

DE COMMISSARIS EN DE ANDERE ORGANEN OF COMITES VAN DE
GECONTROLEERDE ENTITEIT

LE COMMISSAIRE ET LES AUTRES ORGANES OU COMITES DE
L'ENTITE CONTROLEE

DE COMMISSARIS EN DE ANDERE ORGANEN OF COMITES VAN DE GECONTROLEERDE ENTITEIT

LE COMMISSAIRE ET LES AUTRES ORGANES OU COMITES DE L'ENTITE CONTROLEE

2019-1

L. Acke • P. Comhaire • S. De Geyter • I. De Poorter
P.A. Foriers • C. Fornoville • A. Francois • J.-M. Gollier
R. Houben • D. Lambrecht • D. Lhoste • H. Olivier • A. Streef
N. Tissot • D. Willermain

met de medewerking van een leescomité bestaande uit:

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

H. Braeckmans • H. Fronville



INFORMATIECENTRUM
VOOR HET
BEDRIJFSREVISORAAT



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 bedrijfsrevisoraat 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 5 april 2019.

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 révisorats 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 5 avril 2019.

ICCI (ed.)

De commissaris en de andere organen of comités van de gecontroleerde entiteit

Le commissaire et les autres organes ou comités de l’entité contrôlée

Antwerpen-Apeldoorn

Maklu

2019

XLIV + 210 pag. – 24 x 16 cm

978-90-466-0988-0

D/2019/1997/26

NUR 786

© 2019 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

“De controle in vennootschappen, op de financiële toestand, op de jaarrekening en op de regelmatigheid, ten aanzien van dit wetboek en de statuten, van de in de jaarrekening weergegeven verrichtingen, wordt opgedragen aan een of meer commissarissen” (art. 3:73 Wetboek van vennootschappen en verenigingen (WVV)). Deze – weliswaar complexe – zin dekt een indrukwekkende microkosmos rond mensen en gebeurtenissen, gaande van de benoeming van die commissaris, zijn kennismaking en die van zijn ploeg met de vennootschap, gegevensuitwisseling, studie, analyse en bespreking van die gegevens, bijsturing, ontwerprapportering, tot uiteindelijk verslaggeving ten behoeve van de aandeelhouders, de werknemers en de bredere gemeenschap.

Een cruciaal onderdeel van die microkosmos is de interactie met de vennootschap. Maar wie is in dezen de vennootschap? Ook daar gaat, achter een op het eerste gezicht eenvoudige basisregel, een al even indrukwekkende microkosmos schuil: wat betekent het concreet dat, kort samengevat, de vennootschap wordt bestuurd – en dus onder meer haar relatie met de commissaris onderhoudt – via hetzij één of meer bestuurders, die al dan niet een college vormen, en die natuurlijke of rechtspersonen zijn (art. 5:70, §1 (BV) en art. 6:58, §1 (CV) WVV), door een collegiaal bestuurorgaan, raad van bestuur genoemd, dat minstens drie bestuurders telt, die natuurlijke of rechtspersonen zijn (monistisch bestuur in de NV, art. 7:85, §1 WVV), of door één enkele bestuurder, al dan niet in de statuten benoemd (enige bestuurder in de NV, art. 7:101, §1 WVV) dan wel door een raad van toezicht en een directieraad, ieder binnen de grenzen van de hem toegewezen bevoegdheden (dual bestuurs in de NV, art. 7:104 WVV)? En dan hebben we het nog niet gehad over het dagelijks bestuur (art. 5:79 (BV), art. 6:67 (CV) en art. 7:121 (NV) WVV), over de comités in de NV (art. 7:98 e.v. (monistisch systeem) en art. 7:188 e.v. (dual systeem) WVV. En wat is dan nog de rol van de economische begunstigde, de aandeelhouder?

Bovendien hebben microkosmosen de vreemde gewoonte om uit hun impliciete harmonische ordening af en toe nieuw leven te ontwikkelen, en ook het bestuur in vennootschappen ontsnapt daar niet aan: rond de ruime schakering aan bestuursmodellen die de wet aanbiedt, onwikkelen zich in de praktijk bijkomende organismes, die in het geheel hun plaats moeten krijgen. Waar situeert zich in dit verhaal het hogere kader van de vennootschap, hoe het ook juridisch moge zijn georganiseerd?

Ook de werknemers hebben hun eigen kleine kosmos, met daarbij de nodige organen: de ondernemingsraad (art. 14 e.v. van wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven), of het comité voor bescherming en preventie op het werk (Codex over het welzijn op het werk, Boek II, titel 7).

Voor gereguleerde vennootschappen, zoals b.v. kredietinstellingen (art. 220 e.v. van de bankwet van 25 april 2014) of verzekeringsondernemingen (art. 325 e.v. van de wet van 13 maart 2016 op het statuut van en het toezicht op verzekerings- of herverzekeringsondernemingen) voegt zich nog een speler bij deze interactie: de

commissaris speelt ook een rol in het publiek toezicht waaraan deze vennootschappen zijn onderworpen. Een gelijkaardige vaststelling geldt voor de vennootschappen of andere entiteiten uit de publieke sector: ook daar wordt formeel of informeel naar de commissaris gekeken als mede-behoeder van het algemeen belang.

In de bijdragen in dit boek uit de ICCI-reeks worden deze verschillende microkosmosen telkens geplaatst naast die van de commissaris, om te kijken hoe ze interageren. Dat verschaft de lezer inzicht in een complexe maar fascinerende wereld van actie, reactie en interactie, met telkens één doel voor ogen: hoe juiste en volledige financiële informatie ter beschikking stellen van hen die daarover moeten kunnen beschikken? Of: hoe juridische ordening aanbrengen in een levend organisch geheel, en daardoor actoren en processen beter begrijpen en aansturen? Het ICCI maakt hiermee zijn kern-taak waar, met name op eigen verantwoordelijkheid objectieve en wetenschappelijke informatie verstrekken over vraagstukken die het bedrijfsrevisoraat aanbelangen.

Prof. Dr. Marieke WYCKAERT
Voorzitter Federatie Vrije Beroepen
Advocaat aan de Balie van Brussel

Avant-propos

« Le contrôle dans les sociétés de la situation financière, des comptes annuels et de la régularité au regard du présent code et des statuts, des opérations à constater dans les comptes annuels doit être confié à un ou plusieurs commissaires » (art. 3:73 Code des sociétés et des associations (CSA)). Cette phrase – certes complexe – couvre un microcosme impressionnant autour de personnes et d'événements, allant de la nomination du commissaire, de sa prise de connaissance, et celle de son équipe, avec la société, de l'échange de données, de l'examen, l'analyse et la discussion de ces données, de rectification, de l'établissement d'un rapport provisoire à l'établissement du rapport final à l'intention des actionnaires, des employés et de la communauté au sens large.

L'interaction avec la société constitue un élément essentiel de ce microcosme. Mais que faut-il entendre par « société » en l'occurrence ? Derrière une règle fondamentale paraissant à première vue simple se cache, là aussi, un microcosme tout aussi impressionnant : en substance, que signifie concrètement que la société est administrée – et donc qu'elle entretient notamment sa relation avec le commissaire – soit par un ou plusieurs administrateurs constituant un collège ou non, qui sont des personnes physiques ou morales (art. 5:70, § 1^{er} (SRL) et art. 6:58, § 1^{er} (SC) CSA), par un organe d'administration collégial, appelé conseil d'administration, qui compte au moins trois administrateurs, personnes physiques ou morales (administration moniste dans la SA, art. 7:85, § 1^{er} CSA), ou par un administrateur unique, qui peut être nommé dans les statuts (administrateur unique dans la SA, art. 7:101, § 1^{er} CSA), soit par un conseil de surveillance et un conseil de direction, chacun dans les limites des pouvoirs qui lui sont attribués (administration duale dans la SA, art. 7:104 CSA) ? Sans parler de la gestion journalière (art. 5:79 (SRL), art. 6:67 (SC) et art. 7:121 (SA) CSA) et des comités dans la SA (art. 7:98 et s. (système moniste) et art. 7:188 et s. (système dual) CSA). Et alors quel est le rôle du bénéficiaire économique, étant l'actionnaire ?

De plus, les microcosmes ont l'étrange habitude de concevoir parfois de nouvelles vies à partir de leur structure inhérente et harmonieuse et la gestion dans les sociétés n'y échappe pas : autour du large éventail de modèles de gouvernance prévus par la loi, se développent en pratique des organismes supplémentaires à intégrer dans l'ensemble. Où se situe dans ce contexte le cadre supérieur de la société, quelle que soit sa structure juridique ?

Les employés ont également leur propre petit cosmos doté des organes nécessaires : le conseil d'entreprise (art. 14 et s. de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie) ou le comité pour la prévention et la protection au travail (Code du bien-être au travail, Livre II, titre 7).

Pour les sociétés réglementées, tels que les établissements de crédit (art. 220 et s. de la loi bancaire du 25 avril 2014) ou les entreprises d'assurance (art. 325 et s. de la loi du 13 mars 2016 relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance), s'ajoute un autre acteur dans cette interaction : le commissaire joue

également un rôle dans la supervision publique à laquelle ces sociétés sont soumises. Une constatation similaire s'applique aux sociétés ou autres entités du secteur public : là aussi, le commissaire est considéré, officiellement ou officieusement, comme co-gardien de l'intérêt général.

Les contributions dans cette publication de l'ICCI tentent d'analyser l'interaction entre ces différents microcosmes et ceux du commissaire afin d'aider le lecteur à comprendre ce monde complexe mais fascinant d'action, de réaction et d'interaction, dans un but bien précis : comment fournir des informations financières correctes et exhaustives à ceux qui doivent pouvoir en disposer ? Ou : comment organiser juridiquement un ensemble organique vivant afin de mieux comprendre et gérer les acteurs et les processus ? L'ICCI s'acquitte ainsi de sa tâche principale consistant à fournir une information objective et scientifique, sous sa propre responsabilité, sur des problèmes relatifs au révisorat d'entreprises.

Pr. Dr. Marieke WYCKAERT
Présidente de la *Federatie Vrije Beroepen*
Avocate au barreau de Bruxelles

EXECUTIVE SUMMARY (NL)

Het **inleidend hoofdstuk** vangt aan met de vaststelling dat de bedrijfsrevisor een opdracht van algemeen belang vervult en onontbeerlijk is voor de goede werking van de economie. Hij stelt zijn deskundigheid, zijn professionalisme en zijn waarden ten dienste van zijn klanten en van alle belanghebbende partijen (klanten, leveranciers, investeerders, bankiers, publieke overheden, personeel) om een onafhankelijke dienstverlening te bieden met hoogstaande toegevoegde waarde en van algemeen belang met het oog op een versterking van het noodzakelijk vertrouwen in een goed functionerend economisch stelsel.

De voornaamste doelstelling van zijn tussenkomst als commissaris bestaat erin de transparantie en de betrouwbaarheid van de financiële overzichten te waarborgen, waarvan de gebruikers verwachten dat die een getrouw beeld geven van het vermogen, van de financiële toestand en de resultaten van de onderneming.

In zijn hoedanigheid van controleorgaan van de vennootschap dialogueert de commissaris met verschillende organen en comités die meestal intern, maar ook extern kunnen zijn aan de gecontroleerde entiteit. Zijn verhouding ermee wordt in dit boek omstandig toegelicht.

In het **tweede hoofdstuk** komt de verhouding tussen de commissaris en de directie (management) aan bod. De begrippen van directie en (uitvoerend) management komen voort uit de praktijk, de boekhoudnormen en aanbevelingen over *corporate governance*. Ze zijn niet wettelijk vastgelegd en worden niet door het vennootschapsrecht gedefinieerd.

Het begrip management was als zodanig nog niet erkend door het Wetboek van vennootschappen en verenigingen (WVV), wat de relaties tussen zijn leden en de commissaris niet regelt. Dat is ook zo omdat de leden van het management (of enkelen daarvan) verenigd zijn in een orgaan, namelijk de directieraad of het orgaan van dagelijks bestuur.

Vanuit het standpunt van het vennootschapsrecht zijn de twee organen waarmee de commissaris in verbinding staat de algemene vergadering van aandeelhouders en het bestuursorgaan (behalve het auditcomité, dat echter niet het statuut heeft van orgaan maar van comité van de raad).

De enige verbanden die door het vennootschapsrecht werden bepaald tussen de commissaris en het management volgen uit de onderzoeksbevoegdheden van de commissaris, waarmee die laatste alle toelichtingen of informatie kan verzoeken, niet alleen van het bestuur maar ook van gemachtigden en aangestelden van de vennootschap.

Op grond van die bepaling kan de commissaris rechtstreeks in contact komen met het management en, meer in het algemeen, met het personeel van de gecontroleerde onderneming, zonder tussenkomst van het bestuursorgaan. Het is ook op grond van die bepaling dat de algemene controle-normen voortaan vervangen zijn door de internationale controlestandaarden die, naast de middelen waarover de commissaris beschikt

om de controle-informatie te verzamelen, bepalen dat de vraag gericht moet zijn aan de “directie” van de onderneming.

De rol van het management in de voorbereiding van de financiële overzichten en de interne controle komt tot uiting in de aanbevelingen over *corporate governance* en nog meer in de boekhoudnormen.

Die aanbevelingen en normen worden echter gekenmerkt door relatief vage definities die gebaseerd zijn op onduidelijke begrippen, die vaak afkomstig zijn uit buitenlandse systemen en moeilijk overgedragen kunnen worden naar het Belgisch recht. Dat leidt tot een ‘verschuiving’ tussen het vennootschapsrecht en het boekhoudrecht.

De leden van de directie of het management zijn, in tegenstelling tot de bestuurders en personen belast met het dagelijkse bestuur, niet onderworpen aan een specifiek aansprakelijkheidsstelsel en hun tussenkomst stelt het bestuursorgaan of de commissaris niet vrij van hun verantwoordelijkheden.

De toepassing van het gemeen recht uit zich in het feit dat de leden van het management minder aansprakelijkheid oplopen dan de bestuurders of de commissaris. Die waarneming geldt voor alle activiteiten van het management, met inbegrip van zijn rol in de voorbereiding van de financiële overzichten en wat de relaties met de commissaris betreft.

De wisselwerking tussen de commissaris en het bestuursorgaan is essentieel voor de uitoefening van de controleopdracht van de commissaris. Deze wisselwerking wordt besproken in het **derde hoofdstuk**. Om te kunnen beoordelen of de jaarrekening die werd opgesteld door het bestuursorgaan een getrouw beeld biedt, beschikt de commissaris over een aantal onderzoeksbevoegdheden. De commissaris heeft een inzagerecht in de stukken van de gecontroleerde entiteit, hij kan inlichtingen vragen aan het bestuursorgaan, met inbegrip van inlichtingen over verbonden vennootschappen en hij kan van het bestuursorgaan vragen dat zij de bevestiging van derden voorleggen. Daarnaast kan de commissaris eventueel toegang krijgen tot de vergaderingen van het bestuursorgaan en kan hij het initiatief nemen om de algemene vergadering bijeen te roepen, mocht het bestuursorgaan in gebreke blijven. Tevens dient het bestuursorgaan hem halfjaarlijks een boekhoudkundige staat te bezorgen.

De commissaris speelt ook een rol in de bewaking van de continuïteit van de gecontroleerde entiteit. Indien de vennootschap langer dan één jaar verlies maakt, dan dient het bestuursorgaan de toepassing van de waarderingsregels in de veronderstelling van continuïteit bijzonder te verantwoorden. Verder wordt de zogenaamde waarschuwingsprocedure toegepast indien de commissaris ter gelegenheid van zijn controlewerkzaamheden gewichtige en overeenstemmende feiten vaststelt die de continuïteit van de onderneming in het gedrang kunnen brengen. In het kader van de alarmbelprocedure ten slotte, kan de commissaris het initiatief nemen om de algemene vergadering bijeen te roepen om te beslissen over een eventuele ontbinding.

Met het oog op de uitoefening van zijn algemene controleopdracht zal de commissaris aan de leiding van de gecontroleerde entiteit de bevestiging vragen dat deze alle relevante informatie heeft verschaft voor de uitoefening van zijn controleopdracht en dat de verslaggeving de financiële toestand getrouw weergeeft (bevestigingsbrief of *representation letter*). In bepaalde gecontroleerde entiteiten is de effectieve leiding verplicht om aan de commissaris verslag te doen van de beoordeling van de interne controle (verslag van de effectieve leiding over de interne controle of *in control statement*).

Uit dit overzicht zal blijken dat de commissaris, het bestuursorgaan en het management van de gecontroleerde entiteit elk onderscheiden taken hebben, wat zich ook vertaalt op het vlak van hun aansprakelijkheid.

Na de invoering van een hybride regeling via de wettelijke bekrachtiging van het directiecomité, stelt het WVV een alomvattende regeling van het duaal bestuur vast.

In de door het WVV voorgesteld dualistisch bestuursmodel zijn de bestuursbevoegdheden – die in het monistisch systeem worden uitgeoefend door de raad van bestuur – verdeeld over twee afzonderlijke organen: de directieraad, die instaat voor het management, en de raad van toezicht die, naast de controle op de directieraad, de strategie van de vennootschap bepaalt en alle bevoegdheden uitoefent die in het monistisch bestuursmodel wettelijk zijn voorbehouden aan de raad van bestuur.

Het **vierde hoofdstuk** analyseert de verdeling van de bevoegdheden in een duaal systeem en concludeert over de relatie tussen de commissaris en de raad van toezicht. Deze relatie onderscheidt zich nauwelijks van de relatie die de commissaris, onder de gelding van het Wetboek van vennootschappen, onderhoudt met de raad van bestuur van een naamloze vennootschap met een directiecomité.

De gespecialiseerde comités binnen het bestuursorgaan van een naamloze vennootschap hebben als doel een klankbord en deskundigheidscentrum inzake de verscheidene belangrijke vragen op te richten om zowel de performantie van de onderneming te garanderen als de overeenstemming ervan na te kijken en erover verslag uit te brengen.

Omwille van deze specificiteit en de klemtoon op het controleren van het in overeenstemming zijn door de onderneming kan de commissaris met elk van deze comités een regelmatige en punctuele dialoog onderhouden teneinde enerzijds de daadwerkelijke aanwezigheid van de vereiste deskundigheid na te gaan en anderzijds de inlichtingen uit te wisselen die waardevol kunnen zijn voor zijn controlewerkzaamheden. Deze verhouding tussen de commissaris en deze comités komt in het **vijfde hoofdstuk** aan bod.

Het is in hoofdzaak met het auditcomité dat de commissaris een relatie van trouwens wederzijdse controle onderhoudt die, bovenop het aspect van wederzijds toezicht, dient te worden geformaliseerd in een werkelijke dialoog alsook in regelmatige besprekingen die elk van de stakeholders op een onschatbare wijze stimuleren en verrijken.

De wettelijke bepalingen, normen en gedragslijnen die met betrekking tot deze relatie zijn bekendgemaakt, verschaffen een duidelijk kader inzake de verhouding van de commissaris met het auditcomité. Dit kader blijft evenwel steriel indien de stakeholders zich als loutere ambtenaren tot een systeem verbinden waar het engagement slechts formeel is. Telkens wanneer het engagement open is en iedereen zich in vertrouwen durft uit te drukken, in de vertrouwelijkheid van de comitévergaderingen, ten overstaan van anderen, zal elkeen zich versterkt weten van deze uitwisselingen.

De laatste financiële crisissen hebben een inefficiëntie van het bestuur van de onderneming doen blijken, indien deze slechts een optelsom is van de beginselen en functies waartoe niemand zich verbindt. Een persoonlijk beoordelingsvermogen wordt van elk lid van een comité en van de commissaris verwacht. Dit vermogen is de vereiste voor een goed bestuur. Dit bestuur zal des te meer gewaarborgd zijn wanneer de beoordeling is gesteund op de voorafgaande besprekingen tussen de leden van het comité, tussen hen en de andere stakeholders van het systeem van interne controle en tussen de comités en de commissaris.

Onder de comités van de raad oefent het risicocomité een gevoelige functie uit teneinde het duurzaam bestuur van de onderneming te garanderen. Dit comité wordt niet geregeld door het WVV. Het is enkel verplicht in bepaalde door de financiële sector gereguleerde ondernemingen. Bij de uitoefening van zijn opdracht kan de commissaris op een nuttige wijze met dit comité een relatie van uitwisseling van kennis en vraagstukken onderhouden.

De remuneratie- en benoemingscomités kunnen eveneens een belangrijk contactpunt zijn om de commissaris toe te laten de ondernemingsrisico's en de mededelingen in dit opzicht te beoordelen, in de mate dat deze comités als opdracht hebben de naleving te garanderen van de verplichtingen van de onderneming die voortvloeien uit het WVV of uit bijzondere wetten waarmee de commissaris rekening dient te houden.

Het **zesde hoofdstuk** behandelt de verhouding tussen de commissaris en de algemene vergadering van de vennootschap.

De volgende onderwerpen komen aan bod: de benoeming van de commissaris door de algemene vergadering, de vaststelling van de bezoldiging van de commissaris door de algemene vergadering, het ontslag van de commissaris door de algemene vergadering, de samenroeping van de algemene vergadering door de commissaris, de informatieverschaffing door de commissaris aan de algemene vergadering, het vraagrecht van de aandeelhouders op de algemene vergadering en de aansprakelijkheidsvordering van de vennootschap t.a.v. de commissaris waartoe door de algemene vergadering wordt beslist.

De geselecteerde onderwerpen worden geanalyseerd in de context van het WVV.

De economische en financiële inlichtingen van de ondernemingsraden en de controle ervan door een bedrijfsrevisor maken deel uit van de structurele hervormingen waarover de sociale partners na het einde van de Tweede Wereldoorlog hebben onderhandeld.

De effectieve uitvoering van de wetgeving gebeurde in fasen tot aan de hervorming van het revisoraat in 1985. De benoeming van een bedrijfsrevisor is verplicht in alle ondernemingen waar een ondernemingsraad is opgericht. Indien het een vennootschap betreft, zal de commissaris zowel op de algemene vergadering van aandeelhouders als bij de ondernemingsraad verslag moeten uitbrengen over de inlichtingen die respectievelijk aan hen worden verstrekt. Het doel en de modaliteiten van deze verslagen, die in 2000 werden gecodificeerd in het vennootschapsrecht, worden behandeld in het **zevende hoofdstuk**. Het nieuwe WVV van 2019 brengt geen enkele belangrijke nieuwigheid met zich mee.

Het eerste aspect van de opdracht van de bedrijfsrevisor ten aanzien van de ondernemingsraad is de “certificering” van inlichtingen, waaronder de inlichtingen uit de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening waarover de commissaris verslag uitbrengt aan de algemene vergadering. Zij heeft ook betrekking op andere aspecten die het voorwerp uitmaken van een koninklijk besluit van 27 november 1973. Hoewel dit besluit nauwelijks werd gewijzigd (tenzij onrechtstreeks door het effect van de CAO nr. 9), is het gemeen recht inzake jaarlijkse voorlichting, hoofdzakelijk via het jaarverslag, enorm geëvolueerd. Dit heeft geleid tot een toenadering tussen de twee regelingen inzake informatieverstrekking die oorspronkelijk vrij uiteenlopend waren.

Een tweede aspect van de opdracht van de bedrijfsrevisor is veel origineler en waarschijnlijk belangrijker voor de leden van de ondernemingsraad. Het is een rol van decodeerder: het gaat om het verklaren en ontleden van de betekenis van de economische en financiële inlichtingen in het bijzonder ten behoeve van de door de werknemers benoemde leden van de ondernemingsraad. Het doel van de opdracht van de bedrijfsrevisor is niet om een oordeel tot uitdrukking te brengen over de doelstellingen of de kwaliteit van het management maar om te helpen het technisch woordgebruik duidelijk verstaanbaar te maken. De binnen de ondernemingsraad toe te passen didactiek of middels de deelname van de revisor aan de voorbereidende vergaderingen is bedoeld om de werknemersvertegenwoordigers ertoe te brengen om zelf inzicht te krijgen in de aan hen verstrekte inlichtingen en deze te integreren. De studie ontwikkelt zeven methodologische reflexen die de basisinstrumenten vormen voor elk efficiënt communicatieproces met betrekking tot economische en financiële inlichtingen.

Met het oog op een goede uitvoering van zijn opdracht moet de commissaris een aantal deontologische bepalingen in acht nemen die van toepassing zijn op elke opdracht en waaronder competentie, onafhankelijkheid en beroepsgeheim de meest relevante zijn. De toepassing van de beginselen van onafhankelijkheid en beroepsgeheim verdient echter specifieke aandacht. Er wordt in dit verband toelichting gegeven bij een derde aspect van de wettelijke opdracht van de bedrijfsrevisor, zijnde de wijze waarop de bedrijfsrevisor de beginselen van het beroepsgeheim moet toepassen indien hij tekortkomingen vaststelt in de aan de ondernemingsraad verstrekte economische en financiële inlichtingen.

Wanneer een onderneming in financiële moeilijkheden verkeert, leidt dit tot grote bezorgdheid onder de werknemers, hetgeen de rol van de ondernemingsraad versterkt.

Een volledig deel van de studie is, bij wijze van voorbeeld, gewijd aan deze specifieke situatie. De maatschappelijke aard van de opdracht van de revisor heeft in deze context de meest ruime invulling omwille van de impact op de bezorgdheid omtrent de discontinuïteitsrisico's. Dit wordt bevestigd in de wettelijke bepalingen van het WVV.

Tot slot wordt in het laatste deel van de studie ingegaan op de burgerrechtelijke, strafrechtelijke en tuchtrechtelijke aansprakelijkheid. De tekst blijft beknopt omdat deze nauwelijks specifieke kenmerken met betrekking tot het gemeen recht vertoont.

De revisor is één van de tools van de sociale dialoog. Zijn tussenkomsten ten opzichte van de ondernemingsraad worden gekaderd door de grote beginselen opgenomen in reglementeringen die sociale akkoorden verankeren. Zij moeten zich inspireren op de 24 goede praktijken die in overleg tussen het IBR en de sociale partners zijn uitgewerkt. Deze praktijken zullen nog groeien in functie van de evolutie van de verwachtingen van de gesprekspartners van het sociaal overleg binnen de onderneming.

De rol en de bevoegdheden van het Comité voor Preventie en Bescherming op het Werk (CPBW) zijn vastgelegd in de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk. De verhouding tussen het CPBW en de commissaris wordt besproken in het **achtste hoofdstuk**.

De commissaris heeft geen rol te vervullen ten opzichte van het CPBW, behalve indien het CPBW, overeenkomstig artikel 18, derde lid van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven, handelt in de hoedanigheid van ondernemingsraad, doorgaans wanneer een onderneming 100 werknemers telde en het personeelsbestand vóór de volgende sociale verkiezingen is gedaald onder de 100 werknemers (zonder evenwel te dalen onder de 50 werknemers).

Wanneer het CPBW de bevoegdheden van de ondernemingsraad uitoefent, zijn de artikelen van het WVV met betrekking tot de ondernemingsraad van toepassing (verslag aan de ondernemingsraad, certificering van de getrouwheid en volledigheid van de economische en financiële inlichtingen, enz.).

In de praktijk blijkt echter dat talrijke ondernemingen deze wettelijke verplichtingen negeren, of dat de nieuwe werknemersvertegenwoordigers of de directie zelf niet wisten dat de onderneming bij de vorige sociale verkiezingen meer dan 100 werknemers telde.

Een wet van 23 april 2008 heeft aan het CPBW bevoegdheden gegeven inzake het recht op financiële informatie. Deze wet heeft echter niet voorzien in het nazicht of de attestering door de commissaris of, bij gebrek aan een commissaris, een bedrijfsrevisor, van de aan het CPBW meegedeelde economische en financiële informatie in ondernemingen met minder dan 100 werknemers.

Tot slot bevat bovenvermelde wet van 4 augustus 1996 een bepaling op grond waarvan de leden van de Comités de bijstand van deskundigen mogen inroepen. Het CPBW mag zich, met instemming van de werkgever, beroepen op deze bepaling om de bijstand van een bedrijfsrevisor in te roepen.

Uniek in België is het samenwerkingsmodel dat er bestaat tussen een erkende commissaris en de toezichthouders in het kader van het prudentieel toezicht. Dit vormt het thema van het **negende hoofdstuk**. Zowel voor instellingen die onder het toezicht staan van de Nationale Bank van België (NBB), als deze die onder het toezicht staan van de Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten (FSMA), dient een door de NBB, respectievelijk FSMA erkende commissaris te worden aangesteld die, naast hun privaatrechtelijke opdracht ook een publiekrechtelijke opdracht dient te vervullen. Ze verlenen met name hun medewerking aan het (prudentieel) toezicht van de toezichthouder.

Naast de medewerking aan het prudentieel toezicht gelden ook in het kader van het toezicht op de bedrijfsrevisoren of de preventie van witwassen van geld of financiering van terrorisme bijzondere verplichtingen tot het uitwisselen van informatie in hoofde van de commissaris en de bedrijfsrevisoren meer in het algemeen ten aanzien van respectievelijk het College van Toezicht op de Bedrijfsrevisoren (CTR) en de Cel voor Financiële Informatieverwerking (CFI).

Deze mede- of samenwerkingsmodellen kaderen in de rol die de commissaris bekleedt in het maatschappelijk verkeer. Huidige bijdrage verduidelijkt de verhouding tussen de commissaris enerzijds en de toezichthouders anderzijds.

In het **tiende hoofdstuk** onderzoeken de auteurs de mogelijkheden tot samenwerking en informatie-uitwisseling tussen toezichthouders in de publieke sector. De bijdrage concentreert zich op de verhouding tussen de commissaris(-bedrijfsrevisor) en (i) het Rekenhof en (ii) de regeringscommissaris (als kernspeler in het administratief toezicht).

Het hoeft geen betoog dat een efficiënte samenwerking tussen de diverse toezichthouders op overheidsondernemingen wordt bevorderd met een duidelijk en rechtszeker kader waarin kan worden samengewerkt met de commissaris(-bedrijfsrevisor). Zulke samenwerking vereist onder meer de uitwisseling van informatie, wat voor de bedrijfsrevisor evenwel een teer en zeer punt is: hij is aan een beroepsgeheim onderworpen, dat strafrechtelijk wordt gesanctioneerd. De bedrijfsrevisor heeft er dan ook alle belang bij dat hij enkel informatie ontsluit wanneer daarvoor een rechtszekere juridische basis bestaat. Dat betekent dat er ofwel een uitdrukkelijke wettelijke (of decretale) uitzondering bestaat op grond waarvan informatie kan worden uitgewisseld, ofwel kan worden teruggevallen op de bestaande (klassieke) wettelijke uitzonderingen (of op de jurisprudentiële uitzondering van het zgn. “gedeeld geheim”).

Tegenover dit principiële en strafrechtelijk beteugelde beroepsgeheim van de bedrijfsrevisor staat het gebrek aan wettelijke verankering van het beroepsgeheim voor het Rekenhof en de regeringscommissaris, en het gebrek aan een uitdrukkelijk toegangsrecht van deze spelers tot de informatie die in handen is van de regeringscommissaris.

Na een schets van de probleemstelling gaat de bijdrage concreet in op de verhouding met beide actoren.

De bijdrage besluit, met verbazing, dat in een (belangrijke) materie die nochtans het voorwerp uitmaakt van (heel wat) bijzondere reglementering, moet worden vastgesteld dat er (wat het Rekenhof betreft op één uitzondering na) geen (voldoening gevend) rechtszeker kader wordt geschapen waarbinnen de commissaris(-bedrijfsrevisor) met gerust hart informatie kan delen met zijn collegae-toezichthouders. Buiten de uitwisseling van informatie in het kader van de “single audit” in Vlaanderen, blijft voor de voorzichtige bedrijfsrevisor in zijn verhouding tot het Rekenhof en de regeringscommissaris dan ook de volkswijsheid gelden dat zwijgen goud is.

Deze publicatie werd nagelezen door een leescomité bestaande uit:

- Herman BRAECKMANS, emeritus professor vennootschapsrecht aan de Universiteit Antwerpen, advocaat aan de balie van Antwerpen, lid van de Juridische Commissie van het IBR en bestuurder van het ICCI. Hij is auteur van standaardartikelen over de benoeming en de taak van de commissaris, naast de talloze vermeldingen van de bedrijfsrevisor en de commissaris in zijn *magnum opus*, het Handboek Vennootschapsrecht; en
- Hugues FRONVILLE, bedrijfsrevisor, voormalig Raadslid van het IBR, erevennoot van het bedrijfsrevisorenkantoor BDO Bedrijfsrevisoren en lid van de Juridische Commissie van het IBR.

EXECUTIVE SUMMARY (FR)

Le **chapitre introductif** s'ouvre sur la constatation selon laquelle le réviseur d'entreprises a une mission d'intérêt public et est indispensable au bon fonctionnement de l'économie. Il met ses compétences, son professionnalisme et ses valeurs au service de ses clients mais également de toutes les parties prenantes (clients, fournisseurs, investisseurs, banquiers, pouvoirs publics, personnel) dans le but de fournir, en toute indépendance, des services de qualité et dans l'intérêt général dans le but de renforcer la confiance, indispensable au bon fonctionnement du système économique.

L'objectif principal de son intervention en tant que commissaire est d'assurer la transparence et la fiabilité des états financiers, dont les utilisateurs s'attendent à ce qu'ils donnent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et des résultats de l'entreprise.

En sa qualité d'organe de contrôle de la société, le commissaire dialogue avec différents organes et comités qui sont généralement internes à l'entité contrôlée, mais peuvent aussi être externes à celle-ci. Son rapport avec ceux-ci est expliqué en détail dans cet ouvrage.

Dans le **deuxième chapitre** les relations entre le commissaire et la direction (*management*) sont abordées. Les notions de direction et de *management (exécutif)* sont issues de la pratique, des normes comptables et des recommandations en matière de *corporate governance*. Elles ne sont pas légalement consacrées ni définies par le droit des sociétés.

Le *management* n'étant pas reconnu, en tant que tel, par le Code des sociétés et des associations (CSA), ce dernier ne régit pas les relations entre ses membres et le commissaire. Il en est également ainsi lorsque les membres du *management* ou certains d'entre eux sont regroupés en un seul organe, que ce soit le conseil de direction ou l'organe de gestion journalière.

Du point de vue du droit des sociétés, les deux organes avec lesquels le commissaire est en relation sont l'assemblée générale des actionnaires et l'organe d'administration (outre le comité d'audit, lequel n'a cependant pas le statut d'organe mais de comité du conseil).

Les seuls liens établis par le droit des sociétés entre le commissaire et le *management* résulte des pouvoirs d'investigations du commissaire, qui permettent à ce dernier de requérir toutes les explications ou informations, non seulement de l'organe d'administration, mais aussi des agents et préposés de la société.

En application de cette disposition, le commissaire peut entrer directement en contact avec le *management* et, plus généralement, le personnel de l'entreprise contrôlée, sans passer par l'organe d'administration. C'est également en application de cette disposition que les normes générales de révision, désormais remplacées par les normes internationales d'audit, prévoient, parmi les moyens de rassemblement d'éléments

probants dont dispose le commissaire, la demande adressée à la « *direction* » de l'entreprise.

Le rôle du *management* dans la préparation des états financiers et dans le contrôle interne est reflété par les recommandations en matière de *corporate governance* et, plus encore, par les normes comptables.

Cependant, ces recommandations et normes se caractérisent par des définitions relativement floues basées sur des notions imprécises, souvent importées de systèmes étrangers et difficilement transposables en droit belge. Il en résulte un « décalage » entre le droit des sociétés et le droit comptable.

Les membres de la direction ou du *management* ne sont, à la différence des administrateurs et délégués à la gestion journalière, soumis à aucun régime spécifique de responsabilité et leur intervention n'exonère pas l'organe d'administration ou le commissaire de leurs responsabilités.

L'application du droit commun se traduit par une responsabilité moindre des membres du *management* que celle des administrateurs ou du commissaire. Ce constat vaut pour l'ensemble des activités du *management*, en ce compris pour son rôle dans la préparation des états financiers et en ce qui concerne ses relations avec le commissaire.

L'interaction entre le commissaire et l'organe d'administration est essentielle à l'exercice de la mission de contrôle du commissaire. Cette interaction est abordée dans le **troisième chapitre**. Afin de pouvoir évaluer si les comptes annuels établis par l'organe d'administration offrent une image fidèle, le commissaire dispose de plusieurs pouvoirs d'investigation. Le commissaire a un droit de regard sur les documents de l'entité contrôlée, peut demander des renseignements à l'organe d'administration, en ce compris des renseignements sur les sociétés liées, et peut requérir de l'organe d'administration qu'il demande confirmation à des tiers. De plus, le commissaire peut éventuellement avoir accès aux réunions de l'organe d'administration et peut prendre l'initiative de convoquer l'assemblée générale si l'organe d'administration venait à rester en défaut. L'organe d'administration doit également lui soumettre un état comptable tous les six mois.

Le commissaire joue également un rôle dans la surveillance de la continuité de l'entité contrôlée. Si la société enregistre des pertes pendant plus d'un an, l'organe d'administration doit alors justifier spécialement l'application des règles d'évaluation dans l'hypothèse de la continuité. La procédure d'avertissement est appliquée lorsque le commissaire constate à l'occasion de ses activités de contrôle des faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise. Dans le cadre de cette procédure, le commissaire peut prendre l'initiative de convoquer une assemblée générale pour décider d'une éventuelle dissolution.

En vue de l'exercice de sa mission de contrôle, le commissaire demandera à la direction de l'entité contrôlée la confirmation qu'elle a fourni toutes les informations pertinentes pour l'exercice de sa mission de contrôle et que l'information financière est un reflet fidèle de la situation financière (lettre d'affirmation ou *representation letter*). Dans certaines entités contrôlées, la direction effective est tenue de faire rapport au commissaire à propos de l'évaluation du contrôle interne (compte rendu de la direction effective sur le contrôle interne ou dans le *in control statement*).

Il ressortira de cet aperçu que le commissaire, l'organe d'administration et la direction de l'entité contrôlée ont chacun des tâches distinctes, ce qui se traduit également au niveau de leur responsabilité.

Après l'instauration d'un régime hybride via la consécration légale du comité de direction, le CSA propose un régime d'administration duale abouti.

Dans le système dualiste proposé par le CSA, les pouvoirs d'administration – qui sont exercés par le conseil d'administration dans le régime moniste – sont répartis entre deux organes distincts : le conseil de direction, chargé du *management*, et le conseil de surveillance qui outre le contrôle du conseil de direction, définit la stratégie de la société et exerce tous les pouvoirs que la loi réserve au conseil d'administration dans le système moniste.

Ce **quatrième chapitre** analyse l'articulation des pouvoirs au sein d'un régime dual pour conclure sur les relations entre le commissaire et le conseil de surveillance. Ceux-ci ne se démarquent guère des relations que le commissaire entretient, sous l'empire du Code des sociétés, avec le conseil d'administration d'une société anonyme dotée d'un comité de direction.

Les comités spécialisés constitués au sein de l'organe d'administration de la société anonyme ont pour but de constituer une chambre de résonance et de concentration d'expertise à propos de diverses questions importantes tant pour assurer la performance de l'entreprise que pour surveiller sa conformité et faire rapport à ce propos.

En raison de cette spécialité et de cet accent sur le contrôle de conformité de l'entreprise, le commissaire pourra avoir avec chacun de ces comités un dialogue régulier ou ponctuel pour d'une part, vérifier la présence effective de l'expertise requise et d'autre part, pour échanger des informations qui peuvent être précieuses pour son travail d'audit. Les relations entre le commissaire et ces comités sont abordées au **cinquième chapitre**.

C'est essentiellement avec le comité d'audit que le commissaire entretiendra une relation de contrôle réciproque qui, dépassant cet aspect de surveillance mutuelle, devrait se transformer en un véritable dialogue et donner lieu à des discussions régulières qui dynamiseront et enrichiront chacune des parties prenantes de manière inestimable.

Les règles légales, les normes et les lignes directrices publiées à propos de cette relation donnent un cadre précis aux relations du commissaire avec le comité d'audit. Ce cadre restera cependant stérile si les parties prenantes s'y engagent comme de simples fonctionnaires d'un système dans lequel l'engagement ne serait que formel. C'est chaque fois que l'engagement sera ouvert et que chacun osera s'exposer en confiance, dans la confiance des réunions du comité, au regard et aux paroles des autres, que chacun sortira renforcé de ces échanges.

Les dernières crises financières ont fait apparaître l'inefficacité de la gouvernance d'entreprise, si elle n'est qu'un ensemble de principes et de fonctions dans lesquels personne ne s'engage. Une capacité de jugement personnel est attendue de chaque membre d'un comité et du commissaire. Cette capacité est requise pour une bonne gouvernance. Elle sera d'autant plus assurée que le jugement sera fondé sur des discussions préalables entre membres du comité, entre ceux-ci et les autres parties prenantes au système de contrôle interne et entre ces comités et le commissaire.

Parmi les comités du conseil, le comité des risques exerce une fonction sensible pour assurer la gestion durable de l'entreprise. Ce comité n'est pas abordé par le CSA. Il n'est obligatoire que pour certaines entreprises réglementées du secteur financier. Dans l'exercice de sa mission, le commissaire pourra utilement entretenir avec ce comité une relation d'échange de connaissances et d'interrogations.

Les comités de rémunération et de nomination, dans la mesure où ils ont pour mission d'assurer le respect par l'entreprise des obligations qui résultent du CSA ou de lois spéciales auxquelles le commissaire doit avoir égard, peuvent également être un point de contact important pour permettre au commissaire d'apprécier les risques de l'entreprise et la communication à cet égard.

Le **sixième chapitre** aborde le rapport entre le commissaire et l'assemblée générale de la société.

Les sujets suivants y sont abordés : la nomination du commissaire par l'assemblée générale, l'établissement de la rémunération du commissaire par l'assemblée générale, la révocation du commissaire par l'assemblée générale, la convocation de l'assemblée générale par le commissaire, la fourniture d'informations à l'assemblée générale par le commissaire, le droit des actionnaires de poser des questions au commissaire lors de l'assemblée générale et l'action en responsabilité de la société vis-à-vis du commissaire décidée par l'assemblée générale.

Les sujets sélectionnés sont analysés dans le contexte du CSA.

L'information économique et financière des conseils d'entreprise et son contrôle par un réviseur d'entreprises font partie des réformes de structure négociées par les partenaires sociaux à l'issue de la seconde guerre mondiale. La mise en œuvre effective de la

législation s'est faite par étapes jusqu'à la réforme du révisorat en 1985. La nomination d'un réviseur est requise dans toutes les entreprises où un conseil d'entreprise est constitué ; s'il s'agit d'une société, le commissaire sera chargé de faire rapport tant à l'assemblée générale des actionnaires qu'au conseil d'entreprise sur l'information qui leur est fournie respectivement. L'objet et les modalités de ces rapports ont été codifiés dans le droit des sociétés en 2000 et font l'objet du **septième chapitre**. Le nouveau CSA de 2019 n'apporte aucune innovation majeure.

Le premier aspect de la mission du réviseur à l'égard du conseil d'entreprise est la « certification » de l'information. Celle-ci comprend les comptes annuels et les comptes consolidés sur lesquels le commissaire établit un rapport à l'assemblée générale. Elle recouvre d'autres aspects qui font l'objet d'un arrêté royal du 27 novembre 1973. Si cet arrêté n'a guère changé (si ce n'est indirectement par l'effet de la CCT n° 9), le droit commun de l'information annuelle, principalement par le rapport de gestion a beaucoup évolué. Il en résulte un rapprochement des deux ensembles de règles d'informations qui étaient assez éloignées au point de départ.

Un deuxième aspect de la mission du réviseur est beaucoup plus original et sans doute plus important pour les membres du conseil d'entreprise. C'est un rôle de décodeur : Il s'agit d'analyser et d'expliquer les informations économiques et financières à l'intention particulièrement des membres du conseil d'entreprise nommés par les travailleurs. La finalité de la mission du réviseur n'est pas de porter un jugement sur les objectifs ou la qualité de la gestion, mais d'aider à voir clair au-delà du langage technique. L'objectif de la pédagogie à mettre en œuvre au sein du conseil d'entreprise ou par la participation du réviseur à des réunions préparatoires, est d'amener les représentants du personnel à comprendre par eux-mêmes et à intégrer les informations qui leur sont transmises. L'étude développe sept réflexes méthodologiques, qui constituent les outils fondamentaux de toute démarche efficace de communication économique et financière.

Pour mener à bien sa mission, le commissaire doit respecter des principes déontologiques qui ne diffèrent pas selon la mission : compétence, indépendance, secret professionnel sont les plus pertinents. La mise en œuvre des principes d'indépendance et du secret professionnel mérite cependant quelques réflexions. En particulier, un troisième aspect de la mission légale du réviseur est commenté : comment appliquer les principes du secret professionnel si le réviseur constate des lacunes dans les informations économiques et financières transmises au conseil d'entreprise ?

L'inquiétude des travailleurs est grande lorsque l'entreprise connaît des difficultés financières. Le rôle du conseil d'entreprise n'en est que plus important. Une partie

complète de l'étude est consacrée, à titre d'illustration, à cette situation particulière. Le caractère sociétal de la mission du réviseur prend, dans ce contexte, une plus grande ampleur en raison de l'impact sur l'appréhension des risques de discontinuité. Il est confirmé par les dispositions légales du CSA.

Enfin, la dernière partie de l'étude commente la responsabilité civile, pénale et disciplinaire. Le texte reste bref car elle ne présente guère de dérogations au droit commun.

Le réviseur est l'un des outils du dialogue social. Ses interventions vis-à-vis du conseil d'entreprises sont cadrées par des grands principes inscrits dans des réglementations qui consacrent des accords sociaux. Elles doivent s'inspirer des 24 bonnes pratiques élaborées en concertation par l'IRE et les partenaires sociaux. Ces pratiques sont appelées à s'enrichir en fonction de l'évolution des attentes des interlocuteurs de la concertation sociale au sein de l'entreprise.

Le rôle et les compétences du Comité de Prévention et de Protection au Travail (CPPT) sont définis dans la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail. Sa relation avec le commissaire est discutée au **huitième chapitre**.

Le commissaire n'a aucun rôle à jouer vis-à-vis du CPPT, sauf si le CPPT, conformément à l'article 18, alinéa 3 de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie, agit en tant que conseil d'entreprises, typiquement lorsqu'une entreprise comptait 100 travailleurs et que, avant les élections sociales suivantes, l'effectif est passé sous les 100 travailleurs (sans toutefois descendre en dessous de 50 travailleurs).

Lorsque le CPPT exerce les compétence du conseil d'entreprises, les articles relatifs au conseil d'entreprises du CSA trouvent à s'appliquer (rapport au conseil d'entreprises, certification du caractère fidèle et complet des informations économiques et financières, etc.).

Dans la pratique, il est toutefois constaté que de nombreuses entreprises méconnaissent ces obligations légales, ou que les nouveaux représentants du personnel ou la direction elle-même ignorent que l'entreprise comptait plus de 100 travailleurs lors des élections sociales précédentes.

Une loi du 23 avril 2008 a donné au CPPT des compétences en matière de droit à l'information financière. Cette loi n'a toutefois pas prévu que les informations économique et financière, communiquées au CPPT dans les entreprises comptant moins de 100 travailleurs, soit vérifiées ou attestées par le commissaire ou, à défaut, par un réviseur d'entreprises.

Enfin, la loi du 4 août 1996 susmentionnée comporte une disposition autorisant les membres des Comités à requérir l'assistance d'experts. Le CPPT, avec l'accord de l'employeur, peut y recourir pour demander l'assistance d'un réviseur d'entreprises.

Le modèle de coopération qui existe entre un commissaire agréé et les autorités de contrôle dans le cadre du contrôle prudentiel est unique en Belgique. Il fait l'objet du **neuvième chapitre**. Que ce soit pour les établissements relevant du contrôle de la BNB ou ceux relevant du contrôle de la FSMA, un commissaire agréé par la Banque Nationale de Belgique (BNB) ou l'Autorité des Services et Marchés Financiers (FSMA) qui a à la fois une mission de droit privé et une mission de droit public doit être désigné. Les commissaires agréés collaborent notamment au contrôle (prudentiel) exercé par l'autorité de contrôle.

En marge de la collaboration au contrôle prudentiel s'appliquent également, dans le cadre du contrôle des réviseurs d'entreprises ou de la prévention du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, des obligations spécifiques concernant l'échange d'informations dans le chef du commissaire et, de manière plus générale, des réviseurs d'entreprises vis-à-vis respectivement du Collège de Supervision des Réviseurs d'entreprises (CSR) et de la Cellule de Traitement des Informations Financières (CTIF).

Ces modèles de coopération ou de collaboration s'inscrivent dans le rôle que le commissaire revêt dans les rapports sociaux. La présente contribution clarifie le rapport entre le commissaire d'une part et les autorités de contrôle d'autre part.

Dans le **dixième chapitre**, les auteurs examinent les possibilités de collaboration et d'échange d'informations entre les autorités de contrôle dans le secteur public. La contribution se concentre sur le rapport entre le commissaire(-réviseur d'entreprises) et (i) la Cour des comptes et (ii) le commissaire du gouvernement (en sa qualité d'acteur-clé dans le contrôle administratif).

Il va sans dire qu'une collaboration efficace entre les différentes autorités de contrôle des entreprises publiques est favorisée par un cadre clair et juridiquement sûr au sein duquel il est possible de collaborer avec le commissaire(-réviseur d'entreprises). Une telle collaboration exige notamment l'échange d'informations, ce qui est cependant un point délicat et sensible pour un réviseur d'entreprises : il est soumis au secret professionnel, qui est sanctionné pénalement. Le réviseur d'entreprises a donc tout intérêt à ne dévoiler des informations que s'il existe une base juridiquement sûre. Cela signifie que, soit il existe une exception légale (ou décrétable) expressément prévue, en vertu de laquelle des informations peuvent être échangées, soit il peut être recouru aux exceptions légales (classiques) existantes (ou à l'exception jurisprudentielle du « secret partagé »).

Face à ce secret professionnel, passible de sanctions pénales dans le chef du réviseur d'entreprises, se trouve le manque d'ancrage légal du secret professionnel pour la Cour des comptes et le commissaire du gouvernement, ainsi que le manque d'accès expressément prévu de ces acteurs aux informations détenues par le commissaire du gouvernement.

Après une brève présentation de la problématique, la contribution aborde de façon concrète le rapport entre les deux acteurs.

La contribution conclut avec étonnement que, dans une matière (importante) qui fait néanmoins l'objet de (nombreuses) réglementations particulières, il convient de constater que (en ce qui concerne la Cour des comptes à une exception près) aucun cadre juridiquement sûr (satisfaisant) n'est créé dans lequel le commissaire(-réviseur d'entreprises) peut partager avec confiance des informations avec ses collègues/ autorités de contrôle. En dehors de l'échange d'informations dans le cadre du « *single audit* » en Flandre, la sagesse populaire selon laquelle le silence est d'or continue donc de s'appliquer au réviseur d'entreprises prudent dans son rapport à la Cour des comptes et au commissaire du gouvernement.

Cette publication a été relue par un comité de lecture composé de :

- Herman BRAECKMANS, professeur émérite de droit des sociétés à l'Université d'Anvers, avocat au barreau d'Anvers, membre de la Commission juridique de l'IRE et administrateur de l'ICCI. Il est auteur d'articles de référence concernant la nomination et les tâches du commissaire et son *magnum opus*, *Handboek Vennootschapsrecht*, comporte des multiples mentions du réviseur d'entreprises et du commissaire ; et
- Hugues FRONVILLE, réviseur d'entreprises, ancien membre du Conseil de l'IRE, associé honoraire du cabinet de révision BDO réviseurs d'entreprises et membre de la Commission juridique de l'IRE.

EXECUTIVE SUMMARY (EN)

The **introductory chapter** begins with the observation that registered auditors perform a task in the public interest and are indispensable for the smooth functioning of the economy. They place their expertise, professionalism and values at the service of all stakeholders (clients, suppliers, investors, bankers, public authorities, staff), providing them with an independent service with a high added value and in the public interest, with a view to strengthen the necessary confidence in a smoothly functioning economic system.

The main objective of the statutory auditor's involvement is to guarantee the transparency and reliability of the financial statements, which users expect to provide a true and fair view of the assets and liabilities, financial position and profits and losses of the company.

In its capacity of audit body of the company, the statutory auditor is in dialogue with various bodies and committees that are usually internal but may also be external to the audited entity. The relationship between the statutory auditor and the entity is described in detail in this book.

The **second chapter** focuses on the relations between the statutory auditor and management. The concepts of management and executive management are those resulting from practice, accounting standards and corporate governance recommendations. They are not established by law and defined by corporate law.

As management is not acknowledged as such by the Belgian Code of Companies and Associations (CCA), this code does not govern the relationship between its members and the statutory auditor. This also applies when the members of management or some of them are joined together in a body, whether this be the management board or the daily management body.

From the point of view of corporate law, the two bodies which have a relationship with the statutory auditor are the general meeting of shareholders and the administrative body (in addition to the audit committee, however, it does not have the status of a body but of an advisory committee).

The only links established by corporate law between the statutory auditor and management result from the investigative powers of the statutory auditor, which permit the latter to require all explanations or information not only from the administrative body but also from the agents and officers of the company.

In application of this provision, the statutory auditor may enter directly into contact with management and, more generally, the staff of the company being audited, without going through the administrative body. Also, in application of this provision, the general standards on auditing, now replaced by international standards on auditing,

provide, among the means of gathering audit evidence available to the statutory auditor, for requests addressed to management of the company.

The role of management in preparing the financial statements and undertaking internal audits is reflected in the corporate governance recommendations and, further, in the accounting standards.

However, these recommendations and standards are characterised by relatively vague definitions based on imprecise concepts, often imported from foreign systems and difficult to transpose into Belgian law. This results in a ‘discrepancy’ between corporate law and accounting law.

Unlike directors and those to whom day-to-day management is delegated, the members of management are not subject to any specific system of liability and their intervention does not exonerate the administrative body or the statutory auditor from their liabilities.

The application of common law results in members of management bearing less liability than directors or the statutory auditor. This observation applies for all the activities of management, including its role in preparing financial statements and its relations with the statutory auditor.

The reciprocal relationship between the statutory auditor and the governing body is essential for the auditor’s performance of the audit assignments. This reciprocal relationship is discussed in the **third chapter**. In order to determine whether the financial statements drawn up by the governing body present a true and fair view, the statutory auditor enjoys a number of audit competencies. The statutory auditor has the right to consult the documents of the audited entity, he or she can ask the governing body for information, including details about related companies, and can ask the governing body to provide confirmation by third parties. In addition, the statutory auditor may gain access to the meetings of the governing body and can take the initiative to convene the general meeting, should the governing body fail to do so. The governing body is also required to provide the statutory auditor with financial statements every half-year.

The statutory auditor also plays a role in safeguarding the continuity of the audited entity. If the company generates losses for more than one year, the governing body must provide explicit justification for the valuation rules under the going concern assumption. Moreover, the so-called warning procedure will be applied if, in the process of the audit activities, the statutory auditor identifies any significant and concurring factors that may threaten the continuity of the company. Lastly, as part of the warning procedure, the statutory auditor can take the initiative to convene the general meeting in order to take a decision about the possible dissolution of the company.

With a view to exercising his or her general audit assignments, the statutory auditor will ask the management of the audited entity for confirmation (a representation letter) that it has provided the statutory auditor with all information that is relevant to the performance of the audit assignment, and that the reports give a true and fair view of the company's financial position. In certain audited entities, the senior management is required to report to the statutory auditor on its assessment of internal control (report by the senior management on internal control or in control statement).

This overview shows that the statutory auditor, the governing body and management of the audited entity each have distinct assignments, which in turn have an effect in terms of their respective liability.

After instituting a hybrid regime upon legal approval by the management committee, the Belgian CCA sets out a well-developed system of dual governance.

In the dual system established by the Belgian CCA, the powers of governance – which are exercised by the board of directors in a unitary system – are split up between two separate bodies: the management board, tasked with management, and the supervisory board, which not only exercises oversight over the management board but also defines the company's strategy and exercises all the powers that the law confers on the board of directors in the unitary system.

The **fourth chapter** analyses the structure of powers within a dual system to offer conclusions regarding the relations between the statutory auditor and the supervisory board. These relations are not different from the relations that the statutory auditor, pursuant to the Belgian Code of Companies, maintains with the board of directors of a limited liability company that has a management committee.

The purpose of the specialized committees within the governing body of a public limited company (*naamloze vennootschap / société anonyme*) is to set up a sounding board and center of expertise on the various important questions to ensure both the performance of the company, its compliance and to report on it.

Because of this specificity and the emphasis on checking compliance by the company, the statutory auditor can maintain a regular and punctual dialogue with each of these committees to on the one hand verify the actual presence of the required expertise and on the other hand exchange the information which may be valuable for his audit work. The relationship between the statutory auditor and these committees is discussed in the **fifth chapter**.

It is mainly with the audit committee that the statutory auditor maintains a relationship of mutual control that, in addition to the aspect of mutual supervision, must be formalized in a real dialogue as well as in regular discussions that invaluablely stimulate and enrich each of the stakeholders.

The legal provisions, standards and policies that have been published with regard to this relationship provide a clear framework for the auditor's relationship with the audit committee. However, this framework remains sterile if the stakeholders commit themselves as mere officials to a system where engagement is only formal. Whenever engagement is open and everyone dares to express themselves in confidence in front of others and within the confidentiality of the committee meetings, each one will be strengthened by these exchanges.

The latest financial crises have shown an inefficiency in management of the company if this is merely the sum of the principles and functions to which nobody commits. Personal judgment is expected from each member of a committee and from the statutory auditor. This ability is the requirement for good governance. This management will be all the more guaranteed if the assessment is based on prior discussions between the members of the committee, between them and the other stakeholders of the internal control system and between the committees and the statutory auditor.

Among the committees of the board, the risk committee performs a sensitive function in order to guarantee the sustainable management of the company. This committee is not regulated by the Belgian CCA. It is only mandatory in certain companies regulated by the financial sector. In the performance of his assignment, the statutory auditor can maintain with this committee a relationship of exchange of knowledge and issues in a useful way.

The remuneration and nomination committees can also be an important point of contact to allow the statutory auditor to assess the business risks and the communications in this regard, to the extent that these committees have the assignment of ensuring compliance with the obligations of the company arising from the CCA or from particular laws that the statutory auditor must take into account.

The **sixth chapter** handles the relationship between the statutory auditor and the general meeting of shareholders.

The following topics are addressed: the appointment of the statutory auditor by the general meeting, the determination of the remuneration of the statutory auditor by the general meeting, the discharge given to the statutory auditor by the general meeting, the convocation of the general meeting by the statutory auditor, the information provision by the statutory auditor to the general meeting, the right of shareholders to ask questions at the general meeting and the company's demand for liability in respect of the statutory auditor, about which the general meeting makes the decision.

The topics selected are analysed in the context of the Belgian CCA.

The provision of economic and financial information to the works councils and the verification thereof by a registered auditor is among the structural reforms negotiated by the social partners at the end of the Second World War. The implementation of the

legislation in practice took place in stages, until the reform of the audit profession in 1985. The appointment of a registered auditor is required in all companies where a works council has been set up: if it is a company, the statutory auditor will be assigned to report to both the general meeting of shareholders and the works council on the information that is provided to each. The object and modalities of these reports have been codified in company law in 2000 and is the subject of the **seventh chapter**. The new Belgian CCA of 2019 does not introduce any major innovation.

The first aspect of the registered auditor's assignment in respect of the works council is the 'certification' of the information. The latter includes the financial statements and the consolidated financial statements on which the statutory auditor reports to the general meeting. It covers other aspects that are the subject of the Royal Decree of 27 November 1973. While that Decree has barely changed (other than indirectly as a result of Collective Labour Agreement no. 9), the ordinary law on annual information, about the management report, has changed substantially. The result is an alignment between the two sets of information rules, which originally were quite far apart.

A second aspect of the registered auditor's assignment is much more original and undeniably more important for members of the works council. It's a decoder's role: it concerns the analysing and explaining of the economic and financial information intended specifically for members of the works council, appointed by the employees. The aim of the registered auditor's assignment is not to judge the objectives or the quality of management, but to enable staff representatives to understand and assimilate the information provided to them. The study develops seven methodological habits, which are the basic tools of all effective communication on economic and financial matters.

To successfully complete their assignment, statutory/registered auditors must respect basic ethical principles, which are the same regardless of their assignment: competence, independence and professional secrecy are the most relevant. The implementation of the principles of independence and professional secrecy deserve a few further remarks. In particular, a third aspect of the legal assignment of the registered auditors is discussed: how to apply the principles of professional secrecy if the registered auditor identifies omissions in the economic and financial information provided to the works council?

The worries of the workers are great when the company is experiencing financial difficulties. The role of the works council is all the more important in such situation.

A complete part of the study is devoted to illustrate this particular situation. In this context, the societal character of the registered auditor's assignment takes the greatest amplitude because of the impact on the apprehension of the risks of discontinuity. It is confirmed by the legal provisions of the Belgian CCA.

The last part of the study comments on civil, criminal and disciplinary liability. The text is brief, since there are only a few distinctive features compared to the ordinary law.

The registered auditor is in the tool box of the social dialogue. His interventions towards the works council are framed by the great principles embedded in regulations enshrining the social agreements. They need to be inspired by the 24 good practices elaborated by the Belgian Institute of Registered Auditors and the labour and management representatives. These practices will grow depending on the evolution of the expectations of the dialogue partners of the social consultation within the company.

The role and competences of the Health and Safety Committee (CPPT/CPBW) are defined in the Law of 4 August 1996 on the well-being of workers in the performance of their work. Its relationship with the statutory auditor is developed in the **eighth chapter**.

