

BASISTECHNIEKEN VAN DE BEDRIJFSREVISOR
IN HET KADER VAN FRAUDE

TECHNIQUES DE BASE DU REVISEUR D'ENTREPRISES
DANS LE CADRE DE LA FRAUDE

Basistechnieken van de bedrijfsrevisor
in het kader van fraude

Techniques de base du réviseur d'entreprises
dans le cadre de la fraude

2012-1

K. De Schepper • E.J. Lammers • S. Quintart • L. Toelen

met de medewerking van
een leescomité bestaande uit:

avec la collaboration
d'un comité de relecture composé de :

L. Acke • S. De Meulenaer • T. Dupont

 **icci**
INFORMATIECENTRUM
VOOR HET
BEDRIJFSREVISORAAT

 **icci**
CENTRE D'INFORMATION
DU REVISORAT
D'ENTREPRISES



Maklu
Antwerpen/Apeldoorn

De Stichting “INFORMATIECENTRUM VOOR HET BEDRIJFSREVISORAAT” of “ICCI” is in september 2006 door het Instituut van de Bedrijfsrevisoren opgericht. Deze Stichting heeft tot doel objectieve en wetenschappelijke informatie over vraagstukken die het bedrijfsrevisorat aanbelangen te verstrekken.

Meer informatie over de Stichting: www.icci.be

De juridische interpretaties en andere standpunten verbinden slechts de auteurs.
De teksten van dit boek zijn bijgewerkt tot 30 april 2012.

La Fondation « CENTRE D'INFORMATION DU REVISORAT D'ENTREPRISES » ou « ICCI » a été constituée par l'Institut des Réviseurs d'Entreprises en septembre 2006. La Fondation a pour but de procurer une information objective et scientifique sur les questions intéressant le révisorat d'entreprises.

Plus d'information concernant la Fondation: www.icci.be

Les interprétations juridiques et autres opinions n'engagent que leurs auteurs.
Les textes de cet ouvrage sont à jour au 30 avril 2012.

ICCI (ed.)

Basistechneken van de bedrijfsrevisor in het kader van fraude
Techniques de base du réviseur d'entreprises dans le cadre de la fraude
Antwerpen-Apeldoorn
Maklu
2012

260 pag. – 24 x 16 cm
ISBN 978-90-466-0545-5
D2012/1997/51
NUR 786

© 2012 Maklu-Uitgevers nv & ICCI

Alle rechten voorbehouden. Niets van deze uitgave mag geheel of gedeeltelijk openbaar gemaakt worden, gereproduceerd worden, vertaald of aangepast, onder welke vorm ook of opgeslagen worden in geautomatiseerd gegevensbestand behoudens uitdrukkelijke en voorafgaande toestemming van de uitgever. Tous droits réservés. Aucun extrait de cette édition ne peut, même partiellement, être communiqué au public, reproduit ni traduit ou adapté sous quelque forme que ce soit, ou être saisi dans une banque de données sans l'autorisation écrite et préalable de l'éditeur.

Maklu-Uitgevers

Somersstraat 13/15, B-2018 Antwerpen, www.maklu.be, info@maklu.be
Koninginnelaan 96, NL-7315 EB Apeldoorn, www.maklu.nl, info@maklu.nl

Woord vooraf

Sinds de wereldwijde golf van jaarrekeningfraudes (2000-2004) kijken we allemaal kritisch naar de rol van de bedrijfsrevisor. Misschien wel kritischer dan ooit. Tien jaar later zitten we met een wereldwijde golf van corruptieschandalen. Wat zal er in de komende tien jaar voor fraudegolf ontstaan? Het is een geschikt moment om de balans op te maken: hoe gaat de bedrijfsrevisor vandaag om met fraude? Zijn de mogelijkheden van de bedrijfsrevisor in evenwicht met de toegenomen maatschappelijke verwachtingen?

Als aanzet voor deze discussie brengt dit boek in kaart welke verplichtingen de bedrijfsrevisor heeft in het kader van fraude en over welke middelen hij beschikt. Dit is ingebed in een behandeling van de verplichtingen van de raad van bestuur op dit vlak en van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor. Centraal staat de controle van de jaarrekening. De eerst verantwoordelijke voor een fraudevrije jaarrekening is het bestuur van de organisatie. De bedrijfsrevisor moet zijn controle zo organiseren dat hij materiële fraudes redelijkerwijs zal ontdekken, maar de bedrijfsrevisor hoeft fraude niet actief op te sporen in de ruimste zin van het woord. Maatschappelijk gezien bekijken we deze lastige evenwichtsoefening de laatste jaren door een vergrootglas – per bedrijf, nationaal en internationaal.

Dit boek is geschreven door auteurs die allen expert zijn op hun vakgebied.

In het eerste deel van het boek behandelt S. QUINTART “De rol van de bedrijfsrevisor in de strijd tegen fraude en onwettige handelingen”. De auteur merkt in het inleidend hoofdstuk op dat het huidige deontologische kader van de bedrijfsrevisor rond fraude en onwettige handelingen vanaf 2014 geheel zal worden bepaald door de internationale ISA-normen (eind 2012 al van toepassing op genoteerde vennootschappen, kredietinstellingen en verzekeringsondernemingen).

In het tweede hoofdstuk “Respectievelijke verantwoordelijkheden van de entiteit en de bedrijfsrevisor” wordt het verschil benadrukt tussen de verplichtingen van enerzijds de gecontroleerde organisatie en anderzijds van de bedrijfsrevisor zelf. Daarbij wordt stilgestaan bij het wezenlijke verschil tussen fraudepreventie en fraudedetectie. Tevens wordt de zogenaamde “fraudedriehoek” behandeld. Ten slotte wordt benadrukt dat het frauderisico moet worden bekeken tijdens de risicoanalyse die de basis vormt van de controle van de bedrijfsrevisor.

In het derde hoofdstuk “Opstellen en uitvoeren van bijkomende auditprocedures” wordt onder meer toegelicht hoe de commissaris moet handelen wanneer er sprake is van fraude of onwettige handelingen en aan welke organen en instanties hij fraude moet melden. Er wordt speciale aandacht besteed aan de melding die de bedrijfsrevisor moet doen aan de CFI (de “anti-witwascel”) in geval van indicaties van witwassen. De auteur besluit met de vaststelling dat er nog veel aandacht moet worden besteed aan het verkleinen van de *expectation gap* (het verschil tussen wat de maatschappij denkt dat de bedrijfsrevisor aan *assurance* geeft en wat de bedrijfsrevisor feitelijk aan *assurance* geeft).

VI

WOORD VOORAF

In het tweede deel van het boek behandelt K. DE SCHEPPER “Fraude en de strafrechtelijke implicaties voor de bedrijfsrevisor”. De inleiding wordt benut om aan te geven wat precies onder “fraude” moet worden verstaan, om de link te kunnen leggen met het strafrecht. Het tweede hoofdstuk bevat een beknopte bespreking van de regels in verband met de strafrechtelijke aansprakelijkheid in het ondernemingsstrafrecht. Er wordt uitgebreid stilgestaan bij de toerekening van het misdrijf aan de bedrijfsrevisor als natuurlijk persoon en als rechtspersoon: in beide gevallen kan de bedrijfsrevisor slechts strafrechtelijk aansprakelijk zijn als zowel een materieel als een moreel element bij de rechtspersoon aanwezig is. In hoofdstuk 3 komen de verschillende fraudemisdrijven aan bod waarbij achtereenvolgens de gemeenrechtelijke misdrijven en de bijzondere misdrijven worden uiteengezet. Er wordt afgesloten met een praktisch schematisch overzicht van de verschillende sancties per strafbepaling, waarbij vooral het beroepsverbod en de fiscale straffen verregaande implicaties kunnen hebben.

De bespreking van de rechtspraak is af en toe nogal krachtig, maar dat maakt het lezen boeiend. Zo wordt het arrest van het Hof van Beroep te Luik in 1996 aangehaald waarbij de bedrijfsrevisor in kwestie werd veroordeeld als mededader aan de valsheid in de jaarrekening en fiscale fraude omdat hij geen voorbehoud had gemaakt. Voorts wordt verwezen naar Lernout & Hauspie en andere bekende zaken.

In het derde deel behandelt E.J. LAMMERS “Raad van bestuur en anti-fraudebeleid”. Het bestuur is als eerste en enige verantwoordelijk voor het voorkomen van fraude in de jaarrekening. Het inleidende eerste hoofdstuk toont vanuit meerdere invalshoeken de noodzaak aan voor bestuurders om een deugdelijk anti-fraudebeleid in te voeren. De vaststelling dat het bedrijfsleven en de bedrijfsrevisoren hebben geleerd van de tweede fraudegolf uit de jaren 2000-2004 stelt slechts matig gerust. Meer hoop biedt de auteur in het tweede hoofdstuk waarin hij de vijf componenten van deugdelijk anti-fraudebeleid behandelt: *Fraud risk governance*; *Fraud risk assessment*; Fraudepreventie; Fraudedetectie; en Fraudeonderzoek, sanctie en herstel. De maatregelen die worden besproken, trekken de aandacht. In een derde hoofdstuk behandelt de auteur een recente vorm van audit, die is ontstaan vanuit fraudebestrijding: *Forensic auditing* (forensisch of gerechtelijk). Deze techniek lijkt enigszins op de controle zoals we die kennen van de bedrijfsrevisor, maar kent vele eigenaardigheden.

Fraude kan verweven zijn met alle aspecten van een organisatie en kan in de organisatie binnenkomen via haar werknemers of via andere stakeholders. Voor grote organisaties is dit geen nieuws meer, maar middelgrote en kleinere organisaties kunnen worden afgeschrikt door de (noodzakelijke) brede benadering van het vraagstuk. Toch moeten alle bestuurders zich erin verdiepen en maatregelen treffen die passend zijn voor hun organisatie. Daarbij moet rekening worden gehouden met bijvoorbeeld de aard en de omvang van de organisatie, de activiteiten, de omgeving en vooral met dynamiek hiervan en de onderlinge samenhang. Anti-fraudebeleid is maatwerk.

In het vierde deel behandelt L. TOELEN “Basistechnieken van de bedrijfsrevisor in het kader van fraude en jaarrekening (financiële overzichten)”. In het eerste hoofdstuk verwijst hij naar de eerste controleaanbeveling van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren uit 1998 en de diverse internationale normen. Hij benadrukt de noodzaak

van integratie van de fraudebeoordeling in de auditprocedures maar oordeelt dat dit mogelijk onvoldoende tegemoetkomt aan de maatschappelijke verwachtingen. Hij prikkelt met een verwijzing naar de toezichthouder van Dubai die van mening is dat de jaarrekeningcontrole van genoteerde vennootschappen moet worden uitgebreid met forensische (fraudegerichte) methoden. Hij sluit een verdere aanpassing van de controlenormen in deze richting niet uit. Het tweede hoofdstuk bevat een classificatie met een uitgebreide beschrijving van de verschillende fraudemechanismen, zoals het frauduleus verhogen, verlagen, vervroegen of vertragen van inkomsten en kosten.

De auteur heeft een uitgebreide bijlage samengesteld met drie praktische voorbeelden van werkprogramma's voor bedrijfsrevisoren. Hierin wordt aandacht besteed aan het herkennen van de beïnvloedingstechnieken van fraudeurs (lijst 1), het herkennen van fraude-indicatoren (lijst 2) en een beoordeling of het anti-fraudebeleid toereikend is (lijst 3). Dergelijke lijsten moeten niet worden ingevuld met een *tick-the-box* mentaliteit maar moeten leiden tot gestructureerd nadenken over de audit, kennisoverdracht bevorderen tussen de bedrijfsrevisor en diens cliënt, en tussen de bedrijfsrevisor en diens team.

De vier delen bieden voldoende verwijzingen naar wetten, normen, wetten, rechtspraak en rechtsleer.

Hoewel de titel slechts verwijst naar de controletechnieken, besteedt het boek, zoals is gebleken, ook aandacht aan het maatschappelijk, wettelijk en deontologisch kader en de rechtspraak. Dit boek verdient de aandacht van alle bedrijfsrevisoren en hun opdrachtgevers, en van allen die willen bijdragen tot het debat over de rol van de bedrijfsrevisor in het kader van fraude.

Chantal HEBETTE
Voorzitter *Transparency International Belgium*

VII

WOORD VOORAF

Avant-propos

Depuis la vague mondiale de fraudes aux comptes annuels (2000-2004) nous observons tous le rôle du réviseur d'entreprises d'un œil critique. Peut-être même plus que jamais. Dix ans plus tard, ce sont les scandales de corruption qui ont pris le relais. Quelle sera la prochaine vague de fraude dans les dix années à venir ? Le temps est venu de dresser le bilan : comment le réviseur d'entreprises réagit-il face à la fraude aujourd'hui ? Les moyens du réviseur d'entreprises sont-ils en accord avec les attentes sociales accrues ?

En guise d'amorce au débat, cet ouvrage fait un tour d'horizon des obligations du réviseur d'entreprises en matière de fraude ainsi que des moyens dont il dispose. Ceci s'inscrit dans le cadre plus large des obligations du conseil d'administration à cet égard et de la responsabilité pénale du réviseur d'entreprises. Dans ce contexte, le contrôle des comptes annuels est crucial. Le premier responsable de l'absence de fraude dans les comptes annuels est la direction de l'organisation. Le réviseur d'entreprises doit organiser son contrôle de sorte qu'il puisse déceler raisonnablement des fraudes significatives, mais il n'est pas tenu de détecter activement la fraude au sens le plus large du terme. Ces dernières années, la société examine à la loupe ce difficile exercice d'équilibre – au niveau de l'entreprise, au niveau national et au niveau international.

Cet ouvrage est rédigé par des auteurs qui sont tous experts en leur domaine.

Dans la première partie de l'ouvrage, S. QUINTART aborde « Le rôle du réviseur d'entreprises dans la lutte contre la fraude et les actes illégaux ». L'auteur signale dans le chapitre introductif que le cadre déontologique actuel du réviseur d'entreprises concernant la fraude et les actes illégaux sera entièrement régi par les normes internationales ISA à partir de 2014 (fin 2012 déjà pour les sociétés cotées, les établissements de crédit et les compagnies d'assurances).

Le deuxième chapitre, intitulé « Responsabilités respectives de l'entité et du réviseur d'entreprises », insiste sur la différence entre les obligations de l'organisation contrôlée, d'une part, et de celles du réviseur d'entreprises, d'autre part. L'auteur s'attarde ensuite sur la différence substantielle entre la prévention de la fraude et la détection de la fraude, ainsi que sur le « triangle de la fraude ». Enfin, elle souligne que le risque de fraude doit être pris en considération lors de l'analyse des risques, qui constitue la base du contrôle du réviseur d'entreprises.

Le troisième chapitre « Conception et mise en œuvre de procédures d'audit complémentaires » explique notamment comment le commissaire doit réagir face à la fraude ou à des actes illégaux et auprès de quels organes et instances il doit déclarer la fraude. Une attention particulière est accordée à la déclaration que le réviseur d'entreprises est tenu faire à la CTIF (la « cellule anti-blanchiment ») en cas d'indication de blanchiment de capitaux. L'auteur conclut par le constat qu'il faut s'atteler à la réduction de l'*expectation gap* (à savoir le décalage entre l'*assurance* fournie par le réviseur d'entreprises aux yeux de la société et l'*assurance* réellement fournie par le réviseur d'entreprises).

Dans la deuxième partie de l'ouvrage, K. DE SCHEPPER traite de « La fraude et les implications pénales pour le réviseur d'entreprises ». L'introduction précise ce qu'il faut entendre exactement par « fraude », afin de pouvoir établir le lien avec le droit pénal. Le deuxième chapitre expose brièvement les règles relatives à la responsabilité pénale dans le droit pénal des entreprises. L'imputation d'un délit au réviseur d'entreprises en tant que personne physique et en tant que personne morale est mise en lumière : dans les deux cas, le réviseur d'entreprises peut être tenu responsable sur le plan pénal uniquement si un élément tant moral que matériel est imputable à la personne morale. Le troisième chapitre présente les différents délits de fraude, puis les infractions de droit commun et les infractions particulières. Cette deuxième partie se conclut par un aperçu schématique pratique des différentes sanctions par disposition pénale, parmi lesquelles l'interdiction professionnelle et les sanctions fiscales impliquent les conséquences les plus lourdes.

L'analyse de la jurisprudence est parfois intense, mais rend la lecture captivante. L'auteur cite ainsi l'arrêt de la Cour d'appel de Liège de 1996, qui condamne un réviseur d'entreprises en tant que co-auteur de faux dans les comptes annuels et de fraude fiscale car il n'avait pas émis de réserve. D'autres références renvoient à Lernout & Hauspie et à d'autres affaires connues.

Dans la troisième partie, E.J. LAMMERS aborde « Le conseil d'administration et politique contre la fraude ». La direction est la première et seule responsable de la prévention de la fraude dans les comptes annuels. Le premier chapitre introductif démontre sous divers angles la nécessité pour les dirigeants de mener une politique adéquate de lutte contre la fraude. Le constat selon lequel le monde économique et les réviseurs d'entreprises ont tiré une leçon de la deuxième vague de fraude des années 2000-2004 n'est que moyennement rassurant. L'auteur offre davantage d'espoir dans le deuxième chapitre, où il traite des cinq composants d'une politique adéquate de lutte contre la fraude : *Fraud risk governance*, *Fraud risk assessment*, prévention des fraudes, détection des fraudes et enquête anti-fraude, sanction et réparation. Les mesures abordées attirent l'attention. Dans le troisième chapitre, l'auteur présente une nouvelle forme d'audit née de la lutte contre la fraude, à savoir le *forensic auditing* (vérification judiciaire). Cette technique ressemble plus ou moins au contrôle du réviseur d'entreprises tel que nous le connaissons, mais possède de nombreuses particularités.

La fraude peut atteindre l'ensemble des aspects d'une organisation, et ce par le biais de ses employés ou d'autres parties prenantes. Les grandes organisations y sont déjà accoutumées, mais les petites et moyennes organisations peuvent être effrayées par l'approche (nécessairement) globale de la problématique. Toutefois, tous les dirigeants doivent s'y familiariser et prendre des mesures adaptées à leur organisation. A cet égard, il convient de tenir compte, par exemple, de la nature et de la taille de l'organisation, des activités, de l'environnement et surtout de sa dynamique et de l'interdépendance. Une politique de lutte contre la fraude s'élabore sur mesure.

Dans la quatrième partie, L. TOELEN traite des « Techniques de base du réviseur d'entreprises dans le cadre de la fraude et des comptes annuels (états financiers) ». Le premier chapitre renvoie à la première recommandation de révision de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises de 1998 et aux diverses normes internationales. Il souligne la

nécessité d'intégrer la prise en considération de la fraude dans les procédures d'audit, mais envisage la possibilité que cela ne suffise pas à combler pleinement les attentes sociales. L'auteur incite à la réflexion en référant à l'autorité de supervision de Dubai, qui estime que le contrôle des comptes annuels de sociétés cotées doit être complété par des méthodes de vérification judiciaire (axées sur la fraude). Il n'exclut pas une nouvelle adaptation des normes de révision en ce sens. Le deuxième chapitre comprend une classification intégrant une description détaillée des différents mécanismes de fraude, tels que l'augmentation, la diminution, l'affectation antérieure ou l'affectation postérieure de revenus et de coûts.

L'auteur a établi une annexe détaillée qui contient trois exemples pratiques de programmes de travail destinés aux réviseurs d'entreprises. L'on s'y concentre sur l'identification des techniques d'influence des fraudeurs (liste 1), l'identification des indicateurs de fraude (liste 2) et l'évaluation du caractère satisfaisant de la politique de lutte contre la fraude (liste 3). De telles listes ne doivent pas être remplies dans une optique de liste de vérification, mais doivent mener à une réflexion structurée sur l'audit ainsi qu'à l'amélioration du transfert de connaissances entre le réviseur d'entreprises et son client, et entre le réviseur d'entreprises et son équipe.

Les quatre parties fournissent suffisamment de références aux lois, aux normes, à la jurisprudence et à la doctrine.

Bien que le titre fasse uniquement mention des techniques de contrôle, le livre se concentre de toute évidence également sur le cadre social, légal et déontologique ainsi que sur la jurisprudence. Cet ouvrage mérite de retenir l'attention de tous les réviseurs d'entreprises et de leurs clients, et de tous ceux qui souhaitent contribuer au débat sur le rôle du réviseur d'entreprises dans le cadre de la fraude.

Chantal HEBETTE
Présidente *Transparency International Belgium*

XI

AVANT-PROPOS

EXECUTIVE SUMMARY (NL)

Deel 1: De rol van de bedrijfsrevisor in de strijd tegen fraude en onwettige handelingen

In het eerste deel van de publicatie werd in een inleidend hoofdstuk, na enkele algemeenheden, overgegaan tot het schetsen van het wettelijk kader van de rol van de bedrijfsrevisor inzake de strijd tegen fraude en onwettige handelingen en het beschrijven van de karakteristieken van fraude.

Daarna werd in het tweede hoofdstuk de respectievelijke verantwoordelijkheden van de entiteit en de bedrijfsrevisor toegelicht op het vlak van enerzijds preventie van fraude, vergissingen en onwettige handelingen en anderzijds opsporing van fraude.

Ten slotte werd in het laatste hoofdstuk van dit eerste deel uiteengezet hoe de bedrijfsrevisor bijkomende auditprocedures dient op te stellen en uit te voeren wanneer hij kennis krijgt van informatie die wijst op een mogelijkheid van ofwel een vergissing of fraude, ofwel een onwettige handeling. Deze vraagstelling werd geanalyseerd eerst vanuit de aanbeveling van het IBR “Fraude en onwettige handelingen” en vervolgens vanuit de ISA normen. Daarna werden de gevolgen hiervan op het oordeel van de commissaris over het getrouw beeld van de jaarrekening geanalyseerd, samen met de rol van de ontdekking van onwettige handelingen. Tot slot werd de rol van de openbaarmaking van fraude en onwettige handelingen besproken.

In dit deel van de publicatie werd duidelijk dat de rol van de bedrijfsrevisor inzake fraude een zaak is van subtiliteit, complexiteit en subjectiviteit. Zijn werkzaamheden zijn zowel afhankelijk van de positie waarin de entiteit verkeert, de beschikbaarheid van het bestuursorgaan, de strikte wettelijke verplichtingen en de beroepsnormen die proberen om zoveel mogelijk alle omstandigheden te kaderen, ook al kan niet op alle omstandigheden geanticipeerd worden.

Deel 2: Fraude en de strafrechtelijke implicaties voor de bedrijfsrevisor

In dit deel van de publicatie werd, na een inleidend hoofdstuk, in het tweede hoofdstuk dieper ingegaan op de regels in verband met de strafrechtelijke aansprakelijkheid en de wettelijke, conventionele en strafrechtelijke toerekening van misdrijven in het ondernemingsstrafrecht. Hier werd duidelijk dat de toerekening kan gebeuren zowel aan de bedrijfsrevisor als natuurlijk persoon, aan de bedrijfsrevisor als rechtspersoon, als aan de bedrijfsrevisor als deelnemer, wat een “uitbreiding” van de strafrechtelijke aansprakelijkheid uitmaakt.

Uit het tweede hoofdstuk blijkt dat zowel de rechtspersoon als de natuurlijke persoon steeds strafrechtelijk verantwoordelijk kunnen worden gesteld voor opzettelijke misdrijven (bv. valsheid in geschriften, gebruik van valse geschriften, oplichting, misdrijven die fiscale fraude bestraffen, enz.). Bij andere misdrijven die geen opzet vereisen zoals foutieve attestaties en goedkeuringen van jaarrekeningen van vennootschappen, zal de

XIII

EXECUTIVE SUMMARY (NL)

rechter nagaan of de overtreding *in concreto* al dan niet opzettelijk werd gepleegd. Is dit het geval, dan kan hij zowel de rechtspersoon als een als verdachte geïdentificeerde natuurlijke persoon veroordelen. Is dit niet zo, dan zal hij diegene moeten veroordelen die de zwaarste fout beging.

Tevens werd in het tweede hoofdstuk uitgeklaard dat, door de afschaffing van de conventionele toerekening van artikel 132 van het Wetboek van vennootschappen, de misdrijven die zijn gepleegd door een bedrijfsrevisor bij de uitoefening van zijn controleopdrachten niet langer “eigen” misdrijven uitmaken die enkel onder de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de vaste vertegenwoordiger kunnen vallen. Hierdoor kan het bedrijfsrevisorenkantoor voortaan ook de hoedanigheid van dader hebben. Het nieuwe artikel 132 van het Wetboek van vennootschappen, breidt de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van het bedrijfsrevisorenkantoor dan ook gevoelig uit.

XIV

EXECUTIVE SUMMARY (NL)

Vervolgens werd in het derde hoofdstuk dieper ingegaan op de belangrijkste fraudemisdrijven waarmee een bedrijfsrevisor kan worden geconfronteerd. Een opdeling werd gemaakt tussen enerzijds de fraudemisdrijven in het strafwetboek, meer bepaald valsheid in (private) geschriften en informaticavalsheid, (deelneming aan) verduistering van vennootschapsactiva, informaticafraude, en anderzijds de fraudemisdrijven in bijzondere wetgeving, met name wederrechtelijke attestaties en goedkeuringen, (deelneming aan) jaarrekeningfraude, (deelneming aan) inkoop van eigen aandelen: kasgeldvennootschappen, beursfraude en (deelneming aan) belastingontduiking en BTW-fraude. Hier mag niet uit het oog worden verloren dat er aan zo goed als alle vermelde fraudemisdrijven een fiscaal staartje en vooral een financieel prijskaartje vasthangt.

Ten slotte werd in hoofdstuk vier een interessant schematisch overzicht gegeven van de voornaamste strafsancities bij de reeds in hoofdstuk drie aangehaalde vermogensmisdrijven.

Deel 3: Raad van bestuur en anti-fraudebeleid

In het derde deel van de publicatie werd in een inleidend hoofdstuk kort weergegeven wat deugdelijk anti-fraudebeleid impliceert en wat het belang hiervan is voor de vennootschappen en de bestuurders.

Vervolgens werd in het tweede hoofdstuk verduidelijkt aan toezichthoudende bestuurders (in het bijzonder het auditcomité), uitvoerende bestuurders, managers, *compliance officers* en interne auditors hoe ze in hun organisatie het anti-fraudebeleid kunnen vormgeven. Deze opzet werd bereikt door achtereenvolgens de begrippen *Fraud risk governance*, *Fraud risk assessment*, Fraudepreventie, Fraudedetectie, en Fraudeonderzoek, sanctie en herstel uit te diepen. Deze uiteenzetting is gebaseerd op de richtlijn *Managing The Business Risk Of Fraud. A Practical Guide* (2008), die een gemeenschappelijke uitgave is van de *Association of Certified Fraud Examiners* (ACFE), het *Institute of Internal Auditors* (IIA) en de *Association of Certified Public Accountants* (AICPA).

Ten slotte werd in het derde hoofdstuk een nadere toelichting gegeven over het fenomeen “*forensic auditing*”, inclusief haar ontwikkeling, het wettelijk kader waaraan ze onderworpen is, haar nationale beroepsfederatie *Institute of Forensic Auditors* (IFA) en het *Fraud Training Institute*.

Deel 4: Basistechnieken van de bedrijfsrevisor in het kader van fraude en jaarrekening (financiële overzichten)

In het laatste deel van de publicatie werd in het inleidend hoofdstuk eerst het basiskader rond het thema van de bedrijfsrevisor en fraude geschetst samen met de evolutie in de tijd hiervan. Vervolgens werden respectievelijk de thema’s materiële fouten in de financiële overzichten (jaarrekening) – het frauderisico; controleprocedures – aanpassing voor de fraudebeschouwing, integratie van de fraudebeschouwing in de auditprocedures, ISA 240 – toepassing; noodzaak tot bespreking binnen het auditteam en de fraude-auditbenadering uitgediept.

Tot slot werd in het laatste hoofdstuk uitgebreid ingegaan op de technieken die kunnen worden gehanteerd om de jaarrekening zowel qua balansvoorstelling als qua resultaat te beïnvloeden. *In concreto* werden 30 technieken geselecteerd en telkens geclassificeerd volgens het specifiek doel dat zij voor ogen hebben, meer bepaald:

- kosten toe te wijzen aan een vroegere of latere periode met beïnvloeding van de actiefrekeningen;
- kosten toe te wijzen aan een vroegere of latere periode met beïnvloeding van de passiefrekeningen;
- inkomsten te beïnvloeden door het te vroeg (of te laat) opnemen van de inkomsten in de resultaten;
- inkomsten te beïnvloeden door het opnemen van potentieel betwistbare inkomsten;
- resultaten te beïnvloeden door opname van eenmalige winsten (of verliezen);
- fictieve inkomsten op te nemen;
- toekomstige kosten naar de periode toe te wijzen; of
- bedrijfswinsten (bewust) te over- of onderschatten.

Het doel van deze analyse is de bedrijfsrevisor een basis aan te reiken bruikbaar voor de analyse van de fraudegevoeligheid en/of fraudewaarschijnlijkheid van de te onderzoeken financiële overzichten.

EXECUTIVE SUMMARY (FR)

Partie 1^{re} : Le rôle du réviseur d'entreprises dans la lutte contre la fraude et les actes illégaux

La première partie de la publication comporte un chapitre introductif qui, après quelques généralités, présente brièvement le cadre légal dans lequel s'inscrit le rôle du réviseur d'entreprises dans la lutte contre la fraude et les actes illégaux et décrit les caractéristiques de la fraude.

Ensuite, le deuxième chapitre expose les responsabilités respectives de l'entité et du réviseur d'entreprises sur le plan de la prévention de la fraude, des erreurs et des actes illégaux, d'une part, et de la détection de la fraude, d'autre part.

Enfin, le dernier chapitre de cette première partie explique comment le réviseur d'entreprises doit établir et mettre en œuvre des procédures d'audit supplémentaires, lorsqu'il a connaissance d'informations susceptibles de démontrer l'existence soit d'une erreur ou d'une fraude, soit d'un acte illégal. Cette démarche est d'abord analysée du point de vue de la recommandation de l'IRE « Fraude et actes illégaux » et puis des normes ISA. Ensuite, l'impact de cette démarche sur l'opinion du commissaire quant à l'image fidèle des comptes annuels est étudié, tout comme l'incidence de la découverte d'actes illégaux. Pour finir, la fonction de la publication de la fraude et des actes illégaux est abordée.

Dans cette partie de la publication, il apparaît que le rôle du réviseur d'entreprises par rapport à la fraude est une question de subtilité, de complexité et de subjectivité. Ses travaux de contrôle dépendent à la fois de la position dans laquelle se trouve l'entité, de la disponibilité de l'organe de gestion, des obligations légales strictes et des normes professionnelles qui tentent d'encadrer au maximum les différents cas, même s'il est impossible de tous les anticiper.

Partie 2 : La fraude et les implications pénales pour le réviseur d'entreprises

Le deuxième chapitre de cette partie de la publication se penche, après un chapitre introductif, sur les règles relatives à la responsabilité pénale et l'imputabilité légale, conventionnelle et pénale des délits dans le droit pénal des affaires. Il en ressort clairement que le délit est imputable tant au réviseur d'entreprises personne physique ou personne morale qu'au réviseur d'entreprises en qualité de co-auteur, ce qui constitue une extension de la responsabilité pénale.

Il ressort du deuxième chapitre que tant la personne morale que la personne physique peuvent toujours être tenues responsables pénalement de délits intentionnels (p. ex. faux en écriture, usage de faux, escroquerie, délits de fraude fiscale, etc.). En ce qui concerne les autres délits qui ne requièrent pas le dol, tels que des attestations ou des approbations erronées de comptes annuels de sociétés, le juge vérifiera si l'infraction a concrètement été commise de façon intentionnelle ou non. Si tel est le cas, il peut condamner tant la

XVII

EXECUTIVE SUMMARY (FR)

personne morale qu'une personne physique identifiée comme suspecte. Si tel n'est pas le cas, il devra condamner la personne ayant commis la faute la plus grave.

Le deuxième chapitre précise également qu'en raison de la suppression de l'imputabilité conventionnelle prévue par l'article 132 du Code des sociétés, les délits commis par un réviseur d'entreprises lors de l'accomplissement de ses missions de contrôle ne sont plus considérés comme des délits « propres » qui relèvent de la seule responsabilité pénale du représentant permanent. Par conséquent, le cabinet de révision peut désormais également être qualifié d'auteur. Le nouvel article 132 du Code des sociétés élargit de manière significative la responsabilité pénale du cabinet de révision.

XVIII

Ensuite, le troisième chapitre analyse plus en détail les principaux délits de fraude auxquels peut être confronté un réviseur d'entreprises. Une distinction est faite entre, d'une part, les délits de fraude prévus par le Code pénal, plus particulièrement les faux en écriture (privée) et les faux en informatique, (la participation au) détournement d'actifs de société ainsi que la fraude informatique, et, d'autre part, les délits de fraude prévus par des lois spéciales, notamment les attestations et approbations frauduleuses, (la participation à) la fraude aux comptes annuels, (la participation à) l'acquisition d'actions propres : les sociétés de liquidités, la fraude boursière et (la participation à) l'évasion fiscale et la fraude à la TVA. A cet égard, il convient de garder à l'esprit que pratiquement tous les délits de fraude susmentionnés ont des conséquences fiscales et financières.

Enfin, le quatrième chapitre fournit un aperçu schématique intéressant des principales sanctions pénales prévues pour les délits patrimoniaux cités au troisième chapitre.

Partie 3 : Le conseil d'administration et la politique de lutte contre la fraude

Le chapitre introductif de la troisième partie de la publication présente brièvement en quoi consiste une politique adéquate de lutte contre la fraude et quelle en est l'importance pour les sociétés et les administrateurs.

Ensuite, le deuxième chapitre précise aux administrateurs chargés de la supervision (en particulier le comité d'audit), administrateurs exécutifs, gestionnaires, responsables de la conformité et auditeurs internes comment concrétiser la politique de lutte contre la fraude dans leur organisation. Ce résultat a été obtenu en analysant en détail les notions de *Fraud risk governance*, *Fraud risk assessment*, prévention des fraudes, détection des fraudes, enquête anti-fraude, sanction et réparation. Cette analyse est basée sur la directive *Managing The Business Risk Of Fraud. A Practical Guide* (2008), qui est une publication conjointe de l'*Association of Certified Fraud Examiners* (ACFE), l'*Institute of Internal Auditors* (IIA) et l'*Association of Certified Public Accountants* (AICPA).

Pour finir, le troisième chapitre fournit des explications détaillées sur le phénomène du *forensic auditing* (vérification judiciaire), y compris son développement, le cadre légal dans lequel il s'inscrit ainsi que la fédération professionnelle nationale *Institute of Forensic Auditors* (IFA) et le *Fraud Training Institute*.

Partie 4 : Techniques de base du réviseur d'entreprises dans le cadre de la fraude et des comptes annuels (états financiers)

Le chapitre introductif de la dernière partie de la publication décrit en premier lieu, brièvement, le cadre de base dans lequel s'inscrit le thème du réviseur d'entreprises et de la fraude, ainsi que son évolution au fil du temps. Puis sont précisés les thèmes des fautes significatives dans les états financiers (comptes annuels) – du risque de fraude ; des procédures de contrôle – de l'adaptation pour la prise en considération de la fraude ; de l'intégration de la prise en considération de la fraude dans les procédures d'audit, de la norme ISA 240 – de l'application ; de la nécessité de concertation au sein de l'équipe d'audit ; et de l'approche de l'audit de fraude.

Enfin, le dernier chapitre détaille les techniques qui peuvent être utilisées afin d'influencer les comptes annuels tant sur le plan de la présentation du bilan que du résultat. Concrètement, 30 techniques ont été sélectionnées puis classées selon leur but spécifique, et en particulier les techniques suivantes :

- affecter des coûts à une période antérieure ou postérieure avec impact sur les postes d'actif ;
- affecter des coûts à une période antérieure ou postérieure avec impact sur les postes de passif ;
- influencer les revenus en intégrant trop tôt (ou trop tard) les revenus dans les résultats ;
- influencer les revenus en intégrant des revenus potentiellement contestables ;
- influencer les résultats en intégrant des bénéfices ponctuels (sur les pertes) ;
- intégrer des revenus fictifs ;
- affecter des coûts futurs à la période ; ou
- surestimer ou sous-estimer (sciemment) les bénéfices de l'entreprise.

Le but de cette analyse est d'offrir au réviseur d'entreprises des techniques de base qu'il pourra utiliser pour analyser le risque et/ou la probabilité de fraude dans les états financiers à contrôler.

XIX

EXECUTIVE SUMMARY (FR)

EXECUTIVE SUMMARY (EN)

Part 1: The role of the registered auditor in the fight against fraud and illegal acts

The first part of the publication started with an introductory chapter that outlines, after some general outlines, the legal framework of the registered auditor's role in the fight against fraud and illegal acts and describes the characteristics of fraud.

Then, the second chapter sets out the respective responsibilities of the entity and the registered auditor with respect to the prevention of fraud, errors and illegal acts on the one hand, and to fraud detection on the other hand.

Finally, the last chapter of this first part explained how the registered auditor has to establish and implement additional audit procedures when information has come to his attention that may indicate the existence of either errors or fraud, or an illegal act. This approach was first analysed from the point of view of the recommendation of the IBR-IRE "Fraud and illegal acts" and then from the point of view of the ISAs. Subsequently, the impact of this approach on the opinion of the auditor on the true and fair view of the financial statements was being studied, as well as the role of the discovery of illegal acts. Lastly, the role of the disclosure of fraud and illegal acts was being addressed.

In this part of the publication, it became clear that the role of the registered auditor with respect to fraud is a matter of subtlety and complexity. His work depends both on the position of the entity, the availability of the board of directors, the stringent legal requirements and the professional standards that attempt as much as possible to provide a framework for all circumstances, even if it is impossible to anticipate them all.

Part 2: Fraud and criminal implications for the registered auditor

After an introductory chapter, the second chapter of this part of the publication focused on the rules regarding criminal responsibility and legal, conventional and criminal accountability of crimes in the criminal business law. Here, it became quite clear that the registered auditor can be held liable for the crime as a natural person, as a legal person and as a participant, which extends the criminal liability.

The second chapter demonstrated that both the legal person and the natural person can still be held criminally responsible for intentional crimes (e.g. forgery, use of forged documents, swindling, crime of tax fraud, etc.). Regarding other crimes that do not require criminal intent, such as erroneous certifications or approvals of companies' financial statements, the judge will determine whether the offence in question has been committed intentionally or not. If this is the case, he may sentence both the legal person and the natural person who has been identified as a suspect. If this is not the case, he will sentence the person who is guilty of the most serious misconduct.

The second chapter also stated that, due to the withdrawal of the conventional accountability as prescribed in article 132 of the Belgian Company Code, crimes committed by a registered auditor during the performance of his audit engagements are no longer considered as “own” crimes that can be subject only to the exclusive criminal responsibility of the permanent representative. As a result, from now on, the audit firm can also have the status of perpetrator. Consequently, the new article 132 of the Belgian Company Code extends significantly the criminal liability of the audit firm.

Next, the third chapter analysed in detail the main fraud crimes that a registered auditor may face. A distinction was drawn between, on the one hand, fraud crimes covered by criminal law, specifically forgery of (private) accounts and computer forgery, (involvement in) misappropriation of corporate assets and computer fraud, and, on the other hand, fraud crimes covered by special laws, notably fraudulent certifications and approvals, (involvement in) annual accounts fraud, (involvement in) acquisition of own shares : cash companies, securities fraud and (involvement in) tax avoidance and VAT fraud. In this context, it is useful to bear in mind that virtually every fraud crime mentioned above has tax implications, which in turn lead to financial implications.

Finally, the fourth chapter provided an interesting schematic overview of the main criminal penalties for the crimes specified in the third chapter.

Part 3: The board of directors and the anti-fraud policy

The introductory chapter of the third part of the publication briefly described what an appropriate anti-fraud policy consists of and its importance for the companies and the board of directors.

Next, the second chapter specified to the supervisory directors (especially the audit committee), executive directors, managers, compliance officers and internal auditors how they can shape the anti-fraud policy in their organisation. This has been achieved by successively analysing the notions of Fraud risk governance, Fraud risk assessment, Fraud prevention, Fraud detection, and Fraud investigation, punishment and corrective action. This analysis is based on the directive *Managing The Business Risk Of Fraud. A Practical Guide* (2008), a joint publication of the *Association of Certified Fraud Examiners* (ACFE), the *Institute of Internal Auditors* (IIA) and the *Association of Certified Public Accountants* (AICPA).

Finally, the third chapter provided detailed explanations of the phenomenon of “forensic auditing”, including its development, its legal framework, its national professional organisation; the *Institute of Forensic Auditors* (IFA), and the *Fraud Training Institute*.

Part 4: Basic techniques of the registered auditor within the framework of fraud and annual accounts (financial statements)

The introductory chapter of the last part of the publication first outlined the basic framework of the theme of the registered auditor and fraud together with how this has evolved over time. Next, the following themes have been successively treated: material errors in financial statements (annual accounts) – fraud risk; control procedures – adaptation for the consideration of fraud, integration of the fraud consideration in the audit procedures; ISA 240 – application, the need for discussion within the audit team; and the fraud audit approach.

Finally, the last chapter detailed the techniques that can be used to influence the financial statements in terms of both presentation of the balance sheet and profits and losses. Specifically, 30 techniques have been selected and have each time been classified according to their specific goals, in particular:

- allocation of costs to a previous or subsequent period, with impact on asset accounts;
- allocation of costs to a previous or subsequent period, with impact on liability accounts;
- influence of income by including income in profits and losses too soon (or too late);
- influence of income by including potentially questionable earnings;
- influence of profits and losses by including one-time profits (or losses);
- inclusion of fictitious earnings;
- allocation of future costs to the period; or
- overestimation or underestimation (deliberately) of corporate profits.

This analysis aims to provide the registered auditor with basic techniques that he can use to analyse the risk and/or probability of fraud in the financial statements to be reviewed.

XXIII

EXECUTIVE SUMMARY (EN)

INHOUDSTAFEL – TABLE DES MATIERES

| | |
|---|-------------|
| Woord vooraf | V |
| <i>door Ch. Hébette</i> | |
| Avant-propos | IX |
| <i>par Ch. Hébette</i> | |
| Executive Summary (NL) | XIII |
| Executive Summary (FR) | XVII |
| Executive Summary (EN) | XXI |
| INHOUDSTAFEL – TABLE DES MATIERES | XXV |
| PARTIE 1^{RE} CADRE JURIDIQUE EN BELGIQUE | |
| LE ROLE DU REVISEUR D'ENTREPRISES DANS | |
| LA LUTTE CONTRE LA FRAUDE ET LES ACTES | |
| ILLEGAUX | 1 |
| DEEL 1 JURIDISCH KADER IN BELGIE | |
| DE ROL VAN DE BEDRIJFSREVISOR IN DE STRIJD | |
| TEGEN FRAUDE EN ONWETTIGE HANDELINGEN | 1 |
| <i>par/door S. Quintart</i> | |
| CHAPITRE 1^{er} - INTRODUCTION | 3 |
| HOOFDSTUK 1 – INLEIDING | 3 |
| 1.1. Introduction | 4 |
| 1.2. Cadre légal | 5 |
| 1.3. Caractéristiques de la fraude | 7 |
| CHAPITRE 2 – RESPONSABILITES RESPECTIVES DE L'ENTITE ET | |
| DU REVISEUR D'ENTREPRISES | 9 |
| HOOFDSTUK 2 – RESPECTIEVELIJKE VERANTWOORDELIJKHEDEN | |
| VAN DE ENTITEIT EN DE BEDRIJFREVISOR | 9 |
| 2.1. Introduction | 10 |
| 2.2. Rôle de prévention de la fraude, des erreurs et des actes illégaux | 12 |
| 2.3. Rôle de détection de la fraude | 13 |
| CHAPITRE 3 – CONCEPTION ET MISE EN ŒUVRE DE PROCEDURES | |
| D'AUDIT COMPLEMENTAIRES | 17 |
| HOOFDSTUK 3 – OPSTELLEN EN UITVOEREN VAN BIJKOMENDE | |
| AUDITPROCEDURES | 17 |
| 3.1. En vertu de la recommandation de l'IRE | 18 |
| 3.2. En vertu des normes ISA | 19 |
| 3.3. Conséquences sur l'opinion sur l'image fidèle des états financiers | 20 |
| 3.4. Rôle de détection des actes illégaux | 22 |
| 3.5. Rôle de révélation des fraudes et actes illégaux | 23 |

XXV

INHOUDSTAFEL – TABLE DES MATIERES

| | |
|--|-----------|
| CONCLUSION GENERALE | 27 |
| DEEL 2 FRAUDE EN DE STRAFRECHTELIJKE IMPLICATIES VOOR DE BEDRIJFSREVISOR | 29 |
| PARTIE 2 LA FRAUDE ET LES IMPLICATIONS PENALES POUR LE REVISEUR D'ENTREPRISES | 29 |
| <i>door/par K. De Schepper</i> | |
| HOOFDSTUK 1 – INLEIDING | 31 |
| CHAPITRE 1^{er} – INTRODUCTION | 31 |
| 1.1. Toenemend risico | 32 |
| 1.2. Het begrip “fraude” | 33 |
| 1.3. Inhoud en structuur | 34 |
| HOOFDSTUK 2 – DE STRAFRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID EN DE TOEREKENING VAN MISDRIJVEN IN HET ONDERNEMINGSSTRAFRECHT | 35 |
| CHAPITRE 2 – LA RESPONSABILITE PENALE ET L'IMPUTATION DES DELITS DANS LE DROIT PENAL DES ENTREPRISES | 35 |
| 2.1. Toerekening aan de bedrijfsrevisor als natuurlijke persoon | 36 |
| 2.1.1. Algemeen | 36 |
| 2.1.2. Materiële toerekening | 36 |
| 2.1.3. Wettelijke en conventionele toerekening | 36 |
| 2.1.4. Rechterlijke toerekening | 37 |
| 2.2. Toerekening aan de bedrijfsrevisor als rechtspersoon | 38 |
| 2.2.1. Algemeen | 38 |
| A. Autonome strafrechtelijke aansprakelijkheid | 38 |
| B. De toerekening in kort bestek | 38 |
| 2.2.2. Samenloop van daderschap natuurlijke persoon en rechtspersoon | 39 |
| A. Het “cumulverbod” van artikel 5 lid 2 van het Strafwetboek | 39 |
| B. Artikel 5, lid 1 van het Strafwetboek en de wettelijke/ conventionele toerekening | 41 |
| 2.2.3. De vaste vertegenwoordiger en de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon voor misdrijven in het kader van de revisorale opdracht | 42 |
| A. Bijzondere toerekeningsregels voor de vaste vertegenwoordiger | 42 |
| B. Verhouding tot artikel 5, lid 1 van het Strafwetboek | 43 |
| 2.3. “Uitbreiding” van de strafrechtelijke aansprakelijkheid: de bedrijfsrevisor als deelnemer | 45 |
| 2.3.1. Deelneming: inhoud | 45 |
| 2.3.2. Strafbaar hoofdfeit | 46 |
| 2.3.3. Tijdstip deelneming | 46 |
| 2.3.4. Deelnemingsopzet | 46 |
| 2.3.5. Deelneming door onthouding | 48 |

XXVI

| | |
|---|-----------|
| HOOFDSTUK 3 – DE BELANGRIJKSTE FRAUDEMISDRIVEN WAARMEE EEN BEDRIJFSREVISOR KAN WORDEN GECONFRONTEERD | 49 |
| CHAPITRE 3 – LES DELITS DE FRAUDE LES PLUS IMPORTANTS AUXQUELS UN REVISEUR D’ENTREPRISES PEUT ETRE CONFRONTE | 49 |
| 3.1. Fraudemisdrijven in het Strafwetboek | 50 |
| 3.1.1. Valsheid in (private) geschriften en informaticavalsheld | 50 |
| A. Juridisch kader | 50 |
| B. Specifiek geval: het controleverslag | 53 |
| 3.1.2. (Deelneming aan) verduistering van vennootschapsactiva | 58 |
| A. Bedrieglijk faillissement | 58 |
| B. Misbruik van vennootschapsgoederen | 62 |
| 3.1.3. Informaticafraude | 72 |
| A. Juridisch kader | 72 |
| B. Voorbeelden | 73 |
| 3.1.4. Witwassen | 73 |
| A. Juridisch kader | 73 |
| B. Overzicht | 77 |
| 3.2. Fraudemisdrijven in bijzondere wetgeving | 78 |
| 3.2.1. Wederrechtelijke attestaties en goedkeuringen | 78 |
| A. De (geconsolideerde) jaarrekeningen, balansen en resultatenrekening (art. 171, § 2 W. Venn. en art. 16, lid 3 Boekhoudwet) | 78 |
| B. De sociale balans (art. 206 Sociaal Strafwetboek) | 83 |
| 3.2.2. (Deelneming aan) jaarrekeningenfraude | 85 |
| A. Verplichtingen inzake de jaarrekening | 85 |
| B. Valse jaarrekening | 85 |
| 3.2.3. (Deelneming aan) inkoop van eigen aandelen: kasgeldvennootschappen | 86 |
| 3.2.4. Beursfraude | 87 |
| A. Algemeen | 87 |
| B. Emissiebedrog: verspreiding misleidende informatie | 88 |
| C. Marktmanipulatie | 88 |
| D. Misbruik van voorkennis | 90 |
| 3.2.5. (Deelneming aan) belastingontduiking en BTW-fraude | 94 |
| HOOFDSTUK 4 – DE STRAFRECHTELIJKE GEVOLGEN: EEN SCHEMATISCH OVERZICHT | 97 |
| CHAPITRE 4 – LES CONSEQUENCES PENALES : UN APERCU SCHEMATIQUE | 97 |
| 4.1. Inleiding | 98 |
| 4.2. Selectie belangrijkste straffen | 99 |

| | | |
|-----------------|---|------------|
| DEEL 3 | RAAD VAN BESTUUR EN ANTI-FRAUDEBELEID | 105 |
| PARTIE 3 | CONSEIL D'ADMINISTRATION ET POLITIQUE CONTRE LA FRAUDE | 105 |
| | <i>door/par E.J. Lammers</i> | |
| | Algemeen | 106 |
| | HOOFDSTUK 1 – INLEIDING | 109 |
| | CHAPITRE 1^{er} – INTRODUCTION | 109 |
| | 1.1. Fraude | 110 |
| | 1.2. <i>Business case</i> | 110 |
| | 1.3. Anti-fraudebeleid | 111 |
| | 1.4. Doelgroep | 112 |
| | 1.5. Toepasbaarheid | 112 |
| | 1.6. Strafrechtelijke verantwoordelijkheid | 112 |
| | 1.7. Rechtspraak | 113 |
| | 1.8. Buitenlandse regelgeving | 115 |
| | 1.9. Adequate procedures | 116 |
| | 1.10. Maatwerk | 117 |
| | HOOFDSTUK 2 – ANTI-FRAUDEBELEID | 119 |
| | CHAPITRE 2 – POLITIQUE CONTRE LA FRAUDE | 119 |
| | 2.1. Inleiding | 120 |
| | 2.2. <i>Fraud risk governance</i> | 122 |
| | 2.2.1. Inleiding | 122 |
| | 2.2.2. Taken en verantwoordelijkheden | 122 |
| | 2.2.3. Auditcomité | 124 |
| | 2.2.4. Management | 125 |
| | 2.2.5. Personeel | 126 |
| | 2.2.6. Interne audit | 127 |
| | 2.2.7. <i>Fraud Risk Management Plan</i> | 128 |
| | A. Commitment | 128 |
| | B. Bewustmaking | 129 |
| | C. Bevestigingsprocedure | 129 |
| | D. Conflicterende belangen | 130 |
| | E. <i>Fraud risk assessment</i> | 130 |
| | F. Melding van incidenten en de bescherming van klokkenluiders | 131 |
| | G. Fraudeonderzoek | 131 |
| | H. Herstelmaatregelen | 131 |
| | I. Terugkoppeling en kwaliteitsverbetering | 132 |
| | J. Voortdurende opvolging | 132 |
| | 2.3. <i>Fraud risk assessment</i> | 133 |
| | 2.3.1. Inleiding | 133 |
| | 2.3.2. Samenstelling <i>fraud risk assessment team</i> | 134 |
| | 2.3.3. Frauderisico identificatie | 135 |
| | A. Motieven tot plegen van fraude | 135 |
| | B. Fraudedriehoek: druk-gelegenheid-rationalisatie | 136 |

XXVIII

INHOUDSTAFEL – TABLE DES MATIERES

| | | |
|---------|--|------------|
| 2.3.4. | Risico van doorbreken van interne controle door de leiding | 137 |
| 2.3.5. | Classificatie van frauderisico's | 138 |
| | A. Verslaggevingsfraude | 139 |
| | B. Fraude met bedrijfsmiddelen | 139 |
| | C. Corruptie | 140 |
| 2.3.6. | IT en fraude | 141 |
| 2.3.7. | Overige risico's | 143 |
| 2.3.8. | Inschatten van de kans en de impact van inherente frauderisico's | 143 |
| 2.3.9. | Restrisico's | 144 |
| 2.3.10. | Frauderisicoprofiel | 145 |
| 2.4. | Fraudepreventie | 146 |
| 2.4.1. | Algemeen | 146 |
| 2.4.2. | Fraudepreventiemaatregelen | 147 |
| | A. Personeelsbeleid | 147 |
| | B. Maatregelen rondom bevoegdheden: autorisatieprocedures | 149 |
| | C. Maatregelen rondom transacties: gerelateerde partijen | 149 |
| 2.4.3. | Vastleggen van het fraudepreventiebeleid | 149 |
| 2.4.4. | Evaluatie van het fraudepreventiebeleid | 149 |
| 2.4.5. | Voortdurende opvolging | 150 |
| 2.5. | Fraudedetectie | 151 |
| 2.5.1. | Algemeen | 151 |
| 2.5.2. | Fraudedetectiemaatregelen | 151 |
| | A. Meldpunt en klokkenluidersregeling | 152 |
| | B. Ingebouwde controles | 153 |
| | C. Proactieve detectiemaatregelen | 153 |
| 2.5.3. | Vastleggen van het fraudedetectiebeleid | 155 |
| 2.5.4. | Evaluatie van het fraudedetectiebeleid | 155 |
| 2.5.5. | Voortdurende opvolging | 156 |
| 2.6. | Fraudeonderzoek, sanctie en herstel | 158 |
| 2.6.1. | Algemeen | 158 |
| 2.6.2. | Fraudeonderzoek- en herstelprotocol | 158 |
| | A. Ontvangst van de melding | 158 |
| | B. Initiële beoordeling van de melding | 158 |
| | C. Onderzoeksprotocol | 159 |
| 2.6.3. | Uitvoering van het onderzoek | 160 |
| 2.6.4. | Rapporteren van bevindingen | 162 |
| 2.6.5. | Sanctie- en herstelmaatregelen | 162 |
| 2.6.6. | Fraudeonderzoeken meten | 163 |
| | HOOFDSTUK 3 – FORENSIC AUDITING | 165 |
| | CHAPITRE 3 – FORENSIC AUDITING | 165 |
| 3.1. | Algemeen | 166 |
| 3.2. | Definitie | 166 |
| 3.3. | Ontwikkeling | 166 |
| 3.4. | Wettelijk kader | 167 |
| 3.5. | <i>Institute of Forensic Auditors</i> | 168 |
| 3.6. | <i>Fraud Training Institute</i> | 170 |
| | Bronnen | 171 |

| | | |
|-----------------|--|------------|
| DEEL 4 | BASISTECHNIEKEN VAN DE BEDRIJFSREVISOR IN HET KADER VAN FRAUDE EN JAARREKENING (FINANCIELE OVERZICHTEN) | 173 |
| PARTIE 4 | TECHNIQUES DE BASE DU REVISEUR D'ENTREPRISES DANS LE CADRE DE LA FRAUDE ET DES COMPTES ANNUELS (ETATS FINANCIERS) | 173 |

door/par L. Toelen

| | |
|---|------------|
| HOOFDSTUK 1 – INLEIDING | 175 |
| CHAPITRE 1^{er} - INTRODUCTION | 175 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 1.1. | Basiskader en evolutie in de tijd | 176 |
| 1.2. | Algemeen frauderisico | 177 |
| 1.3. | Materiele fouten in de financiële overzichten (jaarrekening) – het frauderisico | 179 |
| 1.4. | Controleprocedures – aanpassing voor de fraudebeschouwing | 180 |
| 1.5. | Integratie van de fraudebeschouwing in de auditprocedures – is dit voldoende? | 181 |
| 1.6. | ISA 240 – toepassing | 182 |
| 1.7. | De noodzaak tot bespreking binnen het audit team | 186 |
| 1.8. | De fraude-auditbenadering | 188 |
| 1.9. | Het aspect ontvreemding van activa | 189 |
| 1.10. | Witwassen (<i>Money Laundering</i>) | 190 |
| 1.11. | Op risico gebaseerde audit – controlemiddelen van de bedrijfsrevisor | 190 |
| 1.12. | ISA 540 – Audit van boekhoudkundige schattingen | 191 |

| | |
|---|------------|
| HOOFDSTUK 2 – CLASSIFICATIE VAN TECHNIEKEN MET HUN INVLOED OP DE JAARREKENING | 193 |
| CHAPITRE 2 – CLASSIFICATION DES TECHNIQUES ET LEURS INFLUENCES SUR LES COMPTES ANNUELS | 193 |

| | | |
|--------|---|-----|
| 2.1. | Inleiding | 194 |
| 2.2. | Kosten worden toegewezen aan een vroegere of latere periode waarbij actiefrekeningen worden beïnvloed | 195 |
| 2.2.1. | Algemeen | 195 |
| 2.2.2. | Het al dan niet activeren van kosten | 195 |
| 2.2.3. | Het sneller of trager in kosten nemen van uitgaven of geactiveerde kosten | 196 |
| 2.2.4. | Het niet, te weinig of te veel afwaarderen van activa (aanleg of terugname van waardeverminderingen) | 196 |
| 2.2.5. | Eerder aangelegde waardeverminderingen (of afschrijvingen) worden verminderd | 196 |
| 2.2.6. | Waarderingsmethoden worden gewijzigd | 197 |
| 2.3. | Kosten worden toegewezen aan een vroegere of latere periode waarbij passiefrekeningen worden beïnvloed | 198 |
| 2.3.1. | Algemeen | 198 |
| 2.3.2. | Niet-opname van kosten en gerelateerde schulden | 198 |
| 2.3.3. | Vrijval van provisies (naar inkomsten) | 199 |

XXX

| | | |
|--------|--|-----|
| 2.3.4. | Fictieve kortingen worden geboekt (in mindering van kosten resp. schulden) | 199 |
| 2.3.5. | Ontvangsten worden geboekt als inkomsten (toekomstige verplichtingen bestaan) | 199 |
| 2.3.6. | Waarderingsmethoden worden gewijzigd | 200 |
| 2.4. | Inkomsten te beïnvloeden door het te vroeg (of te laat) opnemen van de inkomsten in de resultaten | 201 |
| 2.4.1. | Basisregel | 201 |
| 2.4.2. | Inkomsten worden geboekt, maar toekomstige prestaties dienen nog te worden uitgevoerd | 201 |
| 2.4.3. | Inkomsten worden geboekt, maar goederen dienen nog verzonden te worden of nog door de klant aanvaard te worden | 202 |
| A. | Inkomsten worden geboekt vooraleer de goederen worden verzonden of de dienst wordt geleverd | 202 |
| B. | Inkomsten worden geboekt bij het verzenden van de goederen, de klant verwachtte de goederen niet of nog niet | 202 |
| C. | Inkomsten worden geboekt bij het verzenden van de goederen, de klant kan deze goederen nog terugzenden | 203 |
| 2.4.4. | Inkomsten worden geboekt, maar de klant is niet verplicht tot betaling | 203 |
| 2.5. | Inkomsten te beïnvloeden door het opnemen van potentieel betwistbare inkomsten | 204 |
| 2.5.1. | Algemeen | 204 |
| 2.5.2. | Inkomsten worden geboekt, verkopen gebeuren aan gerelateerde partijen | 204 |
| 2.5.3. | Inkomsten worden geboekt, klanten krijgen een compenserende transactie | 204 |
| 2.5.4. | Inkomsten worden geflatteerd (kunstmatig verhoogd) | 204 |
| 2.6. | Resultaten te beïnvloeden door opname van eenmalige winsten (of verliezen) | 205 |
| 2.6.1. | Algemeen | 205 |
| 2.6.2. | Verkoop van ondergewaardeerde activa | 205 |
| 2.6.3. | Het classificeren van investeringsinkomsten (of -winsten) als bedrijfsinkomsten | 205 |
| 2.6.4. | Het classificeren van investeringsinkomsten (of -winsten) als vermindering van bedrijfskosten | 206 |
| 2.6.5. | Het beïnvloeden van de balansclassificatie | 206 |
| 2.7. | Het opnemen van fictieve inkomsten | 207 |
| 2.7.1. | Algemeen | 207 |
| 2.7.2. | Het boeken van verkopen zonder economische realiteit | 207 |
| 2.7.3. | Het boeken van ontvangen gelden als bedrijfsinkomsten | 207 |
| 2.7.4. | Het boeken van investeringsinkomsten als bedrijfsinkomsten | 208 |
| 2.7.5. | Het boeken van aankoopkortingen (uit een andere periode) als bedrijfsinkomsten | 208 |
| 2.7.6. | Het vrijstellen van voorheen onjuist uitgestelde bedrijfsinkomsten | 208 |
| 2.8. | Toekomstige kosten worden naar de periode toegewezen | 209 |
| 2.8.1. | Algemeen | 209 |

XXXI

INHOUDSTAFEL – TABLE DES MATIERES

| | | |
|--------|--|------------|
| 2.8.2. | Speciale (eenmalige) kosten worden overmatig voorzien | 209 |
| 2.8.3. | Activa worden overmatig afgeschreven | 209 |
| 2.8.4. | Kosten worden (willekeurig) ingebracht in de huidige periode | 210 |
| 2.9. | Bedrijfswinsten worden (bewust) onderschat | 211 |
| 2.9.1. | Algemeen | 211 |
| 2.9.2. | Provisies worden aangelegd om in een latere periode te worden vrijgesteld | 211 |
| 2.9.3. | Inkomsten worden ingehouden om aangewend te worden in latere periode | 211 |
| A. | Foutief gerapporteerde activa en passiva | 212 |
| B. | Een agressieve activeringspolitiek en aangepaste afschrijvingsregels | 212 |
| C. | Voortijdig of fictief opnemen van inkomsten | 212 |
| D. | Foutief gerapporteerde resultatenrekening en beïnvloeding van de staat van herkomst en besteding van middelen | 213 |
| | Bronnen | 214 |
| | BIJLAGEN | 215 |
| 1. | Basiswerkprogramma nazicht financiële overzichten: 30 technieken checklist (beïnvloedingstechnieken) | 217 |
| 2. | Basiswerkprogramma nazicht financiële overzichten: 23 beïnvloedingen checklist (fraude-indicatoren van beïnvloedingen) | 219 |
| 3. | Werkprogramma analyse van frauderisicobeheersing | 221 |

XXXII

INHOUDSTAFEL – TABLE DES MATIERES

PARTIE 1^{RE}

CADRE JURIDIQUE EN BELGIQUE

**LE ROLE DU REVISEUR
D'ENTREPRISES DANS LA LUTTE
CONTRE LA FRAUDE ET LES
ACTES ILLEGAUX**

DEEL 1

JURIDISCH KADER IN BELGIE

**DE ROL VAN DE
BEDRIJFSREVISOR IN DE STRIJD
TEGEN FRAUDE EN ONWETTIGE
HANDELINGEN**

S. QUINTART
Conseiller IRE

CHAPITRE 1^{ER}

INTRODUCTION

HOOFDSTUK 1

INLEIDING

1.1. INTRODUCTION ⁽¹⁾

1. L'objectif du présent chapitre est d'expliquer le rôle du réviseur d'entreprises dans le cadre de la lutte contre la fraude et les actes illégaux. Le rôle du réviseur d'entreprises est souvent incompris notamment lorsqu'une affaire révèle une fraude ou un acte illégal commis par une entité et que le réviseur d'entreprises n'aurait pas communiqué à l'assemblée générale et aux tiers par le biais de son rapport qui est public. Ce sont dans ces cas-là que l'on observe que la vision que les actionnaires, et le public en général, ont de la mission du réviseur d'entreprises est, bien souvent, erronée ou partiellement erronée.

4 INTRODUCTION – INLEIDING

Il convient de rappeler que la responsabilité première pour la prévention et la détection de fraudes incombe à l'organe des gestion ⁽²⁾ (conseil d'administration ou gérants) d'une société, ou de toute autre entité contrôlée. Ceux-ci sont en effet chargés de la gestion des risques de la société et de la mise en œuvre d'un système de contrôle interne approprié à la nature et à l'étendue des activités de l'entreprise, en se conformant aux dispositions légales particulières qui les concernent.

2. Le rôle premier du réviseur d'entreprises dans sa mission d'audit est d'exprimer une opinion sur l'image fidèle des états financiers ⁽³⁾. Cependant, dans le cadre de l'exercice de cette mission, le réviseur d'entreprises contribue à la réduction du risque de fraude dans les entités qu'il contrôle. En effet, lorsqu'il détecte un risque de fraude ou d'acte illégal et que l'entreprise n'a pas souhaité y remédier, le réviseur d'entreprises est tenu de prendre des mesures adaptées aux circonstances et, notamment, d'en tenir compte dans l'élaboration de son rapport à l'assemblée générale. S'il constate l'existence d'une fraude ou d'un acte illégal, il est par ailleurs tenu par des obligations de révélation internes et externes, que ce soit notamment auprès de l'organe de gestion de l'entreprise ou de l'assemblée générale.

Les conséquences de cette mission au niveau de la responsabilité du réviseur d'entreprises sont abordées dans un chapitre suivant.

⁽¹⁾ Le présent chapitre s'inspire de l'article publié dans le TAA n°34/2012, « *Le rôle du réviseur d'entreprises dans la lutte contre la fraude : une approche ISA* », P. LELEU, S. QUINTART, L. ACKE et N. HOUYOUS.

⁽²⁾ Les normes ISA se réfèrent aux « personnes constituant le gouvernement d'entreprise », ce qui en Belgique est considéré comme l'organe d'administration (en ce compris, le cas échéant, le comité d'audit).

⁽³⁾ Il convient de souligner que les normes ISA se réfèrent aux « états financiers » alors que le Code des sociétés se réfère aux « comptes annuels » ou aux « comptes consolidés ». Pour les besoins de la présente note, le contrôle des états financiers se comprend comme le contrôle des comptes annuels et des comptes consolidés.

1.2. CADRE LEGAL

3. La recommandation sur la fraude et les actes illégaux ⁽⁴⁾ (ci-après « la recommandation de l'IRE ») ainsi que les normes générales de révision auxquelles elle se réfère ⁽⁵⁾ régissent la matière. Pour rappel, les normes sont obligatoires pour le réviseur d'entreprises et les recommandations le sont également, à moins que celui-ci puisse motiver, dans des circonstances particulières, un écart ⁽⁶⁾. Dans ce cas, il est tenu de justifier cette motivation dans son dossier de contrôle.

Par ailleurs, l'article 140, alinéa 2, du Code des sociétés qui prévoit que le commissaire est tenu de notifier à l'organe de gestion les violations du Code des sociétés ou des statuts, s'applique à toute forme de fraude, de violation de dispositions soumises spécifiquement au contrôle du réviseur d'entreprises et d'autres actes illégaux.

4. Etant donné l'adoption en 2009 de la norme relative à l'application des normes d'*International Standards on Auditing* (ISA) en Belgique ⁽⁷⁾, la recommandation de l'IRE ne sera plus d'application à partir du 15 décembre 2012, lors d'un audit d'états financiers des entités d'intérêt public et, à partir du 15 décembre 2014, lors d'un audit de l'ensemble des entités. Cette recommandation sera alors remplacée, en ce qui concerne la fraude, par la norme ISA 240 relative aux obligations de l'auditeur en matière de fraude lors d'un audit d'états financiers ⁽⁸⁾ et, en ce qui concerne les actes illégaux, par la norme ISA 250 relative à la prise en considération des textes législatifs et réglementaires dans un audit d'états financiers ⁽⁹⁾.

⁽⁴⁾ Recommandation de révision du 5 juin 1998 relative aux fraudes et actes illégaux, IRE, *Vademecum*, 2007, tome II, p. 589-614. Cette recommandation se base encore sur la norme ISA 240 dans son ancienne version (norme ISA 240 « *Fraud and error* », remplacée en mars 2001 par une nouvelle norme ISA 240 « *The auditor's responsibility to consider fraud and error in an audit of financial statements* »).

⁽⁵⁾ Normes générales de révision du 15 décembre 2006, section 2, Normes concernant l'exécution d'une mission de contrôle, IRE, *Vademecum*, 2007, tome II, p. 351-352; Normes générales de révision du 15 décembre 2006, section 4 ; et Normes relatives au contrôle des apports et quasi-apports, IRE, *Vademecum*, 2007, tome II, p.415-416.

⁽⁶⁾ Cf. article 30, § 3 de la loi du 22 juillet 1953 créant un Institut des Réviseurs d'Entreprises et organisant la supervision publique de la profession de réviseur d'entreprises, (version coordonnée en 2007), *MB*, 24 mai 2007.

⁽⁷⁾ Le projet de norme relative à l'application des normes ISA en Belgique adopté par l'IRE en novembre 2009, après avoir été soumis à consultation publique, a été approuvé par le Conseil supérieur des Professions économiques le 15 décembre 2009 et par le Ministre ayant l'économie dans ses attributions le 1^{er} avril 2010 (Avis relatif à l'approbation de la norme relative à l'application des normes ISA en Belgique, *MB*, 16 avril 2010 et erratum, *MB*, 28 avril 2010).

⁽⁸⁾ Norme ISA 240 clarifiée « *Les obligations de l'auditeur en matière de fraude lors d'un audit d'états financiers* », www.ibr-ire.be, rubrique « Réglementation », sous-rubrique « Normes ISA », « Traduction des normes ISA ».

⁽⁹⁾ Norme ISA 250 clarifiée « *Prise en considération des textes législatifs et réglementaires dans un audit d'états financiers* », www.ibr-ire.be, rubrique « Réglementation », sous-rubrique « Normes ISA », « Traduction des normes ISA ».

5. En outre, les normes ISA 260 relative à la communication avec les personnes constituant le gouvernement d'entreprise ⁽¹⁰⁾ et ISA 265 relative à la communication des déficiences dans le contrôle interne aux personnes constituant le gouvernement d'entreprise et à la direction ⁽¹¹⁾, qui fournissent des procédures à suivre en la matière, seront également d'application en la matière.

Il convient de préciser que les normes ISA s'appliquent aux « auditeurs », ce qui en Belgique, se réfère aux réviseurs d'entreprises. Bien que leur application n'est pas encore obligatoire en Belgique, certains réviseurs d'entreprises les utilisent déjà comme cadre légal pour leur mission d'audit d'états financiers.

6

INTRODUCTION – INLEIDING

En outre, la norme ISA 240, ainsi que la norme relative à l'application des normes d'*International Standards on Auditing* (ISA) en Belgique visent tout contrôle d'états financiers alors que la recommandation de l'IRE s'applique uniquement aux missions légales permanentes ainsi qu'aux missions occasionnelles de contrôle dans la mesure où les normes particulières y font référence.

⁽¹⁰⁾ Norme ISA 260 clarifiée « *Communication avec les personnes constituant le gouvernement d'entreprise* », www.ibr-ire.be, rubrique « Réglementation », sous-rubrique « Normes ISA », « Traduction des normes ISA ».

⁽¹¹⁾ Norme ISA 265 clarifiée « *Communication des déficiences dans le contrôle interne aux personnes constituant le gouvernement d'entreprise et à la direction* », www.ibr-ire.be, rubrique « Réglementation », sous-rubrique « Normes ISA », « Traduction des normes ISA ».

1.3. CARACTERISTIQUES DE LA FRAUDE

6. Avant de définir le rôle du réviseur d'entreprises vis-à-vis de la fraude et des actes illégaux et de définir comment il appréhende ce rôle dans le cadre de son audit, il est important de s'entendre sur la notion de fraude. En effet, pour le réviseur d'entreprises, la fraude a une toute autre signification que la notion purement juridique.

7. La norme ISA 240 relative aux obligations de l'auditeur en matière de fraude lors d'un audit d'états financiers, définit clairement ce que le réviseur d'entreprises doit considérer comme une fraude : un acte intentionnel commis par un ou plusieurs membres de la direction ⁽¹²⁾, par une ou plusieurs personnes constituant le gouvernement d'entreprise ⁽¹³⁾, par un ou plusieurs employés ou tiers à l'entité, impliquant des manœuvres dolosives dans le but d'obtenir un avantage indu ou illégal.

Ainsi, il est précisé que l'on ne peut pas considérer l'erreur comme une fraude en raison du fait que l'erreur est un acte involontaire, et par conséquent, pour qu'il y ait fraude, il faut véritablement un acte intentionnel ⁽¹⁴⁾.

8. La norme ISA 240 précise que le réviseur d'entreprises n'est concerné que par la fraude qui résulte en une anomalie significative dans les états financiers. Deux types d'anomalies intentionnelles sont d'intérêt pour le réviseur d'entreprises: les anomalies résultant de l'élaboration d'informations financières mensongères et les anomalies résultant d'un détournement d'actif ⁽¹⁵⁾.

9. La recommandation de l'IRE différencie de manière similaire ces notions clés ⁽¹⁶⁾ :

- a) l'erreur : la présence d'anomalies involontaires dans la comptabilité ou les comptes annuels, par exemple des erreurs de calcul et d'écriture, de mauvaises interprétations de faits, de mauvaises applications des règles d'évaluation ;
- b) la fraude comptable : la présentation volontairement trompeuse de l'information financière par une ou plusieurs personnes membres du personnel ou de la direction

⁽¹²⁾ Conformément à la norme ISA 260, § 10 b), la direction vise la(les) « *personne(s) ayant des responsabilités exécutives pour la conduite des opérations de l'entité. Pour certaines entités dans certaines juridictions, la direction comprend quelques-unes ou toutes les personnes constituant le gouvernement d'entreprise, par exemple, les membres exécutifs d'un comité des personnes constituant le gouvernement d'entreprise, ou le propriétaire-dirigeant.* ».

⁽¹³⁾ Conformément à la norme ISA 260, § 10 a), les personnes constituant le gouvernement d'entreprise sont les « *personne(s) ou organisation(s) (par exemple : un fondé de pouvoir de société) ayant la responsabilité de surveiller la stratégie de l'entité et les obligations de celle-ci de rendre compte. Cette responsabilité inclut la surveillance du processus d'élaboration de l'information financière. Pour certaines entités dans certaines juridictions les personnes constituant le gouvernement d'entreprise peuvent comprendre le personnel de direction, par exemple, les membres exécutifs d'un comité des personnes constituant le gouvernement d'entreprise d'une entité privée ou du secteur public, ou le propriétaire-dirigeant.* ». En Belgique, les personnes constituant le gouvernement d'entreprise sont les organes de gestion (conseil d'administration ou gérants et, le cas échéant, le comité d'audit).

⁽¹⁴⁾ Cf. Norme ISA 240, § 2.

⁽¹⁵⁾ Cf. Norme ISA 240, § 11 a).

⁽¹⁶⁾ Cf. Recommandation de l'IRE, *op. cit.*, section 2, p. 590.

- de l'entreprise, ou par des tiers, par suite de manipulation, fabrication ou altération de documents ou fichiers, détournement d'actifs, enregistrement d'opérations fictives, fausses évaluations, *etc.* ;
- c) les violations des lois ou des règlements (y compris les statuts de la société) dont le respect doit être spécialement vérifié par le commissaire dans l'exécution de sa mission, principalement le droit comptable, le droit des sociétés et la réglementation de l'information économique et financière à fournir au conseil d'entreprise ; et
 - d) les autres actes illégaux qui peuvent avoir un effet indirect sur les états financiers.

10. L'élément intentionnel, accompagné ou non de collusion avec un tiers qui rend la fraude le plus souvent très difficile à détecter ou à dépister, est, selon la recommandation de l'IRE, également essentiel. En règle générale, la fraude comptable constituera une infraction au Code des sociétés, à la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises ainsi qu'à leurs arrêtés d'exécution ou aux réglementations comptables sectorielles. Dans plusieurs hypothèses, elles pourront également être qualifiées d'infraction au regard du droit pénal général (vol, détournement, faux en écriture).

Certains actes illégaux peuvent avoir une incidence directe sur les états financiers ⁽¹⁷⁾. La violation de ces réglementations sera assimilée aux fraudes comptables.

⁽¹⁷⁾ Il en va ainsi de certaines lois spécifiques qui imposent des modalités de traitement dans la comptabilité de certaines opérations, p. ex. en droit des sociétés, la comptabilisation d'une réduction de capital ou d'un rachat d'actions, en droit fiscal, la comptabilisation de la T.V.A. ou la comptabilisation d'un enrôlement, ou encore en droit social, le calcul des cotisations O.N.S.S.

CHAPITRE 2

RESPONSABILITES RESPECTIVES DE L'ENTITE ET DU REVISEUR D'ENTREPRISES

HOOFDSTUK 2

RESPECTIEVELIJKE VERANTWOORDELIJKHEDEN VAN DE ENTITEIT EN DE BEDRIJFREVISOR

2.1. INTRODUCTION

11. Il est important de clarifier les responsabilités respectives en matière de fraude et actes illégaux entre d'une part l'entité et d'autre part, le réviseur d'entreprises.

12. Il appartient à l'organe de gestion de l'entité de mettre en œuvre des mécanismes de contrôle permettant à la fois la prévention, la détection et la répression des actes pouvant être qualifiés de fraude⁽¹⁸⁾ ⁽¹⁹⁾. Cette responsabilité n'est pas seulement une obligation légale mais également un principe de bonne gouvernance d'entreprise qui favorise la viabilité de l'entité et qui profite à l'ensemble des parties prenantes liées à cette entité que ce soit la direction, les employés ou les actionnaires. Le réviseur d'entreprises, quant à lui, ne peut pas s'immiscer dans la gestion de l'entité. Ce n'est pas pour autant que son rôle n'est pas important à l'égard de la fraude. Au contraire, il est d'une grande valeur ajoutée à la fois pour l'organe de gestion et pour les autres parties prenantes : le réviseur d'entreprises a un rôle de prévention, de détection et de révélation des fraudes, des actes illégaux ou des erreurs au niveau des états financiers :

- a) Son rôle de prévention consiste à communiquer à l'entité les éventuelles faiblesses significatives du contrôle interne qu'il a observées à la suite de son audit.
- b) Son rôle de détection consiste à identifier, par une analyse des risques auxquels l'entité est confrontée, et à évaluer le risque que les états financiers, pris dans leur ensemble, comportent des anomalies significatives provenant de fraudes ou résultant d'erreurs.
- c) Son rôle de révélation couvre un aspect interne, la communication de l'éventuelle fraude constatée à la direction et, le cas échéant à l'organe de gestion, et un aspect externe, l'expression d'une opinion sur l'image fidèle des états financiers en adéquation avec la fraude constatée, et la révélation de l'éventuelle infraction au Code des sociétés, aux statuts ou au droit comptable.

13. Cette tâche n'est pas facile car la fraude peut résulter de procédés sophistiqués ou soigneusement organisés destinés à dissimuler les faits comme, par exemple, la falsification de documents, l'absence délibérée de comptabilisation d'une transaction, ou des déclarations volontairement erronées faites au réviseur d'entreprises. La capacité du réviseur d'entreprises à détecter une fraude dépend notamment de facteurs propres à la fraude tels que l'habileté du fraudeur, la fréquence et l'ampleur des manipulations, le

⁽¹⁸⁾ Cf. Norme ISA 240, § 5 et recommandation de l'IRE, section 3, p. 593.

