling van de revisor in de uitoefening van zijn beroep, iedere vergissing door een tuchtstraf zal worden gesanctioneerd ?

De soepelheid of de lakse verwoording van de tekst zou de tuchtoverheid machtigen om ook de kleinste pekelzonde te bestraffen. En hier blijkt dan ook hoe belangrijk het is om door zijn gelijken te worden geoordeeld.

Inderdaad zijn de confraters «de beste rechters», wanneer het gaat over de beoordeling of er al dan niet een tekortkoming aan de beroepsverplichtingen of een aanslag op de eer of de eerbaarheid van de staat van het beroep is geweest. Zij zijn het best geplaatst om afwijkende gedragingen op te volgen, die aan te klagen en te beteugelen (zie PANDECTEN).

De confraters-revisoren zijn onderling solidair, niet zoals ten onrechte wordt gedacht «om de ogen te sluiten», lichtvaardig te vergeven of elkaar onder confraters te verstaan, maar wel omdat zij meer dan wie ook belang hebben bij de beteugeling van fouten die op hen een weerslag hebben (zie PANDECTEN).

Zij zijn het best geplaatst om de houding van een confrater te beoordelen in bepaalde omstandigheden, omdat zij bij machte zijn om te beoordelen of zij in een gelijkaardig geval op dezelfde wijze dan de confrater die ter verantwoording wordt geroepen zouden hebben gehandeld, iets wat beroepsrechters misschien niet zouden doen.

De tekst van artikel 19bis is misschien wel ruim, maar daartegenover staat dat hij de tucht-rechtelijke instanties niet belet rekening te houden met **alle omstandigheden** van het geval dat wordt voorgelegd, en de regel nu eens met grote strengheid en dan weer met een grote toegeeflijkheid toe te passen. Dit zou niet mogelijk zijn:

- a) indien, zoals in het strafrecht, de straffen vastgesteld waren voor elk type van beroeps-fout en indien, zoals in het burgerlijk recht, elke fout van onoplettendheid, onvoorzichtigheid, onzorgvuldigheid, het herstel zou voorschrijven van de daaruit voortvloeiende schade;
- b) wat vermoedelijk ook niet mogelijk zou zijn indien de tuchtvordering onder de bevoegdheid zou ressorteren van de gewone rechtbanken, die minder in staat zijn om te beoordelen of het aan de revisor verweten beroepsfeit al dan niet een tuchtstraf verantwoordt.

In dit verband noteren we, samen met Mrs. HANNEQUART en HENRY, dat de deontologische instanties er zich voor hoeden een verwarring te laten ontstaan tussen de tuchtvordering en het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid, nog meer omdat de keuze en de ontwikkeling van de technieken aanleiding geven tot onzekerheid en aarzeling; dat de deontologische instanties uiteraard alleen maar optreden, wanneer de civielrechtelijke fout of de straf-overtreding een **wezenlijke tekortkoming** van de beroepsbeoefenaar doet blijken ten aanzien van de finaliteit van het beroep.

14.3. Tekortkomingen aan de beroepsverplichtingen (artikel 19bis, 1°).

Er geldt een absoluut beginsel: de deontologische regels, zoals omschreven in de reglementen of die eenvoudig voortvloeien uit de uitoefening van de tuchtrechtelijke bevoegdheid, hebben ten aanzien van de leden van het beroep van bedrijfsrevisor een verplicht karakter.

14.4. De revisor moet ervoor zorgen dat hij de verplichtingen nakomt die voortvloeien uit:

- de reglementen, zoals vastgesteld door de Koning conform artikel 10 van de wet, onder meer het tuchtreglement en de reglementen die noodzakelijk zijn om de werking van het Instituut te verzekeren en de doelstellingen te bereiken die de wet het Instituut – krachtens artikel 2 – toevertrouwt;
- artikel 2 van de wet dat bepaalt dat de functie van bedrijfsrevisor, zoals deze omschreven wordt in artikel 3, met alle vereiste waarborgen inzake bevoegdheid, onafhankelijkheid (beginsel dat in artikel 8 wordt onderstreept) en beroepseerlijkheid moet worden uitgeoefend en ook inzake de correcte uitoefening van de toevertrouwde opdrachten;
- de gebruikelijke controlenormen, zoals toepasselijk op de opdrachten bedoeld in artikel 3 van de wet (zie artikel 18bis) en onder meer de voorschriften van artikel 18ter;
- de verbodsbepalingen bedoeld in artikel 7bis (onverenigbaarheden, ...).

14.5. Andere specifieke verplichtingen

- de zorgvuldigheidsplicht: de revisor schiet in zijn verplichtingen te kort indien hij nalaat de werkzaamheden te verrichten waartoe de opdracht, die hij heeft aanvaard, noopt;
- de verplichting de bijdrage te betalen, waarvan het Instituut de betaling oplegt en het bedrag bepaalt;
- het beroepsgeheim binnen de perken van artikel 27 van de wet, dat verwijst naar artikel 458 van het Strafwetboek;
- de verplichting om de Raad van het Instituut in te lichten, krachtens artikel 18^{quinquies}, dat hij als revisor het voorwerp is van een gerechtelijke, tuchtrechtelijke of administratieve procedure die betrekking heeft op de uitoefening van de functie.

14.6. De private levenssfeer

Wij herinneren eraan dat artikel 19^{bis} van de wet bepaalt dat tuchtsancties kunnen opgelegd worden aan de revisoren «2° die tekort zijn gekomen aan de beginselen van waardigheid, rechtschapenheid en kiesheid die ten grondslag liggen aan het beroep».

De wet omschrijft die begrippen niet nader en verwijst evenmin naar synoniemen, als daar zijn de begrippen gewetensvolheid, rechtgeaardheid, eerlijkheid, integriteit, discretie, welvoeglijkheid, ...

Overeenkomstig de traditie, wordt ervan uitgegaan

- dat de **waardigheid** het geheel van de regels is die door de eer worden opgelegd en die verbonden zijn aan de openbare functie die de bedrijfsrevisor uitoefent;
- dat de **rechtschapenheid** te maken heeft met de naleving van de wetten, de zeden, het geweten;
- dat de **kiesheid** te maken heeft met een zekere opvatting van het beroep.

Vraag: Welke zijn de beperkingen aan de tuchtbevoegdheid ?

Zijn de tuchtinstanties alleen maar bevoegd voor feiten uit de beroepssfeer van de revisor, of kunnen zij ook toezicht uitoefenen op en een oordeel vellen over elke handeling van het privé- of openbaar leven van de revisor ?

Welke houding moeten zij bv. aannemen tegenover een revisor, die er een weinig eerbare levenswandel op nahoudt, cliënten ontvangt of opzoekt in kennelijke staat van dronkenschap, of zijn adviezen geeft in een café of in privé-club, of bij wie een gerechtsdeurwaarder regelmatig beslag zou komen uitvoeren ?

Welke houding moet dan worden aangenomen, terwijl er toch geen reden is om strafrechtelijk te vervolgen ?

Het probleem is niet nieuw. Het bestaat in feite al sinds de mens bestaat.

Meer dan een eeuw geleden, werd bepleit dat een tuchtoverheid een intiem rechtscollege was (hoewel op heden de openbaarheid van de tuchtrechtelijke zittingen de regel is), dat onbeperkt was in zijn opsporingen. Een vorm van censuur, aan wie niets mag ontgaan en die voorop loopt op de vonnissen die geveld worden door die andere zedenmeester, die de openbare opinie is, of deze bevestigt.

Om de eer van het beroep te vrijwaren, moet een tuchtvordering onvermijdelijk zowel op het privé- als het openbare leven toezien. Er kan trouwens geen scheiding worden opgezet tussen de mens en de beroepsbeoefenaar: de eerbaarheid van de ene kan niet los gezien worden van de eerbaarheid van de andere.

We kunnen aannemen dat de «onwaardigheid» van een bedrijfsrevisor een weerslag heeft op het ganse beroep, zoals ook de waardigheid van het Instituut een weerslag heeft op elk van zijn leden (PANDECTEN).

Dit systeem werd bekrachtigd ten aanzien van een advocaat in een weliswaar oud arrest van het Hof van Beroep van Brussel (8.4.1846, *Pas.*, 1847, p. 299) en ook van Luik (25.6.1885, *Pas.*, 1885, p. 334). In het eerste arrest werd geoordeeld dat een tuchtraad, die als opdracht had meegekregen om de beginselen van rechtschapenheid en kiesheid te vrijwaren, onvermijdelijk ook het recht heeft alles te beteugelen wat die eerbaarheid zou kunnen aantasten, ongeacht de omstandigheden waarin de inbreuk werd begaan, aangezien de eer van de man, net zoals die van de Orde, ondeelbaar is ...

De **ondeelbaarheid van de eer** vooronderstelt dat geen enkel onderscheid kan worden gemaakt tussen de man en de revisor.

Anderen dan weer vreesden dat de tuchtrechtelijke instanties wederrechtelijk alle bevoegdheden van het privé- en het openbaar leven naar zich zouden trekken en zouden ontaarden in een ondraaglijke tirannie (PANDECTEN).

Men moet toegeven dat in het eerste systeem de censuur tot een ware discretionaire bevoegdheid zou kunnen verworden, met als enige beperking de intieme overtuiging van de personen die die bevoegdheid uitoefenen.

Maar de rechtspraak heeft sinds lang de alomtegenwoordigheid van de tuchtrechtelijke bevoegdheid bekrachtigd en we moeten wel vaststellen dat de geduchte misbruiken er nooit gekomen zijn.

14.7. Voor welke oplossing moeten we dan kiezen ?

Ook al kunnen we ons niet neerleggen bij een absoluut systeem van discretionaire en almachtige bevoegdheid, wil dit nog niet zeggen dat we de uitoefening van de tuchtrechtelijke bevoegdheid moeten beperken uitsluitend tot het onderzoek van de beroepsfouten.

Er zijn handelingen die de mens stelt en die niet onderworpen zijn aan het gerecht noch aan de verplichtingen van het beroep, maar toch een smaad betekenen voor diegene die ze stelt.

In dergelijke gevallen is het aangewezen – en we bedoelen dan die gevallen waarin **openbare** en **gekende** feiten de goede naam van de revisor in het gedrang brengen – dat de tuchtrechtelijke instantie het geval zou kunnen onderzoeken.

Zoals Mr. P. LAMBERT over de advocaten schrijft: «*De handelingen van het privé-leven van de advocaat verantwoorden slechts een optreden van de tuchtrechtelijke instanties, voor zover zij aanleiding geven tot schandaal en op die wijze de eerbaarheid en de eer van de orde in opspraak brengen*».

Het is ook nog belangrijk aan te stippen dat de wet van 21 februari 1985 (artikel 56 die artikel 19bis van de wet van 1953 invoegde) een tekstargument aanreikt, dat het de tuchtrechtelijke instanties mogelijk maakt rekening te houden met de daden van het privé-leven van de revisor.

Waar artikel 19bis in een mogelijke sanctie voorziet voor de bedrijfsrevisor die tekort komt in zijn beroepsverplichtingen, wordt daar uitdrukkelijk bij vermeld «*in de uitoefening van hun opdrachten*». In het 2° van dit artikel 19bis, wanneer het gaat over de niet-naleving van de basisbeginselen van waardigheid, rechtschapenheid en kiesheid, is er geen beperking tot de uitoefening van de opdrachten en wordt er geen enkel onderscheid gemaakt.

15. De tuchtstraffen

De tuchtstraffen worden bepaald in artikel 20 van de wet van 1953 en zij sanctioneren strafbare gedragingen.

15.1. De eerste twee sancties, de **waarschuwing** en de **berisping** hebben geen ontzegging van rechten tot gevolg.

Het betreft louter morele sancties, met als enig gevolg dat de revisor, ten aanzien van wie zij werden uitgesproken, in de toekomst van grotere omzichtigheid zal blijken geven.

De waarschuwing is bedoeld voor de persoon die tot dusver onberispelijk was en een eerste lichte fout begaat. De man verdient voorgelicht te worden, hij krijgt een advies, een ver-wittiging.

Indien hij in herhaling valt of de fout ernstiger is, komt er een berisping: de revisor wordt terecht gewezen, terug «tot de orde gewezen».