The statutory auditor does not have a role to play in respect to the CPPT/CPBW, unless the latter committee, in accordance with Article 18, third paragraph of the Law of 20 September 1948 organizing the economy, acts as works council, which is typically the case where a company has fewer than 100 employees and where, before the next social elections, the staff complement has fallen below 100 employees (but not below 50).

Where the CPPT/CPBW exercises the competence of the works council, the provisions concerning the works council in the Belgian CCA apply (report to the works council, certification of the accuracy and completeness of the economic and financial information, etc.).

In practice, however, it was noted that many companies are unaware of these legal obligations, or new worker representatives or management are unaware that the company had more than 100 employees at the time of the previous social elections.

The Law of 23 April 2008 gives the CPPT/CPBW competences concerning the right to financial information. This law did not, however, provide that the economic and financial information given to the CPPT/CPBW in companies with fewer than 100 employees should be verified or confirmed by the statutory auditor or a registered auditor in the absence of a statutory auditor.

Lastly, the above-mentioned Law of 4 August 1996 contains a provision that authorizes the members of the Committees to request the assistance of experts. The CPPT/CPBW, with the consent of the employer, can invoke that provision to request the assistance of a registered auditor.

What is unique to Belgium is the collaborative model that exists between an accredited statutory auditor and the prudential supervisory authorities. This is the topic of the **ninth chapter**. Both for institutions that come under the supervision of the National Bank of Belgium (NBB) and those that fall under the supervision of the Financial Services and Markets Authority (FSMA), a registered auditor accredited by the NBB or the FSMA respectively must be appointed who, in addition to their mandate under private law, are also required to fulfil a mandate under public law. That is, they cooperate with the (prudential) supervision conducted by the supervisory authority.

In addition to their cooperation with prudential supervision, in the context of supervision of registered auditors or the prevention of money laundering or of terrorist financing, there are specific obligations on the part of the statutory auditor and the registered auditors in general to exchange information with the Belgian Audit Oversight College (*College van Toezicht op de Bedrijfsrevisoren / Collège de Supervision des Réviseurs d'entreprises*) and the Financial Intelligence Processing Unit (CFI-CTIF).

These collaborative or cooperative models fit with the role that the statutory auditor fulfils in society. This contribution clarifies the relationship between the statutory auditor and the supervisory authorities.

In the **tenth chapter**, the authors examine the possibilities for cooperation and the exchange of information between supervisors in the public sector. The contribution focuses on the relationship between the statutory auditor (registered auditor) and (i) the Court of Audit and (ii) the government auditor (as a key player in administrative supervision).

It goes without saying that efficient cooperation between the various supervisors of public companies is promoted by a clear framework, firmly embedded in law, in which cooperation with the statutory auditor (registered auditor) can take place. Such cooperation requires, among other things, the exchange of information, which is, however, a sensitive issue for the registered auditor: he is subject to professional secrecy punishable under criminal law. The registered auditor therefore has every interest in only disclosing information when there is a firm legal basis for such disclosure. This means that often either an express legal (or decree-based) exception exists on the basis of which information can be exchanged, or it is possible to fall back on existing (standard) legal exceptions (or on the jurisprudential exception of the so-called 'shared secret').

Opposite to this professional secrecy of the registered auditor, founded on principle and curbed by criminal law, stands the lack of a legal foundation for professional secrecy for the Court of Audit and the government auditor, and the lack of an express right of access by these players to the information in the hands of the government auditor.

Having outlined the issue, the contribution looks at the relationship between both players in practice.

The contribution concludes, with amazement, that in an (important) matter that is nevertheless the subject of (a great many) special regulations, it has to be noted that (as regards to the Court of Audit with one exception) no (satisfactory) legally sound framework is created within which the statutory auditor (registered auditor) can share information with peace of mind with his fellow supervisors. Apart from the exchange of information in the context of ‘single audit’ in Flanders, for the cautious registered auditor in his relationship with the Court of Audit and the government auditor, the popular adage applies that ‘silence is golden’.

This publication has been reviewed by a reading committee consisting of:

- Herman BRAECKMANS, emeritus professor company law at the University of Antwerp, attorney at the Antwerp Bar, member of the Belgian Institute of Registered Auditors (IRE-IBR) Legal Affairs Commission and board member of the Belgian Information Centre of Corporate Audit (ICCI). He is the author of standard articles on the mission and assignments of the statutory auditor. His *magnum opus*, *Handboek Vennootschapsrecht*, contains multiple mentions of the registered and statutory auditor; and
- Hugues FRONVILLE, registered auditor, former board member of the Belgian Institute of Registered Auditors (IRE-IBR), honorary partner of the audit firm BDO and member of the IRE-IBR Legal Affairs Commission.

INHOUDSTAFEL – TABLE DES MATIERES – TABLE OF CONTENTS

Woord vooraf	V
<i>M. Wyckaert</i>	
Avant-propos	VII
<i>M. Wyckaert</i>	
Executive summary (NL)	IX
Executive summary (FR)	XIX
Executive summary (EN)	XXIX
Inhoudstafel – Table des matières – Table of contents	XXXIX
HOOFDSTUK 1 INLEIDENDE BESCHOUWINGEN	1
CHAPITRE 1^{ER} CONSIDERATIONS PRELIMINAIRES	1
<i>L. Acke</i>	
CHAPITRE 2 RELATIONS ENTRE LE COMMISSAIRE ET LA DIRECTION (MANAGEMENT)	5
HOOFDSTUK 2 VERHOUDING TUSSEN DE COMMISSARIS EN DE DIRECTIE (MANAGEMENT)	5
<i>D. Willermain & D. Lambrecht</i>	
2.1. Absence de définition du <i>management</i> ou de la direction en droit des sociétés	6
2.2. Absence de relation structurelle légalement organisée entre le <i>management</i> et le commissaire	11
2.3. Pouvoirs d’investigation du commissaire : « droit d’accès » au <i>management</i> et déclarations de la direction	13
2.3.1. Pouvoirs d’investigation du commissaire et « accès » au <i>management</i>	13
2.3.2. Les « <i>déclarations écrites</i> » de la direction	14
2.3.3. La « <i>déclaration des personnes responsables au sein de l’émetteur</i> »	17
2.4. Reconnaissance des relations entre le <i>management</i> et le commissaire par les recommandations de <i>corporate governance</i> et les normes comptables	19
2.4.1. Recommandations de <i>corporate governance</i>	19
2.4.2. Normes comptables	20
2.5. Relations avec le <i>management</i> et indépendance du commissaire	22
2.6. Questions de responsabilités	24
2.7. Conclusion	27

HOOFDSTUK 3 VERHOUDING TUSSEN DE COMMISSARIS EN HET BESTUURSORGAAN	29
CHAPITRE 3 RELATIONS ENTRE LE COMMISSAIRE ET L'ORGANE D'ADMINISTRATION	29
<i>S. De Geyter</i>	
3.1. Algemeen	30
3.1.1. Algemene controleopdracht van de commissaris	30
A. Inleiding	30
B. Het inzagerecht	31
C. Inlichtingen van het bestuursorgaan	32
D. Bevestigingen van derden	32
E. Toegang tot het bestuursorgaan	32
F. Recht om de algemene vergadering bijeen te roepen	34
G. Controle van de halfjaarlijkse staat	34
3.1.2. Bewaking van de continuïteit van de gecontroleerde entiteit	35
A. Algemeen	35
B. Verantwoording van de toegepaste waarderingsregels bij aanhoudende verliezen	35
C. Maatregelen om de continuïteit gedurende redelijke termijn te vrijwaren	36
D. De alarmbelprocedure	38
3.2. Bevestigingsbrief	40
3.2.1. Inhoud van de bevestigingsbrief	40
3.2.2. Wie is bevoegd om de bevestigingsbrief te ondertekenen?	40
3.2.3. Wat in geval van weigering om de bevestigingsbrief te ondertekenen?	42
3.2.4. Welke impact heeft de ondertekening van de bevestigingsbrief op de werkzaamheden van de commissaris?	43
3.3. Verslag van de effectieve leiding	44
3.4. Aansprakelijkheid	45
3.5. Besluit	48
CHAPITRE 4 RELATIONS ENTRE LE COMMISSAIRE ET LE CONSEIL DE SURVEILLANCE	49
HOOFDSTUK 4 VERHOUDING TUSSEN DE COMMISSARIS EN DE RAAD VAN TOEZICHT	49
<i>P.A. Foriers & N. Tissot</i>	
4.1. Introduction	50
4.2. Aux sources d'un système dual à la belge	51
4.3. Le système dual du Code des sociétés et des associations : l'articulation des pouvoirs	54
4.4. Le commissaire et le système dual	56

CHAPITRE 5	RELATIONS ENTRE LE COMMISSAIRE ET LES COMITES DIVERS CONSTITUES AU SEIN DU CONSEIL D'ADMINISTRATION	57
HOOFDSTUK 5	VERHOUDING TUSSEN DE COMMISSARIS EN DE VERSCHILLENDE COMITES BINNEN DE RAAD VAN BESTUUR	57
	<i>J.-M. Gollier</i>	
5.1.	Introduction	58
5.1.1.	Les vertus du dialogue : il n'y a pas que des machines, il y a aussi des hommes	58
5.1.2.	Les comités de la société anonyme	60
5.2.	Comité d'audit	62
5.2.1.	Généralités	62
5.2.2.	Nomination du commissaire	62
5.2.3.	Suivi du contrôle légal des comptes	63
5.2.4.	Indépendance du commissaire	66
5.3.	Autres comités spécialisés	69
5.3.1.	Comité de rémunération	69
5.3.2.	Comité des risques	70
5.3.3.	Comité de nomination	70
5.4.	Conclusion	71
HOOFDSTUK 6	VERHOUDING TUSSEN DE COMMISSARIS EN DE ALGEMENE VERGADERING	73
CHAPITRE 6	RELATIONS ENTRE LE COMMISSAIRE ET L'ASSEMBLEE GENERALE	73
	<i>R. Houben</i>	
6.1.	Inleiding	74
6.2.	Benoeming van de commissaris door de algemene vergadering	75
6.2.1.	De verplichting tot benoeming van een commissaris	75
6.2.2.	Alleen bedrijfsrevisoren of geregistreerde auditkantoren komen in aanmerking	76
6.2.3.	Vereiste van onafhankelijkheid	77
6.2.4.	De algemene vergadering is bevoegd	78
6.3.	De vaststelling van de bezoldiging van de commissaris door de algemene vergadering	81
6.4.	Het ontslag van de commissaris door de algemene vergadering	83
6.5.	Samenroeping van de algemene vergadering door de commissaris	87
6.6.	Informatieverschaffing door de commissaris aan de algemene vergadering	89
6.6.1.	Het controleverslag	89
6.6.2.	Occasionele verslagplichten	91
6.7.	Het vraagrecht van de aandeelhouders op de algemene vergadering	93
6.8.	De aansprakelijkheidsvordering van de vennootschap t.a.v. de commissaris	94
6.9.	Besluit	97

CHAPITRE 7 LE COMMISSAIRE ET LE CONSEIL D'ENTREPRISE 99
HOOFDSTUK 7 DE COMMISSARIS EN DE ONDERNEMINGSRAAD 99

P. Comhaire & H. Olivier

7.1.	Contexte général	100
7.2.	Certification des informations économiques et financières	103
7.2.1.	Introduction	103
7.2.2.	Informations économiques et financières	103
7.2.3.	Certification du caractère fidèle et complet des informations	105
7.3.	Mission d'analyse et d'explication	108
7.3.1.	Généralités	108
7.3.2.	Bien comprendre le rôle du réviseur	108
7.3.3.	Auditer, c'est aussi analyser	109
7.3.4.	Définir la notion d' « explications »	109
7.3.5.	Une pédagogie adaptée	110
7.3.6.	La pédagogie de l'économie	111
	A. Introduction	111
	B. Tenir compte de la dimension du temps durant lequel s'opère tout changement – 1 ^{er} réflexe	111
	C. Préciser les mots pour dire l'économie et la finance de l'entreprise – 2 ^{eme} réflexe	112
	D. Inculquer la notion d'importance relative de toute information – 3 ^{eme} réflexe	112
	E. Distinguer les chiffres mesurant les flux de ceux qui évaluent les existants – 4 ^{eme} réflexe	114
	F. Souligner le nécessaire équilibre entre les ressources et leurs utilisations – 5 ^{eme} réflexe	114
	G. Ne pas négliger l'influence des facteurs psychosociologiques – 6 ^{eme} réflexe	115
	H. La mécanique des interdépendances – 7 ^{eme} réflexe	115
7.3.7.	En synthèse	116
7.4.	Conditions pour un bon exercice de la mission	118
7.4.1.	Introduction	118
7.4.2.	L'indépendance du réviseur d'entreprises	118
7.4.3.	Confidentialité, discrétion et secret professionnel	122
7.5.	Information du conseil d'entreprise en cas de problème de continuité	126
7.5.1.	Généralités	126
7.5.2.	Les règles d'évaluation dans les états financiers	126
7.5.3.	Les règles du droit des sociétés et du Code de droit économique	127
7.5.4.	L'information spécifique du conseil d'entreprise – généralités	129
7.5.5.	L'information spécifique du conseil d'entreprise – le plan de redressement	131
7.6.	Responsabilité du réviseur	134
7.7.	Conclusions	137

XLII

CHAPITRE 8	RELATIONS ENTRE LE COMMISSAIRE ET LE COMITE DE PREVENTION ET DE PROTECTION AU TRAVAIL	141
HOOFDSTUK 8	VERHOUDING TUSSEN DE COMMISSARIS EN HET COMITE VOOR PREVENTIE EN BESCHERMING OP HET WERK	141
	<i>D. Lhoste & A. Streef</i>	
8.1.	Généralités	142
8.2.	Au cas où un conseil d'entreprise est constitué	143
8.3.	Au cas où aucun conseil d'entreprise n'est constitué	144
	8.3.1. Introduction	144
	8.3.2. Au cas où le CPPT exerce les compétences du CE	144
	8.3.3. La loi du 23 avril 2008	145
8.4.	Observations finales	146
HOOFDSTUK 9	MEDEWERKING VAN DE COMMISSARIS AAN HET PRUDENTIEEL TOEZICHT EN ANDERE CONTROLE-AUTORITEITEN	147
CHAPITRE 9	COOPERATION DU COMMISSAIRE AU CONTROLE PRUDENTIEEL ET AUTRES AUTORITES DE CONTROLE	147
	<i>I. De Poorter</i>	
9.1.	Inleiding	148
9.2.	Verhouding tussen de commissaris en de FSMA	150
	9.2.1. Inleiding	150
	9.2.2. Toepassingsgebied	151
	9.2.3. Vereisten tot erkenning door de FSMA	151
	9.2.4. Werkzaamheden van de commissaris	152
	A. Verslag over de periodieke staten en de periodieke verslagen	152
	B. Beoordeling van interne controle	154
	C. Verslaggeving aan de FSMA	156
	D. Signaalfunctie en informatie-uitwisseling	156
	E. Mededelingen die de FSMA op eigen initiatief richt aan de erkende commissaris	158
	9.2.5. Samenwerking tussen de erkende commissaris en de FSMA	158
9.3.	Verhouding tussen de commissaris en de NBB	160
	9.3.1. Inleiding	160
	9.3.2. Toepassingsgebied	160
	9.3.3. Vereisten tot erkenning door de NBB	161
	9.3.4. Prudentiële verwachtingen van de NBB ten aanzien van de erkende commissarissen	161
	A. Beperkt nazicht en controle per einde jaar	163
	B. Beoordeling van interne controle	165
	C. Verslaggeving	166
	D. Signaalfunctie en informatie-uitwisseling	167
	E. Mededelingen die de NBB op eigen initiatief richt aan de erkende commissaris	168
9.4.	Verhouding tussen de commissaris en de controledienst voor de verzekeringen	169

9.5.	Verhouding tussen de commissaris en het CTR	169
9.5.1.	Inleiding	169
9.5.2.	Taken: kwaliteitscontrole en toezicht	170
9.5.3.	Verhouding van het CTR tot de FSMA	174
9.6.	Verhouding tussen de commissaris en de CFI	175
9.6.1.	Inleiding	175
9.6.2.	Bevoegdheden van de CFI	176
9.6.3.	De verplichtingen van de revisoren ten aanzien van de CFI	177
9.7.	Besluit	181

**HOOFDSTUK 10 PUBLIEKE SECTOR: VERHOUDING TUSSEN DE
COMMISSARIS EN DE TOEZICHTHOUDENDE OVERHEID** **183**

**CHAPITRE 10 SECTEUR PUBLIC: RELATIONS ENTRE LE COMMISSAIRE ET
L'AUTORITE DE TUTELLE** **183**

C. Fornoville & A. François

10.1.	Inleiding	184
10.2.	Probleemstelling: het principiële beroepsgeheim van de commissaris vs. de openbaarheid van bestuur en de verantwoording aan het parlement	186
10.2.1.	Inleiding	186
10.2.2.	Het beroepsgeheim van de commissaris-bedrijfsrevisor	186
10.2.3.	Openbaarheid van bestuur en informatieopdracht	188
10.2.4.	Ruime toegang van de toezichthouders tot informatie m.b.t. de rechtspersoon	189
10.3.	De verhouding tussen de commissaris en het Rekenhof	191
10.3.1.	Algemeen	191
10.3.2.	<i>Joint audit</i> : de verhouding als beiden een “college van commissarissen” vormen	191
10.3.3.	In Vlaanderen: <i>single audit</i>	194
	A. De totstandkoming van <i>single audit</i>	194
	B. Bijkomende uitzonderingen op het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisoren	197
	C. Afspraken <i>single audit</i>	198
10.3.4.	De verhouding met het Rekenhof buiten “ <i>joint</i> ” of “ <i>single</i> ” <i>audit</i>	201
10.4.	Verhouding tussen de commissaris en de regeringscommissaris	204
10.4.1.	Inleiding	204
10.4.2.	Opdracht, bevoegdheden en discretieplicht regeringscommissaris	204
10.4.3.	Mag/moet de commissaris informatie overmaken aan de regeringscommissaris?	206
10.4.4.	Kan de commissaris(-bedrijfsrevisor) zelf informatie bekomen van de regeringscommissaris voor de voltooiing van zijn controletaak?	208
10.5.	Besluit	209

HOOFDSTUK 1

INLEIDENDE BESCHOUWINGEN

CHAPITRE 1^{ER}

CONSIDERATIONS PRELIMINAIRES

L. ACKE

Bedrijfsrevisor

Voorzitter ICCI

Raadslid IBR

Lid Juridische Commissie IBR

1. De bedrijfsrevisor vervult een opdracht van algemeen belang en is onontbeerlijk voor de goede werking van de economie. Hij stelt zijn deskundigheid, zijn professionalisme en zijn waarden ten dienste van zijn klanten en van alle belanghebbende partijen (klanten, leveranciers, investeerders, bankiers, publieke overheden, personeel) om een onafhankelijke dienstverlening te bieden met hoogstaande toegevoegde waarde en van algemeen belang met het oog op een versterking van het noodzakelijk vertrouwen in een goed functionerend economisch stelsel.

De voornaamste doelstelling van zijn tussenkomst als commissaris bestaat erin de transparantie en de betrouwbaarheid van de financiële overzichten te waarborgen, waarvan de gebruikers verwachten dat die een getrouw beeld geven van het vermogen, van de financiële toestand en de resultaten van de onderneming.

In zijn hoedanigheid van controleorgaan ⁽¹⁾ van de vennootschap dialogueert de commissaris met verschillende organen en comités die meestal intern, maar ook extern kunnen zijn aan de gecontroleerde entiteit. Zijn verhouding ermee wordt in dit boek omstandig toegelicht.

2. De commissariscontrole gebeurt op een permanente basis. Het impliceert een regelmatig contact met de gecontroleerde vennootschap middels het management en het bestuursorgaan teneinde op de hoogte te blijven van belangrijke beslissingen van de vennootschap.

Voor de goede uitvoering van hun controle beschikken de commissarissen over ruime onderzoeksbevoegdheden. Ze kunnen op elk ogenblik ter plaatse inzage nemen van de boeken, brieven, notulen en in het algemeen van alle documenten en geschriften van de vennootschap. Zij kunnen van het bestuursorgaan, van de gemachtigden en van de aangestelden van de vennootschap alle ophelderingen en inlichtingen vorderen en alle verificaties verrichten die zij nodig achten (art. 3:68, § 1, eerste lid WVV).

In het kader van deze onderzoeksbevoegdheden vraagt de commissaris aan de leiding van de entiteit om een bevestigingsbrief ⁽²⁾ te ondertekenen.

3. Een nieuwigheid is dat een NV kan kiezen voor een dual bestuur, hetgeen de oprichting van een raad van toezicht impliceert.

4. De commissaris staat ook in contact met de verschillende comités binnen het bestuursorgaan. Het gaat om het audit-, risico-, remuneratie- en het benoemingscomité.

⁽¹⁾ Voor het onderscheid van organen op basis van hun functie, cf. T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés, Tome I*, Diegem, Kluwer Éditions, Juridiques Belgique, 1996, p. 702-703, nr. 928: « (...). On peut ainsi distinguer les organes de délibération, de gestion (également dits chargés de l'administration), de représentation, de contrôle et de liquidation. (...) (iv) **Les organes de contrôle** – Les organes de contrôle sont les commissaires-reviseurs. (...). Ils n'ont pas de pouvoirs de représentation vis-à-vis des tiers. ».

⁽²⁾ Zie ook ICCI (ed.), *De bevestigingsbrief, leiding en bedrijfsrevisoren*, Brugge, die Keure, 2008, nr. 3, 156 p.

Het spreekt vanzelf dat de commissaris vooral met het auditcomité⁽³⁾ nauw in verbinding staat.

5. De commissaris mag niet tussenkomen in het bestuur van de door hem gecontroleerde vennootschap. Deze formulering heeft een algemene strekking en omvat eveneens rechtstreekse en onrechtstreekse tussenkomsten in het beslissings- of besluitvormingsproces die plaatsvinden nadat een bijzondere of algemene volmacht werd verstrekt aan andere personen dan diegenen die binnen de vennootschap luidens de algemene bepalingen gerechtigd zijn de beslissing te treffen of het besluit te nemen.

Dit verbod doet echter geen afbreuk aan de bevoegdheid door het WVV aan de commissaris toevertrouwd om de algemene vergadering van aandeelhouders bijeen te roepen.

6. Artikel 3:76 WVV voorziet in bijkomende rapporteringsverplichtingen voor de commissaris in vennootschappen met een ondernemingsraad⁽⁴⁾. Zo moet de commissaris voor de ondernemingsraad een afzonderlijk verslag opstellen betreffende de jaarrekening en het jaarverslag.

Verder certificeert hij de getrouwheid en de volledigheid van de financiële en economische informatie die het bestuursorgaan aan de ondernemingsraad verstrekt, voor zover deze inlichtingen blijken uit de jaarrekening, de boekhouding van de vennootschap of voortvloeien uit andere verifieerbare stukken. In het bijzonder ten behoeve van de door de werknemers benoemde leden van de ondernemingsraad verklaart en ontleedt de commissaris de betekenis van de aan de ondernemingsraad verstrekte economische en financiële inlichtingen ten aanzien van de financiële structuur en de evolutie in de financiële toestand van de vennootschap.

Tenslotte brengt hij het bestuursorgaan op de hoogte van de leemten in de economische en financiële inlichtingen en, indien deze daaraan geen gevolg geeft binnen de maand volgend op zijn tussenkomst, stelt hij op eigen initiatief de ondernemingsraad daarvan in kennis.

7. De bedrijfsrevisor heeft geen specifieke rol te vervullen ten aanzien van het Comité voor preventie en bescherming op het werk, behalve wanneer het Comité, in uitvoering van artikel 18 van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van de economie, tijdelijk de activiteiten van een voorheen bestaande ondernemingsraad voortzet tot de volgende vierjaarlijkse sociale verkiezingen.

8. Bepaalde bijzondere wetgeving, *in casu* financiële wetgeving en de verzekeringswetgeving, legt de commissarissen op om met gerechtelijke of administratieve controleautoriteiten samen te werken door laatstgenoemden te informeren over inbreuken en schendingen van de wetgeving waarvan ze in de uitoefening van hun functie kennis zouden krijgen.

⁽³⁾ Zie ook ICCI (ed.), *Het auditcomité en de commissaris*, Brugge, die Keure, 2009, nr. 1, 213 p.

⁽⁴⁾ Zie ook ICCI (ed.), *De rol van de bedrijfsrevisor ten opzichte van de ondernemingsraad*, Antwerpen, Maklu, 2010, nr. 2, 315 p.

9. ISA 260 en ISA 265 voorzien dat de commissaris zijn *management letter* richt aan degenen belast met *governance*, hetgeen vrij wordt vertaald als “bestuursorgaan”. Paragraaf 11 van ISA 260 vereist van de bedrijfsrevisor dat hij bepaalt wie de geschikte persoon (personen) binnen de *governance* structuur van de entiteit is (zijn) om mee te communiceren. In de publieke sector⁽⁵⁾ kunnen *governance* verantwoordelijkheden bestaan op meerdere organisatorische niveaus, alsook binnen verschillende functies (dit is zowel verticaal als horizontaal). Bij bepaalde entiteiten kan het dan ook gaan om verschillende onderscheiden groepen die worden bestempeld als zijnde “degenen belast met *governance*”.

10. De vrijheid van de commissaris inzake communicatie is in vele gevallen beperkt door het wettelijk en normatief kader waarbinnen hij handelt. Tevens dwingt de complexiteit van het onderwerp waarover wordt gecommuniceerd tot nuancering en fijnzinnige formulering. Dit alles leidt tot soms moeilijk te doorgronden teksten; het volstaat bij wijze van voorbeeld te verwijzen naar de meest recente versie van de commissarisverklaring.

Dit alles neemt niet weg dat het de bedoeling moet zijn dat de communicatie duidelijk, *to the point* en in functie van de bestemming zou moeten zijn. De uitdaging voor de bedrijfsrevisor bestaat erin een kwalitatief hoogstaande communicatie te garanderen, zowel schriftelijk als mondeling. Communicatie is immers het eindproduct en voor de buitenwereld vrijwel het enige echt tastbare onderdeel van een revisorale opdracht.

⁽⁵⁾ Zie ook ICCI (ed.), *Toepassing van de internationale audit-standaarden ISA en ISSAI in de publieke sector*, Antwerpen, Maklu, 2015, nr. 3, 139 p.

CHAPITRE 2

RELATIONS ENTRE LE COMMISSAIRE ET LA DIRECTION (*MANAGEMENT*)

HOOFDSTUK 2

VERHOUDING TUSSEN DE COMMISSARIS EN DE DIRECTIE (*MANAGEMENT*)

D. WILLERMAIN

Avocat au barreau de Bruxelles

Maître de conférences à l'Université Libre de Bruxelles

D. LAMBRECHT

Avocat au barreau de Bruxelles

2.1. ABSENCE DE DEFINITION DU *MANAGEMENT* OU DE LA DIRECTION EN DROIT DES SOCIÉTÉS

11. Il n'est pas aisé d'examiner, sous l'angle du droit des sociétés, les relations juridiques entre le commissaire et la direction ou le *management (exécutif)* de la société qu'il contrôle: en effet, et c'est un premier constat qui s'impose, les notions de direction et de *management (exécutif)*⁽¹⁾ sont issues de la pratique, des normes comptables et des recommandations en matière de *corporate governance* et ne sont pas légalement consacrées et définies en tant que telles par notre droit des sociétés.

Le Code des sociétés (« CS ») et le nouveau Code des sociétés et des associations (« CSA ») reconnaissent uniquement les notions d'« *administrateur exécutif* » (*infra*, n° 12) dans les sociétés anonymes et de « *délégué à la gestion journalière* » (*infra*, n° 13) dans les sociétés anonymes et, désormais, en vertu du CSA, dans les sociétés à responsabilité limitée. Le CSA instaure également un conseil de direction dans les sociétés anonymes à structure dualiste, tout en supprimant le comité de direction organisé dans les sociétés anonymes depuis la loi *corporate governance* du 2 août 2002 (*infra*, n° 14).

12. La notion d'administrateur exécutif ne fait pas l'objet d'une définition générale⁽²⁾. Le CSA énonce uniquement que « *tout administrateur qui s'est vu déléguer la gestion journalière (...) est dans tous les cas présumé être un membre exécutif du conseil d'administration* » (art. 7:99, § 3, al. 3 et art. 7:100, §2, al. 1^{er} CSA). Inversement, selon le Code belge de gouvernance d'entreprise 2009 (« Code 2009 »)⁽³⁾, un « *administrateur non exécutif est tout membre du conseil d'administration qui n'exerce pas de responsabilité exécutive dans la société* » (ligne de conduite sous la disposition 2.3).

⁽¹⁾ Sur le *management exécutif*, voy. notamment : P. DE WOLF, « Gestion de la SA : fragmentation des organes et spécialisation des tâches » in *Actualités en droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 150-154, n° 37-44 ; E. POTTIER & A. BERTRAND, « Une structure claire de management exécutif », in *Corporate governance. Les principes de bonne gouvernance en pratique*, Séminaire VANHAM et VANHAM du 5 mai 2011 ; Y. DE CORDT, « Le dirigeant d'entreprise, un personnage à multiples facettes », in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 21 et s. ; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 91-95, n° 62.

⁽²⁾ Sur la notion d'administrateur exécutif, voy. notamment : D. WILLERMAIN, « L'administrateur de sociétés et sa participation au conseil d'administration », in *L'administrateur de sociétés*, Séminaire VANHAM & VANHAM, 11 mai 2017, n° 120 ; V. SIMONART, « Le conseil d'administration de la société anonyme et ses comités », *J.T.*, 2011/11, p. 222.

⁽³⁾ La présente contribution a été rédigée sur la base de l'édition 2009 de ce code, disponible sur <https://www.corporategovernancecommittee.be/fr> et rendue applicable aux sociétés cotées par l'arrêté royal du 6 juin 2010 portant désignation du Code de gouvernement d'entreprise à respecter par les sociétés cotées. Au moment de la lecture des épreuves de la présente contribution, la version 2020 dudit code a été rendue publique (disponible sur le site précité). Ce nouveau Code belge de gouvernance d'entreprise 2020 (« Code 2020 ») a été reconnu par le gouvernement comme le code de référence pour les sociétés cotées belges. Il s'applique à elles à partir des exercices débutant en 2020 ou après. Toutefois, les sociétés cotées peuvent choisir dès à présent d'appliquer le Code 2020 aux exercices débutant le 1^{er} janvier 2019 ou ultérieurement (application optionnelle). Dans la mesure du possible, compte tenu des contraintes de temps et de publication, nous avons tenté de tenir compte de cette nouvelle version 2020 dans la présente contribution, sans prétention d'exhaustivité cependant.

Le Code 2020 ne reprend pas cette définition et ne précise donc pas ce qu'il y a lieu d'entendre par « *administrateur non exécutif* ».

Comme on le sait, la distinction entre administrateurs exécutifs et administrateurs non exécutifs est issue de la pratique et des recommandations en matière de *corporate governance*. D'une manière générale, l'idée est d'établir une distinction entre, d'une part, les fonctions exécutives d'administration au sens actif du terme (qui incombe plus particulièrement aux administrateurs exécutifs) et, d'autre part, les fonctions non exécutives de surveillance et de contrôle (revenant davantage – mais pas exclusivement – aux administrateurs non exécutifs).

Plus précisément, les administrateurs exécutifs sont en charge « *de la gestion quotidienne de [la] société* » (disposition 3.3 du Code belge de gouvernance d'entreprise version 2009). Ils élaborent la stratégie de la société, les politiques clés et les projets qu'ils soumettent au conseil d'administration. Le Code 2020 n'assigne plus de rôle particulier aux administrateurs exécutifs mais au *management* exécutif dans son ensemble (*infra*, n° 16).

Les administrateurs non exécutifs – qui doivent représenter au moins la moitié des membres du conseil (disposition 2.3 du Code belge de gouvernance d'entreprise 2009⁽⁴⁾) – ne sont pas impliqués activement dans la gestion de la société, mais ont davantage une fonction de contrôle ou de surveillance. Ils « *discutent de manière critique et constructive la stratégie et les politiques clés proposées par le management exécutif et contribuent à les développer* » et « *procèdent à l'évaluation rigoureuse de la performance du management exécutif dans la réalisation des objectifs convenus* » (lignes de conduite sous la disposition 3.3 du Code belge de gouvernance d'entreprise 2009)⁽⁵⁾. Le Code 2020 n'assigne plus un rôle spécifique aux administrateurs non exécutifs dans des termes aussi nets que ne le faisait le Code 2009. Selon le Code 2020, c'est désormais le conseil d'administration dans son ensemble qui « *soutient le management exécutif et se tient prêt à exprimer de vues critiques de manière constructive aussi souvent que nécessaire* » (disposition 2.3 ; voy. aussi les dispositions 2.5 et 2.6).

Dans un système d'administration de type moniste, on aboutit ainsi à un dualisme fonctionnel, au sein de l'organe d'administration, entre la gestion et la surveillance. Dans les grandes sociétés au moins, l'organe d'administration, très majoritairement composé d'administrateurs non exécutifs, a un rôle essentiellement de surveillance de la gestion confiée à la direction ou au *management* (voy. également *infra*, n° 17). Le Code 2020 confirme cette évolution du rôle du conseil d'administration puisque, comme on vient de le voir, c'est le conseil dans son ensemble (et plus uniquement

⁽⁴⁾ La disposition 3.4 du Code 2020 remplace le critère de la moitié par un critère de majorité (à savoir la moitié plus un) d'administrateurs non exécutifs au sein du conseil.

⁽⁵⁾ La recommandation de la Commission européenne du 15 février 2005 concernant le rôle des administrateurs non-exécutifs et des membres du conseil de surveillance des sociétés cotées et les comités du conseil d'administration ou de surveillance est plus explicite encore en énonçant, dans son troisième considérant, que, parmi les tâches des administrateurs non exécutifs, figurent « *le contrôle des administrateurs exécutifs ou des membres du directoire* » ainsi que « *la gestion des situations impliquant des conflits d'intérêts revêtant une importance particulière* ».

les administrateurs non exécutifs) qui doit « *exprimer des vues critiques* » (en ce compris sur la gestion du *management* exécutif). Le rôle dévolu aux administrateurs non exécutifs les conduit à être en relation avec le commissaire, spécialement au travers du comité d'audit (*infra*, n° 16).

13. La gestion journalière, qui peut être confiée à un ou plusieurs délégués à la gestion journalière⁽⁶⁾, comprend désormais « *aussi bien les actes et les décisions qui n'excèdent pas les besoins de la vie quotidienne de la société que les actes et les décisions qui, soit en raison de leur intérêt mineur qu'ils représentent, soit en raison de leur caractère urgent, ne justifient pas l'intervention de l'organe d'administration* » (art. 7:121, al. 2 CSA pour la SA).

Relèvent donc de la gestion journalière les actes et les décisions qui (i) soit n'excèdent pas les besoins de la vie quotidienne de la société, (ii) soit représentent un intérêt mineur, (iii) soit ont un caractère urgent, les critères de l'« intérêt mineur » et de l'« urgence » n'étant plus cumulatifs, contrairement à ce qu'exigeait la jurisprudence de la Cour de cassation⁽⁷⁾. Le délégué à la gestion journalière a également le pouvoir d'exécuter les décisions du conseil⁽⁸⁾. Il n'y a pas lieu de distinguer « *selon la nature de l'acte ou de la décision* » avec pour conséquence que « *la décision de soumissionner à un marché public ou d'intenter une procédure d'annulation devant la Cour constitutionnelle ou le Conseil d'État peuvent relever de la gestion journalière* »⁽⁹⁾.

La notion de « CEO » (*Chief Executive Officer*) n'est pas reconnue en tant que telle par le CSA⁽¹⁰⁾. Dans la pratique, elle désigne, tout comme aux États-Unis, le plus haut responsable « exécutif » d'une société. C'est également en ce sens que l'article 3:6, § 3, 6° CSA (art. 96, § 3, 6° C. Soc.) vise le « *représentant principal des administrateurs exécutifs* »⁽¹¹⁾. N'étant pas légalement définie, la mission du « CEO » est organisée par l'octroi de la gestion journalière, complétée le cas échéant par des mandats spéciaux.

⁽⁶⁾ La gestion journalière peut être confiée soit à une personne, soit à plusieurs personnes, ce qui, lorsque ces personnes agissent conjointement, permet d'instaurer un organe collégial de gestion journalière.

⁽⁷⁾ Cass., 17 septembre 1968, *Pas.* 1969, I, p. 61 ; Cass., 21 février 2000, *T.R.V.*, 2000, 283 ; Cass., 26 février 2009, *T.R.V.*, 2009, 444. Voy. not. P.-F. COPPENS, « Jusqu'où va la gestion journalière d'une société ? », *Pacioli*, n° 304 IPCF-BIBF, 27 septembre – 10 octobre 2010, p. 1 e.s. ; V. SIMONART, « Le délégué à la gestion journalière et le chief executive officer et les administrateurs exécutifs », *R.P.S.*, 2011, p. 313 ; O. CAPRASSE, « La délégation à la gestion journalière et les mandats particuliers dans la société anonyme », *J.T.*, 2011, p. 224 ; Ph. LAMBRECHT, « L'Amendement – Pour une définition légale de la gestion journalière », *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, p. 472 ; D. WILLERMAIN, « La société à responsabilité limitée : au-delà de la suppression du capital », à paraître à la *R.D.C.B.*, n° 36.

⁽⁸⁾ J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. 1^{er}, Bruylant, Bruxelles, 1954, n° 649 ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Droit des sociétés, Précis*, Bruxelles, Bruylant, 4^{ème} éd., 2011, n° 97, p. 627.

⁽⁹⁾ Exposé des motifs du projet de CSA, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, Doc. 54, 3119/1 p. 241.

⁽¹⁰⁾ Le Code de gouvernance d'entreprise 2020 prévoit quant à lui (p. 6) que « *Le terme 'CEO' est employé partout dans le Code comme se référant à la personne qui dirige le comité exécutif dans une structure moniste et à la personne qui dirige le conseil de direction dans une structure duale* ».

⁽¹¹⁾ Les travaux préparatoires confirment que c'est bien le « CEO » qui est visé par cette appellation : *Doc. parl.*, Ch. repr., Doc 52, 2336/001, p. 12.

14. Dans le système dualiste, introduit par le CSA, et que les sociétés anonymes pourront mettre en place de manière volontaire, le conseil de surveillance est « *chargé de la politique générale et de la stratégie de la société* », de tous les actes qui, dans le système moniste, « *sont réservés spécifiquement au conseil d'administration* » et de la surveillance du conseil de direction (art. 7:109, § 1^{er}). Ce dernier exerce « *tous les pouvoirs d'administration* » qui ne sont pas réservés au conseil de surveillance. C'est donc lui qui sera compétent pour l'ensemble des matières opérationnelles et aura vocation à regrouper les principaux membres du *management* ou de la *direction* ⁽¹²⁾. Le système dualiste permet ainsi une distinction structurelle entre un organe exécutif et un organe non exécutif ou de surveillance.

Dans le système moniste, cette fonction était dévolue par le CS au comité de direction, lequel n'est plus reconnu en tant qu'organe par le CSA. Ce qui n'exclut pas l'instauration de comités exécutifs dans les SA comme dans les SRL ⁽¹³⁾.

15. Quatre conséquences importantes résultent de ce premier constat:

(1^o) La première de ces conséquences est au centre de la présente contribution : le *management* et la direction n'étant pas reconnus en tant que tels par le CSA, ce dernier ne régit pas les relations entre les membres du *management* et le commissaire. Il en est également ainsi lorsque les membres du *management* ou certains d'entre eux sont regroupés dans un organe, que ce soit le conseil de direction ou l'organe de gestion journalière. Nous y revenons ci-dessous au point 2.2.

⁽¹²⁾ Le Code de gouvernance d'entreprise 2020 va dans le même sens puisqu'il précise que le *management* exécutif fait référence, dans une structure duale, au conseil de direction (*infra*, n° 16).

⁽¹³⁾ De tels comités se rencontrent fréquemment en pratique dans les SA, en tout cas d'une certaine taille. Le Code de gouvernance d'entreprise 2020 confirme l'importance des « comités exécutifs » en considérant, dans la définition de *manager* exécutif, que le *management* exécutif fait partie d'un « comité exécutif » (*infra*, n° 16). La nécessité de confier des tâches exécutives à un comité distinct de l'organe d'administration a été mise en lumière par les réflexions en matière de *corporate governance*. En l'absence d'un régime légal spécifique, la nature juridique de ces comités dépend des tâches qui leur sont confiées (voy. T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. 1^{er}, Diegem, Kluwer, 1996, n° 989, p. 745). Une première formule – qui pourrait trouver un regain d'intérêt avec la nouvelle définition élargie de la gestion journalière – consiste à investir le comité (ou plus précisément leurs membres) de cette gestion journalière. Dans ce cas, le comité a le statut d'organe de gestion journalière. Alternativement, l'instauration d'un tel comité procède d'une délégation de pouvoirs par l'organe d'administration, le bénéficiaire de la délégation n'ayant pas la qualité d'organe. Aucune autorisation statutaire n'est requise. Pareille délégation est valable moyennant le respect d'une double limitation: d'une part, l'organe d'administration ne peut déléguer au comité les pouvoirs qui lui sont expressément réservés par la loi (comme, par exemple, la convocation de l'assemblée générale); d'autre part, le caractère *intuitu personae* de la désignation de l'organe et l'organisation légale de ses pouvoirs interdisent à un organe de déléguer l'ensemble de ceux-ci. La limite exacte des pouvoirs susceptibles d'être délégués fait l'objet de certaines hésitations (voy. notamment l'étude classique de P. VAN OMMESLAGHE & L. SIMONT, « La notion de l'organe statutaire et la répartition des pouvoirs par le conseil d'administration des sociétés anonymes », *R.C.J.B.* 1964, p. 91, n° 16). Selon la conception qui nous paraît la plus exacte, l'organe d'administration ne peut déléguer ses compétences essentielles, à savoir la définition de la stratégie de la société et le contrôle qu'il doit exercer sur les affaires sociales. Le recours au droit commun du mandat permet également de donner à un tel comité le pouvoir d'engager la société à l'égard des tiers.

(2°) A défaut d'être un organe, le *management* et la direction ne s'identifient pas à la société et ne sont dotés par la loi d'aucun pouvoir. Les membres du *management* et de la direction n'ont de pouvoir que s'ils sont nommés et agissent en tant qu'organe, spécialement l'organe de gestion journalière ou le conseil de direction dans les sociétés à système dualiste, ou s'ils bénéficient de délégations qui leurs sont conférées par l'organe d'administration.

(3°) A défaut de définition légale, l'identification des membres du *management* ou de la direction dépendra des normes, spécialement des recommandations en matière de *corporate governance* et des normes comptables, qui s'y réfèrent et de l'application de ces recommandations et normes à chaque société. On verra sur ce point, aux points 2.4 et 2.5, que ces recommandations et normes se caractérisent par des définitions relativement floues basées sur des notions imprécises, souvent importées de systèmes étrangers et difficilement transposables en droit belge. Il en résulte un « décalage » entre le droit des sociétés et le droit comptable.

(4°) N'étant pas reconnus par le droit des sociétés et ne disposant légalement d'aucun pouvoir, les membres de la direction ou du *management* ne sont, à la différence des administrateurs et délégués à la gestion journalière, soumis à aucun régime spécifique de responsabilité et leur intervention n'exonère pas l'organe d'administration ou le commissaire de leurs responsabilités. Nous y reviendrons ci-après au point 2.6.

2.2. ABSENCE DE RELATION STRUCTURELLE LEGALEMENT ORGANISEE ENTRE LE *MANAGEMENT* ET LE COMMISSAIRE

16. Du point de vue du droit des sociétés, les deux organes avec lesquels le commissaire est en relation sont l'assemblée générale des actionnaires et l'organe d'administration (conseil d'administration ou administrateur unique dans les sociétés anonymes à système moniste, administrateur(s) ou organe d'administration collégial dans les sociétés à responsabilité limitée et conseil de surveillance dans les sociétés anonymes à système dualiste). Le droit des sociétés organise également les relations entre le commissaire et le comité d'audit, lequel n'a cependant pas le statut d'organe mais de comité du conseil. Les relations entre le commissaire et ces organes (et ce comité) sont traités dans d'autres contributions du présent ouvrage auxquelles nous renvoyons.

Les relations entre le *management* ou la direction et le commissaire ne sont pas légalement organisées. Seul l'article 3:68, § 1^{er} CSA (art. 137, § 1^{er} C. Soc.), relatif aux pouvoirs d'investigations du commissaire, évoque la possibilité pour ce dernier de requérir « *toutes les explications ou informations* » non seulement de l'organe d'administration mais aussi « *des agents et préposés de la société* » (point 2.3).

Les relations entre le commissaire et le *management* sont également appréhendées, de manière plus incidente, par le droit des sociétés, sous l'angle de l'indépendance du commissaire, condition nécessaire à l'exercice de sa mission (point 2.4).

17. Ce constat contraste avec la réalité : comme le souligne l'Exposé des motifs du CSA ⁽¹⁴⁾, dans les sociétés, en tout cas dans les sociétés importantes, « *c'est le management qui assure la direction effective de la société* » et l'organe d'administration « *a, le plus souvent, en fait essentiellement une fonction de surveillance* ». Lorsque l'organe d'administration prend des décisions de gestion, « *il le fait pratiquement toujours sur proposition du management, qui a préparé ces décisions de manière circonstanciée et sera appelé par la suite à les mettre en œuvre* ».

C'est également le *management* qui est généralement le premier point de contact du commissaire au sein de la société. Le commissaire doit en effet entretenir des contacts réguliers avec la société ⁽¹⁵⁾ et s'organiser de manière à être informé sans délai de tout événement important pour sa mission ⁽¹⁶⁾. Il doit communiquer avec la direction dans le cadre de ses missions. Ces contacts passent généralement par le *management*, spécialement le "CEO" et le CFO. (*Chief Finance Officer*)

⁽¹⁴⁾ Exposé des motifs du projet de CSA, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, Doc. 54, 3119/1, p. 63.

⁽¹⁵⁾ S. DE BLAUWE, « Commentaire de l'art. 137 C. soc. », *Commentaire systématique Code des sociétés*, Suppl. 36, 15 octobre 2015, Kluwer. n° 2 et les références citées (aux anciens documents IRE) ; B. TILLEMAN, *Het statuut van de commissaris*, p. 193-194, n° 313 ; H. OLIVIER, « Nouveau régime du contrôle et fonctions du commissaire », *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1985, p. 59.

⁽¹⁶⁾ B. TILLEMAN, *op. cit.*, p. 194, n° 313 (*in fine*) et les références citées (aux anciens documents IRE) ; S. DE BLAUWE, *op. cit.*, p. 3, n° 2.

Ces contacts ont lieu tant dans le cadre de la mission générale de contrôle du commissaire ⁽¹⁷⁾ que dans le cadre des différents rapports qu'il doit établir en cours de vie sociale ⁽¹⁸⁾. Si ces rapports sont destinés à l'organe d'administration dans un premier temps et à l'assemblée générale des actionnaires ensuite, ils sont néanmoins très souvent préparés par le (ou en tout cas avec l'aide du) *management* et non par l'organe d'administration lui-même. Mais, sur le plan juridique, c'est l'organe d'administration qui demeure responsable des actes dont la loi lui impose l'adoption alors même qu'ils auraient été préparés par le *management* (point 2.6).

Cette réalité est, comme nous le verrons, prise en compte par les recommandations de corporate governance et les normes comptables (point 2.4).

⁽¹⁷⁾ Sur les pouvoirs généraux du commissaire, voy., notamment, dans la doctrine récente: A. KILESSE, « Les devoirs et les pouvoirs du commissaire au sein de l'entreprise », in *En quête de fiscalité, et autres propos ...*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2011, p. 839-853 ; J.-F. GOFFIN & G. DE SAUVAGE, « Nouveautés dans les responsabilités : les dirigeants et les obligations fiscales et sociales de la société, les commissaires » in *Le point sur le droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 205-208 ; E. VANDERSTAPPEN, « Commentaar bij art. 142 W. Venn. », in *Artikelsgewijze commentaren vennootschappen en verenigingen (OVV – Afl. 28 – 18 september 2008)*, Anvers, Kluwer, 2008, pp. 27-34 ; Voy/également : H. OLIVIER, « Nouveau régime du contrôle et fonctions du commissaire », *Ann. Fac. dr. Liège*, Liège, 1985 ; A. BENOÎT-MOURY, « Les pouvoirs et les responsabilités des commissaires », *R.P.S.*, 1986, pp. 12-29.

⁽¹⁸⁾ L'on pense par exemple aux rapports spéciaux requis, notamment, en cas d'apport en nature (art. 5:7 ; 5:133 ; 6:8 ; 6:110 ; 7:7 ; 7:197 du CSA), de quasi-apport dans les sociétés anonymes, d'émission d'actions nouvelles ou de fusions, scissions et opérations assimilées.

2.3. POUVOIRS D'INVESTIGATION DU COMMISSAIRE : « DROIT D'ACCES » AU *MANAGEMENT* ET DECLARATIONS DE LA DIRECTION

2.3.1. Pouvoirs d'investigation du commissaire et « accès » au *management*

18. La reconnaissance légale la plus nette des relations entre le commissaire et le *management* ou la direction de la société résulte incontestablement des pouvoirs d'investigation du commissaire – tels qu'organisés par l'article 3:68, § 1^{er} CSA (qui reprend quasiment mot pour mot le texte de l'article 137, § 1^{er} C. Soc.).

De manière générale, ces pouvoirs d'investigation impliquent que le commissaire a en quelque sorte « *le droit de tout voir et de tout savoir* », selon l'expression imagée – et sans doute un peu exagérée – de RESTEAU⁽¹⁹⁾. Plus précisément, le commissaire doit pouvoir avoir accès à toute l'information sociale qu'il estimerait utile à l'accomplissement de sa mission. Ces pouvoirs ont un caractère permanent, en ce sens qu'ils peuvent s'exercer à tout moment⁽²⁰⁾. Leur exercice doit néanmoins s'inscrire dans le cadre de la mission de contrôle du commissaire et celui-ci doit veiller à ne pas perturber les activités de l'entreprise⁽²¹⁾.

Ces pouvoirs d'investigation relèvent de l'ordre public⁽²²⁾. Par conséquent, ils ne peuvent être limités par des clauses statutaires ni par la lettre dans laquelle le commissaire doit convenir des termes de sa mission d'audit avec la direction ou les personnes constituant le gouvernement d'entreprise, telle que prévue par la norme ISA 210 (Accord sur les termes de la mission d'audit)⁽²³⁾.

L'entrave aux pouvoirs d'investigation du commissaire, par exemple lorsque des renseignements inexacts ou incomplets lui sont fournis, est pénalement sanctionnée dans les termes de l'article 3:96, 3^o CSA (art. 170, 3^o C. Soc.)⁽²⁴⁾.

19. En application du premier alinéa de l'article 3:68, §1^{er} CSA, qui permet au commissaire de « *requérir de l'organe de gestion, des agents et des préposés de la*

⁽¹⁹⁾ Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. II, 2^{ème} éd., 1933, p. 201, n° 1041. Dans le même sens : Mons, 25 juin 1990, *R.P.S.*, 1990, pp. 188-197.

⁽²⁰⁾ À ce sujet (et sur les questions pratiques que soulève ce caractère permanent), voy. not. A. BENOIT-MOURY, « Les pouvoirs et les responsabilités des commissaires », *R.P.S.*, 1986, p. 30, n° 15.

⁽²¹⁾ S. DE BLAUWE, « Commentaire de l'art. 137 C. soc. », *Commentaire systématique Code des sociétés*, Suppl. 36, 15 octobre 2015, Kluwer, p. 3, n° 3 ; B. TILLEMANS, *Het statuut van de commissaris*, *op. cit.*, 2007, p. 194, n° 314 ; I. DE POORTER, « Art. 137 W. Venn. », in H. BRAECKMANS, K. GEENS & E. WYMEERSCH (eds.), *Comm. V & V*, Malines, Kluwer, 2007, p. 3, n° 3).

⁽²²⁾ B. TILLEMANS, *Het statuut van de commissaris*, Bruges, die keure, 2007, p. 193, n° 312 et les références citées.

⁽²³⁾ Sur le caractère obligatoire des normes ISA pour les commissaires, voy. ci-après note 28.

⁽²⁴⁾ Voy. à ce sujet : S. DE BLAUWE, « Commentaire de l'art. 137 C. soc. », *Commentaire systématique Code des sociétés*, Suppl. 36, 15 octobre 2015, Kluwer, p. 9, n° 13-15 ; B. TILLEMANS, *Het statuut van de commissaris*, *op. cit.*, 2007, p. 201-202, n° 332-334 ; I. DE POORTER, « Art. 137 W. Venn. », in H. BRAECKMANS, K. GEENS & E. WYMEERSCH (eds.), *Comm. V & V*, Malines, Kluwer, 2007, p. 14, n° 19-20.

société [y compris donc de son management] toutes les explications ou informations et procéder à toutes les vérifications qui leur paraissent nécessaires »⁽²⁵⁾, le commissaire peut, pour les besoins de sa mission, entrer directement en contact avec le *management* et, plus généralement, le personnel de l'entreprise contrôlée, sans passer par l'organe d'administration⁽²⁶⁾.

Avant d'accepter sa mission, le commissaire doit d'ailleurs « *obtenir l'accord de la direction qu'elle reconnaît et comprend ses responsabilités pour (...) donner à l'auditeur (...) libre accès aux personnes au sein de l'entité auprès desquelles il considère qu'il est nécessaire de recueillir des éléments probants* » (Norme ISA 210, Accord sur les termes de la mission d'audit, n° 6).

2.3.2. Les « *déclarations écrites* » de la direction

20. C'est également en application de l'article 137, § 1^{er} C. Soc. (art. 3:68, §1^{er} CSA) que les normes générales de révision⁽²⁷⁾, désormais remplacées par les normes internationales d'audit (*International Standards on Auditing* ou « ISA ») rendues obligatoires aux réviseurs d'entreprises en Belgique⁽²⁸⁾, prévoient, parmi les moyens de rassemblement d'éléments probants dont dispose le commissaire, la demande adressée à la « *direction* » de l'entreprise et, le cas échéant, « *aux personnes constituant le gouvernement d'entreprise* » « *afin de confirmer certaines questions ou d'appuyer d'autres éléments probants* » (Norme ISA 580 « Déclarations écrites », par. 7). Les déclarations écrites prennent la forme d'une « *lettre d'affirmation* » (*bevestigingsbrief* ou *representation letter*) adressée au commissaire⁽²⁹⁾.

⁽²⁵⁾ À ce sujet, voy. S. DE BLAUWE, *op. cit.*, p. 5-7, n° 6-8 ; I. DE POORTER, *op. cit.*, p. 6-7, n° 7-9 ; B. TILLEMANN, *op. cit.*, p. 196-198, n° 319-321.

⁽²⁶⁾ Voy. à ce sujet : S. DE BLAUWE, *op. cit.*, p. 6-7, n° 8 ; B. TILLEMANN, *op. cit.*, 2007, p. 198, n° 321.

⁽²⁷⁾ IRE, « Normes générales de révision », in IRE, *Vademecum*, T. II, *Législation, normes et recommandations*, Bruxelles, Ed. Standard, 2007, p. 409.

⁽²⁸⁾ Les normes ISA – telles qu'adoptées ou révisées par l'*International Auditing and Assurance Standards Board* (IAASB) le 15 décembre 2008 – sont d'application en Belgique depuis l'approbation, par le Conseil supérieur des Professions économiques et le Ministre de l'économie, de la norme IRE du 10 novembre 2009 « relative à l'application des normes ISA en Belgique ». Elles ont récemment été révisées et complétées par l'IAASB, ce qui a été acté dans une norme du Conseil de l'IRE du 21 juin 2018 approuvée le 26 juillet 2018 par le Conseil supérieur des Professions économiques et le 26 février 2019 par le Ministre ayant l'Economie dans ses attributions (approbation ayant fait l'objet d'un avis du ministre de l'économie, publié au *M.B.* du 12 mars 2019, p. 25929). Ces normes ISA sont obligatoires pour les réviseurs d'entreprises en vertu de l'art. 31, § 4, alinéa 1^{er} de la loi du 7 décembre 2016 portant organisation de la profession et de la supervision publique des réviseurs d'entreprises. À ce sujet, y compris l'historique et l'état actuel, voy. <https://www.ibr-ire.be/fr/reglementation-et-publications/normes-et-recommandations/normes/norme-detail-page/normes-isa> ; S. DE BLAUWE, « Commentaire de l'art. 137 C. soc. », *Commentaire systématique Code des sociétés*, *op. cit.*, 2015, p. 6, n° 7 ; M. BRASSEUR & B. DELMOTTE, « Derniers développements en matière de contrôle dans les sociétés », *R.D.C.-T.B.H.*, 2009/9, p. 877, n° 28.

⁽²⁹⁾ L'utilisation de cette lettre a été rendue obligatoire pour les commissaires en 2006 par la norme IRE dite « Norme de révision "déclarations de la direction" » et par l'adaptation, dans la foulée, des normes générales de révision de l'IRE. Toutes ces normes ont cependant entre-temps été remplacées, pour ce qui concerne la lettre d'affirmation, par la norme ISA 580 « Déclarations écrites ». Sur la lettre d'affirmation, nous renvoyons à la contribution de S. DE GEYTER dans le

Pour les besoins de cette norme ISA 580, la référence à la « direction » vise « la direction et, le cas échéant, les personnes constituant le gouvernement d'entreprise » (par. 8). Selon la norme ISA 260 (« Communication avec les personnes constituant le gouvernement d'entreprise »), dont il sera également question ci-après au Chapitre 5, la « direction » est définie comme les « personne(s) ayant des responsabilités exécutives pour la conduite des opérations de l'entité » (Norme ISA 260, par. 10(b))⁽³⁰⁾.

La norme ISA 580 précise que « Du fait de ses responsabilités tant dans l'établissement des états financiers, que dans la conduite des opérations de l'entité, on peut s'attendre à ce que la direction ait une connaissance suffisante du processus suivi par l'entité pour l'établissement et la présentation des états financiers ainsi que des assertions les sous-tendant sur lesquelles fonder les déclarations écrites » (point A2) mais que la direction peut « décider de procéder à des demandes d'informations auprès d'autres personnes qui participent à l'établissement et à la présentation des états financiers et qui ont la connaissance des assertions les sous-tendant, y compris de celles qui ont une connaissance spécifique des questions pour lesquelles des déclarations écrites sont demandées » (point A4).

21. Comme on l'a relevé ci-avant (point 2.1), la notion de « direction » n'est pas définie par le droit des sociétés. Certaines imprécisions existent quant à l'identification de cette « direction » et au statut du (des) signataire(s) de la lettre d'affirmation. En particulier, la lettre d'affirmation doit-elle être signée par une personne responsable des états financiers au sens juridique du terme ? La lettre est-elle signée sous la responsabilité de la société ? Est-elle signée par le « responsable » à titre personnel ?

On ne peut qu'être frappé de constater que ces questions, à vrai dire assez élémentaires, ne sont pas clairement tranchées ni par les normes applicables (qui paraissent entretenir au contraire un certain flou à leur propos) ni par la doctrine. Ainsi, la norme ISA 260 précitée vise des personnes ayant des « responsabilités exécutives », ce qui ne correspond à aucune notion juridique. Selon le modèle de lettre d'affirmation joint à la norme ISA 580, la lettre doit être établie sur « papier à entête de l'entité » et est signée par deux « dirigeants ». De même, on peut lire dans la doctrine que « la « lettre d'affirmation » est une lettre de l'organe de gestion qui est signée par les membres de la direction les plus hauts placés dans l'entreprise (l'administrateur délégué ou le directeur général et le directeur financier) »⁽³¹⁾.

Selon nous, il s'agit avant tout de déterminer qui, au sein de la société contrôlée, est en charge, au sens opérationnel du terme, de la préparation des états financiers et à la « connaissance des assertions les sous-tendant » (point A4 de la norme ISA

présent ouvrage. Voy. également à ce sujet : I. DE POORTER, M. DE WOLF, J. FERLINGS, D. KROES, Ph. MAEYAERT et D. SCHOCKAERT, *Lettre d'affirmation, dirigeants et réviseurs d'entreprises*, ICCI, Bruges, die Keure, 2008 ; M. BRASSEUR & B. DELMOTTE, *op. cit.*, pp. 877-879, n° 28-31 ; L. SWOLFS & B. DE KLERCK, « Praktische benadering van de relatie tussen de bedrijfsrevisor en de bestuurders », in M. GOIRIS, *Bestuurder en besturen is twee : de uitdaging en invulling van het bestuurdersmandaat*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 48, n° 20 ; S. DE BLAUWE, *op. cit.*, p. 6, n° 7.

⁽³⁰⁾ Sur la notion de « personnes constituant le gouvernement d'entreprise », voy. *infra*, n° 18.

⁽³¹⁾ S. DE BLAUWE, « Commentaire de l'art. 137 C. soc. », *Commentaire systématique Code des sociétés*, *op. cit.*, 2015, p. 6, n° 7.

580; voy. aussi le par. 9), sans que cette personne soit nécessairement celle qui est juridiquement responsable des états financiers. Il n'est pas non plus requis que la personne dispose juridiquement du pouvoir d'engager la société, que ce soit en tant qu'organe ou mandataire. La lettre est une déclaration « *de la direction* » et non de la société. A ce titre, elle est donc susceptible d'engager la responsabilité personnelle du signataire, à tout le moins à l'égard du commissaire⁽³²⁾.