⁽¹⁹⁾ Cf. notamment la loi du 6 avril 2010 visant à renforcer le gouvernement d'entreprise dans les sociétés cotées et les entreprises publiques autonomes et visant à modifier le régime des interdictions professionnelles dans le secteur bancaire et financier (MB, 23 avril 2010) : les sociétés cotées et les entreprises publiques autonomes ont l'obligation d'inclure une déclaration de gouvernement d'entreprise dans le rapport de gestion ou dans un rapport distinct. Cette déclaration doit comprendre au moins les informations prévues par la loi, dont la majorité est de nature non-financière. Parmi les différentes mentions à reprendre dans la déclaration sur le gouvernement d'entreprise, il est prévu de mentionner une description des principales caractéristiques des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques de la société dans le cadre du processus d'établissement de l'information financière.

degré de collusion entourant la fraude, l'importance relative des montants en cause, et le niveau hiérarchique des personnes impliquées ⁽²⁰⁾.

14. En outre, le risque pour le réviseur d'entreprises de ne pas détecter des anomalies significatives ayant pour origine une fraude commise par la direction est, en général ⁽²¹⁾, plus élevé que lorsque la fraude est commise par des employés, car les dirigeants sont fréquemment en position de manipuler directement ou indirectement la comptabilité, de présenter une information financière mensongère ou de passer outre des contrôles conçus pour prévenir des fraudes de même nature pouvant être commises par d'autres employés ⁽²²⁾.

15. Pour obtenir une assurance raisonnable, le réviseur d'entreprises doit avoir une bonne connaissance de l'entité, il a l'obligation de faire preuve d'esprit critique tout au long de l'audit, de prendre en compte la possibilité que les dirigeants passent outre les contrôles en place et d'être conscient du fait que des procédures d'audit, qui sont efficaces pour détecter des erreurs, peuvent ne pas l'être pour la détection de fraudes ⁽²³⁾.

Le réviseur d'entreprises peut s'appuyer sur les normes professionnelles (les normes ISA ou les normes générales de révision et la recommandation de l'IRE) afin d'identifier et d'évaluer les risques d'anomalies significatives provenant de fraudes et de définir des procédures pour détecter de telles anomalies.

⁽²⁰⁾ Cf. Norme ISA 240, § 6.

⁽²¹⁾ *A contrario*, il convient de mentionner l'affaire Kerviel/Société générale, Cour d'appel de Paris, affaire en cours.

⁽²²⁾ Cf. Norme ISA 240, § 7.

⁽²³⁾ Cf. Norme ISA 240, § 8.

2.2. ROLE DE PREVENTION DE LA FRAUDE, DES ERREURS ET DES ACTES ILLEGAUX

16. Dans le cadre de son audit, le réviseur d'entreprises est tenu d'acquérir une connaissance du contrôle interne pertinente pour identifier et évaluer les risques d'anomalies significatives ⁽²⁴⁾. Le réviseur d'entreprises peut, par conséquent, être amené à identifier des déficiences dans le contrôle interne non seulement au cours du processus d'évaluation des risques mais aussi à tout autre stade de l'audit.

17. Lorsque le réviseur d'entreprises est amené à constater que l'organisation administrative et comptable révèle des faiblesses qui pourraient affecter l'élaboration de l'information financière et/ou l'occurrence de fraudes, il communiquera ces faiblesses à la direction qui pourra, alors, prendre les mesures nécessaires pour remédier à ces déficiences, et par conséquent améliorer l'environnement de contrôle de l'entité et donc la qualité de l'information financière.

Lorsque le réviseur d'entreprises identifie une faiblesse significative dans le contrôle interne de l'entité, il a l'obligation de la communiquer par écrit en temps opportun à l'organe de gestion et/ou au comité d'audit ⁽²⁵⁾.

Le réviseur d'entreprises devra tenir compte de cette situation lors de l'élaboration du rapport à l'assemblée générale, le cas échéant via une réserve ou une déclaration d'abstention ⁽²⁶⁾.

⁽²⁴⁾ Cf. Norme ISA 240, § 24 à 27, et recommandation de l'IRE, § 4.1., p. 593-594.

⁽²⁵⁾ Cf. Norme ISA 265, § 9 et recommandation de révision du 5 janvier 1993 relative aux effets du contrôle interne sur les travaux de révision, section 6, « *Communications à la direction des conclusions de l'examen du contrôle interne* », IRE, *Vademecum*, 2007, tome II, p. 562-563. Cf. également Normes générales de révision du 15 décembre 2006, section 2, Normes concernant l'exécution d'une mission de contrôle, §2.4.5, IRE, *Vademecum*, 2007, tome II, p. 352. Dans les sociétés cotées, cette obligation de communication est destinée au comité d'audit, voir article 526bis, §§ 5 et 6 C. soc.

⁽²⁶⁾ Cf. Normes générales de révision du 15 décembre 2006 : Normes relatives au rapport de révision, § 3.3.7. (attestation des comptes annuels ou consolidés), alinéa 1^{er}, IRE, *Vademecum*, 2007, tome II, p. 358 ; et recommandation de l'IRE, § 4.1.3., p. 594.

2.3. ROLE DE DETECTION DE LA FRAUDE

18. Dans le cadre de son audit, le réviseur d'entreprises va effectuer une analyse des risques. C'est ce que les normes ISA définissent par « l'approche d'audit par les risques ». L'objectif du réviseur d'entreprises est d'obtenir l'assurance raisonnable que les états financiers ne contiennent pas d'anomalies significatives, que celles-ci résultent de fraudes ou d'erreurs. Toutefois, le contrôle ne peut pas garantir que toute espèce d'erreur, ou de comportement frauduleux ou malhonnête, qu'il soit le fait d'employés ou de dirigeants de l'entreprise, pourra être détectée ⁽²⁷⁾.

19. Cela implique trois étapes essentielles :

- l'identification et l'évaluation des risques d'anomalies significatives dans les états financiers ;
- la conception et la mise en œuvre de procédures d'audit, qui répondent aux risques évalués et réduisent les risques d'anomalies significatives dans les états financiers à un niveau faible acceptable ;
- l'émission d'un rapport approprié basé sur les conclusions d'audit.

Le réviseur d'entreprises doit dès lors mettre en œuvre des procédures d'évaluation des risques en vue de lui fournir une base pour l'identification et l'évaluation des risques d'anomalies significatives au niveau des états financiers, que celles-ci proviennent d'erreur ou de fraude.

20. En vertu de la recommandation de l'IRE, le processus d'identification des risques conduira le réviseur d'entreprises à interroger les dirigeants sur leur position face au risque de fraude dans l'entreprise et sur les fraudes qui auraient éventuellement été découvertes par le passé au sein de l'entreprise ⁽²⁸⁾.

Les normes ISA prévoient certains types de procédures à effectuer par le réviseur d'entreprises afin de mettre en évidence des facteurs de risque, telles que ⁽²⁹⁾ :

- a) des demandes d'informations auprès de la direction et des membres du personnel tels que ceux responsables de l'élaboration de l'information financière, le service d'audit interne, le service juridique (pour le respect de la législation et des contrats), le service marketing (pour la stratégie commerciale de l'entité), *etc.* ;
- b) des procédures analytiques, c'est-à-dire des évaluations d'informations financières faites à partir d'une analyse des rapports plausibles entre des données financières et non-financières ³⁰. Ces procédures englobent également toute investigation jugée nécessaire des fluctuations ou des rapports relevés qui sont incohérents avec d'autres informations pertinentes ou qui s'écartent de façon importante des valeurs attendues.

⁽²⁷⁾ Cf. Recommandation de l'IRE, § 4.2.2, p. 594-595.

⁽²⁸⁾ Cf. Recommandation de l'IRE, § 4.2.2, p. 594-595.

⁽²⁹⁾ Cf. Norme ISA 315, « *Identification et évaluation des risques d'anomalies significatives au travers de la connaissance de l'entité et de son environnement* », § 6.

⁽³⁰⁾ Cf. Norme ISA 520, « *Procédures analytiques* », § 4.

- Par exemple, des rapports entre les ventes et la surface des espaces de ventes ou le volume des marchandises vendues, des ratios inhabituels ou inattendus ⁽³¹⁾, *etc.* ;
- c) une prise de connaissance des éléments principaux du contrôle interne ; et
 - d) l'observation physique et l'inspection, par exemple l'observation physique et l'inspection d'opérations de l'entité, la revue de documents (tels que les business plans et les plans stratégiques), d'états comptables, et des manuels de contrôle interne, la lecture des rapports préparés par la direction (tels que les rapports de gestion trimestriels ou les états financiers intermédiaires) et par les personnes constituant le gouvernement d'entreprise (tels que les procès-verbaux des réunions du conseil d'administration, du comité d'audit); la visite des locaux et des sites de production de l'entité ⁽³²⁾, *etc.*

14

21. Par la mise en œuvre de ces procédures et la prise de connaissance de l'entité et de son environnement, y compris de son contrôle interne, le réviseur d'entreprises obtiendra une connaissance de l'entité et des attitudes de la direction qui lui permettra de mettre en évidence des facteurs de risques de fraude.

22. Pour identifier ces facteurs de risque de fraude, il est important de partager les informations au sein de l'équipe d'audit et chaque membre de l'équipe d'audit doit faire preuve d'esprit critique sur les attitudes et le comportement de l'entité.

23. Lorsque que les facteurs de risque de fraude sont identifiés, le réviseur d'entreprises doit procéder à l'évaluation de ces facteurs de risque au niveau des états financiers et au niveau des assertions d'exhaustivité (*Completeness*), d'existence (*Existence*), d'exactitude (*Accuracy*) et de valorisation (*Valuation*) (*cf.* ci-dessous l'exemple de registre des risques de fraude).

24. Cette évaluation consiste à déterminer pour chaque risque identifié ⁽³³⁾ :

- la probabilité de survenance du risque : cette probabilité peut être évaluée simplement comme élevée, moyenne ou faible ou par l'attribution d'un score numérique, allant, par exemple, de 1 à 5. Plus le score est élevé, plus il est probable que le risque puisse se produire ;
- l'impact financier de la survenance du risque : soit cet impact est évalué en fonction d'un montant prédéterminé qui consisterait en une anomalie significative pour le réviseur d'entreprises, soit cet impact est évalué comme élevé, moyen ou faible ou par l'attribution d'un score numérique, allant, par exemple, de 1 à 5.

25. Les scores numériques de la probabilité et de l'impact peuvent être multipliés pour donner un score global ou combiné. Afin de faciliter l'identification des risques significatifs et de s'assurer qu'il mette en œuvre des procédures d'audit adéquates et suffisantes, le réviseur d'entreprises peut utiliser un « registre des risques de fraude ». Ce registre a également l'avantage de permettre de documenter les risques et l'évaluation

⁽³¹⁾ *Cf.* Norme ISA 315, §§ A7 à A10.

⁽³²⁾ *Cf.* Norme ISA 315, § A11.

⁽³³⁾ *Cf.* Norme ISA 315 et Guide pour l'utilisation des Normes Internationales d'Audit dans l'Audit des Petites et Moyennes Entreprises, *op.cit.*, p. 147.

que le réviseur d'entreprises a effectuée. Un registre de risques de fraude peut se présenter comme suit ⁽³⁴⁾ :

Check-list A7 : Registre des risques de fraude

| Nom du client | | | | | | | Exercice | | | | |
|---|-----------------------|----------------------------------|--------------------------------|--------|---------|-------------|-------------------------------------|------------------|--------------------------|---|--|
| Sujet | | | REGISTRE DES RISQUES DE FRAUDE | | | | | | | | |
| OBJECTIF | | | | | | | | | ISA | | |
| L'objectif de la présente check-list est de documenter et d'inventorier les risques de fraude identifiés lors des procédures effectuées dans le cadre de l'évaluation des risques, de déterminer la probabilité de survenance et l'impact (en fonction d'une échelle de 1 à 5) de l'erreur éventuelle dans les comptes annuels (au niveau des assertions) résultant des risques et de discuter du registre des risques avec la direction afin de valider le caractère complet et pertinent de l'évaluation. | | | | | | | | | 315 | | |
| Risque n° | Description du risque | Quelle erreur peut en résulter ? | Comptes annuels (CEAV*) | | | | Analyse des risques | | | Risque significatif (O/N) ? <small>(sel)</small> | |
| | | | Actif | Passif | Revenus | Explication | Probabilité de survenance (1-5) (a) | Impact (1-5) (b) | Risque combiné (a) x (b) | | |
| | | | | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | | | |

^(*) Assertions : C = exhaustivité / E = existence / A = exactitude / V = valorisation
^(sel) Risques avec un risque combiné qui est égal ou supérieur à 20 sera qualifié comme risque significatif

| | | | |
|--|--|------|--|
| Préparé par | | Date | |
| Revu par l'associé responsable de la mission | | Date | |
| Revu par le responsable contrôle qualité | | Date | |

26. Le risque de fraude est considéré comme important par les normes ISA. En conséquence, le réviseur d'entreprises doit examiner les contrôles internes mis en place par l'entité pour réduire ces risques de fraude. Si la société n'a pas mis en place des mesures pour réduire ces risques, il s'agira d'une faiblesse significative dans le contrôle interne que le réviseur d'entreprises communiquera à la direction et, le cas échéant, à l'organe de gestion et/ou au comité d'audit ⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ Cet exemple de registre des risques de fraude a été développé par l'ICCI, Centre d'Information du Révisorat d'Entreprises, et est disponible en format Word sous le lien suivant : www.icci.be/fr/publicaties/downloads/Pages/listesdecontrole-matrices.aspx.

⁽³⁵⁾ Cf. Norme ISA 240, §§ 19-20. Norme ISA 265, § 9 et § A7. Voir aussi note de bas de page n°24.

CHAPITRE 3

CONCEPTION ET MISE EN ŒUVRE DE PROCEDURES D'AUDIT COMPLEMENTAIRES

HOOFDSTUK 3

OPSTELLEN EN UITVOEREN VAN BIJKOMENDE AUDITPROCEDURES

3.1. EN VERTU DE LA RECOMMANDATION DE L'IRE ⁽³⁶⁾

27. Lorsque le réviseur d'entreprises prend connaissance d'informations qui indiquent la possibilité d'une erreur ou d'une fraude, il doit procéder à des investigations complémentaires en vue de comprendre la nature de l'événement ou des circonstances dans lesquelles celle-ci s'est produite.

28. Lorsque la suspicion n'est pas dissipée par le résultat de ces investigations, sous réserve des cas visés par la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme ⁽³⁷⁾, le réviseur d'entreprises discutera la question avec les dirigeants et examinera de quelle manière les faits sont traités dans les états financiers. Si les dirigeants ne fournissent pas de justification satisfaisante, le réviseur d'entreprises examinera les conséquences de ce manque d'information sur la suite de ses travaux et, le cas échéant, sur son rapport de révision ⁽³⁸⁾.

29. En vertu des articles 170 et 171 du Code des sociétés, des sanctions pénales spécifiques sont prévues à l'égard des dirigeants de sociétés qui font obstacle aux vérifications ou transmettent des informations inexactes au commissaire. Celui-ci a d'ailleurs accès à toute l'information nécessaire pour l'exercice de sa mission de contrôle des états financiers et des états financiers consolidés conformément aux articles 137 et 147 du Code des sociétés.

Le cas échéant, le réviseur d'entreprises devra recourir à l'avis d'un expert ⁽³⁹⁾ afin de lui permettre de déterminer la nature juridique de l'opération ou de la décision et porter un jugement sur le caractère adéquat du traitement comptable ⁽⁴⁰⁾.

30. Lorsque le réviseur d'entreprises arrive à la conclusion qu'une opération ou une décision est un indice révélateur d'une fraude (ou d'un acte illégal), il doit mettre en œuvre des procédures complémentaires en vue d'évaluer les effets possibles que cette situation peut avoir sur les états financiers. Le réviseur d'entreprises qui est d'avis qu'une fraude existe doit documenter ses constatations et ses conclusions. Le réviseur d'entreprises devra évaluer les implications de la fraude sur les autres aspects de son travail de révision et en particulier sur la fiabilité des déclarations écrites⁴¹ ou orales qui lui sont faites par les dirigeants ⁽⁴²⁾.

⁽³⁶⁾ Cf. Recommandation de l'IRE, § 4.5., p. 597-599.

⁽³⁷⁾ Loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (telle qu'amendée par les AR des 22 avril 1994, 24 mars 1995, 28 décembre 1999, 20 juillet 2000, 21 septembre 2004, 15 décembre 2005 et 1^{er} mai 2006 et les lois des 11 juillet 1994, 7 avril 1995, 10 août 1998, 22 avril 1999, 4 et 7 mai 1999, 3 mai 2002 et 10 et 18 janvier 2010), *MB*, 9 février 1993, p. 2828.

⁽³⁸⁾ Cf. Recommandation de l'IRE, § 4.5.1., p. 597.

⁽³⁹⁾ Cf. Recommandation de révision du 6 septembre 1996 sur l'utilisation des travaux d'un expert (§ 3.4.), IRE, *Vademecum*, 2007, tome II, p. 678-682.

⁽⁴⁰⁾ Cf. Recommandation de l'IRE, § 4.5.2., p. 598.

⁽⁴¹⁾ Il peut s'agir notamment de la lettre d'affirmation.

⁽⁴²⁾ Cf. Recommandation de l'IRE, § 4.5.3., p. 597.

3.2. EN VERTU DES NORMES ISA

31. Lorsque le réviseur d'entreprises a identifié et évalué des risques d'anomalies significatives provenant de fraude ou d'erreur, il doit définir et mettre en œuvre des procédures d'audit complémentaires pour répondre aux risques que la direction passe outre les contrôles internes en place ⁽⁴³⁾.

32. Ces procédures sont destinées à tester le caractère approprié des écritures comptables, rechercher le caractère biaisé des estimations comptables et examiner les transactions significatives qui n'entrent pas dans le cadre habituel des activités de l'entité ou des transactions entre parties liées à des conditions manifestement anormales ou déséquilibrées afin d'identifier des informations financières mensongères ou un détournement d'actif ⁽⁴⁴⁾. Si le réviseur d'entreprises relève une anomalie, il doit apprécier si celle-ci constitue une fraude. Si tel est le cas, il devra considérer l'impact que cette anomalie peut avoir sur les déclarations de la direction.

33. Si le réviseur d'entreprises constate que l'anomalie est le résultat d'une fraude dans laquelle la direction est impliquée, il devra revoir son analyse des risques et considérer dans quelle mesure cette fraude peut indiquer une possible collusion impliquant des employés, la direction ou des tiers afin de déterminer s'il peut se fier aux éléments probants qu'il a recueillis à la suite de la réalisation de ses procédures d'audit ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴³⁾ Cf. Norme ISA 240, § 30 et norme ISA 330 « Réponse de l'auditeur aux risques évalués » ; Recommandation de l'IRE, § 4.5.

⁽⁴⁴⁾ Cf. Norme ISA 240, §§ 32-33. Dans le cadre de l'émission de son rapport sur l'annexe aux comptes annuels portant sur les transactions des sociétés avec des parties liées, le commissaire est tenu d'être attentif à ce que les sociétés n'effectuent pas des transactions avec des parties liées dans des conditions manifestement anormales ou déséquilibrées. Si tel est le cas, il appartiendra, par exemple, au commissaire de vérifier si la société a, lors de l'établissement des états financiers, tenu compte des risques y afférents (Cf. l'avis du Conseil de l'IRE du 5 mars 2010, modifié le 29 octobre 2010, relatif à la mission du commissaire concernant le nouvel état XVIIIbis « Transactions avec des parties liées effectuées dans des conditions autres que celles du marché » de l'annexe aux comptes annuels, www.ibr-ire.be, rubrique « Réglementation »).

⁽⁴⁵⁾ Cf. Norme ISA 240, §§ 36-37 et recommandation de l'IRE, § 4.5.5.

3.3. CONSEQUENCES SUR L'OPINION SUR L'IMAGE FIDÈLE DES ETATS FINANCIERS

34. Le réviseur d'entreprises se base sur le résultat de l'exécution de ses procédures d'audit pour conclure sur l'image fidèle des états financiers.

Si le réviseur d'entreprises a identifié une fraude (qu'elle soit au non significative) à la suite de l'exécution de ses procédures d'audit, il doit en informer la direction et lui demander de les corriger (sauf si la loi ne le lui permet pas) ⁽⁴⁶⁾.

35. Soit le réviseur d'entreprises considère que la fraude n'a pas d'effet significatif sur les états financiers et :

- a) la direction corrige la fraude non significative : le réviseur d'entreprises peut estimer, dans ce cas, que les états financiers sont exempts d'anomalies significatives, et exprimer une opinion sans réserve. Le cas échéant, il adaptera la seconde partie de son rapport si cette fraude identifiée a des conséquences concernant le respect de la législation comptable et/ou du droit des sociétés ⁽⁴⁷⁾ ;
- b) la direction refuse de corriger la fraude non significative : le réviseur d'entreprises doit s'informer des motifs de la direction et doit les prendre en compte lorsqu'il évalue si les états financiers sont exempts d'anomalies significatives ⁽⁴⁸⁾. Ce refus peut être une indication pour le réviseur que les jugements de la direction en matière de traitement comptable sont biaisés et peut avoir comme conséquence que le réviseur d'entreprises soit amené à modifier le seuil de signification ⁽⁴⁹⁾, et à considérer que la fraude non significative au départ, résulte en une fraude significative après la réalisation des procédures d'audit ⁽⁵⁰⁾. Le réviseur d'entreprises adaptera la seconde partie de son rapport puisque cette fraude identifiée entraîne un non-respect de la législation comptable et/ou du droit des sociétés ⁽⁵¹⁾.

36. Soit le réviseur d'entreprises considère que la fraude a un effet significatif sur les états financiers et :

- a) la direction corrige cette fraude et donne un traitement comptable approprié pour corriger toutes les conséquences significatives de cette fraude : le réviseur d'entreprises peut estimer, dans ce cas, que les états financiers sont exempts d'anomalies significatives, et exprimer une opinion sans réserve. Le cas échéant, il adaptera la seconde partie de son rapport si cette fraude identifiée a des conséquences concernant le respect de la législation comptable et/ou du droit des sociétés ⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁶⁾ Rôle de révélation interne. Cf. Norme ISA 450, § 8 et recommandation de l'IRE, § 5.1.

⁽⁴⁷⁾ Cf. Norme ISA 450, « *Evaluation des anomalies relevées au cours de l'audit* », § 8 et norme ISA 700, « *Fondement de l'opinion et rapport d'audit sur les états financiers* », § 16 ; Recommandation de l'IRE, § 5.2.6.

⁽⁴⁸⁾ Cf. Norme ISA 450, § 9 et recommandation de l'IRE, § 5.2.4.

⁽⁴⁹⁾ Cf. Norme ISA 320, « *Caractère significatif en matière de planification et de réalisation d'un audit* », § 12.

⁽⁵⁰⁾ Cf. Norme ISA 450, § A10.

⁽⁵¹⁾ Cf. Norme ISA 450, § 8 et norme ISA 700, § 16.

⁽⁵²⁾ Cf. Norme ISA 450, § 8 et norme ISA 700, § 16 ; Recommandation IRE, § 5.2.6.

- b) la direction refuse de corriger la fraude, ou la correction apportée par la direction n'est pas appropriée ou le réviseur d'entreprises n'est pas en mesure de recueillir des éléments probants suffisants et appropriés pour conclure que les états financiers pris dans leur ensemble ne comportent pas d'anomalies significatives ⁽⁵³⁾, il devra déterminer selon son jugement professionnel, les conséquences de ces situations sur son opinion ⁽⁵⁴⁾. Le réviseur d'entreprises adaptera la seconde partie de son rapport puisque cette situation a des conséquences sur le respect de la législation comptable et/ou du droit des sociétés ⁽⁵⁵⁾.

37. Le schéma ci-dessous illustre les conséquences possibles sur l'opinion :

| Nature des circonstances qui entraînent une opinion modifiée | Jugement du réviseur d'entreprises sur l'impact sur les états financiers | |
|---|--|--------------------------|
| | Impact significatif | Impact diffus |
| Etats financiers contiennent une fraude (anomalie significative) provenant de fraude (non corrigée/correction non appropriée) | Opinion avec réserve | Opinion négative |
| Impossibilité de recueillir des éléments probants suffisants et appropriés pour déterminer que les états financiers sont exempts d'anomalies significatives provenant de fraude | Opinion avec réserve | Déclaration d'abstention |

38. Dans des circonstances exceptionnelles, le réviseur d'entreprises peut être amené à remettre la poursuite de sa mission en cause. Ces situations peuvent, par exemple, se rencontrer lorsque le réviseur d'entreprises a détecté une fraude, l'a communiquée aux organes responsables de l'entité et l'entité refuse de prendre les mesures appropriées pour remédier à la fraude ou la réprimer, ou lorsque le réviseur d'entreprises a un doute sérieux sur l'intégrité de la direction.

Dans ce cas, le réviseur d'entreprises peut être amené à démissionner dans le respect de l'article 135, § 1, alinéa 2 du Code des sociétés, c'est-à-dire lors d'une assemblée générale et après lui avoir fait rapport par écrit sur les raisons de sa démission ⁽⁵⁶⁾. En outre, il doit également informer le Conseil supérieur des Professions économiques (CSPE) sur les motifs de sa démission.

39. Le CSPE est alors chargé de transmettre, dans le mois, cette information aux autres organes de supervision publique belge : le Ministre en charge de l'Economie, le Procureur général, la Chambre de renvoi et de mise en état, le Comité d'avis et de contrôle de l'indépendance du commissaire et les instances disciplinaires (Commission de discipline et la Commission d'appel de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises).

Il est important que le réviseur d'entreprises à qui il est demandé de succéder au réviseur d'entreprise démissionnaire, examine les motifs de cette démission.

⁽⁵³⁾ Cf. Norme ISA 705 « *Modification apportée à l'opinion de l'auditeur indépendant formulée dans le rapport de l'auditeur indépendant* » ; Normes générales de révision et recommandation de l'IRE, § 5.2.2., 5.2.4. et 5.2.5.

⁽⁵⁴⁾ Cf. Rôle de révélation externe.

⁽⁵⁵⁾ Cf. Norme ISA 450, § 8, norme ISA 700, § 16 et recommandation de l'IRE, § 5.2.5.

⁽⁵⁶⁾ Recommandation de l'IRE, § 5.2.4., p. 601.

3.4. ROLE DE DETECTION DES ACTES ILLEGAUX

40. La recommandation de l'IRE distingue la fraude des actes illégaux qui recouvrent la violation de toute disposition légale ou réglementaire impérative. La recommandation de l'IRE vise, d'une part, la violation des lois ou des règlements ainsi que des statuts de la société, dont le respect doit être spécialement vérifié par le commissaire dans l'exécution de sa mission ⁽⁵⁷⁾ et d'autre part, d'autres actes illégaux qui peuvent avoir un effet indirect sur les états financiers. Ces deux types d'actes illégaux sont couverts par la norme ISA 250. Dans le cadre de son rôle de détection des actes illégaux, le réviseur d'entreprises doit s'assurer que la loi et les arrêtés royaux relatifs à la comptabilité et les comptes annuels ont été respectés, ainsi que le Code des sociétés et le cas échéant d'autres législations spécifiques ⁽⁵⁸⁾.

41. Le réviseur d'entreprises doit acquérir une compréhension générale du contexte légal et réglementaire dans lequel l'entreprise évolue et des mesures prises par la direction pour se conformer aux règles qui s'imposent à elle ⁽⁵⁹⁾.

42. Dans le même sens, la norme ISA 250 prévoit que l'auditeur doit recueillir des éléments probants suffisants et appropriés concernant le respect des textes législatifs et réglementaires dont il est généralement admis qu'ils ont une incidence sur la détermination des montants significatifs enregistrés dans les états financiers et des informations fournies dans ceux-ci. L'auditeur doit mettre en œuvre des procédures d'audit visant à faciliter l'identification des cas de non-respect d'autres textes législatifs et réglementaires qui sont susceptibles d'avoir une incidence significative sur les états financiers.

Les procédures à suivre sont identiques à celles prévues pour la fraude (voir ci-dessus 4.2.2.). La norme ISA 250 prévoit une procédure similaire, à ceci près que non seulement la direction mais également, le cas échéant, les personnes constituant le gouvernement d'entreprise doivent être contactées ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁷⁾ Il s'agit principalement du droit comptable, du droit des sociétés et de la réglementation de l'information économique et financière à fournir au conseil d'entreprise.

⁽⁵⁸⁾ Recommandation de l'IRE, § 4.3.1. et 4.4.1., p. 595-596.

⁽⁵⁹⁾ Recommandation de l'IRE, § 4.4.1., p. 596.

⁽⁶⁰⁾ La norme ISA 250 (§§ 19 et 21) prévoit que si la direction ou, le cas échéant, les personnes constituant le gouvernement d'entreprise, contactées par l'auditeur, ne donnent pas d'informations suffisantes pour justifier du fait que l'entité s'est conformée aux textes législatifs et réglementaires et si, selon le jugement de l'auditeur, l'incidence de ce cas suspecté de non-respect des textes peut être significative au regard des états financiers, il doit s'interroger sur la nécessité d'obtenir un avis juridique. L'auditeur doit apprécier les conséquences du non-respect des textes sur d'autres aspects de l'audit, y compris sur son évaluation des risques et sur la fiabilité des déclarations écrites obtenues (notamment la lettre d'affirmation), et prendre les mesures appropriées.

3.5. ROLE DE REVELATION DES FRAUDES ET ACTES ILLEGAUX

43. Lorsque dans le cadre de son audit, le réviseur d'entreprises constate une fraude, il est tenu aux obligations de révélations suivantes ⁽⁶¹⁾ :

- a) Internes : lorsqu'il constate ou suspecte l'existence d'une fraude, le réviseur d'entreprises devra sans délai communiquer à la direction l'existence de cette fraude, qui relève en fait de sa responsabilité ⁽⁶²⁾, et demander à la direction de corriger cette fraude.

Lorsque le réviseur d'entreprises a réuni des indications suffisantes pour conclure qu'une fraude (ou un acte illégal) est organisé ou couvert par la direction de l'entreprise, il lui appartient de s'adresser directement à l'organe de gestion de l'entreprise ou, lorsque les circonstances font apparaître que telle est la seule solution pour mettre fin à l'illégalité, à l'assemblée générale, le cas échéant, spécialement convoquée par application des art. 268 ou 532 C. Soc. ⁽⁶³⁾. La communication à l'organe de gestion est également obligatoire en cas d'infraction au Code des sociétés ou aux statuts ⁽⁶⁴⁾.

Lorsque la fraude (ou l'acte illégal) est manifeste et significative, la révélation sera faite par écrit au président de l'organe de gestion et, le cas échéant, individuellement à chaque membre de l'organe de gestion.

En fonction de la réponse de la direction, le réviseur d'entreprises pourrait être amené à évaluer la poursuite de sa mission (voir aussi ci-dessus au point 4.2.3).

Lorsqu'il existe un comité d'audit, toute situation de fraude ou d'irrégularités devrait aussi faire l'objet d'une communication au comité d'audit dans le cadre de la Charte de ce comité.

La loi du 17 décembre 2008 instituant notamment un comité d'audit dans les sociétés cotées et dans les entreprises financières ⁽⁶⁵⁾ a précisé la portée de cette recommandation : sans préjudice des dispositions légales prévoyant des rapports ou avertissements du commissaire à des organes de la société, le commissaire et, le cas échéant, le réviseur d'entreprises chargé du contrôle des comptes consolidés font rapport au comité d'audit sur les questions importantes apparues dans l'exercice de leur mission de contrôle légal des comptes, en particulier les faiblesses significatives du contrôle interne au regard du processus d'information financière (art. 526bis, § 5, du Code des sociétés).

⁽⁶¹⁾ Cf. Recommandation de l'IRE, §§ 5.1. et 5.2., p. 599-600.

⁽⁶²⁾ Cf. norme ISA 240, § 40 et recommandation IRE, § 5.1.1. ; Cf. aussi point 4.2.3.

⁽⁶³⁾ Une telle convocation de l'assemblée générale peut avoir lieu par exemple :
– pour régulariser une décision que l'assemblée générale aurait dû prendre et n'a pas prise (p. ex. régularisation d'un quasi-apport) ou a prise irrégulièrement (p. ex. mauvais décomptes des votes, actionnaires ou obligataires non convoqués) ; ou
– lorsqu'il y a eu une irrégularité dans la convocation (les documents qui devaient être communiqués aux actionnaires étaient inexacts ou incomplets).

⁽⁶⁴⁾ Ceci résulte d'une obligation légale prescrite par l'article 140, al.2, du Code des sociétés.

⁽⁶⁵⁾ M.B. 29.12.2008. Le volet de la loi décrit dans le présent texte est entré en vigueur le 8 janvier 2009. Cette loi transpose notamment l'article 41 (sur le comité d'audit) de la Directive 2006/43/CE du Parlement européen et du conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, et abrogeant la directive 84/253/CEE du Conseil, *J.O.C.E.*, L 157 du 9 juin 2006, p. 87.

Dans le cadre normatif actuel de l'IRE, il n'existe pas de norme ou de recommandation détaillant les communications à faire par le réviseur d'entreprises aux personnes constituant le gouvernement d'entreprise (il s'agit en Belgique des organes de gestion, en ce compris, le cas échéant, le comité d'audit) sur toutes questions permettant d'aider ces personnes à remplir leur responsabilité de surveillance dans l'élaboration de l'information financière. Les normes ISA 260 « Communication avec les personnes constituant le gouvernement d'entreprise » et 265 « Communication des déficiences dans le contrôle interne aux personnes constituant le gouvernement d'entreprise et à la direction » constituent deux standards qui permettent aux réviseurs d'entreprises d'exercer correctement cette mission.

En vertu de la norme ISA 260, l'auditeur est tenu de communiquer aux personnes constituant le gouvernement d'entreprise, d'une part, les responsabilités qui lui incombent au regard de l'audit des états financiers ainsi qu'une vue d'ensemble de l'étendue et du calendrier prévus des travaux d'audit et, d'autre part, les problèmes importants relevés lors de l'audit, y compris les questions, le cas échéant, relevées lors de l'audit, qui, selon son propre jugement professionnel, sont importantes dans le cadre de la surveillance du processus d'élaboration de l'information financière ⁽⁶⁶⁾. Ces questions peuvent prendre des formes diverses et peuvent avoir trait tant au contrôle interne et à la façon dont les personnes constituant le gouvernement d'entreprise surveillent son efficacité, qu'à la détection ou la possibilité de fraudes (au sens large du terme).

Cette communication doit se faire, le cas échéant, par écrit, en temps voulu et selon un calendrier approprié aux circonstances de la mission. L'auditeur doit, en outre, évaluer le caractère approprié du processus de communication ⁽⁶⁷⁾.

- b) Externes : dans son rapport à l'assemblée générale, le réviseur d'entreprises indique spécialement si la comptabilité a été tenue conformément au droit comptable et s'il n'a pas eu connaissance d'opérations conclues ou de décisions prises en violation des statuts ou du Code des sociétés. Toutefois, cette dernière mention peut être omise lorsque la révélation de l'infraction est susceptible de causer à la société un préjudice injustifié ⁽⁶⁸⁾. De son côté, la norme ISA 250 permet de ne pas informer d'un acte illégal s'il est manifestement sans conséquence.

Si le réviseur d'entreprises est dans l'impossibilité d'obtenir des éléments probants suffisants pour évaluer dans quelle mesure la fraude a un effet significatif sur les comptes annuels, il formulera une réserve ou délivrera une déclaration d'abstention sur les états financiers (voir point 4.2.3 ci-dessus).

Lorsque le réviseur d'entreprises constate qu'une fraude identifiée se poursuit malgré sa révélation aux organes appropriés de l'entreprise, il devra en évaluer l'impact sur son rapport. Selon l'importance des faits constatés pour l'image fidèle découlant des comptes annuels, le réviseur choisira d'émettre des réserves ou une opinion négative.

⁽⁶⁶⁾ Cf. § 14 à 16 de la norme ISA 260 et l'article 526bis, § 5, du Code des sociétés concernant le comité d'audit.

⁽⁶⁷⁾ Cf. § 18 à 22 de la norme ISA 260.

⁽⁶⁸⁾ P. ex. lorsque des mesures correctives appropriées ont été prises, cf. art. 144, 8° C. Soc. De plus, cela permet de respecter également l'art. 140 C. Soc.

c) Obligations de révélation dans le cadre de la loi anti-blanchiment ⁽⁶⁹⁾ : le réviseur d'entreprises doit respecter des obligations strictes relatives à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Sans approfondir le sujet, le réviseur d'entreprises est soumis à deux types d'obligation :

- Obligation d'identification et de vérification du client ;
- Obligation de vigilance constante.

Dans l'exercice de ces deux obligations, il peut être amené à constater des faits qu'il sait ou soupçonne être liés au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme ⁽⁷⁰⁾, ou à soupçonner qu'un fait ou une opération est susceptible d'être lié au blanchiment de capitaux provenant de la fraude fiscale grave et organisée qui met en œuvre des mécanismes complexes ou qui use de procédés à dimension internationale, y compris lorsqu'ils détectent au moins un des 13 indicateurs déterminés par l'arrêté royal du 3 juin 2007 ⁽⁷¹⁾. Il est tenu d'en informer immédiatement (ou via le compliance officer du cabinet de révision) la Cellule de traitement des informations financières (CTIF), par écrit ou par voie électronique.

Dans ce contexte, le réviseur d'entreprises ne peut pas se décharger de son obligation d'informer la CTIF par une simple démission de son mandat. Il n'est toutefois pas tenu de transmettre ces informations si celles-ci, dans le cadre de l'exercice de sa profession, ont été reçues d'un de ses clients ou obtenues sur un de ses clients lors de l'évaluation de la situation juridique de ce client ⁽⁷²⁾.

Le réviseur d'entreprises n'a pas l'obligation de porter ces faits à la connaissance de l'IRE (la CTIF peut cependant informer l'IRE) ⁽⁷³⁾ mais il ne peut toutefois en aucun cas porter à la connaissance du client concerné ou de personnes tierces que des informations ont été transmises à la CTIF et/ou ont été demandées par la CTIF ou qu'une information du chef de blanchiment de capitaux est en cours ou pourrait être ouverte. Cette interdiction ne s'applique toutefois pas aux autorités de contrôle et de tutelle (IRE, CTIF, CSPE), ni entre professionnels au sein de la même entité

⁽⁶⁹⁾ Loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (telle qu'amendée par les AR des 22 avril 1994, 24 mars 1995, 28 décembre 1999, 20 juillet 2000, 21 septembre 2004, 15 décembre 2005 et 1^{er} mai 2006 et les lois des 11 juillet 1994, 7 avril 1995, 10 août 1998, 22 avril 1999, 4 et 7 mai 1999, 3 mai 2002, 10 et 18 janvier 2010, 26 novembre 2011 et 29 mars 2012), *MB*, 9 février 1993, p. 2828.

⁽⁷⁰⁾ *Cf.* l'article 26, § 1^{er} de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, *op. cit.*

⁽⁷¹⁾ *Cf.* article 28 de la loi du 11 janvier 1993 et arrêté royal du 3 juin 2007 portant exécution de l'article 14^{quinquies} (devenu article 28 en vertu de la loi du 18 janvier 2010) de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, *MB*, 13 juin 2007. Ces indicateurs sont considérés comme des instruments complémentaires pour détecter une fraude fiscale grave et organisée, qui n'entraînera donc l'obligation d'information de la CTIF que s'il existe effectivement une présomption de blanchiment de capitaux provenant de la fraude fiscale grave et organisée. La présence d'un des indicateurs ne suffit pas à générer automatiquement les obligations d'information à la CTIF. Ceci a été explicitement confirmé par la Cour Constitutionnelle dans son arrêt n° 102 du 10 juillet 2008 (*cf.* note d'informations destinée aux réviseurs d'entreprises visés à l'article 3, 3° de la loi du 11 janvier 1993 (T1300), 8 mars 2010, Transmission d'information à la CTIF).

⁽⁷²⁾ *Cf.* l'article 26, § 1^{er}, al. 2 de la loi du 11 janvier 1993.

⁽⁷³⁾ *Cf.* article 35 de la loi du 11 janvier 1993.

juridique ou du même réseau, ni entre professionnels non liés, en raison d'un même client et d'une même transaction ⁽⁷⁴⁾.

Enfin, afin de répondre aux préoccupations, notamment de l'IRE en matière de protection de l'anonymat des déclarations à la CTIF par les réviseurs d'entreprises, la loi interdit notamment aux procureurs du Roi et aux juges d'instruction auxquels la CTIF aurait communiqué des informations, d'obtenir copie des déclarations de soupçon. En outre, si les réviseurs d'entreprises sont cités à témoigner en justice, ils ne sont pas non plus autorisés à révéler l'identité des auteurs des notifications ou renseignements complémentaires fournis ⁽⁷⁵⁾.

- d) Collaboration au contrôle prudentiel : lorsque le réviseur d'entreprises réalise un audit dans un secteur faisant l'objet d'une loi spécifique de contrôle, par exemple les établissements de crédit, les entreprises d'assurances, les mutualités et unions nationales de mutualité, il y a lieu de se référer aux dispositions particulières de la loi de contrôle qui l'obligent à collaborer au contrôle prudentiel en rapportant à l'organe public de contrôle (p. ex. la FSMA, la BNB ou l'Office de Contrôle des Mutualités) des décisions ou des faits qui constitueraient des violations du Code des sociétés, des statuts, de la loi de contrôle et des arrêtés ou règlements pris pour sa bonne exécution ⁽⁷⁶⁾.

26

⁽⁷⁴⁾ Cf. article 30 de la loi du 11 janvier 1993.

⁽⁷⁵⁾ Cf. article 36 de la loi du 11 janvier 1993, inséré par la loi du 18 janvier 2010.

⁽⁷⁶⁾ Cf. Norme ISA 240, § 43 et recommandation de l'IRE, § 6, p.604.

CONCLUSION GENERALE

44. Il ressort de ce qui précède que le rôle du réviseur d'entreprises en matière de fraude est fait de subtilité, de complexité et de subjectivité. Son travail est à la fois tributaire de la situation de l'entité, de la disposition de la direction et/ou de l'organe de gestion, des obligations légales strictes et de normes professionnelles qui essaient d'encadrer au mieux toutes les circonstances tout en sachant que toutes les circonstances ne peuvent être anticipées.

45. Les conditions économiques actuelles combinées aux attentes des parties prenantes et à la complexité et à la subjectivité inhérente aux estimations comptables critiques requièrent que le réviseur d'entreprises évalue de manière critique les risques de fraude et mette en œuvre des procédures d'audit qui répondent de manière adéquate à ces risques. Au-delà des procédures d'audit mises en œuvre, le risque de fraude dans le cadre d'un audit d'états financiers ne peut être appréhendé de manière adéquate que par une prise de conscience de la possibilité qu'une fraude puisse exister en dépit de l'expérience passée que le réviseur d'entreprises a de l'entité et en faisant preuve d'esprit critique tout au long de l'audit. Le cas échéant, et dans des circonstances exceptionnelles, la détection d'une fraude peut amener le réviseur d'entreprises à démissionner.

46. Les normes professionnelles ISA et IRE ou la recommandation de l'IRE balisent la responsabilité du réviseur en matière de fraude mais la portée de celle-ci reste méconnue et mal comprise par les utilisateurs des états financiers. Comblar cette attente reste un défi actuel important pour la profession.

DEEL 2

**FRAUDE EN DE
STRAFRECHTELIJKE IMPLICATIES
VOOR DE BEDRIJFSREVISOR ⁽¹⁾**

PARTIE 2

**LA FRAUDE ET LES
IMPLICATIONS PENALES POUR LE
REVISEUR D'ENTREPRISES**

K. DE SCHEPPER
Assistent Instituut voor Strafrecht, KU Leuven
Gastdocent UHasselt
Medewerker b-centre

⁽¹⁾ Met dank aan Patrick WAETERINCKX voor zijn nuttige bijdrage aan hoofdstukken 2 en 3. Avec remerciements à Patrick WAETERINCKX pour sa contribution utile aux chapitres 2 et 3.

HOOFDSTUK 1

INLEIDING

CHAPITRE 1^{ER}

INTRODUCTION

1.1. TOENEMEND RISICO

47. Een tiental jaren geleden schreven L. DUPONT en S. VAN DYCK in de inleiding van hun uitstekende bijdrage over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor nog dat strafrechtelijke veroordelingen van een commissaris eerder exceptioneel konden worden genoemd ⁽²⁾. In hun voetnoot 5 voorspelden ze echter het geleidelijk naderende einde van dit zorgeloze tijdperk.

Ze sloegen de nagel op de kop. Hoewel het aantal veroordelingen nog altijd relatief beperkt blijft, komt de bedrijfsrevisor vandaag steeds meer in het strafrechtelijk vizier. Zeker sinds de kredietcrisis is de publieke opinie onvermurwbaar als het op correcte rapportering aankomt. In tijden van financiële crisis is het dan ook niet zo verwonderlijk dat er diverse rapporteringschandalen opduiken. Zo kreeg ERNST & YOUNG zware klappen in de zaak rond LEHMAN Brothers en was KPMG voor velen ⁽³⁾ kop van jut in het dossier LERNOUT & HAUSPIE.

De bedrijfsrevisorenkantoren krijgen meestal het verwijt dat ze mee de schone schijn ophouden en het ene boekhoudkundige gat na het andere dichtten ⁽⁴⁾. En ook al krijgt niet elk dossier een strafrechtelijk staartje, de reputatie van de bedrijfsrevisor kan door strafonderzoeken toch een serieuze deuk krijgen.

⁽²⁾ L. DUPONT en S. VAN DYCK, “Enkele perspectieven op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor” in *De aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor. Burgerrechtelijke, strafrechtelijke en tuchtrechtelijke aspecten*, Brugge, die Keure, 2003, 32.

⁽³⁾ Maar niet voor het Hof van Beroep van Gent gezien het bedrijfsrevisorenkantoor werd vrijgesproken.

⁽⁴⁾ M. PHEIFFER, “Jaarrekeningfraude: voordat je gaat trouwen, eerst naar de kapper”, *Orde van de dag* 2010, afl. 51, 90.

1.2. HET BEGRIP “FRAUDE”

48. “Fraude” is geen afzonderlijk misdrijf. Het begrip wordt ook nergens juridisch gedefinieerd. De eerste moeilijkheid is dan ook te bepalen wanneer we nu juist spreken van fraude. Waar ligt bijvoorbeeld de grens tussen “creatief boekhouden” en regelrechte fraude? Wanneer spreken we van “frauduleus” rapporteren? Rapporteringsregels laten immers een zekere ruimte voor het maken van inschattingen. De vraag rijst dan ook wanneer de strafrechtelijke grens wordt overschreden.

Van Dale definieert fraude als “*bedrog bestaande uit vervalsing van administratie of ontduiking van voorschriften*”. Bij fraude overschrijdt men dus de wettelijke regels en geeft men bewust een misleidende voorstelling van zaken ⁽⁵⁾. Creativiteit daarentegen impliceert net dat men binnen de perken van de wet blijft en inventief omgaat met deze wettelijke regels.

Fraude kent vele verschijningsvormen: uitkeringsfraude, milieufraude, verkiezingsfraude, noem maar op. De belangrijkste vorm van fraude waarmee een bedrijfsrevisor te maken kan krijgen, is uiteraard ondernemingsfraude.

Deze frauduleuze handelingen of constructies kunnen onder erg uiteenlopende strafbepalingen vallen:

- *Financiële* fraude of fraude met “cijfers”, zoals vervalsing van de jaarrekening en frauduleuze rapportering;
- *Economische* fraude of fraude met “centen”, bijvoorbeeld verduistering (al dan niet van vennootschapsactiva), witwassen en beursfraude;
- *Fiscale* fraude of belastingontduiking; en
- *Sociale* fraude of zwartwerk.

Meestal wordt de bedrijfsrevisor hierbij niet als de eigenlijke fraudeur beschouwd. Wel als degene die *hetzij* de fraude ontdekt en mee toedekt, minstens niet de gepaste maatregelen neemt, *hetzij* de fraude ondanks zijn waakhondfunctie ten onrechte niet heeft opgemerkt ⁽⁶⁾.

De regels van de strafrechtelijke aansprakelijkheid en in het bijzonder die over de deelneming, zijn dan ook van groot belang (*cf. infra*, nrs. 60-64).

⁽⁵⁾ M. PHEIJFFER, “Jaarrekeningfraude: voordat je gaat trouwen, eerst naar de kapper”, *Orde van de dag* 2010, afl. 51, 88-89.

⁽⁶⁾ S. DE MEULENAER, “Jaarrekeningfraude bekeken door een juridische bril. Wie ligt in het vizier van de strafrechter?” in *Uit balans! Een interdisciplinaire analyse van recente boekhoudschandalen*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 114.

1.3. INHOUD EN STRUCTUUR

49. In deze bijdrage willen wij de belangrijkste strafrechtelijke risico's voor de bedrijfsrevisor blootleggen. Het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisor komt niet aan bod. Daarvoor verwijzen we naar recente doctrine over dit topic ⁽⁷⁾. Ook interessante procedurele vraagstukken (het zwijgrecht van de rechtspersoon of de nieuwe uitgebreide minnelijke schikking) vallen buiten het bestek van deze bijdrage.

Wij beginnen in hoofdstuk 2 met een beknopte bespreking van de regels inzake strafrechtelijke aansprakelijkheid in het ondernemingsstrafrecht.

In hoofdstuk 3 komen de verschillende fraudemisdrijven aan bod. Wij bekijken eerst de gemeenrechtelijke misdrijven en dan de bijzondere. Deze bijdrage vormt geen uitputtende studie van alle types van fraude, maar wil wel de belangrijkste aandachtspunten en gevaren aansnijden. Jaarrekeningenfraude en frauduleuze verslaggeving zijn evidente risico's, nader onderzoek zal er nog andere aantonen.

Wij sluiten in hoofdstuk 4 af met een schematisch overzicht van de verschillende sancties per strafbepaling. Vooral het beroepsverbod ⁽⁸⁾ en de fiscale straffen kunnen verregaande implicaties hebben.

34

INLEIDING – INTRODUCTION

⁽⁷⁾ B. DE KLERCK, S. VAN BELLINGHEN, E. VANDERSTAPPEN en V. YANGANDI, *Het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisor. Begrip, uitzonderingen, gedeeld geheim, internationale context, toepassingsgevallen en strafonderzoek*, Brugge, die Keure, 2009, 174 p.

⁽⁸⁾ KB nr. 22 van 24 oktober 1934 betreffende het rechterlijk verbod aan veroordeelden en gefailleerden om bepaalde ambten en beroepen of werkzaamheden uit te oefenen, Cf. B. SPRIET, "Het vennootschaps-beroepsverbod uit het KB nr. 22 van 24 oktober 1934" in *Ondernemingsstrafrecht*, Brugge, die Keure, 1999, 187-201.

HOOFDSTUK 2

DE STRAFRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID EN DE TOEREKENING VAN MISDRIJVEN IN HET ONDERNEMINGSSTRAFRECHT

CHAPITRE 2

LA RESPONSABILITE PENALE ET L'IMPUTATION DES DELITS DANS LE DROIT PENAL DES ENTREPRISES

2.1. TOEREKENING AAN DE BEDRIJFSREVISOR ALS NATUURLIJKE PERSOON

2.1.1. Algemeen

50. Het begrip “toerekening” slaat op het leggen van een verband tussen feit en dader⁽⁹⁾. Ons Belgisch recht kent vier manieren om een natuurlijke persoon aan te wijzen als dader van een misdrijf: de materiële toerekening, de wettelijke en conventionele toerekening en de rechterlijke toerekening.

2.1.2. Materiële toerekening

51. De materiële toerekening betekent dat het strafbare feit wordt toegerekend aan degene die het strafbare feit heeft gepleegd. Het feit wijst de dader aan⁽¹⁰⁾.

Deze vorm van toerekening is in het strafrecht de regel. Opvallend is echter dat in de meeste sectoren van het ondernemingsstrafrecht, zoals het sociaal strafrecht, milieustrafrecht, vennootschapsstrafrecht, deze regel eerder de uitzondering vormt. Meestal wordt degene vervolgd die hetzij door de wetgever in het bijzonder wordt geïndiceerd (wettelijke toerekening, *cf. infra*, nr. 52), hetzij door de rechter wordt aangeduid als degene die het misdrijf had moeten voorkomen, ook al heeft hij het misdrijf niet materieel gepleegd (rechterlijke toerekening, *cf. infra*, nr. 53)⁽¹¹⁾.

2.1.3. Wettelijke en conventionele toerekening

52. De wetgever heeft de gewoonte om in bijzondere takken van het ondernemingsrecht bepaalde personen te viseren in wettelijke/conventionele toerekeningen. Die berust op de bijzondere bevoegdheid van deze personen als toezichthouder op de naleving van de wet. Wanneer zij deze waakhondfunctie niet naar behoren uitoefenen, worden ze strafrechtelijk geïndiceerd. De commissaris behoort tot deze categorie⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ P. WAETERINCKX, *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon en zijn leidinggevende*, Antwerpen, Intersentia, 2011, p. 4.

⁽¹⁰⁾ Zie F. DERUYCK en P. WAETERINCKX, “Daderschap en verantwoordelijkheid voor sociaalrechtelijke misdrijven” in *Sociaal handhavingsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2010, p. 93.

⁽¹¹⁾ Bv. Corr. Antwerpen 27 mei 2009, 2009/2741, onuitg. P. WAETERINCKX en K. DE SCHEPPER, “Enkele bedenkingen bij de objectivering van de beoordeling van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid in het ondernemingsstrafrecht” in *Recente ontwikkelingen in het arbeids-, economisch, straf- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 141; P. PEETERS, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van zaakvoerders en bestuurders in milieu-aangelegenheden” in *Aansprakelijkheid van zaakvoerders en bestuurders*, Seminarie van Info-Topics georganiseerd te Edegem (Antwerpen) op 8 februari 2001, p. 2.

⁽¹²⁾ *Cf.* voor een overzicht van de strafbepalingen in het Wetboek van vennootschappen: L. DUPONT en S. VAN DYCK, “Enkele perspectieven op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor” in *De aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor: Burgerrechtelijke, strafrechtelijke en tuchtrechtelijke aspecten*, Brugge, die Keure, 2003, 42-50; Andere voorbeelden van wettelijke toerekening zijn de preventieadviseurs, milieu- en veiligheidscoördinatoren, vaste

De hoedanigheid van de dader is een onderdeel van de kwalificatie van het misdrijf:

- Bij de *wettelijke* toerekening duidt de wet zelf uitdrukkelijk aan wie strafrechtelijk verantwoordelijk is⁽¹³⁾. Dat kan expliciet of impliciet gebeuren⁽¹⁴⁾.
- Ook bij de *conventionele* toerekening is de wet het uitgangspunt. Conventionele toerekening is in wezen een specifieke vorm van wettelijke toerekening⁽¹⁵⁾. De wet verplicht de bestemming van de norm om zelf te bepalen aan wie het misdrijf kan worden toegerekend. Zo moet de managementvennootschap een vaste vertegenwoordiger aanduiden die strafrechtelijk aansprakelijk is (art. 61, § 2, lid 1 W. Venn.) (cf. *infra*, nr. 58). Een dergelijke wettelijke grondslag is een *conditio sine qua non*. Een conventionele toerekening is *in se* te beschouwen als een wettelijk voorgeschreven delegatie⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾.

Omdat de wetgever de dader aanduidt, zijn deze misdrijven “eigen” misdrijven van deze dader, het gaat niet om een bijdrage aan het misdrijf van iemand anders⁽¹⁸⁾. Dit heeft belangrijke gevolgen voor de regels van de deelneming (cf. *infra*, nr. 60).

2.1.4. Rechterlijke toerekening

53. Wanneer noch door de wet (uitdrukkelijk of stilzwijgend), noch conventioneel wordt bepaald aan wie het misdrijf kan worden toegerekend, moet de rechter toerekenen. Na onderzoek *in concreto* komt het misdrijf op rekening van de natuurlijke persoon die de feitelijke beslissingsbevoegdheid had. Zo is het loutere lidmaatschap

vertegenwoordigers, werkgevers enz. P. WAETERINCKX, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van enkele toezichthouders op de normconformiteit als middel van een behoorlijk bestuur van de onderneming”, *RW* 2003-04, 1647-1664; R. LEGROS, “Le droit pénal de l’entreprise”, *JTT* 1977, 175.

⁽¹³⁾ In vrijwel alle gevallen van sociaal strafrecht duidt de wet de werkgever, diens aangestelde of lasthebber en zelfs werknemers aan als de mogelijke strafrechtelijke daders van overtredingen die erin bestaan iets niet te doen, onjuiste vermeldingen aan te brengen op documenten, of het toezicht van de sociale inspectie te verhinderen.

⁽¹⁴⁾ Cf. F. DERUYCK, *De rechtspersoon in het strafrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, nr. 32; P. PEETERS, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van zaakvoerders en bestuurders in milieu-aangelegenheden” in *Aansprakelijkheid van zaakvoerders en bestuurders*, Seminarie van Info-Topics georganiseerd te Edegem (Antwerpen) op 8 februari 2001, 2.

⁽¹⁵⁾ F. DERUYCK, “Pour quand la responsabilité pénale des personnes morales en droit pénal belge?”, *JT* 1997, 700.

⁽¹⁶⁾ F. DERUYCK, *De rechtspersoon in het strafrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, nr. 39.

⁽¹⁷⁾ Het voornaamste kenmerk van de delegatie van bevoegdheden in het strafrecht berust in de overdracht van een taak van toezicht of leiding. Cf. i.v.m. de delegatie van bevoegdheden, J. CALVO, “La délégation de pouvoirs en matière pénale”, *Droit pénal des Affaires*, 2 augustus 1999, n° 152, 11 e.v.; T. DALMASSO, *La délégation de pouvoirs*, Paris, Éditions Joly, 2000, 163 p.; T. DALMASSO, “La délégation de pouvoirs, une réponse à la surpénalisation?”, *Petites Affiches*, 2 maart 2000, n° 44; M. GIACOPELLO-MORI, “La délégation de pouvoirs en matière de responsabilité pénale du chef d’entreprise”, *Rev. sc. crim.* (3) 2000, 525 e.v.; S. LE DAMANY, C. JOLY-BAUMGARTNER, G. BRASIER-PORTERIE, T. RAES, N. BOUDEVILLE en S. BLANCHARD, “Le dirigeant face aux risques”, *Les Echos* 6 december 2000, 8 e.v.; J.-F. RENUCCI, “La délégation de pouvoirs: questions d’actualité”, *RJDA* 8-9/98, 679 e.v.

⁽¹⁸⁾ A. DE NAUW, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, die Keure, 2006, nr. 120 en 121; C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2006, 193; F. DERUYCK, “Daderschap en verantwoordelijkheid voor sociaalrechtelijke misdrijven” in *Sociaal Strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 1998, 96.

van de raad van bestuur niet voldoende om het misdrijf toe te rekenen aan een lid daarvan ⁽¹⁹⁾.

2.2. TOEREKENING AAN DE BEDRIJFSREVISOR ALS RECHTSPERSOON

2.2.1. Algemeen

A. Autonome strafrechtelijke aansprakelijkheid

54. Sinds 2 juli 1999 kan ook de rechtspersoon als autonome dader van een misdrijf worden aangeduid (art. 5, lid 1 Sw.). De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon en die van de natuurlijke persoon zijn geen afgeleide van elkaar. Evenmin kan de verantwoordelijkheid van de ene automatisch als een vorm van deelneming bij het door de andere gepleegde feit worden beschouwd ⁽²⁰⁾.

B. De toerekening in kort bestek

55. De toerekening van een misdrijf aan de rechtspersoon is slechts mogelijk wanneer er een intrinsieke band bestaat tussen het misdrijf en de rechtspersoon (art. 5, lid 1 Sw.). Dat komt erop neer dat het misdrijf werd gepleegd:

- ter verwezenlijking van het maatschappelijk doel; of
- ter waarneming van het belang van de rechtspersoon; of
- voor rekening van de rechtspersoon, als dit uit de concrete omstandigheden blijkt.

“*Voor rekening van*” wijst niet op een afgeleide strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon, maar naar het *voordeel* dat de rechtspersoon uit het misdrijf haalt ⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ Cass. 19 september 2007, P.07.0434.F, www.cass.be (voorzitter van een vzw); Antwerpen 22 november 1984, *RW* 1985-86, 1850-1852, noot M. DE SWAEF; Brussel 24 april 1985, *RW* 1985-86, 882-884, noot M. DE SWAEF; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, nr. 414c; F. DERUYCK, *De rechtspersoon in het strafrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, nrs. 41-42; R. LEGROS, “Le droit pénal de l’entreprise”, *JTT* 1977, 173.

⁽²⁰⁾ Ph. TRAESE, “Ontwikkeling van nieuwe deelnemingsvormen”, *NC* 2007, afl. 4, 259; P. TRAESE, “De wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen”, *TRV* 1999, 460-463. *Cf.* ook *Parl. St. Senaat*, 1998-1999, nr. 1271/1, 2 en nr. 1271/6, p. 6.

⁽²¹⁾ “*Op basis van het voordeel dat de rechtspersoon uit het «gepleegde» strafbare feit haalt, zou hij kunnen worden aangewezen als de dader aan wie dat feit materieel kan worden toegerekend.*” (*Parl. St. Senaat* 1998-1999, nr. 1217/118).

Hieruit vloeit voort dat rechtspersonen naar Belgisch strafrecht autonoom strafrechtelijk verantwoordelijk zijn voor hun daden, los van deze van de natuurlijke persoon door wie zij handelden ⁽²²⁾.

Dit betekent echter niet dat elk materieel gebeuren dat een intrinsiek verband heeft met het doel, de waarneming van de belangen van de rechtspersoon, of voor rekening van de rechtspersoon wordt gepleegd, automatisch aan hem mag worden toegerekend ⁽²³⁾.

Net zoals bij natuurlijke personen, moet de rechtspersoon ook *schuld* hebben aan het misdrijf. Het misdrijf moet hem met andere woorden kunnen worden verweten ⁽²⁴⁾.

De rechtspersoon kan slechts strafrechtelijk verantwoordelijk zijn als zowel een materieel als een moreel element (bijzonder opzet, algemeen opzet of onachtzaamheid) bij die rechtspersoon aanwezig is ⁽²⁵⁾.

Dat de fout van de rechtspersoon nauw verband houdt met de fout van de natuurlijke persoon, neemt niet weg dat de rechtbank bij de rechtspersoon de fout zal moeten vaststellen. De recente cassatierechtspraak bevestigt dat rechtspersonen over een eigen wil beschikken die een bron van misdrijven kan zijn, hoewel zij *de facto* handelen via individuen. Bij de morele toerekening van een misdrijf aan een rechtspersoon moet die wil dan ook worden aangetoond, deze wil kan niet afgeleid worden van de wil van de natuurlijke persoon ⁽²⁶⁾.

2.2.2. Samenloop van daderschap natuurlijke persoon en rechtspersoon

A. Het “cumulverbod” van artikel 5, lid 2 van het Strafwetboek

56. Artikel 5, lid 2 van het Strafwetboek regelt de samenloop van het daderschap tussen rechtspersoon en natuurlijke persoon. Over dit gecompliceerde artikel vloede al heel wat inkt⁽²⁷⁾. In België kunnen rechtspersoon en natuurlijke persoon niet voor

⁽²²⁾ Cass. 23 september 2008, P.08.0587.N, www.cass.be; Antwerpen 18 november 2004, *Soc. Kron.* 2008, afl. 6, p. 353.

Cf. ook *Parl. St.* Senaat 1998-1999, nr. 1217/1, 2; A. DE NAUW en F. DERUYCK, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen” in *CBR-Jaarboek 1999-2000*, I, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, p. 15; F. DERUYCK, *De rechtspersoon in het strafrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, nr. 58;

Cf. ook P. WAETERINCKX, “Worstelen met de toerekening van misdrijven aan een rechtspersoon. De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon is een autonome en geen afgeleide verantwoordelijkheid”, *NC* 2006, afl. 1, 29 (noot onder Arbitragehof 75/2004, 27).

⁽²³⁾ Luik 20 september 2004, *JLMB* 2004, 1392 e.v.; Corr. Brugge 20 mei 2003, www.projucit.be

⁽²⁴⁾ Cass. 20 december 2005, P.05.1220.N, www.cass.be.

⁽²⁵⁾ *Parl. St.* Senaat, 1998-1999, nr. 1-1217/6, p. 19

⁽²⁶⁾ Cass. P.05.1220.N, 20 december 2005, www.cass.be; *cf.* ook Cass. P.08.0587.N, 23 december 2008; Cass. P.07.0246.N, 12 juni 2007, www.cass.be.

⁽²⁷⁾ *Cf.* o.a. S. VAN DYCK en V. FRANSSEN, m.m.v. F. PARREIN, “De rechtspersoon als strafbare dader: een grondige analyse van tien jaar wetgeving, rechtspraak en rechtsleer (Deel 2)”, *TRV* 2009, 14 e.v.; F. ROGGEN, “La responsabilité des personnes morales (II)” in *Droit pénal et procédure pénale*, Mechelen, Kluwer, 2008, losbl., 17-27; A. MISONNE, “Le concours de responsabilités” in *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique. Une évaluation*

eender welk misdrijf samen worden vervolgd en veroordeeld. Artikel 5, lid 2 van het Strafwetboek bepaalt: “*Wanneer de rechtspersoon verantwoordelijk gesteld wordt uitsluitend wegens het optreden van een geïdentificeerde natuurlijke persoon, kan enkel degene die de zwaarste fout heeft begaan worden veroordeeld. Indien de geïdentificeerde persoon de fout wetens en willens heeft gepleegd kan hij samen met de verantwoordelijke rechtspersoon worden veroordeeld.*”

Kort samengevat komt deze bepaling erop neer dat zowel de rechtspersoon als de natuurlijke persoon steeds strafrechtelijk verantwoordelijk kunnen worden gesteld voor opzettelijke misdrijven (bv. valsheid in geschriften, gebruik van valse geschriften, oplichting, misdrijven die fiscale fraude bestraffen, enz.).

De problemen rijzen bij de misdrijven die geen opzet vereisen (waaronder het gros van de ondernemingsmisdrijven in bijzondere wetgeving). Daarbij dient men twee hypothesen te onderscheiden:

- Enerzijds, de zuiver onopzettelijke of onachtzaamheidsmisdrijven zoals onopzettelijke slagen en verwondingen. Cumulatie tussen de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de natuurlijke persoon en de rechtspersoon is in dat geval per definitie uitgesloten;
- Anderzijds, de andere misdrijven die geen opzet vereisen zoals foutieve attestaties en goedkeuringen van jaarrekeningen, balansen en resultatenrekeningen van vennootschappen of ondernemingen⁽²⁸⁾, het niet of niet correct betalen van loon⁽²⁹⁾, enz. Bij deze misdrijven zal de rechter nagaan of de overtreding *in concreto* al dan niet opzettelijk werd gepleegd. Is dit het geval, dan *kan* hij zowel de rechtspersoon als een als verdachte geïdentificeerde natuurlijke persoon veroordelen. Is dit niet zo, dan zal hij diegene moeten veroordelen die de *zwaarste fout* beging⁽³⁰⁾.

de la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales en Belgique après cinq années d'application, Brussel, die Keure, 2005, p. 87-164; P. WAETERINCKX, “De autonome strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon en de samenloop van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon met deze van de natuurlijke persoon (art. 5, lid 2 Sw.). “A never ending story”. - De gecombineerde toepassing met de eendaadse samenloop/eenheid van opzet”, *T. Strafr.* 2005, afl. 6, p. 461-472; M. FAURE en P. WAETERINCKX, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon: een blik op de rechtspraak en enkele knelpunten uit de praktijk”, *T. Strafr.* 2004, afl. 6, 318-345; T. VANDER BEKEN, “Artikel 5, tweede lid, van het Strafwetboek en de mogelijkheden van (de) cumulatie van strafrechtelijke verantwoordelijkheid”, *TMR* 2004, afl. 5, p. 543-544; H. VAN BAVEL, “Nogmaals over de toepassing van artikel 5, lid 2 van het strafwetboek”, *AJT* 2001-02, afl. 38, 1006-1007; L. MONSEREZ, “De cumulatie van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen met die van natuurlijke personen: het Hof van Cassatie lijkt een strikte interpretatie voor te staan”, *DAOR* 2001, 256-262; P. WAETERINCKX, “De cumulatie van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon met die van de natuurlijke persoon. Art. 5, tweede lid Sw., een staaltje van onbehoorlijke regelgeving”, *RW* 2000-01, 1217-1229.

⁽²⁸⁾ Art. 171, § 2, W. Venn., respectievelijk art. 16, lid 3 van de wet van 17 juli 1975 met betrekking tot de boekhouding van ondernemingen, *BS* 4 september 1975.

⁽²⁹⁾ Art. 42 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers, *BS* 30 april 1965.

⁽³⁰⁾ Voor een verdere analyse van dit artikel en de vele (meestal evenwel niet gepubliceerde rechtspraak) verwijzen wij de lezer naar: P. WAETERINCKX, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon. Een kritische analyse van enkele *capita selecta* uit de eerste rechtspraak” in *Strafrecht van nu en straks*, Brugge, die Keure, 2003, p. 211-220.

Echter valt op te merken dat rechters geregeld gemakshalve een algemeen opzet aannemen om aan de toepassing van de ingewikkelde decumul-regel van artikel 5, lid 2 van het Strafwetboek te ontsnappen ⁽³¹⁾.

B. Artikel 5, lid 1 van het Strafwetboek en de wettelijke/conventionele toerekening

57. Na de invoering van de autonome strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen, rees de vraag hoe de regels van de toerekening van artikel 5, lid 1 van het Strafwetboek gelden in geval van misdrijven met een wettelijke/conventionele toerekening. Er zijn twee mogelijkheden.

Ofwel viseert de wetgever welbepaalde categorieën van personen waartoe ook rechtspersonen kunnen behoren ⁽³²⁾. In dat geval kunnen zij sinds de invoering van artikel 5 van het Strafwetboek ook binnen het beknopte lijstje van potentiële daders passen. De strafrechter oordeelt autonoom wie de wettelijke hoedanigheid vervulde op het ogenblik van het misdrijf ⁽³³⁾.

Ofwel rekent de wetgever het misdrijf expliciet toe aan een natuurlijke persoon. Opnieuw zijn er twee opties:

- In bepaalde gevallen diende dergelijke toerekening om de straffeloosheid van rechtspersonen op te vangen ⁽³⁴⁾ ⁽³⁵⁾. Sinds 2 juli 1999 heeft die wettelijke toerekening echter geen enkel nut meer. De rechtspraak aanvaardt dan ook dat artikel 5, lid 1 van het Strafwetboek deze achterhaalde wettelijke toerekening impliciet wijzigt ⁽³⁶⁾.
- Soms heeft de wetgever echter bewust in een uitzondering op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen willen voorzien. Zijn bedoelingen zijn helaas niet altijd even duidelijk ⁽³⁷⁾. Voor misdrijven ingevoerd na 2 juli 1999 is het vrij eenvoudig: als de wetgever hier toerekent aan natuurlijke personen, heeft hij bewust geopteerd voor een uitzondering op artikel 5 van het Strafwetboek. Dateert de bepaling van vóór 2 juli 1999, wordt het moeilijker. Men zal dan steeds moeten

⁽³¹⁾ Cf. bijvoorbeeld Corr. Antwerpen 21 april 2008, *VAV* 2008, afl. 6, 516; Corr. Dendermonde 27 mei 2003, *TMR* 2004, 66; H. VAN BAVEL, “De strafrechtelijke aansprakelijkheid voor misdrijven gepleegd binnen een rechtspersoon” in *Het financieel strafrecht in opmars*, Intersentia, 2009, 447; M. FAURE en P. WAETERINCKX, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon: een blik op de rechtspraak en enkele knelpunten uit de praktijk”, *T. Strafr.* 2004, afl. 6, p. 332.

⁽³²⁾ Bijvoorbeeld de wettelijke toerekening bij faillissementsmisdrijven (“*de bestuurder, in rechte of in feite*”, cf. infra), of bij de sociale strafbepalingen (“*de werkgever, zijn aangestelden of lasthebbers*”)

⁽³³⁾ Cass. 10 mei 2005, P.04.1693.N (conclusie M. DE SWAEF), Cass. 12 september 2006, P.06.0598.N, www.cass.be.

⁽³⁴⁾ Bijvoorbeeld artikel 22 § 3 van de wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, *BS* 8 december 1989 en artikel 67ter van de wet van 16 maart 1968 betreffende de politie over het wegverkeer, *BS* 27 maart 1968.

⁽³⁵⁾ S. VAN DYCK en V. FRANSSEN, m.m.v. F. PARREIN, “De rechtspersoon als strafbare dader: een grondige analyse van tien jaar wetgeving, rechtspraak en rechtsleer”, *TRV* 2008, afl. 8, nr. 44.

⁽³⁶⁾ GwH 15 oktober 2002 nr. 145/2002; Cass. 20 december 2005, P.05.1220.N, *RABG* 2006, afl. 20, 1507, noot P. WAETERINCKX.

⁽³⁷⁾ P. WAETERINCKX, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van twee vaste vertegenwoordigers uit het vennootschapsrecht”, *NC* 2007, 29 e.v.

nagaan of de wetgever de natuurlijke persoon viseert omwille van zijn bijzondere verantwoordelijkheid of hoedanigheid. In het volgende hoofdstuk gaan we dieper in op één toepassingsgeval: de vaste vertegenwoordiger in het kader van de revisorale opdrachten van het bedrijfsrevisorenkantoor.

2.2.3. De vaste vertegenwoordiger en de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon voor misdrijven in het kader van de revisorale opdracht

A. Bijzondere toerekeningsregels voor de vaste vertegenwoordiger

58. Wanneer de bedrijfsrevisor zijn revisorale opdracht uitoefent door middel van een rechtspersoon, moet deze rechtspersoon een vaste vertegenwoordiger aanduiden. Tot voor kort gold voor deze vaste vertegenwoordiger een bijzondere regeling van strafrechtelijke toerekening (oud art. 132 W. Venn.)⁽³⁸⁾.

De vaste vertegenwoordiger van artikel 132 van het Wetboek van vennootschappen werd gecreëerd om in het raam van het bedrijfsrevisoraat een hoofdelijke aansprakelijkheid te bewerkstelligen tussen de burgerlijke vennootschap en de verantwoordelijke bedrijfsrevisor⁽³⁹⁾.

Tot voor kort bepaalde artikel 132 van het Wetboek van vennootschappen dat als een lid van het IBR zijn *controleopdrachten*⁽⁴⁰⁾ uitoefende onder de vorm van een vennootschap, deze vennootschap in overeenstemming met artikel 132 van het Wetboek van vennootschappen dan ook een vaste vertegenwoordiger moest aanstellen die onder meer strafrechtelijk verantwoordelijk was.

Het eerste lid van het oude artikel 132 van het Wetboek van vennootschappen werd in 2010 geschrapt⁽⁴¹⁾ omdat het overlapte met de algemene bepaling van artikel 16 van de

⁽³⁸⁾ Naast artikel 132 W. Venn. kent ons vennootschapsrecht nog een vaste vertegenwoordiger in het kader van de taken van leiding en toezicht uitgeoefend door een managementvennootschap (art. 61, §2, lid 1 W. Venn., hier gebruikt in de betekenis van een rechtspersoon die het mandaat van bestuurder, zaakvoerder of lid van het directiecomité uitoefent in de zin van art. 61, § 2, van het Wetboek van vennootschappen).

⁽³⁹⁾ Instituut van de Bedrijfsrevisoren, *Vademecum van de bedrijfsrevisor*, I, *Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2005, 83-89, i.h.b 86. Cf. ook artikel 16 van de wet van 22 juli 1953 houdende oprichting van een Instituut van de Bedrijfsrevisoren en organisatie van het publiek toezicht op het beroep van bedrijfsrevisor, gecoördineerd op 30 april 2007, *BS* 24 mei 2007, err. *BS* 10 juli 2007.

⁽⁴⁰⁾ Art. 4 van de wet van 22 juli 1953 bepaalt thans: “*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 revisorale opdrachten te vervullen met betrekking tot de financiële overzichten, verricht met toepassing van of krachtens de wet*”.

Het betreft hier zowel de controleopdrachten uitgeoefend t.a.v. handelsvennootschappen als t.a.v. vzw's (Instituut van de Bedrijfsrevisoren, *Vademecum van de bedrijfsrevisor*, I, *Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2005, p. 84).

⁽⁴¹⁾ Artikel 8 wet van 18 januari 2010 betreffende de uitoefening van een vrij en gereguleerd cijferberoep door een rechtspersoon, *BS* 17 maart 2010. Deze wet trad in werking op 27 maart 2010.

wet van 22 juli 1953⁽⁴²⁾. De strafrechtelijke verantwoordelijkheid (samen met deze voor andere vaste vertegenwoordigers in andere economische beroepen) werd afgeschaft door artikel 6 van dezelfde wet uit 2010.

De wetgever wilde immers het normale regime van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid (lees: inclusief dat van de rechtspersoon) toepassen⁽⁴³⁾.

Als een vaste vertegenwoordiger correct werd aangesteld, dan vloeit uit de wet voort dat die de strafrechtelijk verantwoordelijke persoon is voor de misdrijven gepleegd vóór 27 maart 2010 in uitoefening van zijn functie.

De wettelijke toerekening beperkt immers de toerekeningsbevoegdheid van de rechter. De wetgever heeft dan de bedoeling om het misdrijf toe te rekenen aan een bepaalde persoon (*cf. supra*, nr. 53)⁽⁴⁴⁾. Omdat de conventionele toerekening een variant is van de wettelijke toerekening, is het logisch dat betreffende het bevoegdheidenspectrum van de rechter bij het oplossen van het toerekeningvraagstuk, *mutatis mutandis* hetzelfde geldt als voor de wettelijke toerekening⁽⁴⁵⁾.

Dit doet echter geen enkele afbreuk aan de toepassing van de principes van het schuldstrafrecht. De rechter zal bij de vaste vertegenwoordiger nog steeds een schuld moeten vaststellen⁽⁴⁶⁾.

B. Verhouding tot artikel 5, 1^{ste} lid van het Strafwetboek

59. Hoe verhoudt deze bijzondere regeling van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de vaste vertegenwoordiger zich tot de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de door hem vertegenwoordigde rechtspersoon? Volgens Patrick WAETERINCKX bleef tot voor kort de bijzondere regeling van het oude artikel 132 van het Wetboek van vennootschappen onverkort gelden⁽⁴⁷⁾. Noch de rechtspraak van het Grondwettelijk

⁽⁴²⁾ Wet van 22 juli 1953 houdende oprichting van een Instituut van de Bedrijfsrevisoren en organisatie van het publiek toezicht op het beroep van bedrijfsrevisor, gecoördineerd op 30 april 2007, *BS* 24 mei 2007, err. *BS* 10 juli 2007.

⁽⁴³⁾ Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2009-2010, nr. 2261/1, p. 7.

⁽⁴⁴⁾ F. DERUYCK, "Pour quand la responsabilité pénale des personnes morales en droit pénal belge?", *JT* 1997, p. 699.

⁽⁴⁵⁾ *Ibid.*, p. 700.

⁽⁴⁶⁾ *Cf.* P. WAETERINCKX en K. DE SCHEPPER, "Enkele bedenkingen bij de objectivering van de beoordeling van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid in het ondernemingsstrafrecht" in *Recente ontwikkelingen in het arbeids-, economisch, straf- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 148.