15.2. De **schorsing** is noodzakelijk van tijdelijke aard (maximum één jaar); een definitieve schorsing zou gelijk staan met een schrapping.

15.3. De **schrapping** is de hoogste graad in de escalatie van de strafmaat voor de tuchtstraffen. Zij treft degene die dermate aan zijn plichten is te kort gekomen en onwaardig wordt geacht het beroep uit te oefenen.

15.4. Er is nog een specifieke sanctie (met name deze van artikel 20, § 1, c) die erin bestaat het **verbod** op te leggen bepaalde opdrachten **te aanvaarden** of **verder te zetten**.

16. Openbaarheid van de terechtzittingen van de tuchtcommissies en de commissies van beroep

Het Hof van Cassatie heeft lange tijd geoordeeld dat de bepalingen van artikel 6 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden, dat onder meer bepaalt dat de zaak van elke persoon in het openbaar moet worden behandeld, niet toepasselijk waren op de tuchtprocedures (arrest van 6 maart 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 643). Daarmee werd de facto het gebruikelijk gesloten en intern karakter van de tuchtrechtelijke vervolgingen geëerbiedigd. Dat Hof heeft echter, in zijn arrest van 14 maart 1991, (*Journal des Tribunaux*, 1991, p. 580) zijn rechtspraak gewijzigd en geoordeeld dat een tuchtrechtelijke procedure tegen een revisor ingesteld, beschouwd diende te worden als een procedu-

re die verband houdt met of aanleiding geeft tot een betwisting betreffende de rechten en verplichtingen van burgerlijke aard in de betekenis van het aangehaalde artikel 6 en dat de revisor dus eveneens recht had op het onderzoek en het behandelen in het openbaar van zijn zaak (zie artikel 20, § 5 van de wet).

17. Besluit

De deontologie stemt overeen met de wil om de dienstverlening te verbeteren, niet alleen vanuit een altruïstische benadering, maar ook vanuit een meer egoïstisch oogpunt gezien, namelijk het niet besmetten van het imago van het gehele beroep en de bescherming tegen diegenen die met weinig aanbevelingswaardige middelen cliënteel proberen te onttrekken (HANNEQUART en HENRY).

Bibliografie

- Y. HANNEQUART en P. HENRY, «Les normes déontologiques et leurs caractères spécifiques», in «Le droit des normes professionnelles et techniques», Bruylant, 1985.
- J.J. HAUS, «Les principes de droit pénal», 1879.
- PANDECTEN, 1889. Trefwoorden «Discipline en général» en «Conseil de discipline des avocats».
- P. TOUSSAINT, «Éthique et morale», Journal des Procès, 29.10.93.
- VAN DER PEREBOOM (Adv.-gen.), Belgique judiciaire, 1863, 534.
- W. VAN HAUWAERT (Adv.-gen.), «Interférences des actions publique et disciplinaire», Revue droit pénal, 1970-71, p. 477.

DE KWIJTING EN DE VERJARING ALS OORZAKEN VAN DE BEËINDIGING VAN DE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE COMMISSARIS-REVISOR

Aloïs VAN OEVELÉN

Hoogleraar aan de Universiteit Antwerpen (UIA en UFSIA)

I. Inleiding	165
II. De kwijting	166
A. Begrip en juridische aard	166
B. De bevoegdheid van de algemene vergadering	167
C. Geldigheidsvereisten van de kwijting	169
D. Rechtsgevolgen van de kwijting	173
III. De verjaring	177

I. Inleiding

1. Aan de aansprakelijkheid van de commissaris-revisor kan op verschillende wijzen een einde worden gemaakt. Dit kan bijvoorbeeld gebeuren doordat in een rechterlijke uitspraak die in kracht van gewijsde is gegaan, de vordering tot schadeloosstelling werd afgewezen (zie artikelen 23 en 28 Ger. W.). Het is ook mogelijk dat de commissaris-revisor en de benadeelde, hetzij de vennootschap die hem heeft aangesteld, hetzij een derde, aan hun aansprakelijkheidsbetwisting een einde maken door het aangaan van een dading, waarbij zij wederzijdse toegevingen doen (zie artikelen 2044, eerste lid, en 2052, eerste lid, B.W.)¹. Op deze wijzen van beëindiging van de aansprakelijkheid van de commissaris-revisor wordt hier niet ingegaan, aangezien het gemene recht hierop van toepassing is.

In deze bijdrage worden enkel de twee oorzaken van beëindiging van de aansprakelijkheid van de commissaris-revisor besproken die op bijzondere wijze in de Vennootschappenwet worden geregeld, namelijk de kwijting ten aanzien van de vennootschap (zie artikel 79, derde lid, Vennootschappenwet) en de verjaring van vijf jaar ten aanzien van alle aanspraakgerechtigden (zie artikel 194, vierde streepje, Vennootschappenwet).

Zoals bekend, is het de rechtspraak geweest die aan de wettelijke begripsomschrijving van de dading in artikel 2044, eerste lid, B.W. het vereiste van de wederzijdse toegevingen heeft toegevoegd (zie vooral: Cass., 16 april 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 614; Cass., 26 september 1974, *Arr. Cass.*, 1975, p. 122; *Pas.*, 1975, I, p. 111; *R.W.*, 1974-1975, p. 1125; *R.G.A.R.*, 1975, nr. 9386; *J.T.*, 1975, p. 278; Cass., 15 oktober 1979, *Arr. Cass.*, 1979-1980, p. 197; *Pas.*, 1980, I, p. 210).

II. De kwijting

A. Begrip en juridische aard

2. Voor een goed begrip van de rechtsfiguur van de kwijting verdient het aanbeveling deze te benaderen vanuit het gemene recht van de lastgeving². De rechtsverhouding tussen de commissaris-revisor en de vennootschap waarin hij de hem wettelijk toevertrouwde opdrachten vervult, wordt weliswaar niet volledig beheerst door de regelen van de lastgeving, maar dit neemt niet weg dat op deze rechtsverhouding deze regelen mogen worden toegepast, in zoverre ze niet onverenigbaar zijn met de specifieke aard van die opdrachten³.

In het gemene recht van de lastgeving dient de lasthebber krachtens artikel 1993 B.W. bij de beëindiging van zijn mandaat «rekenschap te geven van de uitvoering van zijn opdracht». Deze op de lasthebber rustende verplichting stelt de lastgever in staat na te gaan of de lasthebber zijn mandaat correct heeft uitgevoerd en of hij voor eventuele fouten begaan in de uitvoering van zijn mandaat aansprakelijk kan worden gesteld⁴⁰⁰. Als er tussen de lastgever en de lasthebber geen betwisting over bestaat dat deze zijn mandaat op een correcte wijze heeft uitgevoerd, heeft deze het recht om van zijn lastgever kwijting te krijgen⁵.

Door kwijting te geven doet de lastgever afstand van het recht de lasthebber aansprakelijk te stellen voor eventuele fouten die deze in de uitvoering van zijn opdracht zou hebben begaan⁶. Zo'n afstand van recht is een eenzijdige rechtshandeling⁷, die in het gemene recht zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend kan gebeuren⁸ en die tot gevolg heeft dat het recht van de lastgever om van zijn lasthebber schadeloosstelling te vorderen wegens een onbehoorlijke uitoefening van zijn opdracht, onherroepelijk tenietgaat, op voorwaarde dat dit met kennis van zaken gebeurt⁹.

² Zie voor een benadering in die zin, voor wat de kwijting aan bestuurders en zaakvoerders betreft: GOEMINNE, A., «Kwijting van bestuurders en zaakvoerders», *R.W.*, 1995-1996, (1001), p. 1002, nrs. 6-7.

³ FORIERS, P.-A. en VON KUEGELGEN, M., «La responsabilité civile des réviseurs et experts-comptables», *Rev. Dr. U.L.B.*, Vol. 6, 1992-2, (11), p. 18, nr. 14 en p. 19-20, nr. 17; VAN OEVELEN, A., «De rol en de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris-revisor», in *Handels-Economisch en Financieel Recht*, Post-universitaire cyclus Willy Delva 1994-1995, STORME, M., WYMEERSCH, E. en BRAECKMANS, H. (ed.), Gent, Mys & Breesch, 1995, (233), p. 272, nr. 44; FORIERS, P.A., «La responsabilité civile des réviseurs d'entreprises: aperçu général», in dit boek, nr. 11.

⁴ DE PAGE, H. en DEKKERS, R., *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, Brussel, Bruylant, 1975, p. 416, nr. 420; PAULUS, C. en BOES, R., *Lastgeving*, in *A.P.R.*, Gent-Leuven, Story-Scientia, 1978, p. 101, nr. 160; GOEMINNE, A., o.c., *R.W.*, 1995-1996, p. 1002, nr. 6.

⁵ DE PAGE en DEKKERS, R., o.c., V, p. 422, nr. 424; FORIERS, P.A., «Décharge-réception - quittance», in *De behoorlijke beëindiging van overeenkomsten*, Brussel, Belgische Vereniging van Bedrijfsjuristen en Vlaams Pleitgenootschap bij de balie te Brussel, 1993, (111), p. 163-164, nrs. 67-68; FORIERS, P.A., «Le contrat de prestation de services: obligations des parties et responsabilité contractuelle», in *Les contrats de services*, GLANSDORFF, F. en FORIERS, P.-A., (eds.), Brussel, Éditions du Jeune Barreau, 1994, (121), p. 182-183, nr. 65; GOEMINNE, A., *ibid.*

⁶ FORIERS, P.A., o.c., *De behoorlijke beëindiging van overeenkomsten*, p. 134, nr. 30 en p. 150, nr. 52; FORIERS, P.A., o.c., *Les contrats de services*, p. 182, nr. 65; GOEMINNE, A., *ibid.*

⁷ FORIERS, P.A., o.c., *De behoorlijke beëindiging van overeenkomsten*, p. 150, nr. 53; GOEMINNE, A., *ibid.*

⁸ PAULUS, C. en BOES, R., o.c., p. 108, nr. 180; FORIERS, P.A., o.c., *De behoorlijke beëindiging van overeenkomsten*, p. 138, nr. 34; FORIERS, P.A., o.c., *Les contrats de services*, p. 183, nr. 67; GOEMINNE, A., *ibid.*

⁹ GOEMINNE, A., *ibid.*

Het contractueel karakter van de rechtsverhouding tussen de commissaris-revisor en de vennootschap waarin hij de hem wettelijk toevertrouwde opdrachten vervult, en waarop de gemeenrechtelijke regelen van de contractuele aansprakelijkheid van toepassing zijn¹⁰, brengt mee dat de gemeenrechtelijke regelen inzake kwijting verder reiken dan het contract van lastgeving in de strikte zin van het woord en zich met name ook uitstrekken tot de rechtsverhouding tussen de vennootschap en de commissaris-revisor¹¹. Als in artikel 79, derde lid, Vennootschappenwet wordt bepaald dat de algemene vergadering, na de goedkeuring van de jaarrekening, bij afzonderlijke stemming beslist over de aan de commissarissen te verlenen kwijting, dan wordt met dit laatste bedoeld dat de vennootschap afstand doet van haar recht om de commissaris-revisor aansprakelijk te stellen voor de fouten die deze tijdens het afgelopen boekjaar eventueel in de uitoefening van zijn opdracht zou hebben begaan, indien althans voldaan is aan de door deze bepaling gestelde vereisten¹².

B. De bevoegdheid van de algemene vergadering

3. Uit artikel 79, derde lid, Vennootschappenwet volgt dat het verlenen van kwijting tot de bevoegdheid van de algemene vergadering van de vennootschap behoort. Dit is ook logisch, omdat de algemene vergadering het orgaan van de vennootschap is dat niet alleen bevoegd is om de commissaris-revisor te benoemen (artikel 64, § 1, tweede lid, Vennootschappenwet) en te ontslaan (artikel 64^{quater}, tweede lid, Vennootschappenwet), maar ook om op basis van artikel 64^{octies} Vennootschappenwet tegen hem een aansprakelijkheidsvordering in te stellen (artikel 66b^{is}, § 1, Vennootschappenwet). Het is derhalve normaal dat het vennootschapsorgaan dat exclusief bevoegd is om tegen de commissaris-revisor eventueel een aansprakelijkheidsvordering in te stellen, ook exclusief bevoegd is om af te zien van die aansprakelijkheidsvordering door aan de commissaris-revisor kwijting te verlenen¹³.