Ces imprécisions laissent une certaine marge de manœuvre quant à la détermination des signataires de la lettre d'affirmation. Il peut s'agir du délégué à la gestion journalière, seul ou avec le directeur financier. Mais la lettre peut également être signée par les membres de l'organe d'administration, lequel demeure en effet exclusivement compétent et, le cas échéant, responsable en matière de comptes annuels.

22. Quant au contenu de ces déclarations écrites, incluses dans la lettre d'affirmation, la direction doit, notamment, y indiquer « *qu'elle a satisfait à ses responsabilités relatives à l'établissement des états financiers conformément au référentiel comptable applicable, y compris, le cas échéant, la présentation sincère de ceux-ci, ainsi que le précisent les termes de la mission d'audit* » (Norme ISA 580 (« Déclarations écrites »), par. 10). Elle doit également confirmer « *qu'elle lui a fourni [au commissaire] toutes les informations pertinentes et qu'elle lui a laissé un libre accès à toutes les informations et personnes au sein de l'entité, selon les termes de la mission d'audit, et (...) que toutes les transactions ont été enregistrées et sont reflétées dans les états financiers* » (Norme ISA 580 (« Déclarations écrites »), par. 11).

La lettre d'affirmation est destinée au commissaire. Il ne s'agit donc pas d'un document destiné à être publié.

23. Les éléments probants émanant de tiers, ainsi que les constatations personnelles du commissaire, auront en principe une force probante supérieure à celle de documents internes⁽³³⁾. Certains vont même jusqu'à affirmer que les confirmations de la direction sont davantage des éléments probants additionnels⁽³⁴⁾. Lorsqu'un aspect important des

⁽³²⁾ En ce sens, voy. I. DE POORTER, « Hoofdstuk 4 – De aansprakelijkheid van de commissaris en de ondertekenaar van de bevestigingsbrief », in *Lettre d'affirmation, dirigeants et réviseurs d'entreprises*, op. cit., 2008, p. 66-67 qui écrit que « *Indien andere personen een verklaring omtrent de getrouwe opstelling van de financiële staten ondertekenen aanvaarden zij naast de leden van de raad van bestuur aansprakelijkheid – burgerlijk en strafrechtelijk – voor de door hen afgelegde verklaring en dus voor de inhoud van de financiële staten* » et que « *In de regel zullen de ondertekenaars en de commissaris elk afzonderlijk persoonlijk aansprakelijk zijn voor deze schade uit hun eigen fout* » (nous soulignons).

⁽³³⁾ Norme ISA 500 (« Eléments probants »), par. A31 ; Norme ISA 505 (« Confirmations externes »), par. 2. De même, les déclarations écrites seront généralement plus fiables/qualitatives que les déclarations orales ou verbales (Norme ISA 500 (« Eléments probants »), par. A31 ; Norme ISA 580 (« Déclarations écrites »), par. A1).

⁽³⁴⁾ S. DE BLAUWE, « Commentaire de l'art. 137 C. soc. », *Commentaire systématique Code des sociétés*, op. cit., 2015, p. 5, n° 6 ; I. DE POORTER, « Art. 137 W. Venn. », in H. BRAECKMANS, K. GEENS & E. WYMEERSCH (eds.), *Comm. V & V*, Malines, Kluwer, 2007, p. 6, n° 7 ; B. TILLEMANS, *Le statut du commissaire-réviseur : nomination, cessation du mandat et rémunération*, Etudes IRE, Droit 3/97, Bruxelles, IRE, 1997, p. 94, n° 223, qui parle même dans ce cas d'éléments probants (simplement) « *accessoires* ».

comptes annuels est en jeu, le commissaire ne pourrait se fonder uniquement sur une déclaration de la direction, sauf si aucun autre moyen de preuve pertinent n'existe⁽³⁵⁾. La confirmation faite par la direction ne peut se substituer à des éléments dont le réviseur peut raisonnablement admettre qu'ils sont disponibles⁽³⁶⁾.

2.3.3. La « déclaration des personnes responsables au sein de l'émetteur »

24. La déclaration de la direction visée ci-avant peut être rapprochée de la « *déclaration des personnes responsables au sein de l'émetteur* » sur les états financiers et le rapport de gestion qui, en vertu de la réglementation relative aux obligations des émetteurs cotés, doit être reprise dans le rapport financier annuel (art. 12, §2, 3° de l'arrêté royal du 14 novembre 2007 relatif aux obligations des émetteurs d'instruments financiers admis à la négociation sur un marché réglementé) et dans le rapport financier semestriel (art. 13, §2).

La déclaration « *des personnes responsables au sein de l'émetteur* » se distingue cependant des « *déclarations de la direction* » par le fait qu'elle est rendue publique dans le rapport financier de l'émetteur (alors que les « *déclarations de la direction* » sont uniquement destinées au commissaire : *supra*, n° 12) ainsi que par son contenu.

Par cette déclaration, les « *personnes responsables* » attestent que, à leur connaissance, « *les états financiers, établis conformément aux normes comptables applicables, donnent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et des résultats de l'émetteur et des entreprises comprises dans la consolidation* » et que « *le rapport de gestion contient un exposé fidèle sur l'évolution des affaires, les résultats et la situation de l'émetteur et des entreprises comprises dans la consolidation, ainsi qu'une description des principaux risques et incertitudes auxquels ils sont confrontés* ».

25. Cette déclaration des personnes responsables, inspirée du droit américain à la suite de certains scandales financiers⁽³⁷⁾, « *doit être faite par la ou les personnes responsables au sein de l'émetteur, dont le nom et la fonction doivent être clairement mentionnés* »⁽³⁸⁾. Une imprécision, similaire à celle identifiée ci-avant à propos de

⁽³⁵⁾ Dans un sens similaire, voy. Norme ISA 580 (« Déclarations écrites »), par. 4 et A13 ; Norme ISA 500 (« Eléments probants »), par. A2. Anciennement: I. DE POORTER, *op. cit.*, p. 6, n° 7 (et note 5) ; B. TILLEMANS, *Het statuut van de commissaris, op. cit.*, 2007, p. 196, n° 319.

⁽³⁶⁾ Dans un sens similaire : Norme ISA 580 (« Déclarations écrites »), par. 4 ; Norme ISA 500 (« Eléments probants »), par. A1. Comme l'a illustré TILLEMANS (*op. cit.*, p. 196-197, n° 319) à propos des anciennes normes de l'IRE, on ne considérera par exemple pas comme élément probant, les déclarations du *management* à propos d'un solde bancaire, de la propriété d'un bien, d'un prix d'acquisition ou de vente. Par contre, ces déclarations peuvent être utiles pour justifier les intentions de la direction par exemple, sa volonté de maintenir une participation ou de la céder, ou encore l'intention de cesser une branche d'activité de l'entreprise.

⁽³⁷⁾ L. DABIN, « Régime juridique des marchés financiers et des valeurs mobilières », *Rép. not., Tome XII, Le droit commercial et économique*, Livre 11, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 386, n° 301 et les références citées.

⁽³⁸⁾ Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 14 novembre 2007. Voy. également la circulaire FSMA 2012/01 du 11 janvier 2012 (mise à jour du 12 novembre 2018) sur les « obligations incombant aux émetteurs cotés sur un marché réglementé », <https://www.fsma.be/fr/node/7122>, pp. 22-23, n° 5.2.1.4.

la lettre d'affirmation, existe quant à la détermination de ces personnes. On a ainsi relevé que les « *personnes responsables* » peuvent, en théorie, être l'ensemble des administrateurs, les administrateurs membres du comité d'audit, certains membres du *management*, tels que le CFO et/ou le CEO ou l'ensemble des administrateurs et les CEO et CFO ⁽³⁹⁾, ce qui laisse l'embaras du choix aux émetteurs concernés.

Si, comme on l'a vu ci-avant (*supra*, n° 11), la question de la responsabilité de la lettre d'affirmation n'est pas clairement tranchée par les normes comptables, le Rapport au Roi précédant l'arrêté royal et la FSMA précisent, à propos de la déclaration des personnes responsables, que « *Cette déclaration sera en principe effectuée sous la responsabilité de l'émetteur et pourra dès lors être faite au nom et pour le compte de ce dernier, moyennant le respect de l'exigence relative à la mention du nom et de la fonction de la ou des personnes effectuant la déclarations* » ⁽⁴⁰⁾. La solution est donc différente de celle qui semble devoir prévaloir à propos de la lettre d'affirmation de la direction.

⁽³⁹⁾ G. NEJMAN, « Les nouvelles obligations en matière d'information incombant aux sociétés cotées sur un marché réglementé – Arrêté royal du 14 novembre 2007 », *D.B.F.-B.F.R.*, 2008/4, p. 201-202 (spéc. n° 44-47).

⁽⁴⁰⁾ Circulaire FSMA 2012/01 du 11 janvier 2012, Obligations incombant aux émetteurs cotés sur un marché réglementé, n° 5.2.1.4, p. 23.

2.4. RECONNAISSANCE DES RELATIONS ENTRE LE *MANAGEMENT* ET LE COMMISSAIRE PAR LES RECOMMANDATIONS DE *CORPORATE GOVERNANCE* ET LES NORMES COMPTABLES

2.4.1. Recommandations de *corporate governance*

26. En vertu du principe n° 6 du Code belge de gouvernance d'entreprise 2009, « *La société définit une structure claire de management exécutif* ». La définition de la structure de *management* n'est pas érigée au rang de « *principe* » par le Code 2020 ⁽⁴¹⁾. Celui-ci prévoit néanmoins que « *Le conseil d'administration fixe les pouvoirs et les responsabilités confiés au management exécutif et élabore une politique de délégation claire, en consultation étroite avec le CEO* » (disposition 2:19).

Les dispositions reprises sous le principe n° 6 du Code 2009 énoncent notamment que le *management exécutif* se compose au moins de tous les administrateurs exécutifs ainsi que du délégué à la gestion journalière (ou CEO) et des membres de tout autre comité exécutif (art. 6.2). Elles prévoient les fonctions minimales qui doivent être confiées au *management exécutif* (art. 6.5), parmi lesquelles la « *conduite de la société* », la mise en place « *des contrôles internes (systèmes d'identification, d'évaluation, de gestion et de suivi des risques financiers et autres), basés sur le cadre référentiel approuvé par le conseil d'administration, sans préjudice du rôle de suivi du conseil d'administration* » et « *la préparation exhaustive, ponctuelle, fiable et exacte des états financiers, conformément aux normes comptables et aux politiques de la société* ».

Le Code 2020 précise (p. 6) que le « *management exécutif* » renvoie aux administrateurs exécutifs et membres d'un comité exécutif dans une structure moniste, et au conseil de direction dans une structure duale. Il énonce que le *management exécutif*, qui comprend les administrateurs exécutifs, doit, notamment, (i) « être en charge de la direction opérationnelle de la société », (ii) « *sans nuire au rôle de surveillance du conseil d'administration, mettre en place des contrôles internes (c.-à-d. des systèmes permettant d'identifier, d'évaluer, de gérer et de surveiller les risques financiers et autres) basés sur le cadre approuvé par le conseil d'administration* » ; (iii) « *soumettre, en temps voulu, au conseil d'administration des états financiers de la société, fiables, exhaustifs et précis, conformes aux principes et aux politiques comptables applicables à la société* » ; (iv) « *préparer la publication réglementaire des états financiers de la société et des autres informations importantes, de nature financière ou non* », (v) « *soumettre au conseil d'administration une évaluation équilibrée et intelligible de la situation financière de la société* » (disposition 2:19). Le *management exécutif* a donc un rôle d'initiative et de proposition dans ses domaines de compétences.

27. Si le Code belge de gouvernance d'entreprise n'aborde pas la question des relations entre le *management* et le commissaire, il fait néanmoins apparaître certains liens entre le commissaire et le *management exécutif*, spécialement dans le cadre de l'exécution par le Comité d'audit de ses missions.

⁽⁴¹⁾ Voy. néanmoins le principe n° 2 qui dispose que « *Le conseil et le management exécutif agissent dans le cadre de leurs attributions respectives et interagissent de manière constructive* ».

Ainsi, le Code 2009 recommande au Comité d'audit de discuter des « *questions importantes en matière d'élaboration de l'information financière avec tant le management exécutif que l'auditeur externe* » (disposition 5.2/13, Annexe C, du Code 2009). Le Code 2009 recommande également au comité d'audit de rencontrer au moins deux fois par an « *les auditeurs externe et interne pour procéder à un échange de vues sur toute question relevant de son règlement d'ordre intérieur et sur tout autre problème mis en évidence par le processus d'audit et, en particulier, les faiblesses significatives du contrôle interne* » (disposition 5.2/29, Annexe C). Le comité d'audit « *décide si et, le cas échéant, quand le CEO, le directeur financier (ou les cadres supérieurs responsables des questions financières, comptables et budgétaires), l'auditeur interne et l'auditeur externe assistent à ses réunions* » (disposition 5.2/30, Annexe C du Code 2009) ⁽⁴²⁾.

Nous renvoyons pour le surplus aux contributions du présent ouvrage consacrées au Code belge de gouvernance d'entreprise et au comité d'audit.

2.4.2. Normes comptables

28. Outre la norme comptable ISA 580 relative aux déclarations écrites de la direction, dont il a été question ci-avant (point 2.3), d'autres normes comptables traitent des relations entre commissaire et *management*.

En particulier, la norme ISA 260 – intitulée « *Communication avec les personnes constituant le gouvernement d'entreprise* » – « *fournit un cadre général pour la communication de l'auditeur avec les personnes constituant le gouvernement d'entreprise, et identifie quelques-uns des points spécifiques sur lesquels doit porter la communication* » (par. 3), et ce dans le cadre d'un « *audit d'états financiers* » mais également « *dans les cas d'audits d'autres informations historiques lorsque les personnes constituant le gouvernement d'entreprise ont la responsabilité de surveiller l'établissement de telles informations* » (par. 2) ⁽⁴³⁾. Elle met également l'accent sur l'importance d'un échange effectif et constructif (au-delà de ce qui est possible d'obliger normativement) (par. 4).

Les « *personnes constituant le gouvernement d'entreprise* » sont les « *personne(s) ou organe(s) (par exemple : une fiduciaire de société) ayant la responsabilité de surveiller la stratégie de l'entité et les obligations de celle-ci de rendre compte* », cette responsabilité incluant « *la surveillance du processus d'élaboration de l'information financière* » (par. 10 (a)). La norme précise que « *Pour certaines entités dans certains*

⁽⁴²⁾ Le nouveau Code de gouvernance d'entreprise 2020 prévoit notamment ceci à ce sujet :
« 4.12 En particulier, le comité d'audit examine dans quelle mesure le management tient compte des constatations de la fonction d'audit interne et de la lettre de recommandation de l'auditeur externe. (...) »

4.15 L'auditeur externe et le responsable de l'équipe d'audit interne peuvent s'adresser directement et librement au président du comité d'audit et au président du conseil.

4.16 Les sujets se rapportant au plan d'audit et tout problème résultant du processus d'audit figurent à l'ordre du jour de chaque réunion du comité d'audit et sont discutés spécifiquement avec les auditeurs internes et externes au moins une fois par an ».

⁽⁴³⁾ Des sujets additionnels à communiquer, qui viennent compléter les exigences de cette Norme ISA, sont identifiés dans d'autres Normes ISA (voir Annexe 1 de la Norme ISA 260).

pays, les personnes constituant le gouvernement d'entreprise peuvent comprendre les membres de la direction, par exemple, certains membres de la direction siégeant au comité des personnes constituant le gouvernement d'entreprise d'une entité privée ou du secteur public, ou le propriétaire-dirigeant ».

L'utilisation de tels concepts, inconnus du droit belge et définis dans des termes pour le moins imprécis, ne peut qu'être source d'insécurité juridique (voy. également *supra*, n° 11). On relèvera néanmoins que c'est à l'auditeur qu'il appartient de « *déterminer la (ou les) personne(s) appropriée(s) au sein de la structure de gouvernance de l'entité avec qui communiquer* » (par. 11).

La Norme ISA 260 précise par ailleurs que, si l'auditeur communique avec un sous-comité du groupe de personnes constituant le gouvernement d'entreprise, par exemple, un comité d'audit, il doit déterminer s'il lui appartient de communiquer également avec le groupe de personnes constituant le gouvernement d'entreprise (par. 12).

29. Une deuxième illustration des relations entre commissaire et *management*, liée à la première, est la Norme ISA 265, intitulée « *Communication des faiblesses du contrôle interne aux personnes constituant le gouvernement d'entreprise et à la direction* ».

Cette Norme ISA 265 fixe les obligations spécifiques concernant la communication, aux personnes constituant le gouvernement d'entreprise et à la direction, des faiblesses significatives du contrôle interne que l'auditeur a identifiées au cours de l'audit et qui, selon son propre jugement professionnel, sont suffisamment importantes pour mériter leur attention respective (par. 1, 5, 9 et 10). Elle précise notamment quelles faiblesses l'auditeur est tenu de communiquer (par. 2).

Ces normes doivent par exemple être appliquées dans le contexte de l'article 7:99 §6 CSA (art. 526*bis*, §5 C. Soc.), plus particulièrement en ce que cet article impose notamment au commissaire de faire rapport au comité d'audit sur les faiblesses significatives du contrôle interne au regard du processus d'information financière, que celles-ci aient été résolues ou restent encore ouvertes ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴⁴⁾ La loi ne fournit pas plus d'éclaircissement concernant cet article et sa portée. Dès lors, le Conseil de l'IRE a précisé, dans une communication du 8 mars 2010 relative aux « *Communications du commissaire au comité d'audit en vertu de l'article 526bis, § 5 et § 6, du Code des sociétés* », qu'il pouvait être fait référence aux normes internationales d'audit, c'est-à-dire essentiellement aux Normes ISA 260 et 265. Voy. à ce sujet: M. DE WOLF & P. DE WOLF, « *Contrôle des sociétés : nouvelles dialectiques entre commissaires, administrateurs et management* », in *Droit des sociétés – Millésime 2011*, 2011, p. 115.

2.5. RELATIONS AVEC LE *MANAGEMENT* ET INDEPENDANCE DU COMMISSAIRE

30. Pour le surplus, les relations entre le commissaire et le *management* sont également appréhendées par le droit des sociétés sous l'angle de l'indépendance du commissaire, condition nécessaire à l'exercice de sa mission.

D'une part, le commissaire ne peut se voir confier des missions qui relèvent de la gestion de l'entité contrôlée (*infra*, n° 31). D'autre part, une trop grande ou une trop longue proximité avec le *management* peut compromettre son indépendance (*infra*, n° 32). Enfin, une mésintelligence avec le *management* peut conduire à sa démission (*infra*, n° 33).

31. Le principe d'indépendance du commissaire, consacré par l'article 3:62 du CSA (art. 133 C. Soc.), lui interdit d'accepter, que ce soit dans la société soumise à son contrôle légal ou dans une société ou personne liée à celle-ci « aucune autre fonction, mandat ou mission à exercer au cours de leur mandat ou après celui-ci et qui serait de nature à mettre en cause l'indépendance de l'exercice de leur fonction de commissaire ». Parmi les « services non-audit interdits » que ne peut accepter le commissaire en vertu de l'article 3:63 CSA (art. 133/1 C. Soc.) figurent notamment les « services qui supposent d'être associé à l'administration ou à la prise de décision de la société soumise au contrôle légal » ainsi que d'autres missions généralement accomplies par le *management* ou la direction.

Les commissaires ont en effet « été créés pour surveiller et contrôler, non pour administrer »⁽⁴⁵⁾. Il va de soi qu'ils ne peuvent être à la fois contrôleurs et contrôlés.

32. Le règlement européen n° 537/2014 du 16 avril 2014 relatif aux exigences spécifiques applicables au contrôle légal des comptes des entités d'intérêt public⁽⁴⁶⁾ (ou « EIP », à savoir, les sociétés cotées, les établissements de crédit et les entreprises d'assurance et de réassurance, mais aussi les organismes de liquidation et les organismes assimilés à des organismes de liquidation (art. 1:12 CSA ; art. 4/1 C. Soc.)) a introduit pour ces EIP l'obligation d'une rotation externe à l'échéance d'une période de 10 ans maximum.

Cette obligation vise à atténuer les risques liés à la familiarité excessive, en particulier avec le *management*, qui découleraient d'une trop longue mission de commissaire⁽⁴⁷⁾. C'est donc la *ratio legis* de la règle de rotation, davantage que la règle elle-même, qui

⁽⁴⁵⁾ Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. II, 2^{ème} éd., 1933, p. 201, n° 1040.

⁽⁴⁶⁾ Ce règlement a été mis en œuvre en droit belge par une loi du 7 décembre 2016 portant organisation de la profession et de la supervision publique des réviseurs d'entreprises. Cette loi transpose également la directive 2014/56 UE du 16 avril 2014 (du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2006/43/CE concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés). Cette loi a déjà été évoquée dans la note 28 ci-avant.

⁽⁴⁷⁾ Dans le même sens, voy. M. DE WOLF & P. DE WOLF, *op. cit.*, in *Droit des sociétés – Millésime 2011*, 2011, p. 90, n° 13.

part du postulat (factuel) que des liens – de familiarité notamment – se tissent entre commissaires et *management*.

33. Enfin, la doctrine admet qu'« *un commissaire-reviseur peut mettre un terme à son mandat parce qu'il est entravé dans l'exercice de sa mission ou parce qu'il existe des divergences fondamentales avec la direction de l'entreprise, susceptibles de l'amener à considérer qu'il ne lui est plus possible d'assumer la responsabilité de l'attestation des comptes annuels* »⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁸⁾ B. TILLEMAN, *Het statuut van de commissaris*, op. cit., 2007, pp. 95-96, n° 170.

2.6. QUESTIONS DE RESPONSABILITES

34. En ce qui concerne l'impact de l'intervention du *management* ou de la direction sur les responsabilités de l'organe d'administration, une première observation relève de l'évidence : l'organe d'administration demeure exclusivement compétent et, le cas échéant, responsable, en matière de comptes annuels, en vertu de l'article 3:1 CSA (art. 92 C. Soc.) lu en combinaison avec l'article 2:56 CSA ⁽⁴⁹⁾.

Les membres de l'organe d'administration sont donc solidairement responsables du dommage causé à la société ou aux tiers par une inexactitude dans les comptes annuels, si celle-ci résulte d'une violation des normes comptables auxquelles le CSA se réfère.

L'intervention des membres de la direction ou du *management* dans la préparation des comptes annuels n'exonère donc pas l'organe d'administration de ses responsabilités. Autrement dit, si l'inexactitude dans les comptes annuels résulte d'une mauvaise information ou analyse du *management*, les membres de l'organe d'administration seront néanmoins responsables. Un même constat s'impose en ce qui concerne l'intervention du comité d'audit, ce que confirme l'article 7:99, § 4 CSA qui prévoit que les missions dont ce comité est chargé s'exercent « *Sans préjudice des missions légales du conseil d'administration* ».

La responsabilité de l'organe d'administration n'exclut toutefois pas la responsabilité du membre du *management* qui serait à l'origine de l'inexactitude, pour autant évidemment qu'une faute soit établie dans son chef. Cette responsabilité pourrait être invoquée (i) par la société représentée par son organe d'administration (dans l'ordre interne, l'inexactitude pourrait en effet résulter d'une faute contractuelle) ou (ii) par les membres de l'organe d'administration, le plus souvent dans le cadre d'un recours (contributoire) de ceux-ci sur la base de l'article 1382 du Code civil, si leur responsabilité a été mise en cause par la société ou par des tiers ⁽⁵⁰⁾. Elle pourrait également être mise en cause par des tiers ou par le commissaire (voy. *infra*, n° 25) sur la base de l'article 1382 du Code civil. Les membres du *management* bénéficient cependant d'un régime de responsabilité généralement moins sévère que celui des administrateurs (voy. *infra*, n° 36).

35. Une deuxième observation est tout aussi évidente : les déclarations faites par le *management* et, plus généralement, l'intervention du *management* dans la préparation des états financiers n'ont pas pour effet de limiter les missions du commissaire ou de l'exonérer de ses responsabilités. Le commissaire a donc l'obligation d'accomplir sa

⁽⁴⁹⁾ Cet article s'applique à toutes les personnes morales régies par le CSA. Dans le C. Soc. voy. l'article 528 pour la SA, l'article 263 pour la SPRL et l'article 408 pour la SCRL.

⁽⁵⁰⁾ Voy. dans le même sens à propos de la responsabilité des membres du comité d'audit : V. SIMONART, « Le conseil d'administration de la société anonyme et ses comités », *op. cit.*, *J.T.*, 2011, p. 223 *in fine*.

mission conformément aux normes applicables⁽⁵¹⁾ et en assume la responsabilité à l'égard de la société et des tiers (*infra*, n° 37).

Une éventuelle inexactitude dans une déclaration d'un membre de la direction pourrait, le cas échéant, être constitutive d'une faute de ce dernier, au regard de l'article 1382 du Code civil, susceptible d'engager sa responsabilité extracontractuelle, voire celle de la société contrôlée⁽⁵²⁾.

Si la responsabilité individuelle des différents intervenants ne peut être déterminée, cela pourrait mener à une responsabilité partagée (*in solidum*) entre le commissaire, les administrateurs⁽⁵³⁾ et, le cas échéant, les membres du *management*.

36. Une troisième observation, moins fréquemment formulée, s'impose : n'étant pas reconnus par le droit des sociétés et ne disposant légalement d'aucun pouvoir (*cf.* point 2.1), les membres de la direction ou du *management* ne sont, à la différence des administrateurs et délégués à la gestion journalière, soumis à aucun régime spécifique de responsabilité. C'est donc le droit commun qui s'appliquera.

Comme l'Exposé des motifs du CSA l'a mis en lumière, il en résulte généralement une responsabilité moindre des membres du *management* que des administrateurs : les premiers sont « mieux traités » que les seconds « en cas de mise en cause de leur responsabilité alors que l'influence d'un top manager sur les décisions importantes est en réalité plus grande que celle des administrateurs non exécutifs (a fortiori de celle d'un "administrateur indépendant") »⁽⁵⁴⁾.

Ce constat s'explique par le fait que les membres du *management* exercent le plus souvent leurs activités dans le cadre d'un contrat de travail (et sont alors protégés par l'article 18 de la loi sur le contrat de travail) ou par le biais d'une société de *management* bénéficiant elle-même de la responsabilité limitée (et éventuellement de clause d'exonération de responsabilité dans le cadre du contrat de *management* conclu avec la société)⁽⁵⁵⁾. C'est notamment pour remédier à cette différence alléguée de traitement entre le *management* et les administrateurs que le CSA introduit un système de « plafond » de responsabilités en faveur des administrateurs (art. 2:57).

⁽⁵¹⁾ M. BRASSEUR ET B. DELMOTTE, « Derniers développements en matière de contrôle dans les sociétés », *R.D.C.-T.B.H.*, 2009/9, pp. 878-879, n° 30 ; I. DE POORTER, « Hoofdstuk 4 – De aansprakelijkheid van de commissaris en de ondertekenaar van de bevestigingsbrief », in *Lettre d'affirmation, dirigeants et réviseurs d'entreprises, op. cit.*, 2008, p. 61.

⁽⁵²⁾ Sans préjudice de la responsabilité des administrateurs et/ou du commissaire, et des recours (contributoires), comme il est dit ailleurs dans la présente section. Voy. not. ci-avant n° 24.

⁽⁵³⁾ La responsabilité *in solidum* du commissaire et des administrateurs a ainsi déjà été retenue dans certains cas. Voy. : Comm. Hasselt, 25 juin 2002, *T.R.V.*, 2003, p. 81 (note J. VANANROYE) ; Gand, 13 janvier 1995, *T.B.H.*, 1997, 179 (note E. W.), cités par A. VAN OEVELEN, « Commentaar bij art. 140 W. Venn. », in *Artikelsgewijze commentaren vennootschappen en verenigingen (OVV – Afl. 29 – 1 maart 2009)*, Anvers, Kluwer, 2009, p. 18, n° 18.

⁽⁵⁴⁾ Exposé des motifs du projet de CSA, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, Doc. 54, 3119/1, p. 64.

⁽⁵⁵⁾ D. WILLERMAIN & N. VANDERSTAPPEN, « Contrats et sociétés de management », in *Les contrats commerciaux en pratique*, Bruxelles, Larcier, CUP, 2016, n° 8, n° 32.

Ce constat vaut pour l'ensemble des activités du *management*, en ce compris pour son rôle dans la préparation des états financiers et en ce qui concerne ses relations avec le commissaire.

37. Une dernière observation mérite d'être formulée en ce qui concerne les responsabilités du commissaire pour les actes du *management* ou de la direction.

On sait que, selon le régime mis en place par l'article 140, alinéa 2, C. Soc. (repris à l'article 3:71 CSA)⁽⁵⁶⁾, les commissaires répondent solidairement tant envers la personne morale qu'envers les tiers de tout dommage résultant d'infractions aux dispositions du code ou des statuts. Cette responsabilité particulière organise une présomption (simple) de faute pour le commissaire. Pour renverser cette présomption, le commissaire doit prouver (i) qu'il n'a pas pris part à l'infraction, (ii) qu'il a accompli les diligences normales de sa fonction et (iii) qu'il a dénoncé ces infractions à l'organe d'administration et, le cas échéant, s'il n'y a pas été remédié de façon adéquate, à l'assemblée générale suivante après qu'il en aura eu connaissance.

La doctrine majoritaire est d'avis que les infractions, dont le commissaire est présumé responsable, peuvent être commises tant par le commissaire lui-même que par l'organe d'administration⁽⁵⁷⁾. Cette présomption est-elle également applicable en cas d'infractions au code ou aux statuts commises par le délégué à la gestion journalière ou par un mandataire spécial (par exemple un membre du *management* valablement investi de certains pouvoirs) ? Le caractère général des termes de l'article 3:71 CSA, qui ne contiennent aucune restriction quant au type d'infractions au code ou au statuts⁽⁵⁸⁾ ni quant aux auteurs de ces infractions, pourrait le laisser penser.

⁽⁵⁶⁾ Sur cette disposition, voy. dans la littérature récente notamment : E. VANDERSTAPPEN, « Commentaire de l'art. 140 C. soc. », *Commentaire systématique Code des sociétés*, CSCS – Suppl. 36, 15 octobre 2015, 6 p. ; J.-F. GOFFIN & G. DE SAUVAGE, « Nouveautés dans les responsabilités : les dirigeants et les obligations fiscales et sociales de la société, les commissaires » in *Le point sur le droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 212-221 ; A. VAN OEVELEN, « Commentaar bij art. 140 W. Venn. », in *Artikelsgewijze commentaren vennootschappen en verenigingen*, op. cit., 2009 ; voy. également P.-A. FORIERS, « La responsabilité civile des réviseurs d'entreprises: aperçu général », in *Etudes IRE, Sources de responsabilité du réviseur d'entreprises*, Bruxelles, 1996, p. 5 ; P.-A. FORIERS et M. VON KUEGELGEN, « La responsabilité civile des réviseurs et experts-comptables », *Rev. Dr. ULB*, 1992, p. 11.

⁽⁵⁷⁾ E. VANDERSTAPPEN, op. cit., pp. 3-4, n° 4 ; J.-F. GOFFIN & G. DE SAUVAGE, op. cit., pp. 215 (et les références citées dans sa note 223) ; A. VAN OEVELEN, op. cit., pp. 21-22, n° 22 (et les références citées) ; P. A. FORIERS, op. cit., pp. 25-26 ; A. BENOIT-MOURY, « Les pouvoirs et les responsabilités des commissaires », *R.P.S.*, 1986, p. 43 ; *Contra*: J. LIEVENS, "De aansprakelijkheid van de commissaris-revisor na de recente wetwijzigingen – enkele kritische bedenkingen", in *Liber amicorum Jan Ronse*, Anvers, Kluwer, 1986, p. 273.

⁽⁵⁸⁾ Dans ce sens, voy. J.-F. GOFFIN & G. DE SAUVAGE, « Nouveautés dans les responsabilités : les dirigeants et les obligations fiscales et sociales de la société, les commissaires » in *Le point sur le droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 215.

2.7. CONCLUSION

38. Cinq constats – déjà esquissés ci-avant – peuvent être formulées en guise de conclusion ou de résumé de ces quelques lignes :

(1°) Les notions de direction et de *management (exécutif)*, issues de la pratique, des normes comptables et des recommandations en matière de *corporate governance*, ne sont pas légalement consacrées et définies en tant que telles par notre droit des sociétés.

(2°) La direction et le *management* n'étant pas reconnus en tant que tels par le CSA, ce dernier ne régit pas les relations entre les membres de la direction et du *management* et le commissaire (sauf quelques exceptions ponctuelles, en particulier l'article 3:68, § 1^{er} CSA relatif au pouvoir d'investigation du commissaire à l'égard « *des agents et des préposés* » de la société). Il en est également ainsi lorsque les membres du *management* ou certains d'entre eux sont regroupés dans un organe, que ce soit l'organe de gestion journalière ou, dans un système dual d'administration, le conseil de direction.

(3°) A défaut d'être un organe, le *management* et la direction ne s'identifient pas à la société et ne sont dotés par la loi d'aucun pouvoir. Les membres du *management* et de la direction n'ont de pouvoir que s'ils sont nommés et agissent en tant qu'organe, spécialement l'organe de gestion journalière ou le conseil de direction dans les sociétés à système dualiste, ou s'ils bénéficient de délégations qui leurs sont conférées par l'organe d'administration.

(4°) A défaut de définition légale, l'identification des membres du *management* ou de la direction dépendra des normes, spécialement des recommandations en matière de *corporate governance* et des normes comptables, qui s'y réfèrent et de l'application de ces recommandations et normes à chaque société. Ces recommandations et normes se caractérisent par des définitions relativement floues basées sur des notions imprécises, souvent importées de systèmes étrangers et difficilement transposables en droit belge. Il en résulte un « décalage » entre le droit des sociétés et le droit comptable.

(5°) N'étant pas reconnus par le droit des sociétés et ne disposant légalement d'aucun pouvoir, les membres de la direction ou du *management* ne sont, à la différence des administrateurs et délégués à la gestion journalière, soumis à aucun régime spécifique de responsabilité et leur intervention n'exonère pas l'organe d'administration ou le commissaire de leurs responsabilités. C'est donc le droit commun qui s'appliquera. Il en résulte généralement une responsabilité moindre des membres du *management* que des administrateurs. Ce constat vaut pour l'ensemble des activités du *management*, en ce compris pour son rôle dans la préparation des états financiers et en ce qui concerne ses relations avec le commissaire.

HOOFDSTUK 3

VERHOUDING TUSSEN DE COMMISSARIS EN HET BESTUURSORGAAN

CHAPITRE 3

RELATIONS ENTRE LE COMMISSAIRE ET L'ORGANE D'ADMINISTRATION

S. DE GEYTER

Bedrijfsjurist Agoria

Vrijwillig medewerker *Financial Law Institute* UGent

Rechter in ondernemingszaken te Brussel

Lid Juridische Commissie IBR

3.1. ALGEMEEN

39. Dit hoofdstuk behandelt de verhouding tussen de commissaris en het bestuursorgaan (i) in het kader van de algemene controleopdracht van de commissaris en (ii) in het kader van de bewaking van de continuïteit van de gecontroleerde entiteit.

3.1.1. Algemene controleopdracht van de commissaris

A. Inleiding

40. De wisselwerking tussen de commissaris en het bestuursorgaan is essentieel voor de uitoefening van de opdracht van de commissaris ⁽¹⁾. De hoofdopdracht van de commissaris bestaat erin controle uit te oefenen op de financiële toestand, op de jaarrekening en op de regelmatigheid, ten aanzien van het wetboek en de statuten van de in de jaarrekening weergegeven verrichtingen. De commissaris moet een redelijke mate van zekerheid krijgen dat de door het bestuursorgaan opgestelde jaarrekening geen afwijking van materieel belang bevat volgens het van toepassing zijnde stelsel inzake financiële verslaggeving. In zijn verslag brengt de commissaris een oordeel tot uitdrukking omtrent het getrouw beeld van de jaarrekening. De verklaring, die verwijst naar het oordeel over het getrouwe beeld van de jaarrekening, kan de vorm aannemen van een verklaring zonder voorbehoud, een verklaring met voorbehoud, een afkeurende verklaring of een onthoudende verklaring ⁽²⁾.

De controleopdracht van de commissaris heeft een permanent karakter. De commissaris heeft op regelmatige tijdstippen contact met de gecontroleerde entiteit om op de hoogte te blijven van belangrijke beslissingen. Hij onderzoekt reeds in de loop van het boekjaar de algemene en specifieke risico's waaraan de gecontroleerde entiteit is blootgesteld en de invloed van deze risico's op de administratieve organisatie van de gecontroleerde entiteit, zodat de controlestrategie en de planning van de controlewerkzaamheden hierop kunnen worden afgestemd ⁽³⁾.

41. Om zijn controlewerkzaamheden te kunnen uitoefenen, beschikt de commissaris over een aantal wettelijke onderzoeksbevoegdheden. Zij zijn ruim omschreven, maar kunnen enkel in het kader van de controleopdracht worden uitgeoefend. Daarbij moet de commissaris erop toezien dat hij de werkzaamheden van de vennootschap nietodeloos hindert ⁽⁴⁾. Zo heeft de commissaris recht op inzage in de stukken van de gecontroleerde entiteit en kan hij alle inlichtingen vragen aan het bestuursorgaan die hij nodig acht, met inbegrip van inlichtingen over verbonden vennootschappen of

⁽¹⁾ In de tekst hierna wordt de term commissaris gebruikt om zowel de commissaris als het college van commissarissen aan te duiden. Enkel in sectie 4 over aansprakelijkheid wordt het onderscheid gemaakt tussen de commissaris en het college van commissarissen.

⁽²⁾ E. VANDERSTAPPEN, "Commentaar bij art. 144 W.Venn." *Comm.V.en V.* 18 september 2008, p. 9, nr. 14-15.

⁽³⁾ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 727, nr. 1371; E. VANDERSTAPPEN, "Commentaar bij art. 142 W.Venn." *Comm.V.en V.* 18 september 2008, p. 4, nr. 3-4.

⁽⁴⁾ I. DE POORTER, "Commentaar bij art. 137 W.Venn." *Comm.V.en V.* 17 september 2007, p. 3, nr. 3.

andere vennootschappen waarmee een deelnemingsverhouding bestaat. Daarnaast kan de commissaris van het bestuursorgaan vragen dat het van derden, zoals banken, de bevestiging vraagt van het bedrag van de vorderingen op, de schulden tegenover of van andere betrekkingen met de gecontroleerde entiteit. Ten minste halfjaarlijks moet het bestuursorgaan aan de commissaris een boekhoudkundige staat bezorgen, die is opgesteld volgens het schema van balans en resultatenrekening⁽⁵⁾.

Verder dient de commissaris aan de leiding van de gecontroleerde entiteit de bevestiging te vragen dat zij alle relevante informatie heeft verschaft voor de uitoefening van zijn controleopdracht en dat de verslaggeving de financiële toestand getrouw weergeeft (bevestigingsbrief of *representation letter*)⁽⁶⁾. In bepaalde gecontroleerde entiteiten⁽⁷⁾ is de effectieve leiding verplicht om aan de commissaris verslag te doen van de beoordeling van de interne controle (verslag van de effectieve leiding over de interne controle of *in control statement*). Deze bevestigingen worden besproken in de secties 2 en 3.

B. Het inzagerecht

42. Om de commissaris toe te laten zijn controleverslag op te stellen, dient het bestuursorgaan hem ten minste één maand of bij genoteerde vennootschappen, vijfenveertig dagen vóór de geplande datum van de algemene vergadering de nodige stukken te overhandigen⁽⁸⁾. In zijn verslag vermeldt de commissaris uitdrukkelijk of hij alle nodige stukken heeft ontvangen van het bestuursorgaan. Indien de stukken niet binnen de wettelijke termijn aan de commissaris werden overhandigd, dan stelt deze een verslag van niet-bevinding op.

Daarnaast kan de commissaris op elk ogenblik ter plaatse inzage nemen van de boeken, brieven, notulen en in het algemeen van alle documenten en geschriften van de vennootschap⁽⁹⁾. Aangezien het inzagerecht ter plaatse moet worden uitgeoefend, kan de commissaris de originele stukken inzien, maar niet meenemen. Hij kan wel notities nemen of vragen dat hem een kopie van de stukken wordt overgemaakt. Aangezien de commissaris is gehouden tot het beroepsgeheim en de stukken ook zonder bijkomende kosten in elektronische vorm kunnen worden overgemaakt, geeft dit op vandaag geen aanleiding meer tot discussie⁽¹⁰⁾. De commissaris kan alle verantwoordingsstukken opvragen die hij nodig heeft voor de uitoefening van zijn controleopdracht, zoals facturen, bestelbonnen, bankrekeninguittreksels, contracten, enz.⁽¹¹⁾

⁽⁵⁾ Art. 137 W. Venn. (art. 3:68 WVV).

⁽⁶⁾ *ISA 580, Schriftelijke bevestigingen*, beschikbaar op www.ibr-ire.be/nl/regelgeving-en-publicaties/normen-en-aanbevelingen/nieuwe-en-herziene-isa-s/tabel-nieuwe-en-herziene-isa-s.

⁽⁷⁾ O.a. kredietinstellingen, beursvennootschappen, betalingsinstellingen, vereffeningsinstellingen en met vereffeningsinstellingen gelijkgestelde instellingen, (gemengde) financiële holdings naar Belgisch recht, vennootschappen voor vermogensbeheer en beleggingsadvies en beheervenootschappen van instellingen voor collectieve belegging en openbare gereguleerde vastgoedvennootschappen.

⁽⁸⁾ Art. 143 W. Venn (art. 3:74 WVV).

⁽⁹⁾ Art. 137, §1, eerste lid W. Venn. (art. 3:68, §1, eerste lid WVV).

⁽¹⁰⁾ I. DE POORTER, "Commentaar bij art. 137 W.Venn." *Comm.V.en V.* 17 september 2007, p. 5, nr. 5.

⁽¹¹⁾ I. DE POORTER, "Commentaar bij art. 137 W.Venn." *Comm.V.en V.* 17 september 2007, p. 5, nr. 6.

C. Inlichtingen van het bestuursorgaan

43. De commissaris kan van het bestuursorgaan van de gecontroleerde entiteit alle ophelderingen en inlichtingen vorderen en alle verificaties verrichten die hij nodig acht. Hoewel bewijsmateriaal verkregen van derden en de persoonlijke vaststellingen van de commissaris als bewijskrachtiger worden beschouwd, kunnen de inlichtingen die de commissaris verkrijgt van het bestuursorgaan bijkomend bewijsmateriaal vormen ⁽¹²⁾. De bevestigingsbrief, die in sectie 2 wordt besproken, gaat evenwel verder, omdat de leden van het management of het bestuursorgaan die hem ondertekenen de juistheid van de verstrekte informatie garanderen en hier bijgevolg ook voor aansprakelijk zijn.

44. Naast inlichtingen over de gecontroleerde entiteit, kan de commissaris het bestuursorgaan ook inlichtingen vragen over verbonden vennootschappen of over andere vennootschappen waarmee een deelnemingsverhouding bestaat, voor zover hij deze inlichtingen nodig acht om de financiële toestand van de vennootschap te controleren ⁽¹³⁾. Wanneer de gecontroleerde entiteit deel uitmaakt van een groep van vennootschappen, dan is het nuttig dat de commissaris beschikt over informatie betreffende de financiële toestand van de andere vennootschappen van de groep. In de praktijk zal die vraag meestal niet worden gesteld aan het bestuursorgaan, maar zal er een informatie-uitwisseling gebeuren tussen de commissarissen van de verschillende entiteiten van de groep ⁽¹⁴⁾.

D. Bevestigingen van derden

45. De commissaris kan van het bestuursorgaan vorderen dat het aan derden de bevestiging vraagt van het bedrag van de vorderingen op, de schulden tegenover of van andere betrekkingen met de gecontroleerde vennootschap ⁽¹⁵⁾. Het kan bijvoorbeeld gaan om een bevestiging door de financiële instelling van de saldi van de rekeningen van de gecontroleerde vennootschap. Aangezien het niet gaat om openbare informatie, is de medewerking van de gecontroleerde entiteit vereist. De aanvraag tot bevestiging wordt verstuurd op het briefpapier van de gecontroleerde entiteit en ondertekend door haar wettelijke vertegenwoordiger ⁽¹⁶⁾.

E. Toegang tot het bestuursorgaan

46. In genoteerde vennootschappen waar een auditcomité werd benoemd ⁽¹⁷⁾, zal de commissaris hoofdzakelijk contact hebben met de raad van bestuur via het auditcomité. Het auditcomité monitort onder meer de wettelijke controle van de jaarrekening en

⁽¹²⁾ I. DE POORTER, "Commentaar bij art. 137 W.Venn." *Comm.V.en V.* 17 september 2007, p. 6, nr. 7.

⁽¹³⁾ Art. 137, §1, tweede lid W. Venn. (art. 3:68, §1, tweede lid WVV).

⁽¹⁴⁾ I. DE POORTER, "Commentaar bij art. 137 W.Venn." *Comm.V.en V.* 17 september 2007, p. 8, nr. 10.

⁽¹⁵⁾ Art. 137, §1, derde lid W. Venn. (art. 3:68, §1, derde lid WVV).

⁽¹⁶⁾ L. SWOLFS en B. DE KLERCK, "Praktische benadering van de relatie tussen de bedrijfsrevisor en de bestuurders" in Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel (ed.), *Bestuurder en besturen is twee*, Brussel, Larcier, 2003, p. 52, nr. 28.

⁽¹⁷⁾ Art. 526bis W. Venn. (art. 7:99 WVV).

de geconsolideerde jaarrekening, inclusief opvolging van de vragen en aanbevelingen geformuleerd door de commissaris. De verhouding tussen de commissaris en het auditcomité komt in een andere bijdrage aan bod.

Los van zijn eventuele contact met het auditcomité kan de commissaris ook worden uitgenodigd door het bestuursorgaan in aangelegenheden die verband houden met zijn opdracht. De aanwezigheid van de commissaris kan bijvoorbeeld gewenst zijn op vergaderingen tijdens dewelke boekhoudkundige informatie wordt besproken. De commissaris zou het bestuursorgaan dan kunnen wijzen op bepaalde gebreken in de toegepaste systemen van interne controle of in de boekhoudkundige organisatie. Dit betekent evenwel niet dat de bestuurders hun verantwoordelijkheid hieromtrent kunnen afwentelen op de commissaris. Een situatie waarbij de commissaris systematisch alle vergaderingen van het bestuursorgaan bijwoont, is hoe dan ook onaanvaardbaar. De commissaris moet er immers op toezien dat hij zijn onafhankelijkheid niet in het gedrang brengt en dat hij zich niet mengt in beleidsbeslissingen⁽¹⁸⁾. Mocht hij dit wel doen, dan riskeert hij om te worden beschouwd als een feitelijke bestuurder, met alle mogelijke gevolgen van dien op het vlak van zijn aansprakelijkheid.

Verder mag de commissaris geen inlichtingen verstrekken aan een individuele bestuurder. De bestuurder heeft het recht om een antwoord te ontvangen op zijn vragen ter gelegenheid van de vergadering van het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan kan aan de commissaris vragen of verzoeken ter bevestiging overmaken en de commissaris zal hieraan gevolg geven voor zover deze onderzoeken deel uitmaken van zijn opdracht⁽¹⁹⁾.

Het is een gebruikelijke praktijk dat de commissaris aanbevelingen voor de toekomst formuleert in een *management letter* (adviesbrief) aan het bestuursorgaan. Dit advies is gesteund op de vaststellingen die de commissaris doet naar aanleiding van de tussentijdse controle en de jaarlijkse controle en die zowel kunnen liggen op het vlak van administratieve organisatie en interne controle als op het vlak van boekhouding en jaarrekening. In de *management letter* deelt de commissaris zijn vaststellingen mee, wijst hij op bepaalde gevolgen en formuleert hij eventueel een aanbeveling voor de toekomst. Om de toegevoegde waarde van de aanbevelingen te verhogen, wordt aanbevolen dat het bestuursorgaan hier schriftelijk op reageert⁽²⁰⁾. De *management letter* valt onder het beroepsgeheim van de commissaris en mag dus in principe niet worden meegedeeld aan derden⁽²¹⁾.

⁽¹⁸⁾ I. DE POORTER, "Commentaar bij art. 137 W.Venn." *Comm.Ven V.* 17 september 2007, p. 9, nr. 13; IBR, *Vademecum van de bedrijfsrevisor, deel I. Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard, 2009, p. 372.

⁽¹⁹⁾ IBR, *Vademecum van de bedrijfsrevisor, deel I. Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard, 2009, p. 436.

⁽²⁰⁾ L. SWOLFS en B. DE KLERCK, "Praktische benadering van de relatie tussen de bedrijfsrevisor en de bestuurders" in Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel (ed.), *Bestuurder en besturen is twee*, Brussel, Larcier, 2003, p. 58, nr. 48.

⁽²¹⁾ IBR, *Vademecum van de bedrijfsrevisor, deel I. Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard, 2009, p. 421-423.

F. *Recht om de algemene vergadering bijeen te roepen*

47. De commissaris heeft het recht om de algemene vergadering bijeen te roepen. Hij is hiertoe verplicht wanneer aandeelhouders die een vijfde van het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigen, het vragen ⁽²²⁾. In het WVV wordt deze vereiste versoepeld en wordt de bijeenroeping verplicht wanneer aandeelhouders die een tiende van het kapitaal vertegenwoordigen, het vragen ⁽²³⁾. De bevoegdheid om de algemene vergadering bijeen te roepen kan nuttig zijn indien het bestuursorgaan nalaat om dit te doen, bijvoorbeeld omdat het vreest dat de commissaris bepaalde onregelmatigheden zou bekendmaken in zijn verslag. Ook wanneer het bestuursorgaan geen initiatief neemt om de alarmbelprocedure toe te passen, kan de commissaris zelf het initiatief nemen om de algemene vergadering bijeen te roepen.

Strikt genomen dient de commissaris het bestuursorgaan niet in te lichten wanneer hij de algemene vergadering bijeenroept, omdat dit wordt beschouwd als een met de vennootschap concurrerende bevoegdheid. In de praktijk is de commissaris echter terughoudend om zich in te laten met het beleid van de vennootschap en zal hij het bestuursorgaan voorafgaand verzoeken om de algemene vergadering bijeen te roepen. Wanneer het bestuursorgaan verder in gebreke blijft, zal hij zelf de algemene vergadering bijeenroepen ⁽²⁴⁾. Stel bijvoorbeeld dat het bestuursorgaan nalaat om de algemene vergadering bijeen te roepen binnen de wettelijke termijn en dat het geen jaarrekening en jaarverslag ter beschikking heeft gesteld, waardoor de commissaris zijn functie niet kan uitoefenen. In dat geval maakt de commissaris een verslag van niet-bevinding op dat hij in eerste instantie aan het bestuursorgaan afgeeft. Indien het bestuursorgaan niet reageert, dan zal de commissaris de algemene vergadering bijeenroepen en zijn verslag van niet-bevinding meedelen. In dat verslag vermeldt de commissaris de inbreuk op het Wetboek van vennootschappen en wijst hij het bestuursorgaan op zijn strafrechtelijke verantwoordelijkheid voor het niet-voorleggen van de jaarrekening aan de algemene vergadering binnen de wettelijke termijn ⁽²⁵⁾.

G. *Controle van de halfjaarlijkse staat*

48. Ten minste halfjaarlijks bezorgt het bestuursorgaan de commissaris een boekhoudkundige staat, opgesteld volgens het schema van balans en resultatenrekening. Hoewel de commissaris geen verslag dient op te stellen over deze tussentijdse staat, moet deze hem wel in staat stellen om zijn toekomstige controle te oriënteren, de financiële toestand van de vennootschap te beoordelen en eventueel dringende maatregelen te nemen ⁽²⁶⁾. Indien bijvoorbeeld uit de tussentijdse staat zou blijken dat de voorwaarden voor de toepassing van de alarmbelprocedure zijn vervuld, dan kan hij

⁽²²⁾ Art. 532 W. Venn.

⁽²³⁾ Art. 7:126 WVV.

⁽²⁴⁾ I. DE POORTER, "Commentaar bij art. 137 W.Venn." *Comm.V.en V.* 17 september 2007, p. 12-13, nr. 17-18; F. HELLEMANS, *De algemene vergadering. Een onderzoek naar haar grondslagen, haar bestaansredenen en de geldigheid van haar besluiten*, Kalmthout, Biblo, 2001, p. 387, nr. 356.

⁽²⁵⁾ Art. 126, §1, 1° W. Venn. (art. 3:43, §1, 1° WVV); IBR, *De vennootschap en haar commissaris. Praktische toepassingen*, 2004, p. 100, nr. 11.

⁽²⁶⁾ I. DE POORTER, "Commentaar bij art. 137 W.Venn." *Comm.V.en V.* 17 september 2007, 17, nr. 23.

het bestuursorgaan daarop wijzen en desnoods zelf een algemene vergadering bijeenroepen, mocht het bestuursorgaan in gebreke blijven om dit te doen.

49. Genoteerde vennootschappen dienen in hun halfjaarlijks financieel verslag en het jaarlijks communiqué informatie te verstrekken over de controle door de commissaris. In het halfjaarlijks financieel verslag moet vermeld worden of de verkorte financiële overzichten zijn gecontroleerd door de commissaris en zo ja, dan wordt zijn verslag onverkort opgenomen. Hetzelfde geldt in geval van een beperkte controle. Indien geen (beperkte) controle van de verkorte financiële overzichten heeft plaatsgevonden, dan wordt dit door in het halfjaarlijks financieel verslag vermeld ⁽²⁷⁾.

In hun jaarlijks communiqué moeten genoteerde vennootschappen expliciet vermelden of de jaarrekeningen al dan niet werden gecontroleerd door de commissaris. Als de controlewerkzaamheden nog niet zijn beëindigd, moet worden aangegeven hoe ver de werkzaamheden van de commissaris zijn gevorderd en of de boekhoudkundige gegevens van het communiqué die opgenomen worden in de jaarrekeningen, aanleiding geven tot een voorbehoud. Als de controlewerkzaamheden beëindigd zijn, vermeldt het communiqué de vorm van de verklaring van de commissaris. Als deze verklaring geen verklaring zonder voorbehoud is, wordt zij integraal weergegeven in het jaarlijks communiqué ⁽²⁸⁾.

3.1.2. Bewaking van de continuïteit van de gecontroleerde entiteit

A. Algemeen

50. In het kader van de bewaking van de continuïteit van de gecontroleerde entiteit speelt de commissaris een belangrijke rol, die eveneens aanleiding zal geven tot specifieke verplichtingen voor het bestuursorgaan. Zo dient het bestuursorgaan, indien de vennootschap langer dan één jaar verlies maakt, de toepassing van de waarderingsregels in de veronderstelling van continuïteit bijzonder te verantwoorden. Verder dient er een zogenaamde waarschuwingsprocedure te worden toegepast, indien de commissaris ter gelegenheid van zijn controlewerkzaamheden gewichtige en overeenstemmende feiten vaststelt die de continuïteit van de onderneming in het gedrang kunnen brengen. In het kader van de alarmbelprocedure kan de commissaris het initiatief nemen om de algemene vergadering bijeen te roepen om te beslissen over een eventuele ontbinding van de gecontroleerde entiteit, indien het bestuursorgaan in gebreke zou blijven om dit te doen.

B. Verantwoording van de toegepaste waarderingsregels bij aanhoudende verliezen

51. Het bestuursorgaan dient jaarlijks de continuïteit van de vennootschap te beoordelen op grond van artikel 92, § 1 W. Venn. ⁽²⁹⁾, dat de bestuurders ertoe verplicht om elk jaar een inventaris op te maken volgens de waarderingsmaatstaven bepaald door de Koning. Het Uitvoeringsbesluit bij het Wetboek van vennootschappen legt de voornaamste

⁽²⁷⁾ Art. 13, §7 KB van 14 november 2007 betreffende de verplichtingen van emittenten van financiële instrumenten die zijn toegelaten tot de verhandeling op een gereglementeerde markt.

⁽²⁸⁾ Art. 11, §4 KB van 14 november 2007 betreffende de verplichtingen van emittenten van financiële instrumenten die zijn toegelaten tot de verhandeling op een gereglementeerde markt.

⁽²⁹⁾ Art. 3:1, §1 WVV.

waarderingsregels vast. In principe wordt er bij de toepassing van de waarderingsregels van uitgegaan dat de vennootschap haar bedrijf zal voortzetten gedurende minimum één jaar en zich dus in de continuïteitshypothese bevindt. Indien de vennootschap – al dan niet ingevolge een beslissing tot invereffeningstelling – besluit om haar bedrijf stop te zetten of indien er niet meer kan van worden uitgegaan dat de vennootschap haar bedrijf zal voortzetten, dan moeten de waarderingsregels worden aangepast in functie van discontinuïteit. In het bijzonder a) moeten de oprichtingskosten volledig worden afgeschreven, b) moeten voor de vaste en de vlottende activa zo nodig aanvullende afschrijvingen of waardeverminderingen worden toegepast opdat de boekwaarde zou overeenstemmen met de vermoedelijke realisatiewaarde en c) moet een voorziening worden gevormd voor de kosten die verbonden zijn aan de beëindiging van de werkzaamheden, in het bijzonder voor de aan het personeel uit te keren vergoedingen.

52. Indien de vennootschap langer dan één jaar verlies maakt, dan dient het bestuursorgaan de toepassing van de waarderingsregels in de veronderstelling van continuïteit bijzonder te verantwoorden. Artikel 96, § 1, 6° W. Venn.⁽³⁰⁾ bepaalt dat in geval uit de balans een overgedragen verlies blijkt of uit de resultatenrekening gedurende twee opeenvolgende boekjaren een verlies van het boekjaar blijkt, het jaarverslag een verantwoording moet bevatten van de toepassing van de waarderingsregels in de veronderstelling van continuïteit. De beslissing over de toe te passen waarderingsregels behoort tot de beleidsvrijheid van het bestuursorgaan, maar is onderworpen aan de controle door de commissaris. Het feit dat er een (overgedragen) verlies is, kan erop wijzen dat het netto-actief is gedaald beneden de drempel voor de toepassing van de alarmbelprocedure, maar dit is niet noodzakelijk zo.

C. Maatregelen om de continuïteit gedurende redelijke termijn te vrijwaren

53. Indien de vennootschap zich in een toestand van discontinuïteit bevindt en dreigt af te glijden naar een faillissement, dan wordt de zogenaamde waarschuwingsprocedure toegepast. Artikel 138 W. Venn.⁽³¹⁾ verplicht de commissaris ertoe om het bestuursorgaan schriftelijk en op omstandige wijze op de hoogte te brengen wanneer hij ter gelegenheid van zijn controlewerkzaamheden gewichtige en overeenstemmende feiten vaststelt die de continuïteit van de onderneming in het gedrang kunnen brengen. Het gaat om betekenisvolle risico's, die kunnen leiden tot het faillissement van de vennootschap indien er niet wordt ingegrepen⁽³²⁾. Deze mededeling dient schriftelijk te gebeuren. Een mondelinge mededeling, zelfs naar aanleiding van een vergadering van het bestuursorgaan, volstaat niet⁽³³⁾.

⁽³⁰⁾ Art. 3:6, §1, 6° WVV.

⁽³¹⁾ Art. 3:69 WVV.

⁽³²⁾ Zij kunnen ook omschreven worden als gebeurtenissen of omstandigheden die een gerede twijfel kunnen doen ontstaan over de mogelijkheid voor de gecontroleerde entiteit om haar continuïteit te handhaven ("onzekerheid van materieel belang"). Over de communicatieplicht met het bestuursorgaan in dat geval, zie ook: *ISA 260 (Herzien)*, *Communicatie met de met governance belaste personen* en *ISA 570 (Herzien)*, *Continuïteit*, beschikbaar op www.ibr-ire.be/nl/regelgeving-en-publicaties/normen-en-aanbevelingen/nieuwe-en-herziene-isa-s/tabel-nieuwe-en-herziene-isa-s.

⁽³³⁾ IBR, *Vademecum van de bedrijfsrevisor, deel I. Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard, 2009, p. 652-653.

Nadat de commissaris melding heeft gedaan van de risico's voor de continuïteit van de onderneming, moet het bestuursorgaan beraadslagen over de maatregelen die moeten worden genomen om de continuïteit gedurende een redelijke termijn te vrijwaren. Het bestuursorgaan dient de commissaris in te lichten van de genomen of de te nemen maatregelen binnen één maand nadat het zijn melding heeft ontvangen. Laat het bestuursorgaan dit na of oordeelt de commissaris dat de maatregelen ontoereikend zijn, dan kan hij zijn vaststellingen meedelen aan de voorzitter van de ondernemingsrechtbank. In kleine vennootschappen, die geen commissaris hebben benoemd, rust een gelijkaardige verplichting op het bestuursorgaan. Wanneer gewichtige en overeenstemmende feiten de continuïteit van de onderneming in het gedrang kunnen brengen, dan moet het bestuursorgaan eveneens beraadslagen over maatregelen om de continuïteit van de onderneming gedurende een redelijke termijn te vrijwaren.

