

1 Relatie betreffende de detectie / melding tussen art 10 WCO met art 138 W.Ven in hoofde van de commissaris

- Blz 3, 3^e paragraaf: “... *onderhavige aanbeveling niet van toepassing is op de commissaris, die, voor de detectie / melding betreft, onderworpen is aan artikel 138 van het Wetboek van vennootschappen ...*” en wat verder in de tekst “... *dat dit niet inhoudt dat de commissaris uitgesloten is van de detectie / melding (artikel 138 W. Venn. of artikel 10 WCO) ...*”

Commentaar

Het toepassingsgebied van artikel 138 W. Venn. is inderdaad veel beperkter dan artikel 10 WCO, want slechts van toepassing op die vennootschappen waar een commissaris is benoemd, weze wel dat artikel 10, vijfde lid WCO, is ingegeven door artikel 138 W. Venn; naar mijn mening is artikel 10 WCO de emanatie van het voortschrijdend inzicht op de toepassing van artikel 138 W. Venn.

Ik deel derhalve het standpunt dat de commissaris de verplichting heeft van detectie / melding onder beide wetsbepalingen, en hiernaar kan verwijzen in zijn verwittigingsbrief. De eerste zin geciteerd hierboven “... *onderhavige aanbeveling niet van toepassing is op de commissaris ...*” wekt verwarring, temeer in samenlezing met de tweede geciteerde zin “... *dat dit niet inhoudt dat de commissaris uitgesloten is van de detectie / melding ...*”.

Vandaar mijn suggestie om deze tekst mbt detectie / melding helderder te schrijven en een duidelijk onderscheid te maken met de niet toegelaten toezichts- en bijstandsoopdrachten als commissaris.

Weliswaar niet voorzien in artikel 138 W. Venn., sluit artikel 10, vijfde lid, eerste zin WCO niet uit dat de beroepsbeoefenaar in zijn kennisgevingsbrief melding maakt van aanbevelingen om de continuïteit van de onderneming te waarborgen. Ervan uitgaande dat artikel 10 WCO een verdere uitwerking is van artikel 138 W. Venn., zou ik willen suggereren dat de commissaris zowiezo enkele voorstellen doet ongeacht zijn referentiekader waarnaar hij verwijst in zijn brief aan het bestuursorgaan. Het argument dat artikel 138 W. Venn. dergelijke suggesties niet oplegt, strookt niet meer met de verwachtingen van het maatschappelijk verkeer.

- Reikwijdte van het ontwerp van aanbeveling, paragraaf 3: “*Onderhavige aanbeveling is niet van toepassing op de commissaris of een gelijkaardige functie, zoals bedoeld in de artikelen 130 en 146 W. Venn.*”

Commentaar

De verwijzing naar artikel 130 begrijp ik niet, evenmin de uitsluiting van de commissaris (of gelijkaardige functie) bedoeld in artikel 146 W. Venn., en beide uitsluitingen worden ook vermeld onder de “Definities 1 d, laatste zin”. Los van deze commentaar:

Voor de coherentie tussen deze paragraaf en de pre-ambule (cfr supra) zou ik in de reikwijdte van de aanbeveling de detectie / melding in hoofde van de commissaris opnemen, en er uitdrukkelijk vermelden dat toezichts- en bijstandsoopdrachten uitgesloten zijn.

2 Verantwoordelijkheden van het bestuursorgaan

- Reikwijdte van het ontwerp van aanbeveling, paragraaf 5: “... dat het bestuursorgaan bepaalde verantwoordelijkheden heeft, voortvloeiend uit de WCO, die fundamenteel zijn ...”

Commentaar

Persoonlijk zou ik ook verwijzen naar paragraaf 5 van artikel 138 W. Venn. en er kan overwogen worden om ook in de pre-ambule van de aanbeveling hiernaar te verwijzen.

