

**ADVIES¹ 2020/05 VAN DE RAAD VAN HET INSTITUUT VAN DE
BEDRIJFSREVISOREN**

Correspondent
sg@ibr-ire.be

Onze referte
CL/EV/jv

Datum
18.12.2020

Geachte Confrater,

**Betreft: Procedure die verplicht om maatregelen te nemen in geval van
gewichtige en overeenstemmende feiten die de continuïteit in het
gedrang kunnen brengen**

1. Achtergrond

Deze verplichting is terug te vinden in het WVV en het Wetboek van economisch recht (WER). Het WVV heeft betrekking op de bedrijfsrevisor in zijn hoedanigheid van commissaris en op het bestuursorgaan.

Artikel XX.23, § 3 WER bevat een gelijkaardige bepaling die de economische beroepsbeoefenaars, waaronder de bedrijfsrevisoren beoogt *“in de uitoefening van hun opdracht”*, ongeacht of dit een wettelijke dan wel een contractuele opdracht betreft. Bedrijfsrevisoren moeten zich bewust zijn van het fundamenteel onderscheid naargelang zij optreden als commissaris dan wel als bedrijfsrevisor.

De uitdaging voor de bedrijfsrevisor zal erin bestaan op korte termijn afdoende inzicht te verwerven in de financiële toestand van de onderneming teneinde gebeurlijke gewichtige en overeenstemmende feiten te identificeren. Als commissaris zal hij kunnen terugvallen op zijn opgebouwde kennis van de klant, op bestaande en beproefde communicatielijnen met het management, enz.

Sinds de inwerkingtreding van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen is de procedure van artikel 3:69 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen (hierna “WVV”) zonder onderscheid van

¹ Via adviezen ontwikkelt het Instituut de rechtsleer inzake de audittechnieken en de goede toepassing door de bedrijfsrevisoren van het wettelijk, reglementair en normatief kader dat de uitoefening van hun beroep regelt (art. 31, §7 van de wet van 7 december 2016 tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren); enkel de normen en aanbevelingen zijn bindend.

toepassing op vennootschappen, verenigingen en stichtingen² met rechtspersoonlijkheid.

Dit advies heeft tot doel:

- de draagwijdte van artikel 3:69 WVV te verduidelijken;
- de bijzonderheden van de toepassing van deze procedure voor (I)VZW's en stichtingen te onderzoeken;
- het effect van de artikelen XX.23, § 3 en XX.45, § 2 van het Wetboek van economisch recht (hierna WER) op deze procedure te analyseren.

2. Analyse van de procedure van artikel 3:69 WVV

Toepassingsgebied van de procedure

Enkel de “grote” VZW's, IVZW's, stichtingen en vennootschappen zijn verplicht een commissaris te benoemen overeenkomstig respectievelijk de artikelen 3:47, § 6, 3:51, § 6 en 3:72 WVV of specifieke wetgevingen. De “kleine” VZW's, IVZW's, stichtingen en vennootschappen doen dit op vrijwillige basis.

Artikel 3:69 WVV geldt wanneer een commissaris benoemd wordt bij een VZW, IVZW, stichting of vennootschap, ongeacht of hij aangesteld werd omwille van de wettelijke verplichting of op vrijwillige basis.

“Gewichtige en overeenstemmende feiten” - indicatoren

Artikel 3:69 WVV stelt: *“De commissarissen die in de uitoefening van hun opdracht gewichtige en overeenstemmende feiten vaststellen die de continuïteit van de economische activiteit van de vennootschap in het gedrang kunnen brengen, moeten het bestuursorgaan hiervan schriftelijk en op een omstandige wijze op de hoogte brengen”*.

Artikel 2:52 WVV voorziet in de verplichting voor het bestuursorgaan om te beraadslagen over de maatregelen die moeten worden genomen om de continuïteit van de economische activiteit voor een minimumduur van twaalf maanden te vrijwaren wanneer gewichtige en overeenstemmende feiten de continuïteit van de onderneming in het gedrang kunnen brengen en dit ongeacht of de vennootschap een commissaris heeft of niet. Indien het bestuursorgaan deze verplichting niet nakomt, moet de commissaris dit in het tweede deel van zijn verslag vermelden (art. 3:75, § 1, 9° WVV).