Wat in de vorige alinea werd geschreven, geldt als zodanig enkel voor de algemene controle-opdracht van de commissaris-revisor. Wanneer op grond van de Vennootschappenwet of op grond van andere wettelijke bepalingen aan de commissaris-revisor bijzondere opdrachten worden toevertrouwd die aanleiding geven tot de redactie van een verslag¹⁴,

¹⁰ FORIERS, P.A. en VON KUEGELGEN, M., o.c., *Rev. Dr. U.L.B.*, Vol. 6, 1992-2, p. 16-17, nr. 10 en p. 50, nr. 66; VAN OEVELEN, A., o.c., *Handels-Economisch en Financieel Recht*. Post-universitaire cyclus Willy Delva 1994-1995, p. 270, nr. 42 en p. 273, nr. 46; FORIERS, P.A., o.c., in dit boek, nrs. 4 en 12.

¹¹ Zie in die zin voor wat de kwijting aan bestuurders betreft: FORIERS, P.A., o.c., *De behoorlijke beëindiging van overeenkomsten*, p. 134, nr. 29; GOEMINNE, A., o.c., *R.W.*, 1995-96, p. 1002, nr. 7.

¹² Zie in die zin voor wat de kwijting aan bestuurders betreft: VAN RYN, J., *Principes de droit commercial*, I, Brussel, Bruylant, 1954, p. 403, nr. 630; RONSE, J., *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1970, 450; RONSE, J., NELISSEN GRADE, J.-M. en VAN HULLE, K., «Overzicht van rechtspraak (1978-1985). Vennootschappen (vervolg)», *T.P.R.*, 1986, (1231), p. 1277, nr. 258; GEENS, K. en LAGA, H., «Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen (1986-1991)», *T.P.R.*, 1993, (933), p. 1062, nr. 149; GOEMINNE, A., *ibid.*

¹³ Zie in die zin voor wat de kwijting aan bestuurders betreft: GOEMINNE, A., *ibid.*

¹⁴ Betreffende de bijzondere opdrachten die door de Vennootschappenwet aan de commissaris-revisor worden toevertrouwd, zie het overzicht bij VAN OEVELEN, A., o.c., *Handels-Economisch en Financieel Recht*. Post-universitaire cyclus Willy Delva 1994-1995, p. 265-270, nrs. 30-41; betreffende de bijzondere opdrachten die door andere wetten aan de (commissaris-)revisor worden toevertrouwd, zie het overzicht in INSTITUUT DER BEDRIJFSREVISOREN, *Jaarverslag 1995*, p. 129-140; INSTITUUT DER BEDRIJFSREVISOREN, *Vademecum van de bedrijfsrevisor. Controle-opdrachten - Juridische en technische context*, Brussel, Kluwer Editorial, 1995, p. 479-484.

houdt de algemene kwijting bedoeld in artikel 79, derde lid, Vennootschappenwet geen kwijting in voor die bijzondere opdrachten. Hiervoor dient aan de commissaris-revisor een afzonderlijke kwijting te worden verleend¹⁵.

Wanneer de verslagen die de commissaris-revisor in het raam van deze bijzondere opdrachten opmaakt, tot doel hebben de algemene vergadering in staat te stellen om op basis van door deskundigen verstrekte informatie een beslissing te nemen, is het ook logisch dat de algemene vergadering zich uitspreekt over de aan de commissaris-revisor te verlenen kwijting voor deze bijzondere opdracht. Dit is b.v. het geval met het verslag dat door de commissaris-revisor moet worden opgemaakt bij een uitgifte van aandelen buiten het voorkeurrecht, aangezien hij in dat verslag dient aan te geven dat de in het verslag van de raad van bestuur opgenomen financiële en boekhoudkundige gegevens juist zijn en voldoende om de algemene vergadering voor te lichten (zie artikel 34bis, § 4, derde lid, Vennootschappenwet)¹⁶.

Als het door de commissaris-revisor op te maken verslag uitsluitend bestemd is om de raad van bestuur te informeren, die zelf de beslissing dient te nemen, komt het volgens P.A. Foriers ook aan de raad van bestuur toe om de commissaris-revisor kwijting te verlenen voor die opdracht¹⁷. In zoverre het gaat om bijzondere opdrachten die door de Vennootschappenwet aan de commissaris-revisor worden toevertrouwd, rijst evenwel de vraag of de commissaris-revisor die opdrachten niet uitoefent voor rekening van de algemene vergadering van aandeelhouders die hem heeft benoemd, zodat het ook eerder aan die algemene vergadering toekomt om de commissaris-revisor voor die bijzondere opdrachten kwijting te verlenen¹⁸. Een bijkomend argument ter ondersteuning van de laatstvermelde opvatting is dat een van de essentiële doelstellingen van de wet van 21 februari 1985 «tot hervorming van het bedrijfsrevisoraat» erin bestond een duidelijker scheiding door te voeren tussen de bestuurs- en de controlefunctie in een vennootschap¹⁹.

4. Krachtens artikel 79, derde lid, Vennootschappenwet kan de algemene vergadering haar bevoegdheid tot het verlenen van kwijting pas uitoefenen nadat de jaarrekening over het betreffende boekjaar is goedgekeurd. In principe zal derhalve over de kwijting worden beslist op dezelfde algemene vergadering die zich over de jaarrekening uitspreekt, d.w.z. de gewone jaarlijkse algemene vergadering²⁰. Uit de zojuist vermelde bepaling vloeit ook voort dat, in tegenstelling tot het gemeene recht, waarin de kwijting wordt verleend bij de beëindiging van het mandaat, de commissaris-revisor het recht heeft dat minstens jaarlijks beslist wordt over de hem te verlenen kwijting²¹. Dit hangt samen met de op de commissaris-revisor rustende verplichting om minstens jaarlijks ten behoeve van de algemene vergadering een verslag op te stellen waarin hij een deskundig oordeel uitspreekt over de cor-

¹⁵ FORIERS, P.A. en VON KUEGELGEN, M., o.c., *Rev. Dr. U.L.B.*, Vol. 6, 1992-2, p. 59, nr. 77; FORIERS, P.A., o.c., in dit boek, nr. 44.

¹⁶ FORIERS, P.A. en VON KUEGELGEN, M., o.c., *Rev. Dr. U.L.B.*, Vol. 6, 1992-2, p. 60, nr. 78; FORIERS, P.A., o.c., in dit boek, nr. 45.

¹⁷ FORIERS, P.A. en VON KUEGELGEN, M., *ibid.*; FORIERS, P.A., o.c., in dit boek, *ibid.*

¹⁸ Zie ook de aarzeling ter zake bij FORIERS, P.A., o.c., in dit boek, *ibid.*

¹⁹ Zie daarover o.m. OLIVIER, H., «Nouveau régime du contrôle et fonctions du commissaire», *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1985, (33), p. 35-36.

²⁰ Zie in die zin voor wat de kwijting aan bestuurders betreft: GOEMINNE, A., o.c., *R.W.*, 1995-96, p. 1003, nr. 9.

²¹ Zie in die zin voor wat de kwijting aan bestuurders betreft: GOEMINNE, A., o.c., *R.W.*, 1995-96, p. 1003, nr. 10.

recht en de kwaliteit van de door de vennootschap verstrekte financiële informatie. Het is dan ook logisch en verantwoord dat de commissaris-revisor, als hij zijn financieel-juridische controlewerkzaamheden over het afgelopen boekjaar heeft afgerond en zijn bevindingen daarover heeft neergeschreven in een verslag, het recht heeft van de algemene vergadering te vernemen of hij zijn opdracht al dan niet naar behoren heeft vervuld²².

5. Als de algemene vergadering nalaat een beslissing te nemen over de aan de commissaris-revisor te verlenen kwijting, kan deze de vennootschap voor de rechtbank doen dagvaarden om te horen zeggen dat hij de hem toevertrouwde opdrachten behoorlijk heeft verricht en zich door de rechtbank kwijting te doen verlenen²³. De commissaris-revisor hoeft dus niet de vijfjarige verjaring van de aansprakelijkheidsvordering (zie artikel 194, vierde streepje, Vennootschappenwet) af te wachten om zekerheid te hebben dat hij bevrijd is van zijn aansprakelijkheid jegens de vennootschap²⁴.

Voor de aan de bestuurders te verlenen kwijting wordt algemeen aanvaard dat de bevoegdheid van de rechtbanken om, bij stilzitten van de algemene vergadering, aan de bestuurders kwijting te verlenen, beperkt is tot de zgn. gewone bestuursfouten, en dat de rechtbanken zich niet in de plaats van de algemene vergadering mogen stellen voor inbreuken op de Vennootschappenwet of op de statuten²⁵. Het is verantwoord deze beperking inzake de gerechtelijke kwijting ook toepasselijk te verklaren op de aan de commissaris-revisor te verlenen kwijting, niet alleen omdat er zowel voor bestuurders als voor commissarissen een bijzondere aansprakelijkheidsregeling geldt voor inbreuken op de Vennootschappenwet of de statuten (zie respectievelijk artikel 62, tweede lid, en artikel 64-octies, tweede lid, Vennootschappenwet), maar ook omdat beider aansprakelijkheden uit dien hoofde nauw kunnen samenhangen. Deze bijzondere aansprakelijkheid van de commissaris-revisor geldt immers niet alleen wanneer hij een eigen, rechtstreekse inbreuk op de Vennootschappenwet of op de statuten begaat, maar is ook van toepassing als de bestuurders zo'n inbreuk plegen en de commissaris-revisor nalaat die inbreuk te melden aan de algemene vergadering, hoewel hij daartoe verplicht was, bijvoorbeeld als het gaat om een inbreuk op de Vennootschappenwet die een weerslag heeft op de jaarrekening van de vennootschap²⁶.

6. De commissaris-revisor heeft echter niet het recht om van de algemene vergadering kwijting verleend te krijgen. De algemene vergadering beschikt ter zake over een soevereine appreciatiebevoegdheid en kan de kwijting zonder voorbehoud verlenen, ze weigeren, ze onder voorbehoud verlenen, ze aan bepaalde voorwaarden onderwerpen of de beslissing daarover tot een latere datum uitstellen tot het onderzoek naar mogelijke fouten is afgerond²⁷.

²² Vergelijk in die zin voor wat de kwijting aan bestuurders betreft: GOEMINNE, A., *ibid*.

²³ Zie in die zin voor wat de kwijting aan bestuurders betreft: VAN RYN, J., o.c., I, p. 402, nr. 629; RONSE, J., o.c., p. 449; GOEMINNE, A., o.c., *R.W.*, 1995-96, p. 1003, nr. 11.

²⁴ Zie in die zin voor wat de kwijting aan bestuurders betreft: RONSE, J., *ibid*; GOEMINNE, A., *ibid*.

²⁵ RONSE, J., o.c., p. 450; GOEMINNE, A., *ibid*.

²⁶ LIEVENS, J., «De aansprakelijkheid van de commissaris-revisor na de recente wetswijzigingen - Enkele kritische bedenkingen», in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story Scientia, 1986, (265), p. 272-273; FORIERS, P.A. en VON KUEGELGEN, M., o.c., *Rev. Dr. U.L.B.*, Vol. 6, 1992-2, p. 53-55, nr. 72; VAN OEVELEN, A., o.c., *Handels-Economisch en Financieel Recht*. Post-universitaire cyclus Willy Delva, 1994-1995, p. 279, nr. 50; FORIERS, P.A., o.c., in dit boek, nr. 38.

²⁷ Zie in die zin voor wat de kwijting aan bestuurders betreft: VAN RYN, J., o.c., I, p. 402, nr. 629; GOEMINNE, A., o.c., *R.W.*, 1995-96, p. 1003, nr. 13, en p. 1004, nr. 17.