54. De “alarmfunctie” van de commissaris betreffende de continuïteit betekent echter niet dat het bestuursorgaan de controle van de continuïteit volledig aan hem mag overlaten. Het bestuursorgaan heeft een zelfstandige verplichting om erop toe te zien dat het management een behoorlijk systeem van interne controle en risicomanagement opstelt en is verantwoordelijk voor het opstellen van de jaarrekening en het vastleggen van de waarderingsregels. Het bestuursorgaan moet bijgevolg zelfstandig de continuïteit bewaken en mag er niet zonder meer op vertrouwen dat de commissaris hem zal waarschuwen indien er financiële moeilijkheden zijn⁽³⁴⁾. Een goedkeurende verklaring van de commissaris, neemt niet weg dat het bestuursorgaan zelf ook de jaarrekening dient te onderzoeken⁽³⁵⁾. De situatie is anders wanneer het bestuursorgaan een beroep zou doen op de commissaris om een specifiek probleem te onderzoeken, bijvoorbeeld omdat er een vermoeden bestaat dat het management onregelmatigheden heeft gepleegd of omdat het bestuursorgaan een bijzondere audit wil. Dit veronderstelt een gespecialiseerde boekhoudkundige of financiële kennis, die niet kan worden verwacht van een bestuurder. In dat geval zullen de bestuurders wel kunnen vertrouwen op het oordeel van de commissaris⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 270, nr. 274; H. DE WULF, *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 296-297, nr. 494-495; H. DE WULF en I. DE POORTER, “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen” in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 226-228.

⁽³⁵⁾ Zo bijv. stelde het hof van beroep te Brussel in een arrest van 21 november 2002 een zaakvoerder aansprakelijk voor onregelmatigheden in de jaarrekening en dit ondanks het feit dat een boekhouder-expert en de bedrijfsrevisoren goedkeurende verklaringen hadden afgelegd. Dat deze verklaringen foutief waren, bevrijdde de zaakvoerder niet van haar aansprakelijkheid (Brussel 21 november 2002, *JLMB* 2003, p. 1279, *JDSC* 2004, p. 211, noot M.A. DELVAUX en p. 249, noot M.A. DELVAUX).

⁽³⁶⁾ S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 270, nr. 274; H. DE WULF, *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 298, nr. 496; H. DE WULF en I. DE POORTER, “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen” in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 228.

D. De alarmbelprocedure

55. De alarmbelprocedure moet worden toegepast wanneer het netto-actief als gevolg van geleden verlies is gedaald tot minder dan de helft van het maatschappelijk kapitaal. Het bestuursorgaan moet dan het initiatief nemen om de algemene vergadering te laten bijeenkomen binnen een termijn van ten hoogste twee maanden nadat het verlies is vastgesteld of krachtens wettelijke of statutaire bepalingen had moeten worden vastgesteld⁽³⁷⁾. Deze regel is van dwingend recht. De statuten kunnen de voorwaarden enkel strenger formuleren. De algemene vergadering dient te beraadslagen en te beslissen over de ontbinding van de vennootschap en eventueel over andere in de agenda aangekondigde maatregelen. Dit dient te gebeuren volgens de regels die gelden voor een statutenwijziging. Het bestuursorgaan moet een verslag opstellen waarin het voorstellen doet aan de algemene vergadering. Indien het bestuursorgaan voorstelt om de activiteit verder te zetten, dan geeft het een uiteenzetting van de maatregelen die het overweegt te nemen tot herstel van de financiële toestand van de vennootschap. Het verslag van het bestuursorgaan is voorgeschreven op straffe van nietigheid: indien het ontbreekt, dan kan de beslissing van de algemene vergadering worden nietig verklaard. De wet bevat nog een tweede drempel. Indien het netto-actief ten gevolge van geleden verlies is gedaald tot minder dan één vierde van het maatschappelijk kapitaal, dan moet dezelfde procedure worden toegepast. De beslissing tot ontbinding kan echter al worden goedgekeurd met een meerderheid van één vierde van de stemmen.

Van belang is het tijdstip waarop de termijn van twee maanden waarbinnen de algemene vergadering moet bijeenkomen, aanvangt. Artikel 633, eerste lid W. Venn. spreekt over twee maanden *“nadat het verlies is vastgesteld of krachtens wettelijke of statutaire bepalingen had moeten worden vastgesteld”*. Deze laatste bepaling laat toe om het aanvangspunt van de termijn te objectiveren: als uitgangspunt wordt het ogenblik genomen waarop het bestuursorgaan wettelijk of statutair verplicht was om de financiële toestand van de vennootschap te beoordelen. Er zijn verschillende tijdstippen waarop het bestuursorgaan kennis kan nemen van de financiële toestand van de vennootschap⁽³⁸⁾. Meestal wordt er van uitgegaan dat de termijn van twee maanden begint te lopen van zodra het kapitaalverlies blijkt uit één van volgende stukken: een goedgekeurde jaarrekening, een ontwerpjaarrekening⁽³⁹⁾, de halfjaarlijkse boekhoudkundige staat die aan de commissaris moet worden overgemaakt, de driemaandelijke staat die aan de ondernemingsraad moet worden megedeeld, de staat van activa en passiva of een bijzonder verslag met boekhoudkundige en financiële informatie die moeten worden opgesteld voor bepaalde verrichtingen, zoals de omzetting, doelwijziging, uitgifte van aandelen zonder nominale waarde beneden fractiewaarde of vooraleer

⁽³⁷⁾ Art. 633 W. Venn. (art. 7:228 WVV).

⁽³⁸⁾ S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 271, nr. 276.

⁽³⁹⁾ Het precieze tijdstip waarop de raad van bestuur behoort te weten of de vennootschap zich al dan niet in de voorwaarden van de alarmbelprocedure bevindt, is dan het ogenblik waarop de stukken worden bezorgd aan de commissaris, dit is in principe één maand voor de geplande datum van de algemene vergadering (art. 143 W. Venn.; art. 3:74 WVV).

een dividend wordt uitgekeerd⁽⁴⁰⁾. Sommige rechtspraak gaat er echter van uit dat enkel de goedgekeurde jaarrekening een referentie kan vormen en dus dat de termijn ten vroegste begint te lopen vanaf de datum van de jaarlijkse algemene vergadering⁽⁴¹⁾. De verplichting tot toepassing van de alarmbelprocedure is geen periodieke verplichting. Het volstaat om ze toe te passen binnen de wettelijke termijn wanneer het netto-actief is gedaald beneden de helft van het maatschappelijk kapitaal. In de hypothese dat de algemene vergadering rechtsgeldig beslist om de activiteiten voort te zetten en de herstelmaatregelen hebben geen effect, dan dient zij in principe niet opnieuw te worden toegepast. Enkel indien de verliezen het netto-actief zodanig zouden aantasten dat het zakt beneden één vierde van het maatschappelijk kapitaal, moet de alarmbelprocedure opnieuw worden toegepast⁽⁴²⁾.

56. Wanneer het bestuursorgaan het initiatief heeft genomen om de alarmbelprocedure toe te passen, dan moet de commissaris in eerste instantie nog geen controle verrichten. Het is pas in de hypothese dat de algemene vergadering zou beslissen om de vennootschap te ontbinden, dat de commissaris een verslag moet opstellen voorafgaand aan de buitengewone algemene vergadering die zal stemmen over de ontbinding. Meer in het bijzonder zal hij in zijn verslag moeten vermelden of de staat van activa en passiva die door het bestuursorgaan werd opgesteld en die niet ouder mag zijn dan drie maanden, de toestand van de vennootschap op volledige, getrouwe en juiste wijze weergeeft⁽⁴³⁾.

Heeft het bestuursorgaan toepassing gemaakt van de alarmbelprocedure, dan dient de commissaris de waarschuwingsprocedure van artikel 138 W. Venn niet toe te passen wanneer hij vaststelt dat het bestuursorgaan reeds heeft beraadslaagd over de maatregelen die moeten worden genomen om de continuïteit van de onderneming gedurende een redelijke termijn te vrijwaren⁽⁴⁴⁾.

Indien het bestuursorgaan in gebreke blijft om de algemene vergadering bijeen te roepen binnen de wettelijke termijn, dan kan de commissaris hiertoe zelf het initiatief nemen. Voorzichtigheidshalve zal hij dan eerst het bestuursorgaan verzoeken om de algemene vergadering bijeen te roepen.

⁽⁴⁰⁾ H. DE WULF, *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, 292-293, nr. 489; H. DE WULF en I. DE POORTER, “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen” in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 219; K. MARESCAU, “De alarmbelprocedure: een gewaarschuwd bestuurder ...”, *TRV* 2008, p. 566, nr. 5; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 103-104, nr. 120.

⁽⁴¹⁾ Zie de rechtspraak aangehaald door M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 103, voetnoot 421.

⁽⁴²⁾ S. DE SCHRUIJVER, “Commentaar bij art. 633 W.Venn.” *Comm.V.en V.* december 2002, p. 10-11, nr. 18; K. MARESCAU, “De alarmbelprocedure: een gewaarschuwd bestuurder ...”, *TRV* 2008, p. 567, nr. 6.

⁽⁴³⁾ Art. 181, § 1, derde lid W. Venn (art. 2:71, §2, derde lid WVV).

⁽⁴⁴⁾ Advies 2019/06 van de Raad van het IBR betreffende de niet-automatische toepassing van art. 138 W. Venn. ingeval van daling van het netto-actief tot minder dan de helft van het kapitaal, beschikbaar op www.ibr-ire.be.

3.2. BEVESTIGINGSBRIEF

3.2.1. Inhoud van de bevestigingsbrief

57. De bevestigingsbrief is een eenzijdige verklaring van de vennootschapsleiding aan de commissaris, die de ondertekenaars ervan aansprakelijk maakt tegenover de commissaris voor de juistheid van de verstrekte informatie⁽⁴⁵⁾. De toepasselijke controlestandaard ISA 580⁽⁴⁶⁾ legt de commissaris op om van het management en, in voorkomend geval, van de met *governance* belaste personen⁽⁴⁷⁾ schriftelijke bevestigingen te verkrijgen bij de controle van de financiële overzichten.

In de bevestigingsbrief erkennen de ondertekenaars dat zij verantwoordelijk zijn voor het opstellen van de jaarrekening en de getrouwe weergave ervan in overeenstemming met het in België van toepassing zijnde boekhoudkundig referentiestelsel. Zij erkennen eveneens hun verantwoordelijkheid voor het opzetten, het implementeren en het opvolgen van interne beheersingsmaatregelen zodanig dat de jaarrekening geen afwijkingen van materieel belang bevat die het gevolg zijn van fraude of van fouten. Verder bevestigen zij een aantal concrete punten, waaronder de correcte boeking van alle transacties; de weerspiegeling van de transacties in de jaarrekening, desgevallend met de nodige toelichting; de mededeling aan de commissaris van alle voornemens of intenties die een invloed van materieel belang kunnen hebben op de boekwaarde of de rubricering van activa en passiva; de afwezigheid van fraude of vermoedens van fraude die zouden kunnen leiden tot een afwijking van materieel belang in de jaarrekening; de afwezigheid van gebeurtenissen na balansdatum andere dan die waar al rekening mee werd gehouden; het behoud van de continuïteitsveronderstelling; de naleving van de toepasselijke regelgeving; de volledigheid van de informatie die zij hebben verstrekt over de aan de vennootschap verbonden partijen; de afwezigheid van inbreuken op de wetgeving inzake de strijd tegen het witwassen van geld; de mededeling van alle informatie inzake belangenconflicten die hebben plaatsgevonden en desgevallend⁽⁴⁸⁾ dat de verklaring van niet-financiële informatie die bij het jaarverslag is gevoegd, naar vorm en inhoud voldoet aan de wettelijke vereisten.

3.2.2. Wie is bevoegd om de bevestigingsbrief te ondertekenen?

58. Meestal wordt de bevestigingsbrief ondertekend door leden van het management. Onder het management wordt begrepen: degenen die verantwoordelijk zijn voor het

⁽⁴⁵⁾ M. BRASSEUR en B. DELMOTTE, "Derniers développements en matière de contrôle dans les sociétés", *TBH* 2009, p. 879, nr. 31; I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van de commissaris en de ondertekenaar van de bevestigingsbrief" in M. DE WOLF (ed.), *Bevestigingsbrief, leiding en bedrijfsrevisoren: wie, wat en, met welk doel?*, Brugge, die Keure, 2008, p. 66, nr. 131.

⁽⁴⁶⁾ *ISA 580, Schriftelijke bevestigingen*, beschikbaar op www.ibr-ire.be/nl/regelgeving-en-publicaties/normen-en-aanbevelingen/nieuwe-en-herziene-isa-s/tabel-nieuwe-en-herziene-isa-s.

⁽⁴⁷⁾ De met *governance* belaste personen zijn de persoon of de personen die verantwoordelijkheid dragen voor het uitoefenen van toezicht op de strategische richting van de gecontroleerde entiteit en op de verantwoordingsplicht van de gecontroleerde entiteit (voor deze definitie zie *ISA 260 (Herzien)*, *Communicatie met de met governance belaste personen*, p. 5, nr. 10). Naar Belgisch recht gaat het om de bestuurders.

⁽⁴⁸⁾ Voor de organisaties van openbaar belang (OOB).

opstellen en de presentatie van de financiële overzichten. Het kan onder meer gaan om de financieel directeur, de CEO of om gelijkwaardige personen die evenwel die titel niet hanteren, maar wel diezelfde verantwoordelijkheden uitoefenen⁽⁴⁹⁾. Het kan ook gaan om de afgevaardigd bestuurder, de algemeen directeur, de voorzitter van de raad van bestuur en alle andere betrokken personen of organen⁽⁵⁰⁾.

Het bestuursorgaan blijft evenwel verantwoordelijk voor het opstellen van een jaarrekening die een getrouw beeld geeft van het vermogen, de financiële toestand en de resultaten van de vennootschap⁽⁵¹⁾ en voor het opstellen van een jaarverslag waarin de bestuurders rekenschap geven van hun beleid⁽⁵²⁾. Dit zijn specifieke wettelijke bevoegdheden die het bestuursorgaan niet kan overdragen of delegeren⁽⁵³⁾. Het is bijgevolg belangrijk dat de ondertekenaars van de bevestigingsbrief verklaringen afleggen die in overeenstemming zijn met de jaarrekening en het jaarverslag die worden opgesteld door het bestuursorgaan.

59. Wanneer de bevestigingsbrief wordt ondertekend door de afgevaardigd bestuurder, dan kan de commissaris uitgaan van diens wettelijke vertegenwoordigingsmacht⁽⁵⁴⁾. Hij mag ervan uitgaan dat de afgevaardigd bestuurder de bevestigingsbrief kan tekenen en dat de punten die de afgevaardigd bestuurder bevestigt, werden afgetoetst met het bestuursorgaan.

In alle andere gevallen dient in principe een bijzondere volmacht voor te liggen van het bestuursorgaan aan de ondertekenaars van de bevestigingsbrief. Deze bevoegdheidsdelegatie door bijzondere volmacht zou het bestuursorgaan kunnen vrijstellen van aansprakelijkheid, op voorwaarde dat zij zorgvuldig is gebeurd en dat het bestuursorgaan zelf geen fout heeft begaan⁽⁵⁵⁾. Een zorgvuldige bevoegdheidsdelegatie veronderstelt dat het bestuursorgaan bekwame personen heeft geselecteerd, die over voldoende zelfstandigheid en middelen beschikten om de gedelegeerde bevoegdheden uit te oefenen.

⁽⁴⁹⁾ ISA 580, *Schriftelijke bevestigingen*, p. 7, A2.

⁽⁵⁰⁾ Zie I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van de commissaris en de ondertekenaar van de bevestigingsbrief" in M. DE WOLF (ed.), *Bevestigingsbrief, leiding en bedrijfsrevisoren: wie, wat en, met welk doel?*, Brugge, die Keure, 2008, p. 64, nr. 124; H. DE WULF en I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 251-252; L. SWOLFS en B. DE KLERCK, "Praktische benadering van de relatie tussen de bedrijfsrevisor en de bestuurders" in Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel (ed.), *Bestuurder en besturen is twee*, Brussel, Larcier, 2003, p. 49, nr. 20.

⁽⁵¹⁾ Art. 92, 1 W. Venn. (art. 3:1, § 1 WVV).

⁽⁵²⁾ Art. 95 W. Venn. (art. 3:5 WVV).

⁽⁵³⁾ Zie S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 226-227, nr. 238.

⁽⁵⁴⁾ Als orgaan van vertegenwoordiging in de zin van art. 522, §2 W. Venn (art. 7:93, §2 WVV).

⁽⁵⁵⁾ K. GEENS en J. VANANROYE, "Bestuursaansprakelijkheid in NV en BVBA" in *Vennootschaps- en financieel recht*, *Reeks Themis*, 11, Brugge, die Keure, 2002, p. 18, nr. 31. In dezelfde zin H. DE WULF, *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 265-271, nr. 446-453; K. GEENS en M. WYCKAERT, *Verenigingen en vennootschappen, II, De vennootschap, A. Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht, IV*, Mechelen, Kluwer, 2011, p. 632, nr. 356; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 73-74, nr. 74; p. 88, nr. 98 en p. 133, nr. 155.

In die zin is het dus niet onlogisch om de handtekeningbevoegdheid te delegeren aan een financieel directeur, de CEO of de algemeen directeur, aangezien zij over de nodige bekwaamheid beschikken en naar alle waarschijnlijkheid ook betrokken zijn bij de voorbereiding van de financiële verslaggeving. Daarnaast dient het bestuursorgaan voldoende toezicht te houden over de uitoefening van de gedelegeerde bevoegdheden door de lasthebber⁽⁵⁶⁾. Gezien de eigen verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan voor het opstellen van de jaarrekening en het jaarverslag, kan van het bestuursorgaan zeker worden verwacht dat het een vorm van controle uitoefent op de vermeldingen die worden opgenomen in de bevestigingsbrief. Wanneer de leden van het management foutieve verklaringen afleggen in de bevestigingsbrief, dan zal het voor de bestuurders wellicht moeilijk zijn om aan te tonen dat hen niets te verwijten valt.

Wanneer geen bijzondere volmacht voorligt van het bestuursorgaan aan de leden van het management die de bevestigingsbrief ondertekenen, dan zijn deze laatsten in de regel niet bevoegd om te tekenen. De gecontroleerde entiteit is dan in de regel niet gebonden door de bevestigingsbrief. In vele gevallen zal de commissaris zich echter kunnen beroepen op de leer van het schijnmandaat. Op grond van de leer van het schijnmandaat kan de lastgever verbonden zijn door rechtshandelingen die de lasthebber binnen het kader van zijn schijnbare vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft verricht, voor zover die schijn aan de lastgever toerekenbaar is en de wederpartij er rechtmatig op mocht vertrouwen dat de lasthebber binnen zijn bevoegdheid handelde. Indien bijvoorbeeld de CFO al verschillende jaren na elkaar de bevestigingsbrief heeft ondertekend namens de gecontroleerde entiteit, zonder dat deze laatste dit op enigerlei wijze heeft betwist, dan kan de commissaris ervan uitgaan dat de CFO de bevestigingsbrief ook in de toekomst zal kunnen ondertekenen. Dit alles staat los van de eventuele interne aansprakelijkheid van de onbevoegde ondertekenaars van de bevestigingsbrief tegenover de gecontroleerde entiteit.

3.2.3. Wat in geval van weigering om de bevestigingsbrief te ondertekenen?

60. Mochten het management of de bestuurders weigeren om de bevestigingsbrief te ondertekenen, dan zal de commissaris dit feit vermelden in zijn verslag en zal hij een verklaring van voorbehoud moeten opnemen in zijn verslag of een onthoudende verklaring afleveren⁽⁵⁷⁾.

Indien bestuurders weigeren om de bevestigingsbrief te ondertekenen, dan kan dit mogelijk een inbreuk uitmaken op de algemene zorgvuldigheidsnorm uit de artikelen

⁽⁵⁶⁾ Deze verplichtingen worden ontleend aan artikel 1994 BW inzake plaatsvervangende lastgeving: de gesubstitueerde lasthebber kan rechtstreeks aansprakelijk worden gesteld en de lastgever gaat vrijuit op voorwaarde dat hij een bekwame persoon heeft geselecteerd en voldaan heeft aan zijn supervisieplicht. Zie referenties aangehaald bij S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 281, nr. 285.

⁽⁵⁷⁾ IBR, *Vademecum van de bedrijfsrevisor, deel I. Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard, 2009, p. 622; E. VANDERSTAPPEN, "Commentaar bij art. 144 W.Venn." *Comm. Ven V.* 18 september 2008, p. 10, nr. 17 en p. 11, nr. 18.

527 W. Venn. en 1382 BW ⁽⁵⁸⁾. Hoe dan ook doet dit geen afbreuk aan de aansprakelijkheid van de bestuurders voor het opstellen en de openbaarmaking van het jaarverslag en de jaarrekening.

3.2.4. Welke impact heeft de ondertekening van de bevestigingsbrief op de werkzaamheden van de commissaris?

61. De ondertekening van de bevestigingsbrief leidt niet tot een vermindering van de controletaken van de commissaris. De wettelijke controleopdracht van de commissaris bestaat erin na te gaan of de boekhouding en de jaarrekening wettig zijn opgesteld en of de jaarrekening een getrouw beeld geeft van het vermogen, van de financiële toestand en van de resultaten van de gecontroleerde entiteit. De bevestigingsbrief heeft hierop in principe geen invloed, zij het dat de commissaris, mocht hij over onvoldoende afdoende bewijsmateriaal beschikken, zich wel kan steunen op de bevestigingsbrief als bewijskrachtig materiaal. Hij moet dan zelf beoordelen welke gevolgen dit heeft voor de inhoud van zijn verslag ⁽⁵⁹⁾.

62. De bevestigingsbrief valt, net zoals alle andere informatie die de commissaris in de uitoefening van zijn controletaak verwerft, onder zijn beroepsgeheim. Enkel mits uitdrukkelijke toestemming van de gecontroleerde entiteit of in het kader van een juridisch geschil waarin de commissaris is betrokken, kan de bevestigingsbrief als een bewijselement worden aangewend ⁽⁶⁰⁾. De bevestigingsbrief moet worden opgesteld voordat het commissarisverslag wordt opgesteld. Zo oordeelde de Tuchtcommissie van het IBR dat het onaanvaardbaar was dat de bevestigingsbrief meer dan een maand na het commissarisverslag werd opgesteld ⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁸⁾ M. BRASSEUR en B. DELMOTTE, “Derniers développements en matière de contrôle dans les sociétés”, *TBH* 2009, p. 879, nr. 31; I. DE POORTER, “De aansprakelijkheid van de commissaris en de ondertekenaar van de bevestigingsbrief” in M. DE WOLF (ed.), *Bevestigingsbrief, leiding en bedrijfsrevisoren: wie, wat en, met welk doel?*, Brugge, die Keure, 2008, p. 58, nr. 109.

⁽⁵⁹⁾ I. DE POORTER, “De aansprakelijkheid van de commissaris en de ondertekenaar van de bevestigingsbrief” in M. DE WOLF (ed.), *Bevestigingsbrief, leiding en bedrijfsrevisoren: wie, wat en, met welk doel?*, Brugge, die Keure, 2008, p. 61, nr. 118 en p. 63, nr. 122.

⁽⁶⁰⁾ I. DE POORTER, “De aansprakelijkheid van de commissaris en de ondertekenaar van de bevestigingsbrief” in M. DE WOLF (ed.), *Bevestigingsbrief, leiding en bedrijfsrevisoren: wie, wat en, met welk doel?*, Brugge, die Keure, 2008, p. 59, nr. 111.

⁽⁶¹⁾ Nederlandstalige Kamer Tuchtcommissie 27 april 2017, nr. 519/2016/N, aangehaald door I. DE POORTER, “Analyse van de tuchtrechtspraak IBR medio 2015 – medio 2017”, *TAA* 59/2018, p. 70.

3.3. VERSLAG VAN DE EFFECTIEVE LEIDING

63. De in het vorige hoofdstuk besproken problematiek van de bevestigingsbrief kan *mutatis mutandis* ook worden toegepast op het verslag van de effectieve leiding over de interne controle (*in control statement*). Deze verplichting geldt onder meer voor instellingen onder toezicht van de NBB en de FSMA, met name kredietinstellingen, beursvennootschappen, betalingsinstellingen, vereffeningsinstellingen en met vereffeningsinstellingen gelijkgestelde instellingen, (gemengde) financiële holdings naar Belgisch recht, vennootschappen voor vermogensbeheer en beleggingsadvies en beheervenootschappen van instellingen voor collectieve belegging en openbare gereglementeerde vastgoedvennootschappen. De effectieve leiding van deze instellingen is er verplicht om aan de toezichthouder, aan het bestuursorgaan en aan de commissaris verslag te doen van de beoordeling van de interne controle. Het opstellen van dit verslag is wettelijk verplicht en maakt het voorwerp uit van circulaire van de toezichthouders ⁽⁶²⁾.

De verantwoordelijkheid voor het opstellen van een afdoend intern controlesysteem ligt bij de effectieve leiding van de betrokken instellingen, in voorkomend geval is dit het directiecomité. Het bestuursorgaan dient toezicht uit te oefenen en na te zien of de instelling beantwoordt aan de wettelijke vereisten.

Dit zal ook gevolgen hebben voor de eventuele aansprakelijkheid. Wanneer de effectieve leiding in haar verslag over de interne controle fouten maakt, dan zal dit in de eerste plaats haar verantwoordelijkheid zijn. Daarnaast hebben het bestuursorgaan en de commissaris hebben hun eigen verantwoordelijkheden inzake toezicht en controle waarvoor zij desgevallend kunnen worden aangesproken.

⁽⁶²⁾ Zie onder meer Circulaire NBB_2011_09 van 20 december 2011, Het verslag van de effectieve leiding inzake de beoordeling van de interne controle, het verslag van de effectieve leiding inzake de beoordeling van de interne controle betreffende beleggingsdiensten en -activiteiten en de verklaring van de effectieve leiding inzake de periodieke prudentiële rapportering; Circulaire FSMA_2019_05 van 19/02/2019, Het verslag van de effectieve leiding over de interne controle bij de gereglementeerde vastgoedvennootschappen.

3.4. AANSPRAKELIJKHEID

64. De commissaris heeft een eigen wettelijke opdracht en dus ook een eigen aansprakelijkheid, die in principe losstaat van deze van het bestuursorgaan. De aansprakelijkheid van de commissaris wordt geregeld in artikel 140 W. Venn. Dit artikel bevat twee aansprakelijkheidsgronden, namelijk de aansprakelijkheid van de commissaris voor tekortkomingen in de uitoefening van zijn wettelijk opgedragen taak en de aansprakelijkheid wegens de overtreding van het Wetboek van vennootschappen en de statuten.

De aansprakelijkheid van de commissaris jegens de vennootschap die hem heeft aangesteld, is een contractuele aansprakelijkheid. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de inspanningsverbintenissen en de resultaatsverbintenissen die een commissaris heeft. In de regel zijn de verplichtingen van een commissaris in het kader van zijn wettelijke controleopdracht inspanningsverbintenissen. Zo heeft de commissaris verschillende controlemethoden ter beschikking, waarbij het niet vooraf vaststaat welke de meest geschikte is om eventuele onregelmatigheden vast te stellen. Om te beoordelen of de commissaris al dan niet een fout heeft begaan, zal zijn gedrag worden getoetst aan dat van een normaal zorgvuldige en omzichtige commissaris geplaast in dezelfde concrete omstandigheden. Door de normaal zorgvuldige en omzichtige commissaris als toetsingscriterium te gebruiken, zullen de normen en aanbevelingen die gelden voor de commissaris in aanmerking genomen worden bij de beoordeling van zijn aansprakelijkheid. Resultaatsverbintenissen, zoals de verplichting om een controleverslag op te stellen met een wettelijk bepaalde inhoud en de naleving van bepaalde termijnen, worden anders beoordeeld. In dat geval heeft de commissaris geen beoordelingsvrijheid. Wanneer het wettelijk bepaalde resultaat niet is bereikt, dan wordt de commissaris vermoed een fout te hebben begaan. Tegenover derden kan een tekortkoming van de commissaris in de uitoefening van zijn wettelijk opgedragen taak aanleiding geven tot aansprakelijkheid wanneer zij een onrechtmatige daad uitmaakt in de zin van artikel 1382 BW. In de gepubliceerde rechtspraak is er slechts een beperkt aantal gevallen waarin een commissaris aansprakelijk werd gesteld jegens een derde, zoals een individuele aandeelhouder of een schuldeiser.

Daarnaast zijn de commissarissen hoofdelijk aansprakelijk jegens de vennootschap en jegens derden voor schade die het gevolg is van overtreding van de bepalingen van het Wetboek van vennootschappen of van de statuten. Van deze aansprakelijkheid kunnen de commissarissen enkel worden vrijgesteld wanneer zij aantonen dat (i) zij geen deel hebben gehad aan de overtredingen, (ii) zij hun taak naar behoren hebben vervuld en (iii) zij die overtredingen hebben aangeklaagd bij het bestuursorgaan en, in voorkomend geval, indien daar geen passend gevolg werd gegeven, op de eerste daaropvolgende algemene vergadering nadat zij er kennis van hebben gekregen. Aangezien de commissaris moet kunnen aantonen dat hij zijn taak zorgvuldig heeft uitgeoefend, is het aangewezen dat hij schriftelijke bewijsstukken verzamelt betreffende de uitvoering van zijn opdracht.

65. De vraag is of de commissaris aansprakelijk kan worden gesteld wegens inbreuken op bepalingen van het Wetboek van vennootschappen en de statuten die werden begaan

door de leden van een collegiaal bestuursorgaan. In principe is dit niet het geval, tenzij de overtredingen door de bestuurders een weerslag hebben op de jaarrekening van de vennootschap en de commissaris deze niet heeft opgespoord of, wanneer hij kennis had van de overtredingen, heeft nagelaten om het bestuursorgaan hiervan op de hoogte te brengen. In dat geval heeft de commissaris zelf een fout begaan, aangezien hij wettelijk verplicht is om in zijn verslag te vermelden of hij kennis heeft gekregen van verrichtingen gedaan of beslissingen genomen met overtreding van de statuten of van de bepalingen van het Wetboek van vennootschappen, tenzij de openbaarmaking van de overtreding aan de vennootschap onverantwoorde schade kan berokkenen⁽⁶³⁾. Een voorbeeld hiervan is het bestuursorgaan dat nalaat om de jaarlijkse algemene vergadering bijeen te roepen binnen de wettelijke termijn en de commissaris die vervolgens in gebreke blijft om dit te melden en zo eveneens een inbreuk pleegt op het Wetboek van vennootschappen.

In een dergelijke hypothese zijn de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die het gevolg is van de overtredingen van het Wetboek van vennootschappen of de statuten⁽⁶⁴⁾. Indien er meerdere commissarissen werden benoemd (college van commissarissen) kunnen zij op hun beurt hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de door hen begane overtredingen van het Wetboek van vennootschappen of de statuten. Er is echter geen sprake van hoofdelijkheid tussen de commissaris(en) en de bestuurders. Dit werd immers niet voorzien in de wet⁽⁶⁵⁾. Een hoofdelijke aansprakelijkheid tussen de commissaris en de bestuurders gaat bovendien voorbij aan het feit dat de commissaris zijn onafhankelijkheid moet bewaren en zich niet mag mengen in het bestuur. De commissaris kan inbreuken wel melden aan het bestuursorgaan, maar hij kan zelf niet het initiatief nemen om het bestuursorgaan de inbreuken die werden begaan de door de bestuurders te laten rechtzetten of wijzigen.

Wanneer de bestuurders en de commissaris elke onderscheiden fouten hebben begaan die hebben bijgedragen tot het ontstaan van een gemeenschappelijke schade, dan kunnen zij wel *in solidum* aansprakelijk worden gesteld. Net zoals bij hoofdelijke aansprakelijkheid, kan het slachtoffer in geval van *in solidum* aansprakelijkheid één van de daders aanspreken tot vergoeding van de volledige schade⁽⁶⁶⁾. Een voorbeeld hiervan is het geval waarin de commissaris een fout had begaan in zijn controle- en rapporteringstaak door een goedkeurende verklaring zonder voorbehoud af te leveren terwijl de cijfers in de balans een flagrant verschil toonden met de realiteit als gevolg van allerlei overwaarderingsen. De commissaris werd *in solidum* aansprakelijk gesteld tegenover de schuldeiser-kredietverstrekker wegens overtredingen van het Wetboek

⁽⁶³⁾ Art. 144, § 1, 9° W. Venn. (art. 3:75, §1, 9° WVV).

⁽⁶⁴⁾ Het gaat om een passieve hoofdelijkheid, waarbij elk van de bestuurders door de benadeelde voor de gehele schadevergoeding kan worden aangesproken.

⁽⁶⁵⁾ Hoofdelijkheid wordt niet vermoed, maar moet uitdrukkelijk bedongen zijn of bestaan van rechtswege, krachtens een bepaling in de wet (art. 1202 BW).

⁽⁶⁶⁾ Het verschil is dat de *in solidum* aansprakelijkheid geen wettelijke basis heeft, maar werd ontwikkeld in rechtspraak en rechtsleer. Verder verschillen de hoofdelijke en de *in solidum* aansprakelijkheid van elkaar op het vlak van een aantal andere gevolgen.

van vennootschappen in de jaarrekening, omdat deze mede werden mogelijk gemaakt door zijn gebrekkige controle ⁽⁶⁷⁾.

66. Zowel voor de commissaris als voor de bestuurders geldt een aansprakelijkheidsbeperking. Behoudens voor overtredingen gepleegd met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden, wordt de aansprakelijkheid van de commissaris beperkt tot een bedrag van drie miljoen euro. Dit bedrag wordt verhoogd tot twaalf miljoen euro voor de uitvoering van opdrachten bij een OOB. Tegenover deze aansprakelijkheidsbeperking staat de verplichting voor de commissaris om een verzekering af te sluiten tot dekking van zijn burgerlijke aansprakelijkheid voor minstens de voormelde bedragen en met voor alle opdrachten die door of krachtens de wet zijn voorbehouden aan de commissaris ⁽⁶⁸⁾.

Het Wetboek van vennootschappen en verenigingen voert eveneens een aansprakelijkheidsbeperking in voor bestuurders van rechtspersonen, maar deze is vrij gecompliceerd. Het maximumbedrag van de aansprakelijkheid gaat van 125.000 euro tot twaalf miljoen euro, afhankelijk van de gemiddelde omzet op jaarbasis en het gemiddelde balanstotaal die de rechtspersoon heeft gerealiseerd in de drie jaar voorafgaand aan het instellen van de aansprakelijkheidsvordering. De aansprakelijkheidsbeperking geldt voor alle bestuurders samen; terwijl de hierboven vermelde aansprakelijkheidsbeperking geldt voor elke commissaris afzonderlijk. Zij geldt niet in een heel aantal gevallen, waaronder (i) in geval van lichte fout die eerder gewoonlijk dan toevallig voorkomt, van zware fout, van bedrieglijk opzet of oogmerk om te schaden; (ii) voor de specifieke aansprakelijkheid van bestuurders tot volstorting van het kapitaal bij kapitaalverhoging; (iii) de fiscale aansprakelijkheden van de artikelen 442quater en 458 WIB1992 en de artikelen 73*sexies* en 93*undecies*C WBTW en (iv) voor de hoofdelijke aansprakelijkheid wegens onbetaalde sociale zekerheidsschulden in de zin van artikel XX.226 WER ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁷⁾ Kh. Hasselt 25 juni 2002, aangehaald door K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, F. PARREIN, S. DE DIER en S. COOLS, m.m.v. F. JENNÉ en A. STEENO, “Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen (1999-2010)”, *TPR* 2012, p. 389-390, nr. 327. Zie ook het overzicht van rechtspraak bij I. DE POORTER, *Controle van financiële verslaggeving: revisoraal en overheidstoezicht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 280-282, nr. 363.

⁽⁶⁸⁾ Art. 24 van de Wet van 7 december 2016 tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren.

⁽⁶⁹⁾ Art. 2:57 WVV.

3.5. BESLUIT

67. De commissaris, het bestuursorgaan en het management van de gecontroleerde entiteit hebben elk onderscheiden taken. Om zijn controleopdracht te kunnen uitoefenen, moet de commissaris kunnen vertrouwen op de informatie die hem wordt verstrekt door het bestuursorgaan en het management. Hiertoe beschikt hij over een aantal bevoegdheden, zoals een inzagerecht in de stukken van de gecontroleerde entiteit, hij kan inlichtingen vragen aan het bestuursorgaan, met inbegrip van inlichtingen over verbonden vennootschappen en hij kan van het bestuursorgaan vragen dat zij de bevestiging van derden voorleggen. Tevens dient het bestuursorgaan hem halfjaarlijks een boekhoudkundige staat te bezorgen.

Om bijkomende zekerheid te bekomen betreffende de hem verschaft informatie, kan de commissaris in het kader van zijn algemene controleopdracht aan de leiding van de gecontroleerde entiteit de bevestiging vragen dat deze alle relevante informatie heeft verschaft voor de uitoefening van zijn controleopdracht en dat de verslaggeving de financiële toestand getrouw weergeeft door middel van een bevestigingsbrief. In bepaalde gecontroleerde entiteiten is de effectieve leiding bovendien verplicht om aan de commissaris een verslag over de interne controle over te maken.

Hoewel bewaking van de continuïteit in de eerste plaats de verantwoordelijkheid is van het bestuursorgaan, speelt de commissaris hierbij ook een belangrijke rol. Zo zal het bestuursorgaan een bijzondere verantwoording moeten geven wanneer de vennootschap langer dan één jaar verlies maakt en wordt geyopteerd voor de toepassing van waarderingsregels in de veronderstelling van continuïteit. De commissaris zal het bestuursorgaan waarschuwen wanneer hij ter gelegenheid van zijn controlewerkzaamheden gewichtige en overeenstemmende feiten vaststelt die de continuïteit van de onderneming in het gedrang kunnen brengen. In het kader van de alarmbelprocedure ten slotte, kan de commissaris het initiatief nemen om de algemene vergadering bijeen te roepen om te beslissen over een eventuele ontbinding.

De onderscheiden taken van commissaris en bestuursorgaan geven aanleiding tot onderscheiden aansprakelijkheden.

CHAPITRE 4

RELATIONS ENTRE LE COMMISSAIRE ET LE CONSEIL DE SURVEILLANCE

HOOFDSTUK 4

VERHOUDING TUSSEN DE COMMISSARIS EN DE RAAD VAN TOEZICHT

P.A. FORIERS

Avocat à la Cour de cassation

Professeur ordinaire émérite de l'Université Libre de Bruxelles

Membre de la Commission juridique de l'IRE

N. TISSOT

Avocate au barreau de Bruxelles

Assistante à l'UCLouvain

4.1. INTRODUCTION

68. Parler du commissaire face à l'administration duale de la société anonyme dans le nouveau Code des sociétés et des associations revient d'abord à s'interroger sur ce nouveau type de gouvernance.

On sait en effet que la loi nouvelle ne modifie pas fondamentalement la situation du commissaire.

Reproduisant l'article 142 du Code des sociétés, l'article 3:73 du Code des sociétés et des associations énonce que « *le contrôle dans les sociétés, de la situation financière, des comptes annuels, et de la régularité au regard du présent code et des statuts, des opérations à constater dans les comptes annuels, doit être confié à un ou plusieurs commissaires* » et ce n'est qu'à la marge – en matière de sociétés anonymes – que le nouveau code apporte des précisions aux nombreux textes imposant une intervention particulière pour certaines opérations ou dans certaines circonstances ⁽¹⁾.

Pour le reste, le fait qu'une société anonyme soit dotée d'une gouvernance duale n'affecte pas la substance de la mission du commissaire. Les relations du commissaire avec la société pourvue d'une administration duale sont donc fonction de l'articulation des pouvoirs que cette forme de gouvernance implique. C'est dès lors essentiellement à cette articulation que ces quelques lignes sont consacrées.

⁽¹⁾ Voy. not. articles 2:71, §2 (mise en liquidation de la société) ; 3:69 (sonnette d'alarme) ; 7:7 (apport en nature lors de la constitution) ; 7:8 (quasi-apport) ; 7:96 (conflit d'intérêts régime moniste) ; 7:97 (conflit d'intérêts intra-groupe dans une société cotée avec un régime moniste) ; 7:103 (conflit d'intérêts administrateur unique) ; 7:115 (conflit d'intérêts régime dual) ; 7:116 (conflit d'intérêts intra-groupe dans une société cotée avec un régime dual) ; 7:179 (augmentation du capital) ; 7:180 (émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription) ; 7:193 (suppression ou limitation du droit préférentiel de souscription) ; 7:197 (apport en nature lors de l'augmentation du capital) ; 7:213 (distribution d'acomptes sur dividendes) ; 12:26 (fusion) ; 12:62 (scission) ; 14:4 (transformation de la société).

4.2. AUX SOURCES D'UN SYSTEME DUAL A LA BELGE

69. Les discussions autour de la meilleure structure d'administration des grandes sociétés ne sont pas neuves. Au système moniste est ainsi classiquement opposé le système dualiste.

L'idée d'une structure bicéphale composée, d'une part, d'un comité de direction et, d'autre part, d'un conseil de surveillance, figure déjà dans la proposition de cinquième directive ⁽²⁾ concernant la structure des sociétés anonymes et les pouvoirs et obligations de leurs organes.

Toutefois à défaut de consensus au sein des États membres, l'introduction d'un système impératif scindant le conseil d'administration en deux organes a dû être mis de côté.

À la suite de l'échec de la proposition de cinquième directive, la Commission européenne a lancé, en 2001, un plan d'action en vue de moderniser le droit européen des sociétés. À l'issue de cette étude, la Commission a conclu en ces termes :

*« Le groupe de haut niveau a en outre recommandé, au moins pour les sociétés cotées de l'UE, de laisser à celles-ci le choix entre une **structure unitaire** (conseil d'administration comprenant des administrateurs extérieurs) et une **structure duale** (directoire et conseil de surveillance). Tout en étant favorable à l'idée de laisser une plus grande liberté d'organisation aux sociétés, la Commission estime que les implications d'une telle proposition doivent être soigneusement étudiées. L'intégration dans les droits nationaux du règlement et de la directive relatifs au statut de la société européenne (SE) devrait permettre d'apprendre beaucoup dans ce domaine, et la Commission propose en conséquence que la recommandation du groupe de haut niveau fasse l'objet d'un suivi à moyen terme ».* ⁽³⁾

70. Certains États ont décidé d'opter pour l'application exclusive d'une structure duale dans les sociétés anonymes. C'est le cas notamment de l'Allemagne et, dans une moindre mesure, des Pays-Bas ⁽⁴⁾. La France a quant à elle opté pour un régime mixte selon lequel les statuts peuvent prévoir l'instauration de deux organes en lieu et place d'une structure moniste ⁽⁵⁾.

71. Si l'on fait abstraction des dispositions légales particulières qui ont imposé, en principe, des comités de direction au sein des établissements de crédit ⁽⁶⁾, des entreprises

⁽²⁾ J.O.C.E., C-240 du 9 septembre 1983.

⁽³⁾ COM (2003) 284 final, p. 18 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0284&from=FR>)

⁽⁴⁾ P.A. FORIERS et M. WYCKAERT, « Het ontwerp wetboek van vennootschappen en verenigingen – een geselecteerde bloemlezing voor bedrijfsjuristen », in *Tendensen in het bedrijfsrecht – het economisch recht in beweging*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 255.

⁽⁵⁾ Art. L225-57 et L225-58 du Code de commerce français.

⁽⁶⁾ Loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, M.B., 19 avril 1993.

d'investissement⁽⁷⁾ et d'entreprises publiques autonomes⁽⁸⁾, il a fallu, en Belgique, attendre la loi du 2 août 2002⁽⁹⁾ pour que les sociétés anonymes puissent se doter, si les statuts l'autorisent, d'un comité de direction constituant un organe à part entière et non un simple « comité exécutif » puisant ses pouvoirs dans une délégation à la gestion journalière combiné avec un mandat de droit commun consenti par le conseil d'administration.

L'article 524*bis* introduit par cette loi dans le Code des sociétés ne mettait cependant pas en place une véritable structure d'administration duale⁽¹⁰⁾. En effet, d'une part, elle n'empêchait pas le cumul des fonctions d'administrateur et de membre du comité de direction, d'autre part, la constitution d'un comité de direction ne découlant que d'une délégation de ses pouvoirs par le conseil d'administration, il était loin d'être certain, tout au contraire, que ce dernier ne dispose pas de pouvoirs concurrents⁽¹¹⁾.

72. Force est de constater que ce nouvel organe n'a eu qu'un succès réduit⁽¹²⁾, même dans les sociétés cotées⁽¹³⁾, qui très majoritairement ont préféré maintenir la formule plus souple du comité exécutif dont les pouvoirs peuvent être modelés en fonction des spécificités de l'entreprise et du rôle qu'entend jouer le conseil d'administration. On peut y voir sans doute le reflet de la structure de l'actionariat de la plupart des grandes sociétés belges, les actionnaires de contrôle ou de « référence » ou, plus généralement d'ailleurs, les actionnaires disposant de participations importantes, représentés au

(7) Loi du 6 avril 1995 relative au statut des entreprises d'investissements et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placements, art. 69, *M.B.*, 3 juin 1995

(8) Loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, art. 15, *M.B.*, 27 mars 1991.

(9) Loi modifiant le Code des sociétés et la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes, dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition, *M.B.*, 22 août 2002.

(10) Sur ce système mixte : P. HERMANT et C. BERTSCH, « La composition et le rôle du comité de direction dans la société anonyme au regard des dernières évolutions législative », in *Dernières évolutions en droit des sociétés*, Bruxelles, Ed. Jeune barreau, 2003, p. 117-150 ; J. MEUNIER, « Le nouveau comité de direction des sociétés anonymes, quelles directions choisir ? », *R.P.S.*, 2004, p. 5-20 ; H. CULOT, L. CULOT, Y. DE CORDT, J.-M. GOLLIER, A. HANNOUILLE, N. KONINGS, F. MAGNUS, G. PARISIS, G. DE PIERPONT et K. VAN DE VELDEN, S. WOLFF, « Chapitre 3 – Comités consultatifs/spécialisés » in *Société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 338.

(11) Sur cette question voy. not. H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen – Cambridge, Intersentia, 2017, n° 541 ; L. DENYS, B. VAN BRUYSTEGEM, M. DE MUYNCK, G. CAUWENBERGH, S. STEEVENS, V. VERCRUYSSSE, B. VAN WEZEMAEL, C. PIETTE, *De oprichtingsakte, de statuten en de organisatie van de vennootschap en het belang hiervan voor het belastingrecht*, Deel I. 3-3000, Kluwer, 2012, p. 126-127 ; J. MEUNIER « Le nouveau comité de direction des sociétés anonymes. Quelles directions choisir », *R.P.S.*, 2004, n° 6908, p. 43 ; D. VAN GERVEN, « De bevoegheden van het directiecomité in de naameloze vennootschap in de verhouding tot de raad van bestuur », *T.R.V.*, 2004, p. 24 ; B. DELMOTTE, « Behoudt of verliest de raad van bestuur de bevoegdheden die hij heft verleend aan het directiecomité ? », *T.R.V.*, 2004, p. 219-224 ; P. ERNST et L. VANDENEYNDEN, « Het directiecomité in de Corporate Governance-Wet. Een eerste analyse », in *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2003 p. 567.

(12) E. POTTIER et T. L'HOMME, « La loi "corporate governance" du 2 août 2002 modifiant le code des sociétés », *R.D.C.*, avril 2005, p. 324.

(13) Pour lesquelles l'amendement de M. BOURGEOIS tendant à les soumettre à un système dual obligatoire a été rejeté : *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n°50-1211/007, p. 3 (<http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/50/1211/50K1211007.pdf>)

conseil d'administration se montrant, non sans raison, réticents à abandonner complètement la plus large part de leurs pouvoirs au « *management* ». S'ajoutent en outre les incertitudes juridiques entourant le texte de l'article 524*bis*.

Fût-ce en raison de ces incertitudes, le système du comité de direction devait donc être rénové. Il fallait par ailleurs offrir aux entreprises la possibilité de mettre en place dans les sociétés anonymes une véritable structure duale opérant une répartition claire des pouvoirs entre les deux organes mis en place, ceci tout en tenant compte des spécificités des grandes sociétés belges.

Dans la mesure où les auteurs du projet avaient pour ligne directrice de rendre le droit des sociétés plus flexible, il était exclu de bannir le système moniste donc la possibilité d'un conseil d'administration classique déléguant, le cas échéant, certains pouvoirs à un comité exécutif. Cette option ouvre ainsi à la société anonyme un large choix sur le plan de la structure de son organe d'administration puisqu'à la solution classique du conseil d'administration, s'ajoutent le système dual et, on ne l'oubliera pas, la possibilité d'une société anonyme à administrateur unique – le prix à payer pour la suppression de la société en commandite par actions.

4.3. LE SYSTEME DUAL DU CODE DES SOCIETES ET DES ASSOCIATIONS : L'ARTICULATION DES POUVOIRS

73. Le système dual proposé par le nouveau code est articulé autour d'un conseil de surveillance nommé par l'assemblée générale ⁽¹⁴⁾ et d'un conseil de direction nommé par le conseil de surveillance ⁽¹⁵⁾.

À la différence de l'article 524*bis* du Code des sociétés, le nouveau code exclut tout cumul entre les fonctions de membre du conseil de direction et de membre du conseil de surveillance ⁽¹⁶⁾. Sous cet angle, il s'inspire des solutions applicables en Allemagne et aux Pays-Bas ⁽¹⁷⁾.

À l'instar des membres d'un conseil d'administration classique, ni les membres du conseil de surveillance ni ceux du conseil de direction ne peuvent, en cette qualité, être liés à la société par un contrat de travail ⁽¹⁸⁾.

74. La loi détermine directement les pouvoirs des conseils de surveillance et de direction.

Le conseil de direction n'agit donc pas par délégation de pouvoirs, sauf bien sûr lorsque le conseil de surveillance le charge expressément de préparer ou d'exécuter certaines des décisions qui relèvent de sa compétence ⁽¹⁹⁾.

À l'instar des solutions admises sous l'empire du Code des sociétés s'agissant du conseil d'administration dans ses rapports avec l'assemblée générale, rien n'empêche toutefois les statuts de prévoir que certaines décisions à prendre par le conseil de direction doivent être soumises à l'accord préalable du conseil de surveillance. Mais ces clauses sont inopposables aux tiers ⁽²⁰⁾.

Rien n'empêche par ailleurs, comme aujourd'hui, que les statuts imposent au conseil de surveillance de soumettre à l'assemblée certaines décisions qui relèvent de sa compétence par exemple la désignation des membres du conseil de direction ou certaines

⁽¹⁴⁾ Art. 7:105, §3 CSA : ils sont nommés pour six ans maximum, leur mandat étant renouvelable.

⁽¹⁵⁾ Art. 7:107, alinéa 3 CSA.

⁽¹⁶⁾ Art. 7:105, § 1^{er} CSA.

⁽¹⁷⁾ §76 Aktiengesetz (<https://www.gesetze-im-internet.de/aktg/index.html#BJNR010890965BJNE008700308>) ; Art. 158 Burgerlijk Wetboek Boek 2 (<https://wetten.overheid.nl/BWBR0003045/2019-01-01>)

⁽¹⁸⁾ Art. 7:105, § 2 et 7:107, alinéa 2 CSA.

⁽¹⁹⁾ *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, doc 54 3119/001, p. 238. Sur ce point : D. WILLERMAIN, « Le conseil d'administration (statut et devoirs des administrateurs, fonctionnement du conseil d'administration, pouvoirs et organisations des pouvoirs) », in *L'administrateur de sociétés*, Séminaire VANHAM & VANHAM du 15 mai 2012, p. 94 ; L. SIMONT, « L'évolution du gouvernement d'entreprise en France », *R.D.I.C.*, 2000, p. 35 ; H. CULOT, L. CULOT, Y. DE CORDT, J.-M. GOLLIER, A. HANNOUILLE, N. KONINGS, F. MAGNUS, G. PARISIS, G. DE PIERPONT et K. VAN DE VELDEN, S. WOLFF, « Chapitre 2 – Conseil d'administration » in *Société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 329.

⁽²⁰⁾ Art. 7:110 CSA.

options stratégiques majeures, tels l'abandon d'un secteur d'activité ou à l'inverse, un investissement massif dans un nouveau secteur.

Mais, une fois encore, ces clauses sont inopposables aux tiers.

75. Au conseil de surveillance reviennent la définition de la politique générale et de la stratégie de la société ainsi que tous les pouvoirs que le code réserve spécialement au conseil d'administration dans un système moniste. L'exposé des motifs du projet de loi précise à cet égard qu'il s'agit essentiellement de « *la convocation de l'assemblée générale et la fixation de son ordre du jour, [de] l'arrêt des comptes annuels, [de] la rédaction du rapport des gestion, [de] l'utilisation du capital autorisé (y compris dans le cadre d'une offre publique d'acquisition), [de] l'achat et [de] la vente d'actions propres et [du] financement de l'achat de ses titres par un tiers, [de] la rédaction des rapports prescrits légalement [en cas d'augmentation ou de réduction de capital] et de restructuration* » ⁽²¹⁾.

Nommant et révoquant les membres du conseil de direction, le conseil de surveillance donne décharge au conseil de direction et exerce au besoin l'action sociale contre ses membres. Lorsqu'un conflit d'intérêts survient entre un membre du conseil de direction et la société : la décision est renvoyée au conseil de surveillance ⁽²²⁾.

Il en va de même lorsque le conseil de direction d'une société est appelé à statuer sur une opération qui concerne son actionnaire de contrôle ou son groupe ⁽²³⁾, donc dans l'hypothèse de l'article 524 du Code des sociétés, tel qu'élargi par le nouveau code ⁽²⁴⁾.

Enfin, le conseil de surveillance assure la surveillance du conseil de direction.

76. Au conseil de direction reviennent les pouvoirs que, dans un système moniste, la loi confère au conseil d'administration, à l'exception des pouvoirs spécialement attribués au conseil de surveillance. Assurant la gestion de la société, le conseil de direction dispose ainsi d'une compétence résiduaire ⁽²⁵⁾

77. Dans le système mis en place, c'est logiquement au sein du conseil de surveillance que doivent être constitués les comités d'audit et de rémunération imposés dans les sociétés cotées et les entités d'intérêt public.

78. Enfin, la représentation de la société à l'égard des tiers appartient au conseil de direction ⁽²⁶⁾ et, dans les limites de ses pouvoirs légaux, au conseil de surveillance ⁽²⁷⁾. On observera à cet égard que le pouvoir de représentation externe du conseil de direction est général, ceci dans un souci de sécurité des tiers.

⁽²¹⁾ *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, doc 54 3119/001, p. 238. (<http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/3119/54K3119001.pdf>).

⁽²²⁾ Art. 7:117, § 1^{er} CSA.

⁽²³⁾ Art. 7:117, § 2 CSA.

⁽²⁴⁾ Art. 7:116 et en cas de système moniste art. 7:97 CSA.

⁽²⁵⁾ *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, doc 54 3119/001, p. 239.

⁽²⁶⁾ Art. 7:110, alinéa 2 CSA.

⁽²⁷⁾ Art. 7:109, § 2 CSA.

4.4. LE COMMISSAIRE ET LE SYSTEME DUAL

79. Il suit de la seule description de l'articulation des pouvoirs dans la société anonyme à administration duale que le commissaire ne se trouvera pas confronté à une situation fondamentalement différente de celle qui est la sienne dans une société anonyme dotée d'un comité de direction au sens de l'article 524*bis* du Code des sociétés.

Arrêtant les comptes annuels, intervenant en cas de conflits d'intérêts au sein du conseil de direction, dans la rédaction des rapports imposés par la loi au conseil d'administration, convoquant l'assemblée générale des actionnaires et intervenant donc notamment dans la procédure de sonnette d'alarme, chargé, enfin, du contrôle du conseil de direction, le conseil de surveillance est, à l'instar du conseil d'administration dans un système moniste, l'interlocuteur privilégié du commissaire, ceci évidemment sans préjudice des pouvoirs d'investigation que la loi lui reconnaît ⁽²⁸⁾.

C'est sur la base d'une proposition du conseil de surveillance que le commissaire sera désigné par l'assemblée générale ⁽²⁹⁾.

C'est très logiquement ce même conseil qui lui transmettra les pièces sur lesquelles il devra faire rapport conformément à l'article 3:74 du Code des sociétés et des associations (rapport des comptes annuels) ainsi que l'ensemble des rapports spéciaux que la loi lui impose d'établir et à propos desquels le commissaire doit intervenir.

Enfin, on soulignera encore, notamment, que c'est le conseil de surveillance que le commissaire devra saisir, conformément à l'article 3:69 du Code des sociétés et des associations, s'il constate dans l'exercice de sa mission des faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'activité économique de la société.

*
* *
*

80. Les quelques observations qui précèdent montrent que si la société anonyme à administration duale constitue assurément une innovation en droit belge, elle ne devrait pas bouleverser les rapports que le commissaire entretient classiquement avec les sociétés anonymes qu'il contrôle.

⁽²⁸⁾ Art. 3:68 CSA.

⁽²⁹⁾ Art. 3:58, § 2 CSA, sans préjudice bien sûr des droits du conseil d'entreprise.

CHAPITRE 5

RELATIONS ENTRE LE COMMISSAIRE ET LES COMITES DIVERS CONSTITUES AU SEIN DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

HOOFDSTUK 5

VERHOUDING TUSSEN DE COMMISSARIS EN DE VERSCHILLENDE COMITES BINNEN DE RAAD VAN BESTUUR

J.-M. GOLLIER

Avocat au barreau de Bruxelles

Maître de conférences à l'UCLouvain

5.1. INTRODUCTION ⁽¹⁾

5.1.1. Les vertus du dialogue : il n'y a pas que des machines, il y a aussi des hommes

81. La multiplication des processus et des fonctions, l'automatisation, la mise en place d'algorithmes et l'intelligence artificielle nous permettent de poursuivre le mouvement apparemment irrépessible, d'augmentation de la puissance de nos entreprises dans un monde globalisé dont la complexité ne cesse de croître.

La crise de 2008 nous a montré, spécialement dans le secteur financier, à quel point cette augmentation de puissance n'était pas sans (i) un certain aveuglement quant à l'ampleur des risques pour l'économie dans son ensemble et (ii) une grande illusion quant à la suffisance de ces processus, fonctions et algorithmes pour gouverner une entreprise.

« *Tout fonctionne* », disait le philosophe Martin Heidegger, « *et c'est précisément cela qui est inquiétant* » ⁽²⁾. Si nos entreprises ne font que 'fonctionner', où est la conscience qui seule fonde notre capacité de répondre de nos actes et, ainsi, de participer pleinement à la société qui nous entoure ⁽³⁾.

Avant la crise de 2008, nous avons sans doute manqué de consciences vives et alertes, capables de juger de la situation 'en conscience' ⁽⁴⁾ : une certaine bureaucratie sans conscience régnait, souveraine, à tous les niveaux des entreprises financières les plus puissantes.

⁽¹⁾ L'auteur remercie Simon FLAMENT, avocat, pour son assistance précieuse à la préparation de ces notes.

⁽²⁾ Interview de M HEIDEGGER au *Spiegel* datant de 1966 (et publiée le 31 mai 1976). Martin HEIDEGGER est un grand critique de la civilisation technicienne. Il ne condamne pas la technique, mais l'empire que nous avons tendance à lui donner sur l'activité humaine et notre capacité à avoir un jugement autre que technique, un jugement « en conscience » (voy. J.-M. GOLLIER, « Le courage de la vérité dans un monde mimétique », in Br. COLMANT (dir.), *Les agences de notation*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 149-150).

⁽³⁾ C'est toute la différence qu'il y a entre « liability » et « responsibility », notions qui en français se confondent en un seul et même terme. Alors que le premier terme renvoie à l'obligation (passive) d'indemniser pour un dommage dont on est 'responsable', le second terme renvoie à la capacité (active), celle d'agir en se souciant des conséquences de ses actes et en étant capable d'en rendre compte ('répondre') (J.-M. GOLLIER, *Responsabilité sociétale de l'entreprise*, Limal, Anthémis, 2018, pp. 34-35). Toute la littérature relative à la *corporate governance* plaide pour des administrateurs « responsables » au sens d'une capacité de rendre compte.

⁽⁴⁾ Les rapports qui font le constat navrant d'un manque de capacité de jugement de la part des dirigeants et contrôleurs sont légion. Je ne citerai que le premier d'entre eux en date, à ma connaissance : celui rédigé par l'OCDE, Direction des affaires financières et des entreprises, Groupe de direction sur le gouvernement d'entreprise (original anglais) « Les leçons de la tourmente financière pour le gouvernement d'entreprise » (responsable G. KIRKPATRICK ; Paris, 19-20 novembre 2008). Beaucoup de conseils d'administration d'établissements de crédit fonctionnaient sur un mode somnambulique ou, après avoir été frappés par la crise, sur un mode 'zombie' (voir notamment la note de TH. BECK, D. GROS et D. SCHOENMAKER « On the Design of a Single Resolution Mechanism », in « Banking Union: The Single Resolution Mechanism », European Parliament, Monetary Dialogue 18 February 2013, IP/A/ECON/NT/2013-01, PE 492.473, qui appelait qu'avec une intelligentsia financière qui ne parvient pas à revoir son *mindset*, « Europe

82. Seule une discussion incessante et un dialogue ouvert entre parties prenantes au système de contrôle interne peuvent assurer une conscience alerte et vive, indispensable à une gouvernance efficace. Seuls la discussion et le dialogue permettent d'avoir une appréhension adéquate des enjeux de l'entreprise.