⁽⁴⁷⁾ P. WAETERINCKX, "De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de bedrijfsrevisor" in *Anti-fraudebeleid in de onderneming. De taken en verantwoordelijkheden van bestuur en commissaris*, Kortrijk, UGA, 2012, 231-259 ter perse, *cf.* ook P. WAETERINCKX, "De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van twee vaste vertegenwoordigers uit het vennootschapsrecht", *NC* 2007, 23-38.

Hof⁽⁴⁸⁾, noch de rechtspraak van het Hof van Cassatie⁽⁴⁹⁾ rechtvaardigde immers dat artikel 5, 1^{ste} lid van het Strafwetboek zomaar op eender welke inbreuk kon worden toegepast. Het Hof van Cassatie stelde in 2006 nog eens uitdrukkelijk dat artikel 5 van het Strafwetboek geen afbreuk doet aan de gewone regels van toerekening van een misdrijf aan de daders of mededaders ervan⁽⁵⁰⁾.

Deze lezing vond bevestiging in de overwegingen van de wetgever bij de afschaffing van de conventionele toerekening onder artikel 132 van het Wetboek van vennootschappen⁽⁵¹⁾. De wetgever onderstreepte namelijk uitdrukkelijk dat die wetwijziging diende om het gemene recht in verband met de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon van toepassing te maken⁽⁵²⁾. Met andere woorden, tot voor kort zette de enkelvoudige conventionele toerekening onder artikel 132 van het Wetboek van vennootschappen artikel 5, lid 1 van het Strafwetboek inderdaad buiten spel, weliswaar onder voorbehoud van de regels van de deelneming (*cf. infra*, nrs. 60-64)⁽⁵³⁾.

De conventionele toerekening van artikel 132 van het Wetboek van vennootschappen is intussen afgeschaft. Daardoor vallen de misdrijven die een bedrijfsrevisor pleegt bij de uitoefening van zijn revisorale opdrachten niet langer enkel onder de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de vaste vertegenwoordiger. Ook het bedrijfsrevisorenkantoor kan voortaan de hoedanigheid van hoofddader hebben.

Het nieuwe artikel 132 van het Wetboek van vennootschappen breidt de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van het bedrijfsrevisorenkantoor gevoelig uit. Het nieuwe

⁽⁴⁸⁾ Arbitragehof 15 oktober 2002, arrest nr. 145/2002, *RW* 2002-2003, 1420, *BS* 3 februari 2003, *JT* 2002, 6072, *RGAR* 2003, nr. 13.730; Arbitragehof 22 juli 2003, arrest nr. 104/2003, en *JT* 2004, 72; Arbitragehof 11 februari 2004, arrest nr. 27/2004, *AA* 2004, 345, *RW* 2003-2004, p. 1539 (n.a.v. een prejudiciële vraag vanwege de politierechtbank te Antwerpen); Arbitragehof 26 januari 2005, arrest nr. 24/2005, *AA* 2005, *TBP* 2006, *JDSC* 2005, p. 207, noot M. DELVAUX, "Les arrêts prononcés par la Cour d'arbitrage en matière de responsabilité pénale des personnes morales et leurs enseignements", p. 210-217, www.arbitrage.be. *Cf.* ook P. WAETERINCKX, "De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon. Een kritische analyse van enkele *capita selecta* uit de eerste rechtspraak" in *Strafrecht van nu en straks*, Brugge, die Keure, 2003, p. 188-194.

⁽⁴⁹⁾ Cass. 20 december 2005, P.05.1220.N, *Pas.* 2005, afl. 12, 2576; *JDSC* 2007, 167, noot M. DELVAUX, M., *VAV* 2007, afl. 1, 63, noot S. Vandromme, *RABG* 2006, afl. 20, 1505, noot P. WAETERINCKX, "De relatie tussen de autonome strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon en de wettelijke/conventionele toerekeningen in bijzondere strafbepalingen. Duidelijkheid a.u.b.!",

⁽⁵⁰⁾ Cass. 12 september 2006, P.06. 0598.N, www.cass.be; S. VAN DYCK en V. FRANSSEN, m.m.v. F. PARREIN, "De rechtspersoon als strafbare dader: een grondige analyse van tien jaar wetgeving, rechtspraak en rechtsleer (Deel 1)", *TRV* 2008, p. 626.

⁽⁵¹⁾ Art. 8 van de wet van 18 januari 2010 betreffende de uitoefening van een vrij en gereguleerd cijferberoep door een rechtspersoon.

⁽⁵²⁾ Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2009-2010, nr. 2261/1, p. 7.

⁽⁵³⁾ L. DUPONT en S. VAN DYCK, "Enkele perspectieven op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor" in *De aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor. Burgerrechtelijke, strafrechtelijke en tuchtrechtelijke aspecten*, Brugge, die Keure, 2003, p. 82-83.

artikel ⁽⁵⁴⁾ bevat ten aanzien van rechtspersonen dan ook een strengere regeling die niet retroactief kan worden toegepast (art. 2 Sw.) ⁽⁵⁵⁾.

Kort samengevat verhoudt de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de vaste vertegenwoordiger voor misdrijven in het kader van de revisorale opdracht zich tot deze van de rechtspersoon als volgt:

- Misdrijven voltooid vóór 27 maart 2010: de rechtspersoon kan geen hoofddader zijn van de tijdens de controleopdracht beweerdelijk gepleegde misdrijven. De regels van de deelneming zijn uiteraard wel nog onverkort op haar van toepassing (*cf. infra*, nrs. 60-64);
- Misdrijven gepleegd na 27 maart 2010: deze misdrijven zijn geen “eigen” misdrijven meer. De rechtspersoon kan bijgevolg als hoofddader worden vervolgd ⁽⁵⁶⁾.

45

2.3. “UITBREIDING” VAN DE STRAFRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID: DE BEDRIJFSREVISOR ALS DEELNEMER

2.3.1. Deelneming: inhoud

60. Men onderscheidt in het daderschap verschillende niveaus die verband houden met de wijze van uitvoering van het ten laste gelede feit.

De persoon die met zijn gedraging (handeling of omissie) de constitutieve bestanddelen van het vervolgte misdrijf vervult, is de dader. Zij die meewerkten aan de realisatie van het misdrijf zijn te beschouwen als deelnemers. In hoofde van de deelnemer moeten niet alle delictsbestanddelen aanwezig zijn. In die zin spreken we van een “uitbreiding” van de strafrechtelijke aansprakelijkheid.

Deelneming is enkel mogelijk bij misdaden of wanbedrijven en omvat een wilsovereenstemming over een gemeenschappelijk crimineel doel ⁽⁵⁷⁾. Samenwerken is strafrechtelijk irrelevant zolang het openbaar ministerie niet kan aantonen dat die samenwerking sloeg op het misdrijf als gezamenlijk en verboden doel ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁴⁾ En artikel 16 van de wet houdende oprichting van een Instituut van de Bedrijfsrevisoren en organisatie van het publiek toezicht op het beroep van bedrijfsrevisor, gecoördineerd op 30 april 2007, *BS* 24 mei 2007, err. *BS* 10 juli 2007.

⁽⁵⁵⁾ P. WAETERINCKX, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de bedrijfsrevisor” in *Anti-fraudebeleid in de onderneming. De taken en verantwoordelijkheden van bestuur en commissaris*, Kortrijk, UGA, 2012, 231-259.

⁽⁵⁶⁾ Of het bedrijfsrevisorenkantoor hoofddader of deelnemer is, zal uiteraard van de concrete casus afhangen. Om de kwalificatie van deelnemer te weerleggen, dient men te toetsen aan de regels van de deelneming (*cf. infra*, nrs. 60-64).

⁽⁵⁷⁾ Ph. TRAEST, “Ontwikkeling van nieuwe deelnemingsvormen”, *NC* 2007, 243 en de verwijzingen daar.

⁽⁵⁸⁾ H. VAN DER WILT, “Ontwikkeling van nieuwe deelnemingsvormen. Ben ik mijn broeders hoeder?”, *Dossier NC* 2007, p. 5.

Deelneming vereist drie componenten:

- een opzettelijk gepleegd en concreet strafbaar hoofdfeit (onzelfstandigheid van de deelneming);
- een bij de wet voorziene wijze van deelneming. Afhankelijk van de graad van deelneming zal de deelnemer worden beschouwd als (mede)dader dan wel als medeplechtige. De woorden “dader” en “mededader” hebben dezelfde betekenis in het strafrecht ⁽⁵⁹⁾; en
- een specifiek deelnemingsopzet ⁽⁶⁰⁾.

2.3.2. Strafbaar hoofdfeit

61. Strafbare deelneming is maar denkbaar wanneer er een strafbaar hoofdfeit aanwezig is. Het moet bovendien gaan om een opzettelijk gepleegd hoofdmisdrijf. Dit is belangrijk gezien voor misdrijven in bijzondere strafwetten die niet hoofdzakelijk bestaan uit strafbepalingen, onachtzaamheid doorgaans als schuldvorm volstaat ⁽⁶¹⁾. Deelneming aan het onopzettelijk gepleegde misdrijf van iemand anders is uitgesloten ⁽⁶²⁾.

2.3.3. Tijdstip deelneming

62. De door de wet bepaalde deelnemingsdaad moet worden gesteld vóór of tijdens het hoofdmisdrijf ⁽⁶³⁾. Eens het misdrijf is voltooid, is geen strafbare deelneming meer mogelijk gezien geen enkele daad nog aan het voltrekken van het strafbare hoofdfeit kan bijdragen ⁽⁶⁴⁾. Deelneming *post factum* is uitgesloten tenzij de hulp van de deelnemer:

- het resultaat was van een voorafgaandelijk akkoord tussen dader en deelnemer (wilsovereenstemming); en
- het misdrijf heeft mogelijk gemaakt of vergemakkelijkt ⁽⁶⁵⁾.

2.3.4. Deelnemingsopzet

63. Het deelnemingsopzet omvat het *wetens en willens* deelnemen. De deelnemer moet *weten* dat hij zijn medewerking verleent aan een bepaalde misdaad of wanbedrijf (dit is het opzet t.a.v. de deelneming). Daarbij moet hij kennis hebben van alle omstandigheden die aan het feit waaraan hij zijn medewerking verleent, het kenmerk geven van een

⁽⁵⁹⁾ Cass. 15 oktober 1986, *Arr. Cass.* 1986-1987, p. 200.

⁽⁶⁰⁾ F. VERBRUGGEN, “Strafbare voorbereidingshandelingen in België. Autopsie zonder lijk” in *Voorbereidingshandelingen in het strafrecht*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2004, p. 60.

⁽⁶¹⁾ Bv. het Wetboek van vennootschappen, de Boekhoudwet, enz.

⁽⁶²⁾ Wat niet wil zeggen dat deze onachtzaamheidsmisdrijven *de facto* opzettelijk kunnen zijn gepleegd. In dat geval is deelneming wel mogelijk.

⁽⁶³⁾ Cass. 17 januari 2006, *RABG* 2006, 881, noot F. VAN VOLSEM, “Strafbare deelneming is tijdige deelneming”; Cass. 21 mei 2003, *JT* 2003, 857.

⁽⁶⁴⁾ F. VAN VOLSEM, “Strafbare deelneming is tijdige deelneming”, *RABG* 2006, p. 888.

⁽⁶⁵⁾ C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel 1*, Antwerpen, Maklu, 2009, 385; F. VAN VOLSEM, “Strafbare deelneming is tijdige deelneming”, *RABG* 2006, p. 888.

welbepaalde misdaad of een welbepaald wanbedrijf (dit is het opzet t.a.v. het te plegen misdrijf) ⁽⁶⁶⁾.

Volgens recente rechtspraak van het Hof van Beroep te Antwerpen moet men bij de beoordeling van “het weten”, rekening houden met de kennis en de inzichten die de betrokkene had op het ogenblik van het plegen van de feiten. De kennis die *hij had moeten hebben* is daarbij volstrekt irrelevant. Het Hof van Beroep onderstreepte daarbij glashelder dat men zich moet hoeden voor *post-factum*-redeneringen ⁽⁶⁷⁾.

Belangrijke omstandigheden die “het weten” van de bedrijfsrevisor kunnen weerleggen of staven, zijn bijvoorbeeld de mate waarin hij werd misleid, zijn professionele ervaring, enz.

Het is echter niet voldoende dat de beklagde wist dat zijn handeling(en) zou(den) bijdragen tot de verwezenlijking van een misdrijf, hij moest het als dusdanig ook nog *willen*. Het deelnemingsopzet is bijgevolg in beginsel een *direct bepaald* opzet. Dader en deelnemer beogen via hun wilsovereenstemming rechtstreeks de verwezenlijking van een bepaald misdrijf ⁽⁶⁸⁾.

Dit principe wordt genuanceerd door het relatief onbepaald deelnemingsopzet waarbij de deelnemer wel weet dat hij deelneemt aan een misdrijf en dat ook wil, alleen weet hij niet precies aan welk misdrijf. De concrete invulling ervan kent hij met ander woorden niet en deert hem ook niet ⁽⁶⁹⁾.

Deelnemingsopzet omvat dus niet het eventueel opzet, en nog minder onachtzaamheid ⁽⁷⁰⁾. Het is niet voldoende om handelingen te stellen waarbij men voorziet dat men eventueel zou kunnen deelnemen aan een misdrijf zonder dit te kennen en/of te willen, maar de gevolgen ervan op de koop toe neemt ⁽⁷¹⁾. Bij deelneming moet de deelnemer het geïncrimineerde gevolg willen ⁽⁷²⁾.

⁽⁶⁶⁾ J. VANHEULE, *Strafbare deelneming*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 413 e.v.

⁽⁶⁷⁾ Antwerpen 10 februari 2010, *FJF* 2010, afl. 125, 479-499, *TFR* 2010, 560, noot L. VANHEESWIJCK; Antwerpen 15 september 2010, 2009 PGA 2576, onuitg.

⁽⁶⁸⁾ F. ROGGEN, “L’élément moral dans les infractions : une controverse obsolète” in *Actualité en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 29; R. LEGROS, “L’élément intentionnel dans la Participation Criminelle”, *Rev. dr. Pén.* 1952-1953, nr. 22, p. 127

⁽⁶⁹⁾ Cass. 16 december 2003, *RABG* 2005, p. 546, noot L. DELBROUCK. Het Hof van Cassatie beschouwt het vrijwillig afzien (*i.e.* wetens en willens deelnemen) van een meer concrete kennis i.v.m. het hoofdmisdrijf als een deel van het stilzwijgende overleg tussen dader en deelnemer. *Cf.* ook Corr. Brussel 18 april 1974, *RW* 1974 -75, noot A. VANDEPLAS; J. VANHEULE, *Strafbare deelneming*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 431-438.

⁽⁷⁰⁾ C. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 285.

⁽⁷¹⁾ B. SPRIET, “Het materieel en het moreel bestanddeel van een strafbare deelneming aan diefstal”, *RW* 1994-1995, p. 363 (noot onder Cass. 18 mei 1993).

⁽⁷²⁾ Bijvoorbeeld de slotenmaker belast met de vervalsing van sleutels. Hij moet niet alleen weten dat de sleutel kan worden gebruikt voor een diefstal, maar hij moet met de vervaardiging van die sleutel zelf deelachtig aan die diefstal willen zijn. F. VERBRUGGEN, “Strafbare voorbereidingshandelingen in België. Autopsie zonder lijk” in *Voorbereidingshandelingen in het strafrecht*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2004, p. 68.

2.3.5. Deelneming door onthouding

64. De *deelneming door onthouding* is mogelijk als een persoon een wettelijke of contractuele verplichting heeft om te handelen en als zijn stilzitten het misdrijf vergemakkelijkte. Bijgevolg zou de strafrechter een bedrijfsrevisor als deelnemer ter verantwoording moeten kunnen roepen als die rustig zou laten begaan wanneer hij vaststelt dat een onderneming voorbijgaat aan de uitvoering van bepaalde strafrechtelijk betugelde verplichtingen.

In die optiek zou de rechter het stilzitten van de bedrijfsrevisor kunnen interpreteren als een goedkeuring van het misdrijf gepleegd door anderen in de organisatie⁽⁷³⁾. Wel zal het openbaar ministerie moeten aantonen dat de betrokkene *met opzet naliet* zijn wettelijke of contractuele plicht te vervullen en daardoor het misdrijf vergemakkelijkte. Het moet met andere woorden aantonen dat de bedrijfsrevisor *moest beseffen* dat zijn onachtzaam gedrag misdrijfbevorderend zou werken⁽⁷⁴⁾.

De rechtspraak is echter streng. Zo maakt volgens het Hof van Beroep te Antwerpen het niet uitoefenen van het vereiste en noodzakelijke toezicht door bestuurders wetens en willens misdrijfscheppend en/of misdrijfbevorderend handelen uit⁽⁷⁵⁾.

Het Hof van Cassatie vond dat een bestuurder of zaakvoerder die zich beroept op onwetendheid waarin de hoofddader(s) (bv. medewerker(s)) hem of haar laat, toch nog een strafrechtelijke veroordeling via de deelneming riskeert als blijkt dat hij/zij die onwetendheid aanvaardde. Het Hof oordeelt – op zich correct – dat het vrijwillig afzien van een meer concrete kennis een deel van het stilzwijgende overleg kan uitmaken tussen dader en deelnemer⁽⁷⁶⁾.

Dit misdrijfbevorderend “stilzitten” of het “gewild niet willen weten” van bestuurders, zaakvoerders of andere toezichthouders mag ons inziens echter niet te ruim worden geïnterpreteerd⁽⁷⁷⁾. Zoals gezegd omvat het deelnemingsopzet immers het wetens en willens deelnemen en is het bijgevolg duidelijk een *direct* opzet. Dader en deelnemer beogen via hun wilsovereenstemming rechtstreeks de verwezenlijking van een misdrijf. Het openbaar ministerie moet dus bewijzen dat de deelnemer aanvaardde wetens en willens deel te nemen aan het misdrijf.

⁽⁷³⁾ Gent 20 februari 1992, *RW* 1992-1993, p. 305, noot J. SOENEN.

⁽⁷⁴⁾ Dit is de zgn. gekwalificeerde onthouding die gekoppeld is aan een juridische verplichting. Cf. L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, nr. 588, p. 524 e.v.; C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2006, p. 340; S. VAN OVERBEKE, “Deelneming door onthouding”, *Comm. Strafr.*, 11; J. SOENEN, “Deelneming door onthouding” (noot onder Gent 20 februari 1992), *RW* 1992-1993, 305; S. VAN OVERBEKE, “Strafbare deelneming door gekwalificeerde onthouding” (noot onder Corr. Brugge 28 augustus 1991), *RW* 1992-1993, p. 648-649.

⁽⁷⁵⁾ Antwerpen 15 november 2006, 2006/4545, onuitg.

⁽⁷⁶⁾ Cass. 16 december 2003, *RABG* 2005, p. 546, noot L. DELBROUCK; cf. ook Corr. Brussel 18 april 1974, *RW* 1974-1975, noot A. VANDEPLAS.

⁽⁷⁷⁾ P. WAETERINCKX en K. DE SCHEPPER, “Enkele bedenkingen bij de objectivering van de beoordeling van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid in het ondernemingsstrafrecht” in *Recente ontwikkelingen in het arbeids-, economisch, straf- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 152-154.

HOOFDSTUK 3

DE BELANGRIJKSTE FRAUDEMISDRIJVEN WAARMEE EEN BEDRIJFSREVISOR KAN WORDEN GECONFRONTEERD ⁽⁷⁸⁾

CHAPITRE 3

LES DELITS DE FRAUDE LES PLUS IMPORTANTES AUXQUELS UN REVISEUR D'ENTREPRISES PEUT ETRE CONFRONTE

⁽⁷⁸⁾ Dit overzicht is zeker niet exhaustief. Bovendien laat deze bijdrage niet toe om uitgebreid in te gaan op elk type misdrijf. Wij belichten dan ook de voornaamste aspecten en verwijzen de lezer voor het overige naar gespecialiseerde rechtsleer.

3.1. FRAUDEMISDRIJVEN IN HET STRAFWETBOEK

3.1.1. Valsheid in (private) geschriften en informaticavalsheid

A. Juridisch kader

a. Vervalsing als fraudemiddel

65. Fraude gaat vaak gepaard met één of andere valsheid. Vervalsing is nu eenmaal het middel bij uitstek om fraude te plegen. In de praktijk zal er dan ook vaak een combinatie of “samenloop” zijn met zogenaamde doel misdrijven, zoals belastingontduiking, verduistering, enz.

De misdrijven valsheid in (private) geschriften (art. 196 e.v. Sw.) en informaticavalsheid (art. 210bis Sw.) zijn misdrijven tegen de openbare trouw. Beide misdrijven bestraffen het vermommen van de waarheid maar visereren een andere gedraging.

Artikel 196 van het Strafwetboek veronderstelt een waarheidsvermomming in een geschrift (bv. de boekhouding, facturen, waarderingsrapporten, overnamecontracten, enz.). Zijn daarentegen informaticagegevens het voorwerp van vervalsing, dan zal artikel 210bis van het Strafwetboek van toepassing zijn (bv. vervalsing van digitale handtekeningen, fictieve e-mails, enz.)⁽⁷⁹⁾.

Het onderscheid tussen beide misdrijven lijkt ons, gelet op de steeds toenemende informatisering van het bedrijfsleven, volstrekt achterhaald⁽⁸⁰⁾. In essentie komen beide misdrijven immers op hetzelfde neer zodat wij deze samen behandelen.

De taken van een bedrijfsrevisor gaan gepaard met heel wat (doorgaans schriftelijke) verslaggeving⁽⁸¹⁾. Deze documenten kunnen worden beticht van valsheid indien ze aan de hierna omschreven misdrijfvoorwaarden voldoen.

b. Een “waarneembare” gedachtenuitdrukking

66. Enkel de “zichtbare” leugen wordt bestraft. Deze leugen moet zich veruitwendigen in een strafrechtelijk beschermd geschrift of informaticabestand.

⁽⁷⁹⁾ Hoewel deze misdrijven erg op elkaar gelijken, hebben zij één groot verschil: de strafmaat. Valsheid in (private) geschriften is een misdrijf en kan worden bestraft met opsluiting tot 10 jaar. Informaticavalsheid is een wanbedrijf waarop gevangenisstraffen van maximaal 5 jaar staan. Gelet op de quasi automatische correctionalisering van valsheid in geschriften, is dit in de praktijk slechts een theoretisch onderscheid. Een belangrijk gevolg is wel dat het slachtoffer een dader van een misdrijf niet rechtstreeks kan dagvaarden.

⁽⁸⁰⁾ Cf. C. CONINGS, “Reële valsheid versus virtuele valsheid: hetzelfde garen op een ander klosje?”, n.t.v.

⁽⁸¹⁾ Zie hierover uitgebreid L. DUPONT en S. VAN DYCK, “Enkele perspectieven op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor” in *De aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor. Burgerrechtelijke, strafrechtelijke en tuchtrechtelijke aspecten*, Brugge, die Keure, 2003, p. 44-50 en p. 54-79.

Het geschrift moet een gedachte uitdrukken, een juridische draagwijdte hebben en zich opdringen aan het openbaar vertrouwen⁽⁸²⁾. “Juridische draagwijdte” betekent dat het geschrift juridische effecten of rechtsgevolgen kan hebben⁽⁸³⁾. Het criterium van het openbaar vertrouwen houdt verband met de geloofwaardigheid die men aan een geschrift kan hechten.

Het geschrift moet de persoon die er kennis van neemt kunnen overtuigen van de echtheid ervan⁽⁸⁴⁾. Hieruit volgt dat er geen valsheid kan zijn als deze persoon een controleplicht heeft. Typisch voorbeeld is de belastinginspecteur die een belastingaangifte niet zonder meer voor waar kan aannemen⁽⁸⁵⁾.

Informaticagegevens zijn “*voorstellingen van informatie die geschikt zijn voor opslag, verwerking en overdracht via informaticasystemen waarvan de materiële vormgeving – elektromagnetisch, optisch of anderszins – irrelevant is*”⁽⁸⁶⁾. Ook zij moeten een juridische draagwijdte hebben en zich aan het openbaar vertrouwen opdringen⁽⁸⁷⁾.

c. Waarheidsvermomming bij valsheid in geschriften

67. Waarheidsvermomming vormt de essentie van het materieel bestanddeel van valsheid in geschriften. Opdat een geschrift vals zou zijn, moet er een tegenstelling bestaan tussen de weergave in het geschrift en de eigenlijke waarheid/werkelijkheid⁽⁸⁸⁾. Het geschrift moet dus worden getoetst aan de werkelijkheid die het tracht weer te geven. Het begrip “werkelijkheid” is echter relatief. De notie verschilt immers naargelang de invalshoek die men bij de beoordeling gebruikt (bv. economisch, juridisch, sociaal).

Een stand van zaken die wordt benaderd en betekenis krijgt vanuit een welbepaalde invalshoek, kan een andere betekenis krijgen wanneer deze wordt bekeken vanuit een andere invalshoek⁽⁸⁹⁾. Het is om die reden dan ook cruciaal dat de toetsing van de werkelijkheid geschiedt binnen de betekeniscontext van het geschrift⁽⁹⁰⁾.

⁽⁸²⁾ S. VAN DYCK, *Valsheid in geschriften en gebruik van valse geschriften*, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 204.

⁽⁸³⁾ Cass. 11 mei 1982, *Pas.* 1982, I, p. 1042.

⁽⁸⁴⁾ L. DUPONT en S. VAN DYCK, “Enkele perspectieven op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor” in *De aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor. Burgerrechtelijke, strafrechtelijke en tuchtrechtelijke aspecten*, Brugge, die Keure, 2003, p. 59-60.

⁽⁸⁵⁾ I.t.t. de bijgevoegde stavingsstukken. Deze dringen zich wel aan het openbaar vertrouwen op.

⁽⁸⁶⁾ Wetsontwerp inzake informaticacriminaliteit, *Parl. St. Kamer*, 1999-2000, nr. 213/1, p. 14.

⁽⁸⁷⁾ Wetsontwerp inzake informaticacriminaliteit, *Parl. St. Kamer*, 1999-2000, nr. 213/1, p. 14; O. LEROUX, “Le faux informatique”, *JT* 2004, afl. 6140, p. 513; P. DE HERT, “De wet van 28 november 2000 inzake informaticacriminaliteit en het materieel strafrecht. Een wet die te laat komt of een wet die er nooit had moeten komen?”, *T. Strafr.* 2001, p. 315.

⁽⁸⁸⁾ S. VAN DYCK, *Valsheid in geschriften en gebruik van valse stukken*, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 343.

⁽⁸⁹⁾ S. VAN DYCK, *Valsheid in geschriften en gebruik van valse stukken*, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 347: Zij geeft als voorbeeld de band tussen een adoptiekind en de adoptieouders: binnen de juridische betekeniscontext zijn zij verwant, binnen de biologische context niet.

⁽⁹⁰⁾ S. VAN DYCK, *Valsheid in geschriften en gebruik van valse stukken*, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 427.

Het spectrum van de valsheid omvat naargelang van de uitvoering:

- een materiële valsheid, dit wil zeggen de fysieke manipulatie van het geschrift; of
- een intellectuele valsheid, dit wil zeggen het opnemen van bepaalde vermeldingen (veinzing) of dat nalaten (omissie) waardoor de inhoud van het geschrift niet meer met de waarheid strookt.

Een voorbeeld van een waarheidsvermomming door omissie is de schending van de rapporteringsplicht⁽⁹¹⁾. Het te rapporteren feit bestaat in werkelijkheid maar het wordt verzwegen waardoor het lijkt alsof het niet bestaat. Dit niet vermelden wordt dan “*une preuve négative*”⁽⁹²⁾.

52

Geveinsde geschriften zijn geschriften waarin de betrokken partijen in onderling overleg de waarheid vermommen met als doel:

- hetzij te doen geloven in een niet bestaande overeenkomst; of
- hetzij de *ware aard* van de overeenkomst of sommige bepalingen ervan te verbergen.

Een geveinsd geschrift bevat niet alleen een onjuiste weergave van de werkelijkheid maar dient ook om deze werkelijkheid verborgen te houden⁽⁹³⁾.

De grens tussen valsheid door omissie en valsheid door simulatie is bijzonder dun. Hoe dan ook, in beide gevallen van intellectuele valsheid komt het erop neer dat de lezer van het geschrift verkeerde informatie krijgt over de realiteit, wat ertoe leidt dat het vertrouwen in de waarachtigheid van het geschrift wordt geschonden⁽⁹⁴⁾.

d. Waarheidsvermomming bij informaticavaltheid

68. Artikel 210*bis* van het Strafwetboek vereist eveneens de vermomming van de waarheid. Het artikel omschrijft de wijzen waarop de waarheid in een informaticabestand kan worden gemanipuleerd (“datamanipulatie”). Zo goed als alle handelingen die men met (gegevens in) een informaticabestand kan uitvoeren zijn strafbare handelingen, zoals downloaden, uploaden, kopiëren, deleten, doorsturen, opslaan, enz.

Wel moet men hierdoor de juridische draagwijdte van de gegevens wijzigen. Net zoals bij de klassieke valsheid, komt dit erop neer dat de lezer wordt misleid over de werkelijkheid. Men maakt met andere woorden misbruik van een *redelijke en geloofwaardige schijn*⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹¹⁾ S. VAN DYCK, Valsheid in geschriften en gebruik van valse stukken, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 396.

⁽⁹²⁾ M. RIGAUX en P.-E. TROUSSE, *Le faux en droit pénal comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1957, p. 181, nr. 202

⁽⁹³⁾ L. MATRAY, “Simulation de droit privé et faux criminel”, *RDP* 1969, p. 582.

⁽⁹⁴⁾ S. VAN DYCK, *Valsheid in geschriften en gebruik van valse stukken*, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 342

⁽⁹⁵⁾ J. KERKHOFES en P. VAN LINTHOUT, “Cybercriminaliteit doorgelicht”, *T. Strafr.* 2010, p. 181.

De rechter zal geval per geval moeten nagaan of de datamanipulatie een ander juridisch gevolg teweegbrengt. De wetgever gaf alvast enkele voorbeelden, zoals het namaken van kredietkaarten of vervalsen van digitale contracten ⁽⁹⁶⁾. Ook het aanpassen van het digitale controleverslag waardoor het niet overeenstemt met de werkelijkheid valt onder het toepassingsgebied van artikel 210*bis* van het Strafwetboek.

e. Mogelijk nadeel

69. Vereist is ook dat de waarheidsvermomming, zoals deze zich *in concreto* manifesteert, een nadeel kon veroorzaken. Een mogelijk of eventueel nadeel ten gevolge van de valsheid volstaat ⁽⁹⁷⁾. Die toets omvat de vergelijking of er een verschil bestaat tussen de mogelijke gevolgen van een waarheidsvermomming in een geschrift of informatiabestand en de gevolgen bij afwezigheid van dergelijke waarheidsvermomming ⁽⁹⁸⁾.

f. Moreel bestanddeel

70. Valsheid in geschriften en informaticavalsheid ⁽⁹⁹⁾ vereisen als moreel bestanddeel een bijzonder opzet. De dader van de valsheid moet de bedoeling hebben om aan zichzelf of aan andere een onrechtmatig voordeel te verschaffen. Dit betreft een voordeel van elke aard dat men niet zou hebben verkregen zonder de valsheid ⁽¹⁰⁰⁾.

B. Specifiek geval: het controleverslag

71. Het controleverslag behoort tot de *core business* van de bedrijfsrevisor en verdient daarom bijzondere aandacht. Het controleverslag kadert binnen de wettelijke opdracht van de controle van de jaarrekening. De bedrijfsrevisor heeft hierbij onder meer de taak om de jaarrekening te controleren en daarbij te oordelen of ze een getrouw beeld geeft van de werkelijke financiële situatie in de onderneming ⁽¹⁰¹⁾. Voor de vervulling van zijn taak levert hij een omstandig en duidelijk verslag af. Hij moet hierin enkel de betekenisvolle elementen vermelden en mag niet vergeten dat hij gehouden is tot het beroepsgeheim (cf. *infra*, nr. 77). De essentie van een controleverslag is het vellen van een oordeel over de financiële staat van de onderneming ⁽¹⁰²⁾.

⁽⁹⁶⁾ Wetsontwerp inzake informaticacriminaliteit, *Parl. St. Kamer*, 1999-2000, nr. 213/1, 14; P. DE HERT, “De wet van 28 november 2000 inzake informaticacriminaliteit en het materieel strafrecht. Een wet die te laat komt of een wet die er nooit had moeten komen?”, *T. Strafr.* 2001, p. 316.

⁽⁹⁷⁾ S. VAN DYCK, *Valsheid in geschriften en gebruik van valse stukken*, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 499; Zie voor informaticavalsheid: Wetsontwerp inzake informaticacriminaliteit, *Parl. St. Kamer*, 1999-2000, nr. 213/1, p. 14; Corr. Dendermonde, 25 mei 2007, *TGR – TWVR* 2007, 351; J. KERKHOFS en P. VAN LINTHOUT, “Cybercriminaliteit doorgelicht”, *T. Strafr.* 2010, p. 182.

⁽⁹⁸⁾ S. VAN DYCK, *Valsheid in geschriften en gebruik van valse stukken*, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 499; L. DUPONT, “Fiscale valsheid in geschriften” in *Belastingrecht en strafrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1983, p. 111.

⁽⁹⁹⁾ Corr. Dendermonde, 14 mei 2007, *T. Strafr.* 2007, afl. 6, 403, noot E. BAEYENS; Corr. Dendermonde 28 november 2005, *NJW* 2006, p. 229.

⁽¹⁰⁰⁾ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, p. 42.

⁽¹⁰¹⁾ Art. 142 W. Venn.

⁽¹⁰²⁾ P. GERARD, “La mission et la responsabilité du réviseur d’entreprises face aux pratiques “hors bilan” des entreprises multinationals”, *Dr.pén.ent.* 2010/2, p. 88.

72. De (geconsolideerde) jaarrekening, opgesteld in overeenstemming met de regels van het Belgisch boekhoudrecht, wordt verondersteld een getrouw beeld te geven van het vermogen en van de financiële toestand. De bedrijfsrevisor zal nagaan of dit ook effectief het geval is, rekening houdend met de wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften, alsook met de in de toelichting opgenomen vermeldingen ⁽¹⁰³⁾. Wel moet worden opgemerkt dat de commissaris geen mate van zekerheid verstrekt, maar wel een redelijke mate van zekerheid uitdrukt over het getrouw beeld van de jaarrekening dat hij naar aanleiding van de uitgevoerde controlewerkzaamheden heeft bekomen ⁽¹⁰⁴⁾. Denk bijvoorbeeld aan een administratieve organisatie die gekenmerkt wordt door bepaalde onvolkomenheden of het gebruik van steekproeven, waardoor altijd een zekere onzekerheid blijft kleven op de controle en het verslag ⁽¹⁰⁵⁾. Het commissarisverslag zal dan ook *nooit een sluitende waarborg* zijn voor de absolute “juistheid” van de financiële overzichten ⁽¹⁰⁶⁾. Wel zal door zijn nazicht en oordeel, de geloofwaardigheid (of juist niet) van de financiële informatie die voortkomt uit de jaarrekening verhogen. De aansprakelijkheid van de commissaris zal enkel in het gedrang komen wanneer hij een verslag ondertekent zonder voldoende werkzaamheden te hebben uitgevoerd of wanneer zijn conclusies niet stroken met de vaststellingen die hij heeft gedaan ⁽¹⁰⁷⁾. In ieder geval is de informatie die de commissaris verkrijgt, van essentieel belang om zich een beeld te kunnen vormen van de betrouwbaarheid van de jaarrekening.

73. De inhoud van het verslag is voor de bedrijfsrevisor allerm minst vrijblijvend maar is in belangrijke mate normatief geregeld. De strekking van de verklaring in het verslag van de commissaris wordt in het bijzonder geregeld door:

- Artikel 144 van het Wetboek van vennootschappen;
- De “Algemene controlenormen”, uitgevaardigd door het Instituut van de Bedrijfsrevisoren op 15 december 2006 (IBR)108;
- Studie van het IBR, “Controle 5/98: Het controleverslag: principes en toepassingen”; en
- De Aanbeveling van het IBR, “Fraude en onwettige handelingen” van 5 juni 1998.

Uit artikel 144 van het Wetboek van vennootschappen volgt dat een commissaris twee oordelen kan vellen: ofwel geeft de jaarrekening een getrouw beeld, ofwel niet. De

⁽¹⁰³⁾ C. MELOTTE, “La responsabilité des professions comptables : La responsabilité des réviseurs d’entreprises et des commissaires réviseurs” in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Vol. I, Titel II, Boek 28^{quater}, losbl., p 13.

⁽¹⁰⁴⁾ F. CALUWAERTS, F. FANK, N. HOUYOUX, D. SCHOCKAERT, J. VANDERNOOT, H. VAN PASSEL en L. VLECK, *Het commissarisverslag*, Brugge, die Keure, 2007, p. 5 plus voetnoot (2).

⁽¹⁰⁵⁾ *Ibid.*, p. 6.

⁽¹⁰⁶⁾ *Ibid.*, p. 26; P. GERARD, “La mission et la responsabilité du réviseur d’entreprises face aux pratiques ‘hors bilan’ des entreprises multinationales”, *Dr.pén.ent.* 2010/2, p. 91 ; E. VANDERSTAPPEN, “Art. 142 W. Venn.” in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Wetboek van Vennootschappen, Boek IV, Titel VII, Hfdst. II, Controle op de jaarrekening*, losbl.

⁽¹⁰⁷⁾ F. CALUWAERTS, F. FANK, N. HOUYOUX, D. SCHOCKAERT, J. VANDERNOOT, H. VAN PASSEL en L. VLECK, *Het commissarisverslag*, Brugge, die Keure, 2007, p. 26.

⁽¹⁰⁸⁾ Cf. ook *International Standard on Auditing (ISA) 240 “The auditor’s responsibilities relating to fraud in an audit of financial statements”* (IFAC)

bedrijfsrevisor keurt met andere woorden de jaarrekening (met of zonder voorbehoud) goed of niet ⁽¹⁰⁹⁾.

74. Een goedkeurende verklaring kan naargelang de omstandigheden met of zonder voorbehoud worden afgeleverd.

Een goedkeurende verklaring *zonder voorbehoud* mag slechts worden afgeleverd onder de voorwaarden vermeld sub paragraaf 3.5.2. van de Algemene controlenormen. Dit zal zo zijn wanneer de jaarrekening een getrouw beeld geeft van het vermogen, van de financiële positie en van de resultaten van de onderneming of van de groep ⁽¹¹⁰⁾. De goedkeurende verklaring *met voorbehoud* is mogelijk in de twee gevallen vermeld in paragraaf 3.7.1. van de Algemene controlenormen ⁽¹¹¹⁾. De commissaris zal steeds kiezen voor een goedkeurende verklaring met voorbehoud wanneer dit voorbehoud betekenisvol is voor de beoordeling van de jaarrekening.

Zowel aan de goedkeurende verklaring zonder voorbehoud, als aan deze met voorbehoud, kan de commissaris een toelichtende paragraaf toevoegen ⁽¹¹²⁾. De bedrijfsrevisor is verplicht een toelichtende paragraaf toe te voegen, wanneer er redenen voorhanden zijn om de aandacht te vestigen op een betekenisvol probleem op het gebied van de bedrijfscontinuïteit. De toelichtende paragraaf kan de verklaring nooit voorafgaan en in geen enkel geval betrekking hebben op een gegeven dat afbreuk doet aan het getrouw beeld van de (geconsolideerde) jaarrekening. In dit laatste geval dringt zich een aanpassing van het oordeel op ⁽¹¹³⁾.

75. Net zoals de goedkeurende verklaring, bevat ook de categorie van de niet-goedkeurende twee soorten verklaringen. In verhouding tot de goedkeurende verklaringen, is het afleggen van een niet-goedkeurende verklaring, eerder uitzonderlijk (waarbij een afkeurende verklaring nog uitzonderlijker is dan een onthoudende).

⁽¹⁰⁹⁾ Artikel 144, 4° (bijgevoegd door de wet van 13 januari 2006): Hiervoor was het onderscheid nog niet wettelijk vastgelegd. De commissaris moest volgens artikel 144 enkel meedelen 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.

⁽¹¹⁰⁾ E. VANDERSTAPPEN, “Art. 144 W. Venn.” in *Vennootschappen en verenigen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Wetboek van vennootschappen, Boek IV, Titel VII, Hfdst. II, Controle op de jaarrekening*, losbl.

⁽¹¹¹⁾ *Ibid.*: “hetzij een beperking in de uitvoering van de werkzaamheden (3.7.2.), hetzij onenigheid met de leiding in verband met de weerhouden boekhoudregels en -methoden, hun toepassingsmodaliteiten of de geschiktheid van de informatie die in de (geconsolideerde) jaarrekening wordt gegeven (3.7.3.)”; P. GERARD, “La mission et la responsabilité du réviseur d’entreprises face aux pratiques “hors bilan” des entreprises multinationals”, *Dr.pén.ent.* 2010/2, p. 88.

⁽¹¹²⁾ Bijvoorbeeld wanneer de onderneming wordt geconfronteerd met een bepaald geschil of meerdere geschillen waarvan de afloop niet kan voorzien worden. Cf. F. CALUWAERTS, F. FANK, N. HOYOUX, D. SCHOCKAERT, J. VANDERNOOT, H. VAN PASSEL en L. VLECK, *Het commissarisverslag*, Brugge, die Keure, 2007, p. 11, 14 en 15.

⁽¹¹³⁾ *Ibid.*, p. 15; zie ook paragrafen 3.6.; 3.6.2.; 3.6.3 en 3.8 van de Algemene controlenormen.

Ten eerste is er de *onthoudende* verklaring die de commissaris in twee gevallen kan afleveren ⁽¹¹⁴⁾:

- Indien de verstrekte informatie zo *ontoereikend* is dat het onmogelijk is om een gefundeerd oordeel te geven over het getrouw beeld van het vermogen, de financiële positie en de resultaten van de entiteit of het geconsolideerd geheel ⁽¹¹⁵⁾; en
- Indien de toestand van de entiteit gekenmerkt wordt door talrijke onzekerheden die op *betekenisvolle* wijze de (geconsolideerde) jaarrekening beïnvloeden, hetzij vanuit het oogpunt van de bedrijfscontinuïteit, hetzij wat de inhoud van bepaalde rekeningrubrieken betreft, zodanig dat de eenvoudige toevoeging van een toelichtende paragraaf onder de verklaring, niet als voldoende zou kunnen worden beschouwd.

56

DE BELANGRIJKSTE FRAUDEMISDRIJVEN WAARMEE EEN BEDRIJFSREVISOR KAN WORDEN GECONFRONTEERD – LES DELITS DE FRAUDE LES PLUS IMPORTANTS AUXQUELS UN REVISEUR D'ENTREPRISES PEUT ETRE CONFRONTE

Met andere woorden, de informatie die de commissaris niet heeft kunnen controleren, is bij een onthoudende verklaring van fundamenteel belang. De commissaris geeft met deze verklaring aan dat de jaarrekening niet op een betrouwbare wijze de financiële situatie van de onderneming weergeeft. Hij moet de redenen hiervan duidelijk opgeven, omdat dit soort van verklaring de gebruiker van de (geconsolideerde) jaarrekening geen enkele indicatie verschaft over de geloofwaardigheid van de jaarrekening als geheel.

De tweede verschijningsvorm van de niet-goedkeurende verklaring, de afkeurende, vereist het vervuld zijn van een belangrijke voorwaarde, namelijk een meningsverschil tussen de leiding van de gecontroleerde onderneming en de bedrijfsrevisor.

Slechts als hij met de leiding van mening verschilt op verscheidene punten die zo belangrijk zijn, dat zelfs geen verklaring met voorbehoud kan worden afgeleverd, dan zal de bedrijfsrevisor een afkeurende verklaring moeten afleveren ⁽¹¹⁶⁾. Dat verschil in mening moet zijn oorsprong vinden in het feit dat de jaarrekening niet werd opgesteld in overeenstemming met de voorschriften van het gebruikte boekhoudkundig referentiesysteem, zodat het getrouw beeld fundamenteel wordt aangetast ⁽¹¹⁷⁾.

Paragraaf 3.9.2. van de Algemene controlenormen vermeldt dit uitdrukkelijk:

“Het verslag zal de cijfermatige weerslag vermelden die dit meningsverschil heeft op het vermogen, de financiële positie en de resultaten van de entiteit of van het geconsolideerd geheel. De cijfermatige weerslag wordt uitgedrukt in

⁽¹¹⁴⁾ Paragraaf 3.9.1. van de Algemene controlenormen.

⁽¹¹⁵⁾ Bv. de onmogelijkheid om bepaalde essentiële controleprocedures uit te voeren, de accidentele verdwijning van de verantwoordingsstukken en/of boeken van de boekhouding, een fundamenteel zwakke, interne controle die niet kan opgevangen worden door voldoening gevende alternatieve procedures of de onmogelijkheid om voldoende en geschikt bewijskrachtig materiaal te verkrijgen als gevolg van het bestaan van een aanzienlijke beperking in de uitvoering van de controle. Cf. Paragraaf 3.9.1. Algemene controlenormen; F. CALUWAERTS, F. FANK, N. HOUYOUX, D. SCHOCKAERT, J. VANDERNOOT, H. VAN PASSEL en L. VLECK, *Het commissarisverslag*, Brugge, die Keure, 2007, p. 16

⁽¹¹⁶⁾ P. GERARD, “La mission et la responsabilité du réviseur d’entreprise face aux pratiques “hors bilan” des entreprises multinationals”, *Dr.pén.ent.* 2010/2, p. 88

⁽¹¹⁷⁾ Paragraaf 3.9.2. van de Algemene controlenormen; F. CALUWAERTS, F. FANK, N. HOUYOUX, D. SCHOCKAERT, J. VANDERNOOT, H. VAN PASSEL en L. VLECK, *Het commissarisverslag*, Brugge, die Keure, 2007, p. 17.

absolute bedragen, in een vork of in relatieve waarden. In de gevallen waar een kwantificering niet mogelijk is, kan de revisor het nuttig achten hierop te wijzen”.

De bedrijfsrevisor zal de omstandigheden en de motivering die hem ertoe brengen om een afkeurende verklaring over de rekeningen af te geven, uiteenzetten in een of meer paragrafen die zijn oordeel voorafgaan, en hij zal er naar verwijzen in zijn verklaring waarvan het opschrift luidt als volgt “Afkeurende verklaring van de (geconsolideerde) jaarrekening)”⁽¹¹⁸⁾.

76. Dat het controleverslag in het vizier kan lopen van het misdrijf valsheid in geschriften/informatica ligt voor de hand⁽¹¹⁹⁾. Het wederrechtelijk attesteren of goedkeuren van een (geconsolideerde) jaarrekening wordt bovendien afzonderlijk strafbaar gesteld door de artikelen 16, lid 3 van de Boekhoudwet en 171, § 2 van het Wetboek van vennootschappen (*cf. infra*, nrs. 103-108).

De (straf)wetgever hecht dus duidelijk veel belang aan de vertrouwensfunctie van het controleverslag van de commissaris. Dit controleverslag is niet zomaar een persoonlijke mening van de commissaris maar bevat een professioneel eigen oordeel over de getrouwheid van de jaarrekeningen. Het vervult dan ook een belangrijke maatschappelijke rol (bewijswaarde).

Deze bewijswaarde is echter aan een specifieke context gebonden. Zoals al aangestipt, moet het aspect “waarheid” worden benaderd vanuit de specifieke gebruikscontext van het geschrift waarin bijzondere regels kunnen gelden. Zo is de betekeniscontext van geschriften opgesteld in het kader van een *due diligence* ronduit verschillend van de betekeniscontext van het controleverslag. Bij de beoordeling van de strekking van het controleverslag moet men dan ook met het normatieve kader van het controleverslag rekening houden. De waarheidswaarde van een geschrift kan immers verschillend zijn naargelang de gehanteerde waarheidsnorm⁽¹²⁰⁾.

77. Een ander heikel punt ten slotte is de melding van onregelmatigheden. Volgens artikel 144, lid 1, 8° van het Wetboek van vennootschappen moeten de commissarissen vermelden of zij kennis hebben gekregen van verrichtingen gedaan of beslissingen genomen met overtreding van de statuten of van de bepalingen van het Wetboek van vennootschappen. Deze laatste vermelding kan echter worden weggelaten “*wanneer de openbaarmaking van de overtreding aan de vennootschap onverantwoorde schade kan berokkenen, onder meer omdat het bestuursorgaan gepaste maatregelen heeft genomen*”.

⁽¹¹⁸⁾ Paragraaf 3.9.3. van de Algemene controlenormen.

⁽¹¹⁹⁾ *Cf.* hierover uitgebreid L. DUPONT en S. VAN DYCK, “Enkele perspectieven op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor” in *De aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor. Burgerrechtelijke, strafrechtelijke en tuchtrechtelijke aspecten*, Brugge, die Keure, 2003, p. 54 e.v.

⁽¹²⁰⁾ L. DUPONT en S. VAN DYCK, “Enkele perspectieven op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor” in *De aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor. Burgerrechtelijke, strafrechtelijke en tuchtrechtelijke aspecten*, Brugge, die Keure, 2003, p. 64.

om de aldus ontstane onwettige toestand te verhelpen”⁽¹²¹⁾. De bedrijfsrevisor beschikt hierbij over een zekere appreciatiemarge⁽¹²²⁾.

Ook hier blijkt duidelijk het belang om de waarheidsvermomming te beoordelen binnen het kader waarin ze zich voordoet ; *i.e.* de controleopdracht van de bedrijfsrevisor. Uit wat voorafgaat, blijkt immers onmiskenbaar een duidelijk spanningsveld tussen artikel 144, lid 1, 8° van het Wetboek van vennootschappen dat de bedrijfsrevisor toelaat onder bepaalde modaliteiten te “zwijgen” in zijn verslag en artikel 196 van het Strafwetboek. Het verzwijgen kan immers geïnterpreteerd worden als een waarheidsvermomming. Het hoeft geen betoog dat dergelijk spanningsveld de bedrijfsrevisor in een rechtsonzekere positie plaatst⁽¹²³⁾.

78. A. BENOIT-MOURY en N. THIRION beschouwen deze wettelijke mogelijkheid om te zwijgen als een rechtvaardigingsgrond in de zin van artikel 70 van het Strafwetboek⁽¹²⁴⁾.

Artikel 70 van het Strafwetboek bepaalt namelijk dat er geen misdrijf is wanneer het feit door een wet is voorgeschreven. Het verzwijgen van de inbreuken in het controleverslag zou dan geen strafbare valsheid in geschriften vormen wanneer deze verzwijging gerechtvaardigd is door de onverantwoorde schade die de openbaarmaking kan opleveren. De wetgever preciseert dat dit *onder meer* het geval is wanneer het bestuursorgaan het nodige heeft gedaan om de onwettige toestand te regulariseren. Het zal aan de feitenrechter zijn om de strafrechtelijke grenzen te trekken⁽¹²⁵⁾.

3.1.2. (Deelneming aan) verduistering van vennootschapsactiva

A. Bedrieglijk faillissement

a. Algemeen

79. De Faillissementswet van 8 augustus 1997⁽¹²⁶⁾ wijzigde het opschrift van Afdeling I van Boek II, titel IX, hoofdstuk II (bedrog) van het Strafwetboek. Afdeling I heet sindsdien *Misdrijven die verband houden met de staat van faillissement* in plaats van *Bankbreuk en bedrieglijk onvermogen*.

Deze afdeling omvat een hele reeks faillissementsmisdrijven (*cf.* art. 489 e.v. Sw.). Deze misdrijven beschikken deels over dezelfde constitutieve bestanddelen:

⁽¹²¹⁾ B. DE KLERCK, S. VAN BELLINGHEN, E. VANDERSTAPPEN en V. YANGANDI, *Het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisor*, Brugge, die Keure, 2009, p. 15-16. *Cf.* ook aanbevelingen 5.4.1. en 5.4.2. van het IBR i.v.m. “Fraude en onwettige handelingen”.

⁽¹²²⁾ A. BENOIT-MOURY en N. THIRION, “La responsabilité pénale du réviseur d’entreprises: Epée de Damocles ou Tigre de papier?”, *RPS* 1997, p. 216.

⁽¹²³⁾ P. GERARD, “La mission et la responsabilité du réviseur d’entreprises face aux pratiques “hors bilan” des entreprises multinationales”, *Dr.pén.ent.* 2010/2, p. 93.

⁽¹²⁴⁾ A. BENOIT-MOURY en N. THIRION, “La responsabilité pénale du réviseur d’entreprises: Epée de Damocles ou Tigre de papier?”, *RPS* 1997, p. 224 e.v.

⁽¹²⁵⁾ R. VERSTRAETEN en F. VERBRUGGEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, Antwerpen, Maklu, 2011, p. 61.

⁽¹²⁶⁾ BS 28 oktober 1997.

- de dader is een bestuurder in rechte of in feite (wettelijke toerekening);
- de staat van het faillissement; en
- een bedrieglijk opzet of het oogmerk om te schaden.

b. Wettelijke toerekening

80. De faillissementsmisdrijven zijn typevoorbeelden van een wettelijke toerekening (*cf. supra*, nr. 52). De hoedanigheid van bestuurder *in rechte* of *in feite* is dus een *conditio sine qua non* opdat het misdrijf zou bestaan. Deze wettelijke toerekening mag zoals gezegd niet worden begrepen als een vermoeden van schuld en roept geen autonome strafrechtelijke aansprakelijkheid in het leven ⁽¹²⁷⁾. De rechter moet bijgevolg *in concreto* nagaan:

- wie bestuurder is; en
- aan welke bestuurder de feiten *persoonlijk* kunnen worden toegerekend.

Het valt meteen op dat de wetgever niet alleen de wettelijke bestuurder viseert maar ook de feitelijke bestuurders ⁽¹²⁸⁾. De strafrechter vult dit begrip op autonome wijze in ⁽¹²⁹⁾. Bekeken vanuit leidinggevend perspectief is de kring van potentiële strafrechtelijke verantwoordelijken bijgevolg veel ruimer. Ook personen die vanuit de wet en/of vanuit een behoorlijk bestuur van de onderneming worden belast met een taak van leiding en toezicht binnen een welbepaald bevoegdheidsdomein worden gevisieerd, zoals de milieucoördinator, de veiligheidscoördinator, de preventieadviseur, maar mogelijks ook de bedrijfsrevisor.

Als de bedrijfsrevisor zich bijvoorbeeld actief inmengde bij de verkoop van vennootschapsactiva en in volle autonomie en vrijheid handelde, dan loopt hij het risico om als feitelijke bestuurder te worden beschouwd ⁽¹³⁰⁾. Had hij daarentegen geen feitelijke zeggenschap in de onderneming, kan hij enkel als deelnemer worden vervolgd.

c. Staat van het faillissement

81. De faillissementsmisdrijven vereisen dat de vennootschap in staat van faillissement moet zijn. De strafrechter beoordeelt hierbij of de dader op duurzame wijze heeft

⁽¹²⁷⁾ A. DE NAUW, “Strafrechtelijke aansprakelijkheid van bedrijfsleiders” in *Juridische actualiteit omtrent de K.M.O. : de kleine en middelgrote onderneming in het Europees en Belgisch recht : referatenbundel van de studiedag Jura Falconis 9 februari 1995*, Leuven, Jura Falconis, 1996, p. 97; Ph. TRAEST, “Strafrechtelijke toerekening van handelingen en feiten aan rechtspersonen” in *Handels-, Economisch en Financieel Recht*, Gent, Mys & Breesch, 1995, nr. 6, p. 289.

⁽¹²⁸⁾ F. DERUYCK, *De rechtspersoon in het strafrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, nr. 46 e.v.; A. DE NAUW, “La délinquance des personnes morales et l’attribution de l’infraction à une personne physique par le juge”, *RCJB* 1992, p. 561; R. LEGROS, “La responsabilité pénale des dirigeants des sociétés et le droit pénal général”, *RDP* 1963-64, p. 3.

⁽¹²⁹⁾ O.a. B. TILLEMEN en Ph. TRAEST, “Misbruik van vennootschapsgoederen” in *Curatoren en Vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 977 e.v. en de vele verwijzingen naar de vooral Franse rechtspraak; H. SEELDRAYERS, “Art. 492bis Sw.: Het paard van Troje voor een efficiënt gesanctioneerd ‘corporate opportunity doctrine’ naar Belgisch recht?”, *TRV* 1998, p. 75.

⁽¹³⁰⁾ *Cf.* Advies 2011/8 van de Raad van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren d.d. 25 november 2011.

opgehouden met betalen en of zijn krediet is geschokt ⁽¹³¹⁾. Vóór de datum van staking van betaling kan er geen sprake zijn van enig faillissementsmisdrijf ⁽¹³²⁾.

Conform artikel 12 van de Faillissementswet wordt de gefailleerde geacht op te houden met betalen vanaf het vonnis van faillietverklaring. Het vonnis mag het tijdstip van staking van betaling vervroegen met zes maanden (de verdachte periode). De strafrechter is echter niet gebonden door het tijdstip vastgesteld door de rechtbank van koophandel. De strafrechter kan op autonome wijze bepalen wanneer de gefailleerde/dader op duurzame wijze heeft opgehouden met betalen en vanaf welk ogenblik zijn krediet is geschokt.

d. Bedrieglijk opzet

82. Het bedrieglijk opzet kan blijken uit het geheel van de feitelijke omstandigheden, bijvoorbeeld:

- een danige slordigheid in de boekhouding en/of jaarrekeningen dat het niet anders kan dat dit met opzet is gebeurd ⁽¹³³⁾;
- de verduistering is ten name van de schuldeisers verricht met het opzet om iemand anders een voordeel te bezorgen ⁽¹³⁴⁾;
- inkomsten worden zonder aannemelijke uitleg niet in de boekhouding opgenomen om ze aan het vermogen van de vennootschap te onttrekken ⁽¹³⁵⁾.

Een grove fout of nalatigheid is niet voldoende. Zo kan iemand geldrovende beslissingen hebben genomen die het faillissement van de vennootschap hebben veroorzaakt. Er moet hierbij steeds worden aangetoond dat de dader handelde met het vereiste opzet, met andere woorden om zichzelf te verrijken en/of geld aan de vennootschap te onttrekken ⁽¹³⁶⁾.

e. Verduistering of verberging van activa

83. Het belangrijkste faillissementsmisdrijf is zonder twijfel het bedrieglijk verduisteren of verbergen van activa (art. 489ter, 1° Sw.). De *verduistering* in de zin van artikel 489ter van het Strafwetboek veronderstelt het wegmaken van het actief zonder dat er een tegenwaarde in de plaats komt te staan. Er moet met andere woorden een verarming zijn. De *verberging* viseert de gedragingen die men stelt waardoor men zich als eigenaar van de precair toevertrouwde zaken gedraagt ⁽¹³⁷⁾.

Zo is er is sprake van verduistering als:

⁽¹³¹⁾ J. SPREUTELS, F. ROGGEN, en E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, Brussel, Bruylant, 2005, p. 1128; A. De Nauw, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 269; H. DE WULF en Ph. TRAEST, “Aspecten van gemeen- en strafrechtelijke schuldeisersbescherming bij herstructureringen” in *Insolventierecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, p. 118.

⁽¹³²⁾ Eventueel wel van misbruik van vennootschapsgoederen (art. 492bis Sw.), cf. *infra*, nrs. 85-94.

⁽¹³³⁾ Cass. 28 april 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, p. 978

⁽¹³⁴⁾ Cass. 19 november 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1117; *RDP* 1998, p. 574.

⁽¹³⁵⁾ Cass. 15 april 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, p. 1097

⁽¹³⁶⁾ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, p. 273.

⁽¹³⁷⁾ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, p. 272.

- het actief in eigenaardige omstandigheden, zonder mededinging en tegen uitzonderlijk gunstige voorwaarden ver onder de marktprijs wordt verkocht ten nadele van gezamenlijke schuldeisers⁽¹³⁸⁾; en
- de aankoopwaarde zonder enige objectieve uitleg in schril contrast staat met het overblijvend gerealiseerd actief⁽¹³⁹⁾.

Uit deze rechtspraak kunnen wij afleiden dat er ten aanzien van de transactie:

- een voldoende tegenprestatie moet staan; en
- een verantwoorde en objectieve uitleg moet kunnen worden gegeven.

De transactie mag dus niet leiden tot een verarming van het actief van de betrokken vennootschappen.

f. Voorbeeld: de sterfhuisconstructie

84. Het bestaan van een sterfhuisconstructie impliceert niet per definitie het bestaan van een fraude. Een sterfhuisconstructie is de verzamelnaam voor verschillende technieken waarbij de bedoeling er *grosso modo* in bestaat om het “gezonde” gedeelte van een vennootschapsgroep via een transactie af te splitsen van het niet-levensvatbare gedeelte. Het gezonde gedeelte wordt veilig gesteld terwijl de “zieke” vennootschap met het “restafval” achterblijft en quasi onvermijdelijk op een faillissement afstevent. Voor bepaalde schuldeisers, bijvoorbeeld de werknemers van de zieke vennootschap(pen), de fiscus of de RSZ, blijft er uiteindelijk enkel een lege doos over.

Het al of niet toelaatbaar karakter moet blijken uit de concrete omstandigheden. Zo is er soms sprake van bedrieglijke onderwaardering van de vennootschapsactiva waardoor de “zieke” vennootschap volledig wordt leeggezogen. Het zal bijgevolg belangrijk zijn om aan te tonen dat er tegenover de transactie een volwaardige tegenprestatie stond (geen verarming van het actief), dat ze werd verricht tegen een marktconforme prijs en dat ze beantwoordde aan een economische realiteit (aannemelijke en objectieve verantwoording).

Of het niet toelaatbare karakter ook een misdrijf uitmaakt, moet uiteraard blijken uit het al of niet vervuld zijn van de constitutieve bestanddelen van het geviseerde misdrijf. Naargelang de “zieke” vennootschap zich op het tijdstip van de transactie al in staat van faillissement bevond, zal de constructie onder de kwalificatie van artikel 489ter, 1° van het Strafwetboek kunnen vallen, dan wel onder artikel 492bis van het Strafwetboek (*cf. infra*, nrs. 85-94).

⁽¹³⁸⁾ Cass. 19 november 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1117; *RDP* 1998, p. 574.

⁽¹³⁹⁾ Cass. 8 februari 1994, *Arr. Cass.* 1994, nr. 73.

B. Misbruik van vennootschapsgoederen

a. Algemeen

85. De Faillissementswet voerde onder afdeling II (misbruik van vertrouwen) ook een nieuw artikel 492*bis* van het Strafwetboek in, dat misbruik van vennootschapsgoederen strafbaar stelt ⁽¹⁴⁰⁾. Dit misdrijf moest een lacune in de wetgeving opvullen ⁽¹⁴¹⁾.

Hoewel de Faillissementswet dit artikel invoerde, heeft het misdrijf niet noodzakelijk iets te maken met het faillissement ⁽¹⁴²⁾. Dit misdrijf viseert de bestuurder van een vennootschap of een vereniging die bedrieglijk gebruik maakt van de vennootschapsgoederen, niet in het belang van de vennootschap maar in eigen belang ⁽¹⁴³⁾.

b. Toepassing *ratione societatis*

86. Het toepassingsgebied van het misdrijf beperkt zich tot de vennootschappen met rechtspersoonlijkheid ⁽¹⁴⁴⁾.

De wetgever heeft daarnaast expliciet de rechtsvorm van de vereniging zonder winstoogmerk vermeld ⁽¹⁴⁵⁾. Deze rechtsvorm blijkt immers geregeld te worden gebruikt als dekmantel voor het plegen van bedrog (bv. fraude met subsidies, milieu,

⁽¹⁴⁰⁾ De wetgever heeft zich laten inspireren door het Franse misdrijf "*abus des biens sociaux*" (Art. L. 242-6 Code de Commerce).

⁽¹⁴¹⁾ J. SPREUTELS, F. ROGGEN, en E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, Brussel, Bruylant, 2005, 348; Cf. Activiteitenverslag Hof van Cassatie, *JLMB* 2000, 1699; G. COTTIN, "Misbruik van vennootschapsgoederen", *Pacioli* (N), 2000, afl. 78, 2. A. DE NAUW, "Misbruik van de goederen of van het krediet van de rechtspersoon", *RW* 1997-98, p. 521.

⁽¹⁴²⁾ PH. ERNST, "Misbruik van vennootschapsgoederen. Enkele bedenkingen vanuit het vennootschapsrecht bij de introductie van een nieuw misdrijf in het rechtspersonenrecht", *TRV* 1998, p. 63-64; B. TILLEMEN en Ph. TRAEST, "Een nieuw misdrijf: misbruik van vennootschapsgoederen" in *Faillissement & Gerechtelijk Akkoord*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 425; L. DEMEYERE en J. EGGER, "Misbruik van vennootschapsgoederen" in *De NV in de praktijk*, Antwerpen, Kluwer, I.12.2 – 1; J.-L. DUPLAT, "Het misdrijf van vennootschapsgoederen in het Belgische strafwetboek", *De Belg. Acc.* 1998, afl.1, p. 40.

⁽¹⁴³⁾ H.-D. BOSLY, "L'abus des biens sociaux" in *Les infractions contre les biens*, Brussel, Larcier, 2008, 234 ; T. AFSCHRIFT en V.-A. DE BRAUWERE, *Manual de droit pénal financier*, Brussel, Kluwer, 2001, p. 110.

⁽¹⁴⁴⁾ Cass. 21 juni 2006, P.06.0848.F, *RDP* 2006, p. 1198, noot L. BIHAIN. Bijgevolg kan er geen misbruik van vennootschapsgoederen zijn bij de maatschap, de tijdelijke en de stille handelsvennootschap. PH. ERNST, "Misbruik van vennootschapsgoederen. Enkele bedenkingen vanuit het vennootschapsrecht bij de introductie van een nieuw misdrijf in het rechtspersonenrecht", *TRV* 1998, p. 78; B. TILLEMEN en Ph. TRAEST, "Een nieuw misdrijf: misbruik van vennootschapsgoederen" in *Faillissement & Gerechtelijk Akkoord*, Antwerpen, Kluwer, 1998, p. 427.

⁽¹⁴⁵⁾ *Parl. St. Kamer*, 1991-1992, nr. 631, p. 50; F. VAN LEEUW, "Misbruik van vertrouwen en van maatschappelijke goederen in de VZW", *Intercontact* (N) 1999, p. 112-114.

overheidsopdrachten enz.)⁽¹⁴⁶⁾. Het misdrijf geldt ten slotte ook als voormelde rechtspersonen een publiekrechtelijk karakter hebben⁽¹⁴⁷⁾.

c. Wettelijke toerekening

87. Net als bij de faillissementsmisdrijven vormt de hoedanigheid van bestuurder *in rechte of in feite* één van de constitutieve bestanddelen van het misdrijf (*cf. supra*, nr. 79).

Het strafrechtelijk begrip van bestuurder omvat zoals gezegd niet alleen het orgaan *sensu stricto*, maar ook elke andere persoon die binnen en zelfs buiten de betrokken organisatie belast is met een zaak van toezicht en controle⁽¹⁴⁸⁾. De strafrechter zal bijgevolg ook hier moeten nagaan of de betrokken persoon *de facto* toezicht en controle in de rechtspersoon uitoefende en over beslissingsmacht beschikte⁽¹⁴⁹⁾⁽¹⁵⁰⁾.

d. Gebruik van goederen of krediet

88. Het begrip *goederen van de rechtspersoon* moet ruim worden opgevat en omvat alle onroerende en roerende, lichamelijke en onlichamelijke goederen waarop de vennootschap of de vzw een zakelijk of persoonlijk recht kan laten gelden⁽¹⁵¹⁾. Het is bijgevolg niet vereist dat de ontvreemde goederen eigendom zijn van de rechtspersoon. Daaronder vallen bijvoorbeeld gebouwen in eigendom van de rechtspersoon, het geleasde wagenpark, waardepapieren, personeel, *knowhow*, enz.. Ook rechten van de rechtspersoon of informatie vallen onder het begrip vennootschapsgoed voor zover zij vermogensrechtelijk waardeerbaar zijn⁽¹⁵²⁾.

⁽¹⁴⁶⁾ B. COOPMAN, T. VANRAES en I. VERSCHUEREN, *Aansprakelijkheden en risico's voor bestuurders van vzw's. Met aandacht voor vennootschapsrechtelijke, strafrechtelijke en fiscale aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2004, p. 148.

⁽¹⁴⁷⁾ Cass. 21 juni 2006, P.06.0848.F, *R.D.P.* 2006, afl. 12, p. 1198, noot L. BIHAIN, *RPS* 2006, afl. 1, p. 60, noot.

⁽¹⁴⁸⁾ B. TILLEMEN en Ph. TRAEST, "Misbruik van vennootschapsgoederen" in *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 977 e.v. en de vele verwijzingen naar de vooral Franse rechtspraak.

⁽¹⁴⁹⁾ *Cf.* Cass. 20 september 1965, *Pas.* 1966, I, p. 94; Cass. 21 september 1964, *Pas.* 1965, I, p. 65; Cass. 28 maart 1960, *Pas.* 1960, I, p. 878; B. TILLEMEN en Ph. TRAEST, "Misbruik van vennootschapsgoederen" in *Curatoren en Vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 977; I. VERUGSTRATE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Brussel, Editions Kluwer, 2003, p. 677; *cf.* ook A. DE NAUW, "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. 561.

⁽¹⁵⁰⁾ Volgens de Franse Conseil Constitutionnel moet het begrip van feitelijk bestuur: "*s'étendre d'une participation à la conduite générale de l'entreprise active, régulière et comportant prise de décision*". A. MEDINA, *Abus des biens sociaux*, Parijs, Editions Dalloz, 2001, p. 198-199.

⁽¹⁵¹⁾ A. DE NAUW, "Misbruik van vennootschapsgoederen of van het krediet van de rechtspersoon", *R.W.* 1997-98, p. 522; Ph. 'T KINT, "L'application aux ASBL du nouveau délit d'abus des biens sociaux en comparaison avec le délit d'abus de confiance", *RPS* 1998, p. 380; Ph. ERNST, "Misbruik van vennootschapsgoederen. Enkele bedenkingen vanuit het vennootschapsrecht bij de introductie van een nieuw misdrijf in het rechtspersonenrecht", *TRV* 1998, p. 78; S. BRIJS, "Misbruik van maatschappelijke goederen", *Balans* 1997, nr. 7, p. 11.

⁽¹⁵²⁾ L. BIHAIN, "Le délit d'abus des biens sociaux", *TBH* 1998, p. 95; E. ROGER FRANCE, "La répression des abus de biens sociaux: le nouvel article 492bis du Code Pénal", *JT* 1996, p. 535.

Het toepassingsgebied is op dit vlak dus breder dan bij het aanverwante misdrijf van misbruik van vertrouwen. Hier komen in principe enkel lichamelijke roerende goederen in aanmerking (*cf. infra*, nr. 93).

De rechtspersoon kan daarnaast dankzij haar reputatie en opgebouwde *goodwill* krediet genieten ⁽¹⁵³⁾. Het misbruik van dit krediet wordt evenzeer gepenaliseerd. Voorbeelden hiervan zijn een borgstelling door de vennootschap voor de persoonlijke schulden van de minnares van een bestuurder, het accepteren van wissels zonder commerciële oorzaak en tegen betaling van een bezoldiging ⁽¹⁵⁴⁾, het toekennen van een krediet aan een nauwe verwante zonder de vereiste toestemming van de raad van bestuur.

e. Het *gebruik* van deze goederen of krediet

89. Ook deze term wordt ruim opgevat ⁽¹⁵⁵⁾. Hieronder begrijpt men daden van beheer, daden van beschikking, verduistering of verspilling door een bestuurder. De term “gebruik” bij misbruik van vennootschapsgoederen is dus ruimer dan de verduistering of verberging van artikel 489ter van het Strafwetboek ⁽¹⁵⁶⁾.

Het “gebruik” vereist een positieve daad. Sommige auteurs menen dan ook dat een loutere onthouding onvoldoende is ⁽¹⁵⁷⁾. Het Belgisch recht kent echter de rechtsfiguur van de commissie door ommissie ⁽¹⁵⁸⁾. Zo streeft een bestuurder, die nalaat een factuur te protesteren om zo geheime commissies op te strijken, door deze nalatigheid onrechtstreeks een persoonlijk voordeel na ⁽¹⁵⁹⁾. Het misdrijf viseert bijgevolg ook strafbaar verzuim ⁽¹⁶⁰⁾.

Onder daden van beheer en beschikking vallen bijvoorbeeld het afsluiten van contracten die bijzonder nadelig zijn voor de rechtspersoon, het doen betalen van goederen bestemd voor persoonlijk gebruik, onrechtmatige toekenning van voordelen van alle aard ⁽¹⁶¹⁾,

⁽¹⁵³⁾ E. ROGER FRANCE, “Abus de biens sociaux, droit fiscal et groupes de sociétés”, *RGF* 1998, p. 261.

⁽¹⁵⁴⁾ Kan o.a. gebeuren om geld wit te wassen.

⁽¹⁵⁵⁾ H.-D. BOSLY, “L’abus des biens sociaux” in *Les infractions contre les biens*, Brussel, Larcier, 2008, p. 237; T. AFSCHRIFT en V.-A. DE BRAUWERE, *Manuel de droit pénal financier*, Brussel, Kluwer, 2001, p. 120.

⁽¹⁵⁶⁾ *Cf.* Corr. Dendermonde, 26 januari 2004, onuitg.

⁽¹⁵⁷⁾ T. AFSCHRIFT en V.-A. DE BRAUWERE, *Manuel de droit pénal financier*, Brussel, Kluwer, 2001, p. 122; J. RENARD, “La loi du 10 février 1999 relative à la répression de la corruption: presentation et premiers commentaires”, *C&FP* 2000, afl. 2, p. 73.

⁽¹⁵⁸⁾ B. TILLEMEN en Ph. TRAESE, “Misbruik van vennootschapsgoederen” in *Curatoren en Vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 951 ; J. SPREUTELS, F. ROGGEN, en E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, Brussel, Bruylant, 2005, 354 ; E. ROGER FRANCE, “La répression des abus de biens sociaux – Le nouvel article 492bis du code pénal”, *JT*, p. 536.

⁽¹⁵⁹⁾ I. VEROUGSTRATE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Brussel, Editions Kluwer, 2003, p. 678.

⁽¹⁶⁰⁾ J. KERKHOFS, “Het nieuwe misdrijf van misbruik van vennootschapsgoederen in België en Frankrijk”, *Limb. Rechtsl.* 2000, 268; A. DE NAUW, “Misbruik van de goederen of van het krediet van de rechtspersoon”, *RW* 1997-98, p. 525.

⁽¹⁶¹⁾ T. JANSSENS, “Toekenning van voordelen van alle aard aan bestuurders”, *De Venn.* 2007, afl. 6, p. 9.

het onrechtmatig laten oplopen van de rekening-courant ⁽¹⁶²⁾, aanzienlijke betalingen aan de statutair onbezoldigde bestuurder ⁽¹⁶³⁾, enz.

Verduistering of verspilling omvatten de strafbare handelingen die ook worden gevisieerd onder artikel 491 van het Strafwetboek (misbruik van vertrouwen). Hierbij is vereist dat de bestuurder handelde *als ware hij eigenaar* (of titularis van andere genotsrechten) van de goederen van de rechtspersoon.

Het “gebruik” van artikel 492*bis* van het Strafwetboek omvat verder ook het misbruik van de dader zonder dat deze hierbij de wil vertoont om zich als eigenaar van de toevertrouwde zaken te gedragen. Misbruik van vennootschapsgoederen criminaliseert namelijk ook (contractuele) tekortkomingen in het kader van het beheer alsook de wederrechtelijke ontneming van de genotsrechten.

Het toepassingsveld van artikel 492*bis* van het Strafwetboek is dus ruimer dan dat van artikel 491 van het Strafwetboek (misbruik van vertrouwen) zowel wat betreft de strafbare handelingen als de goederen die het voorwerp van het misdrijf kunnen uitmaken ⁽¹⁶⁴⁾.

f. Betekenisvol nadeel voor de rechtspersoon

90. De dader moet geweten hebben dat het gebruik op een betekenisvolle wijze nadelig was. Daarmee bedoelt de wet een nadeel van *vermogensrechtelijke* aard ⁽¹⁶⁵⁾. Dit nadeel kan bestaan uit een verlies of het ontnemen van een winst ⁽¹⁶⁶⁾. Denk aan een bestuurder die een vennootschap contracten laat sluiten met een andere vennootschap waarvan hij ook bestuurder is, terwijl die contracten voor de eerste vennootschap niet de meest voordelige oplossing zijn. De bestuurder die dergelijke contracten sluit, hoeft ook niet noodzakelijk medecontractant te zijn. Hij kan bijvoorbeeld een geheime commissie opstrijken voor het gesloten contract.

De vraag rijst of het blootstellen aan een risico voldoende is. Dit kan een nadeel opleveren, onder andere wanneer men de vennootschap zinloze garanties laat verschaffen, bij voorbeeld borgstellingen voor persoonlijke kredieten van een bestuurder of diens familieleden. ¹⁶⁷

⁽¹⁶²⁾ Corr. Dendermonde 3 november 2003, onuitg.

⁽¹⁶³⁾ Corr. Dendermonde 5 april 2004, onuitg.

⁽¹⁶⁴⁾ Cass. 19 mei 1999, P.99.0087.F, *Arr. Cass.* 1999, 692, *Bull.* 1999, 713, *J.T.* 1999, 645; Cass. 17 maart 1999, P.98.1129.F, *Arr. Cass.* 1999, 392, *Bull.* 1999, 403, *JT* 1999, 447, noot F. ROGGEN, *J.D.S.C.* 2000, 310, *RW* 2000-01, p. 193.

⁽¹⁶⁵⁾ H.-D. BOSLEY, “L’abus des biens sociaux” in *Les infractions contre les biens*, Brussel, Larcier, 2008, 239; O. CAPRASSE, “La responsabilité civile et pénale des dirigeants d’entreprise en difficulté” in *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, Luik, Université de Liège, 1998, p. 336, voetnoot 158 en de verwijzingen daar.

⁽¹⁶⁶⁾ S. ROMANIELLO, “De vennootschap in het strafrecht” in *Strafrecht in de onderneming*, Antwerpen, Intersentia, 2004, p. 129-131.

⁽¹⁶⁷⁾ *Parl. St.* Kamer 1996-97, nr. 330/24, p. 21-22.

Naar Frans recht is het louter blootstellen van de rechtspersoon aan een risico voldoende. Deze visie wordt door sommige auteurs in België bijgetreden ⁽¹⁶⁸⁾.

Het misdrijf is in België echter een *gevolgdelict* ⁽¹⁶⁹⁾ en vereist in tegenstelling tot het Franse recht ⁽¹⁷⁰⁾ een *effectieve schade* ⁽¹⁷¹⁾. De concrete effecten van het gebruik worden in aanmerking genomen ⁽¹⁷²⁾. Het louter blootstellen aan een risico is dus geen constitutief bestanddeel van het misdrijf ⁽¹⁷³⁾.

Dit nadeel moet gezien worden in de context van het vennootschapsbelang. Dit moet men niet louter interpreteren als het winstbejag. Men moet ook rekening houden met de belangen van derden zoals onder andere werknemers, schuldeisers, enz. ⁽¹⁷⁴⁾.

Het vennootschapsbelang en het belang van de aandeelhouder(s) vallen niet samen omdat een vennootschap een afgesplitst vermogen heeft. En dat is nu precies wat de wet wenst te beschermen met de invoering van artikel 492*bis* van het Strafwetboek. Het misdrijf kan dus ook voorkomen bij een EBVBA.