C. Geldigheidsvereisten van de kwijting

7. Uit artikel 79, derde lid, Vennootschappenwet volgt dat voor de geldigheid van de kwijting vereist is

- a) dat de algemene vergadering regelmatig opgeroepen en samengesteld is en op rechtsgeldige wijze beraadslaagt;
- b) dat het besluit daartoe het voorwerp uitmaakt van een afzonderlijke stemming, gehouden na de goedkeuring van de jaarrekening;
- c) dat de beslissing om kwijting te verlenen genomen is met kennis van zaken, d.w.z. dat de ware toestand van de vennootschap niet verborgen mag worden gehouden door onjuistheden of weglatingen;
- d) dat extrastatutaire verrichtingen in het bijzonder moeten worden vermeld in de oproeping. Deze geldigheidsvereisten worden nu achtereenvolgens nader toegelicht.

a) Regelmatige algemene vergadering

8. Het spreekt vanzelf dat, zoals voor alle beslissingen van de algemene vergadering, ook voor de kwijting vereist is dat de algemene vergadering regelmatig is opgeroepen en samengesteld en op rechtsgeldige wijze heeft beraadslaagd²⁸. Voorts dienen voor de oproeping en de beraadslaging van de algemene vergadering waarop over de kwijting wordt beslist, een aantal specifieke vormvereisten te worden in acht genomen, die hierna in randnummers 9 en 11 worden besproken. Indien voor de bijeenkomst van de gewone algemene vergadering waarop over de aan de commissaris-revisor te verlenen kwijting werd beslist, de wettelijke of statutaire bepalingen betreffende de oproeping, de samenstelling of de beraadslaging niet werden nageleefd, kan die beslissing worden nietigverklaard onder de voorwaarden bepaald in artikel 190bis Vennootschappenwet²⁹.

b) Afzonderlijke stemming na goedkeuring van de jaarrekening

9. Luidens artikel 79, derde lid, Vennootschappenwet dient de algemene vergadering, na de goedkeuring van de jaarrekening, bij een afzonderlijke stemming te beslissen over de aan de commissaris-revisor te verlenen kwijting. Door voor de beslissing over de kwijting een afzonderlijke stemming te vereisen, wijkt deze bepaling af van het gemene recht, waarin de aan de lasthebber te verlenen kwijting zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend kan plaatshebben³⁰. Het vereiste van de afzonderlijke stemming brengt immers mee dat de aan de commissaris-revisor verleende kwijting, wil ze geldig zijn, uitdrukkelijk moet gebeuren.

²⁸ RONSE, J., o.c., p. 448; GOEMINNE, A., o.c., *R.W.*, 1995-96, p. 1006, nr. 24.

²⁹ GOEMINNE, A., *ibid.* Betreffende deze nietigverklaring, zie uitgebreider TILLEMANS, B., *De geldigheid van besluiten van de algemene vergadering. Het nieuwe artikel 190bis Venn. w.*, Kalmthout, Biblo, 1994, 245 p.

³⁰ Zie in die zin voor wat de kwijting aan bestuurders betreft: GOEMINNE, A., o.c., *R.W.*, 1995-96, p. 1004, nr. 19. Betreffende het gemene recht ter zake, zie *supra*, nr. 2 en de verwijzingen aldaar in voetnoot 8.

Daaruit volgt dat het zonder voorbehoud goedkeuren van de jaarrekening of de herbenoeming van de commissaris-revisor geen impliciete kwijting inhouden³¹.

Het vereiste van een afzonderlijke stemming over de aan de commissaris-revisor te verlenen kwijting, heeft tot gevolg dat in de oproeping voor de gewone algemene vergadering de over die kwijting te nemen beslissing als afzonderlijk agendapunt moet worden vermeld³². Indien de vennootschap een publiek beroep op het spaarwezen doet of heeft gedaan, moet de agenda bovendien het voorstel van beslissing over de kwijting vermelden (artikel 73, laatste lid, Vennootschappenwet). Voorts brengt het vereiste van een afzonderlijke stemming mee dat het voor de commissaris-revisor van belang is in de notulen van de algemene vergadering te laten opnemen dat over de aan de commissaris-revisor te verlenen kwijting een afzonderlijke stemming is gehouden en hoe de vergadering over die kwijting heeft gestemd, ten einde in geval van betwisting over een bewijs van een geldig verleende kwijting te beschikken³³. Aan te stippen valt dat over de kwijting wordt beslist met een eenvoudige meerderheid van stemmen, behoudens wanneer in de statuten anders is bepaald (artikel 74bis, § 1, Vennootschappenwet).

De afzonderlijke stemming over de aan de commissaris-revisor te verlenen kwijting kan luidens artikel 79, derde lid, Vennootschappenwet maar gehouden worden na de goedkeuring van de jaarrekening. Dit vereiste brengt mee dat, als de algemene vergadering de door de raad van bestuur voorgelegde jaarrekening verwierpt, zij aan de commissaris-revisor slechts kwijting zal kunnen verlenen nadat op een volgende algemene vergadering een nieuwe jaarrekening is voorgelegd en goedgekeurd³⁴.

c) Beslissing met kennis van zaken

10. Luidens artikel 79, derde lid, tweede zin, Vennootschappenwet, is de aan de bestuurders en commissarissen verleende kwijting «alleen dan rechtsgeldig, wanneer de ware toestand van de vennootschap niet wordt verborgen door enige weglating of onjuiste weergave in de jaarrekening». Hiermee wordt bedoeld dat de aan de bestuurders en de commissarissen verleende kwijting *met kennis van zaken* moet zijn gegeven³⁵. Zoals in het gemene recht ter zake van rechtshandelingen (zie artikelen 1109 e.v. B.W.), tast niet alleen bedrog de geldigheid van de kwijting aan, maar kunnen ook onopzettelijke weglatingen en onjuistheden in de jaarrekening meebrengen dat de beslissing van de algemene vergadering door dwaling is aangetast³⁶. Vereist is dan wel dat de algemene vergadering ten gevol-

³¹ Zie in die zin voor wat de kwijting aan bestuurders betreft: RONSE, J., o.c., p. 448; RESTEAU, C., BENOIT-MOURY, A. en GREGOIRE, A., *Traité des sociétés anonymes*, II, Brussel, Swinnen, 1982, p. 443, nr. 1248 en p. 448, nr. 1255; GOEMINNE, A., o.c., *R.W.*, 1995-96, p. 1005, nr. 21.

³² Zie in die zin voor wat de kwijting aan bestuurders betreft: GOEMINNE, A., o.c., *R.W.*, 1995-96, p. 1005, nr. 22.

³³ Zie in die zin voor wat de kwijting aan bestuurders betreft: GOEMINNE, A., o.c., *R.W.*, 1995-96, p. 1006, nr. 23.

³⁴ Zie in die zin voor wat de kwijting aan bestuurders betreft: GOEMINNE, A., o.c., *R.W.*, 1995-96, p. 1005, nr. 21.

³⁵ RONSE, J., o.c., 449; FORIERS, P.A. en VON KUEGELGEN, M., o.c., *Rev. Dr. U.L.B.*, Vol. 6, 1992-2, p. 36, nr. 43; FORIERS, P.A., o.c., in dit boek, nr. 31.

³⁶ Zie in die zin voor wat de kwijting aan bestuurders betreft: VAN RYN, J., o.c., p. 403-404, nr. 632; RONSE, J., *ibid.*; RESTEAU, C., BENOIT-MOURY, A. en GREGOIRE, A., *Traité des sociétés anonymes*, III, Brussel, Swinnen, 1985, p. 255-256, nr. 1555; GOEMINNE, A., o.c., *R.W.*, 1995-96, p. 1008, nr. 28; Cass., 18 juni 1925, *Pas.*, 1925, I, p. 297; *Rev. Prat. Soc.*, 1926, p. 228.

ge van die weglatingen en onjuiste weergaven geen waarheidsgetrouw beeld heeft gekregen van de ware toestand van de vennootschap. Als de algemene vergadering immers op een andere wijze, bijvoorbeeld door het verslag van de commissaris-revisor, kennis heeft gekregen van de werkelijke toestand van de vennootschap, brengen die weglatingen en onjuistheden de geldigheid van de kwijting niet in het gedrang³⁷.

Op het eerste gezicht zou men kunnen denken dat het vereiste van een beslissing met kennis van zaken over de kwijting enkel geldt voor de aan de bestuurders en zaakvoerders te verlenen kwijting, aangezien zij verantwoordelijk zijn voor het opstellen van de jaarrekening (artikel 77, eerste lid, Vennootschappenwet). Bij nader toezien speelt dit vereiste nochtans ook een, zij het geringere, rol voor de aan de commissaris-revisor te verlenen kwijting, aangezien diens belangrijkste taak er precies in bestaat controle uit te oefenen op de jaarrekening en de financiële toestand van de vennootschap (zie artikel 64, § 1, eerste lid, Vennootschappenwet). Om inzonderheid bij de aan de bestuurders te verlenen kwijting te kunnen uitmaken of «de ware toestand van de vennootschap niet wordt verborgen door enige weglating of onjuiste opgave in de jaarrekening» (artikel 79, derde lid, tweede zin, Vennootschappenwet), is de algemene vergadering in grote mate afhankelijk van het deskundige oordeel hierover van de commissaris-revisor³⁸. Daarom is het van belang dat de commissaris-revisor in zijn controleverslag zo nauwkeurig mogelijk aangeeft «hoe hij zijn controletaak heeft verricht» (artikel 65, eerste lid, 1°, Vennootschappenwet) en vooral bij betwistbare of delicate aangelegenheden de verplichte minimuminhoud van dit verslag nog aanvult met bijkomende gegevens, om aan de algemene vergadering te kunnen aantonen dat hij zijn controletaak naar behoren heeft uitgevoerd³⁹. Er mag immers niet uit het oog worden verloren dat dit controleverslag voor de algemene vergadering van aandeelhouders een essentieel beoordelingselement vormt voor de aan de bestuurders en de commissaris-revisor te verlenen kwijting⁴⁰. Door, zoals (al te) vaak in de praktijk gebeurt, in zijn controleverslag stereotiepe bewoordingen te gebruiken en/of door bij de vermelding «hoe hij zijn controletaak heeft verricht» (artikel 65, eerste lid, 1°, Vennootschappenwet) enkel te verwijzen naar de gebruikelijke professionele controleregelen, zoals die door het Instituut der Bedrijfsrevisoren zijn uitgevaardigd, loopt de commissaris-revisor immers het risico dat hem later wordt tegengeworpen dat die werkwijze (mede) heeft teweeggebracht dat de algemene vergadering geen kennis heeft gekregen van de ware toestand van de vennootschap en dat de hem verleende kwijting dus niet geldig is.

³⁷ Zie in die zin voor wat de kwijting aan bestuurders betreft: Cass., 12 februari 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, p. 661; *Pas.*, 1981, I, p. 639, met conclusie van de advocaat-generaal DECLERCO, R.; *J.T.*, 1981, p. 270; *B.R.H.*, 1981, p. 154, met noot VAN BRUYSTEGEM, B.; *Rev. Prat. Soc.*, 1981, p. 116, met noot COPPENS, P., *R.C.J.B.*, 1983, 5, met noot HEENEN, J.; RONSE, J., NELISSEN GRADE, J.-M. en VAN HULLE, K., m.m.v. LIEVENS, J. en LAGA, H., o.c., *T.P.R.*, 1986, p. 1278, nr. 258; GOEMINNE, A., o.c., *R.W.*, 1995-96, p. 1008-1009, nr. 29 en de talrijke verwijzingen bij die auteur.

³⁸ RESTEAU, C., BENOIT-MOURY, A., en GREGOIRE, A., o.c., III, p. 259, nr. 1556.

³⁹ WYMEERSCH, E., «De nieuwe voorschriften inzake vennootschapsinformatie evenals inzake commissaristoezicht», in *Het nieuwe vennootschapsrecht na de wet van 5 december 1984*, BRAECKMANS, H. en WYMEERSCH, E. (eds.), Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1985, (73), p. 97-98; BENOIT-MOURY, A., «Les pouvoirs et les responsabilités des commissaires», *Rev. Prat. Soc.*, 1986, nr. 6369, (1), p. 44, nr. 26; FORIERS, P.A. en VON KUEGELGEN, M., o.c., *Rev. Dr. U.L.B.*, Vol. 6, 1992-2, p. 45-46, nr. 58.