83. Le principe ancien des « quatre yeux », selon lequel une bonne gouvernance suppose que le pouvoir est partagé par au moins deux personnes ou deux organes, l'un qui est plutôt engagé dans la direction des opérations, l'autre qui est plutôt responsable du contrôle de la rigueur de ces opérations. Ce principe sera peu efficace et inutilement coûteux s'il est fondé sur une méfiance réciproque et une peur d'assumer ses responsabilités. Par contre, il sera d'autant plus fructueux qu'il sera fondé sur le respect mutuel et sur une ouverture permanente au dialogue pour que celui qui doit parler parle le moment venu et pour qu'une « prise de conscience » ait lieu sur un enjeu important.

84. La Commission bancaire et financière l'avait bien compris lorsqu'elle avait développé ce qu'elle appelait le « trialogue » entre ses administrés (établissements de crédit, entreprises d'assurance), leur réviseur agréé, et les services de la Commission. Ce « trialogue » avait pour but de renforcer « *la synergie entre les cercles concentriques du contrôle* » et vue d'améliorer la réalisation par les réviseurs agréés de « *leur mission de collaboration au contrôle prudentiel et au fonctionnement de leurs cabinets* ». ⁽⁵⁾

La Commission et la haute direction de l'établissement de crédit contrôlé recevaient du réviseur agréé un rapport interne décrivant les points saillants de son audit, et discutaient des améliorations en cours et des risques identifiés.

Chacun participe au trialogue à partir de sa position naturelle : la haute direction à la recherche du développement d'une entreprise performante et de bonne réputation, les services de la Commission avec leurs questions sur le caractère complet et fidèle des informations reçues et le caractère adéquat de la maîtrise des risques, et le réviseur agréé avec notamment ses observations sur l'adéquation du système de contrôle interne et la gestion des risques.

Dans sa réflexion, la Commission bancaire et financière identifie un double rôle du réviseur agréé : d'une part, en sa qualité de commissaire de la société, la mission générale de certification des comptes annuels et d'autre part une collaboration au contrôle prudentiel. ⁽⁶⁾ Dans sa mission auprès d'une société non réglementée, le commissaire doit avoir égard à la qualité du système de contrôle interne de la société dont il contrôle les comptes, mais cela ne signifie pas qu'il se prononce que l'efficacité de ce contrôle

could find itself in a similar situation as Japan where the so-called 'zombie' banks held back the recovery for a very long time. »; *addé* l'article souvent cité de R. CABALLERO, T. HOSHI et A. KASHYAP, « *Zombie lending and depressed restructuring in Japan* », *American Economic Review*, vol. 98, no 5, décembre 2008, pp. 1943–197).

⁽⁵⁾ Commission bancaire et financière, *Rapport annuel 1999/2000*, p. 20. Voir J.-M. GOLLIER, « *Commentaire de l'article 526bis C. soc.* » in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Livre VIII, Titre IV. Organes, Waterloo, Kluwer, dernière mise à jour 15 septembre 2011, p. 25.

⁽⁶⁾ Commission bancaire et financière, *Rapport annuel 1996/997*, p. 30.

interne, ⁽⁷⁾ en sorte qu'il n'est pas permis de dire, en règle, qu'il contribue à la gestion « prudente » de la société. ⁽⁸⁾ Cette fonction incombe à l'organe de gestion et aux responsables de la gestion des risques de la société.

85. La belle épure du système de contrôle interne fondé sur les « trois lignes de défense » ⁽⁹⁾ restera lettre morte si, entre les acteurs de ces trois lignes, il n'y a pas une possibilité permanente de discussion et de dialogue, une écoute et un respect mutuel adéquats. Cette possibilité de dialogue, cette écoute et ce respect n'existeront eux-mêmes qu'en fonction de la culture que l'entreprise a mise en place entre tous ses collaborateurs internes et externes.

86. Le Règlement UE 537/2014 insiste, à propos du comité d'audit : « *La valeur du contrôle légal des comptes pour l'entité contrôlée serait particulièrement renforcée si la communication entre le contrôleur légal des comptes ou le cabinet d'audit, d'une part, et le comité d'audit, d'autre part, était améliorée.* » ⁽¹⁰⁾

87. Chacun a tendance à 'fonctionner' comme une petite tour d'ivoire exposée à des responsabilités dont il voudrait se protéger. C'est un fait, il faut se protéger, mais une attitude qui tend à être peureuse réduit substantiellement l'efficacité du travail qui, au lieu d'être fondé sur la discussion et le débat, devient un travail de fonctionnaires dont la substance est maigre, par manque de courage de confronter les idées et d'avouer, de temps en temps, avoir besoin de la parole de l'autre pour comprendre l'état du système dont il y a lieu de veiller au bon fonctionnement.

5.1.2. Les comités de la société anonyme

88. Le commissaire aura comme interlocuteur principal la direction de l'entreprise. C'est la direction qui a la maîtrise effective des opérations et des informations nécessaires pour l'établissement des états financiers.

⁽⁷⁾ C'est ce qu'expose notamment la norme ISA 700 : « *En procédant à cette évaluation des risques, le commissaire prend en compte le contrôle interne de l'entité relatif à l'établissement par l'entité de comptes consolidés donnant une image fidèle, cela afin de définir des procédures d'audit appropriées selon les circonstances, et non dans le but d'exprimer une opinion sur l'efficacité du contrôle interne de l'entité.* » (texte cité par S. DE BLAUWE, « Commentaire de l'art. 148 C. soc. », *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, janvier 2019, p. 14).

⁽⁸⁾ Le dictionnaire en ligne CNRTL offre la définition suivante du mot « prudence » : « *Qualité, attitude d'esprit de celui qui prévoit, calcule les conséquences d'une situation, d'une action qui pourraient être fâcheuses ou dangereuses moralement ou matériellement, et qui règle sa conduite de façon à les éviter. Synon. circonspection, précaution, prévoyance, sagesse ; anton. imprudence, audace, hardiesse, insouciance, intrépidité, imprévoyance, témérité.* » (<http://www.cnrtl.fr/definition/prudence>).

⁽⁹⁾ Voy. notamment *The Three Lines of Defense in Effective Risk Management and Control*, The Institute of Internal Auditors, January 2013 (<https://www.theiia.org/3-lines-defense>). Ce schéma est également rappelé dans les « lignes directrices ». citées ci-dessous.

⁽¹⁰⁾ Règlement (UE) No 537/2014 du 16 avril 2014 relatif aux exigences spécifiques applicables au contrôle légal des comptes des entités d'intérêt public et abrogeant la décision 2005/909/CE de la Commission, considérant 14.

Comme l'enseigne le schéma des trois lignes de défense, c'est la haute direction qui assure le bon fonctionnement tant de la première ligne de défense (services opérationnels), que de la seconde ligne (services de support et de contrôle) et de la troisième ligne (audit interne).

Les différents comités spécialisés sont créés au niveau de l'organe d'administration ou de surveillance.

89. Dans une société anonyme, le conseil d'administration ou le conseil de surveillance « peut créer en son sein et sous sa responsabilité un ou plusieurs comités consultatifs. Il définit leur composition et leur mission. »⁽¹¹⁾

90. Pour les « entités d'intérêt public »⁽¹²⁾, le comité d'audit est en principe obligatoire. Les sociétés cotées⁽¹³⁾ d'une certaine taille doivent également constituer un « comité des rémunération ».

Pour les entreprises réglementées (e.a. établissements de crédit, entreprises d'assurance), d'autres comités sont requis, qui mettent l'accent sur des questions particulièrement sensibles pour la conduite de l'entreprise (nomination, risques).

91. Ces comités ont des missions spécifiques et vont, en règle générale, émettre des avis, formuler des propositions ou recommandations, alerter le conseil, ou préparer certaines décisions dont la responsabilité finale incombe, collégialement, aux membres du conseil.

⁽¹¹⁾ Articles 7:98 et 7:118 CSA. A propos des comités consultatifs, voy. notamment Y. DE CORDT (dir.), *Société anonyme, R.P.D.B.*, 2014, p. 335s. et réf. cit.

⁽¹²⁾ Définies à l'article 1:12 CSA.

⁽¹³⁾ Définies à l'article 1:11 CSA.

5.2. COMITE D'AUDIT

5.2.1. Généralités

92. Le comité d'audit⁽¹⁴⁾ n'est pas qu'un comité d'avis, une antichambre du conseil d'administration. C'est avant tout un acteur important de l'efficacité du système de contrôle interne de la société. Il est, d'une part, interface entre la direction, l'audit interne, l'audit externe et le conseil d'administration et d'autre part, un garant, interne à la société, de l'efficacité du système de contrôle interne.⁽¹⁵⁾

La relation du comité d'audit avec le commissaire chargé du contrôle légal des comptes de la société se développe autour de trois thèmes : la relation lors de la nomination du commissaire, la relation à propos de l'établissement des états financiers, et la relation à propos de l'indépendance du commissaire.

93. On note une évolution remarquable mais préoccupante des missions du comité d'audit, qui devient également, dans une certaine mesure, gendarme de l'indépendance du commissaire. Or, le gendarme a la règle en mains, on ne discute pas avec lui.

Le ton sera d'égal à égal lorsque le comité et le commissaire s'entretiendront des points pour lesquels ils contribuent ensemble, chacun de son point de vue, à l'amélioration de la qualité des états financiers et des informations publiées par l'entité contrôlée.

Ce ton risque d'être celui de l'enquêteur ou, dans le pire des cas, celui de l'arrangeur, lorsqu'il s'agira de vérifier l'indépendance du commissaire.

94. L'article 27 du règlement (UE) n° 537/2014 précise que les autorités compétentes nationales suivent régulièrement l'évolution du marché de la fourniture de services de contrôle légal des comptes aux sociétés cotées et évaluent notamment le travail des comités d'audit. A ce jour, les autorités compétentes belges n'ont pas encore, à notre connaissance, procédé à une telle évaluation.

5.2.2. Nomination du commissaire

95. Dans les sociétés tenues de constituer un comité d'audit, ce dernier a un rôle préparatoire dans le processus de nomination du commissaire. L'article 3:58, §3 CSA énonce que « *la proposition de l'organe d'administration relative à la nomination du commissaire destinée à être soumise à l'assemblée générale est émise sur recommandation [motivée] du comité d'audit* ».

⁽¹⁴⁾ Concernant le comité d'audit, voy. notamment J.-M. GOLLIER, « Commentaire de l'article 526bis C. Soc. », in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2011 et réf. cit. Concernant les dernières réformes du comité d'audit, voy. I. DE POORTER, « De versterking van de rol van het auditcomité – wetgevend kader, samenstelling, statuut en benoemingsprocedure van de commissaris », in *Réforme européenne de l'audit et son implémentation en Belgique*, Anvers, Maklu, ICCI, 2016, 125-144.

⁽¹⁵⁾ Voir notamment le code belge de gouvernance 2009 qui recommande que le comité d'audit « *discute les questions importantes en matière d'élaboration de l'information financière avec tant le management exécutif que l'auditeur externe* » (5.2/13).

Pour les entités d'intérêt public, la procédure de nomination et spécifiquement l'intervention du comité d'audit dans cette procédure, est décrite à l'article 16 du règlement (UE) n° 537/2014. Ce règlement renforce sensiblement le rôle du comité d'audit dans le cadre de la procédure de nomination⁽¹⁶⁾. L'article 16 précité requiert, hormis certaines hypothèses de renouvellement de mandat, que le comité d'audit soumette une recommandation à l'organe d'administration comportant au moins deux choix possibles pour la mission de contrôle légal, avec une préférence motivée pour l'un de ces choix. Cette recommandation doit être établie à l'issue d'une procédure de sélection résultant d'un appel d'offres permettant aux soumissionnaires de comprendre l'activité de la société contrôlée et le type de contrôle légal à effectuer. Les critères de sélection retenus et figurant au dossier de l'appel d'offres doivent être transparents et non-discriminatoires. Le comité d'audit devra prendre connaissance des rapports qualités qui auraient été rendus publics, le cas échéant, conformément à l'article 28, d), du règlement précité.⁽¹⁷⁾

Le non-respect de la procédure prévue est cause de nullité de la décision de nomination de l'assemblée générale. Cette nullité est prononcée par la Président du tribunal de l'entreprise du siège social de la société siégeant comme en référé.⁽¹⁸⁾

96. A l'occasion des discussions qui auront lieu avant que le comité d'audit ne procède à son choix, il faudra veiller à ce que tous les candidats soient traités de façon équivalente. A cette occasion, le comité d'audit devra respecter chaque candidat, même si, en raison d'un biais qui n'est, par principe pas acceptable, il considère *a priori* que certains candidats ne seraient pas adéquats. La sélection finale devra en effet être objective.

5.2.3. Suivi du contrôle légal des comptes

97. L'une des principales missions du comité d'audit est le « *suivi du contrôle légal des comptes annuels et des comptes consolidés, en ce compris le suivi des questions et recommandations formulées par le commissaire* » (art. 7:99, § 4, et 7:119 CSA).

L'amélioration du dialogue entre le comité d'audit et le commissaire permet de renforcer la valeur du contrôle légal des comptes annuels.⁽¹⁹⁾ Pour nourrir ce dialogue, le règlement (UE) n° 537/2014 impose au commissaire de remettre au comité d'audit un rapport complémentaire détaillé sur les résultats du contrôle des états financiers.⁽²⁰⁾ Ce rapport complémentaire est un document qui n'est pas destiné à être publié. C'est un outil de travail pour nourrir le dialogue entre le comité d'audit et le commissaire.

Le comité d'audit peut demander au commissaire et le commissaire peut demander au comité d'audit, en vertu de l'article 11, § 2, al. 3 du règlement (UE) n° 537/2014, de discuter avec lui ou avec l'organe d'administration des questions essentielles découlant

⁽¹⁶⁾ M. BIHAIN, « La rotation externe et les mesures transitoires », in *Réforme européenne de l'audit et son implémentation en Belgique*, Anvers, Maklu, ICCI, 2016, p. 17-19.

⁽¹⁷⁾ Une publication agrégée de ces rapports est organisée par l'article 52, § 7 de la loi du 7 décembre 2016 portant organisation de la profession et de la supervision publique des réviseurs d'entreprises.

⁽¹⁸⁾ Article 3:58, § 4 CSA.

⁽¹⁹⁾ Voir ci-dessus, note 9 ci-dessus.

⁽²⁰⁾ Article 11 du Règlement (UE) 537/2014.

du contrôle légal des comptes, qui sont visées dans le rapport complémentaire, et en particulier des carences significatives qui auraient été détectées dans le système de contrôle interne ⁽²¹⁾. Cette obligation était déjà inscrite à charge du commissaire dans la norme ISA 265 qui précisait que le commissaire devait communiquer, par écrit et aux membres du comité d'audit, entre autres les déficiences majeures dans le contrôle interne qui ont été identifiées pendant l'audit ⁽²²⁾. Les déficiences majeures sont définies par l'ISA 265 comme celles jugées suffisamment importantes par le commissaire pour justifier d'attirer l'attention du comité d'audit ⁽²³⁾.

Pour rappel, les normes ISA sont applicables aux réviseurs d'entreprises en vertu de normes professionnelles arrêtées par le Conseil de l'institut des réviseurs d'entreprises et affirmées par les organes de tutelle. ⁽²⁴⁾

98. Dans les entreprises qui disposent d'une fonction d'audit interne, le comité d'audit doit veiller à la bonne relation entre l'audit interne et l'audit externe, ainsi que le rappellent les lignes directrices de la Commission Corporate Governance. ⁽²⁵⁾

99. Contrairement à l'audit interne, le comité d'audit n'est pas présent de façon permanente dans l'entreprise. Il se réunit en fonction d'un agenda arrêté en début d'exercice,

⁽²¹⁾ Egalement article 7:99 § 6 CSA.

⁽²²⁾ Norme ISA 265 « Communicating deficiencies in internal control to those charged with governance and management » (2010) ; voir M. DE WOLF, D. SZAFRAN et N. HOUYOUX, « La relation avec le comité d'audit », in *Entités d'intérêt public et transparence financière*, Anvers, Maklu, ICCI, 2011, p. 62.

⁽²³⁾ ISA 265 (2010), point 6 (Définitions).

⁽²⁴⁾ Une première norme a été approuvée le 15 décembre 2009 par le Conseil supérieur des Professions économiques et le 1er avril 2010 par le Ministre ayant l'Economie dans ses attributions (avis relatif à l'approbation de la norme relative à l'application des normes ISA en Belgique, *M.B.*, 16 avril 2010. Cette norme a été révisée en 2018, et approuvée par les organes de tutelle (*M.B.*, 12 mars 2019). Voir à ce propos : M. DE WOLF et P. DE WOLF, « Contrôle des sociétés – nouvelles dialectiques entre commissaires, administrateurs et management », in *Droit des sociétés – Millésime 2011*, Bruxelles, Larciér, 2011, pp. 86-87. *Adde* : H. OLIVIER, « Applications des normes ISA dans les pays européens », *T.A.A.*, 2010, nr. 25, pp. 8-15. Voir également l'article 26 de la directive 2006/43/CE 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.*, L 157 du 9.6.2006, p. 87 ; version coordonnée : <http://data.europa.eu/eli/dir/2006/43/2014-06-16>).

⁽²⁵⁾ Commission Corporate Governance, *lignes de conduite pour une relation efficace entre le comité d'audit, l'audit interne et l'audit externe*, 2014 (ci-après les « lignes directrices »), p. 7 : « Il est conseillé au comité d'audit d'encourager pro-activement la collaboration entre l'audit interne et externe (not only listen but also challenge) pour améliorer l'efficacité et la qualité du contrôle en particulier dans les domaines suivants :

- Stratégie et planification d'audit ;
- Suivi et analyse des risques ;
- Surveillance de l'exécution de l'audit et reporting

Il est conseillé au comité d'audit :

- de veiller à ce que les plans d'audit interne et d'audit externe reprennent un chapitre sur la collaboration entre ces deux acteurs de contrôle ;
- de demander régulièrement à l'audit interne et externe de faire le point sur leur collaboration ;
- de consolider l'analyse du management et des auditeurs internes et externes, afin d'obtenir un aperçu global de la couverture des risques et du contrôle interne ».

qui coïncidera « avec les dates clés de l'établissement de l'information financière et du cycle d'audit » afin de pouvoir intervenir et communiquer avec les différentes parties prenantes (audit interne, audit externe, conseil d'administration, direction) en temps utile ⁽²⁶⁾ : « *Le suivi n'implique pas une action en continu du comité d'audit, mais doit lui permettre d'intervenir à tout moment jugé nécessaire ou opportun* » ⁽²⁷⁾.

100. Le comité d'audit doit prendre connaissance du plan d'audit du commissaire, entendre sa présentation et émettre toutes les remarques et observations qui à la fois permettront au comité de mieux comprendre le processus de contrôle et de contribuer à son amélioration en sa qualité d'interface entre les différents acteurs du système de contrôle interne de la société.

Cette présentation doit être l'occasion d'un dialogue mutuellement enrichissant avec le commissaire sur différents sujets relatifs au contrôle de la société. Parmi ces sujets ⁽²⁸⁾ : l'identification des principaux risques d'audit par le commissaire, les modifications au périmètre de consolidation, la discussion des risques d'audit liés à certains événements particuliers (acquisitions, cessions de filiales, opération de croissance externe ou de restructuration, etc.), le calendrier des interventions du commissaire, la coopération avec l'audit interne, etc.

101. Si le comité d'audit doit se faire sa propre idée sur la qualité du système de contrôle interne de l'entreprise, il est important qu'il dispose également des vues du commissaire sur la qualité du processus qui mène à l'établissement des informations financières et sur la qualité de l'organisation financière de la société : « *Ook is een discussie rond niet enkel de juistheid maar ook de kwaliteit van de financiële informatie essentieel. Waar bevindt de financiële rapportering zich op het spectrum tussen conservatief en agressief? Is de subjectieve interpretatie van bepaalde materies consistent?* » ⁽²⁹⁾.

Ce partage d'impressions se fera au cours de réunions du comité d'audit avec le commissaire, hors la présence des membres de la direction. ⁽³⁰⁾ La préparation des réunions se fait, en pratique, en collaboration avec le commissaire et le président du comité d'audit, notamment pour la préparation de l'ordre du jour, le passage en revue des documents préalablement à la réunion, etc. mais aussi en ce qui concerne le dialogue informel constant qui peut avoir lieu entre le président du comité d'audit et le commissaire, qui est essentiel pour l'efficacité du comité d'audit dans l'exercice de ses missions ⁽³¹⁾.

⁽²⁶⁾ *Id.*, p. 8.

⁽²⁷⁾ Rapport final sur le comité d'audit, 22 juillet 2010, Groupe de travail présidé par O. POUPART-LAFARGE, membre du Collège de l'AMF, p. 8. Ce rapport est disponible sur www.amf-france.org.

⁽²⁸⁾ Un ensemble de questions est proposé dans les lignes directrices citées, « *Axe 3 : Prise de connaissance du plan d'audit externe et des résultats des travaux effectués par l'audit externe Supervision de l'indépendance de l'auditeur externe* ».

⁽²⁹⁾ I. BOETS, « De versterking van de rol van het auditcomité – praktische aspecten en monitoring », in *Réforme européenne de l'audit et son implémentation en Belgique*, Anvers, Maklu, ICCL, 2016, p. 149.

⁽³⁰⁾ *Ibid.*

⁽³¹⁾ KPMG's Audit Committee Institute, *Audit Committee Guide*, 2017, pp. 19 et 20.

102. L'exigence de l'article 7:99, §2 CSA selon laquelle au moins un membre du comité d'audit justifie de la compétence nécessaire en matière de comptabilité et d'audit peut être de nature à faciliter le dialogue entre le comité d'audit et le commissaire.

Les considérants de la directive audit rappellent que le contrôleur légal des comptes ou le cabinet d'audit ne devrait en aucune manière être subordonné au comité d'audit ⁽³²⁾.

5.2.4. Indépendance du commissaire

103. La surveillance par le comité d'audit de l'indépendance du commissaire et son rôle d'arbitre de cette indépendance sont inscrits dans la loi depuis l'origine. Elle est encore renforcée par la dernière réforme de l'audit et accentue encore le rôle de « gendarme » du comité d'audit (voir ci-dessus, point 93).

104. L'examen de l'indépendance du commissaire s'effectue à plusieurs stades de la relation entre le commissaire et l'entité contrôlée. Le comité d'audit est chargé de l'examen et du suivi de l'indépendance du commissaire par l'article 7:99, §4, 5° CSA. Cet examen et ce suivi doivent porter en particulier sur la prestation de services complémentaires au contrôle des comptes de la société contrôlée.

En particulier, sans entrer dans les détails de la règle relative au rapport entre les honoraires perçus d'une entité d'intérêt public pour le contrôle des comptes et ceux perçus pour d'autres prestations, le comité d'audit joue un rôle de surveillance et de décision dans certains cas (article 4, § 3, du règlement (UE) n° 537/2014 ⁽³³⁾) :

« Lorsque les honoraires totaux reçus d'une entité d'intérêt public au cours de chacun des trois derniers exercices consécutifs représentent plus de 15 % du total des honoraires reçus par le contrôleur légal des comptes ou le cabinet d'audit ou, le cas échéant, par le contrôleur du groupe effectuant le contrôle légal des comptes au cours de chacun de ces exercices, ce contrôleur légal des comptes ou ce cabinet d'audit ou, le cas échéant, ce contrôleur du groupe en informe le comité d'audit et analyse avec lui les risques pesant sur leur indépendance et les mesures de sauvegarde appliquées pour atténuer ces risques. Le comité d'audit examine si la mission d'audit devrait être soumise à un examen de contrôle qualité de la mission par un autre contrôleur légal des comptes ou cabinet d'audit avant la publication du rapport d'audit.

Lorsque les honoraires reçus d'une telle entité d'intérêt public continuent de dépasser 15 % du total des honoraires reçus par le contrôleur légal des comptes ou le cabinet d'audit, ou, le cas échéant, par le contrôleur du groupe effectuant

⁽³²⁾ Considérant 24, directive 2006/43/CE 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.*, L 157 du 9.6.2006, p. 87) : « L'existence de comités d'audit et de systèmes efficaces de contrôle interne contribue à minimiser les risques financiers, opérationnels ou de non-conformité, et accroît la qualité de l'information financière. (...) S'agissant des fonctions du comité d'audit au sens de l'article 41, le contrôleur légal des comptes ou le cabinet d'audit ne devrait en aucune manière être subordonné au comité. ».

⁽³³⁾ *Adde* : art. 3:65, §7 CSA.

le contrôle légal, le comité d'audit décide, sur la base de critères objectifs, si le contrôleur légal des comptes ou le cabinet d'audit ou le contrôleur du groupe chargé du contrôle légal des comptes d'une telle entité ou d'un tel groupe d'entités peut continuer à effectuer ce contrôle pendant une période supplémentaire, qui ne peut en aucun cas dépasser deux ans. »

105. En raison de la complexité et des fréquentes modifications législatives au niveau des réglementations locales sur les services non-audit autorisés pour le commissaire, les entreprises actives dans plusieurs pays ont tendance à aller plus loin que ce qui est prévu et à ne confier aucun ou presque aucun service non-audit à leur commissaire ⁽³⁴⁾.

De nombreux services non-audit sont interdits par l'article 3:63 §§ 1 et 2 CSA. On peut citer à titre d'exemple de services non-audit qui ne sont pas interdits, les services qui consistent à procéder à une « *due diligence* » dans le cadre de l'acquisition d'une société.

106. Dans les sociétés qui sont des entités d'intérêt public, le montant total des honoraires afférents à des services non-audit autorisés ne peut dépasser septante pour cent du montant total des honoraires pour le contrôle légal des comptes ⁽³⁵⁾.

Dans ses relations avec le commissaire, le comité d'audit dispose d'un véritable pouvoir de décision reconnu par le CSA. Ainsi, l'article 3:63 §5 CSA énonce :

« Conformément à l'article 5, § 4, du règlement (UE) n° 537/2014, le commissaire dans une entité d'intérêt public visée à l'article 1:12 et, lorsque le commissaire fait partie d'un réseau visé à l'article 3:56, tout membre de ce réseau peut fournir des services non-audit qui ne sont pas interdits à cette entité d'intérêt public, à sa société mère ou aux entreprises qu'elle contrôle à condition que le comité d'audit donne son approbation. » (C'est l'auteur qui souligne)

Le comité d'audit devra entendre le commissaire dans ses arguments pour défendre que la prestation des services non-audit en question ne portera pas préjudice à son indépendance. Cette audition devra être documentée et la décision que prendra le comité d'audit sera nécessairement motivée.

Les contacts qu'aurait le comité d'audit, notamment avec la direction qui souhaiterait que le commissaire ou un membre de son réseau preste des services non-audit, devraient, eux aussi, être documentés, par souci de transparence. Cette documentation restera purement interne à la société.

Le comité d'audit est invité à émettre des lignes directrices pour les services non-audit autorisés visés à l'article 3:63 §4 CSA.

107. Dans les sociétés qui ne sont pas des entités d'intérêt public mais faisant partie d'un groupe tenu d'établir des comptes consolidés, les honoraires du commissaire

⁽³⁴⁾ I. BOETS, « De versterking van de rol van het auditcomité – praktische aspecten en monitoring », in *Réforme européenne de l'audit et son implémentation en Belgique*, Anvers, Maklu, ICCI, 2016, p. 150.

⁽³⁵⁾ Art. 3:64, §1^{er} CSA.

pour des services non-audit ne peuvent dépasser le montant des honoraires établis par l'assemblée générale en début de mandat (règle *one-to-one*). Il peut cependant être dérogé à cette obligation notamment sur délibération favorable du comité d'audit de la société concernée ou d'une société qui la contrôle ⁽³⁶⁾.

L'article 4, §3 du règlement (UE) n° 537/2014 (repris à l'article 3:65, § 7 CSA) confère également un pouvoir décisionnel supplémentaire au comité d'audit qui peut dans ce cas décider de la continuité de la mission de contrôle légal des comptes par un commissaire.

108. Ces nouveaux pouvoirs décisionnels suscitent à nouveau des interrogations à propos du principe de collégialité de l'organe d'administration ⁽³⁷⁾ qui, c'est un fait, ne peut plus être considéré comme absolu.

Si le comité d'audit doit, de façon autonome, se prononcer sur une demande de services non-audit qui auraient, par hypothèse, été demandés par la direction de l'entreprise, il n'empêche que le conseil d'administration, sans pouvoir se substituer au comité d'audit, devra malgré tout exercer sur la politique du comité d'audit, une surveillance adéquate. Il ne s'agit certes pas de collégialité.

Il y a, par le fait du pouvoir conféré au comité d'audit, naissance d'une véritable fonction autonome : les autres membres du conseil de surveillance ou du conseil d'administration ne partagent pas avec les membres du comité d'audit la même responsabilité pour les décisions prises dans ce cadre. Ils n'ont pas pris part à cette décision. Tout au plus pourraient-ils, s'il apert que les décisions du comité d'audit avaient un caractère manifestement déraisonnable, devoir assumer leur part de responsabilité pour ne pas avoir réagi lorsqu'ils auront pris connaissance de ces décisions.

109. Le commissaire doit également annuellement confirmer son indépendance au comité d'audit et lui communiquer les services additionnels fournis à la société ⁽³⁸⁾. Le commissaire doit s'assurer que les services non-audit qu'il fournit à l'entité qu'il contrôle ne présente pas de risque pour son indépendance que l'application des mesures de sauvegarde ne pourrait ramener à un niveau acceptable ⁽³⁹⁾. Il est nécessaire que cette vérification soit effectuée et qu'en cas de risque de conflits d'intérêts, ceux-ci soient prévenus par une discussion entre le commissaire et le comité d'audit qui permettrait éventuellement de dégager certaines mesures de sauvegarde à appliquer.

⁽³⁶⁾ Art. 3:64, §4, 1° CSA : « *Au cas où les tâches confiées au comité d'audit sont exercées par le conseil d'administration dans son ensemble, « l'approbation de l'administrateur indépendant, ou, s'il en a été nommé plusieurs, de la majorité de ceux-ci, est cependant requise* ».

⁽³⁷⁾ C. DARVILLE-FINET, « L'impact de la réforme de l'audit pour les entreprises et les administrateurs – un premier bilan », in *Réforme européenne de l'audit et son implémentation en Belgique*, Anvers, Maklu, ICCI, 2016, p. 172. Adde, dans le secteur financier, K. MACOURS et M. WYCKAERT, « De governance van kredietinstellingen onder de bankwet van 25 april 2014 : 'The times are they a-changin' ? », in V. COLAERT (ed.), *De nieuwe bankwet*, Zellik, Roularta, 2015, p. 143.

⁽³⁸⁾ Art. 7:99, § 7 CSA.

⁽³⁹⁾ Considérants 9 et 10 du règlement (UE) n° 537/2014.

5.3. AUTRES COMITES SPECIALISES

5.3.1. Comité de rémunération

110. L'article 7:100 CSA énonce que « *Les sociétés cotées constituent un comité de rémunération au sein de leur conseil d'administration.* ». Ce comité a essentiellement un rôle consultatif et de proposition à l'organe de gestion. Il a exceptionnellement une compétence de proposition⁽⁴⁰⁾ ou d'avis conforme⁽⁴¹⁾.

D'une part, ce comité a pour rôle d'assurer que les rémunérations offertes aux dirigeants puissent attirer les meilleurs talents. Le plus souvent, il doit veiller à ce que la rémunération assure une conjonction des intérêts des dirigeants avec ceux des actionnaires.

D'autre part, et en tout cas dans les entreprises réglementées, le comité de rémunération a non seulement un rôle dans l'élaboration de la politique de rémunération et la proposition de rémunération individuelle des principaux dirigeants, il a également la responsabilité de veiller à ce que la politique choisie n'ait pas un effet négatif sur la prise de risque de l'entreprise.⁽⁴²⁾

111. Dans la mesure où le comité de rémunération joue un rôle de conseiller en « ressources humaines », le commissaire n'a pas de relation à entretenir avec ce comité, si ce n'est dans le cadre de sa vérification du respect des règles de gouvernance.

Par contre, dans la mesure où ce comité s'investit dans des questions tenant aux risques liés aux schémas de rémunération pour contribuer à la maîtrise des risques et au développement durable de l'entreprise, la discussion entre le commissaire et les membres de ce comité acquièrent une certaine pertinence.

⁽⁴⁰⁾ Art. 3:6, § 3, 10° CSA.

⁽⁴¹⁾ Art. 7:92 CSA.

⁽⁴²⁾ K. MACOURS et M. WYCKAERT, « De governance van kredietinstellingen onder de bankwet van 25 april 2014 : 'The times are they a-changin' ? », in V. COLAERT (ed.), *De nieuwe bankwet*, Zellik, Roularta, 2015, pp. 157-161; D. VAN GERVEN et P. DE PAUW, « La gouvernance des établissements de crédit dans la nouvelle loi bancaire », in J.-P. BUYLE (dir.), *La loi bancaire, questions particulières*, Dossier du *J.T.*, 2016, p. 112. On se souvient que le rapport de la Chambre des représentants sur la crise financière avait constaté avec consternation que « *la politique de rémunération du groupe Ethias prévoyait que le Président du Comité Administratif soit rétribué à raison d'un pourcentage du chiffre d'affaires généré* », ce qui explique, au moins en partie, l'aveuglement de cette entreprise quant à l'ampleur des risques pris par une expansion non contrôlée (*Doc. parl.*, DOC 52, Ch. repr., 1643/002, S. 4-1100/1, 27 avril 2009, p. 466).

5.3.2. Comité des risques

112. L'instauration obligatoire d'une fonction indépendante de gestion des risques ⁽⁴³⁾ et d'un comité des risques ⁽⁴⁴⁾ dans les établissements financiers est l'une des plus importantes innovations de la réglementation financière d'après la crise de 2008. ⁽⁴⁵⁾

113. Il est évident qu'après le comité d'audit, le comité des risques sera l'interlocuteur privilégié du commissaire pour acquérir et conserver une appréhension adéquate de la stratégie de l'entreprise et des risques qu'elle a décidé d'assumer.

5.3.3. Comité de nomination

114. Le comité de nomination est obligatoire dans les établissements de crédits ⁽⁴⁶⁾. Il est recommandé par le Code de gouvernance 2009.

Il joue un rôle important dans les établissements de crédit notamment pour préparer et suivre le dossier « *fit & proper* » de chaque membre de l'organe d'administration ou de direction et les mandats externes. Cette vérification est importante pour assurer la conformité de l'entreprise avec le prescrit légal.

115. Dans la mesure où le comité de nomination joue un rôle important pour le respect de la conformité par l'établissement de crédit, une bonne relation du commissaire avec ce comité est utile. Elle permettra au commissaire de vérifier la qualité du travail de ce comité.

⁽⁴³⁾ Art. 35, § 1^{er}, 2^o, et 37, de la loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et des sociétés de bourse ; article 54, § 1^{er}, 2^o, et 56, de la loi du 13 mars 2016 relative au statut des entreprises d'assurance et de réassurance.

⁽⁴⁴⁾ Art. 27, al. 1^{er}, 2^o, et 29 de la loi précitée du 25 avril 2014 ; art. 48, 3^o, et 51, de la loi précitée du 13 mars 2016.

⁽⁴⁵⁾ K. MACOURS et M. WYCKAERT, *op. cit.*, p. 153-157.

⁽⁴⁶⁾ Art. 27, al. 1^{er}, 4^o, et 31 de la loi précitée du 25 avril 2014.

5.4. CONCLUSION

116. Ces quelques notes ont évoqué une série de règles légales ou de recommandations incitant les membres des comités spécialisés et le commissaire à entretenir une relation de confiance et un dialogue aussi fructueux que possible.

Comme le relevait déjà la Commission bancaire et financière en 2000, « *même un contrôle organisé efficacement, selon les lignes de force et principes exposés ci-dessus, n'offre pas de garantie absolue quant à la sécurité de l'activité bancaire* »⁽⁴⁷⁾. De fait, les différentes crises qui se sont succédées depuis lors ont bien montré qu'un système humain, quel qu'il soit, sera toujours faillible.

Ce n'est pas seulement une attention plus accrue, une expertise plus pointue et des incitants (financiers) plus adéquats, qui augmenteront la capacité de nos dirigeants et de nos commissaires à prévenir les défaillances. La discussion entre parties prenantes au contrôle interne est essentielle.

Les vertus du dialogue dépassent, et de loin, tout cadre légal ou managérial. Il s'agit véritablement d'un retour aux sources de ce qui rend un individu capable d'assurer ses responsabilités.

Le dialogue permet d'appréhender une situation de façon vivante et en dépassant le cadre objectif qui cache bien souvent les véritables risques. Le dialogue implique également une dynamique de respect et de confiance mutuelle qui renforcent le caractère durable de l'entreprise et de ses organes.

⁽⁴⁷⁾ *Rapport CBF*, 1996-1997, p. 35.

HOOFDSTUK 6

VERHOUDING TUSSEN DE COMMISSARIS EN DE ALGEMENE VERGADERING

CHAPITRE 6

RELATIONS ENTRE LE COMMISSAIRE ET L'ASSEMBLEE GENERALE

R. HOUBEN

Hoofddocent Universiteit Antwerpen, Onderzoeksgroep Onderneming & Recht
Advocaat aan de balie van Antwerpen

6.1. INLEIDING

117. Deze bijdrage behandelt de verhouding tussen de commissaris en de algemene vergadering van de vennootschap ⁽¹⁾.

De volgende onderwerpen komen aan bod:

- de benoeming van de commissaris door de algemene vergadering;
- de vaststelling van de bezoldiging van de commissaris door de algemene vergadering;
- het ontslag van de commissaris door de algemene vergadering;
- de samenroeping van de algemene vergadering door de commissaris;
- de informatieverschaffing door de commissaris aan de algemene vergadering;
- het vraagrecht van de aandeelhouders op de algemene vergadering; en
- de aansprakelijkheidsvordering van de vennootschap t.a.v. de commissaris waartoe door de algemene vergadering wordt beslist.

Het is niet de bedoeling om exhaustief zijn, maar wel om enkele punten onder de aandacht te brengen.

De geselecteerde onderwerpen worden geanalyseerd in de context van het Wetboek van Verenigingen en Stichtingen (hierna WVV). Zoals bekend, zal het WVV van toepassing zijn vanaf 1 mei 2019 op de nieuwe vennootschappen en vanaf 1 januari 2020 op de bestaande vennootschappen.

Op te merken valt dat het WVV voor de commissaris geen grote wijzigingen introduceert ⁽²⁾. De wijzigingen zijn grotendeels taalkundig. De laatste grote wetgevende wijziging betreffende de commissaris blijft dan ook de wijziging van het Belgische recht ⁽³⁾ n.a.v. de Europese auditrichtlijn ⁽⁴⁾ en -verordening ⁽⁵⁾ van 2014 ⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ De rol van de commissaris in de (I)VZW en stichting blijft buiten beschouwing. Zie recent nog over de rol van de commissaris in de VZW, stichting en IVZW: E. VANDERSTAPPEN, “De commissaris in de VZW, stichting en IVZW: nieuwe bevoegdheden en pleidooi voor meer harmonisatie met het mandaat in vennootschappen”, *TRIV-RPS* 2016, 117-127.

⁽²⁾ Omdat het WVV geen grote wijzigingen meebrengt voor de commissaris, kunnen de rechtsleer, rechtspraak en de relevante controlenormen ten tijde van het W.Venn. normaal ook nog nuttig worden aangewend onder de gelding van het WVV.

⁽³⁾ Zie de Wet houdende diverse bepalingen inzake Economie, *BS* 6 juni 2016 en de Wet tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren, *BS* 13 december 2016.

⁽⁴⁾ Richtlijn 2014/56/EU van 16 april 2014 tot wijziging van Richtlijn 2006/43/EG betreffende de wettelijke controles van jaarrekeningen en geconsolideerde jaarrekeningen, *Pb L* 27 mei 2014, nr. 158, 196.

⁽⁵⁾ Verordening (EU) nr. 537/2014 van 16 april 2014 betreffende specifieke eisen voor de wettelijke controles van financiële overzichten van organisaties van openbaar belang en tot intrekking van Besluit 2005/909/EG van de Commissie, *Pb L* 27 mei 2014, nr. 158, 77.

⁽⁶⁾ Zie hierover bijvoorbeeld: ICCI (ed.), *Europese audithervorming en implementatie ervan in België*, Maklu, 2016.

6.2. BENOEMING VAN DE COMMISSARIS DOOR DE ALGEMENE VERGADERING

6.2.1. De verplichting tot benoeming van een commissaris

118. De verplichting tot benoeming van een commissaris (art. 3:73 WVV) houdt verband met de vennootschapsvorm en de grootte van de vennootschap ⁽⁷⁾.

De NV, BV en CV die groot zijn ⁽⁸⁾, zijn verplicht een commissaris te benoemen. Voor de CommV, de VOF en het EESV waarvan niet alle onbepaald aansprakelijke vennoten natuurlijke personen zijn en die groot zijn, geldt de verplichting tot benoeming van een commissaris eveneens (art. 3:72 WVV) ⁽⁹⁾. In kleine vennootschappen (wanneer zij niet genoteerd zijn en geen organisatie van openbaar belang ⁽¹⁰⁾ zijn) moet geen commissaris worden benoemd (art. 3:72, 2° WVV). In vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid (maatschap, tijdelijke vennootschap en stille vennootschap) geldt boek 3 van het WVV niet en bestaat er dus sowieso geen verplichting tot benoeming van een commissaris.

Het is mogelijk om in vennootschappen die niet verplicht zijn tot benoeming van een commissaris, een commissaris te benoemen op vrijwillige basis (zie ook art. 3:100 WVV). Indien er geen commissaris werd benoemd, heeft elke vennoot een individuele onderzoeks- en controlebevoegdheid, op dezelfde wijze als een commissaris (art. 3:101 WVV). De vennoot kan zich bij de uitoefening laten bijstaan door een externe accountant ⁽¹¹⁾.

119. Daarnaast wordt de verplichting tot benoeming van een commissaris mee beïnvloed vanuit een arbeidsrechtelijke invalshoek: in elke vennootschap waar er een ondernemingsraad moet worden opgericht krachtens de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven, met uitzondering van de gesubsidieerde onderwijsinstellingen, worden één of meer bedrijfsrevisoren aangesteld (art. 3:83 WVV). In vennootschappen die groot zijn en die een ondernemingsraad hebben, wordt de taak van bedrijfsrevisor bij de ondernemingsraad uitgeoefend door de commissaris (art. 3:87 WVV). Dit is verantwoord: beide taken worden om redenen van eenheid van orgaan en efficiëntie best aan dezelfde controlerende persoon toevertrouwd. In vennootschappen die geen commissaris moeten aanstellen, maar die wel een ondernemingsraad

⁽⁷⁾ Zie uitvoerig onder gelding van het W.Venn.: B. TILLEMANS, *Het statuut van de commissaris*, ICCI, Brugge, die Keure, 2007, 3-20, nrs. 1-36; D. GOENS, “Art. 141 W.Venn.” in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2008, 1-8.

⁽⁸⁾ Zie de criteria groot-klein in art. 1:24 e.v. WVV.

⁽⁹⁾ Zie ook nog de uitzondering voor de landbouwonderneming: art. 3:72, 3° WVV.

⁽¹⁰⁾ Zie over de invulling van deze term: art. 1:12 WVV. De categorie omvat o.a. de genoteerde vennootschappen, kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen en vereffeningsinstellingen.

⁽¹¹⁾ Zie ook H. BRAECKMANS, “Conflicten in vennootschappen en het wetboek van vennootschappen: de vlag dekt niet de lading” *TPR* 2010, 1620-1623, nrs. 19-22; R. HOUBEN, “Misbruik binnen de onderneming door aandeelhouders en bestuurders”, in A. VAN DE VIJVER en R. SMET (ed.), *Misbruik binnen de onderneming*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 5-48; H. CULOT en D. VAN GERVEN, “Chronique-Kroniek Droit des sociétés-Vennootschapsrecht 2016-2017”, *TRV-RPS* 2017, 708-709, nr. 23 en de verwijzingen naar de rechtspraak daar.

moeten installeren, wordt er een bedrijfsrevisor aangesteld die dan alleen de in de wet vermelde functies vervult ten aanzien van deze ondernemingsraad (art. 3:83 WVV) en uiteraard niet de taak van commissaris (zie over deze hypothese: art. 3:93 WVV)⁽¹²⁾.

6.2.2. Alleen bedrijfsrevisoren of geregistreerde auditkantoren komen in aanmerking

120. Alleen natuurlijke personen of rechtspersonen die ingeschreven zijn in het openbaar register van de bedrijfsrevisoren of geregistreerde auditkantoren mogen tot commissaris worden benoemd (art. 3:58 WVV). Een benoeming van een persoon die hieraan niet voldoet, is nietig⁽¹³⁾.

Bij benoeming van een bedrijfsrevisorenkantoor of een geregistreerd auditkantoor tot commissaris moet dit kantoor tenminste één bedrijfsrevisor-natuurlijke persoon als vaste vertegenwoordiger met handtekeningsbevoegdheid aanwijzen die de wettelijke opdracht uitvoert (art. 3:60 WVV). De bedrijfsrevisor-natuurlijk persoon dient als vennoot of anderszins aan het betrokken kantoor verbonden te zijn, en is belast met de uitvoering van de opdracht in naam en voor rekening van het kantoor⁽¹⁴⁾. In tegenstelling tot de vaste vertegenwoordiger van de bestuurder-rechtspersoon (art. 2:55 WVV), is de vaste vertegenwoordiger van het revisoren- of auditkantoor burgerrechtelijk niet hoofdelijk en onbeperkt aansprakelijk samen met het kantoor dat hij vertegenwoordigt. Indien in die optiek het kantoor een vennootschapsvorm aanneemt die aan de vennoten een beperkte aansprakelijkheid verleent, is de natuurlijke persoon-vennoot, vaste vertegenwoordiger, ook beperkt aansprakelijk. De reden hiervoor is technisch: artikel 3:60 WVV, zoals artikel 132 W.Venn. voorheen, bepaalt alleen dat voor de aanstelling en opdrachtbeëindiging van de vaste vertegenwoordiger van het revisoren- of auditkantoor dezelfde bekendmakingsregels gelden alsof hij de opdracht in eigen naam en voor eigen rekening zou vervullen. Anders dan voor de vaste vertegenwoordiger van de bestuurder-rechtspersoon wordt dus niets bepaald over hoofdelijke aansprakelijkheid⁽¹⁵⁾.

⁽¹²⁾ Zie uitvoerig: ICCI (ed.), *De rol van de bedrijfsrevisor ten opzichte van de ondernemingsraad*, Antwerpen, Maklu, 2010, 315 p.

⁽¹³⁾ Art. 3:58§4 WVV. Zie onder de gelding van het W.Venn.: B. TILLEMANS, *Het statuut van de commissaris*, ICCI, Brugge, die Keure, 2007, 31, nr. 53; L. LIEVENS, *Boek IV Wetboek vennootschappen. Titel VI: de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening; Titel VII: de controle van de jaarrekening en van de geconsolideerde jaarrekening*, Gent, MYS & BREESCH, 2001, 63; K. VAN HULLE, N. LYBAERT en J.-P. MAES, *Boekhoud- en jaarrekeningrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 720-721.

⁽¹⁴⁾ Art. 22 van de Wet van 7 december 2016 tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren, *BS* 13 december 2016.

⁽¹⁵⁾ K. GEENS en M. WYCKAERT m.m.v. C. CLOTTENS, S. DE DIER en F. PARREIN, *De vennootschap. Algemeen deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, 574, nr. 314; K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, S. DE DIER, F. PARREIN, S. COOLS, F. JENNÉ en A. STEENO, "Overzicht van rechtspraak vennootschappen 1999-2000", *TPR* 2012, 389, nr. 326.

6.2.3. Vereiste van onafhankelijkheid

121. De commissaris moet onafhankelijk zijn (art. 3:62 WVV), bij gebreke waarvan hij niet kan worden benoemd⁽¹⁶⁾. De commissaris moet er op toezien dat hij na zijn benoeming niet in een positie wordt geplaatst die zijn onafhankelijkheid in het gedrang brengt.

De commissaris is bijvoorbeeld niet onafhankelijk wanneer hij eerst de activa waardeert die in het kapitaal worden ingebracht en hier vervolgens ook het controleverslag over schrijft⁽¹⁷⁾.

De normering inzake onafhankelijkheid van de commissaris heeft een oorsprong in de basisregel dat controle in het algemeen, en financiële controle in het bijzonder, slechts betrouwbaar en geloofwaardig is voor zover de controlerende persoon (of instelling) onafhankelijk staat ten aanzien van de gecontroleerde (cf. ook de onafhankelijkheid van de rechter: rechter en partij zijn in dezelfde zaak is onmogelijk)⁽¹⁸⁾.

De wettelijke bepaling inzake onafhankelijkheid is artikel 3:62 WVV. Deze bepaling werd herhaalde malen gewijzigd, mee als gevolg van boekhoudschandalen en een toegenomen (Europese) normering als gevolg hiervan. Naast de beginselbepaling met betrekking tot de onafhankelijkheid (art. 3:62, §1 WVV) gelden specifieke normen, zoals bijvoorbeeld de afkoelingsperiode (zoals aangepast conform de auditrichtlijn van 2014)⁽¹⁹⁾, de zogenaamde “one-to-one”-regel⁽²⁰⁾, de verplichte kantoorrotonatie in

⁽¹⁶⁾ Zie tevens art. 12 van de Wet van 7 december 2016 tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren, BS 13 december 2016. Zie recent: T. DUPONT en E. VANDERSTAPPEN, “De commissaris na de Europese audithervorming van 2014”, in E. DIRIX, R. HOUBEN en E. WYMEERSCH (ed.), *In het vennootschapsbelang. Liber Amicorum Herman BRAECKMANS*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 132-142; P. ERNST, “De onafhankelijkheid van de commissaris na de audithervorming van 2016”, in E. DIRIX, R. HOUBEN en E. WYMEERSCH (ed.), *In het vennootschapsbelang. Liber Amicorum Herman BRAECKMANS*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 147-176. Zie voor een eerdere bespreking: D. SZAFRAN, “Art. 133 W.Venn.” in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2009; zie ook D. SZAFRAN, *De onafhankelijkheid van de bedrijfsrevisor*, Brugge, die Keure, 2004, 7-22.

⁽¹⁷⁾ D. VAN GERVEN en Y. DE CORDT, “Kroniek – Chronique vennootschapsrecht – droit des sociétés 2015-2016”, *TRV-RPS* 2016, 715, nr. 30.

⁽¹⁸⁾ Zie bv. J.P. MAES en K. VAN HULLE, *De hervorming van het bedrijfsrevisorat en de organisatie van het accountantsberoep*, Antwerpen, Kluwer, 1985, 27 en 70; R. NIEUWDOOP, “Onafhankelijkheid en samenwerking: water en vuur?”, *TRV* 2002, 123-129.

⁽¹⁹⁾ Art. 3:62§3 WVV. Zie hierover T. DUPONT en E. VANDERSTAPPEN, “De commissaris na de Europese audithervorming van 2014”, in E. DIRIX, R. HOUBEN en E. WYMEERSCH (ed.), *In het vennootschapsbelang. Liber Amicorum Herman BRAECKMANS*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 132-133.

⁽²⁰⁾ Art. 3:64 WVV; zie recent hierover: T. DUPONT en E. VANDERSTAPPEN, “De commissaris na de Europese audithervorming van 2014”, in E. DIRIX, R. HOUBEN en E. WYMEERSCH (ed.), *In het vennootschapsbelang. Liber Amicorum Herman BRAECKMANS*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 140-142; zie ook: D. SZAFRAN, “Art. 133 W.Venn.” in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2009, 14-15; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, Brussel, Bruylant, 2011, 292, nr. 536; I. DE POORTER, *Controle van financiële verslaggeving: revisoraal en overheidstoezicht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 167, nr. 193-205; INSTITUUT DER BEDRIJFSREVISOREN (ed.), “Be-

organisaties van openbaar belang⁽²¹⁾ en de lijst met verboden niet-controlediensten (die strenger is voor de organisaties van openbaar belang)⁽²²⁾.

6.2.4. De algemene vergadering is bevoegd

122. De commissaris wordt benoemd door de algemene vergadering (art. 3:58 WVV)⁽²³⁾. Dit gebeurt bij eenvoudige meerderheid.

Het initiatiefrecht tot bijeenroeping van de algemene vergadering en ook tot benoeming van de commissaris komt toe aan het bestuursorgaan (zie ook art. 3:100 WVV). Uiteraard kunnen ook aandeelhouders die gerechtigd zijn om een algemene vergadering te doen samenkomen⁽²⁴⁾ een initiatief nemen.

Indien de vennootschap verplicht is om een auditcomité op te richten, wordt het voorstel tot benoeming dat door het bestuursorgaan aan de algemene vergadering wordt gericht, geformuleerd op voorstel van het auditcomité (art. 3:58, §3 WVV)⁽²⁵⁾. De aanbeveling van het auditcomité wordt gemotiveerd.

Indien het voorstel van het bestuursorgaan verschilt van de voorkeur zoals vermeld in de aanbeveling van het auditcomité, licht het bestuursorgaan de redenen toe waarom de aanbeveling van het auditcomité niet wordt gevolgd.

noeming van de commissaris”, *Vademecum van de bedrijfsrevisor 2009, Deel 1. Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2009, 351-355; H. DE WULF, “De onafhankelijkheid van de commissaris: afkoelingsperiode en vergoeding” in H. BRAECKMANS en E. WYMEERSCH (eds.), *Behoorlijk vennootschapsbestuur*, Antwerpen, Intersentia 2003, 154-162; M. BRASSEUR en B. DELMOTTE, “Derniers développements en matière de contrôle dans les sociétés”, *T.B.H.* 2009, 875, nrs. 20-21.

⁽²¹⁾ Art. 3:61, §2-5 WVV. Zie hierover T. DUPONT en E. VANDERSTAPPEN, “De commissaris na de Europese audithervorming van 2014”, in E. DIRIX, R. HOUBEN en E. WYMEERSCH (ed.), *In het vennootschapsbelang. Liber Amicorum Herman BRAECKMANS*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 133-135.

⁽²²⁾ Art. 3:63 WVV. Zie hierover T. DUPONT en E. VANDERSTAPPEN, “De commissaris na de Europese audithervorming van 2014”, in E. DIRIX, R. HOUBEN en E. WYMEERSCH (ed.), *In het vennootschapsbelang. Liber Amicorum Herman BRAECKMANS*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 135-142.

⁽²³⁾ Zie over de benoeming recent: T. DUPONT en E. VANDERSTAPPEN, “De commissaris na de Europese audithervorming van 2014”, in E. DIRIX, R. HOUBEN en E. WYMEERSCH (ed.), *In het vennootschapsbelang. Liber Amicorum Herman BRAECKMANS*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 131-132. Over de vraag tot benoeming van een commissaris van een moedervennootschap tot commissaris in een dochtervennootschap onder de gelding van het W.Venn.: H. BRAECKMANS, “De commissaris van de moedervennootschap en van de dochtervennootschap”, *TBH* 2006, 470-474; I. DE POORTER, “Art. 130 W.Venn.” in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2007, 7-8; K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, S. DE DIER, F. PARREIN, S. COOLS, F. JENNÉ en A. STEENO, “Overzicht van rechtspraak vennootschappen 1999-2000”, *TPR* 2012, 382, nr. 321.

⁽²⁴⁾ Zie hierna nr. 14.

⁽²⁵⁾ Zie onder de gelding van het W.Venn.: P. BERGER, S. BRABANTS, Ch. DARVILLE-FINET, E. DE LEMBRE, M. DE WOLF, J.L. DUPLAT, N. HOUYOUX, Ph. LAMBRECHT, Ch. QUIEVREUX, D. SZAFRAN en W. WILLEKENS, *Het auditcomité en de commissaris na de wetten van 17 december 2008 en 9 februari 2009*, ICCI, Brugge, die Keure, 2009, 213 p.

In vennootschappen met een ondernemingsraad moet het voorstel van de raad van bestuur inzake de te benoemen commissaris eerst worden goedgekeurd door de ondernemingsraad vooraleer de benoeming ter stemming wordt voorgelegd aan de algemene vergadering (art. 3:88 WVV)⁽²⁶⁾. De vereiste meerderheid in de ondernemingsraad is dubbel: er moet een meerderheid van de stemmen uitgebracht door alle leden zijn, alsook een meerderheid van de stemmen uitgebracht door de leden benoemd door de werknemers. De ondernemingsraad heeft eigenlijk alleen een recht tot weigering: weigert deze raad de voorgestelde commissaris, dan kan deze raad geen andere commissaris benoemen. Ter zake bevat artikel 3:89 WVV een regeling (bevoegdheid van de voorzitter van de ondernemingsrechtbank)⁽²⁷⁾.

Aangezien de commissarisfunctie een contractuele aard heeft tussen de commissaris en de vennootschap, is vereist dat de commissaris de benoeming (uitdrukkelijk of stilzwijgend) aanvaardt⁽²⁸⁾.

De benoeming wordt bekendgemaakt door neerlegging van de desbetreffende akte in het vennootschapsdossier en door bekendmaking in de *Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad* (art. 2:8 WVV).

123. De algemene vergadering kan meerdere commissarissen benoemen⁽²⁹⁾. In dat geval vormen zij een college (art. 3:68, §2 WVV). Zij kunnen bij de uitoefening van hun bevoegdheden alleen of gezamenlijk optreden en kunnen de controle onder elkaar verdelen (art. 3:68, §2 WVV)⁽³⁰⁾. Deze bevoegdheidsverdeling geldt louter intern en is niet tegenwerpelijk aan de vennootschap of derden. De commissarissen hebben in college een gedeeld beroepsgeheim⁽³¹⁾.

⁽²⁶⁾ Zie onder de gelding van het W.Venn.: H. BRAECKMANS, “De benoeming van de commissaris-revisor: nieuwe rechtspraak”, *RW* 1986-87, 1797; B. TILLEMANS, *Het statuut van de commissaris*, ICCI, Brugge, die Keure, 2007, 43 e.v., nrs. 73 e.v.; I. DE POORTER, “Art. 130 W.Venn.” in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2007, 10-11. Zie over de (afstand van de) termijn waarmee moet worden rekening gehouden voor de bijeenkomst van de ondernemingsraad: J. LOOSEN, “Hoe strikt is de termijn van twee maanden vooropgesteld door artikel 158 KB W.Venn.?” *TRV-RPS* 2017, 1022; H. CULOT en D. VAN GERVEN, “Chronique-Kroniek Droit des sociétés-Vennootschapsrecht 2017-2018”, *TRV-RPS* 2018, 509, nr. 25.

⁽²⁷⁾ Zie onder de gelding van het W.Venn. met betrekking tot de hele procedure: B. TILLEMANS, *Het statuut van de commissaris*, ICCI, Brugge, die Keure, 2007, 43 e.v., nrs. 73 e.v.; ICCI, *De rol van de bedrijfsrevisor ten opzichte van de Ondernemingsraad*, Antwerpen, Maklu, 2010, 50-51 en 225-237; K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, T. TAS en J. VANANROYE, “Vennootschappen 1992-1998”, *TPR* 2000, 361, nrs. 333-335; H. BRAECKMANS, “De commissaris van de moeder-vennootschap en van de dochtervennootschap”, *TBH* 2006, 470-474; zie bv. Kh. Charleroi 25 juli 2003, *TBH* 2006, 467.

⁽²⁸⁾ Zie onder de gelding van het W.Venn.: B. TILLEMANS, *Het statuut van de commissaris*, ICCI, Brugge, die Keure, 2007, 63, nr. 114.

⁽²⁹⁾ Uiteraard moet in hoofde van elk van hen de procedure worden nageleefd (onder meer bij bestaan van een ondernemingsraad).

⁽³⁰⁾ Zie onder de gelding van het W.Venn. vooral B. TILLEMANS, *Het statuut van de commissaris*, ICCI, Brugge, die Keure, 2007, 205-210, nrs. 336-347.

⁽³¹⁾ Zie onder de gelding van het W.Venn.: B. DE KLERCK en V. YANGANDI, “Gedeeld (gemeenschappelijk) beroepsgeheim” in ICCI, *Het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisor*, Brugge, die Keure, 2009, 52, nr. 114.

Contractuele bepalingen die de keuze van de algemene vergadering zouden beperken tot bepaalde categorieën of lijsten van bedrijfsrevisoren, bedrijfsrevisorenkantoren of geregistreerde auditkantoren met betrekking tot de benoeming van een bepaalde commissaris of van een bepaalde bedrijfsrevisor belast met de controle van de geconsolideerde jaarrekening van die vennootschap, zijn verboden en nietig (art. 3:58, §5 WVV).

Merk op dat het mogelijk is dat er geen onverenigbaarheid bestaat dat een bedrijfsrevisor (bedrijfsrevisorenkantoor) tot commissaris wordt benoemd, zelfs indien de te controleren vennootschappen concurrenten zijn ⁽³²⁾.

124. Bij gebreke aan enige benoeming kan de voorzitter van de rechtbank van koophandel, zitting houdend zoals in kort geding, tot benoeming overgaan op verzoek van elke belanghebbende (art. 3:59 WVV) ⁽³³⁾.

⁽³²⁾ Uiteraard onverminderd de bepalingen betreffende de onafhankelijkheid en het beroepsgeheim. Zie onder de gelding van het W.Venn. B. TILLEMANS, *Het statuut van de commissaris*, ICCL, Brugge, die Keure, 2007, 33, nr. 56.

⁽³³⁾ Zie onder de gelding van het W.Venn.: I. DE POORTER, "Art. 131 W. Venn." in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2007, 1-6.

6.3. DE VASTSTELLING VAN DE BEZOLDIGING VAN DE COMMISSARIS DOOR DE ALGEMENE VERGADERING

125. De bezoldiging van de commissaris heeft uiteraard verband met zijn specifiek statuut en met de onafhankelijkheid en wordt omstandig geregeld (art. 3:65 WVV).