Omdat het vennootschapsbelang niet overeenkomt met het belang van de individuele vennoten, heft noch de voorafgaande toestemming van de aandeelhouders, noch een decharge achteraf de schuld voor het misbruik op. Deze impliceren immers slechts een afstand van het recht om de aansprakelijkheidsvordering in te stellen maar doen geen afbreuk aan de strafbaarstelling van het misbruik. Dit kadert perfect in de doelstelling van de wetgever, met name de bescherming van het afgescheiden karakter van het vermogen

⁽¹⁶⁸⁾ B. TILLEMAN en Ph. TRAESE, "Misbruik van vennootschapsgoederen" in *Curatoren en Vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 442 - 443.

⁽¹⁶⁹⁾ Dergelijke delicten vereisen een bepaald gevolg. Zolang dat gevolg niet is ingetreden is er geen misdrijf (*cf.* moord). Een gevolgmisdrijf is o.i. een bijzondere verschijningsvorm van een krenkingmisdrijf dat de daadwerkelijke aantasting van een rechtsgoed vereist.

⁽¹⁷⁰⁾ In het Franse recht is misbruik van vennootschapsgoederen een gevaarzettingdelict. Het risico dat wordt geschapen door de handeling is reeds voldoende voor bestraffing.

⁽¹⁷¹⁾ A. DE NAUW, "Misbruik van goederen of van het krediet van de rechtspersoon", *RW* 1997-1998, p. 525.

⁽¹⁷²⁾ *Parl. St.* Senaat 1996-1997, nr. 499/18, p. 3 en 6.

⁽¹⁷³⁾ L. BIHAIN, "Le délit d'abus des biens sociaux", *TBH* 1998, 93; J. KERKHOFS, "Het nieuwe misdrijf van misbruik van vennootschapsgoederen in België en Frankrijk", *Limb. Rechtsl.* 2000, nr. 12, 271 en nr. 23, 277; J. LIEVENS en S. LERUT, "Het nieuwe misbruik van vennootschapsgoederen: een Belgisch compromis", *V & F* 1998, nr. 27, p. 8; Ph. ERNST, "Misbruik van vennootschapsgoederen. Enkele bedenkingen vanuit het vennootschapsrecht bij de introductie van een nieuw misdrijf in het rechtspersonenrecht", *TRV* 1998, p. 86.

⁽¹⁷⁴⁾ *Cf.* over het begrip vennootschapsbelang: L. CORNELIS, "De aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in groepsverband" in *Aspecten van de ondernemingsgroepen*, Antwerpen, Kluwer, 1989, p. 123; A. FRANCOIS, "Het wankele evenwicht tussen vennootschaps- en groepsbelang", *TRV* 1991, p. 227; K. GEENS, "De jurisprudentiële bescherming van de minderheidsaandeelhouder tegen door de meerderheid opgezette beschermingsconstructies" in *De bescherming van de minderheidsaandeelhouder, Bijzonder nummer TRV* 1988, II, p. 18.

van de rechtspersoon ⁽¹⁷⁵⁾. Dergelijke toestemming kan evenwel een rol spelen bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de bestuurder door de feitenrechter.

Zo oordeelde het Hof van Beroep te Brussel dat dergelijke goedkeuring een vermoeden van conformiteit met het vennootschapsbelang inhoudt ⁽¹⁷⁶⁾. Het beginsel van de autonomie van het strafrecht geldt echter altijd.

Een handeling strijdig met het maatschappelijke doel houdt niet noodzakelijk een betekenisvol nadeel in voor de rechtspersoon. Evenmin zal het gebruik van vennootschapsgoederen voor een ongeoorloofd doel automatisch een inbreuk op artikel 492bis van het Strafwetboek opleveren. Het is altijd vereist dat dit op een betekenisvolle wijze in strijd met het belang van de rechtspersoon geschiedde. Het gebruik van zwarte gelden voor het betalen van zwartwerkers zal bijvoorbeeld doorgaans geen misbruik van vennootschapsgoederen opleveren, terwijl het gebruik van zwarte gelden voor bordelenbezoeken wel een inbreuk kan zijn.

Of het nadeel uiteindelijk betekenisvol is, beoordeelt de rechter soeverein ⁽¹⁷⁷⁾. De rechter zal daarbij rekening houden dat de bestuurder bij het nemen van zijn beslissing over een beoordelingsmarge beschikt om tussen verschillende opties te kiezen ⁽¹⁷⁸⁾. De bestuurder die louter een foutieve inschatting maakt, begaat geen bedrog en dus ook geen misdrijf ⁽¹⁷⁹⁾. De rechter houdt bij zijn beoordeling verder ook rekening met alle elementen van de zaak en in het bijzonder met de economische realiteit ⁽¹⁸⁰⁾.

⁽¹⁷⁵⁾ Brussel 11 juni 1993, *JLMB* 1993, 1061; B. TILLEMANS en Ph. TRAEEST, "Misbruik van vennootschapsgoederen" in *Curatoren en Vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 955 e.v.; J.-L. DUPLAT, "Het misdrijf van vennootschapsgoederen in het Belgische strafwetboek", *De Belg. Acc.* 1998, afl.1, p. 41.

⁽¹⁷⁶⁾ A. DE NAUW, "Enkele nieuwe knelpunten betreffende vermogensdelicten uit het strafwetboek" in *Strafrecht van nu en straks*, Brugge, die Keure, 2003, 150; L. DEMEYERE en J. EGGERS, "Strafrechtelijke bepalingen in verband met vennootschappen" in *De NV in de praktijk*, Antwerpen, Kluwer, losbl., I.12.2 - 27; J. KERKHOFS, "Het nieuwe misdrijf van misbruik van vennootschapsgoederen in België en Frankrijk", *Limb. Rechtsl.* 2000, nr. 25, p. 278; G. POPPE, "Misbruik van vennootschapsgoederen", *Activa* 2003, afl. 4, p. 7.

⁽¹⁷⁷⁾ *Parl. St.* Kamer 1991-1992, nr. 631/1, p. 51.

⁽¹⁷⁸⁾ E. ROGER FRANCE, "La répression des abus des biens sociaux : le nouvel article 492bis du Code Pénal", *JT* 1996, nr. 17, p. 536.

⁽¹⁷⁹⁾ S. BRIJS, "De nieuwe faillissementswetgeving. Misbruik van maatschappelijke goederen: een nieuw misdrijf", *Balans* 1997, afl. 341, p. 11.

⁽¹⁸⁰⁾ *Parl. St.* Kamer 1995-1996, nr. 330/24, 23; Arbitragehof nr. 40/2006, 15 maart 2006 (prejudiciële vraag), *A.A.* 2006, afl. 2, p. 479, *BS* 31 mei 2006 (uittreksel), 28525, *JT* 2006, afl. 6226, 356 en *JDS.* 2006, p. 208; Gent 15 mei 1997, *Act. Fisc.* 1997, 33/1, noot P. BELLEN; Antwerpen 29 juni 1993, *Nouvelles fiscales* 94/08; Brussel 4 maart 1993, *FJF*, nr. 93/328; I. VEROUGSTRATE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Brussel, Editions Kluwer, 2003, p. 682; S. BRIJS, "De nieuwe faillissementswetgeving. Misbruik van maatschappelijke goederen: een nieuw misdrijf", *Balans* 1997, afl. 341, p. 11.

Betekenisvol sluit uiteraard ook bagatelzaken uit ⁽¹⁸¹⁾. Het is een gewichtig nadeel, dat “*iets zegt over de verhouding tot het misbruik en het resultaat ervan*” ⁽¹⁸²⁾. Het is ten slotte de relatieve en niet de absolute waarde van het veroorzaakte nadeel. Zo oordeelde het Hof van Beroep te Antwerpen dat er sprake was van een benadeling op “betekenisvolle wijze” wanneer de bestuurder zonder enige verantwoording gelden van de vennootschap wegnam op het ogenblik dat de vennootschap zich in een benarde financiële toestand bevond ⁽¹⁸³⁾.

De rechter moet zich voor deze beoordeling plaatsen op het tijdstip waarop de handeling werd gesteld ⁽¹⁸⁴⁾. Mocht achteraf de schade worden hersteld door bijvoorbeeld compensatie of teruggave, zal dit geen invloed hebben op het vaststaan van het misdrijf.

De vraag rijst ook naar de verhouding van het misdrijf van vennootschapsgoederen tot intragroepsverrichtingen. Vennootschappen zijn immers niet altijd op zichzelf staande entiteiten, maar zijn dikwijls ingebed in een groepsstructuur zodat men ook rekening moet houden met het “groepsbelang” ⁽¹⁸⁵⁾.

Een groep kenmerkt zich door een economische structuur met een gemeenschappelijk economisch belang. Enkel het belang dat het resultaat is van een gestructureerd en fundamenteel overleg tussen de groepsleden komt in aanmerking als groepsbelang. Er zal geen misbruik van vennootschapsgoederen zijn wanneer de onderlinge verrichtingen gerechtvaardigd zijn door een reëel groepsbelang dat geen schending inhoudt van de individuele rechten en belangen van één vennootschap ⁽¹⁸⁶⁾.

Essentieel is dat het evenwicht tussen de vennootschappen niet wordt verstoord ⁽¹⁸⁷⁾. De juridische autonomie van de individuele groepsvennootschappen primeert op hun economische eenheid. Wanneer de ene vennootschap een verbintenis op zich neemt ten voordele van de andere, zal hiertegenover altijd een prestatie moeten staan. De ene

⁽¹⁸¹⁾ B.v. een bestuurder die zijn echtgenote opbelt met de telefoon van de vennootschap. *Parl. St. Senaat* 1996-1997, nr. 499/18, p. 4 en 6; *Parl. St. Kamer* 1995-96, nr. 330/24, p. 21-22; L. BIHAIN, “Le délit abus de biens sociaux”, *TBH* 1998, p. 99; Ph. ERNST, “Misbruik van vennootschapsgoederen”, *TRV* 1998, nr. 71.

⁽¹⁸²⁾ Wat meteen ook aantoonde dat het misdrijf moet worden opgevat als een gevolgdeldict. *Parl. St. Senaat* 1996-1997, nr. 1-499/18, p. 6.

⁽¹⁸³⁾ De verdediging had het over “een meesnoepen”. Antwerpen 31 mei 2007, nr. 1051, onuitg.

⁽¹⁸⁴⁾ Cf. B. TILLEMEN en Ph. TRAESE, “Misbruik van vennootschapsgoederen” in *Curatoren en Vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 962 en de vele verwijzingen daar.

⁽¹⁸⁵⁾ J. SPREUTELS, F. ROGGEN, en E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, Brussel, Bruylant, 2005, 367; K. MACOURS, “Lendit: gedachten bij een miskenning van het vennootschapsbelang in een groepscontext”, noot onder Brussel 10 september 2004, *Bank Fin. R.* 2006, afl. 1, p. 30-39; E. ROGER FRANCE, “Abus de biens sociaux, droit fiscal et groupes de sociétés”, *R.G.F.* 1998, p. 264.

⁽¹⁸⁶⁾ Brussel 29 juni 1999, *JDSC* 2002, 370, noot; A. MASSET, “La responsabilité pénale dans l’entreprise” in *Droit des sociétés commerciales. SA, SPRL et SCRL*, Waterloo, Kluwer, 2006, II, p. 1212.

⁽¹⁸⁷⁾ B. TILLEMEN en Ph. TRAESE, “Misbruik van vennootschapsgoederen” in *Curatoren en Vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 445-449; H.-D. BOSLY, “L’abus des biens sociaux” in *Les infractions contre les biens*, Brussel, Larciere, 2008, p. 239.

groepsvennootschap mag niet voor de groep worden opgeofferd⁽¹⁸⁸⁾. Dit kadert binnen de bescherming van de minderheidsaandeelhouders en schuldeisers van de individuele groepsvennootschappen.

g. Betekenisvol nadeel voor vennoten en/of schuldeisers

91. De effectief geleden vermogensschade mag niet beperkt blijven tot de rechtspersoon maar moet ook betrekking hebben op de vermogenstoestand van de vennoten en/of de schuldeisers⁽¹⁸⁹⁾. De wetgever beschouwt de werknemers van een vennootschap of vzw ook als “schuldeisers” in de zin van artikel 492*bis* van het Strafwetboek⁽¹⁹⁰⁾.

Dit is een cumulatieve voorwaarde. Er is geen misbruik van vennootschapsgoederen wanneer de belangen van de vennoten of de schuldeisers niet worden geschaad en deze van de vennootschap wel⁽¹⁹¹⁾. Minder evident zal zijn wanneer de belangen van de rechtspersoon op een *betekenisvolle* wijze werden geschaad en deze van de vennoten of schuldeisers niet (of omgekeerd)⁽¹⁹²⁾.

De wetgever spreekt van vennoten *of* schuldeisers. Schaadt een handeling enkel de belangen van de vennootschap en de vennoten, maar niet deze van de schuldeisers, is er mogelijk sprake van een misdrijf.

h. Bedrieglijk opzet

92. Artikel 492*bis* van het Strafwetboek spreekt van de wetenschap van de dader dat zijn gedraging op een betekenisvolle wijze nadelig was voor de rechtspersoon⁽¹⁹³⁾. Het misdrijf vereist bijgevolg een bedrieglijk opzet. De bestuurder moet handelen met het oogmerk *zichzelf* onrechtmatig een voordeel te verschaffen door de vermogensbelangen van de vennootschap, de vennoten en haar schuldeisers te benadelen. Een foutieve gedraging zonder dit bedrieglijk opzet zal hoogstens een burgerrechtelijke aansprakelijkheid opleveren.

⁽¹⁸⁸⁾ Brussel 15 september 1992, *T.R.V.* 1994, p. 279; B. TILLEMEN en Ph. TRAESE, “Misbruik van vennootschapsgoederen” in *Curatoren en Vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 968.

⁽¹⁸⁹⁾ J. SPREUTELS, F. ROGGEN en E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, Brussel, Bruylant, 2005, p. 354.

⁽¹⁹⁰⁾ *Gedr. St. Senaat* 1996-1997, nr. 499/18, p. 7.

⁽¹⁹¹⁾ *Cf.* het voorbeeld van de EBVBA in J. LIEVENS en S. LERUT, “Het nieuwe misdrijf van vennootschapsgoederen: een Belgisch compromis”, *V&F* 1998, p. 9

⁽¹⁹²⁾ J. KERKHOFS, “Het nieuwe misdrijf van misbruik van vennootschapsgoederen in België en Frankrijk”, *Limb. Rechtsl.* 2000, nr. 16, p. 274.

⁽¹⁹³⁾ De wetgever spreekt van “weten” en niet van “weten of dienen te weten” zoals o.a. bij de witwas- en hormonenwetgeving. B. TILLEMEN en Ph. TRAESE, “Misbruik van vennootschapsgoederen”, in *Curatoren en Vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 976.

Essentieel is dat de bestuurder een *persoonlijk* belang nastreeft dat *niet* noodzakelijk vermogensrechtelijk hoeft te zijn. Het kan evengoed van morele aard zijn ⁽¹⁹⁴⁾ Denk bijvoorbeeld aan bestuurders die vennootschapsgoederen misbruiken voor electorale belangen, om hun maatschappelijk prestige op “niveau” te houden en vriendschappelijke relaties te kunnen aanknopen of onderhouden, enz. Het gaat om rechtstreekse en onrechtstreekse persoonlijke doeleinden. Het kan dus ook zijdelings worden nagestreefd ⁽¹⁹⁵⁾. Voorbeelden hiervan zijn onder andere de benadeling van de vennootschap ten voordele van een andere waarin de dader een belang heeft, de borgstelling door de vennootschap voor schulden van familieleden, enz.

i. Onderscheid met misbruik van vertrouwen

93. Het misdrijf van misbruik van vertrouwen lijkt in een vennootschapsrechtelijke context sterk op het misdrijf van misbruik van vennootschapsgoederen ⁽¹⁹⁶⁾. Bij het invoeren van het misdrijf van misbruik van vennootschapsgoederen was het geenszins de bedoeling van de wetgever om artikel 491 van het Strafwetboek te vervangen ingeval van verduistering van gelden door een bestuurder van een vennootschap ⁽¹⁹⁷⁾. De twee zijn dus onderscheiden misdrijven, waarbij artikel 492*bis* van het Strafwetboek weliswaar een aantal lacunes van artikel 491 van het Strafwetboek opvult ⁽¹⁹⁸⁾.

De toepassing van artikel 492*bis* van het Strafwetboek sluit de eventuele toepassing van artikel 491 van het Strafwetboek echter niet uit ⁽¹⁹⁹⁾. De verduistering of verspilling van roerende vennootschapsgoederen door een bestuurder zal bijgevolg doorgaans ook onder de kwalificatie van misbruik van vertrouwen kunnen worden gebracht ⁽²⁰⁰⁾.

Hoewel beide misdrijven nauw verwant zijn, zijn er enkele substantiële verschillen:

⁽¹⁹⁴⁾ Cass. 21 juni 2006, *R.D.P.* 2006, afl. 12, 1198, noot L. BIHAIN, *RPS* 2006, afl. 1, p. 60, noot; H.-D. BOSLY, “L’abus des biens sociaux” in *Les infractions contre les biens*, Brussel, Larcier, 2008, p. 242; F. ROGGEN, “L’incrimination nouvelle d’abus de biens sociaux en droit belge”, *Rev. Dr. ULB*, Bruylant, p. 136 ; E. ROGER FRANCE, “La répression des abus de biens sociaux: le nouvel article 492*bis* de Code Pénal”, *JT* 1996, p. 538.

⁽¹⁹⁵⁾ *Parl. St.* Kamer 1996-1997, nr. 330/24, 22; *Parl. St.* Senaat 1996-1997, nr. 499/18, p. 3-5.

⁽¹⁹⁶⁾ *Cf.* Brussel 11 juni 1991, *JLMB* 1993, 1061.

⁽¹⁹⁷⁾ Cass. P.99.0087.F, 19 mei 1999, *Arr. Cass.* 1999, 692, *Bull.* 1999, 713, *J.T.* 1999, 645.

⁽¹⁹⁸⁾ *Parl. St.* Kamer, 1991-1992, nr. 631/1, 50.

⁽¹⁹⁹⁾ Cass. 19 mei 1999, P.99.0087.F, *Arr. Cass.* 1999, 692, *Bull.* 1999, 713, *J.T.* 1999, 645; Cass. 17 maart 1999, P.98.1129.F, *Arr. Cass.* 1999, 392, *Bull.* 1999, 403, *JT* 1999, 447, noot F. ROGGEN, *JDSC* 2000, 310, noot M. DELVAUX, *RW* 2000-01, 193, noot G. STESSENS; G. BILLIOUW, “Misbruik van vennootschapsvermogen. Een penale samenloop van (schuld) – vorderingen” in *De onderneming in de branding. Actuele ontwikkelingen inzake de onderneming en haar continuïteit*, Gent, Academia Press, 2002, p. 153-174; *Cf.* ook B. SPRIET, “Gemeenrechtelijke misdrijven en misdrijven uit het ondernemingsstrafrecht” in *Ondernemingsstrafrecht*, Brugge, die Keure, 1999, p. 206.

⁽²⁰⁰⁾ PH. ERNST, “Misbruik van vennootschapsgoederen. Enkele bedenkingen vanuit het vennootschapsrecht bij de introductie van een nieuw misdrijf in het rechtspersonenrecht”, *TRV* 1998, p. 71; F. ROGGEN, “Les dispositions pénales de la loi sur les faillites du 8 août 1997”, *RDP* 1998, p. 418; E. ROGER FRANCE, “La répression des abus de de biens sociaux: le nouvel article 492*bis* du Code pénal”, *JT* 1996, p.533 ; zie voor een overzicht R. DEZEURE, *Misbruik van vertrouwen en verduistering*, Brussel, Larcier, 1968, p.162-171.

- Misbruik van vertrouwen kan enkel slaan op goederen waarvan het bezit aan de dader werd overhandigd. Bijgevolg zal artikel 492*bis* van het Strafwetboek en niet 491 van het Strafwetboek van toepassing zijn wanneer, ingeval van het nadelig aanwenden van het vermogen van een vennootschap, de bestuurder die niet in het bezit werd gesteld van deze goederen, zich deze niet heeft kunnen toe-eigenen ⁽²⁰¹⁾.
- Misbruik van vertrouwen heeft enkel betrekking op lichamelijke roerende goederen. Het voorwerp van het misdrijf bij artikel 492*bis* van het Strafwetboek is dus zoals vermeld veel ruimer, net zoals de strafbare handeling van het gebruik.
- Een ander verschilpunt is uiteraard het toepassingsgebied. Artikel 492*bis* van het Strafwetboek speelt zich af in de vennootschapsrechtelijke context (*cf.* ook de hoedanigheid van de dader) en is op dat vlak dus beperkter.
- Ten slotte is ook het verschil in bedrieglijk opzet niet van gering belang.

71

j. Afwending van *corporate opportunities*?

94. Een *corporate opportunity* is de mogelijkheid tot zakendoen waarop de vennootschap ten aanzien van haar bestuurder juridisch aanspraak kan maken ⁽²⁰²⁾.

De vraag is of een *corporate opportunity* kan worden beschouwd als een vennootschapsgoed. Indien hierop bevestigend kan worden geantwoord, speelt artikel 492*bis* van het Strafwetboek zodra een bestuurder weet krijgt van een lucratieve zakelijke kans en beslist om deze zelf te benutten in plaats van ze aan de rechtspersoon aan te bieden. Zowel Ph. ERNST als H. SEELDRAYERS kwamen onafhankelijk van elkaar tot de bevinding dat een *corporate opportunity* op grond van de loyaleitsplicht van de bestuurders (gebaseerd op de goede trouw) een goed van de vennootschap is in de zin van artikel 492*bis* van het Strafwetboek. Op grond van die goede trouw heeft de vennootschap voorrang op de bestuurder ⁽²⁰³⁾.

Tot nu toe werd deze kwestie nog niet door de rechtspraak beslecht. Zoals hoger reeds vermeld, moet het “*gebruik van de goederen of het krediet van een vennootschap*” ruim worden geïnterpreteerd. De vraag is echter of de rechtspersoon wel een recht kan laten gelden op een *corporate opportunity*. Beide voormelde auteurs menen dat het in de verhouding tussen de vennootschap en bestuurder vaststaat dat de mogelijkheid tot zakendoen aan de vennootschap toekomt. In die zin is het dus een goed waarop de vennootschap een recht kan laten gelden, zij het weliswaar enkel in de verhouding tot haar bestuurder.

⁽²⁰¹⁾ Cass. 9 februari 2005, P.04.0887.F, www.cass.be.

⁽²⁰²⁾ Te onderscheiden van de “*Business opportunities*”, wat ruimer is. *cf.* H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p.705 e.v.

⁽²⁰³⁾ Ph. ERNST, “Misbruik van vennootschapsgoederen. Enkele bedenkingen vanuit het vennootschapsrecht bij de introductie van een nieuw misdrijf in het rechtspersonenrecht”, *TRV* 1998, p. 84-85; H. SEELDRAYERS, “Art. 492*bis* Sw.: Het paard van Troje voor een efficiënt gesanctioneerd ‘*corporate opportunity doctrine*’ naar Belgisch recht?”, *TRV* 1998, p. 313-318, i.h.b. p. 315-317; Contra: H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 763 e.v.

Volgens H. DE WULF is er echter slechts sprake van een *belang*, zodat een eventuele miskennis van dit belang enkel aanleiding tot een (burgerrechtelijke) schadevergoeding kan opleveren en geen misdrijf⁽²⁰⁴⁾. De vennootschap heeft er immers nooit een zakelijk of persoonlijk recht op kunnen laten gelden⁽²⁰⁵⁾.

Zonder in deze discussie momenteel een standpunt te willen innemen, zal in ieder geval het gebruik van vennootschapsmiddelen, met als doel een *corporate opportunity* af te wenden, een inbreuk op artikel 492*bis* van het Strafwetboek met zich mee kunnen brengen⁽²⁰⁶⁾. Denk bijvoorbeeld aan het gebruik van personeel, zakenlunches, telefoonrekeningen enz.

72

3.1.3. Informaticafraude

A. Juridisch kader

95. Informaticafraude (art. 504*quater* Sw.) is het manipuleren van informaticagegevens met het oog op het verwerven van een onrechtmatig economisch voordeel. Informaticafraude wordt dan ook een instrumenteel informaticamisdrijf genoemd omdat men informaticatoepassingen gebruikt als *modus operandi* om fraude te plegen⁽²⁰⁷⁾. Wij vermelden dit misdrijf hier kort omdat wij vermoeden dat het in de praktijk aan belang zal winnen gelet op de toenemende digitalisering van het bedrijfsleven. Informaticafraude is het juridische wapen dat de wetgever in 2000 heeft gecreëerd om vermogen ook in een digitale wereld te beschermen, en is dus als het ware de “cyberversie” van de vermogensmisdrijven (diefstal, oplichting, misbruik van vertrouwen, enz.).

96. De strafbare materiële handelingen zijn het invoeren, wijzigen, wissen van data of met enig technologisch middel de normale aanwending van data in een informaticasysteem veranderen (“datamanipulatie”). Onder “data” begrijpt de wetgever alle gegevens of informatie vatbaar voor opslag, overdracht of verwerking ongeacht hun materiële vormgeving⁽²⁰⁸⁾. Een informaticasysteem is elk systeem dat deze data opslaat, overbrengt of verwerkt, zoals computerprogramma’s, databanken, netwerken, *clouds*, e-mails, enz.

Deze datamanipulatie is al strafbaar wanneer de dader daarbij een onrechtmatig economisch voordeel voor zichzelf of voor een ander *beoogt* te verwerven (moreel bestanddeel)⁽²⁰⁹⁾.

⁽²⁰⁴⁾ H. DE WULF, *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 767; cf. ook J. LEMMENS en K. WINDEY, “*Corporate opportunities*. Begrip, grondslag, preventie, opsporing en sancties (deel 1)”, *Acc. Bedr.(M)* 2008, afl. 2, p. 30-31; J. LEMMENS, “*Corporate opportunities*. Begrip, grondslag, preventie, opsporing en sancties (deel 2)”, *Acc. Bedr.(M)* 2008, afl. 3, p. 37.

⁽²⁰⁵⁾ H. DE WULF, *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 767.

⁽²⁰⁶⁾ Voor zover deze voldoen aan de constitutieve bestanddelen van het misdrijf.

⁽²⁰⁷⁾ D. DEWANDELEER, “Misdrijven en strafonderzoek in de IT-context” in *Straf- en strafprocesrecht (Themis)*, Brugge, die Keure, 2009-2010, p. 125.

⁽²⁰⁸⁾ J. KERKHOFS en P. VAN LINTHOUT, “Cybercriminaliteit doorgelicht”, *T. Strafr.* 2010, p. 181.

⁽²⁰⁹⁾ Noteer bovendien dat datamanipulatie op zich al strafbaar kan zijn onder artikel 550*ter* Sw. (datasabotage). Cf. ook *supra*, nr. 68 over het misdrijf van informaticavalsheid (art. 210*bis* Sw.).

B. Voorbeelden

97. Het misdrijf was initieel bedoeld om nieuwe criminaliteitsvormen, zoals *skimming*, *phishing*, *pharming*, enz. strafrechtelijk aan te pakken. De formulering van het misdrijf is echter zo ruim, dat er veel verschillende uiteenlopende feiten onder deze bepaling kunnen vallen. Denk bijvoorbeeld aan het opsmukken van cijfers in de digitale boekhouding en meer algemeen het ingeven van programma-instructies waardoor bepaalde verrichtingen een ander resultaat opleveren en (kunnen) leiden tot een onrechtmatig financieel voordeel⁽²¹⁰⁾. Ook bedrijfsspionage kan een informaticafraude opleveren, bijvoorbeeld het kopiëren van computerprogramma's of -bestanden die men enkel voor een welbepaald doel heeft toevertrouwd gekregen om deze aan de pers te lekken of aan de concurrentie te verkopen⁽²¹¹⁾.

3.1.4. Witwassen

A. Juridisch kader

98. Witwassen blijft een van de meest besproken misdrijven. Eén van de oorzaken is wellicht dat artikel 505 van het Strafwetboek niet echt uitblinkt in duidelijkheid. In deze bijdrage zou een uitgebreide analyse ons te ver leiden. Wij beperken ons dan ook tot de belangrijkste punten⁽²¹²⁾.

Witwassen vereist als constitutieve bestanddelen:

- een basismisdrijf: een voorafgaand misdrijf dat vermogensvoordelen heeft opgeleverd;
- een verboden witwashandeling;
- een moreel bestanddeel dat verschillend is naargelang de gestelde witwashandeling (algemeen, dan wel bedrieglijk opzet).

⁽²¹⁰⁾ *Parl. St. Kamer*, 1999-2000, nr. 0213/001, p. 15.

⁽²¹¹⁾ Dergelijke handelingen gaan ook vaak gepaard met private omkoping (art. 504*bis* Sw.). Private omkoping is ook een vorm van economische fraude die wij in deze bijdrage echter niet bespreken gelet op het bijzonder karakter van dit misdrijf. Cf. hiervoor o.m. D. DEWANDELEER, "Omkoping (2. Private)" in *Postal Memorialis. Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, O91/01 – O91/21: F. DERUYCK, "Omkoping in het Belgisch strafrecht", *T. Strafr.* 2002, afl. 2, p. 50-75; J. WINDEY, *La corruption privée en Belgique, la montagne et la souris* in *Corruptiebestrijding in België. Deugdelijke bedrijfspraktijken*, Brussel, Bruylant, 2008, p. 137-153.

⁽²¹²⁾ Cf. voor een uitgebreide bespreking o.a. M. CESONI en D. VANDERMEERSCH, "Le recel et le blanchiment" in *Les infractions contre les biens*, Brussel, Larcier, 2008, p. 455-544; E. ROGER FRANCE, "Le délit de blanchiment après la loi du 10 mai 2007", *TBH* 2008, afl. 2, p. 116-137; R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, "Repressieve en preventieve witwaswetgeving na de Wetten van 27 april 2007 en 10 mei 2007", *NC* 2008, afl. 1, p. 1-45; P. WAETERINCKX, "Witwassen anno 2007 e.v., opnieuw een staaltje van onbehoorlijke strafwetgeving!", *Ad Rem* 2008, afl. 2, 35-44; D. LIBOTTE en H. VAN BAVEL, "Het wel en wee van het witwasmisdrijf", *T. Strafr.* 2007, afl. 6, 345-372; T. LOQUET en F. DESTERBECK, "Witwassen...de wetgever zit niet stil. De wet van 10 mei 2007", *RW* 2007-08, nr. 36, 1482-1495.

a. Het basismisdrijf

99. Als uitgangspunt geldt dat de in artikel 505, lid 1, 2°, 3° en 4° van het Strafwetboek geviseerde witwashandelingen op zich niet strafbaar zijn. Er is pas sprake van witwassen wanneer deze handelingen met illegale vermogensvoordelen worden gesteld; dit wil zeggen vermogensvoordelen voortkomend uit een basismisdrijf (art. 42, 3° Sw.). In tegenstelling tot de preventieve witwaswet, waar men aan een limitatief bepaalde lijst van basismisdrijven gebonden is, gold voor de strafwet het principe dat elk misdrijf als potentieel basismisdrijf in aanmerking kwam⁽²¹³⁾.

Net toen in de rechtsleer de discussie over fiscale fraude als potentieel basismisdrijf min of meer was beslecht⁽²¹⁴⁾, bracht de strafwetgever in 2007 op dit vlak een fundamentele wijziging aan. De “derde” (niet-dader van het basismisdrijf) kan voortaan niet meer voor het eerste en derde witwasmisdrijf worden vervolgd wanneer de illegale vermogensvoordelen afkomstig zijn van een gewone fiscale fraude (art. 505, lid 3 Sw.)⁽²¹⁵⁾.

Om van deze fiscale milderingsclausule te kunnen genieten, moet de meldingsplichtige derde, zoals de bedrijfsrevisor⁽²¹⁶⁾, wel aan de verplichting van artikel 28 (oud art. 14quinquies) van de preventiewet hebben voldaan. Deze meldingsplicht wordt gekoppeld aan een indicatorenlijst⁽²¹⁷⁾.

Vreemd genoeg is de preventiewet slechts van toepassing op feiten van ernstige en georganiseerde fiscale fraude en zijn dit net feiten waarvoor het derde lid van artikel 505 van het Strafwetboek geen vrijstelling verleent⁽²¹⁸⁾.

⁽²¹³⁾ P. WAETERINCKX, “De verwatering van het basismisdrijf als constitutief bestanddeel van het witwasmisdrijf” in *De groeipijnen van het strafrecht*, Brugge, die Keure, 2007, p. 36.

⁽²¹⁴⁾ Cass. 22 oktober 2003, *JT* 2004, 354 met conclusie van Adv.-gen. J. SPREUTELS; cf. ook Cass. 8 november 2005, *N.C.* 2006, p. 126; cf. o.a. A. RISIPOULOS, “Blanchiment et fraude fiscale: on change les règles? Analyse de la loi du 10 mai 2007”, *RGCF* 2007, afl. 4, p. 240; M. CESONI en D. VANDERMEERSCH, “Le recel et le blanchiment” in *Les infractions contre les biens*, Brussel, Larcier, 2008, p. 485.

⁽²¹⁵⁾ *Parl. St.* Senaat, zitting 2006-07, nr. 3-1610/7, p. 28-29; S. DE MEULENAER, “Het witwassen van fiscale vermogensvoordelen” in M. MAUS en M. ROZIE, *Actuele problemen van het fiscaal strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, p. 189 e.v.; F. DETERBECK, “De nieuwe regeling inzake witwassen en fiscale fraude”, *TFR* 2007, p. 852 e.v..

⁽²¹⁶⁾ Artikel 3, 3° Wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme, *BS* 9 februari 1993.

⁽²¹⁷⁾ R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, “Repressieve en preventieve witwaswetgeving na de Wetten van 27 april 2007 en 10 mei 2007”, *N.C.* 2008, afl. 1, p. 30 e.v.; T. LOQUET en F. DETERBECK, “Witwassen...de wetgever zit niet stil. De wet van 10 mei 2007”, *RW* 2007-08, afl. 36, p. 1490.

⁽²¹⁸⁾ D. LIBOTTE en H. VAN BAVEL, “Het wel en wee van het witwasmisdrijf”, *T. Strafr.* 2007, afl. 6, 357; R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, “Repressieve en preventieve witwaswetgeving na de Wetten van 27 april 2007 en 10 mei 2007”, *N.C.* 2008, afl. 1, p. 16 e.v.; D. VANDERMEERSCH, “Les nouveautés en matière de répression du blanchiment”, *JT* 2008, afl. 6307, p. 266; T. LOQUET en F. DETERBECK, “Witwassen...de wetgever zit niet stil. De wet van 10 mei 2007”, *R.W.* 2007-08, nr. 36, 1489; F. DETERBECK, “Aanwezigheid van een fraude-indicator moet steeds aan CFI gemeld worden”, *Fisc. Act.* 2007, afl. 37, p. 3; G. STESSSENS, “Strafbaarstelling witwassen in fiscalibus: ingeperkt...en uitgebreid”, *Fiscoloog* 2007, afl. 1080, p. 3; P. WAETERINCKX, “Witwassen anno 2007 e.v., opnieuw een staaltje van onbehoorlijke strafwetgeving!”, *Ad Rem* 2008, afl. 2, p. 39.

Er geldt daarnaast een uitzondering op de meldingsplicht van de bedrijfsrevisor wanneer hij informatie van één van zijn cliënten of over één van zijn cliënten verkrijgt bij het bepalen van de rechtspositie van zijn cliënt.

Deze uitzondering geldt echter niet indien de bedrijfsrevisor:

- (1) zelf deelneemt aan de witwasactiviteiten of de activiteiten voor financiering van terrorisme;
- (2) het juridisch advies voor witwasdoeleinden of voor financiering van terrorisme verstrekt; of
- (3) weet dat zijn cliënt juridisch advies wenst voor witwasdoeleinden of voor financiering van terrorisme ⁽²¹⁹⁾.

Witwassen is een autonoom misdrijf. Het is dus niet vereist dat het basismisdrijf mee wordt vervolgd. Evenmin is relevant of er hiervoor al dan niet een veroordeling is uitgesproken of dat het basismisdrijf is verjaard. Bij fiscale fraude blijft de mogelijkheid om te vervolgen voor witwas dus bestaan, zelfs als de fiscale verjaringstermijnen al geruime tijd zijn ingetreden.

De rechtspraak vereist enkel dat elke legale oorsprong moet kunnen worden uitgesloten ⁽²²⁰⁾. Vast staat dat de bewijslevering van de oorsprong van de illegale vermogensvoordelen zeer soepel is ⁽²²¹⁾.

b. Verboden handelingen

100. De witwashandelingen omschreven onder artikel 505 van het Strafwetboek zijn bijzonder ruim. Zij omvatten volgende materiële gedragingen:

- kopen, ruilen of om niet ontvangen, bezitten, bewaren of beheren (art. 505, lid 1, 2° Sw.);
- omzetten of overdragen (art. 505, lid 1, 3° Sw.); en
- verhelen of verhullen (art. 505, lid 1, 4° Sw.).

De praktijk leert dat zo goed als elke economische handeling met illegale vermogensvoordelen strafrechtelijk vervolgbaar is. Bovendien zijn de omschreven handelingen vaak rechtsgevolgen van elkaar: wie ontvangt/ruilt/koopt, krijgt uiteraard het bezit. Hij ontvangt bovendien van iemand die noodzakelijkerwijze heeft overgedragen.

⁽²¹⁹⁾ Artikel 26 § 1, lid 2 Wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme, *BS* 9 februari 1993.

⁽²²⁰⁾ Cass. 25 september 2001, *Arr. Cass.* 2001, nr. 493

⁽²²¹⁾ O. KLEES, “De la présomption d’innocence à la preuve de l’infraction primaire en matière de blanchiment”, *JT* 2003, afl. 6109, 660.

Bij deze ruime strafbaarstelling kunnen toch enkele nuances worden gemaakt:

- *Ten eerste* moet gewezen worden op de bovenvermelde fiscale milderingsclausule voor de derde. Voor hem zullen een aantal witwashandelingen niet meer strafbaar zijn ⁽²²²⁾; en
- *Ten tweede* kan de dader van eender welk basismisdrijf dat in België vervolgbaar is, niet onder het eerste witwasmisdrijf worden vervolgd ⁽²²³⁾ ⁽²²⁴⁾ Deze blijft wel strafbaar onder de twee andere witwasvormen.

c. Moreel bestanddeel

101. Tot slot worden de ruime strafbare gedragingen op tweevoudige wijze getemperd door het vereiste morele bestanddeel ⁽²²⁵⁾:

- het eerste en derde witwasmisdrijf vereisen slechts een algemeen opzet. De dader moet wetens en willens de geviseerde handeling stellen ⁽²²⁶⁾. De rechtspraak bevestigde dienaangaande al meermaals dat een effectieve kennis van de strafbare oorsprong van de vermogensvoordelen steeds vereist is, een loutere onachtzaamheid volstaat niet ⁽²²⁷⁾. Het “kennen of moesten kennen” is geen inhoudelijke precisering van het algemeen opzet maar betreft enkel de wijze waarop de rechter het bewijs van het morele element kan aannemen ⁽²²⁸⁾. De bewijslastverlichting zit op het niveau van het morele bestanddeel in het feit dat het bewijs van de kennis

⁽²²²⁾ Cf. de bedenkingen van verschillende auteurs bij deze wijziging. A. RISOPOULOS, “Blanchiment et fraude fiscale: on change les règles? Analyse de la loi du 10 mai 2007”, *RGCF* 2007, afl. 4, 245; P. WAETERINCKX, “Witwassen anno 2007 e.v., opnieuw een staaltje van onbehoorlijke strafwetgeving!”, *Ad Rem* 2008, afl. 2, 37; T. LOQUET en F. DESTERBECK, “Witwassen...de wetgever zit niet stil. De wet van 10 mei 2007”, *RW* 2007-08, nr. 36, 1488

⁽²²³⁾ O.a. Cass. 5 juni 2007, P.07.0151.N, www.cass.be; Cass. 8 mei 2002, P.02.0021.F, *Arr. Cass.* 2002, nr. 282.

⁽²²⁴⁾ Het principe dat de steler geen heler kan zijn werd door de wetgever in 2007 ingeperkt (art. 505, lid 2 Sw.). De dader van het basismisdrijf zal voortaan wel het “verruimde” helingsdelict kunnen plegen wanneer het basismisdrijf in het buitenland werd gepleegd en niet in België vervolgbaar is. Het nut hiervan kan in vraag worden gesteld. Cf. D. LIBOTTE en H. VAN BAVEL, “Het wel en wee van het witwasmisdrijf”, *T. Strafr.* 2007, afl. 6, 351; R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, “Repressieve en preventieve witwaswetgeving na de Wetten van 27 april 2007 en 10 mei 2007”, *N.C.* 2008, afl. 1, 9; P. WAETERINCKX en K. DE SCHEPPER, “Witwassen in België van illegale vermogensvoordelen gehaald uit een buitenlands basismisdrijf na de wet van 10 mei 2007 houdende diverse maatregelen inzake heling en inbeslagname en het arrest C-367/05 van het Hof van Justitie”, *RABG* 2008, afl. 1, 49.

⁽²²⁵⁾ G. STESENS, *De nationale en internationale bestrijding van het witwassen*, Antwerpen, Intersentia, 1997, p. 153.

⁽²²⁶⁾ Cf. Cass. 19 september 2006, *N.C.* 2007, p. 215, noot E. VAN DOOREN; Cass. 21 juni 2000, *Arr. Cass.* 2000, p. 1165; E. ROGER FRANCE, “Le délit de blanchiment après la loi du 10 mai 2007”, *TBH* 2008, afl. 2, p.125.

⁽²²⁷⁾ B. SPRIET, “Recente rechtspraak omtrent vermogensmisdrijven uit het strafwetboek” in *Themis Straf(proces)recht*, Brugge, die Keure, 2000-2001, p. 77.

⁽²²⁸⁾ R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, “Uitwassen van witwassen” in *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2005, p. 240.

kan worden afgeleid uit een aantal overeenstemmende omstandigheden en feitelijke vermoedens ⁽²²⁹⁾.

Dit opzet is gepreciseerd in die zin dat de kennis van de illegale oorsprong moet bestaan op het ogenblik van de aanvang van de witwashandeling ⁽²³⁰⁾. Een latere kennisname is dus irrelevant ⁽²³¹⁾. Dit sluit evenwel niet uit dat vanaf dat ogenblik elke nieuwe handeling met deze fondsen wel strafbaar kan zijn (bv. ontvangen van interesten, een investering/aankoop na een erfenis van zwart vermogen, enz.); en

- Het tweede witwasmisdrijf vereist een bijzonder opzet ⁽²³²⁾. De dader moet de illegale vermogensvoordelen omzetten of overdragen om de illegale oorsprong ervan te verbergen of te verdoezelen. Merk op dat dit morele bestanddeel grotendeels overlapt met het verhelen/verhullen onder het derde witwasmisdrijf.

Opdat het moreel bestanddeel werkelijk de ruime toepassings sfeer kan temperen, mag het bewijs van de kennis van de illegale oorsprong uiteraard niet worden verward met het bewijs van de illegale oorsprong zelf ⁽²³³⁾.

B. Overzicht

102. Gelet op de verschillende uitzonderingen laat de overzichtelijkheid van het artikel 505 van het Strafwetboek op zijn minst gezegd te wensen over. Hieronder geven we een schematische voorstelling van de verschillende hypothesen per strafbaarstelling.

⁽²²⁹⁾ Cass. 19 september 2006, *NC* 2007, 215, noot E. VAN DOOREN; Cass. 13 november 1984, *Pas.* 1985, I, p. 323325; *Arr. Cass.* 1984, p. 363-365. *Cf. Parl. St.* Senaat 1989-1990, nr. 890/2, 28 (Verslag Erdman); L. CORNELIS en R. VERSTRAETEN, “Mag er nog worden witgewassen?”, *TBH* 1992, p. 200.

⁽²³⁰⁾ *Parl. St.* Senaat, zitting 2005-2006, nr. 3-1610/3, 2; Cass. 31 oktober 1995, *TRV* 1995, p. 635, noot F. HELLEMANS; T. LOQUET en F. DESTERBECK, “Witwassen...de wetgever zit niet stil. De wet van 10 mei 2007”, *RW* 2007-08, nr. 36, 1486 (die hierbij vermelden dat men na kennisname wel strafbaar zal zijn voor het ontvangen van de interesten); R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, “Witwassen na de wet van 7 april 1995: kan het nog witter?”, *RW* 1995-96, 694; M. CESONI en D. VANDERMEERSCH, “Le recel et le blanchiment“ in *Les infractions contre les biens*, Brussel, Larcier, 2008, p. 495 en 498.

⁽²³¹⁾ Dit moreel bestanddeel werd gewijzigd door de wet van 10 mei 2007 houdende diverse maatregelen inzake de heling en inbeslagneming. Het blijft een algemeen opzet maar het wordt wel gepreciseerd in die zin dat de kennis van de illegale oorsprong moet bestaan *op het ogenblik van de aanvang van de geïndiceerde witwashandeling*. Hierdoor wordt de strafbaarstelling ingeperkt en is artikel 2 van het Strafwetboek bijgevolg van toepassing.

⁽²³²⁾ Cass. 9 mei 2006, P.06.0242.N, www.cass.be; E. ROGER FRANCE, *Le délit de blanchiment après la loi du 10 mai 2007*”, *TBH* 2008, afl. 2, p. 127.

⁽²³³⁾ P. WAETERINCKX, “De verwatering van het basismisdrijf als constitutief bestanddeel van het witwasmisdrijf” in *De groeipijnen van het strafrecht*, Brugge, die Keure, 2007, p. 40 en 48-51; R. VERSTRAETEN en D. DEWANDELEER, “Uitwassen van witwassen” in *Strafrecht als roeping. Liber Amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire Pers, 2005, p. 244.

| BASISMISDRIJF | Witwas door dader basismisdrijf | | | Witwas door niet-dader basismisdrijf | | |
|---|---------------------------------|------------------------|------------------------|--------------------------------------|------------------------|------------------------|
| | 1 ^e witwas | 2 ^{de} witwas | 3 ^{de} witwas | 1 ^e witwas | 2 ^{de} witwas | 3 ^{de} witwas |
| Gewone fiscale fraude, gepleegd in België of in het buitenland en vervolgbaar in België | | X | X | | X | |
| Alle andere, gepleegd in België of in het buitenland en vervolgbaar in België | | X | X | X | X | X |
| Gewone fiscale fraude, gepleegd in het buitenland en niet in België vervolgbaar | X | X | X | | X | |
| Alle andere, gepleegd in het buitenland en niet in België vervolgbaar | X | X | X | X | X | X |

78

3.2. FRAUDEMISDRIJVEN IN BIJZONDERE WETGEVING

3.2.1. Wederrechtelijke attestaties en goedkeuringen

A. *De (geconsolideerde) jaarrekeningen, balansen en resultatenrekening (art. 171, § 2 W. Venn. en art. 16, lid 3 Boekhoudwet)*

a. Onterecht oprecht

103. Zoals al vermeld, heeft de wetgever van het wederrechtelijk attesteren of goedkeuren van de (geconsolideerde) jaarrekening een apart misdrijf gemaakt. De artikelen 171, § 2 van het Wetboek van vennootschappen en 16, 3de lid van de Boekhoudwet bestraffen de commissaris, bedrijfsrevisor of onafhankelijk deskundige die de (geconsolideerde) jaarrekeningen, balansen en resultatenrekeningen attesteren of goedkeuren, terwijl deze niet voldoen aan de verplichtingen inzake de jaarrekening zoals voorzien in het Wetboek van vennootschappen (*cf.* art. 92 tot 171 W. Venn.), respectievelijk bepaalde boekhoudrechtelijke verplichtingen. De commissaris bevestigt met andere woorden dat een niet-wetsconforme jaarrekening toch wetsconform is ⁽²³⁴⁾.

De hierboven uitgebreide bespreking over het controleverslag geldt ook in grote mate voor het misdrijf van wederrechtelijke attestering (*cf. supra*, nrs. 71-78). Een belangrijk verschil is dat een wederrechtelijke attestering enkel betrekking kan hebben op een

⁽²³⁴⁾ L. DUPONT en S. VAN DYCK, “Enkele perspectieven op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor” in *De aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor. Burgerrechtelijke, strafrechtelijke en tuchtrechtelijke aspecten*, Brugge, die Keure, 2003, p. 48.

goedkeurende verklaring (zonder voorbehoud)⁽²³⁵⁾. Attesteren betekent immers dat men bevestigt dat de jaarrekening oprecht is en een getrouw beeld geeft. Het rechtsbelang dat men wil beschermen is het vertrouwen in de jaarrekening.

Men wil vermijden dat de lezer onterecht vertrouwen heeft in een jaarrekening die niet voldoet aan de wettelijke regels. Indien de jaarrekening met een voorbehoud wordt goedgekeurd, kan de lezer echter niet worden misleid gezien hij rekening moet houden met eventuele aanpassingen die uit het voorbehoud zouden voortkomen⁽²³⁶⁾.

Het wederrechtelijk afkeuren of onthouden kan dan weer nooit tot een onterecht vertrouwen in de jaarrekening leiden gezien de bedrijfsrevisor de jaarrekening niet goedkeurde en bijgevolg verklaarde dat deze geen getrouw beeld geeft (*cf. supra*, nr. 73).

79

b. Enkel “frauduleus” rapporteren?

104. Het toepassingsgebied van de wederrechtelijke attestering wijkt nog op één essentieel punt sterk af van het toepassingsgebied van artikel 196 en volgende van het Strafwetboek. In tegenstelling tot de gemeenrechtelijke valsheid, waar er een bijzonder opzet moet zijn, volstaat voor het misdrijf van wederrechtelijke attestering algemeen opzet en zelfs onachtzaamheid. De bedrijfsrevisor is strafbaar als hij *wist* dat de jaarrekening niet voldeed aan de wettelijke verplichtingen (met *kennis van zaken* of algemeen opzet) maar ook als hij *niet gedaan heeft wat hij had moeten doen* om deze onregelmatigheden te detecteren (onachtzaamheid)⁽²³⁷⁾. Beide gevallen worden bestraft met een geldboete van 50 tot 10.000 EUR⁽²³⁸⁾.

Bedrieglijk opzet leidt tot strafverzwaring (*cf.* art. 171 § 2, 2^{de} lid W. Venn. en art. 16, lid 3, laatste zin Boekhoudwet). De bedrijfsrevisor kan dan naast deze geldboete ook een gevangenisstraf van 1 maand tot 1 jaar oplopen. Gezien artikel 143 van het Wetboek van vennootschappen de commissaris verplicht om een omstandig schriftelijk verslag op te stellen, zal er bovendien ook samenloop zijn met gemeenrechtelijke valsheid in geschriften zodat de gevangenisstraf kan oplopen tot 5 jaar⁽²³⁹⁾.

⁽²³⁵⁾ W. VANHORENBEECK, “De penale aansprakelijkheid wegens overtreding van de wet met betrekking tot de boekhouding en de jaarrekeningen van de onderneming”, *RW* 1975-76, 1971.

⁽²³⁶⁾ *Cf.* E. VANDERSTAPPEN, “Art. 144 W. Venn.” in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Wetboek van Vennootschappen, Boek IV, Titel VII, Hfdst. II, Controle op de jaarrekening*, losbl.

⁽²³⁷⁾ M. CALUWAERTS, “Attestation frauduleuse ou négligente des comptes”, *JDSC* 2009, p. 248.

⁽²³⁸⁾ Te vermeerderen met opdeciepen, wat neerkomt op een vermenigvuldiging met 6 (voor feiten gepleegd na 1 januari 2012, voor feiten gepleegd of voltooid voor 1 januari 2012 moet nog vermenigvuldigd worden met 5,5)

⁽²³⁹⁾ De vraag rijst of het in dat geval om eendaadse samenloop gaat, dan wel of de wederrechtelijke attestering de toepassing van de gemeenrechtelijke valsheid uitsluit. Wij volgen L. DUPONT en S. VAN DYCK waar zij menen dat dit niet de bedoeling van de wetgever was (L. DUPONT en S. VAN DYCK, “Enkele perspectieven op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor. Burgerrechtelijke, strafrechtelijke en tuchtrechtelijke aspecten, Brugge, die Keure, 2003, p. 76-77).

c. Zware (bewijs)last

105. Op de schouders van de bedrijfsrevisor weegt dus een bijzonder zware last. Hij is al strafbaar wanneer hij uit onoplettendheid de jaarrekening ten onrechte goedkeurt. Deze onachtzaamheid bestaat uit een *toerekenbaar gebrek aan voorzorg en voorzichtigheid* en moet *in concreto* worden beoordeeld. Dit betekent dat het gedrag wordt getoetst aan het gedrag van een in dezelfde concrete omstandigheden geplaatste normaal voorzichtig en redelijke commissaris ⁽²⁴⁰⁾.

Niet alleen weegt er op de schouders van de bedrijfsrevisor een zware controlelast; een vervolging voor deze onachtzaamheidsmisdrijven brengt ook een bijzonder zware bewijslast met zich mee. De bedrijfsrevisor zal zijn verweermiddelen immers moeten richten tegen *elke handeling of verzuim* waaruit kan worden afgeleid dat hij niet gedaan heeft wat hij had moeten doen.

De verdediging moet zich bijgevolg niet alleen verweren tegen handelingen of verzuimen opgeworpen door de vervolgende partij(en). Volgens het Hof van Cassatie mag de rechter namelijk ook andere elementen uit het strafdossier of zelfs uit de behandeling ter terechtzitting in aanmerking nemen ⁽²⁴¹⁾. Dit betekent dat de bedrijfsrevisor elk potentieel verwijtbaar verzuim moet onderzoeken en zich hierop anticiperend zal moeten verweren. De vraag rijst of dit niet neerkomt op een ontoelaatbare omkering van de bewijslast.

d. (Te) ruime strafbepaling (?)

106. Het hoeft geen betoog dat deze strafbaarstelling ontzettend ruim is. In het zonet aangehaalde arrest boog het Hof van Cassatie zich ook over de vraag of deze onachtzaamheidsmisdrijven de toets met het legaliteitsbeginsel doorstaan ⁽²⁴²⁾.

De verdediging had opgeworpen dat het constitutieve (morele) (deel)bestanddeel “*niet hebben gedaan wat zij hadden moeten doen om zich ervan te vergewissen of aan die bepalingen is voldaan*” onvoldoende duidelijk, precies en nauwkeurig omschreven is. Het Hof verwees naar de complexiteit van de materie en het fundamentele karakter van het te beschermen rechtsgoed, die een grotere beoordelingsvrijheid van de rechter kunnen verantwoorden. Het Hof onderstreepte de noodzaak van deze maatregelen om de geloofwaardigheid en de betekenis van de revisorale attesten en zo ook het vertrouwen in de jaarrekening en de boekhouddocumenten te verhogen.

Het Hof oordeelde ten slotte dat deze bepaling het legaliteitsbeginsel niet schendt gezien:

- het *personele* toepassingsgebied duidelijk is omschreven: de bepaling richt zich tot commissarissen, bedrijfsrevisoren en onafhankelijke deskundigen;
- het *materiële* toepassingsgebied voldoende is afgebakend: de strafbare handeling is het attesteren of goedkeuren, terwijl niet is voldaan aan precies aangeduide wettelijke

⁽²⁴⁰⁾ Cass. 29 november 2011, P. 10.1766.N, overweging 128, www.cass.be.

⁽²⁴¹⁾ Cass. 29 november 2011, P. 10.1766.N, overweging 126-130, www.cass.be.

⁽²⁴²⁾ Cass. 29 november 2011, P.10.1766.N, overweging 114-123, www.cass.be.

vereisten. De minste wettelijke tekortkoming is voldoende om binnen het toepassingsgebied te vallen ⁽²⁴³⁾; en

- men ook met betrekking tot het *morele* toepassingsgebied over een beoordelingscriterium beschikt: de bedrijfsrevisor attesteert of keurt de rekeningen goed zonder er zich ervan te vergewissen dat de wettelijke verplichtingen werden nagekomen en dit volgens de professionele normen van het toezicht op de rekeningen, dat geapprecieerd moet worden, rekening houdend met de door de beroepsorganisaties of -orden vastgelegde principes.

De feitenrechter heeft dus de moeilijke opdracht om geval per geval na te gaan of de bedrijfsrevisor, volgens de professionele normen van het toezicht op de rekeningen, gedaan heeft wat hij had moeten doen om zich ervan te vergewissen dat de verplichtingen werden nagekomen. Deze beoordeling geschiedt door toetsing van de gedragingen aan de hand van de professionele controletechnieken, normen en aanbevelingen vastgelegd door de beroepsorganisatie of -orde (*cf. supra*, nr. 74) ⁽²⁴⁴⁾.

De feitenrechter houdt ook rekening met de gegeven feitelijke omstandigheden, zoals de professionele ervaring van de betrokkene ⁽²⁴⁵⁾. Wanneer de bestuurders bijvoorbeeld de onregelmatigheden angstvallig voor de bedrijfsrevisor verborgen hielden en hem hebben misleid, kunnen wij de bedrijfsrevisor moeilijk onachtzaamheid verwijten ⁽²⁴⁶⁾. De bedrijfsrevisor dient echter te allen tijde kritisch en professioneel te blijven.

Voorzichtigheid is in elk geval geboden in de volgende gevallen ⁽²⁴⁷⁾:

- ongebruikelijke transacties, zeker als deze op het einde van het jaar plaatsvinden en een impact op het bedrijfsresultaat hebben;
- transacties met gelieerde partijen; en
- wanneer het bestuur onvolledig of ontwijkend antwoordt op vragen over interne controlesystemen.

Niettemin dit onachtzaamheidsmisdrijf volgens het Hof van Cassatie de legaliteitstoets doorstaat, vragen wij ons af of deze bepaling wel in het strafrecht thuishoort. De discussie draait in wezen om de vraag of de bedrijfsrevisor een professionele beoordelingsfout heeft gemaakt, iets waarvoor het strafrecht, als ingrijpende en ultieme remedie, volgens ons niet dient.

⁽²⁴³⁾ Zie overweging 134 van het cassatiearrest.

⁽²⁴⁴⁾ *Cf.* ook Corr. Brussel 29 juni 2007, *JDSC* 2009, afl. 11, p. 243, noot; *Parl. St.* Senaat 1974-1975, nr. 436-1, p. 15; S. DE MEULENAER, “Jaarrekeningfraude bekeken door een juridische bril. Is jaarrekeningfraude strafbaar?” in *Uit balans! Een interdisciplinaire analyse van recente boekhoudschandalen*, Antwerpen, Intersentia, 2004, p. 102.

⁽²⁴⁵⁾ Antwerpen 4 december 1980, *RW* 1980-81, 2193-2195.

⁽²⁴⁶⁾ *Cf.* echter Gent 20 september 2010, onuitg. (arrest in de zaak LERNOUT & HAUSPIE). De rechter had *in casu* een situatie vastgesteld van uitermate verstrekkende en grove misleiding van de bedrijfsrevisor door de frauderende top van de te controleren vennootschap. Niettemin verweet hij de bedrijfsrevisor onzorgvuldigheid.

⁽²⁴⁷⁾ Corr. Brussel 29 juni 2007, *JDSC* 2009, afl. 11, p. 243, noot.

e. Deelneming aan valsheid in de jaarrekening?

107. Artikel 127 van het Wetboek van vennootschappen bestraft een welbepaalde vorm van valsheid, namelijk de valsheid in de jaarrekening. De vraag rijst of een wederrechtelijke attestering ook een vorm van deelneming aan valsheid in de jaarrekening kan opleveren. Eerst en vooral is het belangrijk te onderstrepen dat een niet-wetsconforme jaarrekening niet noodzakelijk een valse jaarrekening oplevert. Het toepassingsgebied van beide misdrijven valt bijgevolg niet noodzakelijk samen.

Maar wat als de bedrijfsrevisor bewust een valse jaarrekening goedkeurt? Neemt hij dan tevens deel aan dit misdrijf? De relevantie van deze vraag is niet onbelangrijk gelet op de fiscale gevolgen van artikel 127 van het Wetboek van vennootschappen. (*cf. infra*, nr. 124).

In het alom gekende en minstens even omstreden arrest van het Hof van Beroep van Luik oordeelde het Hof dat de bedrijfsrevisor de jaarrekening niet zonder voorbehoud had mogen goedkeuren gezien niet alle gedetecteerde onregelmatigheden waren geregulariseerd en het bedrijf hiervoor geen provisie voor risico's en kosten had aangelegd. Volgens het Hof had de bedrijfsrevisor minstens een voorbehoud moeten maken. Het Hof veroordeelde de bedrijfsrevisor als mededader aan de valsheid in de jaarrekening en fiscale fraude ⁽²⁴⁸⁾.

Deze uitspraak werd in de rechtsleer sterk bekritiseerd. Door ten onrechte een verslag zonder voorbehoud af te leveren geeft de bedrijfsrevisor weliswaar vertrouwen in een onregelmatige jaarrekening en lijkt het alsof hij deze onregelmatigheden als het ware stilzwijgend goedkeurt. Wij sluiten ons echter aan bij de kritiek van A. BENOIT-MOURY en N. THIRION waar zij stellen dat *“le silence de l'auditeur externe ne pouvait aucunement être assimilé à une acte de participation aux infractions comptables et – par voie de conséquence si l'on ose dire – fiscales des dirigeants de la société S.-L.”*.

Volgens hen was *in casu* het stilzwijgen van de bedrijfsrevisor gerechtvaardigd gelet op artikel 144, lid 1, 8° van het Wetboek van vennootschappen ⁽²⁴⁹⁾. Een rechtvaardigheidsgrond impliceert echter dat er een strafbaar feit werd gepleegd, wat volgens ons evenzeer voor discussie vatbaar was. De vraag was immers of het stilzwijgen van de bedrijfsrevisor ook misdrijfbevorderend werkte, met andere woorden of de betrokkene met opzet had nagelaten zijn wettelijke plicht te vervullen en daardoor het misdrijf had vergemakkelijkt (*cf. supra*, nrs. 63-64).

⁽²⁴⁸⁾ Luik 25 januari 1996, *JDSC* 2000, 318, *JDSC* 2000, 241, noot M. CALUWAERTS, *RPS* 1997, p. 177, noot A. BENOIT-MOURY en N. THIRION.

⁽²⁴⁹⁾ A. BENOIT-MOURY en N. THIRION, “La responsabilité pénale du réviseur d'entreprises: Epée de Damocles ou Tigre de papier?”, *RPS* 1997, p. 225.

Een vervolging wegens inbreuken op de artikelen 171, § 2 van het Wetboek van vennootschappen en 16, lid 3 van de Boekhoudwet zou ons inziens correcter zijn geweest maar vreemd genoeg werden deze inbreuken hem zelfs niet ten laste gelegd ⁽²⁵⁰⁾.

f. Voorbeelden

108. Voor zover wij hebben kunnen nagaan, kunnen wij de veroordelingen voor dit misdrijf voorlopig nog op één hand tellen. Vooreerst vinden wij een interessant vonnis terug van de correctionele rechtbank van Brussel van 29 juni 2007. De rechter verweet de bedrijfsrevisor dat hij een rapport zonder voorbehoud had afgeleverd terwijl er duidelijk tekenen van fraude waren. De bedrijfsrevisor had bijgevolg “*pas accompli les diligences normales*”, minstens had hij een verslag met voorbehoud moeten afleveren ⁽²⁵¹⁾.

Daarnaast is er ook het hierboven besproken arrest in de zaak LERNOUT & HAUSPIE waar eveneens een bedrijfsrevisor werd veroordeeld wegens het onachtzaamheidsmisdrijf van artikel 171, § 2 van het Wetboek van vennootschappen.

B. De sociale balans (art. 206 Sociaal Strafwetboek)

a. Apart misdrijf

109. Artikel 206 Sociaal Strafwetboek bestraft de bedrijfsrevisor, de commissaris en de onafhankelijk deskundige die een sociale balans attesteren of goedkeuren terwijl deze niet voldoet aan de verplichtingen uit de wet van 22 december 1995 en zijn uitvoeringsbesluiten ⁽²⁵²⁾.

Deze balans moet onder andere een overzicht bevatten van het personeelsbestand op de datum van de jaarrekening en de personeelsbewegingen, het aantal werknemers dat betrokken is bij elke maatregel ten gunste van de tewerkstelling die werd genomen door of krachtens een wet of een reglement en, per type overeenkomst, het aantal personen, dat een opleiding op kosten van of op vraag van de onderneming heeft genoten ⁽²⁵³⁾.

Deze strafbepaling is qua strafbaarstelling vergelijkbaar met de hierboven besproken strafbepalingen van artikel 171, § 2 van het Wetboek van vennootschappen en artikel 16, 3^{de} lid van de Boekhoudwet. Gezien de sociale balans integraal deel uitmaakt van de jaarrekening, zal er bovendien vaak samenloop zijn met deze strafbepalingen.

Toch vond de wetgever het kennelijk nodig om voor de sociale balans een aparte regeling te voorzien. Ook hier is de bedrijfsrevisor al strafbaar wanneer hij onachtzaam is geweest en leidt bedrieglijk opzet tot strafverzwaring.

⁽²⁵⁰⁾ Volgens BENOIT-MOURY en THIRION konden ook deze tenlasteleggingen niet tot een veroordeling leiden gezien de bedrijfsrevisor in hun ogen volstrekt wettelijk had gehandeld en zijn stilzwijgen gerechtvaardigd was. A. BENOIT-MOURY en N. THIRION, “La responsabilité pénale du réviseur d’entreprises: Epée de Damocles ou Tigre de papier?”, *RPS* 1997, p. 227.

⁽²⁵¹⁾ Corr. Brussel 29 juni 2007, *JDSC* 2009, afl. 11, p. 243, noot.

⁽²⁵²⁾ Wet van 22 december 1995 houdende maatregelen tot uitvoering van het meerjarenplan voor werkgelegenheid, *BS* 30 december 1995.

⁽²⁵³⁾ *Parl. St. Kamer*, 2008-2009, 52-1666/01, 286 en 327-328.

b. Met een aparte bestraffing

110. Een belangrijk verschil met de zusterbepalingen is de straftoemeting. Eén van de innovaties van het Sociaal Strafwetboek is de instelling van vier sanctieniveaus die aan de verschillende inbreuken worden gekoppeld ⁽²⁵⁴⁾. Het goedkeuren van de sociale balans, goed wetende dat deze niet voldeed aan de wettelijke verplichtingen (algemeen opzet) of uit onachtzaamheid, is een inbreuk met sanctieniveau 2 ⁽²⁵⁵⁾. Indien er bedrieglijk opzet in het spel was, stijgen wij naar sanctieniveau 3. Bedrieglijke attestatie kan bovendien aanleiding geven tot een beroepsverbod en desgevallend tot een sluiting van het bedrijf ⁽²⁵⁶⁾. De wetgever vond dat deze straffen meer in verhouding stonden met de ernst van de feiten ⁽²⁵⁷⁾.

Het is opmerkelijk hoezeer de strafmaat verschilt van de gemeenrechtelijke valsheid en de wederrechtelijke attestatie van het Wetboek van vennootschappen en de Boekhoudwet. Zo riskeert de bedrijfsrevisor voor een bedrieglijke attestatie van de sociale balans hoogstens een geldboete van 1.000 EUR terwijl hij voor een bedrieglijke attestatie van de jaarbalans een gevangenisstraf tot 1 jaar kan oplopen en voor (fiscale en/of gemeenrechtelijke) valsheid in geschriften zelfs 5 jaar.

De wederrechtelijke attestatie van een sociale balans door de bedrijfsrevisor, of deze nu kwaadwillig of nalatig was, kan bovendien met een administratieve geldboete worden afgehandeld. Gezien de sociale balans echter integraal deel uitmaakt van de jaarrekening, zal er vaak sprake zijn van samenloop met de andere strafbepalingen (art. 65 Sw.).

⁽²⁵⁴⁾ Het Wetboek onderscheidt:

- heel zware inbreuken: gevangenisstraf van 6 maanden tot 3 jaar en/of een geldboete van 600 tot 6.000 EUR of een administratieve geldboete van 300 tot 3.000 EUR (niveau 4);
- zware inbreuken: strafrechtelijke geldboete van 100 tot 1.000 EUR of een administratieve geldboete van 50 tot 500 EUR (niveau 3);
- matig zware inbreuken: strafrechtelijke geldboete van 50 tot 500 EUR of een administratieve geldboete van 25 tot 250 EUR (niveau 2); en
- lichte inbreuken: administratieve geldboete van 10 tot 100 EUR (niveau 1).

Zowel de strafrechtelijke als de administratieve geldboetes moeten nog vermeerderd worden met opdecieën. J. P. BOGAERT, "Het Sociaal Strafwetboek: over "nieuwigheden", "bijna-nieuwigheden" en "blijvers" (Deel II)", *T. Strafr.* 2011, afl. 1, p. 18.

⁽²⁵⁵⁾ Artikel 206 van het Sociaal strafwetboek neemt artikel 47 § 2 van de wet van 22 december 1995 quasi letterlijk over. Voor de opzettelijke en onachtzame wederrechtelijke attestatie zijn de nieuwe straffen van het Sociaal Strafwetboek milder (maximale geldboete van 500 i.p.v. 1.000 EUR). Het eerste lid van artikel 206 van het Sociaal Strafwetboek moet dan ook retroactief worden toegepast (art. 2 Sw.).

⁽²⁵⁶⁾ Wat betreft de bedrieglijke attestatie blijven de hoofdstraffen hetzelfde maar voerde het Sociaal Strafwetboek deze nieuwe bijkomende sancties in (art. 107 Soc. Sw.). Deze nieuwe straffen kunnen gelet op artikel 2 van het Strafwetboek niet retroactief worden toegepast.

⁽²⁵⁷⁾ *Parl. St. Kamer*, 2008-2009, 52-1666/01, p. 287.

3.2.2. (Deelneming aan) jaarrekeningenfraude

A. Verplichtingen inzake de jaarrekening

111. In titel VI van het boek IV van het Wetboek van vennootschappen vinden we enkele verplichtingen in verband met de (geconsolideerde) jaarrekening. In een aantal gevallen is de niet-naleving van deze verplichtingen strafbaar, zo onder meer ⁽²⁵⁸⁾:

- Het niet tijdig laten goedkeuren van de jaarrekening door de algemene vergadering (binnen 6 maanden na het afsluiten van het boekjaar), zelfs uit onachtzaamheid (art. 126, § 1, lid 1, 1° W. Venn.);
- Het bewust niet-naleven van het uitvoeringsbesluit aangaande de waarderingsmaatstaven voor inventarisatie en de vorm en inhoud van de jaarrekening (art. 126, § 1, lid 1, 2° W. Venn.). Bedrieglijk opzet kan leiden tot strafverzwaring (art. 126, § 1, lid 2 W. Venn.);
- Het niet-naleven van de verplichtingen inzake het opstellen van het jaarverslag en/of de erin op te nemen zaken, zelfs uit onachtzaamheid (art. 128, lid 1 W. Venn.). Ook hier kan in geval van bedrieglijk opzet de straf verzwaren (art. 128, lid 2 W. Venn.)

Daarnaast bevat ook de Boekhoudwet enkele strafsancities voor de bewuste niet-naleving van de regels in de Boekhoudwet en zijn uitvoeringsbesluiten en kan bedrieglijk opzet tot zwaardere straffen leiden (art. 16, lid 1 Boekhoudwet).

Deze strafbepalingen richten zich enkel tot de bestuurders, zaakvoerders, directeurs en/of lasthebbers van vennootschappen (wettelijke toerekening). De bedrijfsrevisor zal dus normaal enkel als deelnemer kunnen worden vervolgd. In dat opzicht wijzen wij er nogmaals op dat deelneming aan onopzettelijke misdrijven in beginsel is uitgesloten (*cf. supra*, nr. 61).

B. Valse jaarrekening

112. In tegenstelling tot de strafbepaling van artikel 126 van het Wetboek van vennootschappen bestraft artikel 127 van het Wetboek van vennootschappen alle personen die valsheid in geschriften plegen in de jaarrekening van een vennootschap, in de boekhouding of in alle handelsgeschriften die bewijskracht kunnen hebben ⁽²⁵⁹⁾.

⁽²⁵⁸⁾ S. DE MEULENAER, “Jaarrekeningfraude bekeken door een juridische bril. Is jaarrekeningfraude strafbaar?” in *Uit balans! Een interdisciplinaire analyse van recente boekhoudschandalen*, Antwerpen, Intersentia, 2004, p. 96-99.

⁽²⁵⁹⁾ *Cf.* voor een bespreking van dit misdrijf o.a. L. DUPONT en S. VAN DYCK, “Enkele perspectieven op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor” in *De aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor. Burgerrechtelijke, strafrechtelijke en tuchtrechtelijke aspecten*, Brugge, die Keure, 2003, p. 78-79; L. HUYBRECHTS, “Valse jaarrekeningen”, *RW* 1995-96, p. 2899 e.v.; L. DEMEYERE en J. ROZIE, “Strafrechtelijke bepalingen inzake vennootschapsrecht (valsheid in de jaarrekening en gebruik van valse jaarrekeningen)” in *NV in de praktijk*, losbl., 30 p.; J. ROZIE, “Art. 127 W. Venn.” in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, losbl., 10 p.

Het is van weinig belang of deze personen al dan niet de hoedanigheid van bestuurder van de vennootschap bezitten, of zij al dan niet lid zijn van de algemene vergadering en of men de jaarrekening of de boekhouding al dan niet als een collectief werk beschouwt ⁽²⁶⁰⁾.

Desalniettemin zal er van valsheid in de jaarrekening niet meteen sprake zijn in hoofde van de bedrijfsrevisor ⁽²⁶¹⁾. Ook hier komen de regels van de deelneming echter al snel om de hoek loeren, zoals het reeds aangehaalde arrest van het Hof van Beroep van Luik aantoon ⁽²⁶²⁾. Wij onderstrepen in dat opzicht opnieuw het belang van een direct deelnemingsopzet in hoofde van de bedrijfsrevisor.

3.2.3. (Deelneming aan) inkoop van eigen aandelen: kasgeldvennootschappen

113. Wij vermelden kort de strafbepalingen vermeld in de artikelen 347, 4° (voor de BVBA) en 648, 7° van het Wetboek van vennootschappen (voor de NV) ⁽²⁶³⁾. Deze strafbepalingen duiken de laatste jaren in ettelijke vorderingen van het openbaar ministerie op als schamierartikel in de strijd tegen kasgeldvennootschappenfraude. Ook de bedrijfsrevisor ontsnapte in enkele dossiers niet aan een vervolging.

Wij overlopen kort de kernpunten van een kasgeldvennootschappenconstructie ⁽²⁶⁴⁾. Vennootschap X (Oldco) verkoopt haar handelsfonds aan een (meestal nieuw opgerichte) vennootschap Y (Newco). Hierdoor wordt X een “kasgeldvennootschap”: zij beschikt enkel nog over liquide middelen en een latente belastingschuld bestaande in de meerwaarde gerealiseerd bij de overdracht van het handelsfonds. Deze belasting is in principe verschuldigd bij afsluiting van het boekjaar.

Na de verkoop van het handelsfonds worden de aandelen van de kasgeldvennootschap verkocht aan een derde op wie dan de fiscale verplichting komt te liggen. De belastingplichtige koper kan echter opteren voor het gunstregime van de gespreide belasting. Zo krijgt de belastingplichtige 5 jaar de tijd om een passende investering te vinden indien hij weder belegt in bijvoorbeeld een onroerend goed. Zo niet, zijn de gerealiseerde meerwaarden van de activaverkoop onmiddellijk en aan het volle tarief belastbaar.

Hoewel het voormeld systeem van de gespreide belasting zoals geregeld in artikel 47 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen voor de belastingplichtige een wettelijk optierecht uitmaakt, wordt dit helaas misbruikt. Kopers van de aandelen van

⁽²⁶⁰⁾ Corr. Luik 17 september 2003, *JLMB* 2003, afl. 35, 1542; *Journ. proc.* 2003, deel 1: afl. 465, 19, deel 2: afl. 466, p. 26; *JDSC* 2004, 348, noot M. DELVAUX.

⁽²⁶¹⁾ L. DUPONT en S. VAN DYCK, “Enkele perspectieven op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor” in *De aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor. Burgerrechtelijke, strafrechtelijke en tuchtrechtelijke aspecten*, Brugge, die Keure, 2003, p. 78.

⁽²⁶²⁾ Luik 25 januari 1996, *JDSC* 2000, 318, *JDSC* 2000, 241, noot M. CALUWAERTS., *RPS* 1997, 177, noot A. BENOIT-MOURY en N. THIRION.

⁽²⁶³⁾ Cf. voor de strafbepalingen van artikelen 347, 2° en 3° en 648, 3° en 5° van het Wetboek van vennootschappen; L. DUPONT en S. VAN DYCK, “Enkele perspectieven op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor” in *De aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor. Burgerrechtelijke, strafrechtelijke en tuchtrechtelijke aspecten*, Brugge, die Keure, 2003, p. 44.

⁽²⁶⁴⁾ Cf. hierover o.m. O. COENE, “Kasgeldvennootschappen en een juridische analyse”, *TFR* 2005, afl. 287, p. 751-756; T. AFSCHRIFT en D. DANTHINE, “De la licéité du principe des ventes simultanées d’actifs et d’actions d’une société dans le but d’éviter l’impôt”, *JDF* 2000, p. 193-241.

de kasgeldvennootschap met minder goede bedoelingen halen via diverse technieken de kasgelden uit de vennootschap, doen de vereiste investeringen niet en betalen evenmin de verschuldigde belastingen.

Niet zelden worden daarbij twee aspecten afgedekt:

- de financiering van de aankoop van de aandelen die in realiteit gebeurt met de kasgelden van de vennootschap en het “leeghalen van de kas”; en
- het niet doen van de vereiste investeringen om te kunnen genieten van de gespreide taxatie.

Over de schuld van de koper bij een dergelijke frauduleuze kasgeldvennootschap bestaat vaak weinig twijfel ⁽²⁶⁵⁾. De kernvraag is telkens weer of de verkoper en/of de erbij betrokken dienstverleners (zoals bedrijfsrevisoren) met het vereiste deelnemingsopzet aan die fraude hebben deelgenomen (*cf. supra*, nr. 60), zoals het Antwerpse Hof van Beroep benadrukte:

“Het vereiste moreel element moet worden beoordeeld rekening houdend met de kennis en de inzichten die de beklagden hadden op het ogenblik dat de hen verweten feiten werden gepleegd. Een schuldigverklaring is maar mogelijk indien vaststaat dat de beklagden hebben gehandeld met het vereiste (deelnemings-)opzet (...). Daarbij dient men zich te behoeden voor post factum-redeneringen.” ⁽²⁶⁶⁾.

3.2.4. Beursfraude

A. Algemeen

114. In het strafrecht vinden wij enkele specifieke vormen van bedrog en oplichting met betrekking tot de effectenhandel, zoals het verstrekken van valse informatie aan beleggers en de handel met voorkennis. De belangrijkste misdrijfbepalingen zijn emisiebedrog, marktmanipulatie en misbruik van voorkennis.

⁽²⁶⁵⁾ Antwerpen 15 september 2010, 2009 PGA 2576, onuitg.; Antwerpen 10 februari 2010, *FJF* 2010, afl. 5, 479, *TBH* 2010, afl. 5, 443, *TFR* 2010, afl. 383, 560, noot L. VANHEESWIJCK; Corr. Brussel 19 februari 2010, *TFR* 2010, afl. 383, p. 581; Corr. Brugge 2 maart 2010, *TFR* 2010, afl. 383, p. 580.