⁴⁰ MAES, J.-P. en VAN HULLE, K., *De hervorming van het bedrijfsrevisorat en de organisatie van het accountantsberoep*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1985, p. 81.

d) Bijzondere vermelding van extrastatutaire verrichtingen in de oproeping

11. Voor de verrichtingen die hebben plaatsgehad met overtreding van de statuten wordt de geldigheid van de kwijting in artikel 79, derde lid, *in fine*, Vennootschappenwet nog aan een bijkomende voorwaarde onderworpen. Luidens deze bepaling moeten deze verrichtingen «bepaaldelijk zijn aangegeven in de oproeping». Dit betekent dat in de oproeping tot de algemene vergadering waarop wordt beslist over de aan de bestuurders en de commissaris-revisor te verlenen kwijting, in het bijzonder moet worden vermeld welke extrastatutaire verrichtingen in het afgelopen boekjaar werden begaan, zodanig dat de aandeelhouders zich met kennis van zaken over de gevolgen van die verrichtingen kunnen uitspreken, zonder nog extra-inspanningen of specifieke opzoeken te moeten doen. Voor de geldigheid van de kwijting is het echter niet vereist dat de algemene vergadering ook een afzonderlijke stemming houdt over de extrastatutaire verrichtingen die in het bijzonder in de oproeping zijn vermeld⁴¹.

Algemeen wordt aangenomen dat het voor de geldigheid van de kwijting bijkomende vereiste dat de extrastatutaire verrichtingen in de oproeping tot de algemene vergadering in het bijzonder moeten worden vermeld, niet geldt voor de verrichtingen die een overtreding van de Vennootschappenwet inhouden⁴². Daarbij is de vraag gerezen of, in het geval bepalingen van de Vennootschappenwet in de statuten worden opgenomen, deze bepalingen daardoor het karakter van statutaire clausules verkrijgen, met als gevolg dat, als die bepalingen worden overtreden, ze slechts door de kwijting zullen gedekt zijn als ze in het bijzonder in de oproeping tot de algemene vergadering worden vermeld. Dit zou met name het geval kunnen zijn als de wettelijke bepaling die in de statuten werd overgenomen, nadien gewijzigd wordt en de desbetreffende statutaire clausule geldig kan blijven voortbestaan⁴³. Om deze gevolgtrekking en eventueel de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheidsverzwaring voor de bestuurders en de commissaris-revisor (zie respectievelijk artikel 62, tweede lid, en artikel 64octies, tweede lid, Vennootschappenwet) te vermijden, kan in de statuten worden gepreciseerd dat statutaire bepalingen die een letterlijke of inhoudelijke weergave zijn van geldende bepalingen van de Vennootschappenwet, enkel ter informatie worden vermeld en daardoor niet het karakter van statutaire clausules verkrijgen voor wat de toepassing van artikel 79, derde lid, *in fine*, Vennootschappenwet betreft⁴⁴.

Men zou kunnen denken dat het voor de geldigheid van de kwijting bijkomende vereiste dat de extrastatutaire verrichtingen in de oproeping tot de algemene vergadering in het bijzonder moeten worden vermeld, in de praktijk alleen van belang is voor de aan de bestuurders te verlenen kwijting. Nochtans speelt dit bijkomende vereiste ook een, zij het geringere, rol voor de aan de commissaris-revisor te verlenen kwijting. Zowel voor de bestuurders als voor de commissaris-revisor geldt er immers een bijzondere aansprakelijkheidsregeling voor overtreding van de statuten (zie respectievelijk artikel 62, tweede lid, en artikel 64octies, tweede lid, Vennootschappenwet) en beider aansprakelijkheden uit dien hoofde kunnen

⁴¹ RESTEAU, C., BENOIT-MOURY, A. en GREGOIRE, A., o.c., III, p. 261, nr. 1557; zie ook GOEMINNE, A., o.c., *R.W.*, 1995-96, p. 1010, nr. 32 en voetnoot 130 aldaar.

⁴² VAN RYN, J., o.c., I, p. 404, nr. 632; RONSE, J., o.c., p. 449; GOEMINNE, A., o.c., *R.W.*, 1995-96, p. 1010, nr. 34.

⁴³ RONSE, J., NELISSEN-GRADE, J.-M. en VAN HULLE, K., m.m.v. LIEVENS, J. en LAGA, H., o.c., *T.P.R.*, 1986, p. 1279, voetnoot 33; vgl. GOEMINNE, A., *ibid.*

⁴⁴ GOEMINNE, A., *ibid.*

nauw met elkaar samenhangen. Die bijzondere aansprakelijkheid van de commissaris-revisor geldt namelijk niet alleen wanneer hij een eigen, rechtstreekse inbreuk op de statuten begaat, maar ook als de bestuurders zo'n inbreuk plegen en de commissaris-revisor nalaat die inbreuk te melden aan de algemene vergadering, hoewel hij daartoe verplicht was, bijvoorbeeld als die extrastatutaire verrichting een weerslag heeft op de jaarrekening van de vennootschap⁴⁵.

D. Rechtsgevolgen van de kwijting

12. Voor een goed begrip van de rechtsgevolgen die de kwijting teweegbrengt, dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de rechtsgevolgen

- a) voor de vennootschap;
- b) voor derden;
- c) voor de individuele aandeelhouders;
- d) voor de faillissementscurator.

a) Rechtsgevolgen van de kwijting voor de vennootschap

13. Zoals hierboven reeds vermeld, heeft een aan de commissaris-revisor rechtsgeldig verleende kwijting tot gevolg dat de vennootschap afstand doet van haar recht om de commissaris-revisor aansprakelijk te stellen voor de fouten die deze tijdens het afgelopen boekjaar in de uitoefening van zijn opdracht zou hebben begaan⁴⁶. Anders gezegd, de *actio mandati* van de vennootschap tegen de commissaris-revisor gaat daardoor onherroepelijk teniet⁴⁷. Dit geldt eveneens voor de fouten van de commissaris-revisor die een overtreding van de Vennootschappenwet of de statuten uitmaken, mits in dit laatste geval voldaan is aan het bijzonder vormvereiste van artikel 79, derde lid, *in fine*, Vennootschappenwet⁴⁸. Meestal wordt aangenomen dat de aan de commissaris-revisor verleende kwijting hem ook vrijstelt van zijn buitencontractuele aansprakelijkheid jegens de vennootschap, in de eerder uitzonderlijke hypothese waarin die aansprakelijkheid kan spelen⁴⁹.

b) Rechtsgevolgen van de kwijting voor derden

14. De kwijting is een eenzijdige rechtshandeling waarvan de gevolgen beperkt blijven tot de daarbij betrokken partijen, namelijk de vennootschap en de commissaris-revisor. Het beginsel van de relativiteit van de gevolgen van overeenkomsten – en van rechtshandelingen in het algemeen – tegenover derden (zie artikel 1165 B.W.) brengt mee dat de kwijting geen uitwerking heeft tegenover derden die tegen de commissaris-revisor een aansprakelijkheidsvor-

⁴⁵ Zie de verwijzingen geciteerd in voetnoot 26.

⁴⁶ Zie *supra*, nr. 2 en de verwijzingen aldaar in voetnoot 12.

⁴⁷ Zie in die zin voor wat de kwijting aan bestuurders betreft: VAN RYN, J., o.c., I, p. 403, nr. 630; RONSE, J., o.c., p. 450; GOEMINNE, A., o.c., *R.W.*, 1995-96, p. 1010-1011, nrs. 35 en 38.

⁴⁸ Betreffende dit bijzonder vormvereiste, zie *supra*, nr. 11 en de verwijzingen aldaar.

⁴⁹ VAN OEVELEN, A., o.c., *Handels-Economisch en Financieel Recht. Post-universitaire cyclus Willy Delva 1994-1995*, p. 276, nr. 48 en de verwijzingen aldaar in voetnoot 133; *adde*: GOEMINNE, A., o.c., *R.W.*, 1995-96, p. 1011, nr. 38 (voor wat de kwijting aan de bestuurders betreft); FORIERS, P.A., o.c., in dit boek, nr. 31.

dering zouden willen instellen⁵⁰. Ondanks de aan de commissaris-revisor geldig verleende kwijting kunnen derden hem nog steeds tot schadeloosstelling aanspreken, hetzij op grond van artikelen 1382-1383 B.W., in het geval zijn contractuele wanprestatie tegenover de vennootschap tevens los en onafhankelijk van het contract, een onrechtmatige daad tegenover derden uitmaakt⁵¹, hetzij op grond van artikel 64octies, tweede lid, Vennootschappenwet wegens overtreding van de Vennootschappenwet of van de statuten⁵².

Enkel in het uitzonderlijke geval waarin derden, schuldeisers van de vennootschap, bij wege van de zijdelingse vordering (zie artikel 1166 B.W.) de *actio mandati* tegen de commissaris-revisor instellen wegens diens contractuele tekortkoming(en), kan deze laatste de hem geldig verleende kwijting wel tegenwerpen aan die derden. In dat geval oefenen die derden immers, in naam en voor rekening van hun schuldenaar, de vennootschap, enkel de eigen rechten van deze laatste uit⁵³.

Voorts kunnen derden, schuldeisers van de vennootschap, indien aan de commissaris-revisor kwijting zou verleend zijn met bedrieglijke benadeling van hun rechten, die beslissing tot kwijting aanvechten op grond van de Pauliaanse vordering (artikel 1167 B.W.) en die beslissing aan hen niet tegenwerpelijk laten verklaren⁵⁴.

c) Rechtsgevolgen van de kwijting voor de individuele aandeelhouders

15. Aangezien de individuele aandeelhouders moeten worden beschouwd als derden tegenover de beslissing waarbij de vennootschap, als afzonderlijke rechtspersoon, kwijting verleende aan haar commissaris-revisor, blijft deze kwijting ook zonder uitwerking tegenover de individuele aandeelhouders wanneer dezen de commissaris-revisor zouden willen aanspreken tot vergoeding van een eigen schade die zij persoonlijk zouden hebben geleden en die onderscheiden is van de door de vennootschap geleden schade⁵⁵. De kans dat een individuele aandeelhouder zo'n vordering instelt is vrij klein, omdat hij in de praktijk slechts zelden zal kunnen bewijzen dat hij door een buitencontractuele fout van de com-

⁵⁰ Zie in die zin voor wat de kwijting aan bestuurders betreft: VAN RYN, J., o.c., I, p. 403, nr. 630; RONSE, J., o.c., p. 451; FORIERS, P.A., o.c., *De behoorlijke beëindiging van overeenkomsten*, p. 140, nr. 36; FORIERS, P.A., o.c., *Les contrats de services*, p. 186, nr. 69; GOEMINNE, A., o.c., *R.W.*, 1995-96, p. 1011, nr. 37 en p. 1015, nr. 50.

⁵¹ Betreffende deze aansprakelijkheid van de commissaris-revisor, zie FORIERS, P.A. en VON KUEGELGEN, M., o.c., *Rev. Dr. U.L.B.*, Vol. 6, 1992-2, p. 21-22, nrs. 19-20; VAN OEVELEN, A., o.c., *Handels-Economisch en Financieel Recht*. Post-universitaire cyclus Willy Delva 1994-1995, p. 277-278, nr. 49; FORIERS, P.A., o.c., in dit boek, nrs. 16-18.

⁵² Betreffende deze aansprakelijkheid van de commissaris-revisor, zie FORIERS, P.A. en VON KUEGELGEN, M., o.c., *Rev. Dr. U.L.B.*, Vol. 6, 1992-2, p. 51-55, nrs. 69-73; VAN OEVELEN, A., o.c., *Handels-Economisch en Financieel Recht*. Post-universitaire cyclus Willy Delva 1994-1995, p. 278-281, nrs. 50-51; FORIERS, P.A., o.c., in dit boek, nrs. 34-40.

⁵³ Zie in die zin voor wat de kwijting aan bestuurders betreft: RONSE, J., o.c., 451; RESTEAU, C., BENOIT-MOURY, A. en GREGOIRE, A., o.c., II, p. 188-189, nr. 945; GOEMINNE, A., o.c., *R.W.*, 1995-96, p. 1015, nr. 50; Rb. Charleroi, 7 januari 1956, *Rev. Prat. Soc.*, 1956, p. 141, nr. 4578.