De vaststelling van de bezoldiging behoort tot de exclusieve bevoegdheid van de algemene vergadering (art. 3:65, §2 WVV)⁽³⁴⁾.

De bezoldiging wordt voor de aanvang van de opdracht vastgesteld en bestaat uit een vast bedrag⁽³⁵⁾ dat de naleving van de controlenormen moet waarborgen. De basis-idee is dat de wetgever de onafhankelijkheid van de commissaris wil waarborgen en wil vermijden dat de commissaris (al) te volgzzaam zou zijn ten aanzien van de gecontroleerde entiteit⁽³⁶⁾. De bezoldiging moet redelijk (voldoende hoog) zijn voor de uit te voeren wettelijke opdracht: de offerte van de kandidaat-commissaris mag immers niet afhankelijk zijn van de verwachte levering van andere vormen van overige dienstverlening⁽³⁷⁾. In dezelfde lijn zijn resultaatgebonden honoraria niet verenigbaar met de wettelijke controleopdracht van de commissaris⁽³⁸⁾.

Buiten deze bezoldiging mag de commissaris geen enkel voordeel, in welke vorm ook, van de vennootschap ontvangen.

De bezoldiging kan niet worden gewijzigd dan met instemming van partijen. Indien de structuur van de vennootschap fundamenteel verandert of een groei de verkiezing van een ondernemingsraad met zich meebrengt, kan de opdracht soms onmogelijk worden voortgezet aan de initiële voorwaarden. De commissaris kan in dat geval aan de algemene vergadering vragen om het bedrag van de bezoldiging te wijzigen⁽³⁹⁾.

De bezoldiging moet worden vermeld in de toelichting bij de jaarrekening⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁴⁾ Indien de rechter de commissaris aanstelt, bepaalt hij ook de bezoldiging (art. 3:59 WVV); B. TILLEMANS, *Het statuut van de commissaris*, ICCI, Brugge, die Keure, 2007, 155, nr. 257.

⁽³⁵⁾ Zie over de notie vast bedrag onder de gelding van het W.Venn.: B. TILLEMANS, *Het statuut van de commissaris*, ICCI, Brugge, die Keure, 2007, 160-161, nrs. 264-266.

⁽³⁶⁾ I. VEROUWSTRAETE, "Le controle financier des sociétés anonymes" in *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, 286-287, nr. 31 ("docilité"); B. TILLEMANS, *Het statuut van de commissaris*, ICCI, Brugge, die Keure, 2007, 143, nr. 234; I. DE POORTER, "Art. 134 W.Venn." in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2007, 6 e.v., nrs. 4 e.v..

⁽³⁷⁾ Zie art. 3:65, §6 WVV. Zie onder de gelding van het W.Venn.: B. TILLEMANS, *Het statuut van de commissaris*, ICCI, Brugge, die Keure, 2007, 148, nr. 241.

⁽³⁸⁾ Zie art. 3:65, §6 WVV. Zie tevens art. 20 van de Wet van 7 december 2016 tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren, BS 13 december 2016.

⁽³⁹⁾ Zie onder de gelding van het W.Venn.: B. TILLEMANS, *Het statuut van de commissaris*, ICCI, Brugge, die Keure, 2007, 161, nr. 268.

⁽⁴⁰⁾ Art. 3:65, §2 WVV; zie inzake de wettelijke controle op de geconsolideerde jaarrekening ook art. 3:65, §4 WVV; zie ook D. VAN GERVEN en Y. DE CORDT, "Kroniek – Chronique vennootschapsrecht – droit des sociétés 2015-2016", *TRV-RPS* 2016, 716, nr. 30.

Bedragen verbonden aan uitzonderlijke werkzaamheden of bijzondere opdrachten uitgevoerd binnen de gecontroleerde vennootschap worden ook vermeld in de toelichting bij de jaarrekening (art. 3:65 §3 WVV)⁽⁴¹⁾. Aanvaard mag worden dat opdrachten in het raam van artikel 3:69 WVV (“gewichtige en overeenstemmende feiten die de continuïteit van de economische activiteit van de vennootschap in het gedrang kunnen brengen”) uitzonderlijke prestaties of bijzondere opdrachten kunnen zijn⁽⁴²⁾. Zij zouden echter niet uitzonderlijk zijn als de vennootschap reeds met financiële moeilijkheden te kampen had op het moment van de benoeming⁽⁴³⁾.

Een bijzonderheid bestaat voor de commissaris in een organisatie van openbaar belang: indien het totaal van het honorarium van de commissaris in elk van de laatste drie opeenvolgende boekjaren voor meer dan 15% afkomstig is van een organisatie van openbaar belang, dan stelt de commissaris het auditcomité daarvan in kennis en bespreekt hij met het auditcomité de bedreigingen voor zijn onafhankelijkheid en de genomen veiligheidsmaatregelen om die bedreigingen in te perken⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴¹⁾ Zie tevens de hypothese van art. 3:65, §5 WVV inzake de wettelijke controle op de geconsolideerde jaarrekening.

⁽⁴²⁾ INSTITUUT VAN DE BEDRIJFSREVISOREN, *Vademecum van de bedrijfsrevisor*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, IBR, 2009, 564.

⁽⁴³⁾ Zie over de toepassing *in casu* van de imprevisieleer: INSTITUUT VAN DE BEDRIJFSREVISOREN, *Vademecum van de bedrijfsrevisor*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, IBR, 2009, 564.

⁽⁴⁴⁾ Art. 3:65, §7 WVV.

6.4. HET ONTSLAG VAN DE COMMISSARIS DOOR DE ALGEMENE VERGADERING

126. De commissaris geniet een beschermd statuut: hij wordt benoemd voor een hernieuwbare⁽⁴⁵⁾ termijn van drie jaar (art. 3:61 WVV) en hij kan tijdens zijn mandaat alleen om wettige redenen worden ontslagen (art. 3:66 WVV)⁽⁴⁶⁾. In die optiek verschilt zijn statuut duidelijk van de bestuurder van de NV, die *ad nutum* afzetbaar is⁽⁴⁷⁾. De term “jaar” in artikel 3:61 WVV dient te worden begrepen als “boekjaar”, zijnde de periode waarop de jaarrekening die de commissaris controleert en waarover hij verslag uitbrengt, betrekking heeft⁽⁴⁸⁾. Omdat de wet geen eisen stelt omtrent de duurtijd van elk van de drie boekjaren, kan de verkorting of verlenging van één of meer van die boekjaren geen wijziging meebrengen van het wettelijk omschreven aantal boekjaren dat de ambtstermijn van de commissaris dient te omvatten⁽⁴⁹⁾.

Gelet op het dwingend karakter van artikel 3:66 WVV, kan de beoordelingsvrijheid van de rechter inzake de wettigheid van het gedwongen ontslag niet door statutaire clausules worden beperkt⁽⁵⁰⁾.

127. Het tot ontslag bevoegde orgaan is logischerwijs hetzelfde als dat van de benoeming, zijnde de algemene vergadering⁽⁵¹⁾.

Wanneer de vennootschap een ondernemingsraad heeft, is een voorstel of het eensluidend advies van de ondernemingsraad vereist wanneer de commissaris in de loop van zijn mandaat wordt ontslagen (art. 3:91 WVV)⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁵⁾ Zie specifiek m.b.t. de externe kantoorrotatie in de organisatie van openbaar belang art. 3:61, §2-5 WVV.

⁽⁴⁶⁾ Zie onder de gelding van het W.Venn.: I. DE POORTER, “Art. 135 W.Venn.” in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2010, 2-20; C. MALHERBE, “La durée du mandat du commissaire”, *JT* 2016, 105.

⁽⁴⁷⁾ Merk op dat de *ad nutum* afzetbaarheid van de bestuurder in de NV van aanvullend recht is geworden.

⁽⁴⁸⁾ Zie ook I. DE POORTER, “Hoe lang duurt het mandaat van een commissaris: drie kalenderjaren of drie controlejaren?”, *TRV* 2014, 623-624; D. VAN GERVEN en Y. DE CORDT, “Kroniek – Chronique vennootschapsrecht – droit des sociétés 2015-2016”, *TRV-RPS* 2016, 715, nr. 29; K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, S. DE DIER, F. PARREIN, S. COOLS, F. JENNÉ en A. STEENO, “Overzicht van rechtspraak vennootschappen 1999-2000”, *TPR* 2012, 384, nr. 323.

⁽⁴⁹⁾ Cass. 5 juni 2008, *RW* 2009-10, 834.

⁽⁵⁰⁾ Zie onder de gelding van het W.Venn.: B. TILLEMANS, *Het statuut van de commissaris*, ICCI, Brugge, die Keure, 2007, 81, nr. 40.

⁽⁵¹⁾ In de organisatie van openbaar belang kan evenwel een verzoek worden ingediend voor de opzegging van de commissaris, indien daartoe gegronde redenen bestaan, bij de ondernemingsrechtbank door elke aandeelhouder die minstens vijf procent van de stemrechten of van het kapitaal vertegenwoordigt, alsook door het college van toezicht op de bedrijfsrevisoren (art. 3:66, §1, derde lid WVV).

⁽⁵²⁾ Zie voor verdere analyse onder de gelding van het W.Venn.: B. TILLEMANS, *Het statuut van de commissaris*, ICCI, Brugge, die Keure, 2007, 85-86. Het niet respecteren van de procedure leidt tot nietigheid van het ontslag wegens schending van een bepaling van openbare orde: B. TILLEMANS, *Het statuut van de commissaris*, ICCI, Brugge, die Keure, 2007, 89.

De commissaris wordt ook beschermd met betrekking tot zijn verdediging: de inschrijving van het ontslag op de agenda van de algemene vergadering moet worden meegedeeld aan de commissaris en de commissaris kan aan de vennootschap schriftelijk kennis geven van zijn opmerkingen (art. 3:67 WVV)⁽⁵³⁾. Deze opmerkingen worden aangekondigd op de agenda en ter beschikking gesteld van de aandeelhouders. De vennootschap kan, bij een verzoekschrift waarvan vooraf aan de commissaris kennis wordt gegeven, aan de voorzitter van de ondernemingsrechtbank toestemming vragen om de aandeelhouders geen kennis te geven van de opmerkingen die niet ter zake dienen of het aanzien van de vennootschap op onverantwoorde wijze kunnen schaden. De voorzitter van de rechtbank hoort de vennootschap en de commissaris in raadkamer en doet uitspraak in openbare terechtzitting. Tegen die beslissing staat geen verzet of hoger beroep open.

Het besluit waarmee de algemene vergadering overgaat tot ontslag van de commissaris met schending van de beschermingsmaatregelen van de artikelen 3:66-67 WVV mist rechtsgeldigheid⁽⁵⁴⁾.

128. De klassieke notie van wettige reden tot gedwongen ontslag is elke aan de commissaris te wijten omstandigheid waardoor men van de aandeelhouders redelijkerwijze niet meer kan verwachten dat zij in de commissaris nog vertrouwen stellen⁽⁵⁵⁾: het niet behoorlijk vervullen van zijn taken, gezondheidsredenen, opduiken van een onverenigbaarheid, een tuchtsanctie, kunnen als wettige redenen worden gekwalificeerd⁽⁵⁶⁾. De redenen moeten voldoende ernstig zijn, in die zin dat zij moeten steunen op objectief door de rechter verifieerbare feiten⁽⁵⁷⁾. De wet bepaalt een voorbeeld: een meningsverschil over een boekhoudkundige verwerking of over een controleprocedure is geen wettige reden voor ontslag (art. 3:66, § 1, tweede lid WVV). In de rechtspraak vindt men voorts talrijke voorbeelden terug. Werden bijvoorbeeld niet aanvaard als wettige reden:

- de wens om nutteloze kosten te besparen door een vennootschap die niet meer beantwoordde aan de criteria inzake verplichte benoeming⁽⁵⁸⁾;
- een vertrouwensbreuk of meningsverschil op zichzelf⁽⁵⁹⁾;

⁽⁵³⁾ Zie meer *in extenso* onder de gelding van het W.Venn.: I. DE POORTER, “Art. 136 W.Venn.” in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm. Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2007, 1-4.

⁽⁵⁴⁾ Brussel 16 mei 2000, *RW* 2000-01, 1241-1244; K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, S. DE DIER, F. PARREIN, S. COOLS, F. JENNÉ en A. STEENO, “Overzicht van rechtspraak vennootschappen 1999-2000”, *TPR* 2012, 387, nr. 325.

⁽⁵⁵⁾ Zie onder de gelding van het W.Venn.: B. TILLEMANN, *Het statuut van de commissaris*, ICCL, Brugge, die Keure, 2007, 82; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, Brussel, Bruylant, 2011, 294; K. BYTTEBIER en R. FELTKAMP, “Controle op de vennootschap door de bedrijfsrevisor”, *RW* 2003-04, 1589, nr. 34.

⁽⁵⁶⁾ Zie onder de gelding van het W.Venn.: B. TILLEMANN, *Het statuut van de commissaris*, ICCL, Brugge, die Keure, 2007, 82-84.

⁽⁵⁷⁾ Zie onder de gelding van het W.Venn.: B. TILLEMANN, *Het statuut van de commissaris*, ICCL, Brugge, die Keure, 2007, 83.

⁽⁵⁸⁾ Zie terecht: Luik 23 november 1989, *RPS* 1990, nr. 6545, 178.

⁽⁵⁹⁾ Kh. Dendermonde 16 juni 2011, *TRV* 2013, 274 (ook besproken in D. VAN GERVEN, “Kroniek vennootschapsrecht 2012-2013”, *TRV* 2013, 563, nr. 18).

- de weigering door de commissaris om een onthoudende verklaring aan te vullen of toe te lichten ⁽⁶⁰⁾;
- een wijziging in de aandelenstructuur van de gecontroleerde vennootschap of de opnemng van de gecontroleerde vennootschap in de consolidatiekring van een andere moedervenootschap ⁽⁶¹⁾.

De commissaris die wordt ontslagen om wettige redenen kan schadevergoeding vorderen. De omvang van de schadevergoeding wordt bepaald in functie van de resterende looptijd van het mandaat, alsook rekening houdend met de opdrachten die aan de commissaris zouden zijn toegekomen tijdens die periode, zoals een verslag over een fusievoorstel ⁽⁶²⁾. Anderzijds kan ook in rekening worden gebracht dat door het ontslag de commissaris andere opdrachten heeft kunnen aanvaarden en uitvoeren, waardoor de schade mogelijk minder groot is dan het bedrag van de gedeferde honoraria van de beëindigde opdracht ⁽⁶³⁾. Het is niet aangewezen dat de commissaris in zijn functie wordt hersteld: het ontslag is een indicatie van een vertrouwensbreuk en een verdere samenwerking is daarom niet in het belang van de vennootschap ⁽⁶⁴⁾.

129. Kan de commissaris zelf vrijwillig ontslag geven? Ook hier bevat de wet een regeling, om te vermijden dat de commissaris bij moeilijkheden of onvoorziene omstandigheden (onder meer boekhoudkundige onregelmatigheden, verschil in mening met de bestuursorganen van de vennootschap, vereffening van de vennootschap) zelf een einde zou willen stellen aan zijn opdracht.

De commissaris kan tijdens zijn opdracht ontslag geven om gewichtige persoonlijke redenen (art. 3:66 WVV). Het klassieke voorbeeld zijn redenen van medische aard.

Tevens kan de commissaris ontslag geven ter algemene vergadering. Vereist is dat hij de algemene vergadering schriftelijk in kennis stelt van dit ontslag (zijnde het vrijwillig ontslag zonder gewichtige persoonlijke redenen: art. 3:66 WVV). Dit kan onder meer het geval zijn als hij wordt gehinderd bij de uitoefening van zijn taak, of bij ernstige meningsverschillen met de leiding van de gecontroleerde entiteit zodat de commissaris

⁽⁶⁰⁾ Kh. Dendermonde 27 juni 2013, *DAOR* 2013, 277, *RW* 2014-15, 984, *JDSC* 2014, 251 (ook besproken in D. VAN GERVEN, “Kroniek vennootschapsrecht 2013-2014”, *TRV* 2014, 564, nr. 23).

⁽⁶¹⁾ Zie onder de gelding van het W.Venn.: B. TILLEMANS, *Het statuut van de commissaris*, ICCI, Brugge, die Keure, 2007, 82-83; B. TILLEMANS, “Nieuwe aandeelhouders, nieuwe commissaris-revisor?”, *TRV* 1996, 322; K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, S. DE DIER, F. PARREIN, S. COOLS, F. JENNÉ en A. STEENO, “Overzicht van rechtspraak vennootschappen 1999-2000”, *TPR* 2012, 387, nr. 325; zie over de problematiek van de commissaris van moeder- en dochtervennootschap: H. BRAECKMANS, “De commissaris van de moedervenootschap en van de dochtervennootschap”, *TBH* 2006, 473-478. De praktijk ontstond waarbij de commissaris bij controlewijziging vrijwillig ontslag neemt, met precies als beweegreden deze controlewijziging en de noodzaak tot vlotte aansluiting van de nieuwe vennootschap in de nieuwe groepsstructuur: K. GEENS en M. WYCKAERT m.m.v. C. CLOTTENS, S. DE DIER en F. PARREIN, *De vennootschap. Algemeen deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, 576, vn. 2188.

⁽⁶²⁾ Kh. Dendermonde 27 juni 2013, *DAOR* 2013, 277, *RW* 2014-15, 984, *JDSC* 2014, 251 (ook besproken in D. VAN GERVEN, “Kroniek vennootschapsrecht 2013-2014”, *TRV* 2014, 564, nr. 23); D. VAN GERVEN, “Kroniek vennootschapsrecht 2014-2015”, *TRV* 2015, 517, nr. 22.

⁽⁶³⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁴⁾ D. VAN GERVEN, “Kroniek vennootschapsrecht 2014-2015”, *TRV* 2015, 517, nr. 22.

niet langer de verantwoordelijkheid kan opnemen voor de over de jaarrekening af te leveren verklaring. De motiveringsplicht met betrekking tot het ontslag moet vermijden dat de commissaris bij vaststelling van onregelmatigheden al te gemakkelijk ontslag zou geven ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶⁵⁾ De ontslagnemende commissaris is gehouden tot schadevergoeding ingevolge een ongemotiveerd ontslag. Zie ook onder de gelding van het W.Venn.: B. TILLEMANS, *Het statuut van de commissaris*, ICCI, Brugge, die Keure, 2007, 95-96 en 98.

6.5. SAMENROEPING VAN DE ALGEMENE VERGADERING DOOR DE COMMISSARIS

130. De commissaris heeft, naast het bestuursorgaan, het recht tot bijeenroeping van een algemene vergadering: artikel 5:83 (BV), artikel 6:70 (CV) en artikel 7:126 (NV) WVV.

In normale omstandigheden zal het bestuursorgaan de algemene vergadering samenroepen; de commissaris, indien die er is, zal normaal maar een initiatief daartoe nemen indien het bestuursorgaan om de een of andere reden in gebreke blijft. De idee achter deze regel is dat het bestuur als orgaan dat belast is met alle handelingen die nodig of dienstig zijn voor de verwezenlijking van het doel van de vennootschap, het best geplaatst is om de opportuniteit van de bijeenroeping van de algemene vergadering te beoordelen⁽⁶⁶⁾.

Het is denkbaar dat het initiatief tot samenroeping van een tussentijdse algemene vergadering niet van het bestuursorgaan of de commissaris komt, maar van een of meer aandeelhouders. Indien de verzoekende aandeelhouder⁽⁶⁷⁾ of aandeelhouders in zo'n geval minstens een tiende⁽⁶⁸⁾ van het aandelenkapitaal (NV) of een tiende van de uitgegeven aandelen (BV en CV) aanhouden, zijn het bestuursorgaan en de commissaris verplicht om binnen de drie weken na het gedane verzoek de algemene vergadering samen te roepen⁽⁶⁹⁾. In de praktijk zal eerst de raad van bestuur worden verzocht om de algemene vergadering samen te roepen. Pas wanneer hij in gebreke zou blijven dat te doen, zal een verzoek aan de commissaris worden gericht⁽⁷⁰⁾. In elk geval hebben de aandeelhouders niet zelf het recht om de algemene vergadering

⁽⁶⁶⁾ K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, "Overzicht van rechtspraak (1992-1998) vennootschappen", *TPR* 2000, 336, nr. 309.

⁽⁶⁷⁾ De wet maakt melding van "aandeelhouders" in het meervoud, maar algemeen wordt aanvaard dat ook 1 aandeelhouder die het vereiste percentage aanhoudt de bijeenroeping van de algemene vergadering kan vragen: zie onder gelding van het W.Venn. (en de 20% drempel toen): J. GUILLERY, *Des Sociétés Commerciales en Belgique*, II, Brussel, Bruylant, 1875, 423, nr. 739 en de talrijke rechtsleer die zijn standpunt nadien overnam.

⁽⁶⁸⁾ De statuten kunnen geen hogere drempel bepalen, wel een lagere. In die optiek zou een samenroepingsrecht zelfs kunnen worden toegekend aan elke aandeelhouder, ongeacht de grootte van zijn of haar participatie. Bv. : C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *Traité des Sociétés Anonymes*, II, Brussel, Swinnen, 1982, 336, nr. 1132; F. DE BAUW, *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, Brussel, Bruylant, 1996, 26, nr. 34; F. HELLEMANS, *De algemene vergadering*, Kalmthout, Biblo, 2001, 419-420, nr. 383; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT en P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, Brussel, Bruylant, 2011, 709-710, nr. 1058.

⁽⁶⁹⁾ Zie over deze regel in het algemeen bv. F. DE BAUW, *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, Brussel, Bruylant, 1996, 22-26, nr. 25-34; F. HELLEMANS, *De algemene vergadering*, Kalmthout, Biblo, 2001, 391-394, nr. 361; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT en P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, Brussel, Bruylant, 2011, 709-710, nr. 1058; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 414, nr. 760 en 760-762, nrs. 1416-1418.

⁽⁷⁰⁾ J. 'T KINT en R. GYSELINCK, *Les sociétés anonymes. Guide Pratique*, Brussel, Larcier, 1975, 70, nr. 151; F. DE BAUW, *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, Brussel, Bruylant, 1996, 22, nr. 26.

samen te roepen; dit blijft een prerogatief van het bestuursorgaan en de commissaris ⁽⁷¹⁾. Indien de raad van bestuur of de commissaris ten onrechte geen algemene vergadering samenroept binnen de drie weken na het gedane verzoek door de aandeelhouders, riskeren zij aansprakelijkheid.

⁽⁷¹⁾ A. SIVILLE, *Traité des Sociétés Anonymes Belges régies par le Code De Commerce*, I, Brussel, Bruylant, 421-422, nr. 1115; P. WAUWERMANS, *Manuel pratique des sociétés anonymes*, Brussel, Bruylant, 1927, 311, nr. 522; J. 'T KINT en R. GYSELINCK, *Les sociétés anonymes. Guide Pratique*, Brussel, Larcier, 1975, 69, nr. 151.

6.6. INFORMATIEVERSCHAFFING DOOR DE COMMISSARIS AAN DE ALGEMENE VERGADERING

6.6.1. Het controleverslag

131. De commissaris heeft een belangrijke functie om de aandeelhouders van de gecontroleerde entiteit te informeren. Van groot belang ter zake is het controleverslag⁽⁷²⁾.

De commissaris stelt jaarlijks een controleverslag op (art. 3:74-75 WVV). Het bestuursorgaan overhandigt hem hiertoe de nodige stukken (bedoeld worden: jaarverslag en jaarrekening) en dit ten minste een maand voor de algemene vergadering (art. 3:74 WVV)⁽⁷³⁾. Indien de commissaris de jaarrekening niet tijdig ontvangt, stelt hij een verslag van niet-bevinding op⁽⁷⁴⁾ (art. 3:74, tweede lid WVV) waarin hij het bestuursorgaan kan wijzen op de plicht tot naleving van de wettelijke verplichtingen (*in casu*: ter beschikking stellen van het jaarverslag, jaarrekening en commissarisverslag aan de aandeelhouders vijftien dagen voor de algemene vergadering)⁽⁷⁵⁾.

Het commissarisverslag is een omstandig verslag, met een door het WVV en de controlenormen bepaalde inhoud (zie art. 3:75 WVV)⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷²⁾ Zie hierover bijvoorbeeld: ICCI (ed.), *Het commissarisverslag*, Maklu, 2013.

⁽⁷³⁾ Bij genoteerde vennootschappen is de termijn 45 dagen. Zie over de problematiek inzake de berekening van de termijn onder de gelding van het W.Venn.: E. VANDERSTAPPEN, "Art. 143 W.Venn." in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2008, 2-3.

⁽⁷⁴⁾ Voor zover zij niet in staat zijn om de termijnen na te leven die in het WVV zijn voorgeschreven in verband met de terbeschikkingstelling van hun verslag van commissaris. Zie ook onder de gelding van het W.Venn.: E. VANDERSTAPPEN, "Art. 143 W.Venn." in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2008, 3.

⁽⁷⁵⁾ Zie ook K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, S. DE DIER, F. PARREIN, S. COOLS, F. JENNÉ en A. STEENO, "Overzicht van rechtspraak vennootschappen 1999-2000", *TPR* 2012, 386, nr. 323.

⁽⁷⁶⁾ Zie met betrekking tot een commentaar over de inhoud onder de gelding van het W.Venn.: F. CALUWAERTS, F. FANK, N. HOYOUX, D. SCHOCKAERT, J. VANDERNOOT, H. VAN PASSEL en L. VLECK, *Het commissarisverslag*, ICCI, Brugge, die Keure, 2007, 10 e.v.; E. VANDERSTAPPEN, "Art. 143 W.Venn." in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2008, 4-16; L. LIEVENS, *Boek IV Wetboek vennootschappen. Titel VI: de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening; Titel VII: de controle van de jaarrekening en van de geconsolideerde jaarrekening*, Gent, Mys en Breesch, 2001, 81-83; K. VAN HULLE, N. LYBAERT en J.-P. MAES, *Boekhoud- en jaarrekeningrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 735-742; A. VAN OEVELEN, "De rol en de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris-revisor" in M. STORME, E. WYMEERSCH en H. BRAECKMANS (eds.), *Handels-, Economisch en Financieel recht*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 256, nrs. 23-24; G. DE CROOCK en H. J. VAN IMPE, "Ondernemingen in moeilijkheden. Boekhoudkundig-financiële informatie en handelonderzoek" in UNIE DER RECHTERS VAN DE RECHTBANKEN VAN KOOPHANDEL (ed.), *Handelsrechtbanken en bedrijfsrevisoren: welke samenwerking?*, Brussel, Bruylant, 2003, 50, nrs. 42-76; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, Brussel, Bruylant, 2011, 301, nr. 547; I. DE POORTER, *Controle van financiële verslaggeving: revisoraal en overheids-toezicht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 118, nrs. 125-137; K. AERTS, *Taken en aansprakelijkheden van commissarissen en bedrijfsrevisoren*, Brussel, Larcier, 2002, 16, nrs. 18-22; C. VAN BUGGENHOUT, "De controle van de vennootschap door de commissaris en de bevoegde autoriteiten" in *Liber amicorum Lucien SMONT*, Brussel, Bruylant, 2002, 888-890.

De kern van het verslag heeft betrekking op de verklaring waarin de commissaris zijn oordeel geeft of de jaarrekening een getrouw beeld geeft van het vermogen, van de financiële toestand en van de resultaten van de vennootschap overeenkomstig het toepasselijk boekhoudkundig referentiestelsel en, in voorkomend geval, of de jaarrekening aan de wettelijke vereisten voldoet. Belangrijk is het finaal oordeel van de commissaris. Het verslag kan een verklaring zonder voorbehoud (mogelijk met een toelichtende paragraaf) bevatten, een verklaring met voorbehoud (mogelijk met een toelichtende paragraaf), een onthoudende verklaring⁽⁷⁷⁾ en een afkeurende verklaring⁽⁷⁸⁾.

Het controleverslag bevat voorts een verklaring betreffende materiële onzekerheden die verband houden met gebeurtenissen of omstandigheden die mogelijk aanzienlijke twijfel doen rijzen over het vermogen van de vennootschap om haar bedrijfsactiviteiten voort te zetten (zogenaamde continuïteitsverklaring).

Het commissarisverslag vermeldt verder bijvoorbeeld ook nog of de boekhouding is gevoerd volgens de wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften, of het jaarverslag de door het WVV vereiste inlichtingen bevat en in overeenstemming is met de jaarrekening van hetzelfde jaar, en bevat een vermelding of de winstbestemming die aan de algemene vergadering wordt voorgelegd, in overeenstemming is met de statuten en het WVV.

Tevens is er de melding of de commissaris kennis heeft gekregen van verrichtingen gedaan of beslissingen genomen met overtreding van het WVV of de statuten. De meldingsplicht heeft alleen betrekking op de overtreding van het WVV en de wetten waarnaar in het WVV wordt verwezen, maar niet op andere wetten⁽⁷⁹⁾. De meerderheid van de rechtsleer is van mening dat de controle door de commissaris van de inbreuken op het WVV en de statuten beperkt is tot inbreuken die een invloed hebben

⁽⁷⁷⁾ Een onthoudende verklaring wordt afgeleverd als de aan de commissaris verstrekte informatie dermate ontoereikend is dat het onmogelijk is een gefundeerd oordeel te geven over het getrouw beeld van het vermogen, de financiële positie en de resultaten van de gecontroleerde entiteit of haar geconsolideerd geheel zoals bijvoorbeeld: onmogelijkheid bepaalde essentiële controleprocedures uit te voeren, accidentele verdwijning van boekhoudstukken, fundamenteel zwakke interne controle; zie ICCI, *Het commissarisverslag*, Brugge, die Keure, 2007, 16.

⁽⁷⁸⁾ Een afkeurende verklaring wordt opgenomen in het commissarisverslag wanneer de commissaris de rekeningen niet kan goedkeuren omdat hij met de leiding van mening verschilt op verscheidene punten die dermate belangrijk zijn dat zelfs geen verklaring met voorbehoud kan worden afgeleverd. Het verschil in mening moet zijn oorsprong vinden in het feit dat de jaarrekening of de geconsolideerde jaarrekening geen getrouw beeld geeft van het vermogen, de financiële toestand of de resultaten, of in het feit dat de jaarrekening niet werd opgesteld overeenkomstig de voorschriften van het gebruikte boekhoudkundig referentiestelsel, zodat het getrouw beeld fundamenteel wordt aangetast: ICCI, *Het commissarisverslag*, Brugge, die Keure, 2007, 16.

⁽⁷⁹⁾ Zie in algemene zin onder gelding van het W.Venn.: ICCI *Het commissarisverslag*, Brugge, die Keure, 2007, 21; E. VANDERSTAPPEN, "Art. 142 W.Venn." in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2008, 7-8; I. DE POORTER, *Controle van financiële verslaggeving: revisoraal en overheidstoezicht*, Instituut voor Financieel Recht, Antwerpen, Intersentia, 2007, 112, nrs. 119-120 die als voorbeelden milieuwetten, of fiscale bepalingen vermeldt.

op de jaarrekening⁽⁸⁰⁾. Zo zou een overtreding van de bevoegdheden door de dagelijks bestuurder geen invloed hebben op de jaarrekening⁽⁸¹⁾, terwijl andere overtredingen van het WVV wel een invloed hebben op de jaarrekening, bijvoorbeeld een miskening van de regeling inzake verkrijging van eigen aandelen⁽⁸²⁾ of een miskening van de regeling inzake uitkering van interim-dividenden. Indien de commissaris bij de controle van de in de jaarrekening weer te geven verrichtingen een onregelmatigheid ontdekt die geen weerslag heeft op de jaarrekening, maar wel een overtreding vormt van het WVV, dan is het wel zijn plicht om binnen de perken van de artikelen 3:71, tweede lid, 3:74 en 3:75, 9° WVV de raad van bestuur hiervan op de hoogte te brengen en als de raad van bestuur deze overtreding niet ongedaan maakt, de overtreding te melden in het controleverslag⁽⁸³⁾.

132. Naast het commissarisverslag inzake de jaarrekening, bestaat in voorkomend geval ook het verslag van de commissaris over de geconsolideerde jaarrekening (art. 3:80 WVV)⁽⁸⁴⁾.

6.6.2. Occasionele verslagplichten

133. Naast de redactie van een aan de gewone jaarlijkse algemene vergadering van aandeelhouders voor te leggen controleverslag, heeft de commissaris nog occasionele controleopdrachten, zoals onder meer bij inbreng in natura, quasi-inbreng (enkel nog in

⁽⁸⁰⁾ Zie onder de gelding van het W.Venn.: E. VANDERSTAPPEN, "Art. 142 W.Venn." in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2008, 7; noot BENOIT-MOURY en THIRION, "La responsabilité du réviseur d'entreprises: Epée de Damocles ou Tigre de papier?" *RPS* 1997, 197; P.A. FORIERS en M. VAN KUEGELGEN, "La responsabilité civile des réviseurs et experts-comptables", *Rev.dr.ULB* 1992/26, 43-44; J.-P. MAES en K. VAN HULLE, *De hervorming van het bedrijfsrevisorat en de organisatie van het accountantsberoep*, Antwerpen, Kluwer, 1985, 82-83; H. OLIVIER, "Nouveau régime du contrôle et fonctions du commissaire", *Ann.fac.dr.Lg.* 1985, 68; O. RALET, *Responsabilité des dirigeants des sociétés*, Brussel, Larcier, 1996, 212; N. THIRION en C. BALESTRA, "De burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris" in *Studies IBR, De aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor. Burgerrechtelijke, strafrechtelijke en tuchtrechtelijke aspecten*, Brugge, die Keure, 2003, 8-9; A. VAN OEVELEN, "De rol en de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris-revisor" in M. STORME, H. BRAECKMANS en E. WYMEERSCH (eds.), *Handels-, Economisch en Financieel recht*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 246; I. VEROUGSTRAETE, "Le contrôle financier des sociétés anonymes" in *Les sociétés commerciales*, Brussel, Ed. Jeune Barreau, 1985, 269.

⁽⁸¹⁾ Zie onder de gelding van het W.Venn.: I. VEROUGSTRAETE, "Le contrôle financier des sociétés anonymes" in *Les sociétés commerciales*, Brussel, Ed. Jeune Barreau, 1985, 268, nr. 6.

⁽⁸²⁾ Zie onder de gelding van het W.Venn.: I. VEROUGSTRAETE, "Le contrôle financier des sociétés anonymes" in *Les sociétés commerciales*, Brussel, Ed. Jeune Barreau, 1985, 268, nr. 6.

⁽⁸³⁾ Zie hierna ook nr. 20. Zie onder de gelding van het W.Venn.: E. VANDERSTAPPEN, "Art. 142 W.Venn." in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2008, 7.

⁽⁸⁴⁾ Zie over de inhoud onder de gelding van het W.Venn.: ICCI, *Het commissarisverslag*, Brugge, die Keure, 2007, 12 e.v., 17 e.v. en 42 e.v.; zie ook C. VAN DER ELST, "Art. 148 W.Venn." in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2005, 1-7; J.-P. MAES en Y. STEMPIERWSKY, "La transposition en droit belge de la septième directive", *TBH* 1990, 115.

NV), omzetting, fusie of splitsing⁽⁸⁵⁾. In dit verband zijn belangrijke nieuwe opdrachten van de commissaris ingevolge het WVV: het verslag bij uitkering in de BV (als er een commissaris is), het verslag bij de uitgifte van nieuwe aandelen (in de BV: als er een commissaris) en de tussenkomst bij inbrengen in nijverheid in de BV⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸⁵⁾ Zie onder de gelding van het W.Venn. o.m. B. CALLENS en C. FISCHER, “Le droit comptable et le commissaire-réviseur dans le Code de sociétés, in *Liber amicorum Henri OLIVIER*, Brugge, die Keure, 2000, 106-112; A. VAN OEVELEN, “De rol en de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris-revisor” in M. STORME, E. WYMEERSCH en H. BRAECKMANS (eds.), *Handels-, Economisch en Financieel recht*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 265, nrs. 29-41; K. AERTS, *Taken en aansprakelijkheden van commissarissen en bedrijfsrevisoren*, Brussel, Larcier, 2002, 29, nrs. 28-47; K. BYTTEBIER en R. FELTKAMP, “Controle op de vennootschap door de bedrijfsrevisor”, *RW* 2003-04, 1580, nrs. 14-16; INSTITUUT VAN DE BEDRIJFSREVISOREN, “Benoeming van de commissaris”, *Vademecum van de bedrijfsrevisor 2009, Deel 1. Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2009, 729-808.

⁽⁸⁶⁾ Hierover: H. DE WULF, “De implicaties van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen voor de opdrachten van de commissaris bij vennootschappen: enkele opmerkingen”, in *Working Paper Series, Financial Law Institute*, WP 2019-1, 27p.

6.7. HET VRAAGRECHT VAN DE AANDEELHOUDERS OP DE ALGEMENE VERGADERING

134. De commissaris moet de algemene vergadering bijwonen wanneer deze kennis neemt en beraadslaagt over een door hem geredigeerd verslag: artikelen 5:87 (BV), 6:73 (CV) en 7:136 (NV) WVV.

De commissaris moet dan ook het vraagrecht van de aandeelhouders in acht nemen, *i.e.* in deze context het recht van de aandeelhouders⁽⁸⁷⁾ om de commissaris op de algemene vergadering te ondervragen over het commissarisverslag. De commissaris is verplicht om te antwoorden op de vragen die hem door de aandeelhouders worden gesteld met betrekking tot het commissarisverslag. Hierop bestaat evenwel een uitzondering: hij kan, in het belang van de vennootschap, weigeren op vragen te antwoorden wanneer de mededeling van bepaalde gegevens of feiten de vennootschap schade kan berokkenen of in strijd is met zijn beroepsgeheim of met door de vennootschap aangegane vertrouwelijkheidsverbintenissen: art. 5:91 (BV), art. 6:77 (CV) en art. 7:139 (NV) WVV.

⁽⁸⁷⁾ Alsook de houders van converteerbare obligaties of inschrijvingsrechten op naam of van certificaten die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven: art. 5:91 (BV) en art. 7:139 (NV).

6.8. DE AANSPRAKELIJKHEIDSVORDERING VAN DE VENNOOTSCHAP T.A.V. DE COMMISSARIS

135. De commissaris is tegenover de vennootschap aansprakelijk voor de tekortkomingen in de uitoefening van zijn taak begaan (art. 3:71, eerste lid WVV). Het gaat hier om een contractuele aansprakelijkheid waarop de gemeenrechtelijke regels ter zake van toepassing zijn⁽⁸⁸⁾. Hierbij is onder meer vereist dat de contractpartij (commissaris) een opgenomen verbintenis niet, niet goed of niet tijdig heeft uitgevoerd. De door de commissaris ten aanzien van de vennootschap opgenomen verbintenissen zijn inspanningsverbintenissen: de commissaris moet bij het opmaken van zijn controleverslag (en de daaraan voorafgaande controlewerkzaamheden) bepaalde keuzes maken en beslissingen nemen waarvan op dat ogenblik niet kan worden aangemerkt dat zij foutief zijn. Er is niet noodzakelijk sprake van een fout als de commissaris een redelijk aanvaardbare controlemethode heeft gebruikt, waardoor bepaalde onregelmatigheden niet werden ontdekt, wat wel het geval zou zijn geweest bij hantering van een andere methode⁽⁸⁹⁾.

Bij de beoordeling van de vraag of de commissaris professioneel zorgvuldig heeft gehandeld, spelen de door het Instituut van de Bedrijfsrevisoren uitgevaardigde normen (en aanbevelingen) een belangrijke rol: zij dienen als invulling van de toets van de normaal zorgvuldig en redelijk handelende commissaris⁽⁹⁰⁾.

⁽⁸⁸⁾ Zie onder de gelding van het W.Venn.: A. VAN OEVELEN, "Art. 140 W.Venn." in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2009, 8, nr. 7; A. VAN OEVELEN, "De rol en de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris-revisor" in M. STORME, H. BRAECKMANS en E. WYMEERSCH (eds.), *Handels-, Economisch en Financieel recht*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 273-278, nrs. 46-49; K. BYTTEBIER en R. FELTKAMP, "Controle op de vennootschap door de bedrijfsrevisor", *RW* 2003-04, 1591, nr. 46; I. DE POORTER, *Controle van financiële verslaggeving: revisoraal en overheidstoezicht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 192, nr. 232; K. AERTS, *Taken en aansprakelijkheden van commissarissen en bedrijfsrevisoren*, Brussel, Larcier, 2002, 61, nrs. 55-84; K. BYTTEBIER en R. FELTKAMP, "Controle op de vennootschap door de bedrijfsrevisor", *RW* 2003-04, 1592, nrs. 46-50; N. THIRION en C. BALESTRA, "De burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris" in *De aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor*, Studies IBR, Recht 2003, 13.

⁽⁸⁹⁾ Zie onder de gelding van het W.Venn.: A. VAN OEVELEN, "Art. 140 W.Venn." in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2009, 11-12, nr. 11.

⁽⁹⁰⁾ Het IBR heeft de bevoegdheid tot het uitvaardigen van normen en aanbevelingen: A. VAN OEVELEN, "Art. 140 W.Venn." in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2009, 11-12, nr. 11; I. DE POORTER, *Controle van financiële verslaggeving: revisoraal en overheidstoezicht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 212, nr. 263; zie algemeen over de relevante normen onder meer: H. COUSY, "Le rôle des normes non juridiques dans le droit" in INTERUNIVERSITAIR CENTRUM VOOR RECHTSVERGELIJKING (ed.), *Rapports belges au XIe Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 131-156; H. COUSY, "Les normes techniques en doctrine et en jurisprudence" in COMMISSION DROIT ET VIE DES AFFAIRES (ed.), *Le droit des normes techniques et professionnelles*, Brussel, Bruylant, 1985, 47p.; H. BRAECKMANS, Paralegale normen en lex mercatoria" in M. STORME, S. FREDERICQ en H. SWENNEN (eds.), *Actuele problemen van handels- economisch en financieel recht*, Gent, 1986, 36 e.v., nrs. 31 e.v. en TPR 1986, 36, nrs. 31 e.v.; L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, I, De onrechtmatige daad*, Antwerpen, Maklu, 1989, 265, nr. 153 en 270, nr. 156; N. THIRION en C. BALESTRA, "De burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris" in *De aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor*, Studies IBR, Recht 2003, 13, nr. 23; B. TILLEMANS, *Het statuut van de commissaris*, ICCI, Brugge, die Keure, 2007, 181, nrs. 296-298.

De aansprakelijkheidsvordering van de vennootschap tegen de commissaris wordt (op analoge wijze als deze van de bestuurders) ingesteld door de algemene vergadering: artikelen 5:103 (BV), art. 6:88 (CV) en art. 7:156 (NV) WVV.

136. Bovenop de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid bestaat een specifieke aansprakelijkheid: de commissarissen zijn zowel jegens de vennootschap als jegens derden hoofdelijk aansprakelijk voor alle schade die het gevolg is van overtreding van de bepalingen van het WVV of van de statuten (art. 3:71, tweede lid WVV). Ten aanzien van overtredingen waaraan zij geen deel hebben gehad, worden zij van die aansprakelijkheid slechts ontheven wanneer zij aantonen dat zij hun taak naar behoren hebben vervuld en zij die overtredingen hebben aangeklaagd bij het bestuursorgaan en, in voorkomend geval, indien daar geen passend gevolg aan werd gegeven, op de eerste daaropvolgende algemene vergadering nadat zij er kennis van hebben gekregen (art. 3:71, tweede lid WVV).

Deze aansprakelijkheid is bijzonder doordat zij een vermoeden van fout inhoudt dat moeilijk weerlegbaar is: wanneer hij de bepalingen van het WVV of van de statuten overtreedt, volstaat deze overtreding om de fout van de commissaris aan te tonen ⁽⁹¹⁾. Ten opzichte van de vennootschap is deze aansprakelijkheid van contractuele aard en ten opzichte van derden is deze aansprakelijkheid van buitencontractuele aard ⁽⁹²⁾.

Een voorbeeld van deze vorm van aansprakelijkheid is onder meer een niet-inachtneming van art. 3:69 WVV, wanneer de commissaris stilzit en geen enkel initiatief neemt bij gewichtige en overeenstemmende feiten.

De aansprakelijkheid voor overtredingen van het WVV of van de statuten is hoofdelijk (bij meerdere commissarissen). Aanvaard wordt dat de hoofdelijkheid alleen bestaat tussen commissarissen en niet tussen commissarissen en bestuurders. Argumenten zijn dat hoofdelijkheid niet wordt vermoed (art. 1202 BW) en dat art. 3:71, tweede lid WVV alleen een hoofdelijkheid tussen commissarissen voorschrijft. ⁽⁹³⁾

137. Een bijzonderheid is dat de aansprakelijkheid van de commissaris wettelijk begrensd is. Behoudens bij overtreding gepleegd met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden, is zijn aansprakelijkheid in het kader van de uitvoering van de opdrachten die hem door of krachtens de wet zijn toevertrouwd beperkt tot een bedrag van drie miljoen euro in een andere persoon dan een organisatie van openbaar belang en

⁽⁹¹⁾ Zie onder de gelding van het W.Venn.: A. VAN OEVELEN, "Art. 140 W.Venn." in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2009, 19-21, nrs. 19-21; I. DE POORTER, *Controle van financiële verslaggeving: revisoraal en overheidstoezicht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 219-221, nrs. 272-274; N. THIRION en C. BALESTRA, "De burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris" in *De aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor*, Studies IBR, Recht 2003, 14, nrs. 26-33.

⁽⁹²⁾ Zie onder de gelding van het W.Venn.: A. VAN OEVELEN, "Art. 140 W.Venn." in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2009, 19, nr. 19.

⁽⁹³⁾ Zie ook onder gelding van het W.Venn.: A. VAN OEVELEN, "Art. 140 W.Venn." in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2009, 22-23, nr. 23; I. DE POORTER, *Controle van financiële verslaggeving: revisoraal en overheidstoezicht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 282-283, nr. 364; K. BYTTEBIER en R. FELTKAMP, "Controle op de vennootschap door de bedrijfsrevisor", *RW* 2003-04, 1594, nr. 53.

tot twaalf miljoen euro in een organisatie van openbaar belang⁽⁹⁴⁾. Het is de bedrijfsrevisoren verboden om zich, zelfs gedeeltelijk, aan deze aansprakelijkheid te onttrekken door een bijzondere overeenkomst. De revisor is verplicht zijn burgerrechtelijke beroepsaansprakelijkheid te laten dekken door een adequaat verzekeringscontract⁽⁹⁵⁾.

Voor de uitvoering van hun andere professionele opdrachten dan deze die hun door of krachtens de wet zijn toevertrouwd, zijn de bedrijfsrevisoren zonder beperking aansprakelijk overeenkomstig het gemeen recht⁽⁹⁶⁾. Het is de bedrijfsrevisoren verboden om zich, zelfs gedeeltelijk, aan deze aansprakelijkheid te onttrekken door een bijzondere overeenkomst in geval van een fout gepleegd met bedrieglijk opzet of met het oogmerk te schaden.

138. De eventuele aansprakelijkheid van de commissaris kan worden beëindigd. Twee gronden van beëindiging verdienen de aandacht: de kwijting en de verjaring. De kwijting houdt in dat de vennootschap afstand doet van een (mogelijke) vordering in aansprakelijkheid. Zij wordt (op analoge wijze als voor bestuurders) verleend bij afzonderlijke stemming in de algemene vergadering, na goedkeuring van de jaarrekening: art. 5:98 (BV), 6:83 (CV) en 7:149 (NV) WVV⁽⁹⁷⁾. De aansprakelijkheid van de commissaris eindigt ook door de vijfjarige verjaring (op een analoge wijze als voor bestuurders): art. 2:143 §1, vierde streepje WVV⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁴⁾ Art. 24 van de Wet van 7 december 2016 tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren, *BS* 13 december 2016. Zie voor het WVV onder meer H. BRAECKMANS, “De wettelijke beperking van de aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor”, *RW* 2005-06, 1652-1658; I. DE POORTER, “De aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisoren beperkt”, *TRV* 2006, 358-372; I. DE POORTER, *Controle van financiële verslaggeving: revisoraal en overheidstoezicht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 285-372; A. VAN OEVELEN, “Art. 140 W.Venn.” in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2009, 25, nr. 26; K. GEENS en M. WYCKAERT m.m.v. C. CLOTTENS, S. DE DIER en F. PARREIN, *De vennootschap. Algemeen deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, 577, nr. 314; I. DE POORTER, *Controle van financiële verslaggeving: revisoraal en overheidstoezicht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 285, nrs. 366-384; S. BOGAERTS, “Nieuw vennootschaps- en financieel recht 2005 – 2006: een overzicht (deel 1)”, *TRV* 2006, 268-269.

⁽⁹⁵⁾ Art. 24, §2 van de Wet van 7 december 2016 tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren, *BS* 13 december 2016.

⁽⁹⁶⁾ Art. 25 van de Wet van 7 december 2016 tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren, *BS* 13 december 2016.

⁽⁹⁷⁾ Zie onder de gelding van het W.Venn.: A. VAN OEVELEN, “Art. 140 W.Venn.” in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2009, 30-38, nrs. 32-45; I. DE POORTER, *Controle van financiële verslaggeving: revisoraal en overheidstoezicht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 299-300, nr. 385; N. THIRION en C. BALESTRA, “De burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris” in *De aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor*, *Studies IBR*, Recht 2003, 20, nr. 39; I. DE POORTER, *Controle van financiële verslaggeving: revisoraal en overheidstoezicht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 299, nr. 385.

⁽⁹⁸⁾ Zie uitvoerig onder de gelding van het W.Venn.: A. VAN OEVELEN, “Art. 140 W.Venn.” in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2009, 39-40, nrs. 46-47; I. DE POORTER, *Controle van financiële verslaggeving: revisoraal en overheidstoezicht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 301, nr. 386; N. THIRION en C. BALESTRA, “De burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris” in *De aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor*, *Studies IBR*, Recht 2003, 20, nr. 40.

6.9. BESLUIT

139. Deze bijdrage behandelde de verhouding tussen de commissaris en de algemene vergadering van de vennootschap. De volgende onderwerpen kwamen aan bod: de benoeming van de commissaris door de algemene vergadering, de vaststelling van de bezoldiging van de commissaris door de algemene vergadering, het ontslag van de commissaris door de algemene vergadering, de samenroeping van de algemene vergadering door de commissaris, de informatieverschaffing door de commissaris aan de algemene vergadering, het vraagrecht van de aandeelhouders op de algemene vergadering en de aansprakelijkheidsvordering van de vennootschap t.a.v. de commissaris waartoe door de algemene vergadering wordt beslist.

De geselecteerde onderwerpen werden geanalyseerd in de context van het WVV, dat op 1 mei 2019 in werking is getreden. Daarbij viel op te merken dat het WVV geen grote wijzigingen introduceerde.

CHAPITRE 7

LE COMMISSAIRE ET LE CONSEIL D'ENTREPRISE

HOOFDSTUK 7

DE COMMISSARIS EN DE ONDERNEMINGSRAAD

P. COMHAIRE

Réviseur d'entreprises

H. OLIVIER

Professeur émérite à l'Université de Liège

Vice-président ICCI

Membre de la Commission juridique IRE

7.1. CONTEXTE GENERAL

140. Le réviseur d'entreprises exerce un métier de certificateur public d'informations économiques et financières ; ses rapports sont consultables par toutes les parties prenantes d'une entreprise et les tiers intéressés. Le conseil d'entreprise⁽¹⁾ est un des destinataires particuliers d'informations et de rapports en principe destinés à un usage interne à l'entité. Le personnel de l'entreprise y est représenté car il est une des parties prenantes primordiales en raison de son implication dans l'entreprise comme *apporteur de travail*. En effet, l'avenir professionnel et le niveau de vie des travailleurs peuvent être fortement impactés par la prospérité ou les risques de difficultés de leur entreprise. Ces représentants doivent être informés de l'évolution de l'emploi, des résultats et de la situation financière de l'entreprise ainsi que tous les événements et décisions susceptibles d'avoir un impact significatif sur les perspectives d'avenir. Ils sont collectivement des créanciers légaux d'un droit à une information correcte et compréhensible, dont le réviseur représente, en fait, un des garants.

141. Les dispositions négociées dans le cadre de la concertation sociale ont été reprises dans la codification du Code des sociétés, en 2001. Elles s'appliqueront, par référence, dans d'autres circonstances, par exemple dans le secteur non marchand, ou dans des unités techniques d'exploitation, où un conseil d'entreprise est établi même en l'absence d'une entité juridique de droit belge. Cette approche est confirmée par l'article 3:83 du nouveau code des sociétés et des associations (CSA), promulgué en 2019⁽²⁾.

142. Le CSA dispose que la mission du commissaire vis-à-vis du conseil d'entreprise comprend plusieurs aspects, dont le premier, la certification, est propre au métier de l'audit ; le second, l'analyse et l'explication, donne une ampleur plus sociétale⁽³⁾ à l'intervention du réviseur. Cette dimension fut ajoutée dès 1948 lors de l'élaboration de la loi instituant les conseils d'entreprise. Rappelons que ceux-ci sont un des organes de la concertation et de la démocratie sociale, nées du pacte social de 1944, qui avait été préparé pendant l'occupation par le patronat, des représentants politiques et des syndicalistes. La dénomination de « Réviseur » a été préférée, cinq ans avant la création de l'Institut, à celle de « vérificateur comptable ». Cette dernière expression a été considérée comme réductrice par rapport à l'ambition que le réviseur puisse apporter au conseil d'entreprise son éclairage sur la globalité de l'entreprise. Un troisième aspect de la mission consiste dans un suivi spécifique du respect des dispositions légales et réglementaires en matière de transmission des informations économiques et financières au conseil d'entreprise.

⁽¹⁾ Les conseils d'entreprises ont été institués par la section 4 de loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie (*Moniteur* 27/28-09-1948). Depuis 1985, la désignation obligatoire d'un réviseur d'entreprises pour faire rapport au conseil résulte de l'article 15bis de cette loi qui renvoie pour l'essentiel aux dispositions du code des sociétés.

⁽²⁾ Dans la suite de cette étude, la référence à ce code, publié au *Moniteur* belge du 4 avril 2109, sera faite en utilisant l'abréviation « CSA ».

⁽³⁾ Sur la portée du terme « sociétal », voyez CONTIN RAPHAEL, « Les approches sociétales de l'Entreprise : une option vitale pour nos sociétés développées » dans *L'entreprise dans la société du 21^e siècle*, Bruxelles, Larcier, 2013.

143. A la lumière de l'évolution récente du contexte économique et social, les considérations qui ont inspiré le pacte social et la législation initiale relative à la concertation sociale se révèlent être des préoccupations en tous points contemporaines. Dans ce contexte, la profession de réviseur d'entreprise est appelée à assumer une mission, dont l'acception peut s'inspirer de celle de la responsabilité sociétale des entreprises définie dans la norme ISO 26000 et par la Commission européenne dans une communication publiée en 2011 ⁽⁴⁾.

C'est ainsi que la mission de réviseur d'entreprises peut être qualifiée de sociétale parce que ses activités :

- intègrent des considérations d'ordre économique, éthique et social,
- donnent la priorité à l'intérêt général,
- prennent en compte les attentes des parties prenantes, et
- exercent des effets sur l'organisation et sur le fonctionnement de la société.

L'aspect sociétal des missions du réviseur est inscrit dans de nombreuses dispositions du CSA. C'est le cas, notamment, en ce qui concerne le rôle du commissaire dans différentes situations révélant la survenance de risques pouvant mettre en péril les activités de l'entreprise.

L'objectif de l'intervention du réviseur est de contribuer à la réduction de l'asymétrie d'information des différentes composantes du conseil d'entreprise. Cette asymétrie signifie que les gestionnaires possèdent des informations pertinentes dont les représentants du personnel ne disposent pas. Elle doit se réduire par la limitation des risques d'omission d'informations significatives, qui sont imposées par la réglementation ou nécessaires pour se former une opinion correcte sur la situation financière de l'entreprise, ainsi que l'explication d'une manière pédagogique de ces informations.

144. Du point de vue des élus du personnel, la partie « certification » de la mission présente souvent une valeur ajoutée moindre par rapport à l'aspect « analyse et explication » qui peut constituer un facteur important de réduction de l'asymétrie de l'information entre les interlocuteurs sociaux. A cet égard, l'intervention du réviseur peut contribuer au bon déroulement du dialogue social, dont la base de départ est le partage de l'information et le dégagement d'un consensus sur les faits qui sont le fondement de tout diagnostic.

145. Les informations transmises au conseil d'entreprise doivent permettre aux représentants du personnel d'émettre un avis en connaissance de cause, sur toute question d'ordre économique, telles que la productivité et la situation financière de l'entreprise, et de formuler des suggestions ou objections sur tous projets de décisions relatives à l'organisation et aux conditions de travail, les modalités d'embauche et de licenciement, ainsi que tous plans de la restructuration de l'entreprise. Outre le droit à l'information, l'article 15 de la loi de 1948, complété par des conventions collectives particulières, accorde ainsi au conseil d'entreprise un droit à la consultation. Celle-ci

⁽⁴⁾ Communication du 25 octobre 2011 de la Commission européenne « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 » *COM(2011) 681 final*

doit être exercée avant la décision finale, mais elle ne peut aboutir à mettre en cause les responsabilités du chef d'entreprise.

146. L'ensemble de ces dispositions s'inscrit dans la vision exprimée dans l'exposé des motifs de la loi créant les conseils d'entreprise : « *L'un des objectifs essentiels des conseils d'entreprise doit être d'associer le personnel aux efforts déployés par le chef d'entreprise pour améliorer l'organisation et les conditions de travail et pour favoriser le rendement de l'entreprise* »⁽⁵⁾. Rappelons que dans le projet d'accord de solidarité sociale de 1944 les interlocuteurs sociaux se reconnaissaient mutuellement dans leur rôle et dans l'intérêt commun de relancer les activités économiques et d'assurer la prospérité des entreprises, en vue d'accroître la création de richesse et d'en assurer le partage.

147. La compréhension de l'origine et du contexte réglementaire de la mission du réviseur vis-à-vis du conseil d'entreprise est essentielle afin que la profession puisse répondre aux attentes des parties prenantes directement concernées. Une étude juridique assez complète a été publiée par l'ICCI dans l'ouvrage « *Rôle du réviseur d'entreprises à l'égard du conseil d'entreprise* » (2010). Ce document contient une analyse du régime juridique en vigueur à laquelle nous pouvons nous référer, sous réserve des références législatives qui sont bouleversées par l'adoption du CSA. Dès lors, la présente étude laissera plus de place à la pratique et aux interprétations prospectives.

Par ailleurs, fin 2015, un groupe de travail composé de représentants de l'IRE, de la Fédération des Entreprises de Belgique (FEB), la Confédération des Syndicats Chrétiens (CSC), de la Fédération Générale du Travail de Belgique (FGTB) et du Syndicat libéral (CGSLB) a terminé la rédaction d'une publication ayant pour titre « *Le conseil d'entreprise et l'information économique et financière – 24 Bonnes pratiques pour le réviseur, le chef d'entreprise et les représentants des travailleurs* »⁽⁶⁾.

Ce texte est le fruit de la mise en commun de l'expérience des interlocuteurs sociaux et de réviseurs d'entreprises, ainsi que des séminaires organisés par l'IRE sur le thème de la mission des réviseurs vis-à-vis des conseils d'entreprises. Il vise à mettre en lumière certains aspects liés à la mission du réviseur d'entreprises sur la base de la réglementation en vigueur, afin de parvenir à une relation optimale entre le conseil d'entreprise et le réviseur d'entreprises.

Ce document n'est pas une norme. Il n'adapte en aucune manière ni les normes relatives à la mission du réviseur d'entreprises auprès du conseil d'entreprise, ni la réglementation en vigueur. L'objectif vise à assurer que l'intervention du réviseur d'entreprises auprès du conseil d'entreprise se déroule de la manière la plus efficace possible, tout en répondant au maximum aux attentes de l'ensemble des parties, à savoir, le chef d'entreprise, les représentants des travailleurs, et le réviseur d'entreprises.

Ces bonnes pratiques sont devenues une référence incontournable dans la mesure où elles ont été approuvées officiellement par les instances des organisations représentées au sein du groupe de travail. Les sections suivantes permettront de rappeler certaines de ces 24 bonnes pratiques, dont le texte intégral est disponible sur le site de l'IRE.

⁽⁵⁾ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 1947-1948, n° 50, p.13.

⁽⁶⁾ <http://flipbook.ibr-ire.be/brochures/brochure-conseil-entreprise/index.html>

7.2. CERTIFICATION DES INFORMATIONS ECONOMIQUES ET FINANCIERES

7.2.1. Introduction

148. La mission du commissaire (ou du réviseur d'entreprises selon le cas) telle que décrite par l'article 3:83, 2° CSA ⁽⁷⁾ impose « *de certifier le caractère fidèle et complet des informations économiques et financières que l'organe de gestion transmet au conseil d'entreprise, pour autant que ces informations résultent de la comptabilité, des comptes annuels de la société ou d'autres documents vérifiables* ». Avant de commenter le terme certifier qui détermine l'objectif de la mission du réviseur, il nous faut préciser sur quoi porte la certification, à savoir les informations économiques et financières que l'organe de gestion doit transmettre au conseil d'entreprise.