⁽²⁶⁶⁾ Antwerpen 10 februari 2010, *FJF* 2010, afl. 5, 479, *TBH* 2010, afl. 5, 443, *TFR* 2010, afl. 383, p. 560, noot L. VANHEESWIJCK.

B. Emissiebedrog: verspreiding misleidende informatie

115. Artikel 649 van het Wetboek van vennootschappen bepaalt dat emissiebedrog wordt bestraft zoals het misdrijf van oplichting (art. 496 Sw.). Beide misdrijven kunnen echter gezamenlijk gelijkgesteld worden ⁽²⁶⁷⁾. Het misdrijf van emissiebedrog bestaat uit ⁽²⁶⁸⁾:

- het uitlokken van inschrijvingen, stortingen of aankopen van aandelen;
- door voorwenden of bekendmaken van foutieve gegevens (*cf.* handelingen opgesomd in art. 649, 1° tot 4° W. Venn.); en
- met een bijzonder opzet ⁽²⁶⁹⁾.

Het misdrijf viseert bijvoorbeeld onjuiste waarderingen of deskundigenverslagen, het voorleggen van valse attesten of het bekendmaken van een onjuiste jaarrekening. Wat er niet onder valt zijn voorspellingen, verwachtingen en meningen ook al zijn deze onjuist ⁽²⁷⁰⁾.

Het misdrijf vereist ten slotte een causaal verband: de valse informatie moet effectief geleid hebben tot de voormelde transacties (*cf. infra*, nrs. 117 en 121).

C. Marktmanipulatie

116. Artikel 39 van de Wet Financieel Toezicht ⁽²⁷¹⁾ bestraft eenieder die met behulp van een bedrieglijk middel informatie en geruchten over de koers van een financieel instrument verspreidt, die valse of misleidende aanwijzingen over een koersaandeel kunnen geven en die een kunstmatige of abnormale invloed kunnen hebben op de markt ⁽²⁷²⁾. De constitutieve bestanddelen zijn ⁽²⁷³⁾:

- trachten de prijs van een financieel instrument te verhogen of te verlagen;

⁽²⁶⁷⁾ *Cf.* in tegenstelling tot artikel 38 van de Wet Financieel Toezicht dat een op de effectenhandel toegespitste bijzondere vorm van oplichting strafbaar stelt. F. DERUYCK, “De wet van 6 april 1995 inzake de secundaire markten, het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en de beleggingsadviseurs: strafrechtelijke en administratiefrechtelijke handhaving” in *Ondernemingsstrafrecht*, Brugge, die Keure, 1999, p. 122.

⁽²⁶⁸⁾ J. SPREUTELS, F. ROGGEN en E. ROGER FRANCE, *Droit Pénal des Affaires*, Brussel, Bruylant, 2005, p. 656-660; J. ROZIE, “Art. 649 W. Venn.” in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 7 p.

⁽²⁶⁹⁾ J. ROZIE, “Art. 649 W. Venn.” in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 7 p.

⁽²⁷⁰⁾ *Ibid.*

⁽²⁷¹⁾ Wet 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, *BS* 4 september 2002.

⁽²⁷²⁾ J. VAN LANCKER en K. VERDOODT, “Nieuwe regels inzake marktmanipulatie en misbruik van voorkennis”, *TRV* 2003, 40; *Cf.* ook art. 311 Sw. dat betrekking heeft op koersmanipulatie van overheidseffecten.

⁽²⁷³⁾ J. SPREUTELS, F. ROGGEN en E. ROGER FRANCE, *Droit Pénal des Affaires*, Brussel, Bruylant, 2005, p. 608-613.

- door de aanwending van bedrieglijke middelen. Het verspreiden van juiste informatie is bijgevolg geen marktmanipulatie, zelfs al heeft men deze informatie op onrechtmatige wijze bekomen⁽²⁷⁴⁾; en
- het bedrieglijk opzet om de koers te beïnvloeden⁽²⁷⁵⁾.

117. Men beoogt een prijsverhoging of -verlaging van het financiële instrument door het gebruik van een bedrieglijk middel. Een effectieve koersstijging of -daling is bijgevolg niet vereist⁽²⁷⁶⁾. Wel vergt de wet een causaal verband tussen de misleidende informatie en beoogde koersstijging of -daling.

De invulling van de beoordeling van de causaliteit in strafzaken verschilt wezenlijk van de wijze waarop dit begrip in civielrechtelijke zaken wordt ingevuld. Door het beginsel *in dubio pro reo* stelt men in het strafrecht namelijk strengere eisen aan het te bewijzen causaal verband dan in het burgerlijk recht⁽²⁷⁷⁾. Een *statistische* kans kan niet leiden tot een strafrechtelijke veroordeling. Zelfs een kans van 90 % wordt volgens deze rechtspraak onvoldoende geacht als bewijs van de causaliteit^{(278) (279)}.

Een strafrechtelijke veroordeling kan immers niet op een mogelijkheid of hypothese worden gegrond⁽²⁸⁰⁾. Er moet dus een met 100 % zekerheid vastgesteld causaal verband tussen het bedrieglijk middel en de koersbeïnvloeding worden aangetoond. Dit bewijs zal niet zo eenvoudig te leveren zijn omdat er vele andere oorzaken voor de koersstijging of -daling mogelijk zijn⁽²⁸¹⁾.

⁽²⁷⁴⁾ J. VAN LANCKER en K. VERDOODT, “Nieuwe regels inzake marktmanipulatie en misbruik van voorkennis”, *TRV* 2003, p. 41.

⁽²⁷⁵⁾ J. CERFONTAINE, “Beurssdelicten”, *TBH* 1997, dossier nr. 4, p. 135.

⁽²⁷⁶⁾ F. DERUYCK, “De wet van 6 april 1995 inzake de secundaire markten, het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en de beleggingsadviseurs: strafrechtelijke en administratiefrechtelijke handhaving” in *Ondernemingsstrafrecht*, Brugge, die Keure, 1999, p. 120.

⁽²⁷⁷⁾ Voorbeelden hiervan vinden wij vooral terug in het kader van een vervolging voor onopzettelijke slagen en verwondingen of onopzettelijke doodslag. O.m. Gent 7 mei 2003, arrestnr. 92441, onuitg.; Antwerpen 30 juni 2003, nr. 1103 P 94, onuitg., p. 149; Corr. Antwerpen 13 maart 2007, nr. A 68 onuitg., p. 5; Corr. Antwerpen 4 september 2009, nr. 4061, onuitg., p. 8; M. FAURE en J. VANHEULE, “Milieustrafrecht” in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2006, nr. 508

⁽²⁷⁸⁾ Cass. 23 september 1974, *Arr. Cass.* 1975, 87; Cass. 6 oktober 1969, *Arr. Cass.* 1970, p. 132 en Cass. 3 april 1987, *Arr. Cass.* 1986-1987, p. 1012. *Cf.* ook L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, nr. 309

⁽²⁷⁹⁾ Ook de Franse rechtspraak en rechtler oneren dat “*une simple probabilité ne suffit pas*”: Cass. crim. 24 oktober 1973, *Bull. crim.*, n° 378; Cass. Crim 9 janvier 1979, *JCP* 1980 II, 19272, noot CHABAS, *Rev. Sc. Crim.* 1980, 433, obs. LEVASSEUR; Cass. Crim 4 oktober 1990, *Dr. pén.* 1991, n° 9, comm. VERON; Cass. Crim 10 januari 1991, *Dr. pén.* 1991, n° 169, comm. Veron (waaraan wordt gerefereerd door M.-C. NAGOUAS-GUÉRIN, *Le doute en matière pénale*, Paris, Dalloz (Nouvelle Bibliothèque des thèses)), 2002, p. 363.

⁽²⁸⁰⁾ P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, Poitiers, LGDJ, 2006, nr. 113; A. DE NAUW, *Initiation au droit pénal spécial*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, p. 250.

⁽²⁸¹⁾ F. DERUYCK, “De wet van 6 april 1995 inzake de secundaire markten, het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en de beleggingsadviseurs: strafrechtelijke en administratiefrechtelijke handhaving” in *Ondernemingsstrafrecht*, Brugge, die Keure, 1999, p. 120.

D. Misbruik van voorkennis

a. Insider trading

118. Het verspreiden van juiste informatie kan echter wel strafbaar zijn onder het misdrijf van misbruik van voorkennis (art. 40). Artikel 40, § 1 verbiedt een bepaalde groep van personen om geheime *koersgevoelige* informatie aan te wenden voor het (ver)kopen van financiële instrumenten, aldus de “klassieke” handel met voorkennis of *insider trading*. Artikel 40, § 2 legt hen daarnaast een geheimhoudingsplicht op en bestraft bijgevolg de informatielekken.

Deze misdrijven bevatten volgende constitutieve bestanddelen:

- De dader moet een “*insider*” (primaair of secundair) zijn ⁽²⁸²⁾. *Insiders* zijn de personen die over informatie beschikken waarvan ze weten of redelijkerwijze moeten weten dat deze informatie voorkennis uitmaakt. Naast de klassieke *corporate insiders* ⁽²⁸³⁾ beschouwt de wetgever als primaire *insider* alle personen die door hun werk, beroep of functie toegang hebben tot de bevoorrechte informatie (art. 40, § 1, lid 1, 3°);
Deze categorie is heel ruim en omvat haast alle personen die beroepsmatig met de emittent te maken hebben, waaronder ook de bedrijfsrevisor ⁽²⁸⁴⁾. De wetgever viseert daarnaast de secundaire *insiders* of *tippees*. Dit zijn alle personen die deze bevoorrechte informatie rechtstreeks of onrechtstreeks van een primaire insider (*tippers*) hebben gekregen (art. 40, § 3);
- Het moet gaan om bevoorrechte informatie of zogenaamde voorkennis (*cf. infra*, nr. 119);
- Verboden handelingen zijn het (proberen te) verhandelen (art. 40, § 1), mededelen (art. 40, § 2, 1°) en aanbevelen (art. 40, § 2, 2°); en
- Dit alles moet gepaard gaan met een algemeen opzet.

b. Voorkennis

119. De Wet Financieel Toezicht geeft een definitie van voorkennis. Volgens artikel 2, 14° betreft het informatie:

⁽²⁸²⁾ Merk hierbij het verschil op met het misdrijf van marktmanipulatie waarbij de wetgever eender wie viseert.

⁽²⁸³⁾ Zijnde de leden van de beheers-, bestuurs- of toezichtorganen van de emittent of een vennootschap die nauwe banden heeft met die emittent (art. 40, § 1, lid 1, 1°), alsook de aandeelhouders van de emittent (art. 40, § 1, lid 1, 2°). Lees hierover meer in J. VAN LANCKER en K. VERDOODT, “Nieuwe regels inzake marktmanipulatie en misbruik van voorkennis”, *TRV* 2003, p. 54 e.v.; K. GEENS, “Voorkennis en financiële informatie na de wet van 2 augustus 2002” in *Vennootschaps- en financieel recht*, Brugge, die Keure, 2005, p. 56 e.v.

⁽²⁸⁴⁾ O.a. ook kaderleden en andere werknemers, boekhouders, bankiers, consultants, leveranciers, raadsliden, journalisten, enz.

- *die niet openbaar is gemaakt* ⁽²⁸⁵⁾. Voorkennis slaat uiteraard niet op informatie die men door het analyseren van publieke informatie heeft verkregen;
- *die nauwkeurig is*. Dit betekent dat ze specifiek genoeg moet zijn om er een conclusie uit te trekken over de mogelijke invloed van een situatie of gebeurtenis op de koers van financiële instrumenten of van daarvan afgeleide financiële instrumenten. Voorkennis slaat dus niet op vage geruchten of vermoedens. Het moet wel niet om een vaststaand feit gaan. Het volstaat dat de informatie betrekking heeft op een situatie of gebeurtenis die naar alle waarschijnlijkheid zal plaatsvinden (*cf.* art. 2, 14^o, laatste lid) ⁽²⁸⁶⁾;
- *die rechtstreeks of onrechtstreeks betrekking heeft op één of meer financiële instrumenten of op de emittenten ervan* ⁽²⁸⁷⁾. Deze bepaling moet ruim worden opgevat. Het omvat zowel vennootschapsgerelateerde informatie als algemene informatie die een invloed op de markt kan hebben ⁽²⁸⁸⁾. De lancering van een nieuw product, een nakende winstuitkering, de overname van een bedrijf, het vertrek van een topman of het verlies van een belangrijke klant zijn situaties die het marktaandeel aanzienlijk kunnen beïnvloeden;
- *die koersgevoelig is* ⁽²⁸⁹⁾. De informatie moet van die aard zijn dat, mocht ze openbaar worden gemaakt, ze de koers van de financiële instrumenten en aanverwanten aanzienlijk *kan* beïnvloeden. Het is echter niet vereist dat de informatie, eens openbaar, ook effectief een invloed op de koers heeft gehad. Omgekeerd kan uit het gerealiseerde effect na de openbaarmaking ook niet automatisch worden afgeleid dat de informatie koersgevoelig was ⁽²⁹⁰⁾.

c. Verboden handelingen

120. Er zijn drie verboden handelingen:

- Verhandelingsverbod (artikel 40, § 1): gebruik maken van de voorkennis om het financiële instrument en aanverwanten waarop deze voorkennis betrekking heeft, voor eigen of voor andermans rekening, rechtstreeks of onrechtstreeks, (proberen te) *verkrijgen of vervreemden*;
- Mededelingsverbod (art. 40, § 2, 1^o): de voorkennis aan derden *meedelen* tenzij dit gebeurt binnen de normale beroepsuitoefening ⁽²⁹¹⁾;
- Tipverbod (art. 40, § 2, 2^o): op grond van de voorkennis iemand anders *aanbevelen* om de financiële instrumenten waarop deze voorkennis betrekking heeft te verkrijgen of te vervreemden of door anderen te doen verkrijgen of vervreemden. Merk op

⁽²⁸⁵⁾ Volgens sommigen verliest de informatie pas haar bevoorrecht karakter wanneer ze effectief openbaar is. J. VAN LANCKER en K. VERDOODT, “Nieuwe regels inzake marktmanipulatie en misbruik van voorkennis”, *TRV* 2003, p. 57.

⁽²⁸⁶⁾ *Cf.* echter Gent 3 november 2005, *TRV* 2005, afl. 6, p. 400, noot.

⁽²⁸⁷⁾ *Cf.* art. 2, 1^o *Corporate Governance*-wet.

⁽²⁸⁸⁾ Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, nr. 50-1842, p. 39-40.

⁽²⁸⁹⁾ L. HUYBRECHTS, “Het zaken-, bank- en beroepsgeheim in het strafproces” in *Ondernemingsstrafrecht*, Brugge, die Keure, 1999, p. 145.

⁽²⁹⁰⁾ *Cf.* echter Corr. Gent 27 september 1995, *Bank. Fin.* 1995, 535, noot; *TGR* 1995, 250, *RPS* 1996, 155, *RW* 1996-97, 469, noot, *err. RW* 1996-97, 896; J. VAN LANCKER en K. VERDOODT, “Nieuwe regels inzake marktmanipulatie en misbruik van voorkennis”, *TRV* 2003, p. 59.

⁽²⁹¹⁾ Als de emittent voorkennis, waarvan hij de openbaarmaking heeft uitgesteld, meedeelt aan een derde binnen de normale beroepsuitoefening, moet de emittent de informatie wel onmiddellijk openbaar maken tenzij deze derde een geheimhoudingsplicht heeft (*cf.* art. 10, § 1).

dat aanbevelingen die binnen de normale beroepsuitoefening plaatsvinden hier niet worden uitgesloten ⁽²⁹²⁾.

De twee strafbepalingen onder § 2 vullen elkaar mooi aan. Het mededelingsverbod bevat een geheimhoudingsverplichting met betrekking tot de bevoorrechte informatie, zonder het aanraden van transacties. Het tipverbod bestraft dan weer het aanraden van transacties, zonder het lekken van de informatie. Er geldt met andere woorden een volstreekte zwijgplicht.

Het afzien of uitstellen van een transactie met voorkennis is niet strafbaar, net zomin als iemand aanbevelen om aandelen *niet* te verkrijgen of *niet* te vervreemden ⁽²⁹³⁾. Als een *insider* weet dat de aandelen van een bedrijf gaan zakken, mag hij dus wel afzien van aandelen te kopen of iemand afraden om aandelen te kopen. Omgekeerd, als hij weet dat de aandelen gaan stijgen, mag hij afzien van zijn beslissing om te verkopen of iemand afraden om aandelen te verkopen.

Een poging om aandelen te verkrijgen of te vervreemden, alsook het louter meedelen of aanbevelen volstaat al om strafbaar te zijn. Het is niet vereist dat de derde ook effectief ingaat op deze tip.

d. Causaal verband

121. De wet vereist bij het verhandelingsverbod en het tipverbod expliciet dat men handelde op grond van de voorkennis. Gezien financiële adviseurs vaak toegang hebben tot een schat aan gevoelige bedrijfsinformatie, dreigt het spelen op de beurs voor hen al snel een riskante aangelegenheid te worden.

Vroeger bestond er zelfs een absoluut handelsverbod: zodra men kennis had van de bevoorrechte informatie, kon men geen aandelen meer (ver)kopen. In 2002 legde de wetgever de strafdrempel wat hoger. Sindsdien is vereist dat de insider bij het verhandelen van aandelen effectief gebruik heeft gemaakt van de bevoorrechte kennis (causaliteitsvereiste), wat de bewijslast voor de vervolgende partij verzwaart ⁽²⁹⁴⁾. Net zoals bij de marktmanipulatie moet de causaliteit met zekerheid vaststaan (*cf. supra*, nr. 117) ⁽²⁹⁵⁾.

⁽²⁹²⁾ K. GEENS, "Voorkennis en financiële informatie na de wet van 2 augustus 2002", in *Vennootschaps- en financieel recht*, Brugge, die Keure, 2005, p. 59.

⁽²⁹³⁾ Tenzij men hierbij de bevoorrechte informatie meedeelt. Dan blijft men strafbaar onder art. 40, § 2, 2°. J. VAN LANCKER en K. VERDOODT, "Nieuwe regels inzake marktmanipulatie en misbruik van voorkennis", *TRV* 2003, p. 62.

⁽²⁹⁴⁾ B. FERON et P.P. DE CHATELET, "Les délits de marchés" in Ch. JASOGNE en G. BLOCK, *Droit bancaire et financier*, T.P.D.C., V, p. 273; Gelet op het principe van artikel 2 Sw., dat stelt dat een mildere strafwet retroactief van toepassing is, geldt deze voorwaarde ook voor feiten van vóór de inwerkingtreding van de Wet Financieel Toezicht, zijnde 1 juni 2003 wat betreft de artikelen 39 en 40 (art. 1, 1° KB 3 april 2003, *BS* 29 april 2003).

⁽²⁹⁵⁾ Gent 30 april 1997, *Bank Fin.* 1997, 413, noot J. CERFONTAINE, *TRV* 1997, 336, *V&F* 1997, p. 337.

Deze vereiste van causaliteit staat los van het morele bestanddeel ⁽²⁹⁶⁾. Het causale verband tussen voorkennis en het vervreemden of verkrijgen van financiële instrumenten impliceert immers niet noodzakelijk het bestaan van een intentie. De transactie of de tip kan zelfs bij een aangetoond causaal verband nog steeds te wijten zijn aan een onvoorzichtigheid.

e. Moreel bestanddeel

122. Wat betreft het moreel bestanddeel verwijzen verschillende auteurs naar de vereiste van artikel 40 dat de *insider* op het ogenblik van de verboden handeling “*wist of redelijkerwijze moest weten*” dat de informatie bevoorrecht was. Voor secundaire *insiders* is daarnaast ook vereist dat zij *wisten of moesten weten* dat deze informatie initieel afkomstig was van een primaire *insiders* ⁽²⁹⁷⁾.

Deze auteurs leiden uit deze formulering af dat voor het misdrijf onachtzaamheid al volstaat ⁽²⁹⁸⁾. Dit zou betekenen dat men zich bij een loutere onoplettendheid al op glad ijs begeeft. Deze formulering is echter perfect vergelijkbaar met het morele bestanddeel van het eerste en derde witwasmisdrijf (*cf. supra*, nrs. 98-101). Ook hier spreekt de wetgever van het “*kennen of moesten kennen*” van de illegale oorsprong.

Wij zien niet in waarom dit anders zou zijn bij het misdrijf van misbruik van voorkennis waar de wetgever dezelfde terminologie hanteerde. Bijgevolg is een algemeen opzet vereist ⁽²⁹⁹⁾. De *insider* moet bewust (wetens en willens) de bevoorrechte informatie hebben gebruikt of gelekt. Op dat ogenblik wist of moest hij weten dat deze informatie bevoorrecht was en – in het geval van secundaire *insiders* – dat de informatie afkomstig was van een primaire *insider*. Een loutere onachtzaamheid is bijgevolg niet voldoende, evenmin is vereist dat de insider een onrechtmatig voordeel nastreefde, bijvoorbeeld een vergoeding in ruil voor een tip.

f. Voorbeelden

123. Een boekhouder die beschikt over niet-verspreide gegevens over een verrichting die van aard is om aanleiding te geven tot een buitengewone winstuitkering, beschikt over voorkennis met betrekking tot de bedrijfsresultaten. Als hij op basis van deze kennis aandelen van de onderneming koopt, pleegt hij het misdrijf van misbruik van voorkennis ⁽³⁰⁰⁾. Voor het overige vinden wij in België tot op heden weinig veroordelingen voor dit misdrijf.

⁽²⁹⁶⁾ Gent 3 november 2005, *TRV* 2005, p. 411-412

⁽²⁹⁷⁾ Merk op dat wanneer de ketting van informatielekken lang was, dit bewijs moeilijk te leveren zal zijn.

⁽²⁹⁸⁾ J. VAN LANCKER en K. VERDOODT, “Nieuwe regels inzake marktmanipulatie en misbruik van voorkennis”, *TRV* 2003, p. 63-64.

⁽²⁹⁹⁾ *Parl. St.* Senaat 2002-2003, nr. 2-1297/1, 2 en 3; B. FERON et P.P. DE CHATELET, “Les délits de marchés” in CH. JASOGNE en G. BLOCK, *Droit bancaire et financier*, TPDC, V, p. 278; K. VANDERHEYDEN en A. VAN DEN BROECK, “Financieel strafrecht” in *Strafrecht in de onderneming*, Antwerpen, Intersentia, 2004, p. 338.

⁽³⁰⁰⁾ Corr. Charleroi 27 september 1995, *Bank. Fin.* 1995, 539; *RPS* 1996, p. 152.

3.2.5. (Deelneming aan) belastingontduiking en BTW-fraude

124. Aan zo goed als alle bovenvermelde fraudemisdrijven hangt een fiscaal staartje en vooral een fiscaal prijskaartje vast. De vennootschapsbelasting wordt immers berekend op basis van de balans en de resultatenrekening. Als de jaarrekening bijgevolg geen getrouw beeld geeft, bijvoorbeeld omdat de omzet gemanipuleerd werd, reserves werden overschat of verkeerd werden geboekt, heeft dit quasi onvermijdelijk fiscale gevolgen⁽³⁰¹⁾. Ook beursfraude en gemeenrechtelijke fraudemisdrijven, zoals misbruik van vennootschapsgoederen, informaticafraude en/of witwassen, leunen vaak zeer dicht bij fiscale fraude aan (art. 449 WIB en art. 73 WBTW).

Wat deze misdrijven doorgaans van elkaar zal onderscheiden, is de vereiste schuldvorm. Het fiscale fraudemisdrijf gaat gewoonlijk gepaard met een fiscale valsheid in geschriften (art. 450 WIB en art. 73bis WBTW). De fiscale valsheid vereist een *fiscaal* bijzonder opzet: men pleegt een valsheid met de bedoeling om fiscale fraude (art. 449 WIB of art. 73 WBTW) te plegen⁽³⁰²⁾.

Dit bedrieglijk opzet is dus de link tussen fiscale valsheid en fiscale fraude. Het fiscale fraudemisdrijf vereist ook een bedrieglijk opzet maar dit hoeft niet noodzakelijk een fiscaal oogmerk te zijn. Het volstaat dat de dader door de fiscale overtreding een onrechtmatig voordeel voor zichzelf of een ander beoogt. Dit bijzonder opzet bestaat niet uitsluitend uit de wil om de verschuldigde belasting te ontduiken⁽³⁰³⁾. Het gaat bijgevolg niet alleen om zuiver fiscaal voordeel.

Samenloop zal in de regel mogelijk zijn wanneer de dader naast fiscale fraude ook andere bijbedoelingen had, bijvoorbeeld het beïnvloeden van het koersaandeel of het zich toeëigenen van vennootschapsactiva zonder deze aan te geven⁽³⁰⁴⁾. Het bedrieglijk opzet kan zich dus richten op zowel fiscale fraude als andere onrechtmatige voordelen⁽³⁰⁵⁾.

⁽³⁰¹⁾ S. DE MEULENAER, "Jaarrekeningfraude bekeken door een juridische bril. Is jaarrekeningfraude strafbaar?" in *Uit balans! Een interdisciplinaire analyse van recente boekhoudschandalen*, Antwerpen, Intersentia, 2004, p. 99.

⁽³⁰²⁾ Cass 24 april 2001, *Arr. Cass.* 2001, afl. 4, 683, *FJF* 2001, 677, *Pas.* 2001, afl. 4, 675, *T. Strafr.* 2002, p. 261.

⁽³⁰³⁾ B. SPRIET, "De strafbaarstelling inzake fiscale fraude" in M. MAUS en M. ROZIE, *Actuele problemen van het fiscaal strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, p. 516-522.

⁽³⁰⁴⁾ Soms zal er geen samenloop mogelijk zijn omdat de bijzondere regeling van de fiscale misdrijven de toepassing van de gemeenrechtelijke misdrijven uitsluit. Noteer wel dat dit enkel geldt voor de misdrijven van het Strafwetboek. Een regel dat een bijzondere wet een andere bijzondere wet uitsluit is ons niet gekend. *Cf.* over de toepassing van de *lex specialis*-regel o.a. B. SPRIET, "De strafbaarstelling inzake fiscale fraude" in M. MAUS en M. ROZIE, *Actuele problemen van het fiscaal strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, p. 532-537; B. SPRIET, "samenloop tussen gemeenrechtelijke misdrijven en misdrijven uit het bijzonder strafrecht (bv. sociaal, fiscaal of economisch strafrecht) of *lex specialis*-/*lex generalis*-regel" in *Ondernemingsstrafrecht*, Brugge, die Keure, 1999, p. 203-228.

⁽³⁰⁵⁾ S. DE MEULENAER, "Jaarrekeningfraude bekeken door een juridische bril. Is jaarrekeningfraude strafbaar?" in *Uit balans! Een interdisciplinaire analyse van recente boekhoudschandalen*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 100; J. VAN STEENWINKEL en T. DE WIT, "Fiscaal strafrecht" in *Strafrecht in de onderneming*, Antwerpen, Intersentia, 2004, p. 155.

Dit zal echter niet altijd zo zijn. Wanneer bijvoorbeeld een bestuurder zich een voordeel in natura laat toekennen en dit niet aangeeft, gaat dit niet noodzakelijk gepaard met het bijzonder opzet van artikel 492*bis* van het Strafwetboek. Omgekeerd kan dit voordeel voorwerp uitmaken van het misdrijf van artikel 492*bis* van het Strafwetboek zonder dat de bestuurder fiscale fraude pleegt⁽³⁰⁶⁾. De belastinginspectie laat zich immers niet in met de opportuniteit van beroepskosten⁽³⁰⁷⁾.

De bedrijfsrevisor zal doorgaans als deelnemer aan de fiscale misdrijven worden vervolgd. In dat geval moet in zijn hoofd niet het bijzonder opzet, maar wel het deelnemingsopzet worden aangetoond (*cf. supra*, nr. 63)⁽³⁰⁸⁾. De implicaties van een strafrechtelijke veroordeling voor fiscale inbreuken zijn ook voor de deelnemer erg verregaand.

In het bijzonder wijzen wij op de hoofdelijke gehoudenheid tot de betaling van de ontdoken belasting (art. 458 WIB). Eenieder die veroordeeld werd voor een fiscale inbreuk, hoe licht diens aandeel ook is geweest, kan worden aangesproken voor de betaling van het volledige bedrag van de ontdoken belasting. Dus ook al heeft men zijn eigen belasting niet ontdoken en heeft men strikt genomen geen enkel voordeel genoten, toch kan de deelnemer gehouden zijn tot betaling van de ontdoken belasting. Deze maatregel wordt niet als een straf beschouwd, maar als een automatisch burgerrechtelijk gevolg van de strafrechtelijke veroordeling⁽³⁰⁹⁾.

⁽³⁰⁶⁾ J. SPREUTELS, F. ROGGEN en E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, Brussel, Bruylant, 2005, 371 e.v. ; E. ROGER FRANCE, "Abus de biens sociaux, droit fiscal et groupes de sociétés", *RDF* 1998, 267 e.v..

⁽³⁰⁷⁾ Let wel op art. 53, 10° WIB.: "Als beroepskosten worden niet aangemerkt alle kosten in zover deze op onredelijke wijze de beroepsbehoeften overtreffen."

⁽³⁰⁸⁾ Zeer lezenswaardig zijn de overwegingen van het reeds geciteerde arrest van het hof van beroep van Antwerpen over het deelnemingsopzet. Antwerpen 10 februari 2010, *FJF* 2010, afl. 125, 479-499, *TFR* 2010, 560, noot L. VANHEESWIJCK.

⁽³⁰⁹⁾ Het Grondwettelijk Hof heeft al geoordeeld dat de hoofdelijke gehoudenheid geen strafrechtelijke sanctie is in de zin van art. 6 EVRM (GwH 18 juni 2009, arrest nr. 99/2009, www.arbitrage.be). Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg hanteert echter een autonome interpretatie van het begrip "straf" (EHRM 21 februari 1984, *Oztürk, Publ. Cour.*, Série A, nr. 73). De vraag rijst of de Belgische rechtspraak de Straatsburgse toets kan doorstaan. Indien artikel 458 WIB inderdaad een burgerrechtelijk gevolg is, rijst daarnaast de vraag of deze bepaling analoog is met de hoofdelijke gehoudenheid van art. 50 Sw. Belangrijk is dat artikel 50, lid 3 Sw. toelaat dat het aandeel van eenieder wordt geïndividualiseerd in functie van de door hem/haar veroorzaakte schade. Men zou kunnen argumenteren dat deze bepaling per analogie ook in het geval van artikel 458 WIB moet kunnen worden toegepast. Het Hof van Cassatie oordeelde alvast dat de hoofdelijke gehoudenheid i.v.m. belastingen gelijkaardig is aan de hoofdelijke gehoudenheid tot teruggave ten aanzien van alle wegens een zelfde misdrijf veroordeelde personen bepaald in artikel 50 van het Strafwetboek. Cass. 15 oktober 2002, *Arr. Cass.* 2002, nr. 540 en Cass. 21 oktober 2008, P.08.0535.N., www.cass.be.

HOOFDSTUK 4

DE STRAFRECHTELIJKE GEVOLGEN: EEN SCHEMATISCH OVERZICHT

CHAPITRE 4

LES CONSEQUENCES PENALES : UN APERCU SCHEMATIQUE

4.1. INLEIDING

125. In dit overzicht houden wij enkel rekening met de vermogensstraffen bij de hierboven besproken misdrijven. Zo laten wij voor de natuurlijke persoon de facultatieve bijkomende straf van de ontzetting onbesproken (art. 31, lid 1 *juncto* art. 33 Sw.). Noteer dat deze sanctie altijd facultatief is en slechts mogelijk is als de wet dit bepaalt (*cf.* bv. art. 490 Sw., 492*bis* Sw., 505 Sw., 649 W. Venn.). Bij gecorrectionaliseerde misdaden is ze altijd mogelijk. Daarnaast kan de natuurlijke persoon ook ontzet worden uit zijn kiesrecht (art. 33*bis* Sw.).

Voor rechtspersonen is de ontbinding (artikel 35 van het Strafwetboek) een facultatieve bijkomende straf. De rechter kan deze straf echter slechts in twee gevallen uitspreken. Fraude door de bedrijfsrevisor is geen dergelijk geval.

98

4.2. SELECTIE BELANGRIJKSTE STRAFFEN

| Misdrif | Strafsancties | | | |
|--|--|--|---|---|
| | Hoofdstraf ³¹⁴ | | Bijkomende straf | |
| | Natuurlijke persoon | Rechtspersoon ³¹⁵ | Verplicht | Facultatief |
| Valsheid in geschriften (art. 196 Sw.) | 5 tot 10 jaar opsluiting of na correctionalisatie 1 maand tot 5 jaar gevangenisstraf | 120.000 tot 240.000 EUR of na correctionalisatie 500 tot 120.000 EUR (x opdecieimen) | 26 tot 2.000 EUR (x opdecieimen) ⁽³¹⁶⁾ Verbeurdverklaring ex art. 42, 1° en 2° Sw. | Verbeurdverklaring ex art. 42, 3° Sw. Beroepsverbod van 3 tot 10 jaar (art. 1, d KB nr. 22) ⁽³¹⁷⁾ |
| Valsheid in informatica (art. 210bis Sw.) | 1 maand tot 5 jaar gevangenisstraf of 26 tot 100.000 EUR (x opdecieimen) | 500 tot 200.000 EUR (x opdecieimen) | Verbeurdverklaring ex art. 42, 1° en 2° Sw. | 26 tot 100.000 EUR (x opdecieimen) ⁽³¹⁸⁾ Verbeurdverklaring ex art. 42, 3° Sw. |
| Bedrieglijk faillissement (art. 489ter, 1° Sw.) | 1 maand tot 5 jaar gevangenisstraf | 500 tot 1.000.000 EUR (x opdecieimen) | 100 tot 500.000 EUR (x opdecieimen) ⁽³¹⁹⁾ Verbeurdverklaring ex art. 42, 1° en 2° Sw. | Verbeurdverklaring ex art. 42, 3° Sw. Bekendmaking veroordelende beslissing (art. 490 Sw.) Beroepsverbod van 3 tot 10 jaar (art. 1, g en art. 1bis KB nr. 22) |
| Misbruik van vennootschapsgoederen (art. 492bis Sw.) | 1 maand tot 5 jaar gevangenisstraf | 500 tot 1.000.000 EUR (x opdecieimen) | 100 tot 500.000 EUR (x opdecieimen) ⁽³²⁰⁾ Verbeurdverklaring ex art. 42, 1° en 2° Sw. | Verbeurdverklaring ex art. 42, 3° Sw. Beroepsverbod van 3 tot 10 jaar (art. 1, g en art. 1bis KB nr. 22) |

⁽³¹⁴⁾ De hypothese van de werkstraf (art. 37ter Sw.) buiten beschouwing gelaten. De opdecieimen komen neer op een vermenigvuldiging met 6 (voor feiten gepleegd na 1 januari 2012, voor feiten gepleegd of voltooid voor 1 januari 2012 moet nog vermenigvuldigd worden met 5,5).

⁽³¹⁵⁾ Toepassing van artikel 41bis van het Strafwetboek.

⁽³¹⁶⁾ Enkel voor de natuurlijke persoon.

⁽³¹⁷⁾ Deze straf kan ook aan de rechtspersoon worden opgelegd. G. SCHOORENS, B. WINDEY en M. VANMEENEN, "Het beroepsverbod: een actuele stand van zaken" in *Gerechtigd akkoord en Faillissement*, VIII.C-1 – VIII.C-46, p. 17.

⁽³¹⁸⁾ Deze straf kan ook aan de rechtspersoon worden opgelegd. G. SCHOORENS, B. WINDEY en M. VANMEENEN, "Het beroepsverbod: een actuele stand van zaken" in *Gerechtigd akkoord en Faillissement*, VIII.C-1 – VIII.C-46, p. 17.

⁽³¹⁹⁾ Enkel voor de natuurlijke persoon.

⁽³²⁰⁾ Enkel voor de natuurlijke persoon.

| Misdrijf | Strafsancties | | | |
|--|---|------------------------------------|---|---|
| | Hoofdstraf | | Bijkomende straf | |
| | Natuurlijke persoon | Rechtspersoon | Verplicht | Facultatief |
| Informaticabedrog (art. 504 ^{quater} Sw.) | 6 maanden tot 5 jaar gevangenisstraf of 26 tot 100.000 EUR (x opdecimien) | 500 tot 200.000 EUR (x opdecimien) | Verbeurdverklaring ex art. 42, 1° en 2° Sw. | 26 tot 100.000 EUR (x opdecimien) ⁽³²¹⁾ Verbeurdverklaring ex art. 42, 3° Sw. |
| Witwassen (art. 505 Sw.) | 15 dagen tot 5 jaar gevangenisstraf of 26 tot 100.000 EUR (x opdecimien) | 500 tot 200.000 EUR (x opdecimien) | Verbeurdverklaring van de witgewassen vermogensvoordelen (art. 505, lid 6 en 7 Verbeurdverklaring ex art. 42, 1° en 2° Sw. | 26 tot 100.000 EUR (x opdecimien) ⁽³²²⁾ Verbeurdverklaring ex art. 42, 3° Sw. ⁽³²³⁾ Beroepsverbod van 3 tot 10 jaar (art. 1, f KB nr. 22) |
| (On)opzettelijke wederrechtelijke attestatie van rekeningen (art. 171, § 2, lid 1 W. Venn. en art. 16, lid 3 Boekhoudwet) | 50 tot 10.000 EUR (x opdecimien) | | Verbeurdverklaring ex art. 42, 1° en 2° | Verbeurdverklaring ex art. 42, 3° |
| Bedrieglijke wederrechtelijke attestatie van rekeningen (art. 171, § 2, lid 2 W. Venn. en artikel 16, lid 3 Boekhoudwet) | 1 maand tot 1 jaar gevangenisstraf of 50 tot 10.000 EUR (x opdecimien) | 500 tot 24.000 EUR (x opdecimien) | Verbeurdverklaring ex art. 42, 1° en 2° | 50 tot 10.000 EUR geldboete (x opdecimien) ⁽³²⁴⁾ |

⁽³²¹⁾ Enkel voor de natuurlijke persoon en indien de gevangenisstraf als hoofdstraf werd uitgesproken.

⁽³²²⁾ Enkel voor de natuurlijke persoon en indien de gevangenisstraf als hoofdstraf werd uitgesproken.

⁽³²³⁾ Cass. 12 januari 2010, P.09.1458.N, *Pas.* 2010, afl. 1, 80, *T. Strafr.* 2010, afl. 5, p. 267, noot, www.cass.be.

⁽³²⁴⁾ Enkel voor de natuurlijke persoon en indien de gevangenisstraf als hoofdstraf werd uitgesproken.

| Misdrijf | Strafsancties | | | |
|--|--|---------------|---|---|
| | Hoofdstraf | | Bijkomende straf | |
| | Natuurlijke persoon | Rechtspersoon | Verplicht | Facultatief |
| (On)opzettelijke wederrechtelijke attestatie van de sociale balans | 50 tot 500 EUR (x opdecimen) ⁽³²⁵⁾ ⁽³²⁶⁾ | | Verbeurdverklaring ex art. 42, 1° en 2° Sw. | Verbeurdverklaring ex art. 42, 3° Sw. |
| Bedrieglijke wederrechtelijke attestatie van de sociale balans (art. 206 Soc. Sw.) | 100 tot 1.000 EUR (x opdecimen) ⁽³²⁷⁾ | | Verbeurdverklaring ex art. 42, 1° en 2° | Verbeurdverklaring ex art. 42, 3° Sw Beroepsverbod van 1 maand tot 3 jaar (art. 107 Soc. Sw.) ⁽³²⁸⁾ Bedrijfssluiting van 1 maand tot 3 jaar (art. 107 Soc. Sw.) ⁽³²⁹⁾ |

⁽³²⁵⁾ Noteer dat conform artikel 109 Soc. Sw. de werkgever burgerrechtelijk aansprakelijk is voor de betaling van de strafrechtelijke geldboete waartoe zijn aangestelden of lasthebbers zijn veroordeeld. Cf. J. ROZIE, “Sancties in het sociaal strafrecht” in *Sociaal handhavingsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2010, p. 142 e.v.

⁽³²⁶⁾ Deze inbreuken kunnen ook worden afgehandeld met een administratieve geldboete van 25 tot 250 EUR (x opdecimen). Sinds de invoering van het Sociaal Strafwetboek zijn de opdecimen ook van toepassing op administratieve geldboetes (art. 102 Soc. Sw.). Het Grondwettelijk Hof heeft al herhaaldelijk geoordeeld dat de administratieve geldboete een straf is in de zin van artikel 6 EVRM (Cf. K. SALOMEZ en F. LOUCKX, “Administratieve geldboeten in het sociaal handhavingsrecht” in *Sociaal handhavingsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2010, 243, i.h.b. voetnoot 35). Volgens het Hof moet ook artikel 2 Sw. als algemeen rechtsbeginsel worden toegepast (Arbitragehof nr. 76/99, 30 juni 1999, BS 24 november 1999). Bijgevolg is de regeling o.i. als volgt:

- voor sociale inbreuken gepleegd voor 1 juli 2011: geen vermenigvuldiging
- voor sociale inbreuken gepleegd tussen 1 juli 2011 en 1 januari 2012: x 5,5
- voor sociale inbreuken gepleegd vanaf 1 januari 2012: x 6

⁽³²⁷⁾ Deze inbreuken kunnen ook worden afgehandeld met een administratieve geldboete van 50 tot 500 EUR (x opdecimen).

⁽³²⁸⁾ Het Sociaal Strafwetboek voerde het beroepsverbod en de bedrijfssluiting als nieuwe bijkomende sancties in. Deze nieuwe straffen kunnen gelet op artikel 2 Sw. slechts worden toegepast voor inbreuken gepleegd na 1 juli 2011. De wetgever benadrukte dat deze straffen rampzalige sociale gevolgen kunnen hebben en dus enkel bij wijze van uitzondering mogen worden gebruikt (*Parl. St. Kamer*, 2008-2009, 52-1666/001, p. 77).

⁽³²⁹⁾ Artikel 107 bepaalt dat de gehele of gedeeltelijke sluiting kan worden bevolen van de onderneming waarvan de veroordeelde eigenaar of uitbater is. Deze sanctie kan gelet op het persoonlijk karakter van de straf enkel worden uitgesproken lastens de veroordeelde. Ze mag bovendien slechts onder strikte voorwaarden worden uitgesproken en geen afbreuk doen aan de rechten van derden (art. 107, § 3 Soc. Sw.). J. ROZIE, “Sancties in het sociaal strafrecht” in *Sociaal handhavingsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2010, 148; M. DE RUE, “Le code pénal social. Analyse des lois des 2 et 6 juin 2010”, *Les Dossiers du Journal des tribunaux* 2012, afl. 86, p. 134. De vraag rijst of een bedrijfssluiting van de rechtspersoon als gevolg van een veroordeling van de natuurlijke persoon niet indruist tegen het principe van het persoonlijk karakter van de straf.

| Misdrif | Strafsancties | | | |
|--|--|--|--|---|
| | Hoofdstraf | | Bijkomende straf | |
| | Natuurlijke persoon | Rechtspersoon | Verplicht | Facultatief |
| (On)opzettelijk verzuim verplichtingen jaarrekening (art. 126 § 1, lid 1 W. Venn.) | 50 tot 10.000 EUR (x opdecieimen) ⁽³³⁰⁾ | | Verbeurdverklaring ex art. 42, 1° en 2° Sw. | Verbeurdverklaring ex art. 42, 3° Sw. |
| Bedrieglijk verzuim verplichtingen jaarrekening (art. 126 § 1, lid 2 W. Venn.) | 1 maand tot 1 jaar gevangenisstraf of 50 tot 10.000 EUR (x opdecieimen) ⁽³³¹⁾ | 500 tot 24.000 EUR (x opdecieimen) | Verbeurdverklaring ex art. 42, 1° en 2° Sw. | 50 tot 10.000 EUR (x opdecieimen) ⁽³³²⁾ Verbeurdverklaring ex art. 42, 3° Sw. |
| Valse jaarrekening (art. 127 W. Venn.) | 5 tot 10 jaar opsluiting of na correctionalisatie 1 maand tot 5 jaar gevangenisstraf | 120.000 tot 240.000 EUR of na correctionalisatie 500 tot 120.000 EUR (x opdecieimen) | 26 tot 2.000 EUR (x opdecieimen) ⁽³³³⁾ Verbeurdverklaring ex art. 42, 1° en 2° Sw. | Verbeurdverklaring ex art. 42, 3° Sw. |
| Inkoop eigen aandelen (art. 648, 7° W. Venn.) | 50 tot 10.000 EUR (x opdecieimen) | | Verbeurdverklaring ex art. 42, 1° en 2° Sw. | Verbeurdverklaring ex art. 42, 3° Sw. |
| Emissiebedrog (art. 649 W. Venn.) | 1 maand tot 5 jaar gevangenisstraf | 500 tot 120.000 EUR (x opdecieimen) | 26 tot 3.000 EUR (x opdecieimen) ⁽³³⁴⁾ Verbeurdverklaring ex art. 42, 1° en 2° Sw. | Verbeurdverklaring ex art. 42, 3° Sw. |
| Marktmanipulatie (art. 39 Wet Fin. Toezicht) | 1 maand tot 2 jaar gevangenisstraf | 500 tot 48.000 EUR geldboete (x opdecieimen) | 300 tot 10.000 EUR (x opdecieimen) ⁽³³⁵⁾ Verbeurdverklaring ex art. 42, 1° en 2° Sw. | Verbeurdverklaring ex art. 42, 3° Sw. |

⁽³³⁰⁾ De vennootschappen zijn burgerrechtelijk aansprakelijk voor het betalen van de geldboetes waartoe hun bestuurders, zaakvoerders, directeurs of lasthebber zijn veroordeeld (art. 126, § 2 W. Venn.).

⁽³³¹⁾ De vennootschappen zijn burgerrechtelijk aansprakelijk voor het betalen van de geldboetes waartoe hun bestuurders, zaakvoerders, directeurs of lasthebber zijn veroordeeld (art. 126, § 2 W. Venn.).

⁽³³²⁾ Enkel voor de natuurlijke persoon en indien de gevangenisstraf als hoofdstraf werd uitgesproken. Ook dan zijn de vennootschappen burgerrechtelijk aansprakelijk voor het betalen van de geldboetes waartoe hun bestuurders, zaakvoerders, directeurs of lasthebber zijn veroordeeld (art. 126, § 2 W. Venn.).

⁽³³³⁾ Enkel voor de natuurlijke persoon.

⁽³³⁴⁾ Enkel voor de natuurlijke persoon.

⁽³³⁵⁾ Enkel voor de natuurlijke persoon.

| Misbruik | Strafsancties | | | |
|---|--------------------------------------|--------------------------------------|---|---|
| | Hoofdstraf | | Bijkomende straf | |
| | Natuurlijke persoon | Rechtspersoon | Verplicht | Facultatief |
| Misbruik van voorkennis (art. 40 Wet Fin. Toezicht) | 3 maanden tot 1 jaar gevangenisstraf | 1.500 tot 24.000 EUR (x opdecieimen) | 50 tot 10.000 EUR (x opdecieimen) ⁽³³⁶⁾ Verbeurdverklaring ex art. 42, 1° en 2° Sw. | Boete van max. 3 x vermogensvoordeel (art. 40, § 6, lid 2 Sw.) ⁽³³⁷⁾ Verbeurdverklaring ex art. 42, 3° Sw. Beroepsverbod van 3 tot 10 jaar (art. 1, h KB nr. 22) |

103

 DE STRAFRECHTELIJKE GEVOLGEN: EEN SCHEMATISCH OVERZICHT –
 LES CONSEQUENCES PENALES : UN APERÇU SCHEMATIQUE

⁽³³⁶⁾ Enkel voor de natuurlijke persoon.

⁽³³⁷⁾ Over de aard van deze sanctie bestaat onduidelijkheid. Sommige zien het als een geldboete (J. ROZIE, *Voordeelsontneming*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nr. 183; K. GEENS en B. SERVAES, “Misbruik van voorkennis na de wet van 6 april 1995: weinig nieuws onder de zon” in *Tendensen in het bedrijfsrecht – Strafrecht in het bedrijfsleven*, Antwerpen, Kluwer, 1995, nr. 62, voetnoot 134), anderen als een verbeurdverklaring (J. CERFONTAINE, “Wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten” in *Financieel recht*, Mechelen, Kluwer, losbl.), nog anderen als een burgerrechtelijke herstelmaatregel (L. HUYBRECHTS, “Bedenkingen bij een nieuw misdrijf: misbruik van voorwetenschap” in G. SCHRANS en E. WYMEERSCH, *Financiële herregulering in België*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 502). Dit laatste lijkt ons gelet op het punitief karakter hoe dan ook uitgesloten. Gelet op de bewoordingen van de wet, moet deze sanctie volgens ons als een geldboete gekwalificeerd worden. Dit heeft belangrijke juridische consequenties gezien artikel 40 al een verplichte geldboete oplegt. Een cumul zou bijgevolg tot een schending van het *ne bis in idem*-beginsel kunnen leiden.

| Misdrijf | Strafsancties | | | |
|--|--|--|---|--|
| | Hoofdstraf | | Bijkomende straf | |
| | Natuurlijke persoon | Rechtspersoon | Verplicht | Facultatief |
| Fiscale fraude (449 WIB) en BTW (art. 73 WBTW) | 8 dagen tot 2 jaren gevangenisstraf of 250 tot 125.000 EUR (géén opdecieimen) ⁽³³⁸⁾ | 500 tot 250.000 EUR (géén opdecieimen) | Verbeurdverklaring ex art. 42, 1° en 2° Sw. | 250 tot 125.000 EUR (géén opdecieimen) ⁽³³⁹⁾ Verbeurdverklaring ex art. 42, 3° Sw. |
| Fiscale valsheid (art. 450 WIB en 73bis WBTW) | 1 maand tot 5 jaar gevangenisstraf of 250 tot 125.000 EUR (géén opdecieimen) ⁽³⁴⁰⁾ | 500 tot 250.000 EUR geldboete (géén opdecieimen) | | Beroepsverbod van 3 maanden tot 5 jaar (art. 455, § 1, lid 1 WIB en art. 73ter WBTW) Bedrijfssluiting van 3 maanden tot 5 jaar (art. 455, § 1, lid 2 WIB en art. 73ter WBTW) ⁽³⁴¹⁾ Aanplakking en bekendmaking veroordelend vonnis (art. 459 WIB en art. 73septies WIB) ⁽³⁴²⁾ Beroepsverbod van 3 tot 10 jaar (art. 1, i KB nr. 22) |

⁽³³⁸⁾ De natuurlijke personen of de rechtspersonen zijn burgerlijk en hoofdelijk aansprakelijk voor de geldboeten en kosten die het gevolg zijn van de fiscale veroordelingen die tegen hun gemachtigden of bedrijfsleiders werden uitgesproken (art. 458, lid 2 WIB en art. 73sexies, lid 2 WBTW).

⁽³³⁹⁾ Enkel voor de natuurlijke persoon en indien de gevangenisstraf als hoofdstraf werd uitgesproken.

⁽³⁴⁰⁾ Wanneer de rechtspersoon niet samen met de natuurlijke persoon wordt vervolgd, kan ze best tussenkomen in het geding om haar rechten te vrijwaren. A. DE NAUW, *Fiscaal strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 48; L. HUYBRECHTS, *Fiscaal strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2002, 82. Deze sanctie wordt weliswaar opgelegd aan de fysieke persoon maar is het evident dat ze ook de rechtspersoon treft (Cass. 24 april 2001, P.99.1207.N, www.cass.be). Hoe dan ook lijkt deze sanctie moeilijk verenigbaar met het principe van het persoonlijk karakter van de straf, tenzij ze als een beveiligingsmaatregel zou worden beschouwd.

⁽³⁴¹⁾ Enkel de veroordeling tot een gevangenisstraf, beroepsverbod of bedrijfssluiting van 455 WIB. Voor rechtspersonen zal enkel de laatste veroordeling mogelijk zijn gezien zij niet tot een gevangenisstraf kunnen worden veroordeeld en het beroepsverbod betrekking heeft op de fysieke persoon.

⁽³⁴²⁾ De natuurlijke personen of de rechtspersonen zijn burgerlijk en hoofdelijk aansprakelijk voor de geldboeten en kosten die het gevolg zijn van de fiscale veroordelingen die tegen hun gemachtigden of bedrijfsleiders werden uitgesproken (art. 458, lid 2 WIB en art. 73sexies, lid 2 WBTW).

DEEL 3

RAAD VAN BESTUUR EN ANTI-FRAUDEBELEID

PARTIE 3

CONSEIL D'ADMINISTRATION ET POLITIQUE CONTRE LA FRAUDE

E.J. LAMMERS

Registered Forensic Auditor

Partner TRIFORENSIC

ALGEMEEN

126. Deugdelijk anti-fraudebeleid in bedrijven bestaat uit de volgende vijf componenten ⁽¹⁾:

1. *Fraud risk governance*

De *corporate governance* voorziet in een geschreven anti-fraudebeleid waaruit duidelijk het standpunt blijkt van het senior management ten aanzien van frauderisico.

- *Voorbeeldfunctie.* Management zet de juiste *tone-at-the-top* en maakt van *fraud risk management* een prioriteit.
- *Formalisatie.* Het anti-fraudebeleid wordt officieel gemaakt: de organisatie formaliseert haar anti-fraudebeleid inclusief geschreven beleid en procedures.
- *Maatwerk.* Management stemt haar anti-fraudebeleid af op de typische kenmerken van de organisatie en de omstandigheden, zoals plaats, cultuur en tijdgeest.

2. *Fraud risk assessment*

Periodiek evalueert de organisatie de kwetsbaarheid voor fraude en identificeert de fraudemechanismen waartegen ze zich moet beschermen.

- *Opvolging.* *Fraud risk management* is geen eenmalige handeling. De invoering betekent tevens de start van een proces van regelmatige opvolging en bijsturing.
- *Druk.* *Fraud risk assessments* omvatten de evaluatie van de stimuleringsmaatregelen, de druk en de gelegenheid om fraude te plegen in de organisatie.
- *Override.* De *assessment* omvat zeker de beoordeling van het management, de delegatie van bevoegdheden en andere interne beheersmaatregelen waaronder functiescheidingen.

3. Fraudepreventie

De organisatie voert preventiemaatregelen in om de kans op de belangrijkste fraudes in te dammen en de impact van gebeurlijke fraudes te beperken.

- *Eerste verdedigingslijn.* Fraude kan niet volledig worden uitgebannen. Preventiemaatregelen zijn de eerste verdedigingslijn.
- *Fraude-specifiek.* Financiële beheersmaatregelen zijn niet automatisch gericht op fraude. Er moeten specifieke beheersmaatregelen worden ingevoerd gericht op frauderisico's.
- *Bewustzijn en handhaving.* De effectiviteit van preventiemaatregelen staat en valt met het fraudebewustzijn binnen de organisatie en het afdwingen van de naleving ervan.

⁽¹⁾ Deze bijdrage is gebaseerd op de richtlijn, AICPA, ACFE en IIA, *Managing The Business Risk Of Fraud. A Practical Guide, een gezamenlijke publicatie van de beroepsorganisaties*, 2008. Een Nederlandse vertaling van deze richtlijn verscheen eerder in E. J. LAMMERS, "Het antifraudebeleid in de vennootschap" in *Anti-fraudebeleid in de onderneming. De taken en verantwoordelijkheden van bestuur en commissaris*, Kortrijk, UGA, 2012, p. 17-94.

4. Fraudedetectie

De organisatie voert detectiemaatregelen in om fraudes vast te stellen die niet zijn gesignaleerd ontdekt door de preventiemaatregelen of waarvoor geen preventiemaatregelen waren getroffen.

- *Tweede verdedigingslijn.* Fraudedetectiemaatregelen zijn er niet om fraude te voorkomen maar om fraudes te ontdekken en vast te stellen of de preventiemaatregelen goed werken. Wel gaat er een preventieve werking van uit.
- *Maatwerk.* Detectiemaatregelen dragen effectief bij tot de fraudebestrijding indien ze juist zijn ontworpen en juist werken. De zichtbaarheid van de maatregelen draagt daaraan bij.
- *Flexibel.* Detectiemaatregelen moeten flexibel zijn, aanpasbaar aan de veranderende frauderisico's.

5. Fraudeonderzoek en respons

De organisatie biedt voldoende mogelijkheden aan medewerkers en derden om vermoedens van onregelmatigheden te melden. Deze procedure voorziet in de opvolging, onderzoek en herstel.

- *Protocol.* De organisatie maakt een protocol voor de ontvangst, de evaluatie, de opvolging en het onderzoek van fraudemeldingen.
- *Schadebeperking.* Een adequaat proces van fraudeonderzoek en respons beperkt de kans op reputatieschade en beperkt de directe schade als gevolg van fraude en de eventuele juridische kosten.
- *Gezamenlijk.* Het proces van fraudeonderzoek en respons betreft een gezamenlijk initiatief van het senior management en diverse andere functies zoals *legal*, HR en audit.

HOOFDSTUK 1

INLEIDING

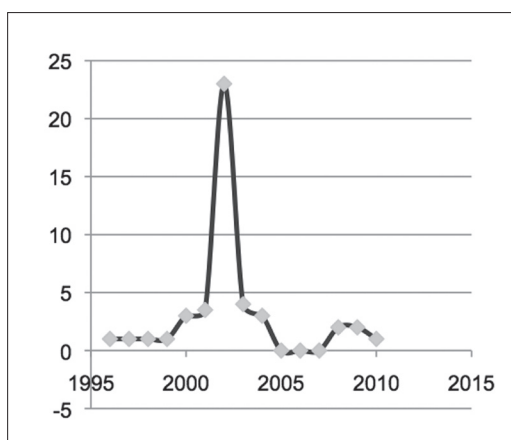
CHAPITRE 1^{ER}

INTRODUCTION

1.1. FRAUDE

127. De jaren 2000-2004 waren de topjaren van de fraudedebacles in het bedrijfsleven, zoals uit de onderstaande grafiek blijkt. Sindsdien gaat de aandacht in de media, in de literatuur en in de rechtspraak telkens uit naar wat er is fout gelopen in een bepaald fraudeschandaal, hoe dat heeft kunnen gebeuren, wie de verantwoordelijken zijn en – vooral – wie schuld treft. Er is nauwelijks aandacht voor de manier waarop je als raad van bestuur het frauderisico zou moeten managen; in onderhavige bijdrage proberen wij dit te doorbreken.

Afbeelding 1: Het aantal megafraudes bij internationale beursgenoteerde bedrijven. De piek in de jaren 2000-2004 wordt gevormd door debacles zoals LHSP, Enron, WorldCom, Ahold en Parmalat. In de opflakking van 2008 vallen twee megafraudes op: Société Générale en Madoff. Minsten één wereldwijde megafraude per jaar lijkt een gegeven te zijn.



1.2. BUSINESS CASE

128. Meer dan 90 % van alle bedrijven moet een inhaalslag maken op het gebied van *fraud risk management*. Alleen bedrijven die een groot fraudedebacle hebben meegemaakt, realiseren zich ten volle hoe kwetsbaar ze jarenlang zijn geweest zonder degelijk anti-fraudebeleid. Ze nemen in korte tijd een veelheid van maatregelen om hun anti-fraudebeleid te versterken, al dan niet onder het toezien oog van een beurswaakhond.

129. De *business case* van een deugdelijk anti-fraudebeleid kan als volgt schematisch worden weergegeven:

| | Voordelen van degelijk anti-fraudebeleid | Nadelen van zwak of ontbrekend anti-fraudebeleid |
|---|---|---|
| Voor de individuele onderneming | <ul style="list-style-type: none"> – Aantrekken van investeerders, klanten en consumenten die een voorkeur hebben voor ethisch verantwoorde bedrijven. – Aantrekken en behouden van gemotiveerd personeel. – Verhogen van het moreel onder de personeelsleden. – Verlagen van de risico's en de kosten van het zakendoen. – In aanmerking komen voor verminderde sancties in geval van fraude. | <ul style="list-style-type: none"> – Beschadiging van reputatie, merkimago en aandelenkoers. – Ingrijpen door toezichhouders. – Minder keuze bij het aantrekken van toptalent. – Uitsluiting van offerte-procedures door internationale financiële instellingen, EU en exportkredietverleners. – Kosten van herstel en boetes. – Strafrechtelijke vervolging van vennootschap en bestuurders. – Normvervaging waardoor management de greep verliest op haar eigen organisatie. |
| Voor de beurs, de sector, of het bedrijfsleven in zijn geheel | <ul style="list-style-type: none"> – Schep een <i>level playing field</i> voor alle bedrijven, vrij van <i>free riders</i>. – Herstel het publieke vertrouwen. – Beperk de noodzaak van aanvullende wet- en regelgeving. | <ul style="list-style-type: none"> – Gemiste kansen in markten die door corruptie zijn verstoord. – Bij niet-ingrijpen zal fraude in omvang verder toenemen. – Aantrekkelijkheid van de sector of het land neemt af voor investeerders, door hogere <i>cost of business</i>, toenemende regulering en slecht imago. |

Afbeelding 2: De *business case* van anti-fraudebeleid

1.3. ANTI-FRAUDEBELEID

130. Na de piek in de jaren 2000-2004 waren er nog enkele jaren nodig om een deugdelijke analyse te maken van die fraudeschandalen, hieruit lessen te trekken, en hierover een gemeenschappelijk standpunt in te nemen. Deze synthesejaren hebben aan *fraud risk management* de basis gegeven om te kunnen uitgroeien tot een volwassen vakgebied in het management. Diverse technieken van *fraud risk management* blijken in de praktijk goed bruikbaar en doeltreffend te zijn.

131. In 2008 verscheen *Managing The Business Risk Of Fraud. A Practical Guide* ⁽²⁾. Deze internationale richtlijn beschrijft in een luttele 40 pagina's de componenten van deugdelijk anti-fraudebeleid van een onderneming. In de onderhavige bijdrage baseren wij ons op deze richtlijn omdat het een synthetisch document is, dat is gebaseerd op de

⁽²⁾ Een gemeenschappelijke uitgave van de *Association of Certified Fraud Examiners* (ACFE), het *Institute of Internal Auditors* (IIA) en de *Association of Certified Public Accountants* (AICPA), 8 juli 2008.

wereldwijde standaard (COSO-ERM), en dat wordt gedragen door drie gezaghebbende beroepsorganisaties.

Voorts is deze richtlijn in 2008 onderschreven door de nationale beroepsfederatie van forenische auditoren in België, het *Institute of Forensic Auditors*. Ten slotte vermelden wij dat het *Institute of Internal Auditors* zijn huidige richtlijn *Internal Auditing And Fraud* (2009) hiervan heeft afgeleid.

1.4. DOELGROEP

112

INLEIDING – INTRODUCTION

132. In deze bijdrage richten wij ons op de bestuurders en de managers van vennootschappen omdat zij als enigen verantwoordelijk zijn voor de beveiliging van hun organisatie tegen fraude.

133. Een sterke raad van bestuur beschikt zelf over de nodige basiskennis op het gebied van *fraud risk management*. Ze kan zich daarbij laten adviseren door deskundigen, maar kan zich in geval van een incident niet achter deze adviseurs verschuilen.

134. Ontwikkelingen in wetgeving, rechtspraak en literatuur tonen aan dat *corporate governance* een belangrijke maatstaf is voor de beslissing of bestuurders aansprakelijk zijn voor een fraude. Een niet onbelangrijk onderdeel van de *business case* van *fraud risk management*.

1.5. TOEPASBAARHEID

135. De richtlijn *Managing The Business Risk Of Fraud* verklaart zich van toepassing op de grote Amerikaanse multinationals. Hij is echter tevens toepasbaar op bedrijven buiten de Verenigde Staten en op minder grote ondernemingen, zoals hierna blijkt. Het in de richtlijn voorgestelde raamwerk van anti-fraudemaatregelen moet worden gezien als een menukaart: je moet niet alles van de kaart bestellen om goed te eten. De menukeuze moet met verstand gebeuren. De raad van bestuur doet hierbij vaak beroep op private fraudespecialisten (*forensic auditors*).

1.6. STRAFRECHTELIJKE VERANTWOORDELIJKHEID

136. De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van vennootschappen en bestuurders is een onderdeel van de *business case* van anti-fraudebeleid.

137. Vreemd genoeg ontstaat hierbij in de praktijk een paradox ⁽³⁾: als de raad van bestuur geen risicobeheersingssysteem heeft ingesteld, is sprake van onbehoorlijk bestuur. Maar als er een gedetailleerd systeem is met interne regels, en die regels vervolgens niet worden nageleefd, is dat een valkuil voor bestuurders.

⁽³⁾ *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de Board Room*, proefschrift, D. STRIK, 2010.

138. Voorbeelden van valkuilen zijn tegenstrijdigheden in de beheersmaatregelen, gecompliceerde of starre maatregelen, en een gebrek aan meetbare criteria. Bestuurders kunnen dan slachtoffer worden van de regels die ze zelf hebben opgesteld. Bij het opstellen van het antifraudebeleid moet er dus voor worden gewaakt dat de regels daadwerkelijk kunnen worden opgevolgd en gehandhaafd.

Andere valkuilen zijn in de praktijk minder gevaarlijk, omdat het bestuur op die gebieden beleidsvrijheid heeft. Dan gaat het bijvoorbeeld om het bewust kiezen voor een risicovol beleid of het maken van een verkeerde risicoinschatting.

1.7. RECHTSPRAAK ⁽⁴⁾

139. Uit de Belgische rechtspraak blijkt dat vennootschappen en hun bestuurders en managers (en soms ook de commissaris) aansprakelijk kunnen worden gehouden voor fraude wegens “deelneming”. Strafrechtelijk kan een misdrijf echter niet slechts op basis van een handelen of niet-handelen (materieel bestanddeel) worden toegerekend aan de vennootschap of haar bestuurders, bijvoorbeeld louter doordat het handelen schade toebrengt. Met andere woorden bestaat er geen objectieve strafrechtelijke verantwoordelijkheid. Naast het materieel bestanddeel moet er ook sprake zijn van schuld of verwijtbaar gedrag (moreel bestanddeel) dat toerekenbaar is aan de vennootschap en/of de bestuurder ⁽⁵⁾. Niet zelden worden leidinggevendens vervolgd als deelnemer en niet als hoofddader van de fraude. Wij verwijzen hier eenvoudigheidshalve naar de literatuur die over deze juridische begrippen beschikbaar is ⁽⁶⁾.

140. Enkele belangrijke arresten uit het strafrecht tonen aan dat vennootschappen en bestuurders strafrechtelijk verantwoordelijk kunnen worden gesteld en veroordeeld voor fraudes waarvan ze zelf vinden dat ze deze niet gepleegd hebben. Het is belangrijk

⁽⁴⁾ E. J. LAMMERS, “Het anti-fraudebeleid in de vennootschap” in *Anti-fraudebeleid in de onderneming*, Kortrijk, UGA, 2012, 22-24.

⁽⁵⁾ Materieële én morele toerekening vereist: 12-6-2007 Cass. en 23-9-2008 Cass.

⁽⁶⁾ Voor een uitvoerige analyse, cf. o.a P. WAETERINCKX, *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon en zijn leidinggevende*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 185 p.; A. MASSET, “La responsabilité pénale dans les personnes morales”, *Dr.pén.entr.* 2011, 3-16; H. VAN BAVEL, “De strafrechtelijke aansprakelijkheid voor misdrijven gepleegd binnen een rechtspersoon” in X., *Het financieel strafrecht in opmars*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, 429-452; F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Parijs, Dalloz, 2009, 485 p.; F. LUGENTZ en O. KLEES, “Le point sur la responsabilité des personnes morales”, *Rev. dr. pén.* 2008, 190-226; F. ROGGEN, “La responsabilité pénale des personnes morales (II)” in X. (ed.), *Droit pénal et procédure pénale*, Mechelen, Kluwer, 2008, losbl., 1-27; A. MISONNE, “Le concours de responsabilités” in M. NIHOUL (ed.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, Brussel, die Keure, 2005, 87-164; H.D. BOSLY, “La responsabilité pénale des coauteurs et des complices en droit pénal social”, *Rev.dr.pén.* 2009, 861-867; D. COECKELBERGH, *Bestuurdersaansprakelijkheid in vzw's*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2005, 1041p.; M. DELVAUX, “Quelques développements relatifs aux responsabilités civile et pénale de l'administrateur personne morale d'une SA, d'un SPRL ou d'une SCRL” in Y. POULLET (ed.), *Liber Amicorum Michel Coipel*, Brussel, Kluwer, 2004, 527-559; M. FAURE en P. WAETERINCKX, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon: een blik op de rechtspraak en enkele beschouwingen uit de praktijk”, *T. Strafr.* 2004, 318-345; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2004, 505 p.

dat bestuurders zich rekenschap geven van de redeneringen die hier door het gerecht gevolgd zijn.

Hierna volgt een korte beschrijving van deze redeneringen onder verwijzing naar de betreffende arresten:

Passiviteit – Deelneming door onthouding kan ontstaan door:

- (1) opzettelijk verzuim aan de wettelijke / contractuele plicht tot handelen, waardoor het misdrijf wordt vergemakkelijkt; of
- (2) door het niet uitoefenen van het vereiste en noodzakelijke toezicht, hetgeen wordt beschouwd als willens en wetens misdrijfscheppend en/of misdrijfbevorderend handelen ⁽⁷⁾.

Dit wordt ook wel omschreven als “omstandig stilzitten”: de bestuurder moest en kan ingrijpen maar deed dat niet. In de Assubel-zaak werden bestuurders veroordeeld voor beslissingen die ze vooraf bij externe adviseurs hadden afgetoetst, maar die later werden verworpen door de rechtbanken. De bestuurder is verantwoordelijk om zelf actief onderzoek te doen en kan zich niet verschuilen achter adviseurs.

Organisatieplicht – Er bestaat steeds een bijzondere organisatieverplichting of zorgplicht in hoofde van de rechtspersoon ⁽⁸⁾. Hierbij wordt onder meer rekening gehouden met het aanstellen van de juiste natuurlijke personen om aan de op de rechtspersoon rustende wettelijke verplichtingen te voldoen, of hierop voldoende toezicht werd uitgeoefend, en of de nodige middelen werden ter beschikking gesteld. Gebeurt dit niet dan komt de verantwoordelijkheid van de rechtspersoon in het gedrang.

Onttrekking aan de verantwoordelijkheid – Van een bestuurder die niet naar bestuursvergaderingen gaat van een vennootschap die betrokken raakt in een fraude, werd gesteld ⁽⁹⁾ dat deze hiermee “(...) bewust een meer concrete kennis en opzet van het voorgenomen misdrijf verzaakt, dus niet onbewust tot het misdrijf bijdraagt maar dat hij met kennis van zaken wil bijdragen tot om het even welk bepaald misdrijf.” In die lijn: “Het vrijwillig afzien van meer concrete kennis en opzet is, in zulke omstandigheden, te beschouwen als een deel van het stilzwijgend overleg dat tussen de genoemde beklaagden telkenmale bestond”. Dit wordt ook wel omschreven als “gewilde onwetendheid”.

Deelnemen aan een criminele organisatie – Normaliter veroordeelt Justitie de schermvennootschappen in fraudeconstructies. Maar een bonafide rechtspersoon die zegt dat ze onbewust heeft meegedraaid in een fraudeconstructie loopt toch risico om te worden veroordeeld wegens deelneming, wanneer ze te onvoorzichtig is geweest en fouten heeft gemaakt.

⁽⁷⁾ Antwerpen, 15 november 2006, 2006/4545, onuitg.

⁽⁸⁾ Gent, 16 oktober 2003.

⁽⁹⁾ Cass., 16 december 2003.

Individuele fouten – In een zaak ⁽¹⁰⁾ tegen een Belgische vennootschap werd besloten dat een ongeval het resultaat was van min of meer belangrijke fouten, gemaakt door verschillende geïdentificeerde natuurlijke personen die hadden nagelaten de bestaande veiligheidsmaatregelen na te leven. Aangezien de fouten van deze personen vaststonden, werd de aansprakelijkheid van de rechtspersoon niet aangenomen. De algemeen directeur (die zelf overigens geen fouten had begaan) werd evenmin aansprakelijk gehouden.

1.8. BUITENLANDSE REGELGEVING

141. Belgische bedrijven en bestuurders vallen niet alleen onder de Belgische wetgeving maar komen steeds meer onder het bereik van buitenlandse regels, zowel rechtstreeks (als bestuurder van de Belgische moedermaatschappij) als onrechtstreeks (via buitenlandse dochtermaatschappijen). Als voorbeeld noemen we enkele kaders:

- Vooreerst vaardigt de Europese Unie (EU) anti-witwasrichtlijnen uit die door de lidstaten moeten worden omgezet in wetgeving. De meest recente is de 3e richtlijn uit 2005. België heeft haar wetgeving dienovereenkomstig aangepast in 2010. Inmiddels werkt de EU aan de 4e anti-witwasrichtlijn.
- Vervolgens noemen we de Amerikaanse *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA). De zwaarste FCPA-boetes werden de laatste jaren niet uitgedeeld aan Amerikaanse maar aan Europese bedrijven. In 2011 betaalde Johnson & Johnson een boete van 70 miljoen dollar aan de Verenigde Naties omdat haar Belgische dochter Janssen Pharmaceutica smeergeld zou hebben betaald in het Midden-Oosten. Het grootste deel van dergelijke boetes kan betrekking hebben op het afkopen van strafrechtelijke vervolging.
- Ten slotte kunnen Belgische vennootschappen en bestuurders sinds 1 juli 2011 onder de *UK Bribery Act* (UKBA) worden vervolgd voor corruptie indien het bedrijf geen “adequate procedures” heeft ingevoerd om de fraude te voorkomen. Deze UKBA heeft verstekkende gevolgen. Een bijzondere sanctie voor de vennootschap betreft het 10-jaars verbod om deel te nemen aan Europese aanbestedingen – een straf die overigens niet kan worden afgekocht.

⁽¹⁰⁾ Luik, 20 september 2004 (tegen deze uitspraak werd geen beroep ingesteld).

1.9. ADEQUATE PROCEDURES

142. Er zijn vele overeenkomsten tussen de rechtspraak, de genoemde *Managing The Business Risk Of Fraud* (2008) en de recente *Adequate Procedures* (2011). De verschillende normen op het gebied van anti-fraudebeleid groeien naar elkaar toe.

143. In de adequate procedures worden zes principes onderscheiden ⁽¹¹⁾:

Proportionality – De maatregelen die een organisatie treft, moeten in proportie zijn met het risico van omkoping dat de organisatie loopt. Zo zal een onderneming met activiteiten in Afrika meer actie moeten ondernemen dan een bedrijf dat zaken doet met Scandinavië. Daarnaast zal het risico waarmee organisaties geconfronteerd worden variëren naargelang het soort en de aard van personen die met de organisatie verbonden zijn.

Top Level Commitment – Het topmanagement moet een bedrijfscultuur promoten met een nultolerantie voor omkoping. Ze communiceert haar houding ten opzichte van het anti-omkoping beleid op gepaste wijze (intern én extern). Ze is op passende wijze betrokken bij het ontwikkelen van de anti-omkoping procedures.

Risk Assessment – Om op gepaste wijze actie te kunnen ondernemen tegen omkoping is het essentieel om de omkopingrisico's te identificeren. Hoe vollediger het overzicht van risico's, hoe gericht en effectiever de inspanningen kunnen zijn om ze te voorkomen. Omkopingrisico's kunnen veranderen met de tijd, en door wijzigingen binnen de organisatie. Daarom moeten risicoanalyses periodiek worden herhaald.

Due Diligence – Weten met wie men zaken doet, is belangrijk om een onderneming te beschermen tegen omkopingrisico's. Het is een must om due diligence procedures te implementeren voor personen die diensten uitvoeren voor de onderneming. Dit kan gaan middels een simpele vragenlijst of een uitgebreid achtergrondonderzoek en referentie checks.

Hier komen wij terug op het principe van de proportionaliteit: het heeft geen nut om elk personeelslid in de onderneming te screenen, maar het kan bevorderlijk zijn om bijvoorbeeld onafhankelijk opererende “verbonden personen” en hoge functionarissen te screenen en mogelijke omkopingrisico's te identificeren.

Communication – Het is cruciaal om het anti-omkopingbeleid en -procedures te communiceren naar het personeel alsook naar alle derde partijen die diensten uitvoeren voor de onderneming. Een goede communicatie helpt het personeel en derde partijen niet alleen om zich bewust te worden van omkopingrisico's, het ontmoedigt hen ook om daden van omkoping te plegen. Men kan in dit opzicht ook overwegen om trainingen te geven die het personeel onderrichten in het anti-omkopingbeleid en -procedures van de onderneming.

⁽¹¹⁾ www.justice.gov.uk/guidance/docs/bribery-act-2010-guidance.pdf

Monitoring en Review – De omkopingsrisico's en de effectiviteit van de procedures om deze risico's tegen te gaan, kunnen veranderen met de tijd. Monitoring en Review van het anti-omkopingbeleid en -procedures zijn nodig om ervoor te zorgen dat dit beleid gelijke tred houdt met eventuele veranderingen.

144. De richtlijnen zijn indicatief; er is ruimte voor interpretatie. Zo zal het type onderneming mee bepalend zijn voor de beoordeling of er sprake is van *adequate procedures*. Daarbij spelen factoren als omvang, geografische locatie en de concrete omkopingsrisico's een belangrijke rol. In de *adequate procedures* worden de volgende aandachtspunten onderscheiden:

- *Tone from the top*
- *Human resources*
- *Risk assessment*
- *Policies and procedures*
- *Facilitation payments*
- *Gifts, hospitality and expenses*
- *Political contributions, charitable contributions and sponsorships*
- *Operational functions*
- *Training*
- *Complaints channels and advice lines*
- *Internal communication*
- *External communication*
- *Support functions*
- *Collective action*
- *Internal controls*
- *Accurate books and records*
- *Dealing with incidents*
- *Business relationships policies*
- *Subsidiaries*
- *Significant investments*
- *Agents and other intermediaries*
- *Contractors and suppliers*
- *Monitoring and review.*

1.10. MAATWERK

145. Welke maatregelen moet de raad van bestuur invoeren zodat er sprake is van deugdelijk anti-fraudebeleid? Dat verschilt van organisatie tot organisatie en is voorts afhankelijk van de omstandigheden.

Het raamwerk dat daarbij moet worden gehanteerd, wordt punt voor punt toegelicht in hoofdstuk 2. Ter afsluiting geven wij een nadere toelichting op *forensic auditing* in hoofdstuk 3.

HOOFDSTUK 2

ANTI-FRAUDEBELEID

CHAPITRE 2

POLITIQUE CONTRE LA FRAUDE

2.1. INLEIDING

146. Fraude is iedere opzettelijke handeling – of het nalaten om te handelen – met de bedoeling om een ander te misleiden met als gevolg dat die ander schade leidt en/of de fraudeur een voordeel heeft. Fraude onderscheidt zich van fouten en vergissingen omdat fraude opzettelijk wordt gepleegd en wordt verdoezeld om ontdekking te voorkomen.

Voorbeelden van fraude zijn: diefstal van bedrijfseigendom, verslaggevingsfraude, omkoping, manipulatie van offerteprocedures, oplichting, aankoopfraude, belastingontduiking, witwassen, misbruik van vennootschapsgoederen, misbruik van voorkennis, kartelvorming, frauduleus faillissement en sterfhuisconstructies.

147. Regelgeving zoals de *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) uit 1977, de OESO anti-corruptie conventie uit 1997, de *Sarbanes-Oxley Act* uit 2002, de *Federal Sentencing Guidelines* uit 2005, de *UK Bribery Act* uit 2010 hebben de verantwoordelijkheid van uitvoerende bestuurders voor fraude vergroot.