3 (Ontbreken van) definitie “minimum duur van twaalf maanden”

Commentaar

Behoudens vergissing van mijnentwege wordt deze periode van twaalf maanden niet gedefinieerd, wat volgens mij een grote lacune is voor in de praktijk. Een duidelijke omschrijving zal ook de aansprakelijkheden van de beroepsbeoefenaar scherper en transparanter stellen, cq afbakenen en beperken.

De periode is tevens niet gedefinieerd door de wetgever, doch de Instituten kunnen hierin het initiatief nemen om hun respectievelijke leden te beschermen.

4 De-facto opvolgingsplicht en terugkoppeling naar aanleiding van de detectie geadresseerd aan het bestuursorgaan / melding aan de voorzitter van de rechtbank

De aanbeveling beklemtoont het proces van de detectie, zonder enige aandacht te besteden aan de terugkoppeling van zijn opvolging ter attentie van het bestuursorgaan. Laten we trouwens niet vergeten dat het bestuursorgaan én elke individuele bestuurder een gemotiveerde, bijwijlen een repressieve, kennisgeving heeft ontvangen.

In mijn commentaar wens ik een onderscheid te maken tussen (1) de beroepsbeoefenaar zijnde de commissaris, en, (2) de beroepsbeoefenaar niet zijnde de commissaris. Tenslotte vervulde ik de commentaar (3) betreffende de opdrachtbrief.

(1) Commentaar: de beroepsbeoefenaar zijnde de commissaris

Als commissaris van de vennootschap zijn de bevindingen van zijn deskundige opvolging wél terug te vinden in zijn gepubliceerd verslag over de jaarrekening. Uiteraard heeft de commissaris zijn conclusies voorafgaandelijk toegelicht aan het bestuursorgaan.

Omwille van de openbaarmaking van zijn verslag, is de overweging om de voorzitter van de rechtbank te informeren zonder voorwerp geworden; u zult me corrigeren voor het tegendeel.

(2) Commentaar: de beroepsbeoefenaar niet zijnde de commissaris

In de omstandigheid dat het bestuursorgaan én elke individuele bestuurder een gemotiveerde kennisgeving heeft ontvangen, kunnen zij mijn insziens redelijkerwijze ook een schriftelijke, deskundige en onafhankelijke evaluatie van de herstelmaatregelen verwachten:

- Een negatief advies bij passiviteit of te late reactie of wanneer de genomen maatregelen de continuïteit gedurende twaalf maanden niet kunnen waarborgen
- Een positief advies bij een gunstige evaluatie onder voorbehoud dat de parameters gerealiseerd worden (cfr de bewoordingen over vooruitzichten)
- Uitzonderlijk neutraal advies zonder melding aan de voorzitter van de rechtbank in de bijzondere omstandigheid van een beoogde ontbinding zoals weergegeven in paragraaf 48 van de aanbeveling

Ingeval van een negatief advies omwille van passiviteit of bij een schromelijke onredelijke te late reactie van het bestuursorgaan, is er geen ontkomen aan de beroepsbeoefenaar om de voorzitter van de rechtbank niet te informeren want hierdoor neemt de beroepsbeoefenaar net zijn verantwoordelijkheid op zoals verwacht door de wetgever.

Ingeval van een negatief advies bij ontoereikende maatregelen of ingeval van een positief advies komt het beroepsbeoefenaar toe om al of niet de voorzitter van de rechtbank te informeren.

Deze schriftelijke communicatie, minstens ter attentie van het bestuursorgaan en ter overweging tevens aan de rechtbank, getuigt van een normale vooruitziende en zorgvuldige economische beroepsbeoefenaar én beperkt het risico op mogelijke aansprakelijkheidsvorderingen door de bestuurders, de aandeelhouders en enig schuldeiser.

(3) Commentaar: de opdrachtbrief

Voortgaande om mijn persoonlijke ervaring zou ik suggereren dat de opdrachtbrief (assurance opdracht of enige contractuele opdracht) vervolledigd wordt met de mogelijke rapportering en opvolging in verband met de detectie / melding voorzien in artikel 10 ev WCO en de hieraan bijkomende gelieerde erelonen.

9 april 2015