² Artikel 3:69 WVV is van toepassing op de verenigingen en stichtingen krachtens de artikelen 3:98, § 2 en 3:99, § 2 WVV.

Onder “gewichtige en overeenstemmende feiten die de continuïteit in het gedrag kunnen brengen” wordt over het algemeen een samenloop van feiten verstaan waarvan redelijkerwijs vermoed wordt dat zij een verstoring van het financieel evenwicht zullen veroorzaken, hetgeen een staat van discontinuïteit kan teweegbrengen.

Het feit dat het bestuursorgaan reeds zou beraadslaagd hebben, is niet langer als argument weerhouden om als commissaris af te zien van melding van de feiten aan het bestuursorgaan. Het lijkt aangewezen dat met het bestuursorgaan wordt afgesproken dat de gebeurlijke toepassing van artikel 2:52 WVV aan de commissaris wordt gemeld. Dergelijke afspraak kan bijvoorbeeld in de opdrachtbrief worden vastgelegd.

Bovendien ontslaat het feit dat de gecontroleerde entiteit een gerechtelijke reorganisatie ondergaat de commissaris niet van zijn verplichting om het bestuursorgaan in kennis te stellen van de feiten.

ISA 570 (Herzien) bevat een aantal indicatoren die de commissaris de mogelijkheid bieden om de aanwezigheid te vermoeden van een risico voor de continuïteit van de onderneming.

De termijn

Wanneer het bestuursorgaan door de commissaris op de hoogte wordt gesteld dat de continuïteit van de VZW, IVZW, stichting of vennootschap bedreigd wordt, dient het bestuursorgaan te beraadslagen over de maatregelen die moeten worden genomen om de continuïteit van de economische activiteit van de entiteit voor “een minimumduur van twaalf maanden” te vrijwaren.

Mededeling aan de voorzitter van de ondernemingsrechtbank

Indien binnen een maand na de mededeling aan het bestuursorgaan, de commissarissen niet werden ingelicht over de beraadslaging door het bestuursorgaan over de betrokken maatregelen of indien zij deze maatregelen niet relevant achten, kunnen zij hun vaststellingen meedelen aan de voorzitter van de ondernemingsrechtbank. Dit houdt echter geen verplichting in en valt binnen de beoordelingsvrijheid van de commissaris. Hij beslist over het moment en de gegevens die hij meent ter kennis van de voorzitter te moeten brengen. De wet kent hem ter zake een discretionaire bevoegdheid toe.

De Juridische Commissie heeft in haar advies van 5 december 1997³ verklaard dat de commissaris de noodzaak moet beoordelen om over te gaan tot de kennisgeving aan de rechtbank in functie van de omstandigheden en van zijn evaluatie van de reactie van het bestuursorgaan van de onderneming. Zo zou de commissaris kunnen vaststellen dat de bestuurders gepast reageren op de problematiek, hoewel het bestuursorgaan niet de mogelijkheid heeft gehad daarover te beraadslagen binnen een termijn van een maand, en beslissen om niet tot de onmiddellijke kennisgeving over te gaan. In dezelfde gedachtegang zal de commissaris kunnen afzien van de mededeling indien de algemene vergadering is bijeengeroepen met het oog op de ontbinding van de vennootschap.

In hetzelfde advies oordeelde de Juridische Commissie echter dat de commissaris in twee gevallen moet overgaan tot de mededeling:

- wanneer het bestuursorgaan niet heeft beraadslaagd en de personen belast met de leiding passief blijven, niettegenstaande de officiële mededeling van de vaststellingen van de commissaris; het is aangewezen om aan de voorzitter van de rechtbank hetzelfde verslag te overhandigen als hetgeen aan de bestuurders is overgemaakt.
- indien de commissaris, rekening houdend met de verschillende fasen van de procedure, ervan overtuigd is dat het faillissement, gezien de omstandigheden, op korte termijn onvermijdelijk is.