Er is sprake van een onomkeerbaar proces van toenemende responsabilisering van het bedrijfsleven voor het terugdringen van fraude. Een markant jaar is 2002 met de *Sarbanes-Oxley Act*, waarbij de uitvoerende bestuurders van beursgenoteerde bedrijven in de Verenigde Staten schriftelijk moeten verklaren dat ze “*in-control*” zijn en dat er geen sprake is van fraude in de jaarrekening.

148. In België wijzen wij op de volgende wetten en rechtspraak:

- 1990 Wet inzake de strafbaarstelling van misbruik van voorkennis.
- 1991 Repressieve Wet inzake witwassen van opbrengsten uit criminele activiteiten.
- 1992 Preventieve Wet inzake witwassen van opbrengsten uit criminele activiteiten.
- 1997 Wet inzake strafbaarstelling van misbruik van vennootschapsgoederen.
- 1998 Controleaanbeveling betreffende fraude, van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren. Meldingsplicht beroepen en sectoren in het kader van de anti-witwaswetgeving.
- 1999 Wet inzake strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen.
Wet inzake strafbaarstelling van corruptie in private en publieke sector.
Aanpassing wettelijke vervolging van misbruik van voorkennis. Wettelijke uitbreiding van het beroepsverbod voor fraudeurs.
- 2001 Herziening van het Wetboek van vennootschappen, de zogenaamde wet *corporate governance*.
- 2004 Wet tot regeling van de private en bijzondere veiligheid.
- 2007 Aanpassing anti-corruptiewet.
- 2009 Bevestiging Antigoon-rechtspraak door Europees Hof voor de Rechten van de Mens.
- 2010 Wet *Corporate governance*. Aanpassing anti-witwaswet.

149. De reacties op de recente grote bedrijfsfraudes hebben ertoe geleid dat stakeholders verwachten dat bedrijven een nultolerantiebeleid zullen voeren met betrekking tot fraude. *Good corporate governance* betekent vandaag dat de onafhankelijke bestuurders erop

moeten toezien dat het ethisch gedrag in de organisatie van hoog niveau is, ongeacht de sector of de aard van de organisatie.

150. Grote fraudes worden bijna altijd gepleegd door senior management, al dan niet in samenspanning met andere medewerkers of met derden. De onafhankelijke bestuurders hebben dus de belangrijke taak om aan de stakeholders, toezichthouders en de rest van de samenleving duidelijk te maken wat de houding is van de leiding ten opzichte van frauderisico, en de mate waarin de organisatie fraude afwijst. Daarnaast dragen alle medewerkers verantwoordelijkheid in het managen van het frauderisico.

151. Bestuurders, management en medewerkers moeten weten of de organisatie voldoet aan de verscherpte regelgeving en tegemoetkomt aan de zwaardere eisen vanuit de samenleving:

- Welk anti-fraudebeleid de organisatie heeft ingevoerd.
- Hoe de organisatie frauderisico's identificeert.
- Wat de organisatie eraan doet om fraude te voorkomen, of op zijn minst snel te ontdekken.
- Welk beleid er is om aanwijzingen van fraude te onderzoeken, te sanctioneren en herstelmaatregelen te treffen.

152. Dit tweede hoofdstuk verduidelijkt aan toezichthoudende bestuurders (in het bijzonder het auditcomité), uitvoerende bestuurders, managers, *compliance officers* en interne auditors hoe ze in hun organisatie het anti-fraudebeleid kunnen vormgeven. Achtereenvolgens wordt ingegaan op:

Paragraaf 2.2. *Fraud risk governance*;
 Paragraaf 2.3. *Fraud risk assessment*;
 Paragraaf 2.4. Fraudepreventie;
 Paragraaf 2.5. Fraudedetectie; en
 Paragraaf 2.6. Fraudeonderzoek, sanctie en herstel.

2.2. FRAUD RISK GOVERNANCE

2.2.1. Inleiding

153. De onderneming beschikt over een anti-fraudebeleid, dat is gedocumenteerd in een FRM-plan ⁽¹²⁾ waaruit duidelijk blijkt hoe het bestuur en het management met het frauderisico omgaan. De *governance* structuur toont hoe de bestuurders hun verantwoordelijkheid nemen ten opzichte van de andere stakeholders, zoals aandeelhouders, werknemers, banken, klanten, leveranciers, overheden, buurtbewoners, en media. Deze stakeholders hebben duidelijke verwachtingen ten aanzien van de *governance* structuur en het zakelijk gedrag van de onderneming.

154. De bedrijfscultuur bepaalt in belangrijke mate het gedrag van de raad van bestuur. Enkele voorbeelden van maatregelen op dit terrein:

- Raad van bestuur bepaalt zelf haar agenda en haar informatievoorziening;
- Bestuurders hebben rechtstreeks toegang tot verschillende managementniveaus;
- Benoemingen van onafhankelijke bestuurders geschieden autonoom;
- Raad van bestuur evalueert de belangrijkste managers (zoals CEO, CFO en COO) op gebied van prestaties, beloning, promotie en opvolging;
- Er is een gedragscode speciaal voor senior management, in aanvulling op de gedragscode van de onderneming; en
- Raad van bestuur bewaakt haar eigen onafhankelijkheid en effectiviteit door middel van evaluaties, vergaderingen en een actieve opvolging van de inspanningen van de onderneming op gebied van strategie en risicobeheersing.

155. In een gezonde bedrijfscultuur bevestigt de raad van bestuur het belang van het ethisch gehalte van de HR-functie (rekrutering, evaluaties, promoties, beloning) en van de relaties met klanten, leveranciers en andere zakenpartners. Ze maakt zichtbaar welke invloed ethische tekortkomingen hebben op het realiseren van de doelstellingen op de middellange en de lange termijn. Een sterk ethisch fundament verlaagt de kans op frauduleus gedrag binnen de onderneming.

156. Fraudes zoals diefstal, corruptie, kartelvorming, fiscale fraude en verslaggevingsfraude zijn in bijna alle landen strafbaar. De boetes als straf, of om strafrechtelijke vervolging af te kopen, worden steeds hoger. Daarnaast kunnen ondernemingen worden gedwongen om schadevergoedingen te betalen aan burgerlijke partijen.

157. Megafraudes doen zich maar zelden voor, maar de raad van bestuur draagt ook verantwoordelijkheid tot het voorkomen van zeldzame problemen, zeker indien deze het voortbestaan van de onderneming kunnen bedreigen.

2.2.2. Taken en verantwoordelijkheden

158. Het is cruciaal dat de raad van bestuur haar verantwoordelijkheid neemt en ervoor zorgt dat het senior management een deugdelijk anti-fraudebeleid invoert. Voorts moet

⁽¹²⁾ *Fraud Risk Management.*

de raad van bestuur zich ervan overtuigen dat dit beleid ook werkt. Het bestuur moet deze rol zichtbaar spelen, alleen al uit het oogpunt van bestuurdersaansprakelijkheid. Een van de pijlers van anti-fraudebeleid is de *tone-at-the-top* en de voorbeeldfunctie van de hoogste leiding, in woord en in daad.

159. Om te beginnen zorgt de raad van bestuur ervoor dat ze haar eigen zaken op orde heeft.

Zo bestaat de raad uit bestuurders die:

- Onafhankelijk denken;
- Verantwoordelijkheid nemen voor de informatievoorziening en voor de agenda;
- Rechtstreeks toegang hebben tot verschillende managementniveaus, en niet slechts met de CEO en de CFO;
- Rechtstreeks toegang hebben tot de externe adviseurs en de commissaris; en
- De belangrijkste taken formaliseren, al dan niet in de vorm van comités, zoals remuneratiecomité en auditcomité.

160. De raad van bestuur en de bestuurscomités stellen een huishoudelijk reglement op waarin de belangrijkste aspecten van hun functioneren zijn vastgelegd. Vervolgens zorgt de raad ervoor dat de directie een deugdelijk FRM-Plan vaststelt en dit schriftelijk documenteert en duidelijk communiceert. Dat stimuleert ethisch gedrag en steunt de werknemers, de klanten en de leveranciers om dit dagelijks na te leven.

161. Verdere algemene eisen aan de raad van bestuur:

- Begrijpen wat frauderisico precies inhoudt voor de betreffende onderneming;
- Toezicht houden op het periodiek uitvoeren van *fraud risk assessments* als onderdeel van het algemene *risk management*. Dit moet periodiek op de bestuursagenda worden geplaatst en de vergadering moet op dit punt goed worden voorbereid;
- De kwaliteit van de managementrapportages in de gaten houden op het gebied van frauderisico, zich daarbij niet beperkend tot de vaststelling dat deze beheersmaatregelen en controles bestaan, maar ook dat ze werken. Deze kwaliteit wordt ook bepaald door de frequentie en de tijdigheid van de informatie die de raad van bestuur verkrijgt van management, het personeel, de interne auditors, de commissaris en andere stakeholders, betreffende mogelijke fraude;
- Toezicht houden op de interne beheersmaatregelen die door het management zijn ingevoerd. Daarbij moet de raad ervoor zorgen dat er voldoende middelen beschikbaar worden gesteld, alsmede overzien dat de doelstellingen van het anti-fraudebeleid gedurende een lange periode kunnen worden gerealiseerd;
- De *tone-at-the-top* benadrukken bij de rekrutering van een nieuwe CEO, zoals in de functieomschrijving, de selectieprocedure, de evaluatiecriteria en de opvolgingsprocedure.
- Externe adviseurs kunnen inhuren en betalen wanneer de raad dat nodig vindt; en
- De commissaris zelfstandig en gedocumenteerd kunnen informeren over de betrokkenheid van de raad van bestuur bij het *risk management* van de organisatie.

2.2.3. Auditcomité ⁽¹³⁾

162. De wet van 17 december 2008 ⁽¹⁴⁾ verplicht beursgenoteerde vennootschappen en de financiële instellingen om een onafhankelijk auditcomité te installeren. Dit comité functioneert binnen de raad van bestuur en moet het toezicht ervan versterken. Volgens deze wet is het auditcomité samengesteld uit niet-uitvoerende bestuurders.

Minstens één lid van het auditcomité is een onafhankelijk lid in de zin van artikel 526ter van het Wetboek van vennootschappen, en beschikt over de nodige deskundigheid op het gebied van boekhouding en/of audit. Bovendien beschikken de leden van het auditcomité over een collectieve deskundigheid op het gebied van de activiteiten van de vennootschap en op het gebied van boekhouding en audit.

163. Niet alle leden van het auditcomité moeten onafhankelijke bestuurders zijn. De commissie *corporate governance* bepaalt slechts dat het auditcomité in meerderheid onafhankelijke leden moet tellen, dus niet alleen onafhankelijke leden.

164. De commissie *corporate governance* heeft in België in 2009 een nieuwe code gepubliceerd ⁽¹⁵⁾ voor beursgenoteerde vennootschappen. Ook de *corporate governance code* voor de kleine en middelgrote ondernemingen (de zgn. Code BUYSSE) wordt aangepast aan de gewijzigde economische realiteit.

165. Het auditcomité vergadert voldoende regelmatig, voldoende lang en met voldoende voorbereiding om het frauderisico in te schatten en het anti-fraudebeleid te evalueren. Daarbij wordt bijzondere aandacht besteed aan managementfraude omdat dit duidt op *override* van de interne controles. Het is belangrijk dat het auditcomité systematisch op de hoogte wordt gebracht van vermoedens van fraude en van effectieve fraudegevallen.

166. Het auditcomité heeft een proactieve benadering van het frauderisico, vooral door een actieve opvolging van de *fraud risk assessments*, en heeft daartoe rechtstreekse contact met de interne auditfunctie en andere betrokken werknemers. Het auditcomité informeert de externe auditor zelfstandig en gedocumenteerd over haar betrokkenheid bij het anti-fraudebeleid van de organisatie. Het auditcomité bespreekt met de externe auditor diens geplande aanpak om jaarrekeningfraude te ontdekken.

167. Tijdens iedere vergadering heeft het auditcomité rechtstreekse ontmoetingen met bepaalde medewerkers zonder dat het management daarbij aanwezig is, zoals met het hoofd interne audit en met senior financiële medewerkers. Het auditcomité moet begrijpen hoe in de aanpak van de interne auditor en de externe auditor wordt rekening gehouden met het frauderisico. Daarnaast is belangrijk dat het auditcomité begrijpt hoe het management probeert om fraude te voorkomen.

⁽¹³⁾ Bij afwezigheid van een auditcomité worden de hier opgesomde zaken gerealiseerd door een of meer leden van de raad van bestuur, bij voorkeur onafhankelijke leden met voldoende financiële deskundigheid.

⁽¹⁴⁾ 17 december 2008 – Wet inzonderheid tot oprichting van een auditcomité in de genoteerde vennootschappen en de financiële ondernemingen (BS 29 december 2008).

⁽¹⁵⁾ www.commissiecorporategovernance.be.

168. Het auditcomité moet begrijpen dat de externe audit er vooral op gericht is om met redelijke zekerheid vast te stellen dat er geen materiële fouten en fraudes in de jaarrekening zitten ⁽¹⁶⁾. Het auditcomité moet de controlenormen van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren kennen net als eventuele afspraken met de commissaris van de moedermaatschappij. Het auditcomité eist dat de commissaris open met haar spreekt over de aanpak van het frauderisico en over effectieve fraudegevallen.

169. Het auditcomité raadpleegt zelfstandig externe adviseurs, waaronder advocaten en *forensic auditors*, in geval van fraude. Het auditcomité houdt er rekening mee dat er voor sommige fraudes een meldplicht bestaat.

170. Aangezien het reputatierisico dat is verbonden aan fraude een zware weerslag heeft op de waardering van de onderneming door beurzen, werknemers, klanten en banken, ziet het auditcomité erop toe dat fraudegevallen met de gepaste zorg worden behandeld.

2.2.4. Management

171. Het management heeft de eindverantwoordelijkheid voor het ontwikkelen en het invoeren van het anti-fraudebeleid, waaronder:

- Zetten van een juiste *tone-at-the-top* als voorbeeld voor de hele organisatie. Zoals reeds vermeld, speelt de organisatiecultuur een belangrijke rol in fraudepreventie en -detectie en het weren van fraude. Management moet door haar gedrag – in woord en in daad – een cultuur scheppen waarin fraude niet wordt getolereerd, waarin fraudes krachtig worden aangepakt en waarin klokkenluiders geen gevolgen hoeven te vrezen;
- Invoeren van adequate interne beheersmaatregelen, waaronder het documenteren van het FRM-Plan, het monitoren van de doeltreffendheid van het anti-fraudebeleid, en het invoeren van een proces van regelmatige *fraud risk assessments*, waarbij informatie wordt betrokken van diverse interne en externe bronnen; en
- Rapporteren aan de raad van bestuur welke maatregelen zijn genomen om het frauderisico te beheersen, en of het anti-fraudebeleid effectief werkt. Dit omvat tevens het rapporteren van gebeurlijke fraudes en van de correctieve maatregelen die werden getroffen.

172. Als de commissaris aanwijzingen heeft van fraude dan moet hij volgens zijn controlenormen het management hiervan op de hoogte brengen (tenzij het aanwijzingen betreft van witwassen, dan moet de commissaris rechtstreeks de antiwitwascel CFI ⁽¹⁷⁾ informeren, juist zonder het management daarvan op de hoogte te brengen).

173. In veel organisaties is een persoon verantwoordelijk gesteld voor het anti-fraudebeleid en deze informeert de raad van bestuur hier periodiek over. Deze functie van *Fraud Control Officer* kan samenvallen met die van bijvoorbeeld *Risk Manager*, *Security Officer*, *Ethics Officer* of *Compliance Officer*. Hij ziet erop toe dat de maatregelen van het

⁽¹⁶⁾ De Belgische commissaris heeft daarnaast enkele bijzondere aandachtspunten, zoals overtredingen van het Wetboek van vennootschappen en de anti-witwaswetgeving. Cf. randnummers 77 en 99.

⁽¹⁷⁾ Cel voor Financiële Informatieverwerking (www.ctif-cfi.be).

anti-fraudebeleid in de afdelingen daadwerkelijk de bedrijfscultuur en de *tone-at-the-top* weerspiegelen.

Dit sluit op zijn beurt aan bij de bedrijfswaarden, de gedragscode en de daarvan afgeleide procedures, wordt ondersteund door duidelijke communicaties en acties vanuit het bestuur, en wordt voorzien van voldoende training voor de medewerkers. Deze verantwoordelijke begrijpt frauderisico en kent het FRM-Plan op afdelingsniveau en op procesniveau. Deze persoon is vaak tevens verantwoordelijk voor het ontwikkelen en invoeren van de processen die moeten zorgen voor *compliance*, rapportage en onderzoek van aanwijzingen van fraude.

126

ANTI-FRAUDEBELEID – POLITIQUE CONTRE LA FRAUDE

2.2.5. Personeel

174. Iedereen in de organisatie is verantwoordelijk voor de effectiviteit van de anti-fraudemaatregelen. Het belang van interne beheersmaatregelen in anti-fraudebeleid is niet nieuw. Al in 1992 bouwde (COSO) een raamwerk waarmee ondernemingen hun eigen interne beheersmaatregelen onderling konden vergelijken.

In zijn historische raamwerk *Internal Control – Integrated Framework* onderscheidde COSO vijf sleutelementen als de basisvoorwaarden voor een deugdelijke interne beheersing:

- Controleomgeving;
- *Risk assessment*;
- Controlemaatregelen;
- Informatie; en
- Communicatie en *monitoring*.

175. Deze vijf deelgebieden zijn onderling sterk verbonden en bieden alle aanknopingspunten voor een beheerssysteem waarin fraude op geen enkel niveau van de organisatie wordt aanvaard. In 2004 is dit raamwerk opgefrist tot de huidige standaard *Enterprise Risk Management* (COSO-ERM).

176. Alle niveaus binnen de organisatie, inclusief het management, moeten:

- Een basiskennis hebben van fraude en de bijbehorende knipperlichten;
- Hun rol kennen binnen het interne beheerssysteem. Medewerkers moeten begrijpen hoe hun taak bijdraagt aan het managen van het frauderisico en hoe *non-compliance* ervoor kan zorgen dat fraude onopgemerkt blijft;
- De beleidsmaatregelen en procedures (anti-fraudebeleid, gedragscode, enz.) lezen én begrijpen net als de overige operationele beleidsmaatregelen zoals delegatie van bevoegdheden en autorisatielimieten;
- Op afspraak deelnemen aan het proces van invoering van een sterke interne beheersing inclusief het invoeren van anti-fraudemaatregelen en het deelnemen aan *monitoring*;
- Vermoedens en aanwijzingen van fraude melden volgens de geldende procedures; en
- Meewerken aan interne onderzoeken van vermoedens en aanwijzingen van fraude.

2.2.6. Interne audit

177. Het *Institute of Internal Auditors* (IIA) definieert interne audit als volgt: “*Internal auditing is an independent, objective assurance and consulting activity designed to add value and improve an organization’s operations. It helps an organization accomplish its objectives by bringing a systematic, disciplined approach to evaluate and improve the effectiveness of risk management, control, and governance processes.*”.

178. De interne auditfunctie bevestigt aan de raad van bestuur en het management dat de maatregelen van het anti-fraudebeleid toereikend zijn, gegeven de mate van risicoaanvaarding van de organisatie.

179. Bij het bepalen van haar auditaanpak betreft de interne afdeling de *fraud risk assessments* die door de organisatie worden uitgevoerd. Daarnaast beoordeelt ze periodiek de kwaliteit van het anti-fraudebeleid van de organisatie. Interne audit interviewt regelmatig de personen die zijn betrokken bij de interne *fraud risk assessments*, en andere sleutelfiguren binnen de organisatie, om zich ervan te overtuigen dat alle frauderisico’s werden geïdentificeerd en beoordeeld. Bij het uitvoeren van interne audits besteedt de interne auditor voldoende tijd en aandacht aan de beoordeling van de beheersmaatregelen uit het FRM-Plan.

De interne auditor voert zijn werk uit met professioneel scepticisme en is daarbij alert voor knipperlichten van fraude. Aanwijzingen of vermoedens van fraude worden behandeld volgens een zorgvuldig opgesteld *fraud response plan*, in lijn met de geldende professionele normen en wettelijke grenzen. Het interne audit departement is ook actief betrokken bij het bewaken van het ethische gehalte van de bedrijfscultuur.

180. Het belang dat de organisatie hecht aan een goed functionerende interne audit is een indicatie voor de waarde die ze hecht aan een goed functionerend intern beheerssysteem. Het interne audit charter, goedgekeurd door (het auditcomité van) de raad van bestuur, beschrijft de taken en verantwoordelijkheden van de interne audit functie met betrekking tot fraude.

181. De interne audit afdeling kan ook enkele specifieke taken hebben met betrekking tot het anti-fraudebeleid binnen de organisatie, zoals het onderzoeken van aanwijzingen of vermoedens van fraude, onderzoek naar de oorzaken en aanbevelingen voor verbetering, het opvolgen van de meldingen aan een intern meldpunt, en het geven van opleidingen op gebied van ethiek. In die gevallen heeft interne audit de verantwoordelijkheid om over de juiste kwaliteiten en competenties te beschikken, zoals kennis van fraudemechanismen, onderzoekstechnieken en regelgeving rond fraude.

Voorts moet interne audit over voldoende middelen beschikken om dergelijke taken uit te voeren (budget, personeel, specialisatie, training) rekening houdend met de omvang, de aard, de activiteiten en de complexiteit van de organisatie en haar omgeving.

182. Interne audit moet onafhankelijk zijn ten opzichte van de bedrijfsleiding (onafhankelijke autoriteit en communicatie), rechtstreeks toegang hebben tot de toezichthoudende bestuurders (auditcomité) en zich onderwerpen aan de professionele normen.

2.2.7. *Fraud Risk Management Plan*

183. De meeste grote organisaties hebben de maatregelen van het anti-fraudebeleid op verschillende plaatsen gedocumenteerd, zoals in gedragscodes, procedures voor onkostendeclaraties, en een onderzoeksprotocol voor aanwijzingen van fraude.

184. Het management heeft maatregelen ingevoerd voor het inschatten van risico's, het handhaven van *compliance*, het identificeren en onderzoeken van overtredingen, het meten van en het rapporteren over de prestaties op dit vlak naar de relevante stakeholdergroepen, en het communiceren over doelen en verwachtingen.

185. Echter weinig organisaties hebben een topdocument geschreven waarin dit beleid en de maatregelen worden samengevat en toegelicht, wat de communicatie en evaluatie van het beleid bevorderen. Dit topdocument noemen we het *fraud risk management plan*. De sleutelementen van een FRM-Plan zijn:

- *Commitment*;
- Bewustmaking;
- Bevestigingsprocedure;
- Conflicterende belangen;
- *Fraud risk assessment*;
- Melding van incidenten en de bescherming van klokkenluiders;
- Fraudeonderzoek;
- Herstelmaatregelen;
- Terugkoppeling en kwaliteitsverbetering; en
- Voortdurende opvolging.

A. *Commitment*

186. Het bestuur en het management moeten hun steun aan het anti-fraudebeleid duidelijk communiceren. Dat kan bijvoorbeeld door deze *commitment* te verankeren in de waarden en de gedragscode van de organisatie.

Een andere methode is het uitbrengen van een korte brief aan alle medewerkers, klanten en leveranciers. In deze communicatie moet het belang van het frauderisico worden benadrukt, de kwetsbaarheid van de organisatie voor fraude worden erkend, en de verantwoordelijkheid van alle geadresseerden worden benadrukt voor een effectief anti-fraudebeleid.

De brief moet worden getekend door een bestuurslid. De brief wordt verstrekt aan nieuwe personeelsleden als onderdeel van de kennismakingsprocedure. Hij wordt periodiek opnieuw uitgegeven. De brief kan een basis vormen voor het anti-fraudebeleid en kan daarvan ook een samenvatting geven.

B. Bewustmaking

187. Teneinde ervoor te zorgen dat het anti-fraudebeleid voldoende aandacht krijgt van alle betrokken partijen, moet de organisatie beschikken over een doorlopend bewustmakingsprogramma. Een dergelijk programma is tevens een sterke maatregel van fraudepreventie. Bewustmaking betreffende fraude en ongewenst gedrag gebeurt door middel van periodieke meting, training en regelmatige communicatie hierover.

188. Het FRM-Plan ondersteunt het bewustmakingsprogramma. In de documentatie die het bewustmakingsproces ondersteunt, wordt uitgelegd wat fraude en ongewenst gedrag inhoudt en wat frauderisico's zijn. Tevens moet de documentatie voorbeelden bevatten van mogelijke fraudemechanismen, en de personen beschrijven die dergelijke fraudes zouden kunnen plegen.

189. De bewustmakingscampagnes moeten op maat zijn van degenen voor wie ze bestemd zijn. Er wordt bepaald wie erheen moet, hoe lang en hoe vaak. Verder wordt er rekening gehouden met verschillen tussen landen en ook binnen landen, zoals culturele verschillen, wat kan leiden tot verschillen in de behandeling van ethische dilemma's en in de manier van presenteren van het beleid. Er wordt voorzien in specifieke bewustmakingscampagnes voor de raad van bestuur en de verschillende bestuurscomités.

C. Bevestigingsprocedure

190. Middels een bevestigingsprocedure geven bestuurders, werknemers en dienstverleners (uitzendkrachten, onderaannemers, enz.) aan dat ze de gedragscode, de anti-fraude maatregelen en de bijbehorende documentatie hebben ontvangen, dat ze deze begrijpen en dat ze zich hieraan zullen houden. Het ontbreken van een bevestigingsprocedure betekent een verhoging van het frauderisico; dit moet bekend zijn bij, en kan alleen aanvaard worden op het niveau van het bestuur.

191. De bevestigingsprocedure kan digitaal (internet, e-mail) of schriftelijk worden uitgevoerd. Sommige organisaties gaan zo ver dat ze het personeel tevens vragen om te bevestigen dat ze niet op de hoogte zijn van gebeurlijke fraudes of ongewenst gedrag.

192. De organisatie gaat na of er juridische gevolgen zijn van het hebben van een bevestigingsprocedure; dit kan per land verschillen. Voorts wordt bepaald hoe wordt omgegaan met een weigering om deel te nemen aan de bevestigingsprocedure, en dat de sancties consequent moeten worden toegepast.

193. Sommige organisaties voegen als contractvoorwaarde toe dat de leverancier zich zal houden aan de gedragscode van de organisatie, of een vergelijkbaar document. Dit werkt als een maatregel van fraudepreventie. Sommige organisaties verlangen dat het senior management een specifieke gedragscode ondertekent voor medewerkers van hoger niveau. En sommige organisaties verlangen dat dienstverleners specifieke verklaringen geven betreffende de betrouwbaarheid van de bedrijfsinformatie of het gebruik van de bedrijfsmiddelen en de technologie van de organisatie.

D. Conflicterende belangen ⁽¹⁸⁾

194. De organisatie heeft een procedure die van bestuurders, medewerkers en dienstverleners verlangt dat ze hun verschillende belangen intern melden, waardoor potentiële of daadwerkelijke conflicterende belangen kunnen worden geïdentificeerd. Wanneer een conflicterend belang gemeld wordt, zijn er verschillende mogelijkheden:

- Management kan besluiten dat er sprake is van een belangenconflict en dat de betrokken persoon die activiteit moet staken of de organisatie moet verlaten;
- Management kan besluiten dat er geen sprake is van een belangenconflict dat moet worden opgeheven; of
- Management kan besluiten dat er een potentieel belangenconflict is, waardoor bepaalde beperkingen moeten worden opgelegd aan de betrokken persoon, waarmee het risico beheersbaar wordt.

195. Gemelde conflicterende belangen en de betreffende beslissing van het management worden gedocumenteerd en afgestemd met een jurist. Van opgelegde beperkingen – zie het derde gedachtestreepje van randnummer 194 – moet worden vastgesteld of ze worden nageleefd.

Bijvoorbeeld: het nieuwe hoofd aankoop van divisie A meldt dat zijn broer de eigenaar is van XYZ, een van de vaste leveranciers van divisie A. Er wordt afgesproken dat aankopen bij XYZ zijn toegestaan maar maandelijks moeten worden gerapporteerd aan een directielid, die controle uitoefent op prijs, kwaliteit, betaling, enz. Een andere meldingsprocedure betreft bijvoorbeeld voorkennis.

196. Dergelijke meldingsprocedures moeten een onderdeel uitmaken van het Plan. Organisaties moeten afwegen (juridisch, imago) of ze de gedragscode, anti-fraudemaatregelen en dergelijke bekendmaken aan het grote publiek.

E. Fraud risk assessment

197. Een belangrijke basis van een doeltreffend anti-fraudebeleid is de *fraud risk assessment*, onder toezicht van de raad van bestuur, waarmee wordt geïdentificeerd welke delen van de organisatie vooral gevoelig zijn en voor welke fraude. *Fraud risk assessments* worden op regelmatige basis uitgevoerd, door deskundig personeel, waarbij relevante fraudemechanismen en -scenario's worden betrokken, die daarbij ook worden gedocumenteerd ten behoeve van de relevante controles die moeten worden ingevoerd.

198. Het bestaan van *fraud risk assessments*, en de communicatie door het management dat deze bestaan en regelmatig worden uitgevoerd, kan potentiële fraudeurs afschrikken. Het systeem van interne beheersing is ontworpen rondom inherente ondernemingsrisico's.

⁽¹⁸⁾ Wij verwijzen ook naar de belangenconflictenregeling in artikel 523 van het Wetboek van vennootschappen. Cf. ook E. VANDERSTAPPEN, "Belangenconflictenregeling", in ICCI-2011-2, *Organisaties van openbaar belang en financiële transparantie - Entités d'intérêt public et transparence financière*, Antwerpen, Maklu, 2011-2, 83-95.

Deze zijn vastgelegd in het *enterprise risk assessment protocol*, samen met de belangrijkste maatregelen waarmee elk risico worden beheerst. Het *Enterprise Risk Management – Integrated Framework* van COSO beschrijft de belangrijkste ERM-componenten, uitgangspunten en concepten voor alle organisaties, ongeacht hun omvang.

F. Melding van incidenten en de bescherming van klokkenluiders

199. Het FRM-Plan vermeldt dat de organisatie een nultolerantiebeleid voert met betrekking tot fraude, en dat er wordt verwacht dat aanwijzingen van fraude intern worden gemeld. In het plan is een meldprocedure uitgewerkt, waarbij de meldkanalen duidelijk worden beschreven; deze worden bekend gemaakt aan alle stakeholders. Deze meldkanalen kunnen dezelfde zijn als die waar overtredingen van de gedragscode worden gemeld.

200. Aangezien de medewerkers en diverse andere stakeholdersgroepen het best geplaatst zijn om fraude te zien en te melden, wordt deze procedure grondig uitgewerkt, zoals met een aparte sectie op de website van de organisatie die is gewijd aan ethiek en fraude, een ombudsman, of een *hotline*. Teneinde te stimuleren dat meldingen effectief en zo snel mogelijk worden gedaan, is het aan te bevelen om een beschermingsregeling in te voeren voor klokkenluiders.

201. In België is deze bescherming in de private sector niet wettelijk voorzien; bedrijven moeten dit zelf regelen. In sommige landen is een dergelijke regeling voor bedrijven verplicht.

G. Fraudeonderzoek

202. Het FRM-Plan vermeldt een onderzoeksproces. De melding van een aanwijzing van fraude of ongewenst gedrag betekent de automatische start van het onderzoeksproces. Het bestuur en het management hebben een gedocumenteerd onderzoeksprotocol dat onder meer beschrijft hoe wordt bepaald wie een onderzoek mag voeren (intern of extern), hoe bewijsmateriaal op een deugdelijke wijze wordt verzameld en vastgelegd, hoe de verrichte handelingen worden gedocumenteerd, hoe de bevindingen aan bestuur en management worden gerapporteerd, hoe er wordt omgegaan met toezichthouders (indien van toepassing) en hoe juridische stappen worden genomen.

Ten slotte moeten organisaties beslissen of ze van alle medewerkers eisen dat zij hun volledige medewerking verlenen aan een onderzoek naar vermoedens of aanwijzingen van fraude.

H. Herstelmaatregelen

203. Een intern onderzoek wordt niet alleen gevoerd om schuldigen aan te wijzen of met hen af te rekenen. Minstens zo belangrijk is het beperken van de schade en het leren van de fouten. In het FRM-Plan wordt vastgelegd hoe moet worden omgegaan met personen die fraude plegen of laten gebeuren zonder te reageren, bijvoorbeeld door beëindiging

van het contract en aangifte bij justitie. Daarbij kan worden bevestigd dat de organisatie zich het recht voorbehoudt om de fraudeur burgerlijk of strafrechtelijk te vervolgen.

204. In het FRM-Plan wordt vastgelegd dat na een fraude zal worden onderzocht op welke punten het interne beheersysteem heeft gefaald zodat de fraude kon plaatsvinden. Op basis van de bevindingen worden herstelmaatregelen getroffen. Interne auditors kunnen in dit proces een belangrijke rol spelen.

I. Terugkoppeling en kwaliteitsverbetering

205. In het FRM-Plan wordt vastgelegd hoe het management periodiek vaststelt dat het anti-fraudebeleid werkt en inspeelt op verandering. Hierbij kan gebruik gemaakt worden van metingen en analyses, van statistieken, benchmarks, interne en externe bronnen, en interne enquêtes. Dit resulteert in een rapportage aan de *Fraud Control Officer*, degene die verantwoordelijk is voor het anti-fraudebeleid, zoals de *Risk Manager* of de *Ethics Officer*.

J. Voortdurende opvolging

206. Het FRM-Plan met bijbehorende documentatie wordt *gereviewd* en aangepast in functie van de evolutie van de omgeving en de noden van de organisatie. De elementen van het FRM-Plan die hiervoor kort zijn toegelicht, worden nader uitgewerkt in de volgende paragrafen 2.3. tot en met 2.6.

2.3. FRAUD RISK ASSESSMENT

2.3.1. Inleiding

207. Toezichhouders, beroepsorganisaties en politie en justitie benadrukken de cruciale betekenis van *risk assessments* voor het invoeren en bijstellen van het FRM-Plan. Organisaties kunnen kiezen om *fraud risk assessments* te maken als onderdeel van de algemene *risk assessments* of los daarvan. Deze paragraaf geeft een handleiding voor het uitvoeren van *fraud risk assessments*. Organisaties kunnen deze benadering aanpassen op basis van hun eigen ervaring met algemene *risk assessments* en aan hun specifieke behoeften.

208. Het FRM-Plan maakt deel uit van het *enterprise risk management* (ERM). Een van de fundamenteën is de *fraud risk assessment* waarin wordt vastgesteld waar fraude in de organisatie kan optreden en wie de fraudeurs kunnen zijn. De beheersmaatregelen zijn altijd zowel gericht op het fraudemechanisme als op de persoon van de fraudeur (een fraudeur is altijd een natuurlijk persoon) of deze zich nu binnen of buiten de organisatie bevindt.

209. In geval van samenspanning tussen twee medewerkers worden preventieve controles aangevuld met detectiecontroles, omdat de preventieve controle – gebaseerd op functiescheiding – wordt uitgeschakeld door de samenspanning (collusie).

210. Fraude is naar zijn aard misleidend, gericht op het verhinderen van ontdekking. Het team dat de *fraud risk assessment* uitvoert, moet proberen te anticiperen op het gedrag van de potentiële fraudeur. Dit verlangt een strategische benadering van het *assessment proces*, enerzijds door te zoeken naar conflicterende belangen en anderzijds op de wijze waarop de fraudeur de fraude zal proberen toe te dekken.

211. Professioneel scepticisme is een belangrijke eigenschap van de personen die betrokken zijn bij de *fraud risk assessment*. Dit uit zich in het stellen van vragen als:

- Hoe kan een fraudeur zwakke elementen in het interne beheerssysteem misbruiken?
- Hoe kan een fraudeur controles omzeilen. Is *management override* mogelijk?
- Hoe kan een fraudeur de fraude verbergen?

212. Een *fraud risk assessment* bestaat uit de volgende sleutelementen:

- Identificeer het inherente frauderisico. Verzamel informatie over de inherente frauderisico's die de organisatie kunnen bedreigen. Hierin worden betrokken: alle fraudemechanismen en scenario's; druk, stimulerende omstandigheden en de gelegenheid om te frauderen; en IT-fraudes die typisch van toepassing kunnen zijn op de organisatie.
- In een initiële analyse worden alle inherente frauderisico's geïdentificeerd zonder daarbij rekening te houden met de bestaande of mogelijke beheersmaatregelen, en dit met het oog op de volledigheid van de inventarisatie.

- In een tweede fase worden de beheersmaatregelen erbij betrokken, zodat een meer realistisch beeld ontstaat.
- Bepaal de kans en de impact van dit inherente frauderisico. Bepaal van elk geïdentificeerd fraudemechanisme de kans dat het optreedt, en de impact daarvan.
- Stel de benodigde beheersmaatregelen vast. Beslissen welke de beheersmaatregelen moeten zijn waarbij de kosten van deze maatregelen moeten worden afgezet tegen de baten. Hierbij wordt tevens de afweging gemaakt tussen preventieve maatregelen en specifieke fraudedetectie maatregelen.

213. De *fraud risk assessment* is allerm minst een theoretische oefening. Er wordt gebruik gemaakt van interne en externe bronnen, beschrijvingen van fraudecases, statistieken, en benchmarking. Interviews met managers uit de bedrijfsprocessen en met de interne audit functie zijn eveneens belangrijke bronnen.

Ook bij de *fraud risk assessment* is professioneel scepticisme een belangrijke factor, net als openheid en eerlijkheid.

Bij de *fraud risk assessment* wordt gebruik gemaakt van een raamwerk waarin de bevindingen worden vastgelegd en eventueel aanvullend gedocumenteerd. Het onderstaande schema toont de samenhang tussen de onderdelen van de *fraud risk assessment*: de FRA-Grid⁽¹⁹⁾.

2.3.2. Samenstelling *fraud risk assessment* team

214. Een goede *fraud risk assessment* is gebaseerd op informatie uit verschillende bronnen. Daarom moet voor de aanvang ervan een *fraud risk assessment* team worden samengesteld. Hierin zitten personen uit diverse delen van de organisatie met verschillende kennis, inzichten en expertise met toegang tot interne en externe informatiebronnen. Een voorbeeld van een dergelijke mix:

- *Financiële en boekhoudkundige medewerkers* – Deze zijn bekend met het proces van financiële verslaggeving en interne controle.
- *Niet-financiële personen, afkomstig uit de bedrijfsprocessen* – Deze hebben kennis van de dagelijkse *operations*, van relaties met klanten en leveranciers, en met inzicht in hetgeen zich afspeelt in de sector.
- *Medewerkers betrokken bij het risk management van de organisatie* – Deze moeten ervoor zorgen dat de *fraud risk assessment* in lijn is met het algemene risicobeheer.
- *Medewerkers van de juridische en de compliance functies* – Aangezien de geïdentificeerde frauderisico's gevolgen hebben op gebied van strafrecht en burgerlijk recht en van de toezichthouder.
- *Interne auditmedewerkers* – Deze zijn bekend met de beheersmaatregelen en de monitoringprocedures in de organisatie. Interne auditors hebben daarnaast toegevoegde waarde bij het bepalen van aanvullende beheersmaatregelen en het vaststellen van het *restrisico*.

⁽¹⁹⁾ Een voorbeeld van een FRA-Grid wordt gegeven in *Managing The Business Risk Of Fraud. A Practical Guide*, p. 55-56.

- *Externe forensic auditors* – Indien de benodigde expertise niet intern beschikbaar is, kan extern advies worden gevraagd bij *forensic auditors* die bekend zijn met de geldende FRM-normen, fraudeknipperlichten, en fraudepreventie- en detectiemaatregelen.

215. De managers, hoofden van business units en verantwoordelijken voor belangrijke bedrijfsprocessen (boekhouding, *controlling*, verkoop, aankoop en *operations*) moeten in elk geval worden betrokken bij de *fraud risk assessments*, omdat zij verantwoordelijk zijn voor het invoeren en de goede werking van de beheersmaatregelen.

2.3.3. Frauderisico identificatie

216. Het *fraud risk assessment* team start met een brainstormsessie om alle mogelijke frauderisico's te identificeren: de inherente frauderisico's⁽²⁰⁾. Dit is de initiële assessment waarin nog geen rekening wordt gehouden met interne beheersmaatregelen; risico's die schijnbaar worden beheerst door interne controles, worden toch op de lijst geplaatst. Deze sessie wordt grondig voorbereid: er is een voorzitter, die vooraf de agenda meedeelt aan de deelnemers, en die de brainstorming faciliteert.

217. De brainstormsessie moet informatie opleveren over de gelegenheid die de organisatie biedt om fraude te plegen, over prestatiedruk, over het risico van *management override*. Ook de overige risico's worden hierbij betrokken, zoals in de sfeer van toezicht, juridische risico's, reputatierisico's, en de invloed van IT op het frauderisico. Indien er beheersmaatregelen worden genoemd, worden deze alvast genoteerd.

218. De raad van bestuur (auditcomité) wordt gevraagd om te reageren op de informatie die naar boven komt tijdens de frauderisico identificatie. Daarbij evalueert de raad van bestuur welke invloed de huidige inrichting en aansturing van de bedrijfsprocessen hebben op het frauderisico, daarbij inbegrepen de prestatiedruk.

A. Motieven tot plegen van fraude

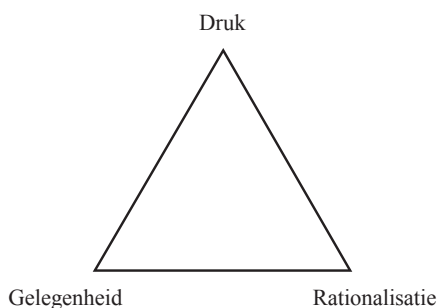
219. De motieven om fraude te plegen zijn talloos en divers, bijvoorbeeld:

- Een bestuurslid is ervan overtuigd dat de strategie op termijn succesvol zal zijn, en dat tegenvallende tussentijdse resultaten moeten worden bijgekleurd om de strategie de kans te geven om zich te bewijzen;
- Een verkoopmanager vindt dat hij zijn volumebonus wel heeft verdiend en laat daarom een mislukte transactie gewoon bij zijn zakencijfer tellen;
- Een aankoopmanager schuift goed uitgevallen volumekorting door naar de volgende periode, als appeltje voor de dorst;
- Een directeur betaalt honderdduizend dollar aan een consortium om een groot contract binnen te halen voor zijn noodlijdende *business unit*.

⁽²⁰⁾ Inherente risico's zijn risico's die onlosmakelijk zijn verbonden aan de organisatie, zijn omgeving en de activiteiten.

B. Fraudedriehoek: druk-gelegenheid-rationalisatie

220. In het frauderisico identificatieproces wordt aandacht besteed aan de gelegenheid (*opportunity*) die de organisatie biedt tot het plegen van fraude, aan de invloed van druk (*pressure*) op het frauderisico en de betekenis van rationalisatie (*rationalization*) door de fraudeur



Afbeelding 3: De fraudedriehoek (fraud triangle)

a. Druk

221. Een van de belangrijkste drukfactoren is prestatiedruk. Deze wordt vaak in de hand gewerkt door de bonusprogramma's die organisaties zelf opstellen/opleggen. Van bonusprogramma's moet worden beoordeeld welke invloed ze hebben op het gedrag van de medewerkers bij transacties, beslissingen en inschattingen (zoals het schatten van voorzieningen). Deze evaluatie heeft een invloed op de inschatting van de kans dat bepaalde fraudes zullen plaatsvinden.

222. Prestatiedruk (werkelijk of gepercipieerd) is dus een belangrijke risicofactor, die soms moeilijk te kwantificeren is. Er zijn organisaties die transparant zijn over de gehanteerde criteria en de personen waarop ze betrekking hebben. Andere organisaties zijn discreet over deze criteria of rekenen op een stimulerende organisatiecultuur. Hoewel frauduleus gedrag niet alleen tot stand komt in een systeem van prestatiebonussen, blijkt dit laatste toch regelmatig een belangrijke factor te zijn.

223. Naast prestatiedruk zijn er nog andere vormen van druk waarmee rekening dient te worden gehouden. Bijvoorbeeld: om geen verantwoording te hoeven afleggen over een verkeerd gelopen transactie, wordt deze verdoezeld in een reeks grotere transacties. Een ander voorbeeld betreft het rapporteren van tussentijdse resultaten (intern en extern): hierbij worden vaak posten aangepast om lastige vragen te vermijden, zelfs wanneer er een aanvaardbare verklaring is voor de afwijking. Vele managers geven hier zelf het slechte voorbeeld zonder zich te realiseren dat dit ertoe kan leiden dat collega's het zelf gaan doen maar op de verkeerde momenten, om de verkeerde redenen en zonder hierover te communiceren.

b. Gelegenheid

224. Naast de druk is de gelegenheid een bepalende factor voor frauderisico. Een organisatie die nauwelijks gelegenheid geeft om te frauderen, beperkt de kans om slachtoffer te worden van fraude. De gelegenheid om fraude te plegen is groter wanneer interne beheersmaatregelen zwak zijn. Vooral gebrekkige functiescheidingen werken fraude in de hand.

225. Bepaalde fraudes, vooral die waarbij interne controles door het management worden doorbroken (*management override*), zijn echter moeilijk te voorkomen. Toezicht houden op het uitvoerende management is een belangrijke rol voor de toezichhoudende bestuurders (met daarbij een belangrijke taak voor het auditcomité) in samenwerking met interne audit. Dit laatste is een belangrijk deel van het FRM-Plan.

c. Rationalisatie

226. De meeste mensen die druk voelen om te frauderen, en ook de gelegenheid daartoe hebben, zullen het niet doen. Dat komt omdat ze de fraude niet voor zichzelf zouden kunnen verantwoorden (rationaliseren). Bijvoorbeeld: “De baas doet het ook, dus waarom ik niet?” Door duidelijke normstelling, cultuurbeleid, handhavingsbeleid en sanctiebeleid wordt de kans op fraude verkleind.

227. De organisatie kan ook proberen om signalen op te vangen van medewerkers en andere betrokkenen die het niet zo nauw nemen met de geldende normen en waarden. Dit komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in het screeningbeleid: *pre-employment screening*, *in-employment screening*, *know-your-customer* beleid, enz.

228. Ten slotte bestaan er knipperlichten voor het stereotype gedrag van fraudeurs, zoals wanneer deze zich afsluiten van de rest van de organisatie: werken met de deur dicht, 's avonds laat doorwerken, contacten met bepaalde klanten of leveranciers monopoliseren, enz. Dit kan afwijkende normen en waarden weerspiegelen.

2.3.4. Risico van doorbreken van interne controle door de leiding

229. In het risico identificatieproces wordt aandacht gegeven aan de kans op *management override* van beheersmaatregelen die juist fraude moeten voorkomen of signaleren. De medewerkers kennen meestal de beheersmaatregelen en standaardprocedures die fraude moeten voorkomen. Medewerkers die fraude willen plegen, kunnen kennis van de organisatie aanwenden om ontdekking te voorkomen.

230. Daarom is het zo belangrijk dat wordt vastgesteld dat de beheersmaatregelen, die fraude moeten voorkomen en signaleren, in werkelijkheid niet zijn uitgeschakeld. Zo zal een medewerker die bevoegd is om nieuwe leveranciers te creëren in de leveranciersadministratie eerder een fictieve leverancier creëren dan valse facturen aanbieden voor betaling. Bij de evaluatie van de beheersmaatregelen wordt aandacht gegeven aan die maatregelen die al te gemakkelijk kunnen worden omzeild.

2.3.5. Classificatie van frauderisico's

231. De medewerkers die betrokken zijn bij de *fraud risk assessment* moeten een volledig beeld hebben van de soorten fraudes die bestaan, om te kunnen inschatten welke fraudes kunnen optreden en wat de impact daarvan kan zijn.

Hiervoor is het nodig om informatie van buiten de organisatie te benutten zoals nieuws uit de sector, informatie over klachten, boetes en dadingen (burgerrechtelijke, strafrechtelijke, en met toezichthouders) en beroepsorganisaties zoals IFA, ACFE, IIA, IBR en ISACA ⁽²¹⁾.

232. Voorts is informatie nodig over de bedrijfsprocessen en over potentiële fraudes, middels brainstormsessies en interviews met medewerkers, het overlopen van meldingen die zijn ontvangen via de meldpunten (ombudsman, *hotline*, enz.) en op basis van interne analyses.

233. Er bestaan verschillende raamwerken om fraude te classificeren en te benoemen (taxonomie). Een raamwerk dat in België wordt gehanteerd door de *Antwerp Management School* ⁽²²⁾ en het *Institute of Forensic Auditors*, is te vinden in *The Corporate Fraud Handbook* ⁽²³⁾.

Het onderscheidt drie categorieën fraude:

1. Verslaggevingsfraude:

- Foutief vermelde inkomsten;
- Foutief vermelde uitgaven;
- Foutief vermelde balansposten, inclusief reserves;
- Foutieve of ontbrekende toelichtingen;
- Verdoezelen van misbruik van bedrijfsmiddelen;
- Verdoezelen van ongeoorloofde inkomsten en uitgaven; en
- Verdoezelen van investeringen en desinvesteringen of ongeautoriseerd gebruik van bedrijfsmiddelen.

2. Fraude met bedrijfsmiddelen:

- Materiële activa; door werknemers, klanten, leveranciers, ex-werknemers of andere derden;
- Immateriële activa, waaronder intellectuele eigendom;
- Vertrouwelijke bedrijfsgegevens; en
- Afwerven van cliënteel en personeel.

⁽²¹⁾ IFA = *Institute of Forensic Auditors* (www.forensicaudit.be). ACFE = *Association of Certified Fraud examiners* (www.acfebelgium.be). IIA = *Institute of Internal Auditors* (www.iiabelgium.be). IBR = Instituut van de Bedrijfsrevisoren (www.ibr-ire.be). ISACA = *Information Systems Audit and Control Association* (www.isaca.be).

⁽²²⁾ *Masterclass Forensic Auditing, Antwerp Management School* (www.antwerpmanagementschool.be).

⁽²³⁾ J.T. WELLS, *Corporate Fraud Handbook: pretention and detection*, New Jersey, John Wiley & Sons, 3rd edition, 2011.

3. Corruptie:

- Omkoping en overdreven fooien aan bedrijven, privépersonen of ambtenaren;
- Ontvangen van steekpenningen, *kickbacks* en overdreven tips; en
- Meewerken aan fraude door derden, zoals klanten en leveranciers.

A. Verslaggevingsfraude

234. Van elk onderdeel van de drie hiervoor genoemde categorieën bestaan voorbeelden die de werking van het fraudemechanisme toelichten. Zo kan een te vroege boeking van inkomsten op verschillende manieren worden gerealiseerd: antedatering van documenten, te vroeg boeken van *work-in-progress* naar omzet, boeken van ontvangen voorschotten als omzet, verkoopkorting pas in de volgende periode boeken, enz.

235. Bepaalde fraudemechanismen zijn algemeen van aard en komen overal voor, zoals het vormen van “potjes” in periodes met goede resultaten, die kunnen worden benut wanneer de resultaten tegenvallen. Er zijn ook fraudemechanismen die vooral voorkomen in bepaalde sectoren, zoals het te vroeg of te laat boeken van *work-in-progress* als omzet, typisch voor bijvoorbeeld de dienstensector en bouwsector. Al deze schema’s moeten worden overlopen tijdens de *fraud risk assessment*.

236. Er zijn raamwerken beschikbaar voor het op systematische wijze in kaart brengen van de frauderisico’s. Door dezelfde methode te hanteren voor verschillende bedrijven en in de loop van de tijd, kan de eigen score worden vergeleken met andere scores (benchmarking).

237. Bij de indeling van verslaggevingsfraude, zoals hiervoor onderscheiden, is uitgegaan van het te mooi voorstellen van de inkomsten en het vermogen en het geven van foutieve of onvolledige toelichting ter zake. Uiteraard komt het tegenovergestelde ook voor; alles hangt af van het belang van de frauderende manager op dat moment. Elke manipulatie van de financiële verslaggeving die opzettelijk wordt gepleegd en wordt verdoezeld en die anderen benadeelt, is te kwalificeren als verslaggevingsfraude.

238. Een bijzondere variant is de manipulatie van de financiële verslaggeving om een andere fraude te verdoezelen, zoals diefstal of misbruik van bedrijfsmiddelen. In dat geval valt de manipulatie van de financiële rapportage ook onder verslaggevingsfraude.

B. Fraude met bedrijfsmiddelen

239. De bedrijfsmiddelen van een organisatie, materieel (zoals geld en voorraad) of immaterieel (zoals vertrouwelijke informatie en intellectuele eigendom), kunnen worden gestolen of misbruikt door medewerkers, dienstverleners, klanten of leveranciers. De organisatie moet zich ervan overtuigen dat er voldoende beheersmaatregelen zijn om de activa hiertegen te beschermen.

240. Tijdens de *fraud risk assessment* moet duidelijk worden welke bedrijfsmiddelen het meest kwetsbaar zijn om te worden gestolen of misbruikt, waar deze zich bevinden, welke medewerkers er verantwoordelijk voor zijn. Fraudes worden veelvuldig gepleegd door:

1. Medewerkers:

- Creatie van en betaling aan fictieve leveranciers;
- Betaling van opgeblazen of fictieve facturen;
- Facturen voor goederen of diensten die niet zijn geleverd;
- Diefstal van voorraden en gebruik van bedrijfsmiddelen voor privédoeleinden;
- Valse of opgeblazen onkostendeclaraties; en
- Diefstal of misbruik van klantgegevens en andere vertrouwelijke informatie.

2. Medewerkers die samenspannen met klanten, leveranciers of andere derden:

- Betaling van opgeblazen of fictieve facturen;
- Uitgeven van opgeblazen of fictieve creditnota's;
- Facturen voor goederen of diensten die niet zijn geleverd;
- Voorkeursbehandeling van bepaalde klanten, leveranciers of dienstverleners;
- Manipulatie van aanbestedings- en offerte procedures; en
- Diefstal of misbruik van klantgegevens en andere vertrouwelijke informatie.

3. Leveranciers:

- Opgeblazen of fictieve facturen;
- Minder geleverd dan volgens de vrachtbrief of levering van lagere kwaliteit;
- Factureren voor goederen en diensten die niet zijn geleverd.

4. Klanten:

- Valse claims wegens beschadigingen of tekorten bij leveringen.

241. Benodigde beheersmaatregelen betreffen niet alleen fysieke maatregelen maar ook periodieke controles zoals inventarisaties (en reconciliatie met de financiële administratie). Ook hier is professioneel scepticisme van belang omdat de fraudeur kan anticiperen op dergelijke controles, zeker als ze enigszins voorspelbaar zijn. Een verrassingselement in controles maakt deze controles sterker. Bij de *fraud risk assessment* moet worden rekening gehouden met dergelijk anticiperen.

C. Corruptie

242. Een operationele definitie van corruptie is “*het misbruik van toevertrouwde macht voor persoonlijk profijt*”⁽²⁴⁾.

⁽²⁴⁾ “*The abuse of entrusted power for private gain*”, definitie gehanteerd door o.m. *Transparency International* (www.transparency.org).

Corruptie is vooral bekend geworden in de context van de noord-zuid dialoog: multinationals uit rijke landen die ambtenaren in arme landen omkopen om grote contracten binnen te halen. De internationale regelgeving op dit vlak is in belangrijk mate hierdoor geïnspireerd.

243. Meer dan 100 landen hebben de UNCAC-conventie ⁽²⁵⁾ ondertekend, inclusief de BRIC-landen ⁽²⁶⁾. Eind jaren 1990 hebben de OESO-landen (en enkele andere) hun wetgeving aangepast zodat actieve en passieve corruptie strafbaar zijn, ongeacht of het zich in de private of in de publieke sector afspeelt, soms ook als het zich in het buitenland afspeelt.

244. De *Foreign Corrupt Practices Act* en de *UK Bribery Act* hebben een groot bereik. Belgische bedrijven hebben niet alleen met de Belgische corruptiewetgeving te maken maar met de corruptiewetten in alle landen waarmee ze zakendoen. In dat geval moeten ze hun beheersmaatregelen op orde hebben om corruptie te voorkomen en tijdig te ontdekken.

245. Om te bepalen in welke landen een bedrijf het meeste risico loopt, kunnen bedrijven gebruik maken van externe bronnen, zoals de CPI of de BPI ⁽²⁷⁾. Uiteraard moet ook worden gekeken naar het risico van corruptie in België.

246. Een veel voorkomende vorm van corruptie is het medewerking verlenen aan fraude van een derde. Vele organisaties zijn strafrechtelijk veroordeeld omdat ze hadden aanvaard om transacties of relaties anders voor te stellen op verzoek van een andere organisatie.

247. Tijdens de *fraud risk assessment* moet worden rekening gehouden met de mogelijkheid dat derden een fraude bij de organisatie toedekken of dat de organisatie een fraude bij een derde toedekt.

2.3.6. IT en fraude

248. Organisaties vertrouwen op IT-systemen voor hun transacties, communicatie en financiële informatieverwerking. Een slecht ontworpen of zwak gemanagede IT-omgeving verhoogt het frauderisico. IT-systemen zijn aangesloten op het internet en hebben daardoor te maken met de bedreigingen die dagelijks sterker worden en die kunnen leiden tot het weglekken of verliezen van vertrouwelijke informatie, zowel operationeel als financieel.

249. IT moet dus een belangrijk onderdeel zijn van *risk assessments* en zeker van *fraud risk assessments*. IT risico's omvatten de bedreiging van de integriteit van data, de bedreiging door hackers, economische spionage, *denial of service attacks* (DoS), diefstal van identiteit, en diefstal van financiële data en van vertrouwelijke bedrijfsinformatie.

⁽²⁵⁾ *United Nations Convention Against Corruption*, www.uncac.org.

⁽²⁶⁾ De BRIC-landen zijn Brazilië, Rusland, India en China, de nieuwe grote groeielanden.

⁽²⁷⁾ De *Corruption Perceptions Index* (CPI) en de *Bribe Payers Index* (BPI) zijn ranglijsten van landen gerangschikt op corruptierisico, die jaarlijks worden opgemaakt door *Transparency International* (www.transparency.org).

IT-frauderisico raakt iedereen, en elke organisatie kan door fraudeurs worden gebruikt in elk van de drie onderscheiden fraudecategorieën:

1. Verslaggevingsfraude:

- *Ongeautoriseerde toegang tot delen van de boekhouding* – personen met ongeoorloofde toegang tot het grootboek, de subadministratie of de verslaggevingsmodules kunnen frauduleuze boekingen maken.
- *Override van interne beheersmaatregelen* – IT-maatregelen omvatten toegangsbeperking tot de systemen, toegangsbeperking tot de applicaties en controles op de wijzigingen in computerprogramma's. IT-personeel heeft mogelijk toegang tot vertrouwelijke data en kan frauduleuze aanpassingen maken aan data.

2. Misbruik van bedrijfsmiddelen:

- *Diefstal van fysieke bedrijfsmiddelen* – Personen die toegang hebben tot fysieke bedrijfsmiddelen (voorraden, kantoorartikelen, transportmiddelen, geld) en tot de registratie in de boekhouding, kunnen IT gebruiken om diefstal te verdoezelen. Bijvoorbeeld kan een fictieve leverancier in het systeem worden gecreëerd, waarna een valse factuur wordt betaald op de bankrekening van deze fictieve leverancier. Ander voorbeeld: iemand steelt goederen uit de voorraad en boekt de waarde daarvan op een kostenrekening, waardoor de goederen uit de balans verdwijnen.
- *Diefstal van immateriële bedrijfsmiddelen* – Organisaties zijn in toenemende mate afhankelijk van immateriële bedrijfsmiddelen, zoals mailingbestanden, klantenlijsten, recepten, patenten en copyrights. Voorbeelden van dergelijke diefstal zijn industriële spionage, piraterij en namaak.

3. Corruptie:

- *Misbruik van klantgegevens* – Personen van binnen of buiten de organisatie kunnen zich illegaal toegang verschaffen tot computerbestanden met personeelsgegevens of klantgegevens en deze misbruiken voor eigen voordeel. Dergelijke belangenvermenging kan vergezeld gaan van omkoping.

250. Hierbij benadrukken wij dat de computerfraudeur deze fraudes niet binnen de muren van de organisatie hoeft te plegen, en evenmin van binnen de systemen van de organisatie. Deze risico's nemen verder toe door de opkomst van laptops, draadloze netwerken, mobiel internet, internetbankieren en telewerken.

Dit beeld verslechtert met de professionalisering van *computer hacking* door criminele organisaties met een internationale aanpak. De conclusie is dat IT een belangrijke risicofactor is voor fraude. In het informatietijdperk moet het IT-risico een belangrijke plaats innemen in de *fraud risk assessments* van elke organisatie.

2.3.7. Overige risico's

251. Het juridisch kader en het toezichtkader omvatten een bijzondere groep van risico's zoals belangenconflicten, voorkennis, diefstal van bedrijfsgeheimen, overtredingen op gebied van milieu en douane. De concrete risico's kunnen sterk verschillen per organisatie en er moet hieraan in de *fraud risk assessment* aandacht worden besteed.

252. Reputatierisico kan op verschillende manieren worden beschouwd: als een zelfstandig risico of als een restrisico van overige risico's (operationeel, juridisch, verslaggeving, enz.).

Fraude kan de reputatie van een organisatie beschadigen bij klanten, leveranciers en beleggers. Zo zal door een financiële fraude, die tot aanpassingen aan de jaarrekening leidt, het vertrouwen van de beurzen verminderen wat de koers doet dalen en wat het moeilijker zal maken om geld aan te trekken (aandelen, obligaties). Het reputatierisico is een onderdeel van de *fraud risk assessment*. Het bestuur is verantwoordelijk voor de continuïteit van de onderneming tegenover de stakeholders.

2.3.8. Inschatten van de kans en de impact van inherente frauderisico's

253. Het inschatten van de kans en de impact van de geïdentificeerde frauderisico's is naar zijn aard subjectief. Fraudes zijn verschillend in omvang en impact en hebben een verschillende kans om voor te komen. Maar op basis van deze inschatting kan het management een geobjectiveerde keuze maken van de maatregelen van het FRM-Plan. Het is nodig om verantwoording af te leggen over het gevoerde anti-fraudebeleid.

254. Om een zo breed mogelijk beeld te krijgen van mogelijke fraudes worden de risico's in eerste aanleg geschat zonder rekening te houden met de bestaande interne beheersmaatregelen. Wij noemen dit de inherente frauderisico's. De kans op diefstal is groter voor waardevolle dan voor goedkope producten, en de kans neemt toe wanneer de waarde van de artikelen toeneemt. Een goed voorbeeld is de hausse van koperdiefstallen na de explosie van de grondstoffenprijzen.

255. Nadat in de initiële fase alle inherente fraudes in kaart zijn gebracht, wordt voor deze fraudemechanismen een volledige *risk assessment* gemaakt. Daarbij worden kans en impact onderscheiden:

Kans – Om de kans te bepalen dat een bepaalde fraude gebeurt, kan gebruik worden gemaakt van verschillende bronnen, zoals: eigen ervaringen van de organisatie in het verleden, ervaringen in de sector, de *exposure* van de organisatie, de complexiteit van het proces, en informatie over het interne beheersysteem, zoals het aantal personen dat is betrokken bij de interne beheersing van het proces.

Hierbij worden minstens drie categorieën onderscheiden:

- (1) lage kans;
- (2) redelijke kans; en
- (3) waarschijnlijk.

Impact – Bij het inschatten van de impact moet niet alleen worden gedacht aan de financiële impact of de impact op de jaarrekening, maar ook impact voor de operationele processen, schade aan het imago van het merk, schade aan de reputatie van de organisatie, burgerlijke en strafrechtelijke gevolgen, en maatregelen door toezichthouders. Zo kunnen fraudes met onkostennota's een grotere impact hebben bij een dienstverlenend bedrijf, dat deze kosten doorbelast aan haar klanten, dan bij een bedrijf waar onkostendeclaraties als overhead wordt geboekt. Bij het dienstverlenende bedrijf kan het de relaties met de klanten beschadigen.

144

ANTI-FRAUDEBELEID – POLITIQUE CONTRE LA FRAUDE

Hierbij worden minstens drie categorieën onderscheiden:

- (1) zonder gevolg;
- (2) enig gevolg; en
- (3) substantieel gevolg.

256. Als onderdeel van het *risk assessment* proces moet worden ingeschat welke invloed stimulerende maatregelen (targets, bonussen, andere *incentives*) hebben op personen en afdelingen om te frauderen (en te gedogen) en welke soort fraudes dat zijn. Deze informatie kan worden gedocumenteerd in de *FRA-Grid*, en helpt bij het kiezen van de juiste beheersmaatregelen.

257. Een belangrijk aandachtspunt bij deze inschattingen is de openheid en de eerlijkheid waarmee ze worden uitgevoerd en gedocumenteerd door het *assessment team*. Sommige managers en medewerkers van de organisatie zullen de neiging hebben om bepaalde risico's niet te benoemen of te laag in te schatten. Dit probleem wordt beperkt door een brede samenstelling van het team, de betrokkenheid van een externe specialist, en een ruim gebruik van interne en externe bronnen om fraudemechanismen te identificeren.

2.3.9. Restrisiko's

258. De mate van risicoaanvaarding (*risk appetite*) verschilt van organisatie tot organisatie en wijzigt ook in de loop van de tijd. Sommige organisaties richten zich bijna alleen op fraudes die een materiële invloed op de jaarrekening kunnen hebben. Andere leggen het accent op een sterk *fraud response plan*.

259. Veel organisaties stellen dat ze een nultolerantie hanteren ten aanzien van fraude, terwijl zeker is dat geen enkele organisatie fraude geheel kan weren, zelfs niet wanneer er extreme inspanningen worden gedaan. Ook deze organisaties aanvaarden de *facto* dat bepaalde fraudes kunnen plaatsvinden. Een eerlijke en open aanpak tijdens de *fraud risk assessment* brengt vanzelf die fraudes aan het licht waarvan de organisatie zal moeten vaststellen dat ze niet helemaal kunnen worden voorkomen omdat aanvullende beheersmaatregelen te duur zijn of te tijdrovend. Feitelijk proberen deze organisaties slechts te zeggen: in geval van fraude hanteren we een nultolerantie.

260. De mate van risicoaanvaarding moet worden vastgesteld door de raad van bestuur. Wanneer de mate van risicoaanvaarding vaststaat en gedocumenteerd is, geeft deze het management houvast bij de uitvoering van het anti-fraudebeleid.

261. Wanneer uit de *fraud risk assessment* blijkt dat het risico van een bepaald soort fraude niet verwaarloosbaar is, dan kunnen bijvoorbeeld de FRM-maatregelen worden uitgebreid (preventie), of kunnen de interne audit maatregelen worden verzwaaard (detectie), of kan dit risico worden aanvaard (acceptatie).

262. De raad van bestuur ziet erop toe dat het management de juiste FRM-maatregelen toepast, gegeven de uitkomsten van de *fraud risk assessment* en gegeven de mate van risicoaanvaarding die de raad van bestuur heeft vastgesteld. Er kan worden gekozen uit duizenden beheersmaatregelen, maar het doel is te komen tot een efficiënte aanpak, waarbij de verwachte baten van de maatregelen groter zijn dan de kosten. Het FRM-Plan komt op een gestructureerde manier tot stand, waarbij het overzicht wordt behouden over al deze aspecten.

263. Ten slotte benadrukken wij het belang om tijdens de *fraud risk assessment* het onderscheid te maken tussen het ‘bestaan’ van interne beheersmaatregelen en de goede ‘werking’ ervan. Zo moet er sprake zijn van maatwerk: het FRM-Plan mag geen maatregelen bevatten die *copy-paste* afkomstig zijn uit een situatie die niet vergelijkbaar is zonder de benodigde aanpassingen.

Daarom is een open en eerlijke communicatie en documentatie in de *FRA-Grid* zo belangrijk. Van de FRM-maatregelen wordt vastgelegd waarom de maatregel bestaat, wie de maatregel uitvoert, wie opvolgt, of dat juist gebeurt, en op welke functiescheidingen de maatregel is gebaseerd.

2.3.10. Frauderisicoprofiel

264. De *fraud risk assessment* levert een grote hoeveelheid detailinformatie op over de risico’s per werkmaatschappij, divisie, afdeling, functie, activiteit, enz. Ook kan het frauderisicoprofiel (*fraud footprint*) van de organisatie ervan worden afgeleid. Dergelijke analyses, en de ondersteunende grafische presentaties, zijn mogelijk wanneer het *fraud risk assessment team* werkt op basis van een vaste basislijst met vragen en scoringscriteria (die overigens niet beperkend mag werken, het moet geen checklist zijn). Zo ontstaat de mogelijkheid om:

- Te benchmarken tegen andere bedrijven;
- De score te vergelijken met intern gestelde doelstellingen; en
- De ontwikkelingen in de tijd op te volgen.

265. Daarnaast kan er op een lager niveau worden gerapporteerd, namelijk per vraag uit de vragenlijst en de achterliggende deelvragen. Een grafische weergave van de resultaten werkt hier echter niet meer verhelderend. Het meest gedetailleerde niveau waarop de bevindingen worden vastgelegd betreft de *FRA-Grid* waarin per deelgebied van de organisatie de frauderisico’s in kaart zijn gebracht. Ook hier werkt een grafische

weergave van de bevindingen vaak niet meer verhelderend, al zijn uitzonderingen denkbaar (vergelijken van werkmaatschappijen, landen, afdelingen, functies, enz.).

2.4. FRAUDEPREVENTIE

2.4.1. Algemeen

266. Fraudes en onregelmatigheden kunnen altijd plaatsvinden, ook in organisaties die hun best doen betreffende hun anti-fraudebeleid of die beweren dat ze een nultolerantie hanteren. Ze kunnen op verschillende niveaus in de organisatie plaatsvinden, en gepaste preventie- en detectiemaatregelen moeten op de juiste niveaus worden doorgevoerd.

267. Hoewel preventie en detectie gerelateerde concepten zijn, verschillen ze sterk. Preventie draait om beleid, procedures, training en communicatie om fraudeurs op andere gedachten te brengen. Detectie gaat om activiteiten en programma's die zijn ontworpen om fraude en onregelmatigheden te signaleren, die hebben plaatsgevonden of die op dat moment plaatsvinden.

268. Hoewel preventiemaatregelen niet kunnen verhinderen dat fraude wordt gepleegd, vormen ze de eerste verdedigingslijn tegen fraude. In paragraaf 2.4. gaan wij in op preventiemaatregelen, in paragraaf 2.5. op detectiemaatregelen.

269. Een sleutelmaatregel van fraudepreventie betreft het bewustmaken van alle managers en medewerkers van het bestaan van een FRM-Plan, en van de soorten fraudes en onregelmatigheden die kunnen plaatsvinden (de inherente risico's). Er moet duidelijk blijken dat de FRM-maatregelen effectief zijn ingevoerd en dat ze worden opgevolgd en gehandhaafd. Ten slotte kan informatie worden verstrekt over de maatregelen die kunnen worden genomen tegen fraudeurs, zoals interne sancties, strafrechtelijke vervolging en schadeclaims.

270. Er gaat een sterke preventieve werking uit van zichtbare FRM-maatregelen, die zijn geïmplementeerd, die effectief zijn, die worden opgevolgd, en die leiden tot sancties in geval van overtredingen. Het risico van ontdekking is een sterke hindernis om fraude te plegen. Zoals eerder gesteld zijn preventie en detectie gerelateerde concepten.

271. Het systeem van interne beheersmaatregelen in een organisatie dient om de bedrijfsrisico's te beheersen. Deze risico's zijn in kaart gebracht in het *entreprise risk assessment protocol*, en de beheersmaatregelen die daarop van toepassing zijn, worden erbij genoteerd. COSO's *Enterprise Risk Management – Integrated Framework* beschrijft de cruciale onderdelen, principes en concepten voor alle organisaties, ongeacht hun grootte. Maar bij het kiezen van deze risico's en interne beheersmaatregelen worden mogelijk niet alle frauderisico's geïdentificeerd.

272. Voor frauderisico's, hoewel ze een vorm van bedrijfsrisico's zijn, zijn specifieke beheersmaatregelen nodig. Daarom is het *fraud risk assessment* proces cruciaal voor

fraudepreventie. Daarnaast is de doorlopende opvolging cruciaal om de effectiviteit van de maatregelen vast te stellen.

2.4.2. Fraudepreventiemaatregelen

273. Preventie is de meest proactieve FRM-maatregel. De keuze van deze maatregelen wordt gecoördineerd door het management in samenspraak met een zorgvuldig geselecteerde groep medewerkers die de gehele organisatie weerspiegelen. Samen moeten ze in staat zijn om alle inherente frauderisico's te beoordelen en de bijbehorende preventiemaatregelen te kiezen en in te voeren, rekening houdend met de vastgestelde risicoaanvaarding.

274. De kracht van elk fraudepreventie programma hangt af van de voortdurende communicatie daaromtrent en de handhaving ervan. Het bestaan en het belang van het fraudepreventie programma moet voortdurend en op verschillende manieren worden gecommuniceerd: intranet, posters, flyers aan klanten en leveranciers, afdelingsvergaderingen met personeelsleden en artikelen in bedrijfsbladen. Dit benadrukt het belang dat de organisatie er aan hecht en de *commitment* van de leiding om het anti-fraudebeleid te handhaven. Hierna behandelen wij enkele belangrijke elementen van fraudepreventie: personeelsbeleid, autorisatielimieten, en maatregelen rondom transacties.

A. Personeelsbeleid

275. De HR-functie van een organisatie kan een belangrijke rol spelen in fraudepreventie door de volgende maatregelen in te voeren:

a. Achtergrondinformatie verzamelen: *screening*

276. Een belangrijk risico en ook frauderisico in elke organisatie betreft het personeel op sleutelposities, met macht, bevoegdheden en autoriteit. Daarom is het belangrijk om de achtergrond van deze medewerkers te kennen door referenties op te vragen en na te trekken en de belangrijkste elementen van hun CV te controleren.

Voor nieuwe medewerkers spreken wij van *pre-employment screening*. Wanneer bestaande medewerkers promotie maken naar een zwaardere functie is het een goede gelegenheid om de *screening* te updaten (*in-employment screening*). Afhankelijk van de zwaarte van de functie kan een integriteitonderzoek deel uitmaken van de *screeningprocedure*.

277. Aangezien een grondige *screening* tijd en geld kost, bepaalt het screeningbeleid welke functies hiervoor in aanmerking komen. Dit geldt overigens ook voor dienstverleners die toegang hebben tot de organisatie, zoals uitzendbureaus, interim managers en adviesbureaus. Daartoe wordt eerst een risicoclassificatie gemaakt van alle functies.

Per risicoklasse wordt bepaald welke maatregelen moeten worden genomen. Er moeten minstens drie risicoklassen worden onderscheiden om efficiënt screeningbeleid te kunnen

ontwikkelen: geen risico, beperkt risico, en substantieel risico. In uitzonderlijke gevallen kan hiervan worden afgeweken.

278. Bijvoorbeeld voor de aanwerving van een ervaren manager, die een ruime ervaring heeft bij grote bedrijven, kan het efficiënt zijn om met de laatste werkgevers van deze manager een grondig gesprek te voeren. Voor de laagste functies kan mogelijk worden volstaan met de controle van het CV en een grondig sollicitatiegesprek. Van dienstverleners wordt verlangd dat ze vergelijkbare maatregelen treffen.

279. Voor sommige *screening*maatregelen is toestemming van de betrokkene vereist. Ook nieuwe leveranciers, klanten en andere business partners worden gescreend betreffende de financiële gezondheid, eigendom, belangen, reputatie en integriteit om tijdig onaanvaardbare risico's voor de organisatie te signaleren.

148

ANTI-FRAUDEBELEID – POLITIQUE CONTRE LA FRAUDE

b. Anti-fraudetraining

280. Sommige medewerkers beschikken over kennis van fraude, knipperlichten en de schade die fraude aan de organisatie kan toebrengen. Maar de organisatie moet geen uitzonderingen maken: alle medewerkers, hoog en laag, moeten bij indiensttreding (initiële vorming) en daarna met enige regelmaat (permanente vorming) worden ingelicht over het FRM-Plan van de organisatie.

In deze trainingen wordt benadrukt dat elke manager en medewerker een verantwoordelijkheid heeft in de goede werking van het FRM-Plan en hoe om te gaan met vermoedens van fraude. Het is vaak de HR groep die verantwoordelijk is voor de FRM-trainingen, waarbij dan ook aandacht wordt besteed aan de bedrijfswaarden en de ethische code.

c. Prestatie-evaluatie en beloningsstructuur

281. HR-managers worden betrokken bij het *performance* management en de remuneratieprogramma's. Voor *performance* management is een evaluatie nodig van het gedrag, de competenties en de prestaties van het betrokken personeelslid. Een goed evaluatieproces kan problemen voorkomen, zeker wanneer personeel zich gepasseerd, ondergewaardeerd of onderbetaald voelt.

282. De HR-functie onderzoekt het beloningsbeleid en vergelijkt dit met andere organisaties: hoogte van het pakket, verhouding vast-variabel en gehanteerde evaluatiecriteria. Ten slotte moet de HR-functie zich bewust zijn van de invloed van korte termijn doelstellingen op het frauderisicoprofiel van de organisatie.

d. Exitgesprekken

283. Exitgesprekken zijn een belangrijke bron van informatie omtrent misstanden, onregelmatigheden en fraude in de organisatie. Soms nemen medewerkers ontslag omdat ze niet langer tegen het gedrag en de onregelmatigheden kunnen en spreken daar pas over tijdens het gesprek waarin ze hun vertrek aankondigen of tijdens een exitgesprek.

De HR-functie beoordeelt ontslagbrieven, ontslaggesprekken en exitgesprekken om signalen op te vangen van onregelmatigheden en fraude in de organisatie.

B. Maatregelen rondom bevoegdheden: autorisatieprocedures

284. Wanneer bevoegdheden en autorisatielimieten in overeenstemming zijn met de verantwoordelijkheid van het personeelslid, is er minder kans op fraude. Onevenwichtigheid, zeker in combinatie met ontbrekende functiescheidingen en ontbrekende beheersmaatregelen, kan leiden tot fraude. Eerstelijnsverdediging tegen fraude wordt verkregen door deugdelijke autorisatielimieten en toegangsbeperkingen, op procesniveau en op afdelingsniveau, in combinatie met functiescheidingen en taakverdelingen.

C. Maatregelen rondom transacties: gerelateerde partijen

285. Het is belangrijk om transacties te onderzoeken op mogelijke belangenconflicten. Het is vooral de verantwoordelijke manager (*front-office*) die hierop attent moet zijn, met de *back-office* in een ondersteunende rol. Fictieve leveranciers en fictieve personeelsleden (*ghost on the payroll*) zijn veel voorkomende fraudemechanismen.

286. Preventie is zeker belangrijk voor transacties met gerelateerde partijen, waar bestuursleden of medewerkers direct of indirect aandeelhouder van zijn, of een band hebben met het management. Dergelijke transacties kunnen zo georkestreerd zijn dat het voordeel bij de gerelateerde partij terecht komt en niet bij de eigen organisatie.

2.4.3. Vastleggen van het fraudepreventiebeleid

287. De fraudepreventiemaatregelen die zijn ingevoerd, worden deugdelijk beschreven en gedocumenteerd. Ook de voortdurende opvolging van de werking van de preventiemaatregelen moet worden beschreven en gedocumenteerd, waaronder de testprocedures en de testresultaten. Daarbij worden de taken en verantwoordelijkheden van alle betrokken functionarissen duidelijk beschreven.