7.2.2. Informations économiques et financières

149. Le régime d'information des travailleurs a été précisé dans un arrêté royal du 27 novembre 1973, fondé sur un avis unanime du Conseil central de l'économie ⁽⁸⁾. Aucune réglementation de l'information n'existait entre la loi de 1948 et cet arrêté royal, qui, adopté avant même que la loi sur la comptabilité des entreprises voie le jour, a été considéré comme avant-gardiste. Bien que n'ayant guère évolué depuis l'origine, l'essentiel des dispositions prévues par l'arrêté royal, s'il est aujourd'hui moins original, conserve une pertinence certaine ⁽⁹⁾. Toutefois, des phénomènes incontournables survenus depuis plus de 45 ans méritent d'être mis en évidence dans l'information, parce qu'ils influencent les activités économiques des entreprises. Il s'agit en particulier de trois aspects : le développement des technologies de l'information et de la communication, la mondialisation de l'économie, la reconnaissance progressive de la responsabilité sociale et environnementale (ou sociétale) des entreprises.

150. *L'environnement des entreprises* s'est profondément modifié au cours des dernières décennies. Si l'information est une condition préalable à la prise de décision efficace, encore faut-il qu'elle porte sur le niveau de pouvoir utile. Fondé sur l'unité technique d'exploitation (surtout dans le contexte d'une économie industrielle), puis sur l'entité juridique, le mode d'information a perdu une partie de son efficacité. La croissance interne comme externe des entreprises a provoqué la disparition de bon nombre de centres de décision en Belgique. Ceci ne rend pas l'information des

⁽⁷⁾ Anciennement art. 151, 2° C. Soc.

⁽⁸⁾ Arrêté royal du 27 novembre 1973 portant réglementation des informations économiques et financières à fournir aux conseils d'entreprises. *M.B.*, 28 novembre 1973. Il y a lieu de se référer en outre à la convention collective de travail n° 9 du 9 mars 1972 coordonnant les accords nationaux et les conventions collectives de travail relatifs aux conseils d'entreprise conclus au sein du Conseil National du Travail, modifiée par les conventions collectives de travail n° 15 du 25 juillet 1974, n° 34 du 27 février 1981, n° 37 du 27 novembre 1981, n° 9 *bis* du 29 octobre 1991, n° 9 *ter* du 27 février 2008 et n° 9 *quater* du 27 juin 2012

⁽⁹⁾ Adoptée presque 20 ans après l'arrêté royal belge, la Directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne (*JOUE* L 80 du 23 mars 2002) se révèle cohérent au plan des principes mais moins détaillé en ce qui concerne le contenu de l'information.

conseils d'entreprise inutile, voire obsolète. Toutefois, pour comprendre l'entreprise, il faut replacer les niveaux inférieurs d'organisation dans le contexte plus large du groupe de sociétés⁽¹⁰⁾. Ainsi, dans le secteur privé, l'entité juridique devient souvent non pertinente pour le gestionnaire et la performance devra être analysée au niveau du domaine d'activité dont elle fait partie au sein du groupe. Par ailleurs, le secteur des services, et surtout des services non-marchand, s'est considérablement développé. Cette réalité est largement ignorée dans la réglementation de 1973.

151. *Les technologies de l'information et de la communication* ont transformé la manière dont les entreprises s'adressent aux parties prenantes, qu'ils soient actionnaires, travailleurs, pouvoirs publics ou autres. Ceci concerne autant la production de l'information que sa diffusion interne ou externe. Le Moniteur belge pour les documents relatifs à la gouvernance et la Centrale des bilans de la Banque Nationale de Belgique donnent un accès à des documents qu'il n'était pas aisé de se procurer voici cinquante ans. Des logiciels se répandent, basés sur des technologies qu'on ne peut même plus qualifier de nouvelles, par exemple, les analyses de la BNB ou l'utilisation du langage XBRL pour l'exploitation des données.

152. *Des informations non financières* sont imposées par l'arrêté royal du 27 novembre 1973. Elles ne font pas partie des états financiers. Les modifications successives du droit des sociétés ont développé ce type d'information. Nous prenons quelques exemples : *Le bilan social*⁽¹¹⁾ comprend de nombreuses données sur la situation et la politique sociale de l'entreprise, qui ne découlent pas des comptes annuels établis dans le respect des directives européennes⁽¹²⁾. *Le rapport de gestion* qui accompagne des états financiers au terme de l'article 96 de l'ancien Code des sociétés (aujourd'hui art. 3:6 CSA) a été complété à plusieurs reprises pour exiger des informations non financières à fournir par certaines catégories de sociétés, principalement les entités d'intérêt public : informations concernant le gouvernement de l'entreprise (art. 3:6, §2 CSA), la rémunération des dirigeants (art.3:6, §3 CSA), les informations non financières (art. 3:6, §4 CSA)⁽¹³⁾ et, dans certains secteurs, les paiements faits aux gouvernements (art. 3:7 et 3:8 CSA).

⁽¹⁰⁾ C'est l'objet de la Directive 2009/38/CE sur l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, *JOUE* L 122 du 16 mai 2009

⁽¹¹⁾ Imposé par la loi du 22 décembre 1995 à toutes les sociétés en Belgique ce document était un élément des comptes annuels, même s'il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une information financière. Les directives européennes ont imposé une modification formelle du processus de publicité. Ceci a eu peu de conséquences en pratique.

⁽¹²⁾ Ces données ne sont pas requises par la directive 2013/34 UE du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, *JOUE* L 182 du 29 juin 2013.

⁽¹³⁾ Introduit par la loi du 3 septembre 2017 relative à la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes sociétés et certains groupes. Le texte dispose : « *Dans la mesure nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires, des performances, de la situation de la société et des incidences de ses activités, relatives au moins aux questions sociales, environnementales et de personnel, de respect des droits de l'homme et de lutte contre la corruption, le rapport annuel, visé à l'article 96, comprend une déclaration*

153. Ces réflexions nous conduisent à trois observations :

a. L'arrêté royal de 1973 résulte de longues négociations sociales et la clarté de certains passages en souffre, faute d'un consensus. Après plus de 45 ans, cette réglementation, outre qu'elle porte la marque du temps, est incomplète et, sur certains points, redondante. L'information complémentaire publique et aisément accessible s'est développée en dehors de la réglementation de l'information des conseils d'entreprise, par application du droit commun et en application de la politique de communication de l'entreprise (notamment le développement des sites web et l'utilisation de réseaux sociaux).

b. A l'inverse, le foisonnement des données imposées par la réglementation applicable à toutes les sociétés ne risque-t-il pas de rendre leur compréhension de plus en plus obscure pour des personnes non averties ? Cette situation ne semble pas répondre à l'objectif du législateur lorsqu'il a créé les conseils d'entreprise : permettre la concertation sur la base de données auxquelles les membres des conseils d'entreprises accordent leur confiance.

c. Nos deux premières observations rendent une évolution de type réglementaire plutôt aléatoire car les interlocuteurs sociaux doivent se mettre d'accord, ce qui n'est pas du ressort des réviseurs d'entreprises. En revanche, l'apport du réviseur pourra se révéler d'autant plus utile qu'il se focalise sur la pertinence de l'information et le déchiffrement de celle-ci grâce au rôle d'analyse et d'explication que nous évoquons dans la section 7.3 ci-dessous.

7.2.3. Certification du caractère fidèle et complet des informations

154. Les termes « certifier le caractère fidèle et complet » méritent quelques clarifications. S'adressant au commissaire, il s'agit d'une expression technique qui va déterminer la portée de ses travaux de contrôle, mais aussi sa responsabilité. Du point de vue des utilisateurs, il existe un risque de mauvaise compréhension du niveau de « certitude » qui peut être atteint. Ce phénomène est souvent qualifié d'« *expectation gap* », c'est-à-dire de décalage entre les attentes des utilisateurs et l'assurance que le réviseur peut techniquement apporter.

155. Le mot « certifier » (ou certification) se retrouve dans les textes relatifs à l'information des conseils d'entreprise depuis 1948, mais il n'est pas celui qui est utilisé en Belgique (ni dans les textes européens) pour décrire l'objectif du commissaire à la suite du contrôle légal des comptes annuels. Ainsi l'article 3:75,6° CSA relatif au rapport du commissaire utilise le terme « *opinion* » et la directive européenne du 26 juin 2013, le synonyme « *avis* »⁽¹⁴⁾. Donner un avis pourrait n'avoir qu'une valeur limitée si ceci

qui comporte les informations suivantes (...) : description des activités de la société, politiques appliquées en ce qui concerne ces questions, résultats de ces politiques, principaux risques liés à ces questions en rapport avec les activités, indicateurs clés de performance de nature non financière. »

⁽¹⁴⁾ Art. 28, 2 c) de la directive 2013/34/CE du 26 juin 2013 précitée modifiant la directive 2006/43/CE du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés (...); Observons que jusqu'à l'application en Belgique des normes internationales d'audit, le terme « attestation » était d'usage généralisé. Il était plus neutre mais ne contribuait pas à la bonne compréhension de ce que fait et doit faire le réviseur, à savoir donner un avis d'expert.

ne s'appuyait pas sur des travaux de contrôle détaillés effectués selon des normes professionnelles approuvées par le Ministre des Affaires économiques. Dans ce cas, celui-ci prend sa décision après consultation du Conseil supérieur des professions économiques, un organe de tutelle dont une majorité de membres sont désignés sur présentation des partenaires sociaux.

La nature des informations transmises au conseil d'entreprise s'accorde mal avec le sens commun de « certitude » ou « d'exactitude », qui tend à faire référence à une précision quasi arithmétique. En revanche, le but poursuivi est de parvenir à objectiver des situations et des événements. Pour assurer une bonne concertation au sein de l'entreprise, n'est-ce pas un préalable que les parties s'accordent sur des faits ou des chiffres qui leur apparaissent suffisamment fiables sur la base du rapport du réviseur.

156. L'avis du réviseur porte sur la « fidélité » ; fidélité à quoi ? Ceci n'est pas dit, mais on pourrait supposer à la réalité de la situation économique, juridique, et financière, dans laquelle se trouve l'entreprise. A propos des comptes annuels, le législateur évoque « l'image fidèle du patrimoine, de la situation financière et des résultats ». Cette expression est expliquée dans des réglementations et des normes fort détaillées. Une difficulté vient du fait que les informations économiques et financières sont bien autre chose que les comptes annuels ou les comptes consolidés. Elles ne sont pas toujours chiffrées, ni même de nature financière. Pour cette raison, il est difficile de s'arrêter aux mots. La norme de l'IRE relative à la mission du réviseur d'entreprises auprès du conseil d'entreprise ⁽¹⁵⁾ reconnaît ce fait et demande au réviseur d'indiquer « *les nuances qu'il estime nécessaire d'apporter en ce qui concerne l'étendue des vérifications ou la portée de la certification* » (paragraphe 4.6). L'essentiel est d'être compris par les interlocuteurs et de s'expliquer dès que c'est nécessaire ou simplement utile, avec les membres du conseil d'entreprise. Nous y reviendrons dans la section 7.3.

157. L'avis porte aussi sur le caractère complet des informations. Le mot « complet » ou « exhaustif » apparaît paradoxal au vu de la nature des informations. C'est en particulier le cas pour les informations relatives à la position concurrentielle de l'entreprise ou de l'entité juridique dont elle fait partie (art. 6 AR 27 nov.1973) ou les objectifs et la politique de la société en matière de gestion des risques financiers (art. 3:6 CSA). Un des objectifs de l'information annuelle (mais aussi périodique et occasionnelle) des conseils d'entreprise réside dans la possibilité « *de se former une opinion sur la stabilité financière de l'entreprise, ses liquidités et sa rentabilité ainsi que sur les perspectives pour les travailleurs* » (art. 15 AR 27 nov.1973). La qualification d'exhaustivité peut-elle s'appliquer dans ce contexte ? L'exigence d'un degré de détail est affaire de jugement, surtout lorsqu'il est question de données sur les risques pesant sur l'entreprise.

158. Il faut dépasser le sens premier du terme « complet » dont le caractère absolu conduirait à l'impasse. Selon le paragraphe 4.9 des normes relatives à la mission du réviseur d'entreprises auprès du conseil d'entreprise « *lorsque le réviseur d'entreprises, après avoir suivi la procédure prévue par la loi, constate qu'une information dont la*

⁽¹⁵⁾ Norme du 7 février 1992 relatives à la mission du réviseur d'entreprises auprès du conseil d'entreprise (modifiées le 6 décembre 2002).

communication est requise n'a pas été fournie au conseil d'entreprise, il en fait état dans son rapport ». Le point 4.9.1 ajoute que la communication d'une information sera requise lorsque son importance relative la rend significative par rapport à l'objectif d'information. Le principe d'importance relative est d'autant plus important que le volume de l'information s'accroît. C'est vrai pour l'information spécifique du conseil d'entreprise, mais c'est également justifié dans les comptes annuels ou consolidés et plus encore lorsque ceux-ci sont établis conformément au référentiel international IFRS qui s'impose notamment à toutes les sociétés cotées.

Dans la pratique, le réviseur doit s'assurer de l'existence d'une information pour chaque rubrique prévue par la législation. Il s'agit d'un point de vue formel qui ne peut être qu'une exigence minimale. Il est tenu d'estimer le caractère substantiel des renseignements fournis, en fonction de leur disponibilité, de leur caractère confidentiel ainsi que de leur importance relative.

159. L'expression « importance relative » joue dans deux sens. Elle veut dire que dans certains cas une information devient inutile et encombrante par rapport à l'objectif poursuivi - l'excès de données finit par tuer l'information. A l'inverse, elle veut aussi dire qu'une information sera requise dès qu'elle est significative au vu de l'objectif d'information ; si ce n'est pas le cas, le commissaire devra en faire état dans son rapport sur les comptes annuels et le rapport de gestion. Nous en trouvons la confirmation dans le paragraphe A7 de la norme ISA 705 qui considère comme anomalie significative entraînant une modification du rapport d'audit, le fait que les états financiers ne comportent pas *toutes* les informations requises par le référentiel comptable applicable (a), mais aussi le fait que les états financiers ne donnent pas les informations supplémentaires qui seraient nécessaires, au-delà de celles qui sont expressément exigées par le référentiel comptable applicable, pour aboutir à une présentation sincère (c) ⁽¹⁶⁾.

160. En conclusion, nous pouvons faire deux remarques en sens opposés : (a) Le principe d'exhaustivité doit s'interpréter en appliquant la règle d'importance relative, mais (b) si nécessaire, il faudra ajouter certaines informations nécessaires pour aboutir à une représentation fidèle et complète. Pour le réviseur d'entreprises, ces conclusions induisent de nouvelles questions : qui juge de l'importance relative et surtout qui peut ajouter des informations complémentaires ? Nous examinons cette question par la suite dans la section 7.4 consacré aux conditions pour un bon exercice de la mission.

⁽¹⁶⁾ *Handbook of International Standards on Auditing and Quality Control, 2016-2017 Edition; traduction CNCC-IRE-CSOEC-IRE 2017 norme 705 Modifications apportées à l'opinion formulées dans le rapport de l'auditeur indépendant p.11/32; La norme ISA 450 ajoute (par. A17) « La détermination du caractère significatif d'une anomalie relative à une information qualitative fournie, dans le contexte du référentiel comptable applicable et des circonstances propres à l'entité, nécessite l'exercice du jugement professionnel. » Plusieurs exemples sont donnés à la suite de ce principe. Handbook précité : Norme 450 Evaluation des anomalies relevées lors de l'audit p.10/14.*

7.3. MISSION D'ANALYSE ET D'EXPLICATION

7.3.1. Généralités

161. Le deuxième aspect de la mission du réviseur porte sur « l'analyse et l'explication » des informations économiques et financières. L'article 3:83,3° CSA dispose que lorsqu'il existe un conseil d'entreprise, le réviseur a, notamment, pour mission « *d'analyser et d'expliquer à l'intention particulièrement des membres du conseil d'entreprise nommés par les travailleurs, les informations économiques et financières qui ont été transmises au conseil d'entreprise, quant à leur signification relative à la structure financière et à l'évolution de la situation financière de la société* ». Malgré les nombreuses années depuis que cette mission a été inscrite dans la loi, l'expérience confirme qu'elle mérite toujours d'être expliquée. Elle est liée aux objectifs de la concertation sociale et des attentes du personnel. Le réviseur doit mettre en œuvre quelques principes fondamentaux de pédagogie applicables à tout exposé relatif à des thèmes du domaine économique.

7.3.2. Bien comprendre le rôle du réviseur

162. Le réviseur ne statue pas en qualité d'arbitre pour apprécier en bien ou en mal les mérites des organes de gestion d'une entreprise. La direction de l'entreprise définit un ensemble de principes généraux qui guident sa réflexion et son action concernant d'une part, le développement des activités, et, d'autre part, les adaptations nécessaires pour atteindre les objectifs de l'entreprise, en matière d'organisation, de planification, de *management* et de contrôle de gestion. La finalité de la mission du réviseur n'est pas de porter un jugement sur les objectifs ou la qualité de la gestion.

163. Le réviseur ne possède pas les compétences nécessaires pour gérer une entreprise ou pour juger de sa gestion. Dans cette affirmation, le terme « compétence » se comprend dans deux acceptions :

- la connaissance poussée et/ou l'expérience démontrée, en particulier, dans les domaines techniques de la production, du marketing ainsi que de la gestion commerciale et des ressources humaines ;
- l'aptitude légalement reconnue par une autorité d'émettre des jugements sur la gestion d'une société par le commissaire dont le mandat porte, historiquement, sur l'attestation et la surveillance d'états financiers.

164. En sa qualité de commissaire, le réviseur n'émet à titre principal qu'un type de jugement au terme de ses travaux d'audit : il s'agit de l'opinion favorable ou défavorable sur une information principalement économique et financière. Ce principe permet de baliser le contenu de la mission d'analyse et d'explication à mener au sein du conseil d'entreprise. La mission se résume à bien comprendre l'entreprise pour la faire comprendre. Elle devrait s'inspirer de la devise que George SIMENON attribuait au commissaire MAIGRET : « Comprendre et ne pas juger ».

7.3.3. Auditer, c'est aussi analyser

165. Tous les réviseurs font de l'analyse lorsqu'ils examinent des comptes annuels qu'ils ambitionnent de valider. Ils décomposent les états financiers en discernant les principaux éléments afin de dégager l'essentiel, les comprendre et les vérifier. C'est ainsi qu'ils effectuent une revue analytique pour identifier les grandes rubriques, pour mettre en évidence les évolutions significatives, pour repérer la traduction en comptabilité des opérations non récurrentes et les événements de nature extraordinaire. Ils cherchent à connaître les rapports qui relient les uns aux autres les différents postes et rubriques du bilan, des comptes de résultats ou de l'annexe. Leurs examens ont également pour but de connaître et de distinguer les aspects particuliers de la vie de l'entreprise qui doivent se refléter directement ou indirectement dans les comptes ou qui permettent d'anticiper des risques.

Comment pourraient-ils, sans connaître et comprendre la réalité d'une entreprise, certifier que les comptes annuels donnent l'image fidèle de telle sorte que les lecteurs ne soient pas leurrés à propos de la situation financière, la solvabilité et la rentabilité de l'entité ?

166. Cette analyse, faisant partie de la face cachée de l'audit, constitue une valeur ajoutée qui peut donner confiance aux analystes financiers et à toute personne intéressée par la vitalité d'une entreprise. Parmi ces personnes figurent les membres du personnel, dont les perspectives d'avenir financier et de niveau de vie sont directement liées au développement des activités de l'entreprise.

Si l'on considère que l'analyse est une composante intrinsèque de l'audit, son incorporation dans la mission à l'égard des représentants des travailleurs au sein du conseil d'entreprise vise à répondre à des attentes d'une autre dimension qui ne relèvent pas d'aspects techniques, mais de préoccupations sociétales.

7.3.4. Définir la notion d' « explications »

167. « *Si vous ne pouvez expliquer quelque chose simplement, c'est que vous ne l'avez pas bien compris* » a écrit Albert EINSTEIN. Le dictionnaire de l'Académie française commente le verbe « expliquer » de la manière suivante :

- faire connaître la cause, le motif, la raison d'un fait, d'un phénomène ;
- exposer avec clarté, faire comprendre ses sentiments, ses intentions, ses idées, etc. ;
- faire comprendre par un développement approprié. Par extension, donner des indications pratiques ou techniques.

168. Le premier objectif comporte un rappel du contenu et les éléments essentiels des informations économiques et financières transmises au conseil d'entreprise ainsi qu'une présentation des vérifications effectuées. Le deuxième objectif consiste à clarifier les notions propres à l'économie d'entreprise et à épurer les informations des concepts accessoires. Ces deux objectifs sont des préalables pour réussir la troisième phase « faire comprendre » qui devrait correspondre à la finalité ultime de l'intervention du réviseur à l'égard des représentants du personnel au sein du conseil d'entreprise.

169. Pour faire comprendre des choses complexes, il importe d'avoir la confiance des personnes qui écoutent. Les informations économiques et financières (IEF) sont du carburant pour le dialogue social. Ce qui apparaît vague, obscur ou inconnu doit être rendu compréhensible. Le bombardement d'informations, mélangeant l'essentiel et l'accessoire, dépasse parfois les capacités de digestion, même des personnes les plus curieuses. Cette observation confirme l'importance du traitement des informations par le réviseur et l'accompagnement des représentants des travailleurs par cet expert.

170. L'explication sera de préférence centrée sur la réalité de l'entreprise et sur des situations concrètes plutôt que sur des développements théoriques. Les représentants du personnel ont leur propre expérience qu'ils confrontent aux explications reçues. Le réviseur devra être capable d'écouter et de s'adapter à des demandes particulières : c'est-à-dire posséder un sens aigu de la pédagogie pour adulte. Il doit appliquer quelques principes fondamentaux de pédagogie applicables à tout exposé relatif à des thèmes du domaine économique. C'est ainsi que les informations économiques et financières peuvent devenir l'oxygène du dialogue social.

171. Mentionnons que, selon la quinzième bonne pratique, « *Le réviseur d'entreprises veillera à présenter une vue globale de la situation et de l'évolution de l'entreprise, sans se limiter au langage technique de la comptabilité et des comptes annuels. Il se concentre sur les aspects importants lorsqu'il explique les IEF* ». L'objectif est dès lors de rendre intelligible la situation économique et financière de l'entreprise et d'en apprécier sa situation dans son environnement. Il s'agit d'adopter un angle dynamique en mettant en perspective les données de l'évolution récente et celle anticipée.

7.3.5. Une pédagogie adaptée

172. Dans notre société de communication, « faire preuve de pédagogie » est une expression à la mode. Ce serait en effet une nécessité, devenue incontournable, pour faire adhérer à une vision prétendument mal comprise ou risquant de l'être. Dans un conseil d'entreprise, il ne s'agit pas de jouer au pédagogue avec un ton professoral pour faire étalage de son érudition.

173. L'objectif de la pédagogie à mettre en œuvre au sein du conseil d'entreprise est d'amener les représentants du personnel à comprendre par eux-mêmes et à intégrer les informations qui leur sont transmises. A leur poste de travail, ils sont généralement mieux informés que le réviseur, des nombreuses particularités du fonctionnement des activités. Toutefois, ils ont rarement une pratique de l'analyse financière et de l'étude des phénomènes économiques. Leurs motivations s'expriment évidemment dès qu'il est question d'enjeux majeurs tels que l'emploi, les rémunérations et les conditions de travail. Elles doivent être reconnues et prises en considération parce qu'elles fondent l'attachement du personnel à l'entreprise à l'instar de la fierté d'y travailler.

Les formations organisées pour leurs membres par les organisations syndicales stimulent la curiosité et l'envie d'apprendre les notions essentielles de la comptabilité, de l'économie et de la gestion des entreprises. Elles suscitent des échanges et des débats

internes qui favorisent l'esprit de groupe et contribuent au développement d'un esprit critique dans le tri et l'exploitation des informations transmises au conseil d'entreprise.

174. Le réviseur doit adapter sa pratique pédagogique à ce contexte particulier qui représente une bonne école de tolérance et d'ouverture. Son attitude sera moins celle d'un détenteur de savoir, que d'un facilitateur d'échanges et de compréhension d'informations. Son intervention se voudra interactive avec comme objectif principal non pas de convaincre, mais surtout de donner à réfléchir. Une telle pédagogie ne peut évidemment être un calque de celle de l'enseignement. Dans le cas d'adultes, il importe de tenir compte que ceux-ci ne se motivent généralement pour comprendre et acquérir des connaissances, que s'ils y voient un intérêt, si elles peuvent leur être utiles dans la vie réelle. On reconnaîtra les qualités pédagogiques d'un réviseur à sa faculté de faire réfléchir ses interlocuteurs, afin que ceux-ci comprennent par eux-mêmes et s'autonomisent.

7.3.6. La pédagogie de l'économie

A. Introduction

175. Les principes de l'économie de l'entreprise peuvent être compris par la plupart des personnes, si les choses sont clairement exprimées : ceci impose d'être attentif à la terminologie, aux conventions et aux concepts, dont l'ambiguïté est parfois intempestive et qui rendent la comptabilité rébarbative. La véritable intelligence consiste à simplifier ce qui est complexe et à ne pas complexifier ce qui est simple. Pour expliquer et décoder, les informations transmises au conseil d'entreprise, le réviseur doit être guidé par *sept réflexes méthodologiques*, qui constituent les outils fondamentaux de toute démarche efficace de communication économique et financière.

L'utilisation de ces clés de lecture doit devenir pour le réviseur d'entreprises un réflexe dans ses réponses aux demandes d'explications et pour faire comprendre les informations économiques et financières, dont le caractère parfois hermétique cache souvent le sens profond.

B. Tenir compte de la dimension du temps durant lequel s'opère tout changement – 1^{er} réflexe

176. Tenir compte du temps, c'est prendre en considération deux dimensions : celle de l'échéance et celle de la durée, à savoir le délai entre le moment de la prise de décision et celui de la production de ses effets. Toutes les analyses économiques imposent la prise en compte du temps : la gestion de l'urgence, le développement durable, l'intervalle entre la décision d'un investissement et sa mise en exploitation, la durée de remboursement d'un emprunt, le délai entre la prise d'une commande et d'encaissement de sa facture, la mesure et l'anticipation des impacts d'une décision ou d'un événement...

177. L'horizon économique d'une entreprise s'ordonne d'une manière échelonnée : le court, le moyen et le long terme. Ceci implique :

- des niveaux décisionnels différents – liés à la gestion opérationnelle ou à la gestion stratégique ;
- des informations préalables à la décision dont la valeur est inégale en raison du degré d'incertitude et des risques ;
- une stratégie d'entreprise, si elle engage son avenir à long terme, ne le met pas à l'abri d'un retournement de conjoncture qui peut mettre en cause, en quelques mois, la survie des activités. Par ailleurs, assurer la continuité à court terme est une condition nécessaire, mais non suffisante pour garantir la longévité de l'entreprise.

Ces points de vue ne peuvent occulter que, dans le domaine économique, le pare-brise est généralement moins clair que le rétroviseur.

178. Décrypter des informations économiques et financières impose de tenir compte du temps, parce que celui-ci « ne respecte pas ce qui se fait sans lui ».

C. Préciser les mots pour dire l'économie et la finance de l'entreprise – 2^{ème} réflexe

179. Selon un dicton bien connu, « entre ce qu'un orateur pense, ce qu'il veut dire, ce qu'il croit dire, ce qu'il dit, ce que l'auditeur entend, ce qu'il comprend... il existe dix possibilités de rencontrer des difficultés à communiquer et de ne pas être compris ! » Les mots ne sont pas neutres ; ils induisent des représentations spécifiques et des comportements qui peuvent générer des *a priori* favorables ou défavorables.

180. En sciences économiques, la compréhension du langage a autant d'importance que l'exactitude des chiffres. La comptabilité est un langage utilisé pour révéler des réalités économiques, dont elle est un instrument d'enregistrement et de communication. La difficulté vient du fait que le langage économique n'est pas seulement technique, il est parfois ambigu. C'est ainsi, à titre d'exemple, que le terme « capital » recouvre des réalités différentes : le capital social qui représente l'apport des actionnaires, le capital technique en tant que facteur de production, le capital financier constitué par l'ensemble d'actifs susceptibles de rapporter des revenus, le capital humain auquel on doit ajouter le capital économique, le capital immatériel, le capital fixe, le capital circulant et également les capitaux propres et les capitaux permanents, etc.

181. Ne nous trompons pas ; il ne s'agit pas seulement d'une question de vocabulaire, il s'agit de comprendre les réalités économiques de l'entreprise en transcendant le langage technique. Bien des problèmes de communication viennent du fait que la volonté de simplifier le message provoque des réactions inattendues de l'interlocuteur. Pour éviter les contresens et les faux débats, il importe de s'assurer qu'on parle bien de la même chose et que les codes utilisés ne sont pas hermétiques. L'objectif nécessite de démystifier le langage comptable pour révéler les réalités économiques dans lesquelles vivent les partenaires de l'entreprise.

D. Inculquer la notion d'importance relative de toute information – 3^{ème} réflexe

182. Le volume d'informations financières ou non-financières qu'une entreprise doit publier ou mettre à la disposition de certaines parties prenantes ne cesse d'augmenter.

L'objectif ne peut pas être d'accumuler des informations au terme d'un processus dont on ne doit pas oublier qu'il est complexe et coûteux. Il s'agit de connaître ce qu'il importe d'observer pour comprendre l'entreprise.

183. Les notions d'économie de l'entreprise auxquelles se réfère l'arrêté royal du 27 novembre 1973 relatif aux informations à fournir aux conseils d'entreprise, telles que la part de marché, la production, la valeur ajoutée, la productivité, la rentabilité ou la solvabilité revêtent un degré d'abstraction certain et leur quantification est complexe. Les raisonnements économiques impliquent de contextualiser les données et les phénomènes décrits par les informations économiques et financières transmises au conseil d'entreprise.

En considérant les caractéristiques de l'entreprise, les besoins des utilisateurs et la nature des questions soulevées, on doit s'interroger sur les ordres de grandeur significatifs ainsi que sur la comparabilité des montants absolus dans le temps et la mise en relation de ces chiffres avec d'autres données pertinentes. Ceci renvoie, notamment, au problème du choix de balises et d'indicateurs appropriés.

184. La notion d'importance relative ou de seuil de signification a trait à l'information critique dont l'omission ou l'inexactitude aurait pour conséquence d'influencer ou de modifier les décisions ou opinions des destinataires d'informations. Il doit s'agir d'éléments suffisamment pertinents sur des faits ou des opérations ou des états, sous deux angles:

- une utilité contractuelle lorsque l'information sert à rendre des comptes et à évaluer dans quelle mesure les responsables ont rempli leur rôle ;
- une utilité prédictive dans la mesure où l'information aide à comprendre ou à prendre des décisions en matière de choix de développement, d'investissement et de financement.

185. Il importe de souligner que si l'appréciation de l'importance relative relève du jugement professionnel du réviseur d'entreprises, sa pertinence ne se décrète pas : il faut argumenter son bien-fondé. A quoi cela sert-il de donner des informations extrêmement précises, mais complètement inutiles pour prendre une décision ? Dans la majorité des cas, l'expression des montants en milliers d'euros, ou parfois même en millions d'euros, avec ou sans décimale, donne un ordre de grandeur suffisant pour se forger une opinion correcte sur la situation et l'évolution d'une entité. Présenter une situation financière avec des euros et centimes, en se focalisant sur un niveau de détail, masque la vue d'ensemble et ne favorise pas un jugement objectif de la situation globale.

186. Ce phénomène est synthétisé sous la forme d'une métaphore bien connue : « C'est l'arbre qui cache la forêt ». Les événements extraordinaires ou impressionnants accaparent l'attention tandis que l'essentiel se construit sur la durée et souvent dans l'indifférence. Le commentaire des informations économiques et financières, qui se veut pédagogique, impose un effort d'élagage... car trop d'information tue l'information !

*E. Distinguer les chiffres mesurant les flux de ceux qui évaluent les existants –
4^{eme} réflexe*

187. En économie, la distinction entre les flux et les existants constitue un principe de base. Pour un profane de la partie double, à titre d'exemple, la confusion entre les amortissements cumulés en fin d'exercice et les charges d'amortissement de l'exercice n'est pas un phénomène rare. Dans son approche pédagogique, le réviseur doit rappeler que la réalité économique d'une entreprise peut être ainsi analysée et exposée de deux points de vue :

- la première approche est celle d'un état des lieux que l'on obtient à une date donnée par dénombrement et évaluation. Il s'agit d'une appréciation statistique d'un phénomène arrêté à une date définie, par exemple, le recensement d'une population, le décompte de la dette publique et, évidemment, les bilans d'entreprises. Au sens financier, la notion d'existant désigne les soldes des comptes inscrits dans les rubriques des comptes d'actif et de passif du bilan. Toutes ces données valent le jour de l'établissement de la situation bilantaire en fin d'une période. L'approche fondée sur les existants conduit à juger l'entreprise d'un point de vue « statique », en se focalisant essentiellement sur les valeurs du patrimoine, tant actif que passif.
- la seconde approche consiste à tenter de mesurer les flux, soit les relations qui s'établissent entre les acteurs au cours d'une période déterminée. L'analyse par les flux se veut dynamique et vise à appréhender les décisions de gestion qui sont intervenues en cours d'exercice. Elle distingue les flux de résultats (produits et charges), les flux de trésorerie (encaissements et décaissements) et les flux de fonds (les besoins et les ressources de financement).

188. Les moyens d'apprécier des flux et les existants ne sont pas les mêmes. D'une manière générale, on constate que l'on mesure mieux, et avec plus de précision, les flux que les existants. L'appréciation de ces derniers, à un moment précis, peut souffrir, soit de modifications historiques dans la saisie des données, soit de changement de valeurs, soit de l'imperfection dans la saisie de certains stocks, dont la prise en compte est nécessaire pour juger de la situation à une date donnée. Il faut garder à l'esprit que tout flux doit aller et provenir de quelque part, et que certains flux donnent naissance à des changements dans les existants. Le film du déroulement de la course, auquel se compare l'approche par les flux de résultats, est au moins aussi intéressant à suivre que ne l'est la contemplation de la photo à l'arrivée qui peut s'assimiler à l'analyse des postes bilantaires.

*F. Souligner le nécessaire équilibre entre les ressources et leurs utilisations –
5^{eme} réflexe*

189. Toute situation doit s'analyser en distinguant l'origine des ressources et leur emploi, c'est-à-dire leur utilisation. Il s'agit de traiter les recettes et les dépenses comme les deux faces d'une même médaille. L'économie ne résulte pas de phénomènes de génération spontanée : toute dépense doit être financée par des recettes. Toute création de richesses met en œuvre des moyens – soit du personnel, des outils de production et des matières – et tout investissement doit trouver un mode de financement stable,

soit des capitaux propres des emprunts à long terme ou la capacité d'autofinancement disponible.

190. Les questions de fond qui régissent la vie économique des entreprises peuvent s'articuler autour de deux thèmes principaux :

- quelles sont les ressources financières nécessaires ? Dans quelles proportions ? Pour quelles destinations ? Le bilan fonctionnel en est une belle illustration, en mettant en évidence le fonds de roulement disponible, le besoin en fonds de roulement et la situation nette de trésorerie.
- comment l'entreprise s'organise-t-elle pour que la création et la distribution de richesses, c'est-à-dire de la valeur ajoutée, soient conformes aux objectifs économiques et sociaux qu'elle souhaite atteindre. Ce questionnement ne peut naïvement occulter que les revenus des uns, soit notamment les rémunérations du personnel, constituent les coûts des autres, soit des charges à supporter.

191. L'équilibre des ressources et des emplois ne s'obtient pas automatiquement : il est le fruit de choix de gestion et de négociations entre différentes parties, dont les intérêts et les rapports de force évoluent en fonction des circonstances économiques.

G. Ne pas négliger l'influence des facteurs psychosociologiques – 6^{ème} réflexe

192. Le raisonnement économique constitue un angle d'analyse de la vie en entreprise. Il ne doit pas occulter le contexte psychologique et sociologique dont l'entreprise ne peut s'abstraire sauf à se trouver totalement désincarnée.

En dépit des théories économiques néo-classiques, les individus et les entreprises ne se révèlent pas toujours comme des acteurs parfaitement rationnels, dont les choix sont guidés par un arbitrage entre les coûts et les bénéfices.

193. Pour répondre aux besoins spécifiques de chaque conseil d'entreprise, le réviseur d'entreprises ne peut en rester à un discours théorique ; il doit se soucier de la façon dont son message sera reçu et compris par les membres de ce conseil. Ainsi, il sera bienvenu de tenir compte de la composition et des préoccupations dudit conseil. Sans que ceci ne modifie en rien la portée de son analyse, s'il veut être compris, la manière de présenter ses explications pourrait varier selon le secteur (ex. : industrie, services marchands ou non-marchands). De la même manière, les préoccupations du conseil d'entreprise pourraient s'avérer très différentes dans une entreprise d'un secteur en croissance ou en récession.

H. La mécanique des interdépendances – 7^{ème} réflexe

194. Que nous le voulions ou pas, tout est lié (ou presque) ! Dans une entreprise, tout problème, même d'apparence mineure, peut engendrer toute une série de conséquences : la faillite d'un fournisseur, l'arrivée d'un concurrent, le refus d'un prêt bancaire. C'est « l'effet papillon ».

195. Le monde économique apparaît comme un ensemble de réseaux interconnectés d'acteurs, tels que les entreprises, les organismes publics, les associations et les consommateurs. Toute intervention en un point d'un réseau va entraîner des répercussions sur les autres éléments. Les acteurs de la vie économique, bien que parfois antagonistes, sont fondamentalement interdépendants. Ils se situent dans un tissu complexe de relations de nature variée qui s'alternent, se superposent ou se combinent. Sans même parler des relations internes au sein des groupes de sociétés, les entreprises dépendent d'autres entreprises, et parfois d'autres pays et régions, pour obtenir des ressources en matière première, en fourniture ou encore en financement afin de créer un produit ou de prester des services. Des liens existent entre le développement de l'activité économique, le niveau de l'emploi et des revenus, le budget de l'État, le taux d'épargne, le financement des investissements et la rentabilité des entreprises, la préservation de l'environnement, la répartition de la valeur ajoutée, etc.

196. Au niveau de chaque entreprise, il importe de se poser trois questions essentielles :

- Quelle est la nature des liens avec les autres acteurs économiques qui peuvent impacter la continuité et le développement des activités ?
- Quelle est l'intensité de cette interdépendance ?
- Peut-on évaluer le temps de réaction et d'adaptation aux changements de l'environnement économique ? Cette troisième question renvoie au premier réflexe qui est « la prise en compte du temps ».

197. Dans un environnement économique et social régulé au nom de l'intérêt public, des questions complémentaires s'imposent : quelles sont les réglementations qui conditionnent particulièrement des activités de l'entité ? Comment ont évolué ces contraintes normatives ? Quels sont les impacts sur la situation financière et les résultats de l'entreprise ? Ces questions ne signifient évidemment pas que le fonctionnement de l'économie se modifie automatiquement par décret. Les stratégies de développement des entreprises, capables de garantir la durabilité des activités, doivent se fonder sur une anticipation et une mesure de l'impact des décisions sur les parties prenantes. L'approche de l'analyse doit en tenir compte : il s'agit de mettre, spécialement, en évidence les aspects endogènes et exogènes qui ont influencé le volume des activités et celui de l'emploi ainsi que les excédents bruts d'exploitation.

198. Les interdépendances alimentent la complexité de la vie économique et les difficultés à comprendre les articulations du développement d'une entreprise. Cette évolution accroît la nécessité du rôle de « décodeur » et de « décrypteur » des informations économiques et financières, que doit remplir le réviseur.

7.3.7. En synthèse

199. La mission d'analyse et d'explication ne pourra être accomplie conformément aux attentes des représentants du personnel au sein du conseil d'entreprise que si le réviseur devient un bon pédagogue, c'est-à-dire que sa démarche s'inspire des bonnes pratiques suivantes :

- simplifier ce qui est complexe et ne pas complexifier ce qui est simple ;

- montrer que ce qui compte ne peut pas toujours être compté, et ce qui peut être compté ne compte pas forcément ;
- transcender le langage technique pour montrer la réalité économique de l'entreprise ;
- avoir la capacité de donner une explication à une personne qui, après avoir reçu la réponse, comprend encore la question qu'il a posée ;
- affirmer que l'on ne peut juger sans connaître et ni comprendre, car c'est l'origine des fausses informations et de la majorité des préjugés ;
- croire que ce qui est dit est moins important que ce qui est compris ;
- se rappeler que l'essence de la pédagogie est d'émanciper ; et
- participer aux réunions préparatoires qui ont trait aux IEF, à la demande des représentants des travailleurs, ce qui constitue une des 24 bonnes pratiques approuvées par l'IRE et les interlocuteurs sociaux.

7.4. CONDITIONS POUR UN BON EXERCICE DE LA MISSION

7.4.1. Introduction

200. Pour exécuter sa mission dans de bonnes conditions, le réviseur d'entreprises doit remplir plusieurs conditions que l'on qualifie souvent de déontologiques ou éthiques. En premier lieu il doit être compétent. Sa formation et les règles d'accès à la profession en sont la garantie. Les normes professionnelles d'exercice de la profession y contribuent également. Ensuite le réviseur d'entreprises doit être indépendant, c'est-à-dire qu'il doit émettre un jugement objectif en l'absence de tout conflit d'intérêts. Enfin, les règles du secret professionnel sont une condition nécessaire pour assurer qu'il puisse avoir accès à toutes les données nécessaires au bon exercice de ses contrôles. Nous consacrerons quelques réflexions à ces deux derniers thèmes particulièrement sensibles dans le contexte de la mission de contrôle des informations économiques et financières au conseil d'entreprise.

7.4.2. L'indépendance du réviseur d'entreprises

201. L'utilisateur se méfie souvent des informations qu'il reçoit des dirigeants parce qu'il a peu de moyens d'en apprécier la qualité. L'asymétrie d'information existe dans les situations où les participants à un débat, à un échange ou à une négociation, ne disposent pas de la même information ou lorsque celle-ci n'est pas perçue de la même manière. Le but de l'audit légal est de réduire⁽¹⁷⁾ cette asymétrie, ce qui constitue un objectif particulièrement important en période de crise. Pour effectuer ses contrôles, le réviseur doit entrer dans l'intimité de l'entreprise, dont il apprend à comprendre le fonctionnement et les risques. A la fin de ses investigations, bien que le réviseur ne dispose pas du même niveau de perception que les dirigeants, il s'en rapproche, ce qui peut provoquer à son égard, une méfiance semblable à celle qu'on attache aux dires du chef d'entreprise. Ce risque de préjugé est bien présent lorsque l'entreprise est confrontée à des problèmes de continuité de son exploitation – nous en débattons ci-dessous dans la section 7.5. Le réviseur doit y être particulièrement attentif, car cela soulève la question essentielle de son indépendance, qui est un des fondements de sa crédibilité.

Le contrôle externe des états financiers suppose que celui qui émet un rapport destiné aux tiers (les parties prenantes) soit indépendant des dirigeants de l'entité qui ont établi cette information. Si l'objectif est de garantir la crédibilité de l'information aux yeux des tiers, l'indépendance du réviseur est fondamentale. Sans elle, il ne peut remplir une fonction d'« homme de confiance dans les relations sociales »⁽¹⁸⁾.

202. Il n'y a pas de raison pertinente pour que les règles qui gouvernent l'indépendance du réviseur d'entreprises soit interprétées de façon différente selon qu'il exerce

⁽¹⁷⁾ C'est à dessein que nous utilisons le terme « réduire » car combler cette asymétrie est vraisemblablement impossible. En effet, cela pourrait, d'une part, nécessiter des adaptations législatives et, d'autre part, aboutir à une accumulation d'informations difficilement assimilables.

⁽¹⁸⁾ Cette théorie justifiant le besoin de l'audit fut développée avant la seconde guerre mondiale par TH LIMPERG « *Theory of Inspired Confidence* » University of Amsterdam, Amsterdam, 1932. Elle a influencé les travaux qui ont conduit à la création de l'Institut des réviseurs d'entreprises par la loi du 22 juillet 1953 et jusqu'à la réforme du révisorat en 1985 citée ci-dessous.

sa mission de commissaire de la société ou lorsqu'il fait rapport au conseil d'entreprise constitué au sein de cette société. C'est une conséquence du principe de l'unicité du contrôle légal des comptes⁽¹⁹⁾ consacré par l'inclusion de la mission de contrôle des informations à fournir au conseil d'entreprise dans le Code des sociétés. Toutes les mesures restrictives en matière de conflits d'intérêts potentiels découlant de relations personnelles, financières, d'affaires, d'emploi ou autres⁽²⁰⁾, en matière d'incompatibilités, d'interdiction des missions autres que le contrôle des comptes, en matière de rémunération⁽²¹⁾ s'appliquent à la fonction de commissaire sans qu'il y ait lieu d'établir des distinctions liées aux différents rapports qu'il est appelé à signer. Il en va de même du principe de scepticisme professionnel mis en évidence par la loi portant organisation de la profession de réviseur d'entreprises⁽²²⁾.

Dans certains cas, le contrôle de l'information du conseil d'entreprise est confié à un réviseur qui n'est pas le commissaire, par exemple si le conseil d'entreprise est constitué dans la succursale d'une société étrangère. Les mêmes règles sont d'application dans ces circonstances (art. 3:94 CSA⁽²³⁾)

203. La loi et la doctrine professionnelle soulignent que l'indépendance s'apprécie à deux niveaux indissociables : « (1) l'indépendance d'esprit, à savoir l'attitude morale qui vise à ce que seules les considérations en rapport avec la tâche confiée sont prises en compte dans le cadre de l'exécution d'une mission révisoriale, et, (2) l'indépendance d'apparence, à savoir la nécessité d'éviter les situations et les faits matériels qui, de par leur importance amèneraient un tiers raisonnable et informé à remettre en question la capacité du réviseur d'entreprises à agir de manière objective. » (art.12, §2 loi du 7 décembre 2016). Dans le contexte des relations sociales, cette approche normative fait bien ressortir le risque que courent les réviseurs s'ils ne prennent pas attention à la façon dont leurs actes et leurs comportements seront ressentis par les membres du conseil d'entreprise.

Il ne suffit pas que le contrôleur légal des comptes soit lui-même convaincu de la qualité de son travail et de sa parfaite objectivité dans l'opinion qu'il émet. Encore faut-il que ceux à qui il s'adresse, ceux que la loi qualifie de tiers raisonnables et informés, partagent ce sentiment. Cela deviendra difficile si les actes (l'apparence) ne confirment pas la parole. Malheureusement, la pratique a démontré qu'il n'en va pas toujours ainsi et les excès d'un petit nombre ont provoqué l'intervention sévère des autorités de

⁽¹⁹⁾ Ce principe fut établi par la loi du 21 février 1985 relative à la réforme du revisorat d'entreprises (M.B., 18 février 1985). Il se distingue par exemple de la législation française qui distingue les fonctions de commissaire aux comptes et les fonctions d'expert auprès du comité d'entreprise qui seront également confiées à un professionnel mais différent de celui qui est appelé à certifier les comptes annuels et consolidés de la société. Voyez H. OLIVIER « Nouveau régime du contrôle et des fonctions de commissaire » *Annales de Droit de Liège*, 1985, p.39.

⁽²⁰⁾ Voyez les articles 12 à 16 de la loi du 7 décembre 2016 portant organisation de la profession et de la supervision publique des réviseurs d'entreprises (précitée).

⁽²¹⁾ Ces règles sont déterminées par les articles 3:62 à 3:65 CSA.

⁽²²⁾ Art. 15 de la loi du 7 décembre 2016 précitée.

⁽²³⁾ Anciennement art. 162 C. Soc.

régulation des marchés financiers puis du législateur ⁽²⁴⁾. A l'égard du conseil d'entreprise, l'image du réviseur indépendant ne peut être qu'écornée en cas d'absence aux réunions, de non-réponse aux questions ou encore au refus de participer à des réunions préparatoires. Que l'on ne s'étonne pas que, dans ces circonstances, les représentants du personnel n'acceptent pas le renouvellement du mandat de commissaire. C'est dans le respect des bonnes pratiques et l'écoute des attentes exprimées par le conseil d'entreprise que le réviseur peut réellement témoigner de son esprit d'indépendance, inspiré par son éthique personnelle.

204. La loi portant organisation de la profession de réviseurs d'entreprises et le CSA contiennent des règles très développées sur l'indépendance. Ces règles ont été formalisées au début de ce siècle dans un contexte d'harmonisation européenne et mondiale rendu nécessaire par l'apparition de réseaux de cabinets d'audit mieux adaptés pour effectuer un contrôle intégré d'entreprises multinationales.

205. On objectera que ces règles formelles réduisent le risque d'une perte d'objectivité, mais ne la font pas disparaître. C'est vrai puisque l'indépendance est, à la base un état d'esprit. La déontologie s'est développée sur la base d'un mécanisme de risques et sauvegardes ⁽²⁵⁾. Le réviseur doit être conscient du risque qu'il court en certaines circonstances, mais il y a aussi des mesures de sauvegarde qui réduisent ce risque (multiplicité de clients, publicité des honoraires, réglementation, contrôle de qualité, etc.). Un élément qui ne peut être ignoré est la procédure de nomination du réviseur. Selon l'article 3:88 CSA, le commissaire est nommé « *sur présentation du conseil d'entreprise délibérant à l'initiative et sur proposition de l'organe d'administration et statuant à la majorité des voix émises par ses membres et à la majorité des voix émises par les membres nommés par les travailleurs* ».

206. Lorsque l'entité fait partie d'un groupe, autrement dit si elle est contrôlée par une autre société, un « tiers objectif, raisonnable et informé » pensera à juste titre que la direction de la société mère est en mesure d'imposer ses vues aux dirigeants de la filiale. En fonction des circonstances, cette situation d'entreprise liée pourrait constituer un risque particulier pour le commissaire de la filiale et plus particulièrement vis-à-vis du conseil d'entreprise de cette société. L'approche par les risques et sauvegardes permettra d'y apporter une réponse.

⁽²⁴⁾ Bien que la question soit bien plus ancienne, nous nous référons aux scandales financiers du début de ce siècle qui ont conduit à la création des organes de supervision de la profession d'auditeur, le PCAOB aux Etats-Unis ou la Directive européenne 2006/43/CE du 16 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés (JOUE L.43 du 16 juin 2006) et, plus tard le Règlement européen 2005/909/CE du 16 avril 2014 relatif aux exigences spécifiques applicables au contrôle légal des comptes des entités d'intérêt public (JOUE L 158 du 27 mai 2014). On peut aussi se référer à la Recommandation de la Commission européenne du 16 mai 2002 sur l'indépendance du contrôleur légal des comptes dans l'Union européenne : principes fondamentaux » (JOUE L 191 du 19 juillet 2002).

⁽²⁵⁾ Voyez notamment la directive européenne 2006/43/CE du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés (considérant 11 et art.22.2) JOUE L 157 du 9 juin 2006, ainsi que le code d'éthique professionnelle IESBA Handbook 2016 paragraphe 290.100

207. L'accroissement de la taille des cabinets d'audit au cours des dernières décennies impose de prêter une attention particulière au respect des règles d'indépendance dans le cadre d'une société ou d'un réseau regroupant plusieurs cabinets. D'une part, la mission de commissaire peut être exercée par une société de réviseur d'entreprises (qualifiée de « cabinet d'audit » par la loi ⁽²⁶⁾), d'autre part il faut éviter que l'indépendance des personnes physiques qui exécutent les travaux de contrôle soit influencée indûment par leurs associés ou autres personnes extérieures à l'audit ⁽²⁷⁾.

Une des questions qui a largement retenu l'attention est le risque de perte d'indépendance lorsque le cabinet auquel appartient le réviseur effectue plusieurs missions de contrôle et de conseil auprès d'une même client. Ceci fait apparaître un danger réel de conflit d'intérêts et d'auto-révision que le législateur condamne. Plusieurs services non-audit sont expressément interdits au commissaire (association à la gestion de l'entreprise, tenue de la comptabilité, etc. art. 3:63 CSA ⁽²⁸⁾). Pour éviter que les règles ne puissent être contournées, ces interdictions étendues aux employés et collaborateurs du commissaire, mais aussi aux membres du réseau auquel ce dernier appartiendrait. ⁽²⁹⁾

208. D'autres mesures restrictives ont été introduites pour les entités d'intérêt public, et dans certains cas leurs filiales. On citera la limitation des honoraires qui peuvent être perçus par le cabinet ou le réseau du commissaire pour des missions autres de la

⁽²⁶⁾ Art. 1^{er}, 5^o de la loi du 7 décembre 2016 précitée.

⁽²⁷⁾ L'article 14 de la loi du 7 décembre 2016 interdit aux actionnaires, aux membres de l'organe de gestion ou aux personnes liées à un cabinet d'audit, d'intervenir dans l'exécution de la mission révisoriale d'une façon pouvant compromettre l'indépendance ou l'objectivité du réviseur qui effectue la mission.

⁽²⁸⁾ Anciennement art. 133 C. Soc. En particulier, selon le §2 du nouvel article du CSA, il convient d'entendre par « services non-audit interdits »:

« 1^o des services qui supposent d'être associé à l'administration ou à la prise de décision de la société soumise au contrôle légal;

2^o la comptabilité et la préparation de registres comptables et d'états financiers ;

3^o la conception et la mise en œuvre de procédures de contrôle interne ou de gestion des risques en rapport avec la préparation et/ou le contrôle de l'information financière ou la conception et la mise en œuvre de systèmes techniques relatifs à l'information financière ;

4^o les services d'évaluation, notamment les évaluations réalisées en rapport avec les services actuariels ou les services d'aide en cas de litige ;

5^o les services liés à la fonction d'audit interne de la société soumise au contrôle légal ;

6^o les services ayant trait à : (a) la négociation au nom de la société soumise au contrôle légal; (b) l'exercice d'un rôle de défenseur dans le cadre de la résolution d'un litige; et (c) la représentation de la société soumise au contrôle légal dans le règlement de litiges, fiscaux ou autres; (Voyez en outre le §3 qui renforce ces limitations pour les entités d'intérêt public)

7^o les services de ressources humaines ayant trait à certains membres de la direction, à la structuration du modèle organisationnel et au contrôle des coûts. »

⁽²⁹⁾ Voyez l'article 3:63, §1^{er} CSA (anciennement art. 133 §1^{er} C. Soc.) ainsi que les §4 à §6 qui modèrent quelque peu l'interdiction à l'égard des sociétés qui ne sont pas des entités d'intérêt public et des sociétés liées hors Union européenne, ou encore l'article 16, §4 de la loi du 7 décembre 2016.

révision⁽³⁰⁾ et plus récemment la limitation du nombre de renouvellements possibles des mandats dans les entités d'intérêt public⁽³¹⁾.

7.4.3. Confidentialité, discrétion et secret professionnel

209. Les dirigeants d'une entreprise sont responsables de leur gestion, mais aussi de la façon dont ils en rendent compte dans plusieurs circonstances : les comptes annuels qu'ils soumettent à l'approbation de l'assemblée générale, l'information des conseils d'entreprises, la déclaration à l'impôt sur les revenus et autres impôts, etc. Si un contrôle externe intervient, ce ne peut être qu'en deuxième ligne, pour donner une opinion indépendante le caractère fidèle et complet des rapports des dirigeants. Nous avons commenté ci-avant l'article 3:83 CSA sur l'information du conseil d'entreprise. Les rôles respectifs des trois parties sont bien définis en théorie et dans les réglementations : fournisseurs de l'information (dirigeants), contrôleur externe indépendant (commissaire ou réviseur), récepteur de l'information (conseil d'entreprise).

210. Selon le principe général du secret professionnel établi par le Code pénal, l'information obtenue sous le sceau de la confiance ne peut pas être révélée aux tiers⁽³²⁾. Ce principe général est nécessaire pour garantir que les dirigeants donneront à un contrôleur l'accès à tous les documents indispensables pour émettre son opinion. A juste titre, la loi l'applique au contrôleur externe qui donne une opinion sur des informations dont d'autres sont responsables. Observons d'ailleurs que le Code de droit social l'applique également dans certains cas aux représentants des travailleurs dans le conseil d'entreprise.⁽³³⁾

La plupart des données des comptes annuels ou d'autres documents publiés par l'entreprise sont des données globalisées, c'est-à-dire que les opérations de même nature sont regroupées. Le réviseur devra vérifier que le regroupement est correctement effectué, mais il ne pourrait en donner le détail sans violer son obligation au secret.

⁽³⁰⁾ Art. 3:64 CSA ainsi que l'art. 4 du Règlement 537/2014 européen du 16 avril 2014 relatif aux exigences spécifiques applicable au contrôle légal des comptes des entités d'intérêt public. Le paragraphe 290.215 du Code of Professional Ethics de l'IESBA contient aussi un principe (qui figurait dans l'art.13 de l'AR du 10 janvier 1994 relatif aux obligations des réviseurs d'entreprises) selon lequel « *When the total fees from an audit client represent a large proportion of the total fees of the firm expressing the audit opinion, the dependence of that client and concern about losing the client creates a self-interest or intimidation threat. (...)* »; (trad : lorsque le total des honoraires provenant d'un client d'audit représente une large proportion du montant total des honoraires du cabinet exprimant une opinion, la dépendance vis-à-vis de ce client et la préoccupation à propos de la perte de ce client créent un risque d'intérêt personnel et un risque d'intimidation).

⁽³¹⁾ Art. 3:61, §2 CSA – la disposition a pour but d'éviter que le même cabinet ne reste trop longtemps en fonction auprès d'une même société, bien que les exceptions figurant dans le § 3 en réduisent la portée; Voyez aussi l'article 22, §3 de la loi du 7 décembre 2016 imposant la rotation des membres de l'équipe d'audit dans le même objectif.

⁽³²⁾ L'article 86 de la loi du 7 décembre 2016 portant organisation de la profession et de la surveillance publique des réviseurs d'entreprises applique l'article 458 du code pénal aux réviseurs d'entreprises, aux cabinets d'audit, aux stagiaires et aux personnes dont ils répondent.

⁽³³⁾ Art. 192 Code pénal social (se substituant à l'article 30 de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie) Voyez ICCI « *Le rôle du réviseur d'entreprises à l'égard du conseil d'entreprises* » précité, n° 511 à 523.

Le caractère absolu de la règle assortie de sanctions pénales pose cependant des questions. Est-elle justifiée lorsque les dirigeants ne donnent pas une information qu'ils sont légalement obligés de communiquer (parfois même sous peine d'une sanction pénale) ? Jusqu'où faut-il pousser le principe en cas de fraude certaine ou suspectée ou lorsque la continuité de l'entreprise est menacée ? Que faire lorsqu'un débat est ouvert avec les membres du conseil d'entreprise dans des circonstances où l'entreprise est engagée dans une négociation avec des tiers ?

211. D'abord, on ne peut donner au secret professionnel une portée qu'il n'a pas. Seule l'information « secrète » doit être protégée. En d'autres termes, si elle est publique, par exemple lorsqu'elle est reproduite dans un document public tel que les comptes annuels ou le rapport de gestion, il ne peut être question de secret professionnel. Ainsi, lorsque les dirigeants fournissent une information à un tiers, par exemple le conseil d'entreprise ou le président du tribunal de l'entreprise, voire même à un fournisseur de crédit, ils peuvent demander au réviseur de donner son opinion sur la sincérité et la fidélité de ces données sans que cela pose un problème de secret professionnel vis-à-vis des personnes concernées ; le réviseur n'a « révélé » aucune information puisqu'elle a été fournie par les dirigeants de l'entreprise.

212. La question est plus délicate lorsqu'une information dont la communication est requise n'a pas été donnée. Certes, le réviseur d'entreprises sera tenu de le dire dans son rapport sous peine d'enlever tout intérêt à sa mission. Il s'agit d'ailleurs d'une exception légale au principe du secret professionnel. ⁽³⁴⁾ Est-il envisageable pour autant que le rapport mentionne la donnée manquante ? On peut ici se référer à l'article 3:83, 4° CSA ; le réviseur a pour mission « *s'il estime ne pas pouvoir délivrer la certification visée au 2°, ou s'il constate des lacunes dans les informations économiques et financières transmises au conseil d'entreprise, d'en saisir l'organe d'administration, et, si celui-ci n'y donne pas suite dans le mois qui suit son intervention, d'en informer d'initiative le conseil d'entreprise* ».

Pour ce qui concerne l'information de base et l'information annuelle, il est d'usage que le commissaire de la société communique ses observations aux dirigeants suffisamment tôt pour permettre de rectifier des erreurs qui peuvent être corrigées. A défaut, il en fera mention dans son rapport remis au conseil d'entreprise. Pour cette raison, la procédure prévue par l'article 3:83, 4° CSA sera exceptionnelle en pratique.

En revanche, la loi ne prévoit aucun rapport spécifique sur les informations périodiques et occasionnelles en général très pertinentes en cas de difficultés financières. Une mention dans le rapport annuel sera souvent bien tardive. C'est pourquoi l'application de l'article 3:83, 4° CSA revêt ici une importance particulière. Si, dans l'exercice de ses

⁽³⁴⁾ Selon l'article 458 du Code pénal, la sanction pénale n'est pas applicable lorsque les secrets qu'on leur confie sont révélés dans « *le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice ou devant une commission d'enquête parlementaire et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets* ». L'article 86 de la loi précitée du 7 décembre 2016 établit d'autres exceptions. Il est intéressant d'observer que dans plusieurs paragraphes, la loi établit qu'une exception à l'obligation au secret est établie pour la « communication d'informations y compris confidentielles » (notamment le §1^{er}, 6° et 8°). Ils soulignent que l'exception n'enlève en rien le caractère confidentiel de ces données mais leur communication est faite à des personnes déterminées dans un but précis et restreignant dès lors l'utilisation qui peut en être faite.

travaux normaux de révision, le réviseur constate des lacunes, il appliquera la procédure légale prévue. Dans les cas extrêmes, après le délai d'un mois, le réviseur d'entreprises serait tenu d'en informer d'initiative le conseil d'entreprise par l'intermédiaire de son secrétaire. Il ne s'agit pas d'un rapport, mais de la mention des dispositions réglementaires qui n'auraient pas été respectées. En omettant l'information, l'organe de gestion se met volontairement dans une situation d'illégalité ou à tout le moins de conflit avec le réviseur, car il pourrait y avoir doute sur l'obligation de communiquer certaines données ou sur le caractère ou non partiel d'une telle communication.