⁵⁴ Zie in die zin voor wat de kwijting aan bestuurders betreft: RONSE, J., *ibid.*; RESTEAU, C., BENOIT-MOURY, A. en GREGOIRE, A., o.c., II, p. 189-190, nr. 946; GOEMINNE, A., o.c., *R.W.*, 1995-96, p. 1015, voetnoot 217.

⁵⁵ Zie in die zin voor wat de kwijting aan bestuurders betreft: VAN RYN, J., o.c., I, p. 403, nr. 630; RONSE, J., *ibid.*; GOEMINNE, A., o.c., *R.W.*, 1995-96, p. 1014, nr. 45.

missaris-revisor een persoonlijke schade heeft geleden die onderscheiden is van de schade die de vennootschap door die fout zou hebben ondergaan⁵⁶.

Bovendien is voor het welslagen van zo'n aansprakelijkheidsvordering vereist dat de individuele aandeelhouder die aan de commissaris-revisor verleende kwijting niet heeft goedgekeurd, m.a.w. niet aanwezig was op de algemene vergadering waarop over die kwijting werd beslist, zich bij de stemming daarover onthouden heeft of tegengestemd heeft, want door het goedkeuren van de kwijting zou hij afstand gedaan hebben van het recht om tegen de commissaris-revisor een aansprakelijkheidsvordering in te stellen⁵⁷.

Aan te stippen valt dat een of meer individuele aandeelhouders tegen de commissaris-revisor geen minderheidsvordering voor rekening van de vennootschap kunnen instellen⁵⁸. Zoals bekend, kan sinds de wet van 18 juli 1991 tot wijziging van de Vennootschappenwet, tegen de bestuurders wel zo'n minderheidsvordering worden ingesteld.

d) Rechtsgevolgen van de kwijting voor de faillissementscurator

16. Inzake de gevolgen van de door de vennootschap aan de commissaris-revisor verleende kwijting voor de curator van het nadien uitgesproken faillissement van die vennootschap, wordt traditioneel een onderscheid gemaakt naargelang de hoedanigheid waarin de curator is opgetreden bij het instellen van een aansprakelijkheidsvordering tegen de commissaris-revisor. Indien de curator als vertegenwoordiger van de failliet verklaarde vennootschap tegen de commissaris-revisor de *actio mandati* instelt, wordt meestal aangenomen dat de commissaris-revisor de hem vóór het faillissement rechtsgeldig verleende kwijting aan de curator kan tegenwerpen. Als de curator daarentegen opkomt als vertegenwoordiger van de gezamenlijke schuldeisers en dus als derde tegen de commissaris-revisor een aansprakelijkheidsvordering instelt op grond van artikelen 1382-1383 B.W. of op grond van artikel 64octies, tweede lid, Vennootschappenwet, kan de commissaris-revisor volgens de klassieke leer de hem vóór het faillissement rechtsgeldig verleende kwijting niet inroepen tegen de curator⁵⁹.

Recent hebben enkele auteurs op deze klassieke leer de kritiek uitgeoefend dat ze aan de curator de mogelijkheid biedt om zich naar eigen goeddunken op te stellen als vertegenwoordiger van de gezamenlijke schuldeisers en zo de aan de commissaris-revisor verleen-

⁵⁶ Zie in die zin voor wat de kwijting aan bestuurders betreft: GOEMINNE, A., *ibid.*

⁵⁷ Zie in die zin voor wat de kwijting aan bestuurders betreft: RONSE, J., o.c., p. 451; GOEMINNE, A., *ibid.*

⁵⁸ VAN OEVELEN, A., o.c., *Handels-Economisch en Financieel Recht*, Post-universitaire cyclus Willy Delva 1994-1995, p. 276, nr. 48 en de verwijzingen aldaar in voetnoot 134; *adde*: FORIERS, P.A., o.c., in dit boek, nr. 41.

⁵⁹ Zie in die zin voor de commissaris-revisor en de bestuurder: VAN OMMESLAGHE, P., «Développements récents de la responsabilité civile professionnelle en matière économique», in *L'évolution récente du droit commercial et économique*, Brussel, Éditions du Jeune Barreau, 1978, (7), p. 17, nr. 6 en p. 20, nr. 8; zie in die zin voor wat de kwijting aan bestuurders betreft: RONSE, J., NELISSEN GRADE, J.M. en VAN HULLE, K., m.m.v. LIEVENS, J. en LAGA, H., o.c., *T.P.R.*, 1986, p. 1279, nr. 258; FAGNART, J.-L., «La responsabilité des administrateurs de la société anonyme», in *La responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés*, Brussel, Éditions du Jeune Barreau, 1991, (1), p. 35, nr. 41; GEENS, K. en LAGA, H., o.c., *T.P.R.*, 1993, p. 1062, nr. 149; Bergen, 16 mei 1979, *Rev. Prat. Soc.*, 1979, p. 158, nr. 6036; *B.R.H.*, 1980, p. 322; Gent, 1 maart 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 434.

de kwijting opzij te schuiven. Deze auteurs verdedigen integendeel de opvatting dat de curator noch de gefailleerde vennootschap noch de gezamenlijke schuldeisers vertegenwoordigt, maar enkel de rechten en vorderingen van het buiten bezit gestelde vennootschapsvermogen uitoefent, m.a.w. de rechten en vorderingen die de gefailleerde vennootschap zelf had kunnen uitoefenen indien ze door het faillissement niet buiten bezit was gesteld⁶⁰ Indien men deze zienswijze onderschrijft – en hiervoor kunnen ook aanknopingspunten worden gevonden in een cassatiearrest van 1 december 1989⁶¹ –, dan vloeit hieruit voort dat de vóór het faillissement aan de commissaris-revisor rechtsgeldig verleende kwijting ook aan de curator kan worden tegengeworpen⁶².

III. De verjaring van de aansprakelijkheidsvordering

17. Luidens artikel 194, eerste lid, vierde streepje, Vennootschappenwet, verjaren door verloop van vijf jaren «alle rechtsvorderingen tegen (...) commissarissen (...), wegens verrichtingen in verband met hun taak, te rekenen van die verrichtingen of, indien ze met opzet verborgen zijn gehouden, te rekenen van de ontdekking».

Wegens de algemene bewoordingen waarin deze bepaling is geformuleerd wordt meestal aangenomen dat die vijfjarige verjaringstermijn van toepassing is **ongeacht de aard van de fout** die tot de aansprakelijkheid aanleiding geeft. Het kan dus gaan om zowel een zuiver contractuele fout als een onrechtmatige daad of een inbreuk op de Vennootschappenwet of de statuten⁶³.

Indien de tegen de commissaris-revisor ingeroepen fout evenwel terzelfdertijd ook een strafbaar feit vormt, verjaart de daarop gebaseerde burgerlijke rechtsvordering na vijf jaar,

⁶⁰ Zie in die zin voor wat de kwijting aan bestuurders betreft: COLLE, PH., «Recente ontwikkelingen in het faillissementsrecht: de ware functie van de curator, de boedelschulden en het faillissement van de vennootschap in vereffening», in *Handels-Economisch en Financieel Recht*, Post-universitaire cyclus Willy Delva 1994-1995, STORME, M., WYMEERSCH, E. en BRAECKMANS, H. (ed.), Gent, Mys & Breesch, 1995, (1), p. 10, nr. 11; VAN BUGGENHOUT, C., «De rechtspositie van de curator in het faillissementsrecht en het sociaal recht», in *Handels-Economisch en Financieel Recht*, Post-universitaire cyclus Willy Delva, 1994-1995, STORME, M., WYMEERSCH, E. en BRAECKMANS, H. (ed.), Gent, Mys & Breesch, 1995, (27), p. 30-42; zie ook: GOEMINNE, A., o.c., *R.W.*, 1995-96, p. 1016, nr. 52.

⁶¹ Cass., 1 december 1989, *Arr. Cass.*, 1989-90, p. 458; *Pas.*, 1990, I, p. 406; *R.W.*, 1989-1990, p. 1260.

⁶² COLLE, PH., o.c., *Handels-Economisch en Financieel Recht*. Post-universitaire cyclus Willy Delva 1994-1995, p. 10, nr. 11.

⁶³ FORIERS, P.A. en VONKUEGELGEN, M., o.c., *Rev. Dr. U.L.B.*, Vol. 6, 1992-2, p. 37, nr. 46; VAN OEVELEN, A., o.c., *Handels-Economisch en Financieel Recht*, Post-universitaire cyclus Willy Delva 1994-1995, p. 281, nr. 51; FORIERS, P.A., o.c., in dit boek, nr. 32; zie in die zin voor wat de aansprakelijkheid van bestuurders betreft: VAN RYN, J., o.c., I, p. 405, nrs. 634 en 636; RONSE, J., NELISSEN GRADE, J.-M. en VAN HULLE, K., m.m.v. LIEVENS, J. en LAGA, H., o.c., *T.P.R.*, 1986, p. 1302, nr. 291; FAGNART, J.-L., o.c., *La responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés*, p. 36, nr. 43 en de aldaar in voetnoot 116 geciteerde rechtspraak; GEENS, K. en LAGA, H., o.c., *T.P.R.*, 1993, p. 1063, nr. 151; zie nochtans VAN OMMESSLAGHE, P., o.c., *L'évolution récente du droit commercial et économique*, p. 20, nr. 8, die, naar mijn oordeel ten onrechte, de opvatting verdedigt dat artikel 194 Vennootschappenwet enkel slaat op de aansprakelijkheidsvorderingen die op deze wet zijn gegrond, en dat bijgevolg een op artikel 1382 B.W. gebaseerde aansprakelijkheidsvordering aan de dertigjarige verjaringstermijn is onderworpen, maar met dien verstande dat de burgerlijke rechtsvordering voortvloeiend uit een misdrijf verjaart na vijf jaar, maar niet vóór de strafvordering (artikel 26 Voorafg. Titel Sv.).

maar niet vóór de strafvordering (artikel 26 Voorafg. Titel Sv.⁶⁴). Aan te stippen valt dat laatstgenoemde vijfjarige verjaringstermijn ook geldt voor misdrijven voorzien in bijzondere strafwetten (zie artikel 28, eerste lid, Voorafg. Titel Sv.)⁶⁵. Specifiek voor wat de aansprakelijkheid van de commissaris-revisor betreft, dient hier te worden gewezen op het grote belang van artikel 17, derde lid, van de Boekhoudwet van 17 juli 1975, dat strafbaar stelt «hij die als commissaris, commissaris-revisor, revisor of onafhankelijk deskundige rekeningen, jaarrekeningen, balansen en resultatenrekeningen of geconsolideerde rekeningen van ondernemingen attesteert of goedkeurt, terwijl niet is voldaan aan de (bepalingen van deze wet en haar uitvoeringsbesluiten), en hij daarvan kennis heeft of niet heeft gedaan wat hij had moeten doen om zich te vergewissen of aan die bepalingen is voldaan». Een commissaris-revisor die bij de controle van de rekeningen van een vennootschap niet de nodige zorgvuldigheid aan de dag legt om na te gaan of deze beantwoorden aan de vereisten van de Boekhoudwet en haar uitvoeringsbesluiten, stelt zich dus bloot aan strafsancties en eventueel ook aan een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering van de vennootschap die hem heeft aangesteld voor de uit die onzorgvuldigheid voortvloeiende schade⁶⁶.