Specifieke verplichtingen voor de verenigingssector – begroting, subsidies en bestemde fondsen

Gezien de VZW's, IVZW's en stichtingen onderworpen zijn aan specifieke verplichtingen, moet de commissaris hiermee rekening houden tijdens zijn controlewerkzaamheden.

Artikel 3:47, § 1 WVV (evenals artikel 3:51, § 1) bepaalt: *“Het bestuursorgaan maakt ieder jaar een jaarrekening op in de vorm en met de inhoud bepaald door de Koning.*

De jaarrekening van de VZW of de IVZW, alsook de begroting van het boekjaar dat volgt op het boekjaar waarop deze jaarrekening betrekking heeft, moeten binnen

³ Advies van de Juridische Commissie van 5 december 1997, *Nieuwe wettelijke bepalingen inzake de informatie bij ondernemingen in moeilijkheden.*

zes maanden na de afsluitingsdatum van het boekjaar ter goedkeuring worden voorgelegd aan de algemene vergadering.

Het bestuursorgaan maakt elk jaar een inventaris op volgens de waarderingsmaatstaven bepaald door de Koning.”.

Bij het beoordelen van de duurzaamheid van de betrokken VZW, IVZW of stichting zal de commissaris dan ook overgaan tot de analyse van de opgestelde begrotingen.

Bovendien zal de commissaris, in het geval van VZW's waarvan de activiteit afhangt van de toekenning van subsidies op jaarbasis, in het bijzonder aandacht moeten schenken aan de toekenning van deze subsidies.

3. Effect van de artikelen XX.23, § 3 en XX.45, § 2 WER

In de NV's

Aan de Juridische Commissie werd gevraagd of in een commissarismandaat het verlies van de helft van het maatschappelijk kapitaal, waardoor de procedure van artikel 7:228 WVV van toepassing wordt voor NV's, ook de toepassing van artikel 3:69 WVV verplicht maakt. Daarnaast bepaalt artikel XX.45, § 2 WER dat de daling van het nettoactief tot minder dan de helft van het kapitaal een vermoeden van bedreiging van de continuïteit van de onderneming invoert.

In het bijzonder werd gevraagd of de procedure vervat in artikel 3:69 WVV tevens moet worden toegepast indien door het verlies van de helft van het kapitaal de continuïteit niet is bedreigd, bijvoorbeeld in vennootschappen die een uitzonderlijk verlies verbonden met een bijzondere gebeurtenis registreren, terwijl hun hoofdactiviteit onmiskenbare recurrente winsten oplevert.

Artikel 3:69 WVV heeft specifiek betrekking op de bedrijfsrevisor in zijn hoedanigheid van commissaris. Artikel XX.23, § 3 WER bevat een gelijkaardige bepaling die alle bedrijfsrevisoren beoogt *“in de uitoefening van hun opdracht”*, hetzij een wettelijke (bijvoorbeeld als commissaris) dan wel een contractuele.

Gezien de sterke overeenkomst tussen beide bepalingen geldt de hiernavolgende analyse *mutatis mutandis* ook in geval van toepassing van de procedure van artikel XX.23, § 3 WER door de bedrijfsrevisor.

Het is passend om in herinnering te brengen dat de Raad van het Instituut in zijn advies 2015/02⁴ van oordeel is dat de commissaris gehouden is door de verplichtingen bedoeld zowel in artikel 3:69 WVV, als in artikel XX.23, § 3 WER, waarbij laatstgenoemde op bepaalde aspecten stringente verplichtingen bevat.

Van zijn kant bepaalt artikel XX.45, § 2 WER: *“Indien de schuldenaar een rechtspersoon is, wordt de continuïteit van zijn onderneming in elk geval **geacht** bedreigd te zijn wanneer de verliezen het netto actief hebben herleid tot minder dan de helft van het maatschappelijk kapitaal.”* (Nederlands); *“Lorsque le débiteur est une personne morale, la continuité de son entreprise est en tout cas présumée être menacée si les pertes ont réduit l'actif net à moins de la moitié du capital social.”* (Frans).