2.4.4. Evaluatie van het fraudepreventiebeleid

288. Zowel organisaties die met een anti-fraudebeleid beginnen als organisaties die al een Anti-fraudebeleid hebben, moeten de fraudepreventiemaatregelen beoordelen. Voor deze evaluaties kan het best gebruik gemaakt worden van gestandaardiseerde vragenlijsten, waardoor de resultaten kunnen vergeleken worden met andere beoordelingen.

Deze vragenlijsten zijn slechts een hulpmiddel en worden op maat gemaakt van de organisatie. De vragenlijst voor de beoordeling van de fraudepreventiemaatregelen bestaat uit enkele tientallen basisvragen. Het gaat te ver in de context van deze bijdrage om deze vragenlijsten te bespreken.

289. De fraudepreventiemaatregelen worden periodiek geëvalueerd. Voor het samenstellen van de vragenlijst en het uitvoeren van de periodieke evaluatie is deskundige

ondersteuning vereist. Interne of externe *forensic auditors* kunnen hier een nuttige rol vervullen.

2.4.5. Voortdurende opvolging

290. De organisatie legt de procedure betreffende de opvolging van de werking van de fraudepreventiemaatregelen vast en documenteert deze. Deze maatregelen kunnen zich in de hele organisatie bevinden en er is een groot aantal managers en medewerkers bij betrokken.

Daarom is het niet efficiënt om te verlangen dat de *reviews* door een onafhankelijke partij gebeuren. Maar de *reviews* moeten wel los van de dagelijkse controles en audits worden gepland, zodat het fraudeaspect voldoende aandacht krijgt. Dat betekent onder meer dat de controleur of auditor die de *review* uitvoert, voldoende deskundigheid moet hebben op het gebied van fraudepreventie.

291. Voordat de *reviews* worden uitgevoerd, wordt een inventarisatie gemaakt van de veranderingen die hebben plaatsgevonden in en om de organisatie, die een invloed kunnen hebben op het frauderisicoprofiel. Daarbij worden tevens de resultaten van vorige *reviews* overlopen. Uit elke evaluatie moet blijken dat het management verantwoordelijkheid neemt voor het toezicht op de naleving van de fraudepreventiemaatregelen, dat de aanbevelingen uit vorige *reviews* adequaat zijn opgevolgd en dat het monitoringprogramma zelf voldoet aan de eisen.

2.5. FRAUDEDETECTIE

2.5.1. Algemeen

292. De fraudedetectiemaatregelen vormen samen met de preventiemaatregelen de meest tastbare componenten van het anti-fraudebeleid. Detectiemaatregelen kunnen de goede werking van de preventiemaatregelen bevestigen en – bij falende preventie – fraude signaleren. Het is belangrijk dat de fraudedetectiemaatregelen goed zichtbaar zijn, zeker omdat van zichtbare maatregelen een sterke preventieve werking uit gaat.

293. Fraudedetectiemaatregelen kunnen worden gekozen op basis van de resultaten van de *fraud risk assessment*. Voor vestigingen in landen met een slecht corruptieprofiel worden zwaardere detectiemaatregelen voor omkoping gekozen dan naar vestigingen in bijvoorbeeld Scandinavische landen. En in organisaties waar de jaarrekeningen worden opgesteld met belangrijke *management estimates*, passen de interne auditors meer fraudedetectiecontroles toe. Net als bij fraudepreventiemaatregelen is het belangrijk dat de organisatie doorlopend de goede werking van de fraudedetectiemaatregelen opvolgt en zo nodig bijstuurt.

2.5.2. Fraudedetectiemaatregelen

294. Hoe goed de *fraud risk governance*, de *fraud risk assessments* en de fraudepreventiemaatregelen ook zijn, fraude kan niet worden uitgesloten. Detectiemaatregelen zijn altijd nodig. Er kan namelijk altijd een persoon zijn die na zijn individuele kosten-batenanalyse, besluit om fraude te plegen. Er kunnen nieuwe omstandigheden zijn, of omstandigheden waaraan de organisatie niet had gedacht, of de nood van de fraudeur kan groter zijn dan de organisatie had verwacht. En samenspanning en *management override* schakelen vele preventieve controles uit.

295. Fraudepreventiemaatregelen zijn vaak goed zichtbaar voor personeel, klanten, leveranciers en andere zakenpartners. Fraudedetectiemaatregelen daarentegen bevinden zich meestal op de achtergrond:

- ze vinden plaats tijdens de verwerking van de dagelijkse transacties door de *backoffice* en in de IT-systemen;
- ze verzamelen zelfstandig externe informatie om de interne informatie te controleren;
- ze rapporteren afwijkingen rechtstreeks naar management of functies in de backoffice; en
- ze gebruiken eerdere interne en externe bevindingen om de controles te versterken.

296. Het kan gerechtvaardigd zijn om bepaalde detectiemaatregelen geheim te houden, teneinde geen slapende honden wakker te maken.

297. Voor sommige frauderisico's kunnen preventiemaatregelen niet efficiënt zijn. Kosten, zoals personeel, training en software, kunnen te hoog zijn. Het bestuur kan dan besluiten om vooral met detectiemaatregelen te werken. Ook voor detectiemaatregelen kan worden besloten om ondergrenzen te stellen, waar beneden niet zal worden gecontroleerd, of alleen bij wijze van steekproef, zoals verzekeringsmaatschappijen sommige schadeclaims behandelen.

298. Hierna behandelen wij enkele belangrijke elementen van fraudedetectie: meldpunten en klokkenluidersregelingen (*hotlines*, *whistleblower protection*), ingebouwde controles (*process controls*) en proactieve detectiemaatregelen.

152

ANTI-FRAUDEBELEID – POLITIQUE CONTRE LA FRAUDE

A. Meldpunt en klokkenluidersregeling

299. Het werken met meldpunten is sterk toegenomen toen de *Sarbanes-Oxley Act* deze in 2002 bestempelde als een sterke fraudedetectiemaatregel. Onderzoeken hebben uitgewezen dat het in de Verenigde Staten een van de sterkste (misschien wel de sterkste) fraudedetectiemaatregel is.

300. In veel landen buiten de Verenigde Staten is deze maatregel minder populair. Veel Belgische managers zeggen dat ze zich beschaamd zouden voelen om “hun personeel aan te moedigen of te verplichten om elkaar te verklikken”. De organisatie is natuurlijk niet gediend met dit standpunt.

Een fraudemeldpunt is een sterke detectiemaatregel die bovendien zichtbaar is en waar dus een sterke preventieve werking van uit gaat. Belgische ondernemingen met een Angelsaksische moedermaatschappij hebben – al dan niet noodgedwongen – vaak wel zo'n meldpunt en hebben er vaak goede ervaringen mee.

301. Een meldpunt met klokkenluidersregeling is ook een ideale procedure in het kader van de bewustmaking van personeel, klanten en leveranciers: het bevestigt ieders verantwoordelijkheid voor de goede werking van het anti-fraudebeleid. Het meldpunt kan worden gezien als de sluitsteen van het anti-fraudebeleid.

302. Van elke ontvangen melding wordt een dossier aangelegd waarin alle vervolgstappen worden gedocumenteerd: telefoongesprekken, interviews, vergaderingen, e-mails, brieven en analyses (*case management* systeem). Dit maakt ook toezicht mogelijk door management en controle door interne audit.

303. Het is belangrijk dat de klokkenluider op de hoogte wordt gesteld van het vervolg, zodat duidelijk is dat de organisatie de procedure ernstig neemt. Voorts moeten de resultaten van de meldingen worden geanalyseerd en teruggekoppeld naar de groep die is betrokken bij het anti-fraudebeleid.

304. Op de weg naar de perfecte meldprocedure liggen een paar belangrijke dilemma's. Meldpunten en klokkenluidersregelingen verschillen dan ook onderling sterk. Sommige meldpunten zijn uitbesteed aan een professionele organisatie die wereldwijd, 24/7 en

in alle talen melders te woord staat, zowel personeelsleden als derden. Op deze lijnen kunnen allerlei incidenten worden gemeld, van inbraak, diefstal en sabotage, tot pesten, fraude en corruptie. Andere meldpunten zijn intern beheerd, of aanvaarden meldingen alleen schriftelijk of via internet.

305. Een belangrijk dilemma betreft de garantie van de anonimiteit van de melder. Sommige regelingen aanvaarden anonieme meldingen, hoewel de organisatie de anonimiteit rechteens niet kan garanderen, zoals bij een gerechtelijk onderzoek. Een meldpunt, ombudsman of vertrouwenspersoon heeft nu eenmaal niet de status van bijvoorbeeld een arts die de identiteit van zijn patiënt moet beschermen.

306. De goede werking van een meldpunt staat of valt met de anonimiteit en de bescherming van de klokkenluider. België kent geen wettelijke bescherming van klokkenluiders in het bedrijfsleven⁽²⁸⁾; een klokkenluidersprocedure kan hier op zijn best worden verankerd in het arbeidsreglement van de organisatie. Een dergelijke procedure voorziet minimaal in de bescherming tegen wraakacties uit de organisatie (*retaliation*). De voorwaarde is wel dat de melding te goeder trouw gebeurde.

B. Ingebouwde controles

307. Zwakke of ontbrekende preventie maatregelen vergroten het frauderisico en dus het belang van fraudedetectie maatregelen in de betreffende bedrijfsprocessen. Ingebouwde controles vinden plaats in de dagelijkse verwerkingsprocessen, zoals verkopen, aankopen, voorraadbeheer, betalingsverkeer en loonbetalingen.

308. Typische voorbeelden van ingebouwde controles zijn externe reconciliaties (zoals middels saldobestemmingen van debiteuren, crediteuren, banken en groepsmaatschappijen), interne reconciliaties (zoals tussen grootboek en subadministraties of handmatige vastleggingen), onafhankelijke *reviews*, fysieke inspecties, tellingen, interne analyses en audits.

C. Proactieve detectie maatregelen

309. In de dagelijkse processen kunnen ook proactieve detectie maatregelen worden opgenomen, zoals forensische data-analyse, doorlopende audittechnieken en tools zoals *Benford's Law* die kan worden toegepast op bijvoorbeeld onkostennota's, grootboek en de salarisadministratie. Hiermee worden afwijkende bedragen, transacties en patronen zichtbaar gemaakt die om nader onderzoek vragen. *Continuous monitoring* van transacties werkt ook op basis van knipperlichten die nader onderzoek vergen.

310. Voordelen van data-analyse, *data mining* en digitale data-analyse tools zijn:

- Ze kunnen relaties zichtbaar maken tussen personen, organisaties, transacties en gebeurtenissen;

⁽²⁸⁾ Wel zijn er op dit punt ontwikkelingen te melden binnen de diverse Belgische overheden: de Vlaamse overheid heeft een regeling, terwijl de federale overheid heeft aangekondigd dat ze er één zal invoeren.

- Ze kunnen verdachte transacties identificeren;
- Ze kunnen de doeltreffendheid van interne beheersmaatregelen vaststellen;
- Hiermee kan men de kwetsbaarheid voor fraude en concrete bedreigingen opvolgen; en
- Ze kunnen grote datavolumes in korte tijd verwerken.

311. Er zijn interne en externe auditors die tools hebben ontwikkeld om fraude mee te ontdekken, waarmee journaalposten worden onderzocht op indicaties van *management override*, zoals de identificatie van de gebruiker, de invoerdatum en ongebruikelijke combinaties van grootboekrekeningen.

154

ANTI-FRAUDEBELEID – POLITIQUE CONTRE LA FRAUDE

312. Soms bevat e-mailverkeer aanwijzingen van fraude. Hoewel de privacywetgeving duidelijke eisen stelt aan het monitoren van e-mailverkeer, bestaat er rechtspraak in België die er wel degelijk ruimte laat voor het onderzoeken van e-mails bij aanwijzingen van fraude. In een recente zaak van een bedrijf tegen een werknemer die klanten en omzet afleidde naar zijn eigen rekening, werd het bewijsmateriaal afkomstig uit de mailbox van de betrokkene door de rechtbank aanvaard hoewel de werknemer niet was geïnformeerd over het e-mailonderzoek.

313. Neem bijvoorbeeld de belangrijke maatregel van de autorisatielimieten. Deze limieten zijn middels tabellen verankerd in de transactiesystemen en de betaalsystemen van de onderneming. Dit maakt geautomatiseerde detectie mogelijk.

314. In deze tabel staat bijvoorbeeld: “*De heer X van de dienst Aankoop is bevoegd om betalingen alleen goed te keuren tot 10.000 EUR, samen met een meerdere tot 100.000 EUR, en niet boven de 100.000 EUR.*”.

315. Een eenvoudige detectiemaatregel voor frauduleuze aankopen is de volgende: Het systeem waarschuwt automatisch wanneer er binnen enkele weken twee of meer transacties met dezelfde leverancier worden ingevoerd, die telkens juist onder de autorisatielimiet blijven van degene die de transactie goedkeurt, en waarbij de kosten op diens budget drukken.

Indien de heer X binnen enkele weken tijd twee transacties van elk 9.500 EUR goedkeurt, die binnen zijn budget vallen, dan gaat er automatisch een signaal naar het management en de interne auditor. Mogelijk gaat het om een aankoop van 19.000 EUR die in tweeën is geknipt om pottenkijkers te weren.

316. Een ander voorbeeld betreft het gebruik van ratings om het risico van een belegging te meten. Uit het jaarverslag 2009 van *Standard & Poor's*, blijkt dat bijna 20 % van de failliete bedrijven in zijn faillissementsjaar geen faillissementsrating (C of D) had, maar een *single B rating* of beter. Deze 25 % is gemeten over de 20-jaars periode 1990-2009 ⁽²⁹⁾.

⁽²⁹⁾ *Standard & Poor's* jaarverslag 2009, www.standardandpoors.com.

317. Maar niet alleen 's-werelds bekendste ratingbureau, ook de beste falingspredictiemodellen en de *Big-4* missen in ongeveer 20 % van de gevallen het signaal dat een onderneming binnen het jaar failliet gaat.

318. Er is één ratingbureau dat zich al enkele jaren actief met fraudepredictie bezighoudt: *OK-Rating Institute*. In geval van een debacle gaf dit bureau telkens vooraf de laagst mogelijke score vergezeld van een continuïteitswaarschuwing.

319. FRM betekent dus ook het doorlopend in vraag stellen van de gangbare methodes van risicodetectie, en het zoeken naar verbetering. Mede hierom is het zo belangrijk om *fraud risk assessments* periodiek te herhalen en telkens opnieuw de vraag te stellen: “hoe veilig zijn we vandaag?”.

155

2.5.3. Vastleggen van het fraudedetectiebeleid

320. De fraudedetectiemaatregelen die zijn ingevoerd, moeten deugdelijk worden beschreven en gedocumenteerd. Ook de voortdurende opvolging van de werking van de detectiemaatregelen moet worden beschreven en gedocumenteerd, waaronder de testprocedures en de testresultaten.

Daarbij moeten de taken en verantwoordelijkheden van alle betrokken functionarissen duidelijk worden omschreven:

- Ontwerpen en invoeren van het programma van fraudedetectiemaatregelen;
- Ontwerpen en invoeren van specifieke fraudedetectiemaatregelen;
- Opvolgen van specifieke fraudedetectiemaatregelen in de bedrijfsprocessen;
- Ontvangen, behandelen van en reageren op ontvangen klachten en meldingen over fraude;
- Onderzoeken van ontvangen klachten en meldingen over fraude;
- Betrokken managers en andere functionarissen informeren over lopende en afgeronde zaken; en
- Periodiek beoordelen en eventueel bijstellen van de fraudedetectiemaatregelen.

321. Het bekend maken van de fraudedetectiemaatregelen heeft een preventieve werking, maar het kan verstandig zijn om bepaalde maatregelen niet of in elk geval niet in detail bekend te maken. De personeelsleden die zijn betrokken bij geheime fraudedetectiemaatregelen moeten hier door de raad van bestuur toe gemachtigd zijn en moeten ervoor zorgen dat deze procedures niet uitlekken.

2.5.4. Evaluatie van het fraudedetectiebeleid

322. Zowel organisaties die met een anti-fraudebeleid beginnen als organisaties die al een anti-fraudebeleid hebben, moeten de fraudedetectiemaatregelen beoordelen. Voor deze evaluaties kan het best worden gebruikgemaakt van gestandaardiseerde vragenlijsten, waardoor de resultaten kunnen worden vergeleken met andere beoordelingen. Deze vragenlijsten zijn slechts een hulpmiddel en moeten op maat gemaakt worden van de organisatie.

De vragenlijst voor de beoordeling van de fraudedetectiemaatregelen bestaat uit enkele tientallen basisvragen. Het gaat te ver in de context van deze bijdrage om deze vragenlijst te bespreken. De fraudedetectiemaatregelen worden periodiek geëvalueerd. Voor het samenstellen van de vragenlijst en het uitvoeren van de periodieke evaluatie is deskundige ondersteuning vereist. Interne en externe *forensic auditors* kunnen hier een nuttige rol vervullen.

2.5.5. Voortdurende opvolging

323. Preventie en detectie zijn het echte werk. Zichtbaar, tastbaar, en vooral: meetbaar. Om de effectiviteit van het anti-fraudebeleid te kunnen verbeteren moet er systematisch worden gemeten.

De basismetingen gebeuren middels een doorlopende monitoring en aan de hand van eenvoudige meetbare criteria zoals:

- aantal ontdekte fraudes en fraudemechanismen;
- aantal ontvangen fraudemeldingen (intern, extern, anoniem);
- aantal opgeloste fraudezaken;
- aantal medewerkers die de gedragscode (nog) niet hebben ondertekend;
- aantal medewerkers die de integriteitstraining nog niet hebben doorlopen;
- aantal ontvangen fraudemeldingen bij ombudsman, vertrouwenspersoon of ander meldpunt;
- aantal boodschappen van de leiding aan het personeel betreffende ethiek en integriteit;
- aantal leveranciers die de leverancierscode nog niet hebben getekend;
- aantal klanten die de gedragscode hebben ondertekend;
- benchmarking met externe bronnen (groepsmaatschappijen, sectorgegevens, aantal fraudedetectie-audits uitgevoerd door de auditfunctie (intern, extern);
- uitkomsten van interne integriteits *surveys* onder management en medewerkers;
- aantal *forensic audits* uitgevoerd door de interne auditors; en
- ingezette middelen (personen, software, geld) voor fraudedetectiemaatregelen.

324. Toepasselijke meettechnieken kunnen per organisatie verschillen omdat organisaties verschillende beheersmaatregelen hebben, verschillende frauderisico's hebben en verschillende middelen hanteren.

Voorbeelden van meettechnieken zijn:

- het herhaaldelijk voorkomen van niet verholde vormen van fraude;
- de tijd die het neemt tussen de ontdekking van de fraude en de doorvoering van herstelmaatregelen;
- de tijd die het neemt om aanvullende beheersmaatregelen in te voeren (*governance*, preventie, detectie) om herhaling van een bepaalde fraude te voorkomen;
- de kans inschatten dat fraudes bij concurrenten ook bij de eigen organisatie zullen plaatsvinden;
- het vergelijken van fraudes met de ontvangen klachten en meldingen;

- het vergelijken van het aantal ontdekte fraudes met het aantal uitgevoerde *forensic audits*; en
- percentage van de *screenings* waaruit problemen naar boven zijn gekomen.

325. Voor elke geïmplementeerde methode wordt een lid van het *managementteam* als *process owner* aangeduid.

Elke *process owner* moet:

- de doeltreffendheid van de methode regelmatig evalueren;
- de methode zo nodig bijstellen en deze aanpassingen documenteren; en
- eventuele zwaktes en tekortkomingen van de methode direct melden aan de betrokken managers en medewerkers, teneinde de impact op het frauderisicoprofiel te beoordelen.

326. Dit lijkt allemaal geavanceerd en alleen van toepassing op grote ondernemingen. Middelgrote ondernemingen hebben weliswaar dezelfde mogelijkheden om te meten, maar inderdaad minder mogelijkheden om de interne resultaten te vergelijken, gewoon door de lagere frequenties en meer beperkte variaties in fraude. Dat ontslaat hen echter niet van de verplichting om ook op dit gebied het mogelijke te doen.

2.6. FRAUDEONDERZOEK, SANCTIE EN HERSTEL

2.6.1. Algemeen

327. Het is cruciaal dat onregelmatigheden, afwijkingen en andere inbreuken op de *code of ethics* of andere procedures en beheersmaatregelen, ongeacht door wie of waar in de organisatie, tijdig worden gemeld aan de persoon. Het is evenzeer van belang dat elke melding professioneel wordt opgevolgd waarbij telkens dezelfde normen worden gehanteerd, zowel qua onderzoek als qua sanctie.

2.6.2. Fraudeonderzoek- en herstelprotocol

A. Ontvangst van de melding

328. Aanwijzingen van fraude kunnen op vele manieren worden gemeld aan de organisatie: tips van personeelsleden, klanten en leveranciers; interne audit; signalen uit ingebouwde controles; van de bedrijfsrevisor; of bij toeval. De raad van bestuur zorgt voor een proces waarin meldingen van fraude en onregelmatigheden prompt worden opgevolgd, vertrouwelijk worden behandeld, en op competente wijze worden onderzocht en afgewikkeld. Het protocol bepaalt in welke gevallen de raad van bestuur zelf bij de opvolging moet worden betrokken, bijvoorbeeld gezien de aard van de fraude, de verwachte impact, of de betrokkenheid van *senior management*.

329. Het protocol beschrijft de volgende processen:

- Categoriseren van de gemelde aanwijzingen;
- Initiële beoordeling van de melding en bevestiging van het vervolg;
- Bepalen van het gewicht van het probleem;
- Escaleren of onderzoeken;
- Doorverwijzen van vraagstukken die buiten de *scope* van de procedure vallen;
- Onderzoeken, verzamelen van bewijsmateriaal;
- Afwerken of stopzetten van het onderzoek;
- Kwalificeren van informatie die vertrouwelijk moet worden behandeld; en
- Documenteren van het verrichte onderzoek.

330. Dit proces wordt behandeld en gedocumenteerd door middel van een case management systeem dat is goedgekeurd door de raad van bestuur. De toegang tot dit case management systeem is beperkt tot senior management en enkele door de raad van bestuur aangeduide personen, zodat controles kunnen worden uitgevoerd op de juiste toepassing van de procedures.

B. Initiële beoordeling van de melding

331. Van een ontvangen melding wordt in eerste aanleg vastgesteld of en hoe deze zal worden behandeld (*cf. supra*, nrs. 328-330). Deze beoordeling wordt uitgevoerd door een of meerdere personen die over de benodigde competenties en vaardigheden beschikken. Indien er indicaties zijn dat *senior management* betrokken is bij de fraude,

neemt een lid van de raad van bestuur de verantwoordelijkheid. Hij beslist of het onderzoek zal worden uitgevoerd middels externen. De klacht wordt onderzocht op mogelijke overtreding van wetten en externe regels, of van de ethische code en de procedures van de organisatie zelf.

332. Op basis van de eerste inschatting wordt tevens bepaald welke functionarissen bij het onderzoek betrokken worden, zoals HR, *legal counsel*, *compliance*, *senior management*, IT, *internal audit* en *security*. Verder moet wellicht de verzekeringsmaatschappij worden ingelicht (polis bestuurdersaansprakelijkheid; fraudepolis). Voorts wordt de commissaris geïnformeerd.

333. In geval van (een vermoeden van) witwassen hebben sommige sectoren en beroepsgroepen een meldplicht aan de anti-witwascel CFI ⁽³⁰⁾. De professionals mogen hun klant niet over die melding aan de CFI informeren.

334. Indien er aanwijzingen zijn dat senior management bij de fraude betrokken is, of dat de fraude een materiële invloed heeft op de jaarrekening, kunnen er internationale normen en regels van toepassing zijn die verplichten om bepaalde functies over de fraude te informeren, zoals het auditcomité, de raad van bestuur, de commissaris en de *legal counsel*.

C. Onderzoeksprotocol

335. Onderzoeken worden uitgevoerd volgens protocollen die zijn goedgekeurd door de raad van bestuur. Een consistente onderzoeksaanpak helpt om schade te beperken en risico's te managen die het onderzoek zelf betreffen.

336. Aandachtspunten bij het ontwikkelen van een onderzoeksprotocol:

- *Tijdfactor* – Zoals bij wettelijke eisen; voor schadebeperking; voor ontslag (3dagenregel);
- *Melding* – Zoals aan de CFI (*cf. supra*, nr. 333); toezichhouders; justitie; verzekeraar, commissaris;
- *Vertrouwelijkheid* – Zoals bij contracten; vanwege strategische belangen van de organisatie; risico van te worden beschuldigd van laster;
- *Dossiergeheim van de advocaat (legal privilege)* – vertrouwelijke informatie in het dossier van de advocaat is in principe beschermd tegen beslag en verhoor in geval justitie een onderzoek uitvoert;
- *Compliance* – Onderzoeken in overeenstemming met geldende externe wetten en regels, zoals de *privacy*regels die gelden ten aanzien van *data recovery* en data analyse;
- *Bewijsmateriaal veiligstellen* – Het veiligstellen gebeurt zodanig dat het niet kan worden vernietigd of ongeautoriseerd geraadpleegd, en dat het kan worden gebruikt in een juridische procedure;

⁽³⁰⁾ Cel voor Financiële Informatieverwerking. Bepaalde sectoren en beroepen hebben meldplicht van vermoedens van witwassen. Zie de website van de CFI voor een volledige opsomming en de voorwaarden www.ctif-cfi.be, onder de kopjes “Melders” en “Verplichtingen van melders”.

- *Objectiviteit* – Onderzoeksteam heeft voldoende afstand ten aanzien van het onderzochte probleem teneinde een objectieve evaluatie te kunnen maken van het probleem; en
- *Doel* – Specifieke omstandigheden worden betrokken bij het vaststellen van de onderzoekaankpak en het uitvoeren van het onderzoek.

337. Toezicht op fraudeonderzoeken wordt opgedragen aan een persoon die minstens op een niveau hoger staat in de hiërarchie van de organisatie dan degene op wie het onderzoek gericht is of mogelijk gericht zal worden. Als er aanwijzingen zijn dat senior management betrokken is bij de fraude, dan zal een lid van de raad van bestuur rechtstreeks verantwoordelijk zijn voor het onderzoek. *Legal counsel* kan (mee) toezicht houden op de uitvoering van het onderzoek.

338. Het onderzoeksteam wordt zo nodig samengesteld uit personen van verschillende afdelingen en disciplines, opdat de juiste kennis en competenties beschikbaar zijn. Dat kan per onderzoek verschillen.

De volgende personen komen vaak in aanmerking voor het onderzoeksteam:

- *Legal counsel* (intern/extern);
- *Forensic auditors*;
- Interne auditors;
- Externe auditors;
- HR-personeel;
- *Security* personeel;
- IT-personeel;
- *Forensic* IT-specialisten;
- Vergunde privédetectives;
- Vertegenwoordigers van het management; en
- Communicatiespecialist.

339. De teamleider coördineert het onderzoek en houdt contact met het management indien dat laatste wenselijk is. De verantwoordelijkheden en de taakverdeling binnen het team worden bij het begin van het onderzoek vastgesteld en duidelijk gecommuniceerd. Hierbij wordt rekening gehouden met eventuele conflicterende belangen van sommige onderzoekers.

340. Indien er geen competent team kan worden gevormd, of in geval van blijvende belangenconflicten, kan worden besloten dat het onderzoek wordt uitgevoerd door of met een externe *forensic auditor*. Het komt wel voor dat een externe toezichthouder dit als eis stelt.

2.6.3. Uitvoering van het onderzoek

341. Planning is een cruciaal element van het onderzoeksproces. De onderzoekstaken worden duidelijk omschreven en toegewezen aan de leden van het onderzoeksteam. De uitvoering gebeurt op basis van een duidelijke prioriteitstelling. Op basis van tussentijds

overleg binnen het team en met het management, wordt de voortgang van het onderzoek geëvalueerd en de planning bijgesteld.

De kwaliteit van het onderzoek wordt in belangrijke mate bepaald in de volgende stappen:

1. Interviewen:

- Neutrale getuigen;
- Getuigen die waren betrokken bij de fraude;
- Mogelijke medeplichtigen; en
- De betrokkene.

2. Bewijsmateriaal verzamelen en veiligstellen (met aandacht voor *privacy* en andere relevante wetgeving):

- Interne informatie, zoals:
 - Personeelsdossier;
 - Telefoonverkeer;
 - Digitale data op server, *hard disk*, PDA, enz.;
 - Mailboxen;
 - Financiële bestanden;
 - Beelden van bewakingscamera's; en
 - Toegangsgegevens computersystemen
- Externe informatie, zoals:
 - Informatie uit Kruispuntbank ondernemingen, Belgisch Staatsblad, enz.;
 - Informatie van klanten en leveranciers;
 - Informatie uit de media en van internet;
 - Informatie van derden, waaronder gespecialiseerde databanken; en
 - Rapporten van privédetectives.

3. Computer forensisch onderzoek (met aandacht voor *privacy* en andere relevante wetgeving):

- Digitale informatie veiligstellen (mailboxen, *hard disks*, telefoonverkeer, enz.); en
- Digitale data voorbereiden voor het onderzoek.

4. Analyse:

- *Review* en categoriseren van de verzamelde data;
- Computerondersteunde data-analyse; en
- Formuleren en testen van hypothesen.

342. Het onderzoeksteam documenteert de stappen van het onderzoek, zodat hierover verantwoording kan worden afgelegd:

- Identificatie van vertrouwelijke informatie; ervoor zorgen dat vertrouwelijke informatie is beschermd in het advocatendossier
- Verzoeken om documenten, digitale data, en overige informatie;
- Verslagen van vergaderingen en interviews; en
- Analyses van documenten, data en interviews; bevindingen en conclusies.

2.6.4. Rapporteren van bevindingen

343. Het onderzoeksteam rapporteert de bevindingen in ontwerp aan de personen die toezicht houden op respectievelijk verantwoordelijk zijn voor het onderzoek, zoals de *legal counsel* en een lid van de raad van bestuur. Na de nodige aanpassingen van het ontwerprapport wordt het gefinaliseerd. De verspreiding van het rapport wordt bepaald door de omstandigheden, en kan per onderzoek sterk verschillen.

344. Het is van belang dat uitspraken over het onderzoek (zowel tussentijds als na afronding) alleen worden gedaan door personen die daartoe bevoegd zijn. Bovendien moeten deze uitspraken zorgvuldig worden voorbereid in overleg met de *legal counsel*, het verantwoordelijke lid van de raad van bestuur en eventueel de leider van het onderzoeksteam. Bij publieke uitspraken loert het risico van laster en eerroof en andere beschadigingen van de belangen van derden.

2.6.5. Sanctie- en herstelmaatregelen

345. Na afronding van het onderzoek wordt besloten welke corrigerende maatregelen er moeten worden getroffen om herhaling te voorkomen en andere geïdentificeerde zwakke plekken te repareren. Om te beginnen worden alle geïdentificeerde zwakke plekken gerapporteerd naar het bestuur, het auditcomité, het management en de commissaris.

346. Het is verstandig om dringende corrigerende maatregelen direct te treffen, en niet te wachten tot het onderzoek is afgerond en de rapportage heeft plaatsgevonden. Zo kan het nodig zijn om personen te schorsen of te ontslaan met als doel verdere schade te voorkomen. Dat kan als er voldoende aanwijzingen en bewijzen zijn, soms al bij aanvang van het onderzoek.

347. Elke maatregel moet passend zijn in de omstandigheden, consistent worden toegepast voor alle personeelsleden ongeacht het niveau en de plaats in de organisatie. De beslissing kan alleen worden genomen door bevoegde personen en na overleg met bijvoorbeeld *legal counsel*, HR, het betrokken lid van de raad van bestuur, en de leider van het onderzoeksteam. Dit geldt zeker voor disciplinaire acties, aangifte, burgerlijke partijstelling en schadeclaims.

348. Veel voorkomende vervolgacties zijn:

- *Aangifte doen (klacht neerleggen)* – De organisatie kan besluiten om de zaak te laten onderzoeken door justitie, al dan niet direct bij het begin van het onderzoek. Een voordeel is dat justitie meer mogelijkheden heeft om fraudeonderzoek te doen dan bedrijven. Deze laatste mogen bijvoorbeeld geen telefoontaps plaatsen of afluisteren

- en kunnen geen informatie opvragen over de betrokken personen bij telecommatenschappen, banken en de fiscus. De beslissing om aangifte te doen gebeurt altijd in samenspraak met een lid van de raad van bestuur en de *legal counsel*.
- *Burgerlijke partijstelling* – Als er aangifte wordt gedaan heeft de procureur des Konings de vrijheid om te beslissen dat de zaak niet zal worden onderzocht; het is een puur maatschappelijke afweging. Door zich burgerlijke partij te stellen stelt het bedrijf een onderzoeksrechter aan die verplicht is een onderzoek in te voeren.
 - *Schadeclaim* – Het bedrijf kan zelf bij de betrokkene een schadeclaim indienen, dewelke zo nodig – bij gebrek aan afdoende reactie – voor de burgerlijke rechtbank kan worden gebracht.
 - *Beslaglegging* – Het bedrijf kan aan de rechtbank (beslagrechter) vragen om bij de betrokkene bewarend beslag te leggen. Dat gaat bij eenvoudig schriftelijk verzoek waarin moet worden aangetoond dat er een schuldvordering is, en dat er sprake is van hoogdringendheid.
 - *Disciplinaire maatregel* – Zoals een waarschuwing, een boete, demotie, schorsing of ontslag.
 - *Verzekeringsclaim* – Het bedrijf kan schade proberen te claimen onder haar fraudepolis.
 - *Uitgebreid onderzoek* – Het bedrijf kan besluiten om het onderzoek uit te breiden bijvoorbeeld om na te gaan of de vastgestelde fraude vaker is voorgekomen. Zo justitie kan zelfstandig besluiten om haar onderzoek te beëindigen wegens andere prioriteiten, terwijl de volledige schade nog niet is vastgesteld. Het bedrijf kan dan besluiten om zelf het onderzoek voor te zetten met als doelstelling om de schade zo volledig mogelijk in kaart te brengen ten behoeve van de schadeclaim.
 - *Herstelmaatregelen* – Het bedrijf kan beslissen om haar bedrijfsprocessen anders in te richten waardoor dergelijke fraudes niet meer kunnen plaatsvinden. Dit kan bijvoorbeeld een zware herstructurering inhouden, het beëindigen van een *joint venture*, of het zich terugtrekken uit een bepaald land. Het kan ook minder ingrijpende aanpassingen betreffen van de interne beheerssystemen.

2.6.6. Fraudeonderzoeken meten

349. Fraudeonderzoeken kunnen sterk verschillen, met de aard en de complexiteit van de onderzochte fraude.

De waarde van fraudeonderzoeken kan worden gemeten aan de hand van enkele relatief eenvoudige criteria:

- *Doorlooptijd* – De tijd die de onderzoekers nodig hebben om een onderzoek te starten, uit te voeren en af te ronden. De doorlooptijd van complexe fraudeonderzoeken is niet vergelijkbaar met die van andere incidentonderzoeken. Een te krappe planning zet ongewenste druk op de onderzoekers waardoor de kwaliteit en daarmee de uitkomsten van het onderzoek in gevaar kunnen komen.
- *Herhaaldelijke incidenten* – Een lage herhalingsfactor van (gelijkaardige) incidenten kan duiden op een goede werking van de fraudeonderzoeken, correctieve acties en herstelmaatregelen.
- *Schadebeperving en -herstel* – Fraudeonderzoeken hebben een groter belang dan het herstel van de directe schade. Van krachtig onderzoek gaat een preventieve

werking uit en daarnaast geeft het een precies inzicht in de oorzaken en de benodigde herstelmaatregelen. Maar het gerecupereerde bedrag, en het geschatte bedrag van de schade die door het onderzoek kon worden voorkomen, zijn zinvolle graadmeters voor de waarde van fraudeonderzoek.

164

ANTI-FRAUDEBELEID – POLITIQUE CONTRE LA FRAUDE

HOOFDSTUK 3

FORENSIC AUDITING

CHAPITRE 3

FORENSIC AUDITING

3.1. ALGEMEEN

350. Kennis op het gebied van fraude en *fraud risk management* is vooral goed ontwikkeld bij *forensic auditors*. *Forensic audit* is een relatief jonge discipline van fraudespecialisten in private en publieke sector. Organisaties doen steeds vaker een beroep op *forensic auditors* en hebben steeds vaker *forensic auditors* in dienst, meestal in de interne audit afdeling, in een integriteitsfunctie of in de *compliance* functie. In dit hoofdstuk gaan we kort in op het fenomeen *forensic auditing*.

3.2. DEFINITIE

351. “*Forensic auditing* (ook wel *forensic accounting* genoemd, is het geheel van activiteiten bestaande uit het verzamelen, controleren, bewerken, analyseren van en rapporteren over gegevens, met het oog op waarheidsbevinding en/of bewijsvoering, in een geïjkt referentiekader, op het terrein van juridische/financiële geschillen en/of onregelmatigheden (waaronder fraude) en het geven van preventieve adviezen op dit terrein.” (definitie *Institute of Forensic Auditors*, 2003 ⁽³¹⁾).

352. Na 2002 is preventie uitgegroeid van een formele verplichting onder de *Sarbanes-Oxley Act* tot een volwaardig management domein: *fraud risk management*.

De definitie zou daarom moeten worden opgefrist:

“*Forensic auditing* (ook wel *forensic accounting* genoemd) is het geheel van activiteiten bestaande uit het verzamelen, controleren, bewerken, analyseren van en rapporteren over gegevens, met het oog op waarheidsbevinding en/of bewijsvoering, in een geïjkt referentiekader, op het terrein van juridische/financiële geschillen en/of onregelmatigheden (waaronder fraude), alsmede het adviseren op het gebied van *fraud risk governance*, *fraud risk assessment*, *fraudepreventie*, *fraudedetectie*, *fraudeonderzoek*, *sancties* en *herstelmaatregelen*.”.

3.3. ONTWIKKELING

353. Het vakgebied van de *forensic auditing* begon zich te ontwikkelen in de Angelsaksische landen (Canada, VS, UK) in de jaren 1980. In het begin van de jaren 1990 is het overgewaaid naar het Europese continent. Aan het eind van de jaren 1990 startten de *Big-4* (toen nog *Big-5*) in België met het aanbieden van *forensic audit* diensten.

354. In 2000 werd door de *Antwerp Management School* de *Masterclass Forensic Auditing* gestart. In 2001 werd in Brussel het *Institute of Forensic Auditors* opgericht. In 2003 werd de eerste *Registered Forensic Auditors* titel toegekend. Direct van bij het begin werden deze ontwikkelingen gevolgd door de private sector, de publieke sector en de academische sector.

⁽³¹⁾ www.forensicaudit.be.

355. In nog geen tien jaar tijd was *forensic auditing* niet meer weg te denken uit de fraudebestrijding in België. In 2001 publiceerde ik het boek *Forensic auditing: een nieuwe discipline in België* (Kluwer) met een nadere uitleg.

Vandaag, tien jaar later, stellen wij vast dat wij nog steeds binnen deze contouren werken, maar enkele ontwikkelingen dienen wel vermeld te worden:

- Wettelijk kader;
- Nationale beroepsfederatie; en
- Toegenomen vrees voor aansprakelijkheid.

3.4. WETTELIJK KADER

356. In België is er een bijzonder wettelijk kader voor de private partijen op het gebied van fraude, met name:

- Privaat veiligheidsadvies, voor bepaalde advieswerkzaamheden (wet van 3 mei 2004); en
- Privé-detectives, voor bepaalde onderzoekswerkzaamheden (wet van 19 juli 1991).

357. Dit kader (de beide wetten en de bijbehorende KBs) voorziet in een groot aantal uitzonderingen en ontheffingen en is aan revisie toe. Momenteel werkt het *Institute of Forensic Auditors* (IFA) aan een voorstel voor een modern wettelijk kader voor de private *forensic audit*. Een modern wettelijk kader levert ook de erkenning dat het vakgebied volwassen is geworden en ernstig moet worden genomen.

Dit kader zou drie pijlers moeten hebben:

- Wettelijke erkenning van het beroep van *forensic auditor* en van de beroepsorganisatie IFA;
- Ruimte voor de private sector om bepaalde fraudes zelf af te wikkelen met *Registered Forensic Auditors*, met name horizontale fraudes ⁽³²⁾;
- Eventueel een Meldplicht voor bestuurders en commissarissen van fraudes bij een gespecialiseerd meldpunt onder verantwoordelijkheid van justitie, wellicht zoals de Cel voor Financiële Informatieverwerking.

⁽³²⁾ Horizontale fraudes zijn fraudes tussen burgerlijke partijen (bedrijf, manager, personeelslid), zoals corruptie, diefstal van bedrijfsmiddelen, jaarrekeningfraude en misbruik van voorkennis. Verticale fraudes hebben primair als doel de Schatkist te benadelen, zoals fiscale fraude, misbruik van vennootschapsgoederen, witwassen, douane en accijnsfraude, kasgeldvennootschappen en frauduleus faillissement.

3.5. INSTITUTE OF FORENSIC AUDITORS

358. De *forensic auditors* hebben zich in België verenigd in het *Institute of Forensic Auditors* (IFA)⁽³³⁾, de beroepsorganisatie die is opgericht in 2001. Het is een uniek forum waar topfiguren en andere experts uit de publieke en de private sector elkaar bijpraten over fraude en fraudebestrijding. Ook worden er seminars gegeven.

359. De leden zijn voornamelijk afkomstig uit: financiële sector, telecom, industrie, overheidsbedrijven, ministeries en lagere overheden, advocatenkantoren, *Big-4*, bedrijfsrevisoren, accountants, fiscalisten, IT-specialisten, professoren, procureurs, CDGEFID, CFI, BBI, SIOD, *European Investment Bank* (EIB), OLAF en de Europese Commissie.

360. De missie van het IFA is het, als de representatieve organisatie van *forensic auditors* in België, bijdragen aan de uitbouw en de kwaliteit van de beroepsuitoefening en de integrale private en publieke rechtsbedeling. Hiertoe ontwikkelt het IFA normen en standaarden, legt die vast en bewaakt die. Daarvoor zijn open dialoog en externe gerichtheid onmisbaar. Het IFA is dan ook een organisatie met open vensters, die een dialoog met beleidsmakers en andere belanghebbenden zoekt.

361. De taak van de *forensic auditor* bestaat er onder meer in om vanuit zijn financieel-economische en controletechnische achtergrond een bijdrage te leveren aan het vaststellen van feiten in een commercieel of juridisch geschil, veelal fraude of een vermoeden daarvan.

362. Het IFA vervult een rol in het opleiden en permanent vormen van *forensic auditors*. De namen van de erkende beroepsbeoefenaren vindt u terug in het door het IFA beheerde register van *Registered Forensic Auditors* (RFA). Eind 2010 telde het IFA 445 leden, waarvan 176 RFA's 58 % private sector, 40 % publieke sector en 2 % uit de universitaire wereld.

363. Alle leden onderschrijven de door het IFA ontwikkelde deontologische code⁽³⁴⁾. Bovendien moeten de *Registered Forensic Auditors* zich houden aan de beroepsregels, waaronder de verplichting om jaarlijks gemiddeld 40 uur permanente vorming te volgen.

364. Het bereiken van een wettelijke erkenning van het beroep van *forensic auditor* blijft één van de prioriteiten van het IFA. Intussen werd het IFA in september 2009 door de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de KMO erkend als nationale beroepsfederatie (conform de wet van 28 mei 1979 en het uitvoeringsbesluit van 10 augustus 2004).

365. Sinds 2009 moeten *Registered Forensic Auditors* voldoen aan de eisen van permanente vorming volgens de *Continuing Professional Education Standard* van het IFA⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ www.forensicaudit.be.

⁽³⁴⁾ www.forensicaudit.be/data/IFA%20Code%20of%20Conduct%20N+F_2.pdf.

⁽³⁵⁾ www.forensicaudit.be/data/PE%20Standard%2027%20March%202009_1.pdf.

366. Wij stellen vast dat bedrijven in toenemende mate verlangen dat fraudeopdrachten (onderzoek, advies, training) worden uitgevoerd door erkende *Registered Forensic Auditors*. Een nieuw kwaliteitslabel is geboren.

367. Een laatste opmerking over *forensic auditors* betreft de manier waarop zij zich onderscheiden van de andere auditors (bedrijfsrevisor, interne auditor, computer auditor, enz.). Nicole den Hartigh heeft in haar boek *Frauditing* ⁽³⁶⁾ de resultaten verwerkt van haar praktijkonderzoek naar de persoonlijke eigenschappen van de *forensic* auditor, die wordt ingezet bij interne fraudeonderzoeken.

Het onderzoek duidt vier prioritaire eigenschappen aan:

| Benodigde eigenschap | Belang |
|----------------------|--------|
| Onafhankelijkheid | 68 % |
| Integriteit | 64 % |
| Vasthoudendheid | 55 % |
| Probleemanalyse | 54 % |

368. Van de reguliere auditoren (bedrijfsrevisor, interne auditor) wordt wel gezegd dat zij *watchdogs* zijn, en geen *bloodhounds*, immers van hen mag niet worden verwacht dat zij actief fraude opsporen, dat is hun reguliere taak niet en daar is het auditbudget evenmin op berekend. Blijkens de hoge score in het onderzoek van het kenmerk “vasthoudendheid” (wat van reguliere auditors minder belangrijk wordt geacht), wordt van *forensic* auditoren blijkbaar verlangd dat ze *pitbulls* zijn.

369. Uit het onderzoek noemen we nog twee factoren waar hogere eisen aan worden gesteld voor het goede functioneren van de *forensic* auditor: de steun vanuit de top van de organisatie (het onderzoek van Den Hartigh betrof interne fraudeonderzoeken) en de kennis van wet- en regelgeving bij de forensische auditor. Dit geldt zowel voor de adviserende (preventief) als voor de onderzoekende *forensic* auditor (repressief).

⁽³⁶⁾ N. DEN HARTIGH, *Frauditing*, Kluwer, Deventer, Nederland, 2007.

3.6. *FRAUD TRAINING INSTITUTE*

370. Als reactie op de sterk gestegen aandacht van het bedrijfsleven voor *fraud risk management*, is in 2012 het *Fraud Training Institute* ⁽³⁷⁾ opgericht. De meeste trainingen van deze Belgische fraude-academie worden gegeven in de Engelse taal. Dat weerspiegelt het feit dat vrijwel alleen grote bedrijven (inclusief overheidsbedrijven) hier actief mee bezig zijn. Bedrijven en overheidsdiensten sturen hier vooral medewerkers naar toe van de volgende diensten: Interne audit, *Compliance*, *Legal*, HR, *Finance* en *IT Security*.

371. Het trainingsaanbod weerspiegelt de waaier van kennis en vaardigheden die benodigd zijn om *fraud risk management* te kunnen ontwerpen en invoeren:

1. *Introduction into fraud and fraud risk management*
2. *Privacy & legal contact of fraud risk management*
3. *Statutory auditor & fraud*
4. *Fraud risk governance & audit committee*
5. *Fraud risk assessment*
6. *Fraud prevention & detection*
7. *Diagnostics & case management*
8. *Anti-bribery measures*
9. *Open source investigation*
10. *Collaboration with private detectives*
11. *Fraud & dealing room*
12. *Social media & fraud risk*
13. *Forensic interviewing skills*
14. *Verbal reporting on fraud findings*
15. *IT: IT security assessment from a fraud perspective*
16. *IT: Forensic readiness*
17. *IT: Cyber security*
18. *IT: E-discovery*
19. *IT: Digital data acquisition*
20. *IT: Digital data analysis*
21. *Open source investigation*
22. *Fraud risk solutions per sector*
23. *Social media & fraud risk*
24. *Integrity management.*

⁽³⁷⁾ www.fraudtraininginstitute.eu.

BRONNEN

M.J. DE SAMBLANX, *Forensic auditing en corporate governance: een bewogen decennium*, in: E. J. LAMMERS (Red.), *IFA Jubileumboek 2001-2011*, Institute of Forensic Auditors (IFA), Brussel, 24 maart 2011.

N.J. DEN HARTIGH, *Frauditing*, Kluwer, Deventer, Nederland, 2007.

Institute of Internal Auditors (IIA), *Internal Auditing And Fraud*, 2009.

Institute of Internal Auditors (IIA), Institute of Certified Public Accountants (AICPA) en Association of Certified Fraud Examiners (ACFE) *Managing the Business Risk of Fraud – A Practical Guide*, 2008.

E. J. LAMMERS, *Forensic auditing, een nieuwe discipline in België*, Ced.Samsom, Diegem, 2002.

E. J. LAMMERS, *Het anti-fraudebeleid in de vennootschap*, in: E. J. LAMMERS et al., *Anti-fraudebeleid in de onderneming, de taken en verantwoordelijkheden van bestuur en commissaris*, UGA, Kortrijk, 2012.

D. STRIK, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de Board Room*, proefschrift, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2010.

UK Bribery Act 2010, www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents.

UK Ministry of Justice, *Adequate procedures: guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010)*, gepubliceerd op 31 maart 2011, www.justice.gov.uk/guidance/docs/bribery-act-2010-guidance.pdf.

J.T. WELLS, *Corporate Fraud Handbook: prevention and detection*, John Wiley & Sons, 3rd edition, 2011.

United Nations Office on Drugs and Crime, *United Nations Convention Against Corruption (UNCAC)*, 2003,

www.forensicaudit.be/nl/library/public_library/annual_reports-13.html.

www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf.

Association of Certified Fraud Examiners (ACFE), Houston-Texas, 2010, www.acfe.com/rtn/rtn_2010.pdf

DEEL 4

BASISTECHNIEKEN VAN DE BEDRIJFSREVISOR IN HET KADER VAN FRAUDE EN JAARREKENING (FINANCIELE OVERZICHTEN)

PARTIE 4

TECHNIQUES DE BASE DU REVISEUR D'ENTREPRISES DANS LE CADRE DE LA FRAUDE ET DES COMPTES ANNUELS (ETATS FINANCIERS)

L. TOELEN

Registered Forensic Auditor

Bedrijfsrevisor

HOOFDSTUK 1

INLEIDING

CHAPITRE 1^{ER}

INTRODUCTION

1.1. BASISKADER EN EVOLUTIE IN DE TIJD

372. Begin de jaren 2000 vaardigde het *International Auditing Practices Committee*, een comité van de *International Federation of Accountants* (IFAC), een eerste internationale standaard (ISA) uit rond het thema van de bedrijfsrevisor en fraude, met name ISA 240 “De verantwoordelijkheid van de auditor om rekening te houden met fraude in het kader van een controle van financiële overzichten”. Kort daarop volgde ISA 250 “Het in aanmerking nemen van wet- en regelgeving bij een controle van financiële overzichten”.

Terwijl ISA 240 vooral de nadruk legt op fraude, legt ISA 250 vooral de nadruk op de inbreuken op wetten en reguleringen. In dit verband wordt ook verwezen naar ISA 315 “Kennis van de entiteit en haar omgeving en het inschatten van risico van een afwijking van materieel belang” omdat ook het onderzoek in het kader van fraude en jaarrekening kadert binnen deze norm rond afwijkingen van materieel belang.

373. Het doel van ISA 240 is een standaard en een gids te zijn betreffende de verantwoordelijkheid van de bedrijfsrevisor om fraude en fouten te beschouwen binnen het nazicht van de jaarrekening. In lijn met de eerdere controleaanbeveling van het IBR (juni 1998) blijft de preventie en de detectie van de fraude de hoofdverantwoordelijkheid van de bestuurders en het management.

Het zijn de bestuurders en het management die moeten zorgen voor het ontwerpen van de systemen met het oog op de preventie en de detectie van fraude en fouten binnen de entiteit, voor het creëren en onderhouden van een bedrijfscultuur die eerlijkheid en het naleven van ethische normen waarborgt.

De bedrijfsrevisor heeft de verantwoordelijkheid om met een redelijke zekerheid te waarborgen dat de financiële cijfers vrij zijn van materiële onjuistheden. Maar al draagt de bedrijfsrevisor geen directe verantwoordelijkheid voor de preventie van fraude of van een fout, ISA 240 bepaalt wel dat het de taak is van de bedrijfsrevisor om, gebaseerd op een risico-analyse, een auditprogramma op te stellen dat voldoende garantie biedt tot detectie van materiële onjuistheden in de jaarrekening.

374. Terwijl uit de vaststelling van de hoofdverantwoordelijkheid van bestuur en management en, gedreven door een aantal grote jaarrekeningfraudeschandalen, een hele evolutie ontstond op het gebied van interne controlewerkzaamheden, aandacht voor deugdelijk bestuur en aandacht voor de kwaliteit van de management- en financiële informatie, werd anderzijds en mede onder druk van de Amerikaanse auditnormen (SAS 99 – *consideration of fraud in a financial statement audit*) ook de auditor verplicht om in elk stadium van de audit het fraudeaspect te beschouwen.

Nadruk wordt bovendien gelegd op het teamspect – het is niet enkel de zaak van de tekenende bedrijfsrevisor, maar ook van het gehele team dat werkzaam is op de controle van een onderneming. Hiermede werd definitief en uitdrukkelijk de aandacht gevraagd van de auditor over fraude tijdens de controlewerkzaamheden van de jaarrekening.

Het is dan ook noodzakelijk om meer forensische elementen in te brengen in de jaarrekeningcontrole.

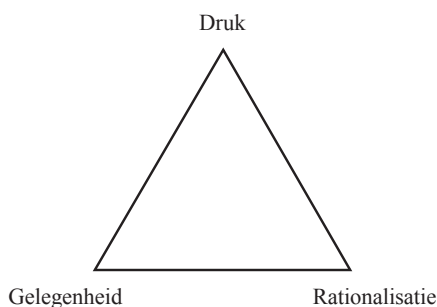
Doel van deze bijdrage is een inzicht te leveren tot het inbrengen van deze elementen binnen het normale auditproces van de jaarrekening of in het algemeen van de audit van financiële overzichten.

1.2. ALGEMEEN FRAUDERISICO

375. Fraude is een breed fenomeen en heeft raakvlakken met bedrog, vervalsing, misbruik, misleiding, e.d.

In het kader van de financiële overzichten gaat het hem voornamelijk om enerzijds het onttrekken van activa uit de vennootschap en anderzijds omtrent de opzettelijke misleiding om een betere of slechtere voorstelling van de balans of de resultaten te bekomen of om onrechtmatig of onwettig een voordeel te verkrijgen, enz.

376. Uit de praktijk is algemeen de “fraudedriehoek” bekend, een model oorspronkelijk ontwikkeld door de Amerikaanse criminoloog Dr. D. CRESSEY die stelde dat het drie factoren vereist opdat een gewoon persoon fraude zou plegen. Deze drie factoren dienen gezamenlijk en gelijktijdig aanwezig te zijn. Deze drie elementen komen onlosmakelijk in beeld en zijn dan ook de kapstokken waarrond de bedrijfsrevisor het fraudeaspect kan aanpakken en bevragen binnen het auditproces:



De basisvragen hierbij zijn:

Zijn er motivaties of prikkels, is er druk om tot fraude over te gaan? Sociale druk, promotiekansen, statusinvloeden, financiële targets, prestatiebeloningen, druk op business departementen, private schulden, gok- en drugsproblematiek, echtscheidingsproblematiek (alimentatiegeld), enz.?

Zijn er gelegenheden om fraude te plegen en dit met een kleine kans om ontdekt te worden? Is er binnen de organisatie gelegenheid tot het plegen van fraude door gebrek aan controle?

Zijn er elementen aanwezig die een rationalisatie van fraude als het ware 'rechtvaardigen', dat fraude wordt geaccepteerd of zelfs aangemoedigd ?

Een organisatie die aandacht heeft voor fraudegevoeligheid beperkt de risico's.

377. Dit is uiteraard een vrij algemeen kader, maar het kan als een leidraad dienen bij het onderzoek door de bedrijfsrevisor naar fraudegevoeligheid en preventie van fraude, en bij het ontwikkelen van een controlemethodiek bij het onderzoek van de financiële overzichten.

Onnodig te stellen dat het nadruk leggen op het vermijden van de gelegenheid de sleutel is tot het omgaan met het fraudeaspect omdat de fraude voorkomen uiteraard minder kostelijk en effectiever is dan het nadien ontdekken ervan. Maar uiteraard zal het dit laatste aspect zijn waar de bedrijfsrevisor meest bij betrokken zal zijn en aandacht voor zal moeten hebben bij het nazicht van de financiële overzichten.

378. In randnummer 380 wordt ingegaan op het ISA-criterium bij het beschouwen van het frauderisico, met name het risico van een afwijking van materieel belang. Voor de volledigheid wordt er op gewezen dat in een bepaalde context ook fraude met een niet materiële impact een belangrijk risico kan inhouden, bijvoorbeeld een reputatie- en imagerisico. Het frauderisico dient dus niet enkel vanuit het aspect van materialiteit of vanuit de algemene auditmaterialiteit zoals die voor het auditproces van de financiële overzichten werd gedefinieerd te worden benaderd. In het kader van fraude en jaarrekening zal hierna verder de aandacht toegespitst worden op de ISA-benadering.

379. Er wordt hierbij ook verwezen naar de ISA-vragenlijsten en in het bijzonder deze omtrent de analyse van het risico van een afwijking van materieel belang die het gevolg is van fraude (checklist A19) en deze omtrent het gedetailleerd controleplan voor frauderisico's (checklist B9) die beiden ter beschikking zijn op de website van het ICCI onder de rubriek publicaties/ISA-checklists.

1.3. MATERIELE FOUTEN IN DE FINANCIËLE OVERZICHTEN (JAARREKENING) – HET FRAUDERISICO

380. Basis is dat bij een controleopdracht het de taak is van de bedrijfsrevisor om redelijke zekerheid te verkrijgen dat de jaarrekening geen materiële fouten bevat. Of deze fouten onbewust of door fraude zijn veroorzaakt doet in feite niet ter zake. Maar het auditproces dient specifiek aandacht te besteden aan de mogelijkheid van fraude. ISA 240 legt de focus op het risico van materiële fouten in de jaarrekening, door verduistering van activa of door frauduleuze financiële verslaggeving.

Enkele bijzondere aandachtspunten hierbij:

- Het frauderisico werd traditioneel steeds besproken met de ondernemingsleiding, maar voor ISA 240 volstaat dit niet meer en moeten besprekingen gehouden worden over frauderisico's en dienen inlichtingen te worden ingewonnen bij anderen dan de ondernemingsleiding;
- Er dient bij de controle van de opbrengstverantwoording altijd aandacht te worden geschonken aan het frauderisico; en
- Het risico van fraude dient tijdens het ganse auditproces en over alle auditfasen te worden opgenomen in de auditwerkzaamheden en -programma's.

Het spreekt vanzelf dat het voorgaande impliciet de noodzaak aantoonde dat de controleprogramma's – maar ook de controleprocedures – van de controlerende bedrijfsrevisor rekening houden met deze vereisten.

1.4. CONTROLEPROCEDURES – AANPASSING VOOR DE FRAUDEBESCHOUWING

381. De controleprocedures dienen te voorzien in specifieke onderdelen gericht naar fraude:

- Het controleteam dient voor de aanvang van de audit te bespreken welke de mogelijke kwetsbare aspecten zijn voor materiële afwijkingen van de jaarrekening door fraude. De kans op fraude dient steeds onderkend te worden. Ook al is er ogenschijnlijk een integere ondernemingsleiding, de vraag naar de kans op fraude dient gesteld te worden.
- Het controleteam dient aandacht te schenken aan:
 - aanwijzingen voor frauduleuze financiële verslaggeving;
 - indicatoren (prikkel en pressiemiddelen) die fraude zouden kunnen uitlokken;
 - factoren die fraude zouden mogelijk kunnen maken;
 - omstandigheden die fraude “vergoelijken” (die het aannemelijk maken te frauderen);
 - toezicht op waardevolle activa;
 - beschouwing van de levensstijl van het management en werknemers;
 - het risico dat het management de interne controle of beheersmaatregelen omzeilt of niet toepast enz.; en
 - de procedures bij de jaareindecontrole dienen specifiek aandacht te geven aan fraudetechnieken.

382. Terwijl de eerste twee onderdelen deel uitmaken van de voorbereidende en beschrijvende onderdelen van het auditprogramma, zal het laatste deel de jaareinde auditprocedures betreffen.

Deze bijdrage heeft tot doel verder leidraad in deze te geven en een programma checklist aan te reiken die deze punten binnen het normale auditproces brengen, zodat deze forensische aspecten structureel worden ingebed in het geheel van de auditwerkzaamheden van de jaarrekening.

Het is niet de bedoeling om exhaustief te zijn, maar om een eerste en algemene basis aan te reiken. Dit alles kadert in de benadering dat de bedrijfsrevisor tijdens zijn onderzoek voldoende professionele scepsis dient aan de dag te leggen.

Onder professionele scepsis wordt verstaan – verwijzende naar IAASB Staff Q&A – Q1, wat is professionele scepsis? – de houding van een in vraag stellende geest die alert is om de voorwaarden te onderkennen die kunnen wijzen op een mogelijke materiële fout of een fraude alsook van een kritische beoordeling van de controle evidentie en de ter beschikking zijnde documentatie. Professioneel oordeel (*professional judgement*) is hierbij een essentieel onderdeel.

1.5. INTEGRATIE VAN DE FRAUDEBESCHOUWING IN DE AUDITPROCEDURES – IS DIT VOLDOENDE ?

383. De evolutie betreffende de inzichten rond de controlewerkzaamheden van financiële overzichten staat niet stil. Sommigen menen dat de voormelde benadering niet voldoende is, zoals P. KOSTER, Nederlands registeraccountant, bestuurslid van de Autoriteit Financiële Markten (Nederland) en *Executive* van de *Dubai Financial Services Authority* (Dubai), die onomwonden tijdens de tweede regionale auditconferentie (november 2011) te Dubai stelde dat een significante stap verdergezet moet worden waarbij in de jaarrekeningcontrole verplicht forensische onderdelen moeten opgenomen worden, eerder dus in de richting van forensische audit dan van financiële jaarrekeningaudit.

384. Anders gesteld zou naast het objectief een oordeel te geven of de financiële overzichten in alle materiële aspecten in overeenstemming zijn met het financieel rapporteringskader, ook het objectief van de forensische audit moet opgenomen worden in de werkzaamheden en de rapportering. De audit van financiële overzichten zou moeten verricht worden met het uitgangspunt van de mogelijkheid van het bestaan van fraude of materiële fouten, met andere woorden dus met een forensisch uitgangspunt (mogelijke afwijkingen uit het vervreemden van activa en mogelijke afwijkingen uit bedrieglijke financiële verslaggeving).

Hierbij zal dus nog meer aandacht moeten geschonken worden – met toepassing van geëigende forensische technieken – aan aspecten zoals de *tone-at-the-top*, correcte waardering, de omzeterkenning, de buitenbalanselementen, de *impairment* testen, enz.

Zonder deze evolutie te willen voor zijn of als een gegeven te willen aanzien, is het de bedoeling met deze bijdrage aan te geven dat met beperkte bijkomende aandachtspunten tegemoet kan gekomen worden aan de vereisten van ISA 240 en ISA 250 en de forensische toets.

1.6. ISA 240 – TOEPASSING

385. De grondbeginselen en aanwijzingen betreffende de kennis van de entiteit en haar omgeving en het schatten van risico van een afwijking van materieel belang (zoals bepaald in ISA 315) en de werkzaamheden van de auditor in functie van de gemaakte risico-inschatting (zoals bepaald in ISA 230) moeten aangepast worden om rekening te houden met het risico dat de financiële overzichten een afwijking van materieel belang bevatten ten gevolge van fraude.

Dit vereist verder:

- een permanente professioneel kritische ingesteldheid van de auditor;
- een integratie van voormelde punten in het controleproces als geheel;
- het betrekken van het auditteam (en niet enkel de tekenende bedrijfsrevisor) door middel van besprekingen van de mogelijkheden dat de financiële overzichten afwijkingen van materieel belang zouden kunnen bevatten als gevolg van fraude;
- het uitvoeren van werkzaamheden om informatie te verkrijgen om voormeld risico te onderkennen;
- het nagaan van aard en mogelijke omvang van het risico op materiële afwijkingen als gevolg van fraude, het evalueren van de risicofactoren die zouden kunnen leiden tot afwijkingen van materieel belang als gevolg van fraude, het opzet en de evaluatie van de daarmee verband houdende interne beheersingsmaatregelen, het vaststellen van de implementatie hiervan, enz.;
- het opzetten en uitvoeren van controlewerkzaamheden gericht op het risico dat het management de interne beheersmaatregelen zou kunnen doorbreken;
- het nagaan of gesignaleerde afwijkingen een indicatie van fraude zijn;
- de schriftelijke bevestiging van de bedrijfsleiding met betrekking tot fraude;
- communicatie met de bedrijfsleiding en met het toezichthoudend orgaan (auditcomité) betreffende fraude; en
- documentatie, enz.

386. Er kunnen twee soorten van opzettelijke (dus frauduleuze) afwijkingen voorkomen namelijk afwijkingen die voorkomen uit bedrieglijke financiële verslaggeving en afwijkingen die voorkomen uit de ontvreemding van activa.

1. Bedrieglijke financiële verslaggeving

Bedrieglijke financiële verslaggeving is erop gericht om gebruikers van de financiële overzichten te misleiden, wat kan door het weglaten van bedragen of toelichtingen, het aanbrenge van opzettelijke afwijkingen, enz. Dit kan door manipulatie, valsheid in geschrifte, wijziging van administratieve gegevens, wijziging van documenten, enz., door het onjuist weergeven of het opzettelijk weglaten van gebeurtenissen of transacties, het opzettelijk verkeerd toepassen van de grondslagen met betrekking tot de waardering, de rubricering, de presentatie of de toelichtingen bij de financiële overzichten, enz.

Deze bedrieglijke verslaggeving vloeit voort uit het doorbreken van de interne beheersmaatregelen door de ondernemingsleiding, zoals bijvoorbeeld:

- het werken met fictieve journaalposten (voornamelijk einde verslagperiode) om de resultaten of andere doelstellingen te beïnvloeden;
- het niet wijzigen van de veronderstellingen basis van oordeelsvorming;
- het achterhouden van informatie;
- het aangaan van complexe transacties; en
- het wijzigen van registratie, enz.

Veelal zal de bedrijfsleiding de resultaten proberen te sturen zodat de gebruikers worden misleid door beïnvloeding van perceptie van de resultaten en de winstgevendheid van de entiteit.

2. Ontvreemding van activa:

Deze omvat diefstal van activa, vaak gepleegd door werknemers maar ook door leidinggevendenden. Dit kan door het verduisteren van ontvangsten (het innen van debiteurenposities, het ontvangen van betalingen van afgeschreven posten, het ontvreemden van materiële activa of intellectuele eigendom, het betalen voor niet ontvangen goederen en diensten, het gebruik van activa van de onderneming voor eigen gebruik, het gebruik van misleidende registratie of valse documenten, enz.).

Fraude zal impliciet verbonden zijn met aansporing of druk, gelegenheid om fraude te plegen, het rationaliseren van de fraude enz. Aandacht dient gegeven te worden aan indicatoren zoals boven de stand leven, verwachtingen gestuurd door buitenstaanders, onrealistische doelstellingen, enz.

Het is de verantwoordelijkheid van het toezichthoudend orgaan (bv. het auditcomité) en van de leiding (raad van bestuur) om het voorkomen en ontdekken van fraude te organiseren en te controleren. Het voorkomen van fraude door maatregelen is essentieel, evenzo voor het ontmoedigen van fraude. Een cultuur van integriteit en ethisch gedrag is noodzakelijk.

De auditor dient zich bewust te zijn dat het risico dat een afwijking van materieel belang ten gevolge van fraude niet wordt ontdekt, hoger is dan bij hetzelfde risico ten gevolge van het maken van fouten.

De redenen, hiervoor zijn:

- complexe en zorgvuldig opgezette plannen (met het doel fraude te verhullen) met inbegrip van valsheid in geschrifte, niet-registratie van transacties, het opzettelijk geven van onjuiste informatie aan de auditor, enz.;
- mogelijke samenspanning; en
- mogelijk begaan door de ondernemingsleiding (positie dat gegevens kunnen gemanipuleerd zijn, dat beheersmaatregelen kunnen worden doorbroken, dat personeel orders kan worden gegeven, enz.).

387. Als conclusie van het voorgaande kan worden samengevat dat de controleprogramma's en de uitvoering ervan de volgende elementen dienen te omvatten:

- een permanente professioneel kritische ingesteldheid gericht op het onderkennen van de mogelijkheid dat zich een afwijking van materieel belang voordoet als gevolg van fraude;
- de noodzaak tot bespreking binnen het auditteam van de mogelijkheden van afwijkingen van materieel belang als gevolg van fraude:
 - welke wijze en welke onderdelen met mogelijke afwijking?
 - omstandigheden die een aanwijzing van het sturen van resultaten zouden zijn?
 - zijn er aansporingen of is er druk om fraude te plegen?
 - mogelijke betrokkenheid van leidinggevenden bij toezicht op werknemers die toegang hebben tot geld of andere activa?
 - ongebruikelijke of onverklaarde wijzigingen in het gedrag of levensstijl van leidinggevenden of werknemers?
 - feit van bijzonder belang?
 - omstandigheden die aanwijzing kunnen zijn van mogelijke fraude?
 - verrassingselement in te brengen in aard, tijdsfasering, omvang van de controlewerkzaamheden?
 - aantijgingen van fraude bekendgemaakt aan de auditor?
 - risico dat leidinggevenden de interne beheersingsmaatregelen doorbreken?
- de noodzaak deze communicatie met het team te handhaven gedurende de verschillende fasen van het auditproces (niet alleen bij de planning).

388. Ook de risico-inschatting dient met het oog op een aantal mogelijke afwijkingen van materieel belang ten gevolge van fraude te worden opgesteld, dit door middel van:

- het inwinnen van inlichtingen bij de ondernemingsleiding, het toezichthoudend orgaan en andere belanghebbenden binnen de organisatie met betrekking tot de wijze waarop het risico wordt onderkend, gemelde fraudes, enz.;
- het vaststellen van de aanwezigheid van frauderisicofactoren:
 - is er aansporing of druk om fraude te plegen?
 - gelegenheid om fraude te plegen?
 - het vermogen om bedrieglijke handelingen te rationaliseren?
 - voorbeelden: behoefte aan aanvullend eigen vermogen, toekenning van belangrijke bonussen in functie van resultaten, ineffektieve interne beheersingsomgeving, enz.
- het onderzoek van ongebruikelijke of onverwachte verbanden (op basis van cijferanalyse):
 - vaststelling van weinig voorkomende transacties of gebeurtenissen, bedragen, ratio's?
 - vergelijking van verwachtingen met verwerkte bedragen, ratio's, enz.
 - analyse van opbrengstrekeringen (indicaties van te vroeg verwerkte omzet, gefingeerde verkopen, belangrijke retouren, verschuiving omzet naar latere periode) – specifieke controlewerkzaamheden zijn hiervoor noodzakelijk.
 - analyse van belangrijke transacties – zijn er economische redenen?
- het rekening houden met andere verkregen informatie:
 - uit de bespreking van de leden van het auditteam;
 - processen van aanvaarding en voortzetten van de relatie met de opdrachtgever; en
 - ervaring met andere opdrachten (tussentijdse *reviews*, enz.).

389. Elk als dusdanig geschat risico dat zou kunnen leiden tot een afwijking van materieel belang als gevolg van fraude is te beschouwen als een significant risico en dient geëvalueerd met de daarop betrekking hebbende interne beheersingsmaatregelen en -activiteiten en of deze zijn geïmplementeerd.

De auditor dient een schriftelijke bevestiging te verkrijgen van de ondernemingsleiding waarin deze erkent dat zij verantwoordelijkheid heeft voor opzet en invoering van interne beheersing om fraude te voorkomen en te ontdekken, zij haar inschatting geeft van het risico op afwijkingen van materieel belang ten gevolge van fraude, de vastgestelde fraudes gemeld werden, enz.

Er wordt aanbevolen dat de bedrijfsrevisor hiervoor een specifieke vragenlijst ontwikkelt, dewelke dient ingevuld door de CEO en de CFO (of personen in equivalente posities), de raad van bestuur en in zoverre van toepassing door het auditcomité en door het interne auditdepartement.

Bij het effectief vaststellen van fraude dient uiteraard het nodige gedaan te worden om deze vaststelling op te nemen met het geëigende toezichtsorgaan. De procedure dient hiervoor vastgelegd en te worden gedocumenteerd. In deze bijdrage wordt dit onderdeel niet verder uitgewerkt.

1.7. DE NOODZAAK TOT BESPREKING BINNEN HET AUDIT TEAM

390. Hiervoor werd vermeld dat een van de elementen op te nemen in het auditproces met betrekking tot het onderzoek van de fraudemogelijkheden binnen de onderneming, het organiseren van een bespreking binnen het auditteam is. Dit zowel op het moment van de planning als tijdens de latere fases van het auditproces.

Een interessante studie van L. JORIS in het kader van een Masterproef Toegepaste Economische Wetenschappen behandelt in dit verband “fraude-brainstorming” in externe audit. Enkele ideeën worden uit deze studie ontleend.

186

INLEIDING – INTRODUCTION

391. Fraude-brainstorming is voorgesteld als een creatieve denkmethode waarbij de leden van het auditteam ideeën en invalshoeken over de mogelijkheden die er bestaan om fraude te plegen, en de wijze waarop deze fraudes zouden kunnen gepleegd worden, samenbrengen, bespreken en beoordelen. Dit uiteraard in het kader van het vereiste professioneel scepticisme.

Tijdens deze fraude-brainstorming wordt de aandacht gevestigd op de drie pijlers van de zogenaamde fraudepiramide namelijk het motief om fraude te plegen, de gelegenheid die hiervoor bestaat en de rationalisatie en opinies van het individu. Elementen zoals de cultuur van de organisatie, de integriteit van de ondernemingsleiding en de stakeholders, de reacties op eerdere vermoedens van fraude, enz. worden hierbij in acht genomen.

Op basis van deze fraude-brainstorming kan het audit team overleggen en vastleggen wat de vatbaarheid van de financiële overzichten is voor fraude.

Los van de techniek zelf – die in het kader van deze bijdrage niet verder wordt uitgewerkt – wordt deze hier vermeld als één van de wijzen waarop de consultatie van het auditteam tijdens het auditproces kan georganiseerd worden.

392. Belangrijk in dit kader is dat naast deze verplichting het auditteam hierbij te betrekken, een risico-inschatting eveneens een noodzakelijke procedure is binnen het audit proces. ISA 315 schrijft voor dat dergelijke risico-inschattingswerkzaamheden dienen verricht te worden, waarbij de risico's zowel deze als gevolg van fouten als deze als gevolg van fraude omvatten.

Als leidraad voor de beroepsbeoefenaar kunnen de volgende elementen in overweging worden genomen bij de teambespreking:

- de omstandigheden die aanwijzing zouden kunnen zijn om de resultaten te beïnvloeden;
- de externe factoren die een druk kunnen vormen om fraude te plegen, de gelegenheid tot fraude scheppen of fraude zouden kunnen rationaliseren (bv. door de cultuur binnen de onderneming, van de bedrijfsleiding, enz.);
- idem voor de interne factoren;
- de betrokkenheid van leidinggevenden op het toezicht van werknemers;

- de levensstijl van leidinggevenden en werknemers;
- de omstandigheden die zouden kunnen wijzen op fraude;
- de controlewerkzaamheden die zouden kunnen of moeten worden geselecteerd;
- de aanwijzingen van fraude die ter kennis gebracht zijn van de auditor; en
- het risico dat leidinggevenden de interne beheersmaatregelen doorbreken.

Uiteraard zal in de praktijk de fraude-brainstorming onderdeel zijn, maar wel een noodzakelijk onderdeel, van een algemene risico-brainstorming dienstig tot het vastleggen van het algehele auditproces en ook omvattende significante auditrisico's, ongewone boekingen bij de klant, belangrijke controlesystemen, de materialiteit, bijzondere bevindingen, enz.

1.8. DE FRAUDE-AUDITBENADERING

393. Voor de volledigheid van deze bijdrage wordt de aandacht gevestigd op een andere benadering van de fraude kwestie, een meer proactieve benadering. Het auditproces zoals hiervoor beschreven volgens ISA 240, houdt rekening met, maar is niet ontwikkeld voor, het opsporen van fraude. Als fraude voor een of andere reden in het vizier komt, wordt de betrokken transactie of cyclus onderzocht.

Auditors kunnen fraude ontdekken via observatie en via de analyse van indicatoren (*red flags*) of door het testen van controles – of alternatief, het auditproces kan specifiek ontwikkeld worden om op zoek te gaan naar fraude. Deze laatste methode is – zonder in kritiek te willen vallen voor de benadering van ISA 240, hetgeen niet in de scope ligt van deze bijdrage – specifiek gericht naar fraude en kan alternatief of aanvullend opgenomen worden in de totale auditbenadering.

394. Verwijzend naar het werk “*Fraud Risk Assessment – building a fraud audit program*” van L. VONA, forensisch onderzoeker, zijn er dus drie benaderingen mogelijk:

- a) de passieve benadering: de audit wordt benaderd via het bepalen van de controles die voorhanden zijn en die effectief werkzaam zijn zoals bepaald door het management. De selectie procedure is *random* en *non biased*. De auditprocedure is erop gericht op het bestaan van controles te bepalen en alert te zijn voor de fraudeindicatoren;
- b) de reactieve benadering: in deze reactieve benadering wordt het onderzoek verricht als antwoord op fraudebevindingen of -beschuldigingen. Bij deze benadering worden de procedures gericht naar het oplossen van de specifieke bevinding of beschuldiging; en ten slotte
- c) de proactieve benadering van de fraude-audit (fraude-auditbenadering): het onderzoek naar fraude vindt plaats ook al is er nog geen fraudebevinding of beschuldiging, of al is er nog geen interne controle-zwakte vastgesteld die een fraudevermoeden of een mogelijkheid tot fraude doet blijken. Deze methode gaat uit van het toepassen van auditprocedures op een populatie van transacties en dit om de waarschijnlijkheid tot het identificeren van fraude te verhogen. Bij deze methodiek wordt bewust gezocht naar fraude.

Deze fraudeauditbenadering kan worden toegepast als een globale benadering van het fraude risico, maar ook als een antwoord op een analyse van het interne controlesysteem waarbij de waarschijnlijkheid van fraude of belangrijke fouten beoordeeld werd. Het doel is rechtstreeks het geven van een opinie over het bestaan van fraude, en niet zoals met de andere methodieken een opinie over de effectieve werking van de interne controles. Deze methodiek gebruikt datamining om transacties te onderzoeken die overeenkomen met een bepaald specifiek fraudepatroon.

In het kader van basistechnieken wordt deze alternatieve benadering niet verder uitgewerkt, vooral omdat deze op zich niet de gehele ISA-benadering volgt (maar er zeker complementair aan is).

1.9. HET ASPECT ONTVREEMDING VAN ACTIVA

395. Onder randnummer 386. hiervoor werd reeds aangeduid dat er twee soorten van opzettelijke en dus frauduleuze afwijkingen voorkomen namelijk afwijkingen die voorkomen uit bedrieglijke financiële verslaggeving en afwijkingen die voorkomen uit de ontvreemding van activa.

Het aspect bedrieglijke financiële verslaggeving wordt verder uitgewerkt in deze bijdrage die handelt over de basistechnieken van en voor bedrijfsrevisoren in het kader van de jaarrekening en fraude. Het hoofddoel van deze bijdrage was te komen tot een bruikbare classificatie van technieken met hun invloed op de jaarrekening.

Het aspect ontvreemding van activa mag echter ook niet uit het oog worden verloren. Indirect wordt deze materie ook behandeld bij het doornemen van de technieken met hun invloed op de jaarrekening, maar het is evident dat deze materie op zich een afzonderlijke bijdrage zou kunnen uitmaken. Deze bijdrage behandelt dit aspect van fraude niet exhaustief.