18. Wegens de algemene bewoordingen waarin artikel 194, eerste lid, vierde streepje, Vennootschappenwet is geformuleerd, dient te worden aangenomen dat de daarin voorziene vijfjarige verjaringstermijn ook van toepassing op de *bijzondere opdrachten* die hem krachtens de Vennootschappenwet werden toevertrouwd⁶⁷. Voor deze opvatting pleit in de eerste plaats dat deze wetsbepaling geen onderscheid maakt tussen de algemene controletaak van de commissaris-revisor en de specifieke taken die hem krachtens de Vennootschappenwet kunnen worden opgedragen, zodat dit onderscheid ook niet mag worden gemaakt door degenen die deze wetsbepalingen dienen uit te leggen en toe te passen: *ubi lex non distinguit, distinguere non debemus*. Een tweede argument ten voordele van deze zienswijze is dat de doctrine en de rechtspraak, bij de toepassing van dezelfde wetsbepaling op de aansprakelijkheidsvordering tegen bestuurders, nooit een onderscheid hebben gemaakt naargelang de aard van de daad van de bestuurders en steeds van oordeel zijn geweest dat de in die wetsbepaling gebruikte bewoordingen «verrichtingen in verband met hun taak» ruim moeten worden geïnterpreteerd en alle daden van de bestuurders omvatten⁶⁸. Er is geen enkele reden om dezelfde ruim geformuleerde wetsbepaling ver-

⁶⁴ VAN OEVELEN, A., o.c., *Handels-Economisch en Financieel Recht*, Post-universitaire cyclus Willy Delva 1994-1995, p. 277, nr. 48; zie in die zin voor wat de bestuurdersaansprakelijkheid betreft: Cass., 29 mei 1980, *Arr. Cass.*, 1979-1980, p. 1201; *Pas.*, 1980, I, p. 1190; *J.T.*, 1980, p. 653; *B.R.H.*, 1980, p. 563, met noot STRANART, A.M.; *R.W.*, 1980-1981, p. 2017; *Rev. Prat. Soc.*, 1981, p. 21, nr. 6668, met noot NELISSEN GRADE, J.-M.; FAGNART, J.L., o.c., *La responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés*, p. 37, nr. 44; GEENS, K. en LAGA, H., *ibid.* en de verwijzingen aldaar.

⁶⁵ Cass., 29 mei 1980, geciteerd in vorige voetnoot; WILMS, W., *De verjaring van de burgerlijke vordering voortvloeiend uit een misdrijf*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, p. 183, nr. 243; GEENS, K. en LAGA, H., *ibid.*; VERSTRAETEN, R., *Handboek Strafvordering*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu Uitgevers, 1994, p. 113, nr. 255.

⁶⁶ FORIERS, P.A. en VON KUEGELGEN, M., o.c., *Rev. Dr. U.L.B.*, Vol. 6, 1992-2, p. 15, nr. 7; FORIERS, P.A., o.c., in dit boek, nr. 5; zie ook: VAN OMMESLAGHE, P., «La responsabilité des professionnels de la comptabilité et de la révision comptable», *Revue belge de la Comptabilité et de l'Informatique*, 1982, nr. 1, (1), p. 6, randnr. 7.

⁶⁷ *Contra*: FORIERS, P.A. en VON KUEGELGEN, M., o.c., *Rev. Dr. U.L.B.*, Vol. 6, 1992-2, p. 37-38, nr. 46 en p. 59, nr. 76; FORIERS, P.A., o.c., in dit boek, nr. 32.

⁶⁸ RONSE, J., NELISSEN GRADE, J.M. en VAN HULLE, K., m.m.v. LIEVENS, J. en LAGA, H., o.c., *T.P.R.*, 1986, p. 1302, nr. 291 en de aldaar geciteerde auteurs; Cass., 29 mei 1980, geciteerd in voetnoot 64; Rb. Brussel, 19 februari 1987, *Rev. Prat. Soc.*, 1987, 152; Rb. Brugge, 25 september 1989, *R.W.*, 1990-91, p. 1205.

schillend te gaan uitleggen en toepassen naargelang het gaat om bestuurders dan wel om commissarissen-revisoren.

De vijfjarige verjaringstermijn van artikel 194, eerste lid, vierde streepje, Vennootschappenwet is daarentegen niet van toepassing op de bijzondere opdrachten die op zuiver contractuele basis aan de commissaris-revisor worden toevertrouwd en die hun rechtsgrond niet in de Vennootschappenwet vinden⁶⁹.

19. In het raam van een ruimere studie van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor in het algemeen werd door P.A. FORIERS en M. VAN KUEGELGEN onderzocht of de bijzondere opdrachten die door de Vennootschappenwet aan een revisor worden toevertrouwd, kunnen worden beschouwd als deskundigenopdrachten in de zin van artikel 2276ter, § 1, B.W.⁷⁰. Krachtens deze bepaling zijn deskundigen bevrijd van hun professionele aansprakelijkheid en zijn zij niet meer aansprakelijk voor de bewaring van de hun toevertrouwde stukken tien jaar na het beëindigen van hun taak of, als deze hun krachtens de wet werd opgedragen, vijf jaar na de indiening van hun verslag.

Het komt me voor dat dit probleem niet rijst in het raam van de hier behandelde beperktere problematiek van de verjaring van de aansprakelijkheidsvordering tegen de commissaris-revisor, die specifiek geregeld wordt door artikel 194, eerste lid, vierde streepje, Vennootschappenwet, dat moet worden beschouwd als een *lex specialis* ten opzichte van artikel 2276ter, § 1, B.W. en derhalve hierop primeert: *les specialis generalibus derogat*. Uit de parlementaire voorbereidingsstukken van de wet van 13 februari 1990 waarbij het artikel 2276ter in het Burgerlijk Wetboek werd ingevoegd, blijkt bovendien dat de wetgever de aansprakelijkheidsvordering tegen deskundigen aan de gemeenrechtelijke verjaringstermijn van dertig jaar (artikel 2262 B.W.) heeft willen onttrekken, omdat tal van andere intellectuele en vrije beroepen na verloop van een kortere termijn van hun aansprakelijkheid zijn ontslagen. Daarbij wordt uitdrukkelijk verwezen naar de vijfjarige verjaringstermijn van de aansprakelijkheidsvordering tegen zaakvoerders, bestuurders, commissarissen en bestuurders van vennootschappen (artikel 194 Vennootschappenwet)⁷¹.

⁶⁹ FORIERS, P.A. en VAN KUEGELGEN, M., o.c., *Rev. Dr. U.L.B.*, Vol. 6, 1992-2, p. 38, nr. 46; FORIERS, P.A., o.c., in dit boek, nr. 32.

⁷⁰ FORIERS, P.A. en VAN KUEGELGEN, M., o.c., *Rev. Dr. U.L.B.*, Vol. 6, 1992-2, p. 38-39, nrs. 47-50; FORIERS, P.A., o.c., in dit boek, nr. 33.

⁷¹ Memorie van toelichting «bij het wetsontwerp tot invoeging van een artikel 22ter in het Burgerlijk Wetboek», *Gedr. St., Kamer*, B.Z. 1988, nr. 367/1, p. 1-2; *verslag* BECKERS bij hetzelfde wetsontwerp, *Gedr. St., Kamer*, 1988-89, nr. 367/2, p. 2.

AANSPRAKELIJKHEID VAN DE BEDRIJFSREVISOR BIJ OVERNAMES VAN VENNOOTSCHAPPEN

Jean-Marie NELISSEN GRADE

Advocaat

Hoogleraar K.U. Leuven

De partijen, of één van hen, doen vaak een beroep op revisoren in het raam van overnames van vennootschappen. De opdrachten die de revisoren daarbij vervullen kunnen zeer verscheiden zijn. Om de aard en de omvang van de aansprakelijkheid van de revisor bij de uitvoering van dergelijke opdrachten te bepalen moet worden nagegaan wie de opdracht heeft gegeven, welke de inhoud ervan is, of zij al dan niet valt binnen het wettelijk kader van de taak van de revisor in het algemeen en van de commissaris-revisor in het bijzonder.

1. Zo kan aan een revisor worden gevraagd de jaarrekening, of een tussentijdse boekhoudkundige staat te certificeren. Dit laatste komt vooral voor met het oog op het bepalen van de inhoud van de gebruikelijke contractuele garanties die de verkoper aan de koper verschaft. Dergelijke garanties worden immers verleend ten aanzien van de posten van het actief en het passief van een balans. Komt de overname tot stand geruime tijd na het afsluiten van het boekjaar, dan is het gebruikelijk de garanties te geven ten aanzien van een tussentijdse boekhoudkundige staat die met het oog op het geven van de garanties wordt opgesteld.

Dit soort opdrachten wordt normaal toevertrouwd aan de commissaris-revisor van de vennootschap.

Uitzonderlijk kan het voorkomen dat de koper aan een andere revisor opdracht geeft om een tussentijdse staat, samen met de commissaris-revisor van de betrokken vennootschap, op te stellen, en, in voorkomend geval, deze staat te certificeren.

2. Het certificeren van dergelijke tussentijdse staat behoort in ieder geval niet tot de normale opdracht van de commissaris-revisor als bedoeld in artikelen 64, § 1 en 65 Venn. w.

Men heeft hier eerder te doen met een bijzondere opdracht die overigens het voorwerp kan uitmaken van een bijzondere bezoldiging overeenkomstig artikel 64ter, § 1, lid 2 Venn. w.

De bijzondere aansprakelijkheid volgens artikel 64octies Venn. w. vindt dus geen toepassing.

De commissaris-revisor is in de eerste plaats contractueel aansprakelijk jegens de opdrachtgever, in casu, de koper of de verkoper van de controleparticipatie.

Wellicht valt het attesteren van een tussentijdse staat onder de notie rekeningen (of «deskundige rekeningen») bedoeld in artikel 17, lid 3 Boekhoudwet, zodat de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de revisor in het gedrang kan komen.

Op die grond kan hij ook buiten overeenkomst jegens derden aansprakelijk worden gesteld.

3. De vraag of de revisor zijn aansprakelijkheid voor de uitvoering van dergelijke opdrachten contractueel kan beperken, is moeilijker te beantwoorden.

Revisoren kunnen hun aansprakelijk inderdaad niet beperken «voor de uitoefening van hun beroepstaken» (artikel 9bis W. 22.7.1953).

Met P.A.FORIERS zijn wij de mening toegedaan dat deze regel enkel toepassing vindt op de wettelijke opdrachten omschreven in artikel 3 van genoemde wet¹.

Het is echter niet duidelijk of het certificeren van een tussentijdse balans tot deze wettelijke opdrachten behoort².

Eenzijds wordt het «certificeren» of «attesteren» van rekeningen in het algemeen door geen enkele wettelijke bepaling aan de revisoren voorbehouden.

Anderzijds wordt het begrip «revisorale opdracht» in artikel 1, 4° K.B. van 10 januari 1994 betreffende de plichten van de bedrijfsrevisoren, als volgt omschreven: «*elke opdracht die ertoe strekt, met het oog op bekendmaking, een deskundig oordeel te geven over de getrouwheid en waarachtigheid van een jaarrekening, van een tussentijdse boekhoudkundige staat, van een waardering of van andere economische en financiële informatie, verschaft door een onderneming of instelling ...*».

Men zou op grond van deze bepaling de stelling kunnen verdedigen dat het attesteren of certificeren van een tussentijdse boekhoudkundige staat behoort tot de beroepstaak van de revisor als bedoeld in artikel 9bis W. 22.7.1953.

Met de woorden «met het oog op bekendmaking» wordt, blijkens de context, blijkbaar bedoeld de mededeling aan de ondernemingsraad of aan de algemene vergadering van aandeelhouders.

Welnu, het certificeren van een tussentijdse staat op verzoek van de koper of van de verkoper van een controleparticipatie in een vennootschap, is normaal niet voor bekendmaking in deze betekenis bestemd.

Daaruit volgt dat dergelijke taken niet tot de wettelijke opdracht van de revisor behoren, en dat een contractuele beperking van de aansprakelijkheid, overeenkomstig het gemeen recht mogelijk is.

4. Meestal is de opdracht van de revisor bij overnames echter van een enigszins andere aard. De koper gelast hem niet de jaarrekening of een tussentijdse balans te certificeren, maar een zogenaamde «audit» uit te voeren. De bedoeling daarvan is niet enkel de rekeningen te verifiëren, maar de koper bij te staan bij het bepalen van de waarde van de onderneming.

Het auditverslag bij een overname heeft veel gemeen met het verslag dat de bedrijfsrevisor met toepassing van artikelen 29bis en 34, § 2 Venn. w. moet uitvoeren in geval van niet-geldelijke inbrengen in vennootschap.

Men heeft hier echter niet te doen met een wettelijke opdracht maar met een opdracht waarvan de inhoud door de partijen moet worden vastgesteld.

Overigens gaat de bezorgdheid van de koper dikwijls uit naar bijzondere punten. De koper wil bv. vooral onbekende risico's, verbintenissen of schulden opsporen. Of hij wil de waarderingen, afschrijvingen, waardeverminderingen en voorzieningen toetsen aan zijn eigen waarderingsregels, eerder dan aan de door de raad van bestuur van de betrokken ven-

¹ Zie de bijdrage van FORIERS, nr. 30.