Op voorstel van de Juridische Commissie is de Raad van het Instituut van oordeel dat, aangezien het in voormeld artikel XX.45, § 2 WER duidelijk gaat om een weerlegbaar vermoeden – in het Frans zou er in geval van een onweerlegbaar vermoeden anders de toevoeging *“de manière irréfragable”* staan –, niet in alle gevallen waarin voormelde procedure van artikel 7:228 WVV van toepassing is, ook artikel 3:69 WVV verplicht dient te worden toegepast.

Er kunnen immers compenserende maatregelen zijn, zoals het bestaan van een *comfort letter*, op grond waarvan het bestuursorgaan kan besluiten dat er geen gewichtige en overeenstemmende feiten zijn die de continuïteit van de economische activiteit van de vennootschap in het gedrang brengen. In voorkomend geval dient artikel 3:69 WVV door de commissaris niet te worden toegepast.

Ongeacht het feit of artikel 3:69 WVV al dan niet wordt toegepast, verdient het aanbeveling om in het werkdossier de al dan niet toepassing ervan te documenteren.

Daarenboven wenst de Raad van het Instituut, op voorstel van de Juridische Commissie, in dit verband nog te verduidelijken dat van de commissaris nog steeds wordt verwacht dat hij desgevallend ISA 570 (Herzien), *Continuïteit* onverminderd blijft toepassen en dat hij dient na te gaan of de procedure voorzien in artikel 7:228 WVV door het bestuursorgaan wordt gevolgd.

In tegenstelling tot artikel 3:69 WVV vereist de wetsbepaling van de procedure van artikel 7:228 WVV immers niet dat eerst het bestaan van feiten dienen te worden vastgesteld die de continuïteit van de onderneming in het gedrang

⁴ Cf. <https://www.ibr-ire.be/nl/actueel/news-detail/advies-2015-02>

kunnen brengen zodat de algemene vergadering binnen een termijn van ten hoogste twee maanden moet bijeenkomen wanneer ten gevolge van geleden verlies het nettoactief is herleid tot minder dan de helft van het maatschappelijk kapitaal. Eventueel beslist de algemene vergadering tot stopzetting van de activiteiten van de vennootschap.

Wel is de Raad van het Instituut, op voorstel van de Juridische Commissie, nog steeds van oordeel dat er in de procedure van artikel 7:228 WvV een vermoeden van discontinuïteitsdreiging vervat ligt⁵, maar dat dit vermoeden weerlegbaar is.

In voorkomend geval dient de commissaris aan de hand van ISA 570 (Herzien) na te gaan of er al dan niet gewichtige en overeenstemmende feiten kunnen worden vastgesteld die de continuïteit van de vennootschap in het gedrang kunnen brengen. Het begrip “continuïteit”⁶ wordt beschreven in ISA 570 (Herzien), § 2 aan de hand van het begrip “continuïteitsveronderstelling”⁷. Daarnaast verstrekt ISA 570 (Herzien), § A3 een niet-limitatieve lijst van voorbeelden van gebeurtenissen of omstandigheden die, afzonderlijk of collectief, gerede twijfel kunnen doen ontstaan over de mogelijkheid van de entiteit om haar continuïteit te handhaven.

Bijgevolg is de Raad van het Instituut, op voorstel van de Juridische Commissie, van oordeel dat het verlies van de helft van het maatschappelijk kapitaal, waardoor de procedure voorzien in artikel 7:228 WvV van toepassing wordt, een gewichtig feit vormt dat een weerlegbaar vermoeden van discontinuïteitsdreiging uitmaakt. De commissaris zal erover waken om in zijn werkdossier te documenteren waarom hij heeft besloten om het bestuursorgaan al dan niet hiervan op de hoogte te brengen (art. 3:69, eerste lid WvV), alsook ISA 570 (Herzien) toe te passen en na te gaan of het bestuursorgaan de procedure toepast die is voorzien in artikel 7:228 WvV.

⁵ Cf. IBR, *Jaarverslag 1997*, p. 111-112; I. DE POORTER, *Controle van financiële verslaggeving: revisoraal en overheidstoezicht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 100, nr. 105.