396. Diefstal van activa kent vele aspecten en kan gepleegd worden zowel door werknemers als door leidinggevenden. Ook hier is de fraudedriehoek zoals voorheen besproken in randnummer 376. richtinggevend. Het onderzoek van de bedrijfsrevisor bij het beschouwen van het aspect interne organisatie en interne controle dient zeker aandacht te hebben voor het aspect diefstal van activa en in het bijzonder voor de aspecten “gelegenheid”, “druk” en “rationalisatie”.

397. Niet-exhaustief maar bij wijze van illustratie worden hierna enkele voorbeelden aangehaald.

- het verduisteren van ontvangsten;
- het innen van debiteurenposities;
- het ontvangen van betalingen van afgeschreven posten;
- het ontvreemden van materiële activa of intellectuele eigendom;
- het betalen voor niet ontvangen goederen en diensten;
- het gebruik van activa van de onderneming voor eigen gebruik; en
- het gebruik van misleidende registratie of valse documenten, enz.).

Deze opsomming om aan te tonen hoe belangrijk ook in dit domein interne controle is en de noodzaak voor de bedrijfsrevisor om, bij de vaststelling dat er belangrijke leemten zouden zijn op het vlak van interne controle, oog te hebben voor een verhoogd fraude risico.

398. Het aspect van diefstal van activa, in al zijn vormen, is veelomvattend en zo ook dus het onderzoek naar fraude op dit gebied. Het bestek van deze bijdrage leent zich hier niet toe, maar het interessant om hierbij te verwijzen naar de mogelijkheden om via computergestuurde audittechnieken (CAATs) dergelijke frauderisico's te beperken (interne controle) dan wel te vinden (onderzoek naar fraude). In vele gevallen zal de benadering van de *forensic auditing* – namelijk een ‘honderd procent testen’ mogelijk

zijn. Het is perfect mogelijk om met het gebruik van informatica programma's exhaustief na te gaan of bepaalde onregelmatigheden zich hebben voorgedaan en dit door het verbinden van feiten met data of met specifieke gegevens.

Ter illustratie en indicatief enkele eenvoudige voorbeelden:

- kosten zoals bijvoorbeeld maaltijd- of *per diem* kosten die zouden voorkomen op vakantiedagen of na het beëindigen van de periode van een missies in het buitenland enz.;
- numerieke volledigheid van verzendbons;
- *matching* creditnota's goederen met retourbons, enz.

190

INLEIDING – INTRODUCTION

Deze korte vermelding om de bedrijfsrevisor er op te wijzen dat ook deze vorm van fraude dient te worden opgenomen in het geheel van de werkzaamheden en de analyse van de interne controle omgeving.

1.10. WITWASSEN (*MONEY LAUNDERING*)

399. Deze bijdrage gaat over fraude en fraudetechnieken in het kader van de jaarrekening, maar het is evident dat er directe raakvlakken zijn met de problematiek rond het witwassen. In het kader van de preventieve anti-witwaswetgeving en de meldingsplicht van de bedrijfsrevisor, dient de bedrijfsrevisor ook bijzondere aandacht aan deze aspecten te besteden en deze te integreren in zijn controleaanpak, en in het bijzonder bij het onderzoek naar de omgevingsfactoren en de behandeling van de interne controle.

1.11. OP RISICO GEBASEERDE AUDIT – CONTROLEMIDDELEN VAN DE BEDRIJFSREVISOR

400. De ISA-benadering van audit is gebaseerd op een goed gedocumenteerde risicoanalyse. Het auditproces omvat het inventariseren van de belangrijke risico's, het beoordelen en inschalen van deze risico's en het bepalen van de controlebenadering in functie van deze analyses en vaststellingen. In hoofdstuk 2 van deze bijdrage worden een aantal manipulatietechnieken weergegeven, dewelke mee dienen te worden opgenomen in de controlebenadering.

De bedrijfsrevisor dient een allesomvattend auditprogramma vast te leggen op basis van voormelde risicobeoordeling.

401. Deze bijdrage heeft niet tot doel het vastleggen van dergelijk auditprogramma, noch het vastleggen van alle mogelijke controlemiddelen die de bedrijfsrevisor bij de uitwerking van zijn controle ter beschikking heeft. Voor elk van de hiernavermelde manipulatietechnieken zal een controlestep en een controlemiddel dienen te worden uitgewerkt. Als basis kan worden verwezen naar de controlevragenlijsten zoals uitgewerkt door het ICCI en beschikbaar op de website van ICCI en in het bijzonder naar de lijsten onder rubriek fase B – gedetailleerde controleplannen. De vragenlijsten opgenomen in de bijlagen kunnen hierbij ook behulpzaam zijn.

1.12. ISA 540 – AUDIT VAN BOEKHOUDKUNDIGE SCHATTINGEN

402. De bedrijfsrevisor wordt bij zijn nazicht van financiële overzichten uiteraard geconfronteerd met de toch wel delicate controle van boekhoudkundige schattingen door het management. Uiteraard heeft dit zijn raakvlakken met de manipulatietechnieken die kunnen worden aangewend bij het opstellen van financiële overzichten en dus met de controlewerkzaamheden te verrichten door de bedrijfsrevisor en de fraude binnen en rond de financiële overzichten.

Voor de volledigheid wordt dan ook aandacht gevraagd voor deze ISA 540 “Audit van boekhoudkundige schattingen” die aan de bedrijfsrevisor een goed bruikbaar kader kan geven bij zijn controle. Het hoeft verder geen betoog dat, indien de aanwending van fraudetechnieken of -manipulaties worden vastgesteld, zoals weergegeven in het hiernavolgende hoofdstuk, dit een belangrijke impact zal hebben op het geheel van de auditprocedures over de financiële overzichten en over de beoordeling door de bedrijfsrevisor of de financiële overzichten vrij zijn van materiële afwijkingen (ISA 700). Andere voorbeelden van indicatoren, niet exhaustief maar bij wijze van voorbeeld, van een mogelijke managementbeïnvloeding in verband met boekhoudkundige schattingen zijn:

- wijzigingen in waarderingsregels of van de methodes om de waardering te maken waarbij door het management een subjectieve beoordeling van gewijzigde omstandigheden wordt ingeroepen;
- het gebruik van eigen veronderstellingen om te komen tot een waarde inschatting met een zekere mate van inconsistentie ten opzichte van vaststelbare marktsituaties;
- de selectie van en/of het vastleggen van belangrijke veronderstellingen die de schattingen positief beïnvloeden in het belang van managementobjectieven;
- de selectie van schattingen die aanduiden dat er systematisch een optimistisch of pessimistisch patroon gevolgd wordt;
- enz.

In deze situaties dient een bijzondere aandacht te worden geschonken door de bedrijfsrevisor aan de problematiek van de beïnvloeding van de financiële overzichten.

HOOFDSTUK 2

CLASSIFICATIE VAN TECHNIEKEN MET HUN INVLOED OP DE JAARREKENING

CHAPITRE 2

CLASSIFICATION DES TECHNIQUES ET LEURS INFLUENCES SUR LES COMPTES ANNUELS

2.1. INLEIDING

403. De jaarrekening kan op diverse wijzen zowel qua balansvoorstelling als qua resultaat worden beïnvloed. Het doel van deze analyse is de bedrijfsrevisor een basis aan te reiken bruikbaar voor de analyse van de fraudegevoeligheid en/of waarschijnlijkheid van de te onderzoeken financiële overzichten.

Telkenmale zal het neerkomen op het verhogen dan wel het verlagen van het actief, het verhogen dan wel het verlagen van het passief, het verhogen dan wel het verlagen van de opbrengsten, het verhogen dan wel het verlagen van de kosten. Zo kan door gebruik te maken van diverse technieken de jaarrekening en het eigen vermogen positief dan wel negatief beïnvloed worden.

Uiteraard is niet elke beïnvloeding gelijk te stellen met fraude – maar elk van deze beïnvloedingen kan wel een indicator zijn voor een fraude of fraudegevoeligheid.

404. Aan de hand van de 23 geselecteerde beïnvloedingen werden de hierna volgende 30 technieken geselecteerd die tot doel hebben:

- Kosten toe te wijzen aan een vroegere of latere periode met beïnvloeding van de actiefrekeningen;
- Kosten toe te wijzen aan een vroegere of latere periode met beïnvloeding van de passiefrekeningen;
- Inkomsten te beïnvloeden door het te vroeg (of te laat) opnemen van de inkomsten in de resultaten;
- Inkomsten te beïnvloeden door het opnemen van potentieel betwistbare inkomsten;
- Resultaten te beïnvloeden door opname van eenmalige winsten (of verliezen);
- Fictieve inkomsten op te nemen;
- Toekomstige kosten naar de periode toe te wijzen; en
- Bedrijfswinsten (bewust) te over- of onderschatten.

Veelal zullen de aanwending van de vermelde technieken samengaan met:

- Foutief gerapporteerde activa en passiva;
- Een agressieve activeringspolitiek en aangepaste afschrijvingsregels;
- Voortijdig of fictief opnemen van inkomsten; en
- Foutief gerapporteerde resultatenrekening en beïnvloeding van de staat van herkomst en besteding van middelen.

Hierna worden de diverse technieken verder geanalyseerd en toegelicht.

Bij een eerste reeks van technieken wordt gebruik gemaakt van het verschuiven van kosten naar een andere periode dan deze waarin zij effectief voorkomen. De doelstelling kan zijn de winsten (en het vermogen) te verhogen – of het kan andersom zijn.

Dit kan dan gebeuren door het verschuiven van de kosten naar een latere periode, hetgeen meestal gebeurt, dan wel door het verschuiven naar een vroegere periode.

Hierbij kunnen twee alternatieven aangewend worden, hetzij door het beïnvloeden van actiefrekeningen, hetzij door het beïnvloeden van passiefrekeningen.

2.2. KOSTEN WORDEN TOEGEWEZEN AAN EEN VROEGERE OF LATERE PERIODE WAARBIJ ACTIEFREKENINGEN WORDEN BEINVLOED

2.2.1. Algemeen

405. Als algemeen principe geldt dat kosten die slechts een kort termijneffect hebben onmiddellijk in kosten worden genomen, terwijl kosten met een lang termijneffect geboekt worden als actief en geleidelijk in kosten worden genomen in functie van de daarmee verbonden opbrengsten.

Voorbeelden van de eerste soort zijn de normale werkings- en bedrijfskosten zoals huur, advertenties en publiciteit, telefoon, bezoldigingen, enz.

Voorbeelden van de tweede soort zijn materiële vaste activa, voorraden, enz. Uiteraard zal een wijziging in de zienswijze hieromtrent, met andere woorden van de activeringspolitiek, een belangrijke invloed uitoefenen.

406. Bij het beïnvloeden van de actiefrekeningen zijn de hierna volgende technieken te onderscheiden:

- Het al dan niet activeren van kosten;
- Het sneller of trager in kosten nemen van uitgaven of geactiveerde kosten;
- Het niet, te weinig of te veel afwaarderen van activa (aanleg of terugname van waardeverminderingen);
- Eerder aangelegde minderwaarden (of afschrijvingen) worden verminderd;
- Waarderingsmethoden worden gewijzigd.

Deze technieken worden als volgt geanalyseerd.

2.2.2. Het al dan niet activeren van kosten

407. Hierbij worden kosten die normaliter slechts een kort termijneffect hebben, geacht een lang termijneffect te verkrijgen en daarom worden zij niet in de kosten opgenomen doch geactiveerd en via de afschrijvingen over een bepaalde periode geleidelijk in de kosten opgenomen.

Een veel voorkomend voorbeeld is dit van de marketingkosten waarbij, hoewel zij een onmiddellijke kost vormen, deze worden geactiveerd en over een langere periode gespreid.

Ook software kan als voorbeeld worden aangehaald. Deze kan extern zijn aangekocht dan wel intern ontwikkeld. Als algemene regel geldt dat de kosten van *research & development* (ontwikkelingskosten) in kosten worden genomen, maar dat vanaf het

moment dat de software technologisch bruikbaar wordt, deze kan worden geactiveerd. Het wijzigen van deze activeringspolitiek kan indicatief zijn voor de ondernemings situatie.

Andere voorbeelden binnen deze categorie zijn geactiveerd onderhoud en geactiveerde herstellingen, geactiveerde rekruteringskosten, geactiveerde interestkosten, vooruitlopende projectkosten (bv. de kosten voor het openen van een nieuw verkooppunt), enz.

2.2.3. Het sneller of trager in kosten nemen van uitgaven of geactiveerde kosten

408. Uitgaven met een lang termijneffect zoals de materiële vaste activa, maar ook *goodwill*, voorraden, enz., dienen in kosten genomen te worden over een periode gelijklopend met deze van de daarmee gerelateerde opbrengsten. Het zogenaamde “*matching principe*” dient te worden toegepast waarbij de kosten worden gespreid over de duurtijd van de (verwachte) opbrengsten. Het gaat hier dan in de eerste plaats om de afschrijvingen van materiële vaste activa. Indicatief kunnen hierbij de gangbare regels van de betrokken sector worden getoetst.

Uiteraard zal een te trage (of omgekeerd een te snelle) opname in de kosten het resultaat beïnvloeden, waarbij een te trage afschrijving de kosten van de periode zal drukken (en omgekeerd, bij te snelle afschrijving zal verhogen) en waarbij de betreffende balanspost eveneens wordt beïnvloed (over- resp. ondergewaardeerd). Bijzondere aandacht zal hier moeten gaan naar specifieke risicoactiva zoals de immateriële vaste activa, inrichtingskosten en dergelijke.

2.2.4. Het niet, te weinig of te veel afwaarderen van activa (aanleg of terugname van waardeverminderingen)

409. Indien een belangrijke en duurzame neerwaartse afwijking zich voordoet tussen de boekwaarde van een actief enerzijds en de marktwaarde (of realisatiewaarde) ervan anderzijds, dient dergelijke minderwaarde onmiddellijk te worden opgenomen in de kosten, eerder dan deze gespreid in kosten te nemen. De beoordeling hieromtrent, en inzonderheid betreffende het aspect van duurzaamheid, is niet steeds eenvoudig en dikwijls subjectief. Tot deze categorie van technieken behoren het niet of te weinig afwaarderen van oninvorderbare vorderingen en leningen, van participaties, waardepapieren, van gronden, enz. Uiteraard kan ook de omgekeerde manipulatie voorkomen.

2.2.5. Eerder aangelegde waardeverminderingen (of afschrijvingen) worden verminderd

410. Voorheen aangelegde waardeverminderingen op voorraden en vorderingen en afschrijvingen op materiële vaste activa, *goodwill* en dergelijke dienen regelmatig in vraag gesteld en herzien te worden. Manipulatie van zowel de aanleg als de terugname beïnvloedt uiteraard de resultaten en de gerelateerde balansposten.

Indicaties kunnen gevonden worden in wijzigende relaties tussen bijvoorbeeld enerzijds de uitstaande vorderingen en de aangelegde waardevermindering, tussen de voorraad en

de aangelegde minderwaarde op voorraad, enz., alsook in de opname van buitengewone afschrijvingen (of terugname van afschrijvingen) in de resultaten.

Bijzondere aandacht dient uit te gaan naar de afboeking van voorheen aangelegde (al dan niet noodzakelijke) waardeverminderingen, inzonderheid betreffende geactiveerde herstructureringskosten.

2.2.6. Waarderingsmethoden worden gewijzigd

411. Door activering kunnen enerzijds kosten van de huidige periode worden verschoven naar een latere periode. Anderzijds kunnen voorheen aangelegde activeringen, bijvoorbeeld geactiveerde goodwill bij acquisities, versneld afgeschreven worden. De toekomstige resultaten zullen dan niet meer door afschrijvingen bezwaard worden.

Manipulatie kan er dus in bestaan om in de ene periode kosten te activeren in mindering van de bedrijfskosten, en in de navolgende periode deze activeringen terug te nemen via de uitzonderlijke kosten (dus buiten de bedrijfsresultaten). Aldus worden de courante resultaten beïnvloed wat uiteraard de ratio's van de onderneming zal beïnvloeden. Indicaties dat dergelijke technieken mogelijk zijn aangewend werden, zijn wijzigingen in de inventarisrotatie, in de ratio vorderingen versus omzet, enz.

2.3. KOSTEN WORDEN TOEGEWENZEN AAN EEN VROEGERE OF LATERE PERIODE WAARBIJ PASSIEFREKENINGEN WORDEN BEINVLOED

2.3.1. Algemeen

412. Als algemeen principe geldt dat, indien er toekomstige lasten zijn, een schuld is ontstaan. Vaststaande schulden dienen opgenomen te worden in de balans. Het niet boeken betekent dat kosten en daarmee gerelateerde schulden worden onderschat. Naast deze vaststaande verplichtingen zijn er ook nog verplichtingen die potentieel aanleiding kunnen geven tot een negatieve impact op de resultaten, met name bijvoorbeeld hangende geschillen, aankoopverplichtingen, muntrisiko's en dergelijke, die zouden moeten voorkomen in de toelichtingen.

413. Bij het beïnvloeden van de passiefrekeningen kunnen volgende technieken worden onderscheiden:

- Niet-opname van kosten en gerelateerde schulden;
- Vrijval van provisies (naar inkomsten);
- Fictieve kortingen worden geboekt (in mindering van kosten resp. schulden);
- Ontvangsten worden geboekt als inkomsten (toekomstige verplichtingen bestaan); en
- Waarderingsmethoden worden gewijzigd.

Deze technieken worden als volgt geanalyseerd.

2.3.2. Niet-opname van kosten en gerelateerde schulden

414. Alle verplichtingen die voortvloeien uit transacties uit het verleden dienen te worden geboekt als kosten en schulden. Eventueel dienen zij te worden voorzien. Een van de toegepaste technieken bestaat er in om vanaf een bepaalde datum voor het jaareinde kosten niet meer in te boeken en de boeking uit te stellen naar volgend boekjaar. Dan komen uiteraard ook de schulden niet voor in de balans.

Indien een verlies waarschijnlijk is en het bedrag redelijk kan ingeschat worden, dan dient dit verlies te worden voorzien en op het passief – en in de kosten – te worden opgenomen. Hieronder vallen bijvoorbeeld betwistingen, schade-eisen, enz. De nodige provisies dienen te worden aangelegd (of teruggenomen).

415. Bijzondere aandacht vergen de toekomstige verbintenissen en risico's waarvan de 'toekomstige' impact belangrijker kan zijn dan de huidige schuldpositie. Indien belangrijk en mogelijk met een impact op de toekomstige resultaten, dienen deze te worden opgenomen in de toelichtingen (als minimale vereiste). Zij hebben dan nog geen impact op de resultaten en de balansvoorstelling. Onder deze categorie vallen bijvoorbeeld huurverplichtingen, verplichtingen tot aankoop tegen bepaalde voorwaarden, enz.

Bijzondere aandacht moet ook worden gegeven in situaties van verslechterende economische omstandigheden waarbij normale verplichtingen (die normaliter een

toekomstige last vormen voor een toekomstig voordeel) kunnen omslaan in potentiële verliezen (waarbij toekomstige lasten geen toekomstig voordeel meer geven). Voorbeeld hiervan is de situatie waarbij de onderneming haar activiteiten terugschroeft en waarbij zij de lokalen die zij huurt niet langer meer aanwendt (maar waarbij de huurcontracten nog wel doorlopen).

Een andere delicate materie is deze van de aandelenopties waarvan de kosten en dus ook de daarmee verband houdende schulden voor de onderneming (meestal) niet worden opgenomen in de jaarrekening.

2.3.3. Vrijval van provisies (naar inkomsten)

416. Een veel gebruikte techniek is deze van het gebruiken en beïnvloeden van voorheen aangelegde reserves of provisies waarbij deze geheel of gedeeltelijk in de resultaten worden opgenomen. In goede tijden worden extra of fictieve reserves aangelegd die dan in slechtere tijden kunnen vrijvallen en in resultaten opgenomen. Resultaatsschommelingen worden aldus afgezwakt.

2.3.4. Fictieve kortingen worden geboekt (in mindering van kosten resp. schulden)

417. Kortingen waaraan bepaalde voorwaarden en toekomstige verplichtingen kleven, worden mogelijks vroegtijdig in de resultaten opgenomen, in aftrek van de kosten. De toekomstige verplichtingen worden niet opgenomen (noch toegelicht).

Uit de praktijk zijn gevallen bekend waarbij een procentuele korting op de aankopen van het jaar werden opgenomen in de resultaten (resultaatsverhogend), doch waarbij de verplichting met name om het volgende boekjaar aan een hogere prijs in te kopen niet werd geboekt en evenmin toegelicht.

Voormelde technieken betreffen technieken waarbij telkenmale de kosten (en de schulden) worden onderschat. Hierna volgt een techniek waarbij de inkomsten worden overschat (en de schuld onderschat). In beide gevallen worden uiteraard de resultaten overschat.

2.3.5. Ontvangsten worden geboekt als inkomsten (toekomstige verplichtingen bestaan)

418. In bepaalde economische sectoren worden gelden ontvangen vooraleer de dienst of de levering verstrekt wordt. Na verrekening dienen derhalve nog diensten of goederen te worden geleverd. Het betreffende inkomen dient derhalve te worden uitgesteld en de schuld geboekt.

Het schatten van wat kan worden aanzien als verworven, en wat als nog niet verworven dient aangemerkt, is dikwijls een delicate en moeilijke oefening. Als basis kan worden vooropgesteld dat de betaling als “inkomst” kan gelden als zij “verdiend” is, met andere woorden indien de goederen geleverd of de dienst werd gepresteerd, waarbij

de verkopende onderneming geen bijkomende verantwoordelijkheid meer draagt en waarvan de voordelen en de risico's van het eigenaarschap onvoorwaardelijk werden overgedragen aan de koper.

419. Bijzondere aandacht dient dus gegeven te worden aan situaties van levering zonder dat de risico's werden overgedragen aan de koper (waardoor de verkoop eigenlijk dus niet effectief of zeker is). Andere voorbeelden in deze categorie zijn de ontvangsten van financiële middelen dewelke, bewust of onbewust, als opbrengsten (omzet) worden geboekt, doch dewelke *de facto* een verplichting uitmaken (een schuld).

2.3.6. Waarderingsmethoden worden gewijzigd

420. Door verschillende mogelijkheden die bestaan qua waarderingsmethoden en de daarbij horende schattingen te gebruiken, kan een zekere mate van flexibiliteit in de resultaatsopname worden bekomen.

Inzonderheid de opbouw (of vrijval) van provisies voor risico's en kosten, als ook de opname (of boeking) van nog niet verworven opbrengsten zijn onderworpen aan beoordeling en schatting en daarom gevoelig voor beïnvloeding.

Voorbeelden hiervan zijn de opbouw van pensioenreserves, reserves voor nog niet verworven opbrengsten (zoals niet verworven premie-inkomsten), reserves voor niet ontvangen schadeclaims (IBNR reserves), provisies voor hangende geschillen, enz.

2.4. INKOMSTEN TE BEINVLOEDEN DOOR HET TE VROEG (OF TE LAAT) OPNEMEN VAN DE INKOMSTEN IN DE RESULTATEN

2.4.1. Basisregel

421. De basisregel voor het correct opnemen van inkomsten is de regel dat inkomsten verworven zijn indien goederen verkocht of diensten geleverd werden volgens *arm's length* principe, zonder enige vorm van niet verrekende financiële tegemoetkoming of compensatie en waarbij de goederen of diensten geleverd werden in overeenstemming met de contractuele bepalingen en met een onvoorwaardelijke aanvaarding door de klant. Alsdan dient de klant te betalen en werden alle met de verkoop gerelateerde diensten conform de contractuele bepalingen uitgevoerd. De inkomsten dienen netto te worden opgenomen (zijnde de bedragen ontvangen of te ontvangen van de klant).

Als basisprincipe geldt dus dat de inkomsten slechts mogen worden opgenomen na volledige beëindiging van het verkoopproces en nadat de overdracht is gebeurd. Uiteraard zijn er diverse technieken om het opnemen van de inkomsten te beïnvloeden, waaronder deze waarbij inkomsten te vroeg (of te laat) in de resultaten worden opgenomen.

422. In deze rubriek worden volgende technieken onderscheiden:

- Inkomsten worden geboekt, maar toekomstige prestaties dienen nog uitgevoerd;
- Inkomsten worden geboekt, maar goederen dienen nog verzonden te worden of nog door de klant aanvaard te worden; en
- Inkomsten worden geboekt, maar de klant is niet verplicht tot betaling.

Deze technieken worden als volgt geanalyseerd.

2.4.2. Inkomsten worden geboekt, maar toekomstige prestaties dienen nog te worden uitgevoerd

423. Inkomsten uit activiteiten die over een langere periode worden uitgevoerd (of die nog moeten uitgevoerd worden), worden onmiddellijk geheel of gedeeltelijk in de inkomsten opgenomen. Bijzondere gevallen zijn deze van de leasings (huurinkomsten) en licenties. Zo kunnen de lease inkomsten (huur) worden ingeboekt bij het afsluiten van de verhuurovereenkomst gelijk aan de te ontvangen huurgelden voor de verhuur van materieel over een periode van vijf jaren (in plaats van gespreid over de vijf jaren van de verhuurovereenkomst) of kunnen bij het afsluiten van software licenties de vergoedingen voor het gebruik ineens in resultaat worden opgenomen hoewel bijvoorbeeld de licentieovereenkomst over een periode van vijf jaren loopt.

Signalen hiervoor kunnen zijn: de verhoging van vorderingen en nog te factureren omzet, het opnemen van omzet waarbij de klanten slechts na meer dan één jaar dienen te betalen, het terugvallen van de bedrijfscashflow versus de netto inkomsten, de wijziging naar meer agressieve methoden van resultaatopname, enz.

2.4.3. Inkomsten worden geboekt, maar goederen dienen nog verzonden te worden of nog door de klant aanvaard te worden

424. Vooraleer inkomsten kunnen worden opgenomen stelt het algemeen principe dat het risico dient te zijn overgegaan naar de koper. Basisprincipe is dat – in het algemeen – de goederen naar de klant zijn verzonden en door de klant zijn aanvaard voor het afsluiten van de boekingsperiode.

Uiteraard geldt dit ook voor de levering van diensten. Een aantal gevallen kunnen worden onderscheiden:

202

A. Inkomsten worden geboekt vooraleer de goederen worden verzonden of de dienst wordt geleverd

425. In sommige gevallen worden inkomsten opgenomen nog voor het beëindigen van de levering, bijvoorbeeld bij lange termijn contracten, aannemingswerken, waarbij de *percentage of completion* methode wordt gevolgd en de resultaten tussentijds worden erkend in functie van de voortgang van de werken.

Deze methode is onderhevig aan inschattingen en geeft daarom ook gelegenheid tot manipulatie. In andere gevallen wordt deze tussentijdse resultaatsopname aangewend zonder dat dit verantwoord is, zoals bijvoorbeeld voor diensten of producties met een productietijd van minder dan één jaar.

426. Anderzijds kan deze methode verantwoord zijn, doch te agressief worden toegepast. Een indicatie hiertoe kan zijn de meer dan proportionele stijging van de nog niet gefactureerde vorderingen (versus de verkopen en de gefactureerde vorderingen).

Binnen deze categorie vallen ook de methoden waarbij verkopen gefactureerd worden en dus in opbrengsten genomen, maar waarbij de levering en de betaling door de klant uitgesteld wordt. De goederen blijven dus bij de verkoper.

Een belangrijk signaal is de nog niet-gefactureerde omzet (vorderingen) die toenemen in verhouding tot de gefactureerde vorderingen.

B. Inkomsten worden geboekt bij het verzenden van de goederen, de klant verwachtte de goederen niet of nog niet

427. In de meeste gevallen zullen verkopen worden geboekt bij het verzenden van de goederen. Manipulatie kan er in bestaan om deze situatie kunstmatig te creëren of te vervroegen door verzending van goederen voor de verwachte leveringsperiode of voor afroep door de klant. In deze categorie vallen ook de beïnvloeding van de boekingsperiode (bv. het verlengen met enkele dagen) of het antidateren van orders of verkoopcontracten.

C. Inkomsten worden geboekt bij het verzenden van de goederen, de klant kan deze goederen nog terugzenden

428. Het voormelde principe van het boeken van de verkoop bij de verzending van de goederen is niet steeds gerechtvaardigd, inzonderheid indien de goederen kunnen worden teruggezonden door de koper. De historische gegevens hieromtrent zijn maatgevend.

Beïnvloedingen kunnen echter ook nog plaatsvinden door het verzenden van verkeerde of niet conforme goederen (wetende dat deze zullen worden geweigerd en teruggezonden). Bijzondere aandacht zal in dit verband ook dienen te gaan naar de consignatieverkoop. Uiteraard zou geen verkoop mogen worden geboekt bij het verzenden van goederen in consignatie.

2.4.4. Inkomsten worden geboekt, maar de klant is niet verplicht tot betaling

429. Als algemeen principe geldt dat de financiële last dient te zijn overgegaan naar de koper. Daarom kan hier een problematiek ontstaan met betrekking tot de erkenning van inkomsten in situaties waarbij de verkoper aan de koper ook de financiering aanbiedt, of buitengewone betalingstermijnen toekent, of waarbij verkocht wordt aan partijen die niet kunnen betalen of waarvan de financieringsmogelijkheden onzeker zijn.

De financiering van de verkoop door de verkoper is op zich geen verkeerde situatie, doch het risico dient te worden geschat of deze techniek al dan niet verkeerdelijk of buitensporig werd toegepast. Idem voor betalingstermijnen over de twaalf maanden (waarbij wordt genoteerd dat onder US GAAP dan geen inkomsten mogen geactiveerd worden).

Verkopen aan klanten die problemen hebben met hun kredietwaardigheid, met het bekomen van voor hen noodzakelijke financieringen of voor die het noodzakelijk is dat zij de gekochte goederen eerst aan derden dienen te verkopen alvorens zij kunnen betalen, dienen eveneens voorwerp te zijn van kritische analyse ter beoordeling of het inkomen al dan niet in resultaat zou mogen worden opgenomen.

2.5. INKOMSTEN TE BEINVLOEDEN DOOR HET OPNEMEN VAN POTENTIEEL BETWISTBARE INKOMSTEN

2.5.1. Algemeen

430. Inkomsten kunnen worden opgenomen ondanks het feit dat zij betwistbaar of zelfs kunstmatig zijn.

Hieronder worden de volgende technieken opgenomen:

- Inkomsten worden geboekt, verkopen gebeuren aan gerelateerde partijen;
- Inkomsten worden geboekt, klanten verkrijgen een compenserende transactie; en
- Inkomsten worden geflatteerd (kunstmatig verhoogd).

Hierna volgt de analyse voor elk van deze gevallen.

2.5.2. Inkomsten worden geboekt, verkopen gebeuren aan gerelateerde partijen

431. Bij leveringen aan gerelateerde partijen kan de *arm's length* vraag belangrijk zijn bij het beoordelen van het opnemen van resultaten. Hieronder vallen de verkopen aan groepsondernemingen, maar ook aan verwanten, personeelsleden, zakenpartners, enz.

Naast de mogelijke beïnvloeding van de resultaten in de niet geconsolideerde jaarrekening (verschuiven van resultaten over ondernemingen heen), kunnen mogelijke invloeden voortkomen uit transacties van wederzijdse aard (de zogenaamde *cross selling*), verborgen overeenkomsten, gegeven kortingen, enz.

2.5.3. Inkomsten worden geboekt, klanten krijgen een compenserende transactie

432. Situaties van ruilhandel, het verlenen van bepaalde rechten, het ontvangen van een tegenprestatie door de koper, elk op zich vragen een kritisch onderzoek.

2.5.4. Inkomsten worden geflatteerd (kunstmatig verhoogd)

433. In sommige sectoren ontvangen ondernemingen bedragen van klanten die geheel of grotendeels bestemd zijn voor derden, het eigenlijke inkomen bestaat uit een honorarium of een commissie voor geleverde diensten, dikwijls een percentage van de ontvangsten. Als omzet kan dan worden opgenomen hetzij de bruto ontvangsten met inbegrip van de voor derden geïnde bedragen, hetzij enkel de honoraria of commissies voor de geleverde dienstprestaties.

Door de omzet bruto te boeken wordt het beeld van de omzet geflatteerd. Een kritische analyse dringt zich in dergelijke situaties op (bv. door nazicht van de meldingen via de toelichtingen).

434. Naast de beïnvloeding van inkomstenstromen, hiervoor behandeld, kunnen de resultaten ook eenmalig worden beïnvloed. Als algemeen basisprincipe kan gelden dat eenmalige opbrengsten uit niet kernactiviteiten de bedrijfsresultaten niet zouden mogen beïnvloeden, doch afzonderlijk dienen te worden weergegeven, met andere woorden dat bedrijfsopbrengsten en bedrijfskosten worden onderscheiden van uitzonderlijke opbrengsten en uitzonderlijke kosten.

Hierna volgen enkele technieken die deze situaties behandelen.

2.6. RESULTATEN TE BEINVLOEDEN DOOR OPNAME VAN EENMALIGE WINSTEN (OF VERLIEZEN)

2.6.1. Algemeen

435. Resultaten kunnen beïnvloed worden door het aanwenden van eenmalige opbrengsten (of verliezen) waardoor het netto resultaat van de periode wijzigt.

Indien dergelijke manipulaties vanuit opbrengstperspectief – waarop hier voornamelijk wordt geconcentreerd – worden geïnventariseerd, dan kunnen de volgende technieken worden onderscheiden:

- Verkoop van ondergewaardeerde activa;
- Het classificeren van investeringsinkomsten (of -winsten) als bedrijfsinkomsten;
- Het classificeren van investeringsinkomsten (of -winsten) als vermindering van bedrijfskosten; en
- Het beïnvloeden van de balansclassificatie.

Deze technieken worden hierna verder geanalyseerd.

2.6.2. Verkoop van ondergewaardeerde activa

436. Resultaten kunnen worden gestuurd door het verkopen van activa die, bijvoorbeeld, onder hun marktwaarde geboekt zijn en waardoor een resultaat wordt gerealiseerd. Deze gerealiseerde resultaten zullen meestal belangrijk zijn.

Onder deze categorie vallen inzonderheid de verkopen van vastgoed en andere investeringen.

2.6.3. Het classificeren van investeringsinkomsten (of -winsten) als bedrijfsinkomsten

437. Door het manipuleren van bepaalde inkomsten door deze te classificeren als bedrijfsinkomsten in plaats van als een ander type van inkomsten, wordt het bedrijfsresultaat beïnvloed. Hieronder vallen bijvoorbeeld de interesten doorberekend aan klanten wegens verstrekte leningen, de opbrengsten uit de verkoop van materiële vaste activa,

de opbrengsten uit de verkoop van participaties, enz. die zouden worden opgenomen onder de bedrijfsopbrengsten.

2.6.4. Het classificeren van investeringsinkomsten (of -winsten) als vermindering van bedrijfskosten

438. Eenmalige opbrengsten kunnen worden “weggestoken” door deze in mindering te brengen van bedrijfskosten. Onder deze categorie vallen het aanpassen van voorzieningen (tegenover de kosten van het jaar), de verkoop van activa in mindering gebracht van bedrijfskosten, enz.

206

Ook winsten uit desinvesteringen dienen afzonderlijk gehouden te worden van de bedrijfsresultaten.

2.6.5. Het beïnvloeden van de balansclassificatie

439. Als normale regel geldt dat de resultaten op investeringen slechts genomen worden bij het effectief realiseren van de investering. De historische kostprijs zal in het algemeen de basis zijn voor de balansvoorstelling. In sommige gevallen kan hiervan afgeweken worden door herwaarderingen (of afwaarderingen) te boeken, al dan niet verplicht door de boekhoudwetgeving, hoewel deze nog niet effectief werden gerealiseerd.

Deze regels van de boekhoudwetgeving kunnen afhankelijk zijn van de gegeven classificatie van het betreffende actief, bijvoorbeeld hetzij financieel vast actief, hetzij geldbelegging.

440. Voormelde technieken bestaan er in om de resultaten of de voorstelling van de resultaten te beïnvloeden door verschuivingen over periodes of door verschuivingen in classificatie in balans of resultatenrekening.

Manipulaties kunnen echter ook voorkomen waarbij economisch niet bestaande transacties worden opgenomen. Het betreft de categorie van de fictieve inkomsten.

2.7. HET OPNEMEN VAN FICTIEVE INKOMSTEN

2.7.1. Algemeen

441. Vanuit de basisprincipes geldt dat bedrijfsinkomsten slechts mogen opgenomen worden op het einde van het economische proces, hetzij van levering hetzij van prestatie, en waarbij de uitwisseling definitief is geschied. Fictieve transacties kunnen met behulp van verscheidene technieken worden ingebracht:

- Het boeken van verkopen zonder economische realiteit;
- Het boeken van ontvangen gelden als bedrijfsinkomsten;
- Het boeken van investeringsinkomsten als bedrijfsinkomsten;
- Het boeken van aankoopkortingen (uit een andere periode) als bedrijfsinkomsten; en
- Het vrijstellen van voorheen onjuist uitgestelde bedrijfsinkomsten.

Een verdere analyse van elk van deze punten volgt hierna.

2.7.2. Het boeken van verkopen zonder economische realiteit

442. Verkopen aan klanten waarbij deze klanten echter geen verplichtingen hebben de geleverde producten te houden of te betalen, vallen onder deze categorie van technieken. De verkoop is als fictief te beschouwen.

Veelal zal dit gepaard gaan met bijcontracten (die niet publiek gemaakt worden aan derden, auditors, regulators, enz.), die bepalingen kunnen omvatten of voorwaardelijke condities kunnen inhouden waardoor de verkoop niet als definitief kan aanzien worden.

Voorbeelden hiervan zijn:

- Het recht om goederen terug te sturen tegen volledige terugbetaling;
- Het recht slechts te betalen bij verkoop van de goederen;
- Het recht om aan de verkoper te mogen leveren equivalent aan de economische waarde van de oorspronkelijke verkoop;
- De verplichting opgenomen door de verkoper om klanten te zoeken voor de koper;
- Het toesturen van toekomstige eigen verdiensten aan de klant ter compensatie; en
- Het verkopen mits conditie dat de verkoop slechts definitief is na goedkeuring door de raad van bestuur, enz.

2.7.3. Het boeken van ontvangen gelden als bedrijfsinkomsten

443. Ontvangen gelden (cashflow) die dienen terugbetaald te worden of die dienen als terugbetaling van leningen, worden niet als dusdanig geboekt, maar worden opgenomen in de bedrijfsinkomsten.

Voorbeelden hiervan zijn:

- Het in resultaat nemen van leningsvoorschotten;
- Het in resultaat nemen van voorschotten van samenwerkingsverbanden;
- Het verkopen van rechten in een project met modaliteiten van terugbetaling; en
- Het verdisconteren van toekomstige vorderingen bij derden.

2.7.4. Het boeken van investeringsinkomsten als bedrijfsinkomsten

444. De inkomende gelden (cash flow) uit de verkoop van materiële of financiële vaste activa of van geldbeleggingen kunnen verkeerdelijk geboekt worden als bedrijfsinkomsten. De resultaten op dergelijke verkopen (en niet de totale inkomende gelden) dienen opgenomen te worden in de resultaten, maar behoren niet, en zeker niet bruto, tot de bedrijfsresultaten.

2.7.5. Het boeken van aankoopkortingen (uit een andere periode) als bedrijfsinkomsten

445. Ontvangen leverancierskortingen worden opgenomen in de resultaten en worden niet toegewezen aan de inventaris, die daarom gewaardeerd blijft aan de (hogere) aankoopprijs exclusief de korting. Het kan tevens voorkomen dat onmiddellijke kortingen bekomen worden tegen de verbintenis van latere afname (wellicht aan hogere prijzen), enz.

2.7.6. Het vrijstellen van voorheen onjuist uitgestelde bedrijfsinkomsten

446. Voorheen aangelegde provisies (voor herstructurering, bij fusie, voor milieu, enz.) of voorheen uitgestelde inkomsten (overlopend passief), worden op een gekozen later moment vrijgesteld en in winst opgenomen. Tijdens de periode waarin deze vrijstellingen worden geboekt, worden de bedrijfsinkomsten daardoor kunstmatig beïnvloed.

In lijn van de voorgestelde casus werden voorgaande technieken die (meestal) de resultaten in positieve zin beïnvloeden geïnventariseerd en toegelicht. Zonder volledig te willen zijn, worden hierna ook nog enkele technieken toegelicht die de resultaten negatief beïnvloeden.

2.8. TOEKOMSTIGE KOSTEN WORDEN NAAR DE PERIODE TOEGEWEZEN

2.8.1. Algemeen

447. Gebruikmakende van meestal eenmalige kosten worden kosten die in de volgende periodes zullen voorkomen (en meestal onder de bedrijfskosten), overgebracht naar de huidige periode. Hiertoe zijn diverse technieken beschikbaar:

- Speciale (eenmalige) kosten worden overmatig voorzien;
- Activa worden overmatig afgeschreven; en
- Kosten worden (willekeurig) ingebracht in de huidige periode.

Een meer gedetailleerde analyse van deze technieken volgt hierna.

2.8.2. Speciale (eenmalige) kosten worden overmatig voorzien

448. Met het inboeken van (eenmalige) kosten of bij herstructuraties worden kosten artificieel verhoogd teneinde nu al toekomstige bedrijfskosten (bewust) te omvatten. In de toekomst zullen deze al voorziene kosten niet meer de resultatenrekeningen bezwaren en dus hogere bedrijfswinsten doen ontstaan.

Dergelijke overprovisioneringen komen veelal voor in crisissituaties waarbij reorganisaties of *downsizeingen* voorzien worden, of waarbij een nieuw management aantreedt. Ook de afschrijving of bijzondere afwaardering van overgewaardeerde activa zoals voorraden en vorderingen komen voor in deze categorie. Deze “bijzondere” kosten worden dan aanzien als buitengewone kosten, niet opgenomen onder de bedrijfskosten, en vallen als dusdanig dikwijls buiten de analyses van de bedrijfsprestaties en de bedrijfsrentabiliteit (in het jaar van boeken), terwijl in latere periode zij aanleiding geven tot het verminderen van bedrijfskosten.

Er heeft daardoor een verschuiving plaats tussen de niet courante resultaten (negatief in huidige periode) en de courante (bedrijfs)resultaten (positief in latere periode).

In combinatie met voorgaande technieken dient bijzondere aandacht uit te gaan naar het uitschrijven van vorderingen (via bijzondere afwaardering) wat verbonden zou kunnen zijn met voorheen fictief geboekte vorderingen (via de omzet), *cf. supra* randnummer 442.

2.8.3. Activa worden overmatig afgeschreven

449. In bijzondere situaties kan verkozen worden activa in hun geheel of voor een groot deel af te schrijven. Deze situaties kunnen aanleiding geven tot manipulatie door het bewust afschrijven in de huidige periode omwille van het gevolg dat hierdoor kosten in volgende periodes worden geëlimineerd.

Voorbeelden in deze categorie kunnen zijn:

- Het afschrijven van (bestaande) overnamekosten en R&D bij overname;
- Het aanleggen van excessieve overnameprovisies bij de overnemende vennootschap; en
- Het aanwenden van negatieve goodwill in aftrek van materiële vaste activa (waardoor de toekomstige afschrijvingen verminderen), enz.

2.8.4. Kosten worden (willekeurig) ingebracht in de huidige periode

450. In tijden waarin de resultaten (zoals gebudgetteerd of gewenst) behaald worden, kan manipulatie voorkomen waarbij toekomstige kosten al in de af te sluiten periode worden opgenomen.

In deze categorie vallen technieken zoals het vooruitbetalen van kosten zoals postzegels, bureelgerief, publiciteit, diensten, enz. (zonder deze als vooruitbetaalde kosten te boeken), het beïnvloeden van de afschrijvingsperiode waarbij de afschrijvingsperiode wordt ingekort (en dus meer kosten in resultaat genomen worden), het gebruik van methoden van versnelde afschrijvingen, enz.

Zoals kosten kunnen aangewend worden om de resultaten van de periode te drukken en deze van toekomstige periodes te verhogen, zo kunnen technieken ook aangewend worden om de bedrijfswinsten te drukken en zodoende ook de resultaten van de periode te matigen en deze van toekomstige periodes te verbeteren. Deze volgen in de laatste categorie.

2.9. BEDRIJFSWINSTEN WORDEN (BEWUST) ONDERSCHAT

2.9.1. Algemeen

451. In tijden met goede resultaten ontstaat de neiging om de bijkomende winsten op te sparen als een reserve voor latere, misschien slechtere, tijden. Eventueel wordt reeds nu geanticipeerd op latere situaties of gebeurtenissen die de resultaten negatief zullen beïnvloeden en worden nu reserves aangelegd om in de latere periode te worden aangewend.

Zoals voormeld is het basisprincipe dat de inkomsten dienen genomen te worden in de periode waarin die definitief verworven zijn. Indien bijvoorbeeld de levering is geschied of de dienst is verricht, en aanvaard, in de huidige periode, dan is het opnemen van het resultaat in een latere periode onjuist.

Twee technieken worden onderscheiden:

- Provisies worden aangelegd om in een latere periode te worden vrijgesteld; en
- Inkomsten worden ingehouden om aangewend te worden in latere periode.

Hierna volgt de verdere analyse van deze technieken.

2.9.2. Provisies worden aangelegd om in een latere periode te worden vrijgesteld

452. Om de resultaten af te vlakken over verscheidene periodes of om een bepaalde tendens aan te houden, worden technieken aangewend waarbij in goede tijden resultaten worden ingehouden, en in slechtere tijden deze weer worden vrijgelaten.

Dit gebeurt veelal door de aanleg respectievelijk de vrijval van provisie. Door dergelijke provisie, als het ware reserves, aan te wenden dan wel aan te leggen kan men de resultaten verbeteren dan wel verminderen.

453. Onder deze categorie zou ook de techniek kunnen ondergebracht worden waarbij verkopen uitgesteld worden, bijvoorbeeld door contracten te dateren na de periode om deze niet meer op te moeten nemen in de periode van afsluiting. De niet-geboekte verkopen vormen als het ware eveneens een reserve.

Dergelijke manipulaties komen veelal voor in omgevingen waarbij het management vergoedingen ontvangt die resultaat gebonden zijn. Eens het resultaat (bv. de omzet) gehaald, worden bijkomende resultaten opgespaard om dienstig te kunnen zijn in een volgende periode.

2.9.3. Inkomsten worden ingehouden om aangewend te worden in latere periode

454. Inkomsten worden in sommige omstandigheden ingehouden in een periode voorafgaandelijk aan een bepaalde gebeurtenis. Na de gebeurtenis worden de gevormde

provisies en “reserves” vrijgesteld zodat de resultaten na de gebeurtenis een positieve invloed ondergaan. Dergelijke scenario's komen voor bij acquisities waarbij in de periode na de verwerving resultaten worden vrijgemaakt uit vroegere periodes (provisies gevormd bij of voor de acquisitie) en waardoor de resultaten na acquisitie succesvoller worden voorgesteld.

De dertig voormelde technieken worden in bijlage 1 samengevat tot een bruikbare lijst aanwendbaar als afpuntlijst bij de kritische analyse van jaarrekeningen (financiële overzichten) en de fraudegevoeligheid.

Veelal zullen voormelde technieken samen gaan met:

212

A. *Foutief gerapporteerde activa en passiva*

455. Het niet correct evalueren van materiële en financiële vaste activa, voorraden en vorderingen, inzonderheid een overwaardering van deze omwille van het niet nemen van waardeverminderingen, beïnvloedt de balansvoorstelling enerzijds en de resultaten anderzijds. Door het foutief beoordelen van de verkoopbaarheid van de voorraden (traag roterend, gedemodereerd, enz.) en de inbaarheid van de vorderingen worden de waardeverminderingen op voorraden en voorraden onderschat (of overschat) en daardoor ook de bedrijfskosten.

Eenzelfde invloed kan uitgeoefend worden door het onderschatten van de schulden en het niet nemen van de in de periode horende kosten (of omgekeerd). Hieronder vallen niet-voorzien te ontvangen facturen voor geleverde goederen en voor kosten, niet-aangelegde voorzieningen voor geschillen, milieu, sociaal passief, enz. (of te vroeg voorziene kosten).

B. *Een agressieve activeringspolitiek en aangepaste afschrijvingsregels*

456. In plaats van, of bijkomend aan, het vervoegd (vertraagd) opnemen van inkomsten, cf. *infra*, randnummer 457, kan getracht worden om de resultaten te beïnvloeden door het minimaliseren (maximaliseren) van de kosten. Vormen hiervan zijn het agressief activeren van uitgaven die eigenlijk in de kosten horen, het verlengen van de afschrijvingsperiode van de geactiveerde kosten (of omgekeerd het vervoegd afschrijven of in waardevermindering nemen van activa en het verlengen van de afschrijvingsperiode van de immateriële en materiële vaste activa).

In deze rubriek komen de voorbeelden van activering van softwareontwikkeling, projectontwikkelingskosten, advertentie- en wervingscampagnes, enz.

C. *Voortijdig of fictief opnemen van inkomsten*

457. Inkomsten worden opgenomen in een periode vroeger dan deze van toepassing naar algemeen aanvaarde boekhoudregels, of, niet bestaande verkopen worden opgenomen in de inkomsten. Het kan hier gaan om – in meer manipulerende orde:

- Bestelde goederen die nog niet zijn verzonden, maar reeds als verkopen worden aanzien;
- Verkopen die worden gefactureerd en waarvan de goederen verzonden worden, maar het order is bijvoorbeeld nog niet ontvangen (maar wordt verwacht); en
- Verkopen die geboekt worden zonder dat een order bestaat of wordt verwacht, al dan niet met verzending van de goederen.

D. Foutief gerapporteerde resultatenrekening en beïnvloeding van de staat van herkomst en besteding van middelen

458. De resultatenrekening kan beïnvloed worden door manipulatie van de rubriek waarin bepaalde kosten of inkomsten worden gecatalogeerd. Inzonderheid compensaties tussen inkomsten en kosten en tussen bedrijfsresultaten en andere eventuele uitzonderlijke resultaten zijn hierbij van belang voor een correcte analyse. Voorbeelden hierbij zijn eenmalige opbrengsten die worden opgenomen onder de omzet of, bedrijfskosten die als eenmalig (en dus uitzonderlijk) worden voorgesteld. Deze verkeerde classificaties beïnvloeden de bedrijfsresultaten.

Het hoger of als regelmatig (bedrijfsmatig) voorstellen van de cash flow kan eveneens een doelstelling van manipulatie zijn. De indeling in de drie traditionele componenten (bedrijfsactiviteiten, investeringsactiviteiten en financiële activiteiten) kan worden beïnvloed, inzonderheid zal de component van de bedrijfsactiviteiten, die de belangrijkste is, veelal positiever worden voorgesteld (bv. door classificatie van een investeringsinkomen als bedrijfsinkomen).

459. In bijlage 2 worden een aantal indicatoren vermeld dewelke kunnen duiden op een beïnvloeding van de jaarrekening (financieel overzicht).

In bijlage 3 wordt een werkprogramma aangeboden voor de analyse van de fraude-risicobeheersing binnen de onderneming en die de fraudegevoeligheid en de anti-fraudemaatregelen vanuit het organisatorische kader benaderen.

Teneinde rekening te houden met de fraudeaspecten binnen de onderneming wordt aanbevolen dat elke audit van een jaarrekening gepaard gaat met een analyse van de fraudegevoeligheid en de maatregelen die bestaan binnen de onderneming en dat derhalve de voormelde vragenlijsten (bijlagen 1 tot en met 3) worden behandeld.

BRONNEN

ICCI, website ICCI, ISA checklist en templates, checklists A19 en B9.

IAASB, website ICCI, IAASB staff issues Q&A, document on professional skepticism, professional skepticism in an audit of financial statements, 15 p.

IFAC, 2006, Internationale Controlestandaard 240 – de verantwoordelijkheid van de auditor om rekening te houden met fraude in het kader van een controle van financiële overzichten, vertaling NIVRA-IBR, p. 1-70.

IFAC, 2006, Internationale Controlestandaard 250 – het in aanmerking nemen van wet- en regelgeving bij een controle van financiële overzichten, vertaling NIVRA-IBR, p. 1-13.

IFAC, 2006, Kennis van de entiteit en haar omgeving en het inschatten van het risico van een afwijking van materieel belang, vertaling NIVRA-IBR, p. 1-71.

IFAC, 2009, Internationale Controlestandaard 540 – audit van boekhoudkundige schattingen, met inbegrip van *fair value* schattingen en hiermee verband houdende toelichtingen, p. 458-502.

F. CLINTON, M. STEIN, N. MACINTOSH, *the Organization*, July-August 2007, Management controls: the organizational fraud triangle of leadership, culture and control in Enron, 9 blz.

L. JORIS, 2011, *Het gebruik van fraude-brainstorming in externe audit in België*, Universiteit Gent – Faculteit Economie en Bedrijfskunde, Prof. dr. Ignace DE BEELDE – Prof. dr. Brice DE RUYVER, 44 p.

P. KOSTER, 2011, “Verplicht accountants tot forensische audit”, *De Accountant – Nederland*, Nieuwsrubriek, 29 november 2011.

L. TOELEN, 2011, “De bedrijfsrevisor en fraude, een eeuwenoud verhaal maar in volle evolutie”, *IFA Jubileumboek 2010-2011*, p. 147-150.

L.W. VONA, 2008, *Fraud Risk Assessment – Building a fraud audit program*, John Wiley & Sons, Inc., p.19 – p. 27.

BIJLAGEN

1. Basiswerkprogramma nazicht financiële overzichten
30 technieken checklist beïnvloedingstechnieken
2. Basiswerkprogramma nazicht financiële overzichten
23 beïnvloedingen checklist (fraude-indicatoren van beïnvloedingen)
3. Werkprogramma analyse van frauderisicobeheersing

BIJLAGE 1

BASISWERKPROGRAMMA NAZICHT FINANCIËLE OVERZICHTEN: 30 TECHNIEKEN CHECKLIST (BEINVLOEDINGSTECHNIEN)

217

TECHNIEKEN:

1. **Kosten toe te wijzen aan een vroegere of latere periode met beïnvloeding van de actiefrekeningen**
 1. Het al dan niet activeren van kosten;
 2. Het sneller of trager in kosten nemen van uitgaven of geactiveerde kosten;
 3. Het niet, te weinig of te veel afwaarderen van activa (aanleg of terugname van waardeverminderingen);
 4. Eerder aangelegde minderwaarden (of afschrijvingen) worden verminderd;
 5. Waarderingsmethoden worden gewijzigd.
2. **Kosten toe te wijzen aan een vroegere of latere periode met beïnvloeding van de passiefrekeningen**
 6. Niet opname van kosten en gerelateerde schulden;
 7. Vrijval van provisies (naar inkomsten);
 8. Fictieve kortingen worden geboekt (in mindering van kosten resp. schulden);
 9. Ontvangsten worden geboekt als inkomsten (toekomstige verplichtingen bestaan);
 10. Waarderingsmethoden worden gewijzigd.
3. **Inkomsten te beïnvloeden door het te vroeg (of te laat) opnemen van de inkomsten in de resultaten**
 11. Inkomsten worden geboekt, maar toekomstige prestaties dienen nog te worden uitgevoerd;
 12. Inkomsten worden geboekt, maar goederen dienen nog te worden verzonden of nog door de klant te worden aanvaard;
 13. Inkomsten worden geboekt, maar de klant is niet verplicht tot betaling.
4. **Inkomsten te beïnvloeden door het opnemen van potentieel betwistbare inkomsten**
 14. Inkomsten worden geboekt, verkopen gebeuren aan gerelateerde partijen;
 15. Inkomsten worden geboekt, klanten verkrijgen een compenserende transactie;
 16. Inkomsten worden geflatteerd (kunstmatig verhoogd).

BIJLAGE 1. BASISWERKPROGRAMMA NAZICHT FINANCIËLE OVERZICHTEN:
30 TECHNIEKEN CHECKLIST (BEINVLOEDINGSTECHNIEN)

5. **Resultaten te beïnvloeden door opname van eenmalige winsten (of verliezen)**
17. Verkoop van ondergewaardeerde activa; het classificeren van investeringsinkomsten (of -winsten) als bedrijfsinkomsten;
 18. Het classificeren van investeringsinkomsten (of -winsten) als vermindering van bedrijfskosten;
 19. Het beïnvloeden van de balansclassificatie.
6. **Het opnemen van fictieve inkomsten**
20. Het boeken van verkopen zonder economische realiteit;
 21. Het boeken van ontvangen gelden als bedrijfsinkomsten;
 22. Het boeken van investeringsinkomsten als bedrijfsinkomsten;
 23. Het boeken van aankoopkortingen (uit een andere periode) als bedrijfsinkomsten;
 24. Het vrijstellen van voorheen onjuist uitgestelde bedrijfsinkomsten.
7. **Toekomstige kosten naar de periode toe te wijzen**
25. Speciale (eenmalige) kosten worden overmatig voorzien;
 26. Activa worden overmatig afgeschreven;
 27. Kosten worden (willekeurig) ingebracht in de huidige periode.
8. **Bedrijfswinsten (bewust) te onderschatten**
29. Provisies worden aangelegd om in een latere periode te worden vrijgesteld;
 30. Inkomsten worden ingehouden om aangewend te worden in latere periode.

BIJLAGE 2

BASISWERKPROGRAMMA NAZICHT FINANCIELE OVERZICHTEN: 23 BEINVLOEDINGEN CHECKLIST (FRAUDE-INDICATOREN VAN BEINVLOEDINGEN)

219

NIET EXHAUSTIEF WORDEN HIERNA ENKELE INDICATOREN VERMELD DIE KUNNEN DUIDEN OP HET BEINVLOEDEN VAN DE JAARREKENING:

1. Wijziging in boekhoudprincipes
2. Wijziging in classificatie (rubriek)
3. Wijziging in waarderingsregels – wijze van schattingen
4. Ratiowijzigingen met betrekking tot voorraadevolutie en minderwaarden op voorraad
5. Waardering volgens *method of completion*
6. Ratiowijzigingen met betrekking tot evolutie van vorderingen en minderwaarden op vorderingen
7. Niet gefactureerde vorderingen en ratio versus verkopen en gefactureerde vorderingen
8. Ongebruikelijke of verlengde betalingstermijnen
9. Verlenen van verlengde krediettermijnen of financiering aan klanten
10. Verkopen zonder levering (aanhouden van stock)
11. Belangrijke fluctuatie in provisies
12. Belangrijke fluctuatie in voorziene facturen en kosten
13. Belangrijke fluctuatie in overlopende activa en passiva
14. Niet-monetaire transacties
15. Verkopen aan gerelateerde partijen
16. Transacties met gerelateerde partijen
17. Terugval in orderportefeuille
18. Activeringen herstructureringskosten en immateriële vaste activa
19. Tendensen tegen de marktevolutie in
20. Belangrijke fluctuatie brutomarge verkopen
21. Wijziging van auditor en bestuurders
22. Managementvergoedingen in relatie met marge, resultaten of cashflow
23. Afwezigheid van onafhankelijke bestuurders en/of auditcomité

BIJZONDERE AANDACHTSVELDEN (NIET EXHAUSTIEF):

1. Inkomsten van lange termijn constructiewerken
2. Consignatieverkopen
3. Verkopen op afbetaling
4. Inkomsten van verhuren van activa

BIJLAGE 3

WERKPROGRAMMA ANALYSE VAN FRAUDERISICOBEBEERSING ⁽¹⁾

I. HET BEHEERSEN VAN HET FRAUDERISICO

A. *Verantwoordelijkheden en taken:*

1. Topmanagement: Is er nultolerantie met betrekking tot fraude – met voorbeeldfunctie op het hoogste niveau (*tone-at-the-top*)?
2. Topmanagement: Is er vanwege het topmanagement een consistente juiste attitude ten opzichte van frauderisicomanagement en wordt vrije en open communicatie over ethisch gedrag aangemoedigd?
3. Topmanagement: Wordt het frauderisicoprogramma opgevolgd door het topmanagement?
4. Topmanagement: Wie is verantwoordelijk voor de goede implementatie van de procedures en de ingestelde regels inzake frauderisicomanagement?
5. Centrale coördinatie: Heeft de organisatie een centrale coördinatie – die de opdracht heeft alle aspecten van het fraude risico management van de organisatie te overzien?
6. Auditcomité: Heeft het audit comité een proactieve houding aangenomen met betrekking tot het frauderisicomanagement?
7. Auditcomité: Bestaat het auditcomité enkel uit onafhankelijke bestuurders en omvat dit personen met een financiële en boekhoudkundige expertise en met een voldoende rapporteringservaring?
8. Interne audit: Rapporteren de interne auditors direct aan het intern auditcomité?
9. Procedures: Zijn er geschreven procedures en regels over frauderisicomanagement?
10. Procedures: Hoe worden de procedures en regels binnen de onderneming bekend gemaakt – en kunnen deze op een centraal punt worden teruggevonden?

B. *Verbintenis – Aangegane verplichting:*

11. Topmanagement: Heeft het topmanagement zich verbonden tot de toepassing van de frauderisicoprocedures en -regels?
12. Topmanagement: Communiceert het topmanagement haar verbintenis tot de toepassing van de frauderisicoprocedures en -regels aan het personeel van de onderneming?

⁽¹⁾ Opgesteld op basis van informatie ontvangen van en met dank aan de heer Evert Jan LAMMERS – TRIFORENSIC.

C. Fraudebewustzijn:

13. Topmanagement: Creëert het topmanagement voldoende bewustzijn bij het personeel van de onderneming aangaande het beheersen van het frauderisico en de procedures en regels hieromtrent?
14. Procedures: Biedt de organisatie regelmatig actuele trainingschema's aan betreffende het beheersen van het frauderisico en de procedures en regels hieromtrent?
15. Procedures: Zijn de verschillende frauderisicoprocedures en -regels binnen de organisatie complementair en afgestemd aan elkaar (of zijn het losse documenten zonder verband met elkaar)?

222

D. Bevestigingsproces:

16. Procedures: Hebben alle personeelsleden, directeuren, bestuurders en onderaannemers bevestigd dat zij de code van gedragsregels van de onderneming en elk document dat het beheer van het fraude risico omvat, hebben gelezen, dat zij deze verstaan en dat zij deze zullen volgen?

E. Melding van belangenconflicten:

17. Procedures: Zijn er procedures van toepassing van hoe gehandeld dient te worden ingeval er belangenconflicten zouden zijn met het topmanagement en andere sleutelpersonen van de organisatie?
18. Topmanagement: Wordt er op een transparante manier omgegaan met belangenconflicten binnen het topmanagement van de organisatie?

F. Rapporteringprocedures en bescherming van de melder (whistleblower):

19. Procedures: Zijn er rapporteringprocedures ingesteld tot het melden van onregelmatigheden en het niet in overeenstemming zijn met procedures en regels, inzonderheid inzake fraude?
20. Procedures: Zijn de rapporteringprocedures inzake het rapporteren van onregelmatigheden en het niet in overeenstemming zijn met procedures en regels bekendgemaakt op het intranet van de onderneming?
21. Procedures: Is er een effectief programma tot bescherming van de melder (*whistleblower*)? Is er een fraudemeldingspunt? Is het bestaan hiervan en de procedures hiertoe gekend bij personeel, onderaannemers, leveranciers en zakenpartners van de onderneming?

G. Kwaliteitsbeheersing:

22. Procedures: Is er een centrale coördinatie die dient toe te zien op de kwalitatieve uitvoering van het fraudemanagementproces en inzonderheid verzekert dat de verschillende functies die betrokken zijn bij het frauderisicomangementprogramma complementair zijn en zonder tekorten of overlappingsen?
23. Procedures: Is de kwaliteitsbeheersing ingesteld in overeenstemming met interne en externe criteria?

H. Permanente controle:

24. Procedures: Is een permanente controle omtrent het functioneren van de fraude-risicobeheersingsprocedures en -regels van toepassing?
25. Rapportering: Is er een regelmatige rapportering over het functioneren van de frauderisicóbeheersingsprocedures en -regels aan het topmanagement?

II. HET BEWUSTZIJN VAN DE FRAUDERISICO'S

26. Procedures: Werd een risicoidentificatie uitgevoerd teneinde de informatie te identificeren die voor de organisatie belangrijk is en mogelijk kwetsbaar voor onregelmatigheden of het niet in overeenstemming zijn met procedures en regels, inclusief inzake fraude?
27. Procedures: Werden interne en externe bronnen geconsulteerd teneinde te komen tot een diepgaande frauderisicoanalyse?
28. Procedures: Zijn de belangrijke gegevens van de organisatie voldoende beschermd door middel van het toepassen van frauderisicobeheersingsprocedures en -regels? Zijn deze maatregelen uitgebreider dan deze voor de minder belangrijke gegevens?
29. Management: Heeft het management een open geest bij het beoordelen van de frauderisico's binnen de organisatie, inzonderheid ook voor de aanleidingen die de organisatie zelf geeft tot het plegen van fraude? Voorbeelden: beloningssystemen gebaseerd op de ambitieuze doelstellingen, druk op de prestaties, onduidelijke anti-corruptieregels, enz.
30. Management: Houdt het management bij de beoordeling van het frauderisico rekening met de grootte van de organisatie, de complexiteit van haar werking, de typische frauderisico's binnen haar sector, enz. ?
31. Procedures: Wordt de risico-evaluatie en worden de risicocriteria regelmatig aangepast aan de groei van de organisatie en worden wijzigingen aangebracht teneinde zekerheid te blijven hebben dat alle types van fraude worden behandeld?
32. Procedures: Wordt de beoordeling van het frauderisico voor de organisatie getoetst met evaluaties uitgevoerd binnen ondernemingen uit de sector, gekende fraudegevallen binnen gelijkaardige organisaties, frauderisicodenkoefeningen uitgevoerd binnen de eigen organisatie, periodieke herbeoordeling van risico's, enz. ?
33. Auditcomité: Komt het auditcomité ten minste eenmaal per kwartaal samen en wordt door het auditcomité voldoende tijd besteed aan de beoordeling van de frauderisico's?
34. Management: Werd door het management een adequate sterkte-zwakte analyse uitgevoerd inzake de interne-controle-omgeving en werden specifieke maatregelen genomen om de interne controle te versterken en om te helpen fraude te voorkomen?

III. PREVENTIE

35. Management: Heeft het middenkader van de organisatie permanent een goede houding inzake het voorkomen van fraude en wordt vrije en open communicatie inzake ethisch gedrag aangemoedigd?

36. Procedures: Voorziet de Gedragscode van de onderneming specifiek in bepalingen aangaande ongepaste relaties, waarbij managers hun positie zouden kunnen gebruiken voor persoonlijk gewin of voor ongeoorloofde doelstellingen?
37. Procedures: Werd door de organisatie een diepgaande frauderisico-analyse verricht in overeenstemming met het COSO-model omtrent de beheersing van het ondernemingsrisico (geïntegreerd kader) en werden specifieke maatregelen getroffen om het mechanisme tot voorkomen van fraude te versterken?
38. Organisatie: Zijn er binnen de organisatie structuren die onnodig zijn en die zouden kunnen worden gebruikt voor ongeoorloofde doelstellingen of die niet *arm's length* transacties of relaties zouden mogelijk maken?
39. Organisatie: Zijn er maatregelen getroffen om alle buitendiensten van de organisatie (deze op andere locaties, de gedecentraliseerde entiteiten, enz.) voldoende te evalueren en na te gaan of fraudepreventiecontroles aanwezig zijn, en of wordt voldaan aan de wettelijke vereisten en de hoogste ethische principes?
40. Procedures: Werden alle onnodige relaties met derden en met derden gerelateerde relaties stopgezet?
41. Procedures: Werden voor alle noodzakelijke relaties met derden en met derden gerelateerde relaties maatregelen getroffen om te vermijden dat de gelegenheid tot fraude zich voordoet en dat deze niet zou worden ontdekt?
42. Procedures: Werd binnen de organisatie nagegaan of ieder op eenzelfde lijn zit op alle niveaus van de organisatie en is het management op de hoogte van afwijkingen die de kwetsbaarheid tot fraude zouden vergroten?
43. Auditcomité: Komt het auditcomité minstens per kwartaal samen en wijdt het voldoende tijd aan het proactief toepassen van fraudepreventiemechanismen?
44. Interne audit: Heeft de onderneming een sterke interne afdeling (indien van toepassing) dat onafhankelijk werkt van het management. Voorziet het charter van de interne-audit-afdeling specifiek dat de interne afdeling dient te helpen in het voorkomen en opsporen van fraude en ongeoorloofde handelingen?
45. Procedures: Werd iemand aangesteld met voldoende autoriteit en verantwoordelijkheid tot het waken over en het in stand houden van fraudepreventieprogramma's? Werden aan deze persoon voldoende middelen toegewezen om deze fraudepreventieprogramma's effectief te beheren? Heeft deze persoon directe toegang tot het auditcomité?
46. HR: Worden door het HR departement achtergrondonderzoeken verricht teneinde zich er specifiek van te verzekeren dat er geen personen met een ongepaste achtergrond of met een houding die niet overeenstemt met de cultuur en de ethische normen van de onderneming aangeworven worden?
47. HR: Worden er in het kader van bevorderingen of van transfers naar posities met verantwoordelijkheden achtergrondonderzoeken gevoerd?
48. HR: Worden de personen betrokken bij de financiële rapportering geëvalueerd met betrekking tot hun vaardigheden en hun integriteit en werden zij allen van het hoogste niveau bevonden?
49. Procedures: Heeft de organisatie een duidelijk programma tot communicatie van de fraudepreventieprocedures en -regels aan alle bedienden, onderaannemers, leveranciers, zakenpartners, enz.?

50. Procedures: Zijn er procedures en regels ingesteld tot autorisatie en goedkeuring van bepaalde transacties en voor transacties die een bepaalde waarde overschrijden en dit met het oog op het voorkomen en ontdekken van fraude?
51. Procedures: Omvat het systeem van prestatiebeoordelingen en evaluatie een onderdeel dat specifiek ethiek en integriteit behandelt, alsook het in overeenstemming zijn met de Gedragsregels van de organisatie?
52. Procedures: Ondergaan nieuwe rekruteringen trainingen betreffende ethiek, fraudebewustzijn en fraudepreventie? Zijn er periodieke trainingen (ten minste jaarlijks) en wordt de training bevestigd door middel van testen?
53. Procedures: Is er een exit interview-proces voor personeel dat ontslagen werd, dat ontslag nam of dat op pensioen gaat en wordt in het interview aandacht besteed aan het identificeren van potentiële fraude of kwetsbaarheid tot fraude binnen de organisatie? Is er specifieke aandacht voor het beoordelen van de integriteit van het management en voor het toepassen van de Gedragsregels van de onderneming? Worden alle bevindingen van deze interviews doorgegeven aan het auditcomité?
54. Procedures: Worden de fraudepreventiemaatregelen nagezien op continue wijze? Worden deze nazichten gedocumenteerd, alsook de communicatie met het auditcomité betreffende gebieden die verbetering nodig hebben?
55. Procedures: Is het bestaan en zijn de procedures van het fraudeactieplan bekend aan alle personeelsleden, onderaannemers, leveranciers en zakenpartners?

IV. DETECTIE

56. Procedures: Is het fraudedetectiesysteem geïntegreerd met het fraudepreventiesysteem op een kost effectieve wijze?
57. Procedures: Dringen de fraudedetectieprocessen en technieken door tot alle niveaus van verantwoordelijkheid binnen de organisatie, van de raad van bestuur en het auditcomité tot de managers op alle niveaus en tot de personeelsleden in alle operationele eenheden?
58. Procedures: Omvat het fraudedetectieprogramma ook een communicatie aan alle personeelsleden, onderaannemers, leveranciers en belanghebbenden dat er een streng fraudedetectiesysteem is – zonder dat echter de kritische aspecten ervan worden meegedeeld (teneinde de effectiviteit van verborgen controles te behouden)?
59. HR: Zijn er verplichte vakantieperiodes of jobrotaties ingesteld voor personeel in sleutelposities en in boekhoudkundige controle posities?
60. Procedures: Geeft het fraudedetectieproces verhoogd aandacht aan de deelgebieden waar geconcludeerd werd dat er zwakke of niet kost effectieve preventieve controles waren?
61. Interne audit: Wordt er voldoende gedaan aan data-analyse en continue auditprocedures om frauduleuze activiteiten te ontdekken?
62. Interne audit: Zijn de data-analyses en de continue auditprocedures gebaseerd op beoordelingen van de types van fraudeschema's die in de organisatie zouden kunnen voorkomen of waarvoor men gevoelig is (in de sector)?
63. Interne audit: Heeft de organisatie een uitgebreide documentatie over het fraude detectie proces, en de procedures en technieken – zodat een fraudedetectiewaakzaamheid in stand wordt gehouden bij gewijzigde fraudedetectieteams?

64. Procedures: Zijn er maatregelen genomen om de confidentialiteit van de detectie processen, de procedures en technieken te behouden zo dat gewone personeelsleden en potentiële fraudeurs niet bekend geraken met hun bestaan?
65. Meldingen: Zijn de procedures van melding (*whistleblower*) en directe meldingslijn goed gepubliceerd, meertalig opgesteld en goed beheerd? Is anonimiteit gewaarborgd bij rapportering? Wordt zekerheid gegeven dat na rapportering geen vergelding optreedt?
66. Meldingen: Worden de meldingen van de melders en van de meldingslijn geregistreerd en worden alle meldingen opgevolgd? Wordt de meldingslijn periodiek getest door de interne audit en opgevolgd door het auditcomité?
67. Meldingen: Worden de meldingen van de melders en van de meldingslijn geanalyseerd en de resultaten vergeleken met normen van andere organisaties?
68. IT systemen: Omvatten IT- en informaticasystemen controles die specifiek ontwikkeld werden om onregelmatigheden en niet met de procedures overeenstemmende zaken, met inbegrip van fraude, op te sporen? Omvatten deze reconciliaties, onafhankelijk nazicht, fysieke inspecties, analyses, audits en onderzoeken?
69. Interne audit: Wordt nadruk gelegd op activiteiten gericht op het vinden van fraude in het charter van de interne-audit-afdeling?
70. Interne audit: Neem interne audit deel aan de planning van de fraudedetectie activiteiten en dit op basis van een frauderisicobeoordeling?
71. Interne audit: Worden door de interne audit voldoende middelen toegewezen aan het nagaan van de verbondenheid van het management aan fraudedetectie?
72. Interne audit: Wordt een risico gebaseerde beoordeling uitgevoerd om de motivatie te begrijpen en om na te gaan waar potentiële manipulatie zou kunnen plaatsvinden?
73. Procedures: Omvatten de data-analyseprogramma's nazicht van de diverse posten boekingen, ongewone transacties, eindejaarstransacties en transacties die over een periode gaan (boeking in de ene periode en afboeking in een volgende periode)?
74. Procedures: Identificeren de data-analyseprogramma's de diverse posten met een invloed op kosten en opbrengsten, gemaakt om het inkomen te verhogen of om te voldoen aan de verwachtingen van analisten of om aan de criteria van aanmoedigingscompensatieregelingen te voldoen?
75. Procedures: Zijn de systemen zo ontworpen dat de diverse posten nagezien worden op mogelijk passeren van de systemen door het management om de financiële overzichten te beïnvloeden?
76. Worden data analyse, data mining en digitale analyse toegepast?
 - a. om het identificeren van verborgen relaties tussen mensen, organisaties, gebeurtenissen?
 - b. om het identificeren van verdachte transacties?
 - c. om het effectiviteit van de interne controles te evalueren?
 - d. om fraude dreigingen en -kwetsbaarheden op te volgen?
 - e. om grote volumes aan data en transacties op *realtime* basis te analyseren?
77. Procedures: Worden continue audittechnieken aangewend om sneller frauduleuze activiteiten te identificeren en te rapporteren? Omvatten deze de *Benford's Law* analyse om kostenrapporten, grootboekrekeningen, payroll rekeningen te onderzoeken op ongewone transacties, ongewone bedragen of ongewone patronen van activiteiten die verdere analyse zouden vereisen?

78. Procedures: Zijn er systemen aanwezig om het emailverkeer van de *staff* te superviseren en dit met het oog op potentiële fraudes?
79. Procedures: Identificeert de fraudedetectiedocumentatie de individuen en de departementen die verantwoordelijk zijn voor:
- Het ontwikkelen en plannen van het totale fraudedetectieproces?
 - Het ontwikkelen van specifieke fraudedetectiecontroles?
 - Het toepassen van specifieke fraudedetectiecontroles?
 - Het opvolgen van specifieke fraudedetectiecontroles en van het gehele systeem van deze controles?
 - Het ontvangen en antwoord geven op klachten met betrekking tot mogelijke fraudegevallen?
 - Het onderzoeken van rapporten inzake frauduleuze handelingen?
 - Het communiceren van informatie omtrent verdachte of gevonden fraude activiteiten?
 - Het periodiek beoordelen en het actualiseren van het plan inzake wijzigingen in informatica, in de processen en in de organisatie?
80. Procedures: Heeft de organisatie meetcriteria geïnstalleerd om na te gaan of, en het verbeteren van de overeenstemming met de systemen van fraudedetectiecontroles, met inbegrip van:
- Het aantal gekende fraudeschema's die tegen de organisatie werden aangewend, en de impact hiervan als verlies?
 - Het aantal en het stadium van de fraudebeschuldigingen die door de organisatie werden ontvangen en die verder onderzoek vragen?
 - Het aantal van de opgeloste fraudeonderzoeken?
 - Het aantal personeelsleden dat de ethische standaard van de organisatie hebben ondertekend?
 - Het aantal personeelsleden dat een ethische training hebben gevolgd?
 - Het aantal meldingen (*whistleblower* beschuldigingen) dat werd ontvangen via de hotline (meldingslijn) van de organisatie?
 - Het aantal berichten met ethische gedragmeldingen vanwege het management aan de personeelsleden?
 - Het aantal leveranciers dat de ethische gedragspolitiek (code) van de organisatie hebben ondertekend?
 - Het aantal klanten dat de ethische gedragspolitiek (code) van de organisatie hebben ondertekend?
 - Het aantal fraude-auditonderzoeken uitgevoerd door de interne audit?

V. ONDERZOEK EN CORRECTIEVE ACTIES

81. Procedures: Verzekert de raad van bestuur er zich van dat dit deel van de anti-fraudeprocedures toegepast wordt en opgevolgd wordt op een wijze die gelijkaardig is aan de andere onderdelen van de anti-fraudeprocedures?
82. Procedures: Is er een procedure in voege en gecommuniceerd met betrekking tot het onderzoeken van onregelmatigheden en van het niet overeenstemmen met de ingestelde procedures, met inbegrip van deze met betrekking tot fraude?
83. Procedures: Wie is verantwoordelijk voor de opvolging, het superviseren en het corrigeren van voormeld proces, met inbegrip van het nemen van acties?

84. Interne audit: Is dit departement voldoende gefinancierd, met voldoende manschappen en voldoende getraind om de professionele standaarden te kunnen toepassen? En hebben de interne auditors een voldoende competentie om de objectieven van de groep te ondersteunen?
85. Interne audit: Is het intern-auditpersoneel op de hoogte van en getraind in de middelen en technieken van fraudedetectie, van het geven van antwoord op fraude en van onderzoek als onderdeel van het continue opleidingsprogramma?
86. Interne audit: Worden de bevindingen van de onderzoeken gerapporteerd aan het geëigende niveau? Indien er aanwijzingen zijn dat (senior) management betrokken is bij fraude, is er een verplichte directe communicatie naar het auditcomité?
87. Procedures: Is er een documentatie systeem van de gevallenstudies inzake de uitgevoerde onderzoeken, tezamen met de benadering, de bevindingen en de genomen maatregelen?

228