² Voor een overzicht van deze wettelijke opdrachten, zie: *Vademecum van de Bedrijfsrevisor*, uitg. 1995, p. 479 e.v.

nootschap vastgestelde regels. Of hij wil vooral de toekomstige recurrente winstcapaciteit van de onderneming ramen. Of hij wil nagaan of synergieën met zijn eigen onderneming tot de verhoopte kostenbesparing en verbetering van de rendabiliteit zullen leiden.

Ook de verkoper kan, onder omstandigheden, opdracht geven tot het uitvoeren van een dergelijke audit. In de praktijk van de overnames van vennootschappen wordt het inderdaad meer en meer gebruikelijk van de verkoper zeer algemene en verstrekkende garanties te eisen. De verkoper kan de inhoud van deze garanties dan enkel afzwakken door de praktijk van de «disclosures», namelijk door het bekend maken van feiten en gegevens die een uitzondering vormen op de garanties omdat zij voor de ondertekening van de overeenkomst bekend gemaakt zijn, meestal onder de vorm van uitvoerige bijlagen aan de overeenkomst. Dit verplicht in feite de verkoper om zelf een grondige audit van zijn eigen onderneming door te voeren om de inhoud van de van hem gevraagde garanties te beperken.

De regels die de aansprakelijkheid van de revisor op dit punt beheersen zijn de gemeenrechtelijke regels van de contractuele aansprakelijkheid. De rechtsverhouding tussen de koper (of de verkoper) en de revisor is een aanneming van werk, die in wezen niet afwijkt van een gelijkaardige overeenkomst die met om het even welke andere consultant of expert zou worden aangegaan.

De aansprakelijkheid van de revisor geldt jegens zijn opdrachtgever en is dus van contractuele aard. Zoals bekend komt samenloop van de contractuele aansprakelijkheid met buitencontractuele aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in de praktijk enkel voor indien de contractuele wanprestatie tevens strafrechtelijk wordt beteugeld. Te dezen vindt artikel 17 Boekhoudwet echter geen toepassing nu de revisor geen rekeningen goedkeurt of «attesteert».

Om misverstanden te voorkomen valt het sterk aan te raden de opdracht van de revisor in deze omstandigheden zo nauwkeurig mogelijk te omschrijven. Als de bezorgdheid van de opdrachtgever naar een bepaald punt uitgaat, is het belangrijk te bepalen in hoeverre de opdracht van de revisor ook op andere punten betrekking heeft.

Nu deze opdracht in ieder geval buiten de taak van de commissaris-revisor valt, is artikel 64octies Venn. w. uiteraard niet van toepassing.

Dergelijke auditopdracht behoort ook niet tot de wettelijke opdrachten van de bedrijfsrevisor als bedoeld in artikel 3 van de Wet van 1953. Artikel 9bis van deze Wet vindt derhalve geen toepassing³. De revisor kan zijn aansprakelijkheid voor de uitoefening van dergelijke opdrachten overeenkomstig het gemeenrecht beperken bv. tot de grove fout in de uitvoering van zijn opdracht, gesteld dat de opdrachtgever hiertoe bereid is. Overeenkomstig het gemeen recht, kan hij zich niet vrijstellen voor opzet, of voor fouten die het wezen zelf van de aangegane verbintenissen zouden aantasten.

Overeenkomstig het gemeen recht is de revisor in beginsel voor de uitvoering van een dergelijke auditopdracht niet aansprakelijk jegens derden, inz. jegens de wederpartij van zijn opdrachtgever. Deze klassieke regel moet echter sterk genuanceerd worden.

Krachtens de klassieke coëxistentieregel kan een contractuele tekortkoming slechts een buitencontractuele aansprakelijkheid jegens derden opleveren als die contractuele wan-

³ Zie de bijdrage van P.A.FORIERS, nr. 30.

prestatie, los van het contract, een onrechtmatige daad tegenover derden uitmaakt. Daarbij wordt echter aangenomen dat de aard en de strekking van het contract en van de daaruit voortvloeiende contractuele verplichtingen, ten voordele van derden leiden tot een verhoging of verscherping van de zorgvuldigheidsverplichtingen die in dat contract vervat liggen. Dit is het geval als de debiteur van die contractuele verplichtingen wist of behoorde te weten dat hij door zijn contractuele wanprestatie aan derden schade zou berokkenen.

De tendens tot vervaging van het onderscheid tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid geldt zeker wanneer een contractuele opdracht aan een professional wordt gegeven, gelet op de bijzondere verplichtingen die op een vakman rusten. Dit geldt in het bijzonder voor de bedrijfsrevisor nu dit beroep in het openbaar belang werd gereglementeerd⁴. Derden moeten kunnen vertrouwen op diens deskundigheid en onafhankelijkheid⁵. Dit zal met name het geval zijn indien het rapport van de revisor bestemd is om aan derden te worden overgelegd, zoals het verslag besteld door de verkoper van een controleparticipatie in een vennootschap, die in het raam van de onderhandelingen door de verkoper aan de koper wordt medegedeeld⁶.

Ook op dit punt zijn duidelijke afspraken tussen de revisor en zijn opdrachtgever derhalve aangewezen. Indien het rapport enkel voor de opdrachtgever bestemd is, verdient het aanbeveling zulks uitdrukkelijk in het verslag te vermelden.

5. De revisor kan ook aangesteld worden om, met toepassing van artikel 1592 B.W.⁷, de prijs van de over te dragen aandelen te bepalen. Een dergelijke opdracht wordt hem ook vaak toevertrouwd in het raam van contractuele of statutaire voorkoopclausules. In overnameovereenkomsten wordt hem zelden gevraagd de prijs volledig te bepalen. Wel komt het regelmatig voor dat een beroep op hem wordt gedaan in uitvoering van een clause van prijsaanpassing, waarbij de door de partijen bepaalde prijs wordt aangepast in functie van de evolutie, sedert een bepaalde datum, van het eigen vermogen of van andere parameters die in de clause zijn aangewezen. Het komt mij voor dat ook in dit laatste geval men te doen heeft met een clause van prijsbepaling nu de prijs pas definitief is bepaald nadat de revisor zijn opdracht heeft vervuld⁸.

In dit geval treedt de revisor op als lasthebber⁹. In talrijke contractuele clausules, in het bijzonder in de prijsaanpassingsclausules van overnameovereenkomsten, wordt bedongen dat elke partij een revisor aanstelt, die samen de prijs, of de hoogte van de prijsaanpassing moeten bepalen, en die een beroep zullen doen op een derde revisor indien zij het oneens zijn. Het komt mij voor dat in zodanig geval de revisoren jegens beide partijen aansprakelijk zijn op grond van artikel 1592 B.W., ongeacht welke partij hen heeft aangesteld. Zij treden immers op in het gemeenschappelijk belang van de beide partijen om een essentieel

⁴ Zie hierover recent: A.VAN OEVELEN, "De rol en de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris-revisor", Postuniversitaire cyclus W. DELVA, 1994-95, nr. 49 en de aldaar aangehaalde rechtspraak en rechtsleer.

⁵ Zie o.m. de verplichtingen die in de artikelen 7bis en 8 van de Wet van 1953 zijn neergelegd om de onafhankelijkheid van de revisor te waarborgen.

⁶ Zie de bijdrage van P.A.FORIERS, nrs 16-20. Zoals boven gezegd, is dit echter geen «bekendmaking» in de zin van artikel 1, 4° van het K.B. van 10 januari 1994.

⁷ Voor het onderscheid tussen art.1591 en 1592 B.W. in dit verband, zie: SIMONT, L. en DE GAVRE, J., «Les contrats spéciaux», R.C.J.B., 1976, p. 368-369.

⁸ De vraag op welk ogenblik de koopovereenkomst tot stand komt blijft hier onbesproken.

⁹ DE PAGE, IV, derde druk, p. 76.

bestanddeel van de koop te bepalen en zijn derhalve mandatarissen van de beide partijen¹⁰.

Weliswaar kan de door de revisoren bepaalde prijs in zodanig geval maar gewijzigd worden in geval van opzet¹¹, indien zij een grove vergissing begaan¹², of indien zij de grenzen van hun mandaat hebben overschreden¹³.

In beginsel blijft de aansprakelijkheid van de revisoren in dit geval beheerst door de regels van de contractuele aansprakelijkheid, en wel jegens beide partijen.

Om dezelfde redenen als in het vorige punt werd aangegeven, kan deze aansprakelijkheid overeenkomstig het gemeen recht contractueel worden beperkt.

De bijzondere verjaringstermijn van artikel 2276ter B.W. vindt wellicht toepassing, omdat de revisor in dit geval niet als de adviseur van één van de partijen optreedt, maar als een door de beide partijen aangestelde "deskundige" in ruime zin¹⁴.

6. Revisoren kunnen ook een rol spelen in het behandelen van de vorderingen die de koper na de overname tegen de verkoper kan laten gelden op grond van de door laatstgenoemde verstrekte contractuele garanties.

Revisoren kunnen o.m. als scheidsrechter worden aangesteld om de geschillen te beslechten die uit deze vorderingen ontstaan.

In dat geval wordt hun statuut beheerst door de regels van de arbitrage uit het Gerechtelijk Wetboek¹⁵. Hun aansprakelijkheid wijkt in niets af van de aansprakelijkheid van andere scheidsrechters. Hun statuut van bedrijfsrevisor speelt daarbij geen enkele rol.

7. In sommige overnameovereenkomsten treft men naast klassieke arbitrageclausules ook clausules aan waarin aan een revisor of aan een college van revisoren wordt opgedragen om de waarde van dergelijke vorderingen te bepalen.

Sommige van deze clausules zijn in werkelijkheid niets anders dan arbitrageclausules, met name wanneer aan de revisor de opdracht wordt gegeven een geschil te beslechten.

Is dit niet het geval, dan zijn de aard en de rechtsgevolgen van dergelijke clausule moeilijker te bepalen.

Indien de revisor door de scheidsrechter wordt aangesteld, moet hij wellicht als een deskundige in de eigenlijke zin worden beschouwd (artikelen 962 en volg. Ger.W.). Zijn aansprakelijkheid is dus dezelfde als die van een gerechtelijke deskundige, en de bijzondere verjaringstermijn van artikel 2276ter B.W. vindt ongetwijfeld toepassing.

In andere gevallen is zijn rol minder duidelijk, omdat de opdracht bij het waarderen van de vorderingen los lijkt te staan van de arbitrageclausule. In dat geval moet dergelijke clausule

¹⁰ Zie de bijdrage van P.A. FORIERS, nr. 8 en voetnoot 13.

¹¹ DE PAGE, o.c.

¹² Cass., 30 juni 1966, Pas., 1966, I, p. 1400; R.W., 1966-67, p. 1223. Verg. artikel 1854 B.W.

¹³ DE PAGE, o.c.

¹⁴ De in art. 2276ter B.W. bedoelde deskundige moet, volgens de rechtsleer en de parlementaire voorbereiding van de wet van 19.2.1990 wellicht in ruime zin worden begrepen: PH. COLLE, "Eerste commentaar bij het nieuwe artikel 2276ter", R.W., 1990-91, 114 e.v., inz. 115.

¹⁵ Artikelen 1676 tot en met 1723 Ger.W. Zie over de aansprakelijkheid van scheidsrechters: HUYS, M. en KEUTGEN, G., "L'arbitrage en droit belge et en droit international", Brussel, Bruylant, 1981, nrs. 323 e.v.

wellicht worden geïnterpreteerd als een clause van bindende derdenbeslissing, overeenkomstig een rechtsfiguur die in de recente rechtsliteratuur aandacht kreeg¹⁶. In dat geval wordt de aansprakelijkheid van de revisor beheerst door de regels van de contractuele aansprakelijkheid jegens beide partijen.

Gelet op het ruim begrip deskundige zijn wij geneigd ook hier de toepassing van de bijzondere verjaringstermijn van artikel 2276*ter* B.W. te bepleiten, hoewel daar kennelijk twijfel over bestaat.

¹⁶ STORME, M.L. en STORME, M.E., «De bindende derdenbeslissing naar Belgisch recht», *T.P.R.*, 1985, p. 713 e.v.