⁶ Zie CBN-advies 2018/18 – *Going concern* - Waarderingsregels bij de stopzetting of gedeeltelijke stopzetting van het bedrijf van een onderneming.

⁷ “Uitgaande van de continuïteitsveronderstelling worden de financiële overzichten opgesteld onder de veronderstelling dat de continuïteit van de entiteit gehandhaafd blijft en zij haar activiteiten in de voorzienbare toekomst zal voortzetten. Financiële overzichten voor algemene doeleinden worden opgesteld op basis van de continuïteitsveronderstelling tenzij het management voornemens is de entiteit te liquideren of de activiteiten te beëindigen dan wel hiervoor geen realistisch alternatief heeft. [...] Wanneer het hanteren van de continuïteitsveronderstelling passend is, worden activa en passiva opgenomen uitgaande van de veronderstelling dat de entiteit in staat zal zijn in het kader van de normale bedrijfsvoering haar activa te realiseren en haar verplichtingen na te komen.”

In de vennootschappen zonder kapitaal, de VZW's en de stichtingen

Wat de vennootschappen zonder kapitaal betreft, lijkt het vermoeden van artikel XX.45, § 2 WER niet van toepassing te zijn op deze vennootschapsvormen. Dit artikel bepaalt immers dat de daling van het nettoactief tot minder dan de helft van het kapitaal een vermoeden van bedreiging van de continuïteit van de onderneming invoert.

Niettemin zijn de procedures omschreven in de artikelen 3:69 WVV en XX.23, § 3 WER wel degelijk van toepassing op deze vennootschapsvormen.

Bovendien werd de formulering van de artikelen 5:153 en 6:119 WVV betreffende de alarmbelprocedure voor respectievelijk de BV's en de CV's gewijzigd teneinde rekening te houden met het verdwijnen van kapitaal in deze vennootschapsvormen. Deze procedure is dus van toepassing wanneer "*het nettoactief negatief dreigt te worden of is geworden*".

Aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor

Ten aanzien van zijn klant-onderneming is de bedrijfsrevisor contractueel aansprakelijk voor het niet-naleven van de informatieverplichting opgenomen in artikel XX.23, § 3 WER. Om aansprakelijk te worden gesteld, zal echter eerst moeten worden aangetoond dat de bedrijfsrevisor bepaalde gewichtige en overeenstemmende feiten die de continuïteit van de onderneming in het gedrang moeten brengen had kunnen vaststellen en dat hij verzuimd heeft deze feiten tijdig te melden, met als referentiecriterium de normale vooruitziende zorgvuldige economische beroepsbeoefenaar⁸.

De niet-naleving van deze informatieverplichting kan ook een buitencontractuele aansprakelijkheid ten aanzien van derden impliceren.

Artikel XX.227 WER voorziet in een nieuwe aansprakelijkheidsgrond voor bestuurders, namelijk het zogenaamde "*wrongful trading*": bestuurders die een reddeloos verloren onderneming zonder kans op beterschap verderzetten, kunnen daarvoor door de curator aansprakelijk worden gesteld. Deze situatie heeft op indirecte wijze ook impact op de economische beroepsbeoefenaars: hoe meer de economische beroepsbeoefenaars betrokken worden bij het identificeren van potentieel gefailleerden, hoe dichter zij betrokken worden bij deze procedure. In eerste instantie kan worden verwezen naar de verplichting die

⁸ B. Bekaert, "Responsabilisering van de economische beroepsbeoefenaar voor ondernemingen in moeilijkheden", *Pacioli*, nr. 371, 14-27 oktober 2013, p. 3.

op de economische beroepsbeoefenaars rust uit hoofde van artikel XX.23 van het Wetboek van economisch recht. Verwacht wordt dat de eerste verdediging van bestuurders die op basis van dit artikel van het Wetboek van economisch recht worden aangesproken erin zou kunnen bestaan de beroepsbeoefenaar te betrekken door te oordelen dat zijn aandacht niet werd getrokken zoals het had moeten gebeuren.

Met confraternele groeten,



Tom MEULEMAN
Voorzitter