213. La loi détermine d'autres circonstances dans lesquelles l'information doit être donnée par le réviseur indépendamment de l'action ou de l'inaction de l'organe de gestion. Citons comme exemples principaux, les infractions constatées au CSA ou aux statuts de la société (art. 3:71 CSA ⁽³⁵⁾), l'information du président du tribunal de l'entreprise lorsque l'organe d'administration ne réagit pas à un courrier notifiant des faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise (art. 3:39 CSA) ou encore la communication de soupçons de blanchiment à la Cellule de Traitement des Informations Financières (CTIF) ⁽³⁶⁾.

214. A l'inverse, même lorsque la loi pénale ne s'applique pas, le principe déontologique de confidentialité ou l'opportunité d'une certaine discrétion pourraient s'imposer. Pensons à la situation qui se présente lorsque les comptes annuels sont discutés au sein du conseil d'entreprise avant l'assemblée générale. Le document n'est pas encore approuvé et n'étant pas connu, son contenu n'est pas disponible pour le public, par exemple les clients ou fournisseurs de l'entreprise. Ceci n'appelle aucun commentaire du point de vue du secret professionnel puisque la loi elle-même a déterminé la séquence de l'information. En revanche, il se peut qu'une certaine discrétion soit nécessaire.

215. Le législateur a envisagé cette possibilité. Il définit une procédure de dérogation dans des cas limités et la violation des règles prévues pourrait donner lieu à une sanction à l'encontre du membre fautif du conseil d'entreprise, pour violation du secret professionnel ⁽³⁷⁾. Sans aller aussi loin, d'accord entre les parties au sein du conseil d'entreprise, il arrivera que le calendrier ou la forme de certaines communications soient adaptées pour éviter de porter préjudice au succès de certaines transactions. Les

⁽³⁵⁾ Anciennement art.140 C. Soc.

⁽³⁶⁾ Dans ce cas, la communication *devra* même être faite sans en informer quiconque au sein de l'entreprise. Art. 55 de la loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces (*M.B.*, 6 octobre 2017)

⁽³⁷⁾ L'article 27 de l'arrêté royal du 27 novembre 1973 permet une telle dérogation subordonnée à l'approbation préalable d'un fonctionnaire commissionné par le Ministre des affaires économiques. La violation de la procédure par un membre du conseil d'entreprise serait punissable pour violation du secret professionnel en application de l'article 192 du code pénal social (se substituant à l'article 30 de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie) Voyez ICCI « *Le rôle du réviseur d'entreprises à l'égard du conseil d'entreprises* » précité, n° 511 à 523. Observons cependant que les dérogations ne sont possibles que dans les cas prévus par l'article 27 ; ceux-ci recouvrent cependant des informations qui sont également mentionnées dans l'annexe des comptes annuels comme par exemple certaines informations par secteur

membres du conseil d'entreprise partagent en l'espèce le même souci d'éviter de causer un préjudice à l'entreprise et ceci ne nous paraît en rien contraire à la loi ; c'est même conforme à son esprit lorsque la décision est prise de commun accord.

d'activités ou des données en matière de recherche ou de développement. Il importe toutefois de souligner qu'en pratique, cet article est peu appliqué. Voyez aussi l'article 6 de la Directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne (*JOCE* L 80 du 23/3/2002)

7.5. INFORMATION DU CONSEIL D'ENTREPRISE EN CAS DE PROBLEME DE CONTINUITE

7.5.1. Généralités

216. Si l'attestation des états financiers est au cœur de la mission du commissaire, la continuité des activités de l'entreprise apparaît comme un aspect fondamental que nous pouvons commenter sous trois aspects : les règles d'évaluation des états financiers, la réglementation et l'information spécifique du conseil d'entreprise.

7.5.2. Les règles d'évaluation dans les états financiers

217. L'établissement des comptes annuels s'appuie sur le principe fondamental de la continuité de l'exploitation, c'est-à-dire de la poursuite des activités. Celui-ci suppose que l'entreprise soit en mesure de poursuivre ses activités pendant un avenir prévisible, qui s'étale au minimum — sans toutefois s'y limiter — sur douze mois à compter de la date de clôture de l'exercice ⁽³⁸⁾.

218. La norme d'audit ISA 570 (§11) dispose que « *Tout au long de l'audit, l'auditeur doit rester attentif aux éléments probants indiquant des événements ou des conditions qui sont susceptibles de jeter un doute important sur la capacité de l'entité à poursuivre son exploitation.* » En cas d'incertitudes significatives sur la capacité de l'entité à assurer le maintien de ses activités, le commissaire doit, d'une part, apprécier les plans d'actions futures de la direction pour faire face aux difficultés mises en évidence et, d'autre part, déterminer si la mise en œuvre de ces plans sera réalisable et susceptible d'améliorer la situation. Les procédures d'audit ⁽³⁹⁾ à mettre en œuvre par le commissaire comprennent entre autres :

- l'appréciation des plans d'actions futurs de la direction pour faire face aux problèmes relevés lors de son évaluation et de déterminer si la mise en œuvre de ceux-ci sera susceptible d'améliorer la situation ; et
- l'examen des prévisions de flux de trésorerie, c'est-à-dire en particulier :
 - évaluer la fiabilité des données sous-jacentes utilisées pour établir ces prévisions ;
 - s'assurer de la justification adéquate pour appuyer les hypothèses servant de base à ces prévisions.

219. Au terme de ces travaux, si les éléments probants quant à la continuité de l'entreprise ne sont pas satisfaisants ou présentent des incertitudes, le rapport du commissaire comporte « une déclaration sur d'éventuelles incertitudes significatives liées à des événements ou à des circonstances qui peuvent jeter un doute important sur la capacité de l'entité à poursuivre son exploitation » ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁸⁾ Avis 2018/18 de la Commission des Normes comptables du 11 juillet 2018 « Going concern – Règles d'évaluation en cas de cessation ou de cessation partielle des activités d'une société » paragraphe 13.

⁽³⁹⁾ Norme ISA 570 « Continuité de l'exploitation ».

⁽⁴⁰⁾ Article 3:75 CSA reprenant l'article 28 de la directive 2014/56/UE du 16 avril 2014 modifiant la directive 2006/43/CE concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés.

C'est ainsi qu'en attestant sans réserve les comptes annuels d'un exercice, le commissaire affirme implicitement qu'il n'a pas eu connaissance d'information probante susceptible de mettre en cause la pérennité de l'entreprise au cours de l'exercice suivant. Il engage sa responsabilité vis-à-vis des différentes parties prenantes et, en particulier, à l'égard des membres du personnel de l'entreprise.

220. Vu que les états financiers et le rapport de gestion ainsi que le rapport du commissaire font partie de l'information annuelle communiquée au conseil d'entreprise, cela fait partie du rôle pédagogique à assumer par le réviseur que d'expliquer aux représentants du personnel, la portée de son rapport en matière de continuité de l'entreprise. Lorsque son rapport ne comprend pas de remarque sur la continuité, il importe d'attirer l'attention du conseil d'entreprise sur le fait que sa responsabilité ne le transforme pas en garant ultime de la pérennité des activités. L'article 3:75, §4 CSA précise en effet que *« l'étendue du contrôle légal des comptes ne comprend pas d'assurance quant à la viabilité future de l'entité contrôlée ni quant à l'efficacité ou l'efficacité avec laquelle l'organe de direction ou l'organe d'administration a mené ou mènera les affaires de l'entité »*.

221. Quelles que soient la qualité du jugement professionnel et la connaissance de l'entreprise, on ne peut, en effet, lever tous les doutes sur l'importance des conséquences de certains événements ou circonstances susceptibles d'affecter la poursuite de l'exploitation.

Le degré d'incertitude est, entre autres, directement lié à :

- la perspective plus ou moins lointaine de survenance d'événements particuliers ;
- la disponibilité d'informations quant aux risques propres à ces événements ;
- la nature, l'étendue et la complexité des activités de la société ;
- la sensibilité de l'exploitation aux variations de facteurs externes.

222. Il importe de rappeler que la dix-neuvième bonne pratique déclare que « Le réviseur d'entreprises doit expliquer au conseil d'entreprise la portée de son opinion dans le cadre de la continuité des activités. »

7.5.3. Les règles du droit des sociétés et du Code de droit économique

223. La mission de commissaire ne se limite pas à des préoccupations liées aux états financiers. Par sa connaissance de l'entreprise, son jugement indépendant et la permanence de sa fonction, il remplit les conditions nécessaires pour jouer un rôle spécifique lorsque cette entreprise connaît des difficultés financières. Il est un guetteur des indicateurs de défaillance de l'entreprise dont il est le commissaire. Il s'agit d'une mission d'ordre public dont l'ambition s'étend au-delà de la stricte continuité de l'entreprise dans le contexte du contrôle des comptes annuels.

224. Cette responsabilité ressort de plusieurs dispositions inscrites dans le CSA sous forme de procédures de sonnette d'alarme et d'alerte. Le système est actionné dans trois circonstances particulières qui reçoivent nécessairement une certaine publicité :

- lorsque le compte de résultats fait apparaître une perte pendant deux exercices successifs ou une perte reportée dans le bilan (art. 3:6, 6° CSA)⁽⁴¹⁾;

⁽⁴¹⁾ Anciennement art. 96,6° C. Soc.

- si l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié ou aux trois-quarts du capital social (art. 7:228 CSA ⁽⁴²⁾);
- lorsque le commissaire constate des faits graves et concordants pouvant conduire à la discontinuité (art. 3:69 CSA) ⁽⁴³⁾

225. Les deux premières hypothèses, souvent qualifiées de « sonnette d'alarme » ⁽⁴⁴⁾, s'appuient sur une information purement comptable. À l'instar de la vérification de l'hypothèse de continuité dans les états financiers, le commissaire qui constate l'une de ces situations doit s'informer des mesures correctrices en préparation et s'en inquiéter auprès de l'organe de gestion si ce dernier reste inactif. Les mesures de redressement sont à mentionner dans le rapport de gestion ou, en cas de perte importante affectant plus de la moitié du capital, dans un rapport spécial. Le respect de la procédure de sonnette d'alarme est de rigueur dans les circonstances définies par la loi, même si elles ne conduisent pas automatiquement à une situation de discontinuité. L'objectif est de contribuer à la prise de conscience par la direction de la nécessité de réagir et de s'interroger sur les conditions de la poursuite des activités.

226. La troisième hypothèse, assez différente, résulte d'un texte qui donne un rôle actif au commissaire face à des risques significatifs de discontinuité. Le déclenchement de la procédure d'alerte fait appel au jugement professionnel du commissaire qui appréciera si des événements et des phénomènes, constatés au cours de sa mission, peuvent être qualifiés de « faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise ». Cela est vraisemblable en cas de déséquilibre de l'endettement ou de besoin de trésorerie dans un contexte de rentabilité obérée, ce qui se traduit par l'incapacité à assurer le paiement des dettes courantes. Le réviseur est amené à réaliser une véritable démarche de diagnostic de l'entreprise, dès la constatation de faits de nature à compromettre la continuité d'exploitation.

227. Lorsque sa conviction est faite sur la gravité des faits, le réviseur interroge l'organe de gestion sur les mesures qui ont été étudiées et examinées pour faire face aux difficultés constatées et l'oblige à en délibérer dans le mois. L'intervention proactive du commissaire et les difficultés mises en évidence constituent des événements qui, habituellement, ne laissent pas indifférents les responsables de la gestion d'une entreprise. Dans de telles situations, le commissaire veille à développer les contacts avec la direction et à lui apporter les éventuels supports techniques qui seraient nécessaires. Il se gardera toutefois de toute immixtion dans la gestion en influençant activement la prise de décision.

En l'absence de réaction appropriée des organes de gestion, le commissaire peut, après le délai d'un mois de l'envoi de son courrier, décider d'en informer le Président du tribunal de l'entreprise. L'utilisation du terme « peut » donne une certaine marge

⁽⁴²⁾ Anciennement art. 633 C. Soc. ; l'article 332 équivalent pour la SPRL n'a pas été repris dans le CSA.

⁽⁴³⁾ Anciennement art. 138 C. Soc. ; Observons que le champ d'application de cette disposition a été étendu à toute les entreprises même lorsqu'elles n'ont pas de commissaire par l'effet de l'article XX. 23, §3 du Code de droit économique.

⁽⁴⁴⁾ Expression retenue par le CSA dans le titre de la section 4 du livre 7, Titre V, Chapitre 3 réglementant notamment la procédure en cas de perte partielle du capital.

d'interprétation au commissaire pour apprécier la manière dont l'organe de gestion réagit à son interpellation. Si ce dernier reste passif dans le délai d'un mois ou si les mesures envisagées ne donnent pas une réponse adéquate au problème soulevé, il paraît certain que l'information du président du tribunal deviendrait nécessaire au risque de mettre en cause la responsabilité du commissaire ⁽⁴⁵⁾.

228. Les représentants du personnel au conseil d'entreprise seront informés de la mise en œuvre de la procédure dite "sonnette d'alarme" (deuxième hypothèse), puisqu'ils ont le droit d'obtenir préalablement tous les documents transmis aux actionnaires avant les assemblées générales. De plus, ils recevront copie du procès-verbal de cette assemblée dans laquelle les décisions sont consignées ainsi que l'intervention éventuelle du commissaire. Si ce document est imprécis, on peut aussi envisager que le conseil d'entreprise interpelle tant les dirigeants que le commissaire à ce sujet.

229. En ce qui concerne la troisième hypothèse dite "procédure d'alerte", l'obligation d'informer le conseil d'entreprise est moins claire. Il serait souhaitable que, en cas de faits préoccupants, le commissaire veille à ce que le chef d'entreprise (l'organe de gestion) transmette sans délai une information suffisante au conseil d'entreprise. Tel est bien un des objectifs de l'information occasionnelle visée par l'article 25 de l'AR du 27 novembre 1973 (ci-dessous point 231). En revanche, demander au commissaire d'informer le conseil d'entreprise d'initiative à propos de la procédure d'alerte ou de communiquer le contenu du courrier transmis au président du tribunal de l'entreprise requerrait sans doute une modification de la réglementation ⁽⁴⁶⁾.

7.5.4. L'information spécifique du conseil d'entreprise – généralités

230. Les procédures d'information et de consultation des représentants du personnel améliorent l'anticipation des difficultés des entreprises et contribuent à une gestion proactive et négociée des restructurations, ce qui limite les risques de conflits sociaux ⁽⁴⁷⁾.

L'un des objectifs des informations économiques et financières (IEF), souligné dans l'exposé de la loi de 1948 rappelé en introduction (ci-dessus Point 7.1), est d'associer plus étroitement les travailleurs à la marche de l'entreprise. Cet objectif suppose que les représentants du personnel soient informés, correctement et à temps, quelle que

⁽⁴⁵⁾ Il en irait autrement si par exemple le conseil d'administration a bien été convoqué mais à une date qui dépasse un peu le délai légal d'un mois. De même, dans un groupe, le commissaire peut avoir obtenu des engagements précis de la société mère sur le fait que la poursuite de l'exploitation n'est pas en cause.

⁽⁴⁶⁾ Le Conseil de l'IRE, dans son Mémoire 2014, suggère de donner au réviseur un rôle plus actif vis-à-vis du Conseil d'entreprise en impliquant et en informant celui-ci dès la phase préventive de la procédure d'alerte prévue par l'article 138 du Code des sociétés. Il considère qu'une modification de cet article devrait être apportée dans ce sens.

⁽⁴⁷⁾ Citons à cet égard le considérant 9 de la Directive européenne 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne «*Une information et une consultation en temps utile constituent une condition préalable à la réussite des processus de restructuration et d'adaptation des entreprises aux nouvelles conditions induites par la mondialisation de l'économie, notamment au travers du développement de nouveaux modes d'organisation du travail.*» (JOUE L 080 du 23 mars 2002).

soit la situation de l'entreprise. Dans un contexte de crise économique, le personnel s'inquiète, en effet, de tout signe annonciateur de difficulté pour l'entreprise.

231. Lors de la survenance d'événements, de circonstances et de décisions (avant leur exécution) risquant de mettre en cause la continuité totale ou partielle des activités, et, par conséquent, le niveau de l'emploi, le conseil d'entreprise doit en être informé sans attendre. C'est ce que l'arrêté royal du 27 novembre 1973 qualifie d'*information occasionnelle* ⁽⁴⁸⁾. De telles situations imposent en effet que soient alimentés le dialogue social et le débat sur les perspectives de pérennité et de développement de l'entreprise. Au cas où le réviseur constaterait que des données essentielles pour la bonne compréhension de l'évolution des activités n'ont pas été communiquées au conseil d'entreprise, il devrait le signaler à la direction. Si celle-ci n'y donne pas suite dans le mois qui suit son intervention, il le signalerait au conseil d'entreprise (ci-dessus point 212). Il importe également de mentionner que la communication des informations périodiques prévues par l'arrêté royal doit contribuer à percevoir à temps la survenance des risques de discontinuité en faisant le point régulièrement et d'une manière pertinente sur l'évolution des activités.

232. Outre le fait que si l'intention de la direction est de procéder à un licenciement collectif, la convention collective de travail n° 24 et la loi Renault imposent, sous peine de sanctions, une procédure de consultation préalable des représentants du personnel, les obligations de l'employeur de transmettre des informations concernant des faits préoccupants ont été traitées dans plusieurs dispositions légales et réglementaires, notamment :

- en matière économique et financière, « chaque fois que se produisent des événements susceptibles d'entraîner pour l'entreprise des conséquences importantes et dans tous les cas où interviennent des décisions internes susceptibles d'avoir des répercussions importantes sur l'entreprise » (art. 25-26, AR 27 novembre 1973).
- concernant les perspectives générales de l'entreprise, « les décisions susceptibles d'entraîner des modifications importantes dans l'organisation du travail ou les contrats de travail » (art. 4, al.3, CCT n° 9).
- en matière d'emploi, « lorsqu'en dérogation aux prévisions en matière d'emploi [...], le chef d'entreprise est amené à procéder à des licenciements ou à des recrutements collectifs pour des raisons économiques ou techniques » (art. 7, CCT n° 9).

⁽⁴⁸⁾ L'article 25 de l'Arrêté royal du 27 novembre 1973 portant réglementation des informations économiques et financières à fournir aux Conseils d'entreprises définit l'information occasionnelle : les événements et les décisions internes susceptibles d'avoir des répercussions importantes sur l'entreprise.

Les commentaires de cet article donnent les exemples d'incendie, de perte importante de clientèle, de difficultés d'approvisionnement, des causes de chômage économique, de problèmes graves de trésorerie qui entraînent notamment des retards de paiement à l'ONSS, à la TVA, aux contributions directes ou à des créanciers privilégiés ainsi que des décisions de restructuration, de fermeture d'activités, de fusion, d'OPA, de licenciement collectif, de changement d'actionnaire. Ces informations doivent être accompagnées de commentaires relatifs aux conséquences attendues sur la situation des travailleurs et le développement des activités. Si elles comprennent des données chiffrées, celles-ci doivent être transmises aux membres du Conseil sous forme de résumé écrit (art. 26 de l'A.R. précité).

- au sujet de l'organisation du travail, « les projets et mesures susceptibles de modifier les circonstances et les conditions dans lesquelles s'exécutent le travail dans l'entreprise ou dans une de ses divisions » (art. 10, CCT n° 9).
- sur la structure de l'entreprise, « en cas de fusion, concentration, reprise ou fermeture ou autres modifications de structure importantes négociées par l'entreprise » (art. 11, CCT n° 9).

233. Afin de permettre au conseil d'entreprise de situer correctement le contexte d'une information occasionnelle particulière, il semble important que l'employeur s'applique à expliquer sa vision stratégique et les conséquences des faits préoccupants en termes de continuité des activités. Il est, en effet, compréhensible que les représentants du personnel exigent des explications sur la situation économique et financière de leur entreprise ainsi que sur les modalités de toute restructuration.

234. La mission du commissaire englobe la vérification du caractère complet de l'information occasionnelle transmise au Conseil d'entreprise. Aucun rapport spécifique n'est établi à ce sujet. Sous réserve de l'application de l'article 3:83, 4° CSA ⁽⁴⁹⁾, c'est au plus tard à l'occasion du rapport sur l'information annuelle que le commissaire confirmera (ou non), notamment, qu'il ne manque aucun élément susceptible d'altérer l'opinion sur la situation réelle de l'entreprise.

Dans l'exercice de son mandat de commissaire, le réviseur est un observateur vigilant de tous les risques significatifs de discontinuité et autres difficultés de l'entreprise contrôlée. En cas de survenance de faits préoccupants, quelle que soit leur nature, il a le devoir de rappeler, en cas de nécessité, à la direction ses obligations en matière d'informations occasionnelles. Il doit en particulier attirer l'attention de l'employeur sur son devoir d'informer le conseil d'entreprise.

À l'instar de toutes informations économiques et financières à transmettre au conseil d'entreprise, le réviseur s'assure du caractère complet des informations occasionnelles en vérifiant que, d'un point de vue substantiel, les renseignements fournis sont suffisamment clairs et détaillés, tout en considérant l'importance relative et la pertinence de l'information pour la compréhension de la situation économique et financière de l'entreprise. Les représentants du personnel seraient, peut-être, en mesure de se plaindre du comportement inconséquent du réviseur qui ne respecterait pas cette bonne pratique.

7.5.5. L'information spécifique du conseil d'entreprise – le plan de redressement

235. Dans l'application des procédures de sonnette d'alarme ou de procédure d'alerte, tout comme dans les requêtes en réorganisation judiciaire, la loi autant que le bon sens imposent aux dirigeants de proposer des mesures destinées à redresser la situation financière. On parlera de « plan de redressement » sans que ceci ne recouvre un document ayant une forme particulière.

Tout plan de redressement pour sortir une entreprise de ses difficultés financières comprend des tableaux prévisionnels de résultats et de financements en vue de

⁽⁴⁹⁾ Voir le commentaire de cette disposition dans la section 7.4 de la présente contribution, n° 212.

démontrer que les mesures envisagées permettront de rétablir la continuité des activités et d'asseoir un développement durable. La crédibilité de ces prévisions constitue un gage de réussite du redressement et un atout pour obtenir l'adhésion de toutes les parties concernées, non seulement les apporteurs de capitaux, mais également le personnel, dont la contribution comme variable d'ajustement se mesure souvent en termes d'emploi et d'adaptation des coûts.

236. Les compétences et l'expérience professionnelles ainsi que la connaissance du fonctionnement et des activités de l'entreprise acquises par le réviseur dans l'audit de comptes annuels, constituent un bagage précieux pour l'examen d'états financiers prévisionnels.

La possibilité de demander au réviseur d'entreprises un avis sur le plan de redressement a fait débat. Son avis peut être sollicité par les dirigeants, mais, dans ce cas, il doit prêter attention à ne pas dépasser un rôle d'avis technique en évitant toute immixtion dans des décisions de gestion. L'avis peut-il porter sur la pertinence du plan ? C'est plus délicat dans la mesure où il est impossible de donner des garanties sur l'avenir. Pourtant certaines évaluations dans les comptes annuels sont aussi tournées vers le futur et il n'est pas rare que les dirigeants soient invités à donner leur point de vue sur le futur de l'entreprise.

237. La possibilité d'exprimer un avis n'est plus contestée de nos jours. Plusieurs normes existent à ce sujet. D'abord, les informations économiques et financières à fournir aux conseils d'entreprises comprennent des indications sur les perspectives d'avenir à propos desquelles la norme de l'IRE sur la mission du réviseur auprès du Conseil d'entreprises a pris position dès 1992 (adaptée en 2002).

Ensuite, les principes fondamentaux et les modalités pratiques à appliquer pour accomplir des missions d'examen d'informations financières prévisionnelles ont été traités par la doctrine professionnelle et inscrits dans une norme internationale d'audit (ISAE 3400)⁽⁵⁰⁾. Les deux textes sont d'ailleurs largement cohérents.

238. La vérification d'informations prévisionnelles, reprises dans un plan de redressement, apparaît dès lors possible, mais elle doit, assurément, s'effectuer selon un schéma rigoureux. Le réviseur devra rassembler des éléments probants suffisants et appropriés qui permettent d'apprécier le respect de trois conditions nécessaires à la fiabilité des prévisions financières :

- les hypothèses servant de base à l'élaboration des informations prévisionnelles présentent un caractère raisonnable et plausible. Ces hypothèses concernent des événements futurs attendus par la direction et les résultats des actions que celle-ci envisage de prendre. Elles comportent parfois des aspects particulièrement sensibles aux variations qui risquent d'avoir une incidence significative sur les résultats des prévisions ;
- les informations financières prévisionnelles traduisent correctement les hypothèses décrites et sont présentées conformément aux pratiques généralement admises ; et

⁽⁵⁰⁾ IAASB "The Examination of Prospective Information ISAE 3400", *Handbook 2016-2017*, vol. II, p. 216.

- ces informations sont cohérentes avec les états financiers historiques, dont le degré de fiabilité a pu être apprécié. Le réviseur, qui dispose d'un niveau de connaissance suffisant des activités de l'entreprise, est attentif aux éléments indiquant des contradictions et des anomalies significatives.

239. Un rapport ou autre avis sur des états prévisionnelstiendra compte de ces trois éléments. Ainsi, le paragraphe 4.7 de la norme de l'IRE relative à la mission du réviseur d'entreprises auprès du conseil d'entreprise prend position sur ce sujet : « *Lorsque les informations économiques et financières contiennent des informations prévisionnelles, le réviseur d'entreprises mentionnera si elles sont établies selon des méthodes rationnelles et si elles ne présentent aucune contradiction évidente avec les informations dont il a connaissance et l'évolution générale à laquelle on peut raisonnablement s'attendre. Il s'abstiendra d'émettre une opinion sur les possibilités de réalisation des prévisions et les hypothèses sur lesquelles elles se basent.* »

De son côté, le paragraphe 27 de la norme internationale ISAE 3400 décrit le contenu d'un rapport spécifique sur le sujet. Ce rapport doit contenir notamment une opinion sur le fait que l'information prévisionnelle est établie dans le respect d'un cadre conceptuel défini et respecte les hypothèses retenues pour son élaboration (27,h), une déclaration en forme négative sur le fait que les hypothèses fournissent une base raisonnable pour l'information prévisionnelle (27,g) ainsi qu'une mise en garde sur risque relatif à la réalisation des résultats (27,i). Si, à l'occasion de ces travaux, le réviseur constate que le plan de redressement adopte des mesures critiquables sur le plan légal ou à l'égard des normes comptables, afin d'occulter la situation réelle de l'entreprise ou de privilégier certaines parties prenantes, le paragraphe 30 de la norme internationale considère que le rapport doit exprimer des réserves ou une opinion négative sur l'information prévisionnelle.

240. L'examen de tout tableau financier prévisionnel peut aussi faire l'objet d'une mission complémentaire du réviseur à la demande du conseil d'entreprise. Une telle démarche est, en particulier, concevable dans le cadre de la procédure de consultation préalable prévue par la loi Renault. Le commissaire est la personne la mieux placée – et souvent la plus disponible – pour réaliser cette mission, car, outre son indépendance garantie par des règles très sévères, il une connaissance approfondie de la société, sans laquelle une mission à l'égard d'informations prévisionnelles sera toujours plus longue à réaliser et moins efficace (dans la plupart des entreprises moyennes et grandes, la prise de connaissance d'une activité prend des mois).

241. Dans le contexte de la survenance de risques relatifs à la pérennité des activités d'une entreprise, le document sur les bonnes pratiques prône deux principes importants :

- « le réviseur d'entreprises peut être consulté par le chef d'entreprise pour évaluer les informations prévisionnelles des plans de redressement. » – 22eme BP;
- « le chef d'entreprise doit consacrer suffisamment de temps aux perspectives d'avenir. Le réviseur d'entreprises peut, le cas échéant, compléter oralement son explication sur les informations relatives aux perspectives d'avenir. » 24eme BP.

7.6. RESPONSABILITE DU REVISEUR

242. Lorsque le conseil d'entreprise est constitué dans une société, la mission du réviseur d'entreprises vis-à-vis du conseil d'entreprise est confiée au commissaire (art. 3:87 CSA). Les règles de sa responsabilité, qu'elle soit civile, pénale ou disciplinaire sont, pour l'essentiel, les mêmes que pour dans l'exercice des autres tâches du commissaire. En ce qui concerne les sociétés où il n'y a pas de commissaire, il n'en ira pas différemment car l'article 3:94 CSA dispose « *Sauf dérogations prévues par le présent code, les articles 3:58 à 3:71 sont applicables aux réviseurs d'entreprises nommés dans les sociétés où il n'existe pas de commissaire* ».

243. La responsabilité civile pourra être invoquée lorsqu'un préjudice est causé à la personne morale par la faute du commissaire (art. 3:71 CSA)⁽⁵¹⁾. A titre principal, cette faute pourrait consister dans une insuffisance fautive ou une négligence dans la mise en œuvre du contrôle légal des comptes. Le respect ou l'absence de respect des normes d'audit applicables est un élément important dans l'appréciation d'une faute éventuelle. Par norme d'audit, il y a lieu d'entendre d'une part les normes internationales d'audit et d'autre part les normes approuvées conformément à l'article 31 de la loi du 7 décembre 2016 portant organisation de la profession et de la supervision publique des réviseurs d'entreprises. Parmi ces dernières, nous avons attiré l'attention à plusieurs reprises sur la norme du 6 décembre 2002 relative à la mission du réviseur d'entreprises auprès du conseil d'entreprise.

Le commissaire commet également une faute en cas de violation des règles impératives établies par le code des sociétés et des statuts (art. 3:71 al.1^{er} CSA⁽⁵²⁾). Il s'agit d'abord des règles qui définissent son statut et ses fonctions. Ainsi, de toute évidence la description de sa mission envers le conseil d'entreprise par l'article 3:83 CSA fait partie des dispositions dont la violation est visée par le code. Il s'agit en outre des dispositions du code dont il doit contrôler la bonne application (principalement l'information des actionnaires et des tiers) voire même de celles dont il n'est pas obligé de vérifier le respect mais dont il prend connaissance à l'occasion de sa mission générale. A cet égard, l'article 3:71 CSA précise « *Ils ne sont déchargés de leur responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que s'ils prouvent qu'ils ont accompli les diligences normales de leur fonction et qu'ils ont dénoncé ces infractions à l'organe d'administration et, le cas échéant, s'il n'y a pas été remédié de façon adéquate, à l'assemblée générale des actionnaires ou des membres la plus prochaine après qu'ils en auront eu connaissance.* »

244. L'action en responsabilité contre le commissaire est intentée par un organe représentant la société. Sous réserve de l'action minoritaire, la décision appartient à l'assemblée générale (art. 5:103 et 5:104 CSA) Tel n'est pas de cas du conseil d'entreprise.

⁽⁵¹⁾ Pour une étude plus complète voyez N. THIRION et C. BALESTRA « La responsabilité civile du commissaire » in *La responsabilité pénale et disciplinaire du réviseur d'entreprises*, Bruges, la Charte, Etudes IRE 2003, p. 3 à 28.

⁽⁵²⁾ Anciennement art.140 C. Soc.

En revanche, toute personne qui a subi un préjudice causé par la faute du réviseur d'entreprises – ce pourrait être un ou plusieurs membres du conseil d'entreprise au même titre qu'un actionnaire ou une autre personne témoignant d'un préjudice personnel – peut s'appuyer sur le droit commun de la responsabilité civile (art.1382 C.civ.) pour obtenir la réparation du préjudice subi. Notons que l'article 24, § 1^{er}, de la loi du 7 décembre 2016 portant organisation de la profession et de la supervision publique des réviseurs d'entreprises institue une limitation de la responsabilité applicable au préjudice découlant d'une faute civile. L'article 3:71 CSA s'y réfère explicitement.

245. Le réviseur d'entreprises peut être sanctionné de peines de prison ou d'amendes à titre d'auteur co-auteur ou complice d'une infraction à une disposition légale assortie d'une telle sanction pénale⁽⁵³⁾. A titre d'illustrations principales, nous mentionnerons les articles 3:43 à 3:45 CSA relatifs à la violation des règles de forme et de contenu des comptes annuels et aux faux bilans, les articles 3:96 et 3:97 CSA qui concernent directement l'exercice du contrôle légal des comptes et les règles d'indépendance du commissaire, les dispositions légales imposant un secret professionnel (cf. *supra*, n° 210) ou encore les articles 193 à 199 du Code pénal social qui sanctionnent certains manquements à l'obligation d'information et de consultation des travailleurs principalement en cas de transfert ou restructuration d'entreprises. Ces dispositions concernent également la mission du commissaire à l'égard du conseil d'entreprise. En revanche la violation d'autres règles d'information du conseil d'entreprise n'a pas été directement assortie de sanctions pénales.

246. La responsabilité disciplinaire a pour but de sanctionner le réviseur d'entreprises qui commet une infraction aux normes déontologiques et techniques régissant sa profession. L'opprobre qui découle du comportement fautif d'un membre de la profession retombe sur l'ensemble de la profession. Le régime disciplinaire a pour but de protéger la profession contre le danger que lui fait courir un seul de ses membres. Dès la création de l'Institut des réviseurs d'entreprises, la loi a organisé des commissions disciplinaires indépendantes. De son côté, le Conseil de l'Institut a toujours accueilli, instruit et, le cas échéant transmis à ces commissions disciplinaires, les plaintes qui lui étaient adressées par des tiers⁽⁵⁴⁾. L'action disciplinaire est indépendante de l'action civile et de l'action pénale⁽⁵⁵⁾.

Aujourd'hui, le *Collège de supervision des réviseurs d'entreprises* est compétent pour recevoir les plaintes à l'encontre d'un réviseur d'entreprises⁽⁵⁶⁾. Un membre

⁽⁵³⁾ Pour une étude plus complète voyez L. DUPONT et S. VAN DYCK « Quelques perspectives quant à la responsabilité pénale du réviseur d'entreprises » in *La responsabilité pénale et disciplinaire du réviseur d'entreprises*, Bruges, la Charte, Eudes IRE 2003 p. 29 à 84.

⁽⁵⁴⁾ En application de l'article 20, § 2 de la loi du 22 juillet 1953 créant un Institut des Réviseurs d'Entreprises.

⁽⁵⁵⁾ Art. 417 C. Jud. ; B. TILLEMANS « Le réviseur d'entreprises et le droit disciplinaire » in *La responsabilité pénale et disciplinaire du réviseur d'entreprises*, Bruges, la Charte, Eudes IRE, 2003, p. 97 et références.

⁽⁵⁶⁾ « Le Collège instruit les plaintes qui lui sont adressées à moins que la plainte ne soit manifestement irrecevable » Art. 53, §2 de la loi du 7 décembre 2016 portant organisation de la profession et de la supervision publique des réviseurs d'entreprises. *M.B.*, 13 décembre 2016, éd. 2.

d'un conseil d'entreprise pourrait saisir le Collège de supervision s'il estime devoir se plaindre du comportement d'un commissaire dans l'exercice de sa mission à l'égard du conseil d'entreprise.

247. Les sanctions et la procédure sont déterminées par la loi du 7 décembre 2016 organisant l'IRE (*précitée*). Compte tenu de l'intérêt public grandissant qui s'attache aux missions de contrôle légal des comptes, le législateur a privé la profession de réviseur d'entreprises du droit d'organiser elle-même la procédure disciplinaire. Depuis 2016, la commission des sanctions de la FSMA est « *l'organe compétent pour la prise de mesures et amendes administratives en cas d'infraction aux dispositions légales, réglementaires et normatives applicables.* » (art. 59, §1^{er} de la loi du 7 décembre précitée). Les mesures envisagées par cette disposition vont de l'avertissement jusqu'au retrait de la qualité de réviseur d'entreprises en passant par la suspension et l'amende administrative.

7.7. CONCLUSIONS

248. Traiter d'un sujet tel que la mission du commissaire vis-à-vis du conseil d'entreprise, à l'époque où les séminaires professionnels donnent la priorité aux normes d'audit et aux standards de rapport financier, à la gouvernance des sociétés, à la responsabilité des auditeurs en cas de blanchiment et de fraude ou de non-respect de la *compliance*, relève-t-il d'une gageure inutile ? Toute profession inscrit son rôle de producteur particulier de biens et de services dans l'organisation et le fonctionnement d'une société. Ce rôle peut-il se cantonner à la maîtrise de techniques complexes, de procédures très élaborées et de normes contraignantes dont la portée et la justification échappent pour une bonne part de la collectivité ? Ecrire sur la mission du réviseur à l'égard du conseil d'entreprise oblige à réfléchir sur le sens de la profession. Ce questionnement transcende le temps des débats sur le respect de normes et de procédures finalement très sécurisantes.

249. L'évolution de la profession de réviseur d'entreprises, d'auditeur comme il est dénommé dans les textes européens, met l'accent sur la responsabilité d'attestation des états financiers (comptes sociaux et consolidés). Ceci ne peut cacher l'importance des autres informations économiques et financières destinées à l'ensemble ou à certaines parties prenantes de l'entreprise. L'histoire de la profession de réviseur d'entreprises est intimement liée à la mission du réviseur d'entreprises vis-à-vis des conseils d'entreprise.

250. Les exigences légales ou sociétales en matière d'information sur les entreprises se développent de façon continue au point, si l'on y prend garde, de rendre l'ensemble inaccessible sinon à quelques initiés. Les informations fournies par le chef d'entreprise sont parfois difficiles à interpréter quand elles portent sur des situations économiques et des structures d'entreprise complexes. Le réviseur doit veiller à hiérarchiser les événements et les décisions, en gardant à l'esprit que s'il essaye d'expliquer tout ce qui est complexe, peu de personnes comprendront, et s'il simplifie trop, ces mêmes personnes diront ne rien apprendre.

Ceci mérite une réflexion sur la pertinence de chacune des informations requises ou plutôt de la façon dont elles sont communiquées au public. Il renforce le besoin d'analyse et d'explication d'un ensemble trop complexe pour être aisément interprétable par la majorité des destinataires. Ce dernier aspect est plus que jamais d'actualité parce que le partage et la compréhension de l'information sont des principes fondamentaux du dialogue social. Celui-ci doit contribuer à la réconciliation de l'esprit d'entreprise et de la démocratie sociale qui représente un facteur de cohésion de la société.

251. Le législateur belge a voulu que la certification, comme l'analyse, soient effectuées par un professionnel indépendant des parties concernées, producteurs ou utilisateurs d'information. Le client du réviseur ne peut pas être le chef d'entreprise. Il ne peut pas davantage être l'une seulement des parties prenantes. Nous pensons qu'il pourrait s'agir, plus globalement, de l'entreprise elle-même. Certains n'hésitent pas à ajouter « dans son environnement sociétal ». Si la position du réviseur est compréhensible en théorie, elle n'en est pas pour autant bien perçue par les intéressés. La pratique

provoque des apparences trompeuses ; par exemple, le contrôle des comptes ne peut s'effectuer sans la coopération des services de l'entreprise, mais ceci n'a évidemment pas pour conséquence d'entraîner la moindre compromission de l'auditeur. Une bonne compréhension de la position de ce dernier, de même que de l'étendue de sa mission, sont nécessaires. L'expérience a imposé des interventions réglementaires de plus en plus strictes au cours du temps pour éliminer, de part et d'autre, les risques de confusion.

252. L'aspect pédagogique constitue une composante essentielle de la mission du réviseur, car il contribue à renforcer la capacité d'autonomie des représentants du personnel à s'appropriier les informations économiques et financières, et à anticiper les risques d'éventuelles difficultés de leur entreprise.

Le réviseur doit aider les parties à voir clair au-delà des apparences du langage technique et à augmenter le champ de vision pour anticiper les éventuels risques. Ceci suppose qu'il comprenne et respecte les modalités de fonctionnement du conseil d'entreprise telles qu'elles sont approuvées par ses composantes. Il est évident qu'il s'abstiendra de prendre parti dans les débats qui ne peuvent manquer de survenir. En revanche, il ne peut pas rester passif. Il doit être engagé dans sa mission et proactif dans sa tâche légale d'explication afin que chacun puisse prendre ses responsabilités en connaissance de cause, c'est-à-dire sur la base de données objectivées et non contestées.

Sans porter atteinte à cette position indépendante, il est bon que le réviseur soit attentif aux attentes des différentes composantes du conseil d'entreprise, en n'hésitant pas à développer des contacts directs destinés à en acquérir une meilleure connaissance. Dans notre contribution, nous avons mis en exergue un contexte qui mérite une attention particulière : le risque de discontinuité des activités de l'entreprise. Il s'agit d'une situation où le dialogue social peut avoir un rôle essentiel et où les émotions prennent parfois le dessus, pour des raisons bien compréhensibles dans le chef de ceux dont l'emploi est menacé. Les mesures de redressement voire de restructuration sont complexes et parfois douloureuses. L'intervention d'un professionnel, s'il témoigne de l'empathie indispensable, peut s'avérer cruciale afin de favoriser l'anticipation des événements et atteindre l'objectif de protection de l'entreprise. Il atteste de la mission sociétale du réviseur qui est appelé à assurer un rôle d'intérêt collectif en étant un veilleur de la continuité des activités.

253. Les auteurs de cette contribution se gardent de prôner une surrégulation des procédures du dialogue social. Ils préfèrent une approche pragmatique de la conception de la mission du commissaire vis-à-vis du conseil d'entreprise, dans le respect des intérêts des principales parties prenantes, et en s'inspirant des valeurs qui ont justifié sa création et qui se révèlent tellement d'actualité.

Les réviseurs d'entreprises sont dans la boîte à outils du dialogue social. Ils doivent développer de bonnes pratiques dans le cadre de législations et de conventions qui sont les résultats de concertation entre interlocuteurs sociaux. La formulation, parfois maladroite ou imprécise, des textes apparaît moins essentielle que l'esprit et les objectifs qui les ont inspirés. Le document « 24 Bonnes pratiques pour le réviseur, le chef d'entreprise et les représentants des travailleurs » en est l'illustration. Il pourrait être

utilement complété par une charte de bonnes pratiques en cas de survenance de menace sur la continuité des activités ainsi que des bonnes pratiques en matière d'information du Comité pour la Prévention et la Protection au Travail (sur un intervention éventuelle du réviseur à l'égard du CPPT, voyez le chapitre 8 du présent ouvrage).

254. Notre contribution a été écrite à quatre mains, celles d'un juriste et d'un économiste ; l'un attentif au respect des textes réglementaires, l'autre soucieux des objectifs et de la réalité de terrain. Les textes de loi (qui ont peu évolué même lorsqu'ils sont intégrés dans de nouveaux codes) sont souvent le fruit de compromis, ce qui les rend parfois difficiles à interpréter dans un contexte évolutif. De son côté, la réalité de terrain doit tenir compte du cadre dans lequel s'exerce la mission du commissaire. Le dialogue et la concertation sociale au sein de l'entreprise n'en sont pas moins primordiales ; ils sont subordonnés à l'accord des parties concernées ⁽⁵⁷⁾ sur leur « *modus vivendi* », auquel les pratiques révisorales devront s'accorder.

⁽⁵⁷⁾ L'article 3:95, §1^{er} CSA en est une parfaite illustration lorsqu'il dispose : « Le Roi peut arrêter des modalités d'application des articles 3:83 à 3:94. Il peut prévoir que ces articles ou certaines des règles de ces articles ne sont applicables *que dans la mesure où le conseil d'entreprise n'en a pas décidé autrement.* » (C'est nous qui soulignons)

CHAPITRE 8

RELATIONS ENTRE LE COMMISSAIRE ET LE COMITE DE PREVENTION ET DE PROTECTION AU TRAVAIL

HOOFDSTUK 8

VERHOUDING TUSSEN DE COMMISSARIS EN HET COMITE VOOR PREVENTIE EN BESCHERMING OP HET WERK

D. LHOSTE

Réviseur d'entreprises

A. STREEL

Réviseur d'entreprises

8.1. GENERALITES

255. Des Comités de Prévention et de Protection au Travail (CPPT) sont institués dans toutes les entreprises occupant habituellement en moyenne au moins 50 travailleurs ⁽¹⁾. Les règles relatives à l'occupation moyenne habituelle sont les mêmes que pour l'institution du Conseil d'entreprise (CE).

256. Comme le CE, le CPPT est composé paritairement de représentants des travailleurs et de représentants de l'employeur.

257. Les missions de base du CPPT portent sur la politique du bien-être et de protection des travailleurs. Parmi ces missions, nous pouvons citer le contrôle des conditions de travail, la formulation de propositions sur le plan global de prévention, l'analyse des matières relatives à la sécurité, l'émission d'avis sur la politique du bien-être des travailleurs, l'élaboration de plans d'évacuation ou encore la mise en œuvre des mesures concernant la formation à la prévention et la protection du travail. Tous les projets, mesures et moyens à mettre en œuvre qui, directement ou indirectement, immédiatement ou à terme, peuvent avoir des conséquences sur le bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail doivent être soumis au CPPT pour avis préalable ⁽²⁾.

258. Le CPPT est à la fois un organe consultatif, décisionnel et de contrôle.

⁽¹⁾ Art. 49 de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, *M.B.*, 18 septembre 1996.

⁽²⁾ Art. 3 de l'arrêté royal du 3 mai 1999 relatif aux missions et au fonctionnement des CPPT.

8.2. AU CAS OU UN CONSEIL D'ENTREPRISE EST CONSTITUE

259. Si un CE a été constitué, un CPPT a nécessairement été institué également.

260. Le commissaire n'a aucune mission envers le CPPT lorsqu'il existe un CE au sein d'une entité (ou d'une Unité Technique d'Exploitation).

261. La loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail ne contient aucune obligation légale d'attestation à l'égard du CPPT. Si une demande particulière émane du CPPT à l'égard du commissaire de l'entreprise, il lui est conseillé, en cas d'acceptation, de rédiger une lettre de mission séparée et de la faire approuver par l'organe de gestion.

8.3. AU CAS OU AUCUN CONSEIL D'ENTREPRISE N'EST CONSTITUE

8.3.1. Introduction

262. A l'heure actuelle, il n'existe aucune disposition légale qui mandate le commissaire à l'égard du CPPT dans les sociétés de moins de 100 travailleurs. Il n'y a donc aucune obligation de certification des comptes annuels à destination du CPPT et il n'est pas prévu non plus de mission pédagogique concernant par exemple l'analyse et l'explication des comptes annuels.

263. Il existe cependant des exceptions, présentées ci-après, dans les cas où aucun CE n'est constitué mais que le CPPT exerce dans les faits les compétences initialement dévolues au CE (principe de l'exercice « en cascade »).

8.3.2. Au cas où le CPPT exerce les compétences du CE

264. Le mandat des délégués du personnel au CE est exercé par les délégués du personnel élus au CPPT dans le cas où un CE a été institué au sein d'une entreprise comptant au moins 100 travailleurs et que, avant les élections sociales suivantes, l'effectif est passé sous les 100 travailleurs (sans toutefois descendre en dessous de 50 travailleurs). Dans ce cas, le CE continue d'exister tant que le nombre de travailleurs ne tombe pas en dessous de 50. Bien que le mandat des membres du CE soit exercé par les délégués du personnel élus au CPPT, le CE continue donc à fonctionner en tant qu'organe à part entière. Il conserve ses propres compétences, sa propre structure et ses propres règles de fonctionnement. Le CE doit non seulement être maintenu, mais également être à nouveau institué lors des élections sociales suivantes⁽³⁾.

265. Ce même mandat est exercé par les membres du CPPT lorsqu'un CE aurait dû être mis en place au sein d'une entreprise comptant au moins 100 travailleurs mais que les élections sociales n'ont pas été organisées et que l'effectif est passé sous les 100 travailleurs (sans toutefois descendre en dessous de 50 travailleurs). Dans ce cas également, le CE doit être institué lors des élections sociales suivantes.

266. Cette règle s'applique également lorsqu'une entreprise doit renouveler un CE maintenu en tout ou partie en vertu de l'article 21, § 10 de la loi du 20 septembre 1948, qui organise le sort des organes sociaux en cas de transfert conventionnel d'entreprise et de scission d'entités juridiques.

267. Dans ces cas où les membres du CPPT agissent en tant que CE (on parle alors de « Comité élargi »), les règles définies aux articles 151 (rapport), 156 et 157 (désignation) ou 159 (révocation) du Code des sociétés sont applicables. En conséquence, les obligations du commissaire demeurent inchangées et le formalisme doit être le même que celui qui prévaut à l'égard du CE.

⁽³⁾ Art. 3, al. 5 de la loi du 4 décembre 2007 relative aux élections sociales.

268. En référence à ces articles du Code des sociétés, les membres du CPPT doivent donc être saisis par l'organe de gestion de la société avant de proposer le nom d'un réviseur d'entreprises à l'assemblée générale pour l'exercice des fonctions de commissaire. De même, le commissaire en fonction doit établir un rapport relatif à la certification de l'information économique et financière. L'exercice de la mission du CE par le CPPT n'implique pas qu'il soit nécessaire d'établir un autre rapport, par exemple en version raccourcie ; le rapport à présenter doit être identique à celui destiné au CE.

269. Il est toutefois constaté dans la pratique que de nombreuses entreprises méconnaissent ces obligations, ou que les nouveaux représentants du personnel ou la direction elle-même ignorent que l'entreprise comptait plus de 100 travailleurs lors des élections sociales précédentes. Dans ces entreprises, aucun exercice de certification (de l'information annuelle) par le commissaire ni de présentation des comptes annuels aux membres du CPPT n'est alors réalisé, en violation des obligations légales.

8.3.3. La loi du 23 avril 2008

270. Dans le cas où aucun CE n'est ou n'aurait dû être institué, et afin de répondre au champ d'application plus large (que celui de la loi du 20 septembre 1948 concernant les CE) de la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne ⁽⁴⁾, la loi du 23 avril 2008 ⁽⁵⁾ a été adoptée.

271. Cette loi attribue au CPPT, à défaut de CE, d'autres compétences que celles prévues par la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail. Elle attribue notamment au CPPT la compétence de recevoir, de la part du chef d'entreprise :

- a. une information de base en matière économique et financière, relative au statut de l'entreprise, à la position concurrentielle de l'entreprise sur le marché, à la production et à la productivité, au programme et aux perspectives générales d'avenir de l'entreprise ; cette information de base doit être communiquée aux membres du CPPT dans les deux mois qui suivent leur élection ou leur réélection ; et
- b. une information annuelle comprenant un exemplaire du bilan, du compte de résultats, de l'annexe et du rapport de gestion ; cette information annuelle doit être fournie et discutée dans les trois mois qui suivent la clôture de l'exercice.

272. A travers cette loi, le CPPT a également reçu, en l'absence de CE et de délégation syndicale, des compétences d'information et de consultation en matière sociale, notamment en cas de restructuration d'entreprise.

273. La loi du 23 avril 2008 n'a toutefois pas prévu la certification par un réviseur d'entreprises du caractère fidèle et complet des informations économiques et financières, telle qu'elle est définie à l'article 151 du Code des sociétés.

⁽⁴⁾ JOUE L 80 du 23 mars 2002, p. 29.

⁽⁵⁾ Loi complétant la transposition de la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne.

8.4. OBSERVATIONS FINALES

274. La loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail comporte une disposition autorisant les membres des Comités à requérir l'assistance d'experts ⁽⁶⁾. Cette disposition a partiellement été mise en œuvre par l'arrêté royal du 3 mai 1999 relatif aux missions et au fonctionnement des CPPT ⁽⁷⁾, dont l'article 26 dispose que « *les membres représentant les travailleurs au Comité peuvent se faire assister avec l'accord de l'employeur, par un expert de leur choix* ». Bien qu'à l'époque, ces dispositions ne concernaient pas encore les réviseurs d'entreprises, nous sommes d'avis que le Comité, avec l'accord de l'employeur, peut y recourir pour demander l'assistance d'un réviseur d'entreprises en vue de certifier les informations économiques et financières qui lui ont été transmises ⁽⁸⁾.

275. L'Institut des Réviseurs d'Entreprises (IRE) encourage les employeurs « à permettre (sur une base strictement volontaire) la communication entre les réviseurs d'entreprises et les organes de concertation sociale au sein de l'entreprise, bien entendu dans le respect du secret professionnel auquel sont tenus les réviseurs d'entreprises (commissaires ou non) » ⁽⁹⁾. Cette communication est recommandée avec l'ensemble des membres des organes de concertation de l'entreprise.

276. Enfin, eu égard à l'atout du dialogue social dans le développement d'une entreprise, à l'importance pour les représentants des travailleurs de parfaitement comprendre l'évolution des affaires de l'entreprise, et au rôle indépendant et impartial du réviseur d'entreprises, l'on peut questionner l'absence, dans la loi du 23 avril 2008, d'intervention du réviseur à l'égard du CPPT. La communication d'informations financières au CPPT ne serait-elle pas davantage efficiente si elle était accompagnée de commentaires explicatifs provenant du réviseur d'entreprises, garant du rôle d'interface pédagogique entre la direction et les travailleurs ?

⁽⁶⁾ Art. 67 de la loi du 4 août 1996.

⁽⁷⁾ M.B., 10 juillet 1999.

⁽⁸⁾ ICCI, « *Le rôle du réviseur d'entreprises à l'égard du Conseil d'entreprise* », Anvers, Maklu, 2010-02.

⁽⁹⁾ Avis de l'ICCI du 20 août 2013 : « *Demande de rencontre entre une organisation syndicale et un réviseur d'entreprises dans une société PRJ avec CPPT mais sans CE* ».

HOOFDSTUK 9

MEDEWERKING VAN DE COMMISSARIS AAN HET PRUDENTIEEL TOEZICHT EN ANDERE CONTROLE- AUTORITEITEN

CHAPITRE 9

COOPERATION DU COMMISSAIRE AU CONTROLE PRUDENTIEL ET AUTRES AUTORITES DE CONTROLE

I. DE POORTER

Prof. Dr. UGent

Advocaat aan de balie te Brussel

9.1. INLEIDING

277. Dat het revisoraal toezicht een belangrijke maatschappelijke functie vervult is algemeen bekend. ⁽¹⁾ Het toezicht dat door de commissaris wordt uitgeoefend, strekt zich niet enkel uit tot belangen van de vennootschap zelf, maar tevens andere stakeholders, waaronder bepaalde controle-autoriteiten en/of regulatoren.

278. De commissaris zal in het kader van het prudentieel toezicht met de betrokken toezichthouder mee werken aan het toezicht op de instelling. Bovendien gelden ook in het kader van het toezicht op de bedrijfsrevisoren of de preventie van witwassen van geld of financiering van terrorisme bijzondere verplichtingen tot het uitwisselen van informatie in hoofde van de commissaris en de bedrijfsrevisoren meer in het algemeen.

279. Beide vormen impliceren de medewerking van de commissaris met het oog op het beschermen van het maatschappelijk belang.

280. De meest vergaande vorm tot samenwerking, betreft de medewerkingsopdracht van de erkende commissaris aan het prudentieel toezicht. Zowel voor instellingen die onder het toezicht staan van de NBB, als deze die onder het toezicht staan van de FSMA, dient een door de NBB, respectievelijk FSMA erkende commissaris te worden aangesteld die, naast hun privaatrechtelijke opdracht ook een publiekrechtelijke opdracht dient te vervullen. Ze verlenen met name hun medewerking aan het (prudentieel) toezicht van de toezichthouder. De verplichtingen van de erkende commissarissen in het kader van deze medewerkingsopdracht, worden door de respectievelijke toezichthouders (FSMA, NBB) uitgewerkt in onder meer circulaire, alsook in de deels voorbijgestreefde ⁽²⁾ norm prudentieel toezicht. ⁽³⁾ De unieke medewerkingsopdracht van de commissaris aan het prudentieel toezicht, maakt het voorwerp uit van het eerste deel van deze bijdrage ⁽⁴⁾.

281. In de tweede plaats wordt ook de verhouding met andere controle-autoriteiten of regulatoren uitgewerkt, zoals het College van Toezicht op de Bedrijfsrevisoren (CTR) en de Cel voor Financiële Informatieverwerking (CFI) met betrekking tot de preventie van witwaspraktijken.

282. Het College van Toezicht op de Bedrijfsrevisoren, is het toezichtsorgaan dat bevoegd is om in het algemeen de uitoefening van het beroep te controleren. Deze controle beoogt zowel het publiek als de toezichthouders te overtuigen dat de bedrijfsrevisoren geschikt zijn hun werkzaamheden uit te voeren conform de geldende normen.

⁽¹⁾ Zie onder meer: I. DE POORTER, *Controle van financiële verslaggeving: revisoraal en overheids-toezicht*, Intersentia, Antwerpen, 2007, 7-27.

⁽²⁾ Sinds de Bankwet (Wet van 25 april 2014 op het statuut van en het toezicht op kredietinstellingen en beursvennootschappen) is het toezicht opgesplitst tussen de NBB en FSMA, waardoor de huidige norm niet langer aan aangepast is. Zowel de NBB als de FSMA verwijzen echter nog steeds naar deze norm als aanvulling op de verplichtingen die in de respectievelijke circulaire zijn opgenomen.

⁽³⁾ IBR, Specifieke norm inzake medewerking aan het prudentieel toezicht, 8 oktober 2010.

⁽⁴⁾ Het toezicht dat de FSMA uitoefent op de beursgenoteerde vennootschappen, maakt niet het voorwerp uit van deze bijdrage.

Om deze controle adequaat te vervullen heeft het CTR uitgebreide bevoegdheden, maar streeft zij ook naar een dialoog en tegensprekelijk debat in dit kader.

283. Tot slot dienen de bedrijfsrevisoren ook mee te werken aan het voorkomen van witwassen van geld en financiering van terrorisme. Ten aanzien van de bevoegde Cel voor Financiële Informatie hebben de revisoren zowel een meldplicht als informatieverplichtingen. In het laatste deel van deze bijdrage wordt de verhouding tussen de revisoren en de CFI nader toegelicht.

9.2. VERHOUDING TUSSEN DE COMMISSARIS EN DE FSMA

9.2.1. Inleiding

284. De diverse toezichtswetten ⁽⁵⁾ bepalen dat bepaalde onder het toezicht van de FSMA ressorterende instellingen één of meer commissarissen dienen aan te stellen die worden gekozen uit de lijst van de door de FSMA erkende revisoren of erkende revisorenvennootschappen. Net zoals het geval is voor de onder het prudentieel toezicht van de NBB ressorterende instellingen, hebben de door de FSMA erkende revisoren naast een privaatrechtelijke opdracht, ook een publiekrechtelijke opdracht (ook wel medewerkingsopdracht genoemd). De erkende commissarissen verlenen voor de publiekrechtelijke opdracht betreft hun medewerking aan het toezicht van de FSMA. Zij doen dit – zoals uitdrukkelijk bepaald in de diverse toezichtswetten – op hun eigen en uitsluitende verantwoordelijkheid en overeenkomstig de bepalingen van de toezichtswetten, de regels van het vak en de richtlijnen van de FSMA.

285. De richtlijnen van de FSMA met betrekking tot de medewerkingsopdracht van de door de FSMA erkende commissarissen liggen vervat meerdere circulaire:

- medewerkingsopdracht van de erkende commissarissen bij instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening; ⁽⁶⁾
- medewerkingsopdracht van de erkend commissarissen; ⁽⁷⁾
- medewerkingsopdracht van de erkende commissarissen bij openbare instellingen voor collectieve belegging met een veranderlijk aantal rechten van deelneming ⁽⁸⁾.

286. Bovendien bestaat ook met betrekking tot bepaalde bijzondere wetgeving (bv. in het kader van EMIR) een specifieke samenwerkingsopdracht van bedrijfsrevisoren aan het toezicht van de naleving van deze wetgeving, alsook bijzondere opdrachten die door FSMA aan revisoren kunnen worden toebedeeld in het kader van haar toezicht (bv. in het kader van MIFID-gedragsregels).

287. Het doel van de samenwerking tussen de erkende commissaris en de FSMA bestaat er in *“om de efficiëntie van het toezicht te verhogen om op die manier tot een zo optimaal toezicht te komen”*. ⁽⁹⁾ Een vergaande uitwisseling van informatie en uit te voeren werkzaamheden is hiervoor aangewezen. Hieronder wordt aangegeven welke de verplichtingen van de erkende commissaris en de FSMA zijn in dit kader.

⁽⁵⁾ Zoals: de wet van 3 augustus 2012 betreffende de instellingen voor collectieve belegging die voldoen aan de voorwaarden van Richtlijn 2009/65/EG en de instellingen voor belegging in schuldvorderingen; de wet van 19 april 2014 betreffende de alternatieve instellingen voor collectieve belegging en hun beheerders; de wet van 12 mei 2014 betreffende de gereguleerde vastgoedvennootschappen; de wet van 27 oktober 2006 betreffende het toezicht op de instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening, enz.

⁽⁶⁾ FSMA_2015_05 dd. 05/02/2015.

⁽⁷⁾ FSMA_2014_17 dd. 19/12/2014 (hierna: Circulaire FSMA medewerkingsopdracht).

⁽⁸⁾ Circulaire CBFA_2011_06 dd. 14 februari 2011.

⁽⁹⁾ Circulaire FSMA medewerkingsopdracht, 26.

9.2.2. Toepassingsgebied

288. De medewerkingsopdracht is van toepassing op erkende revisoren die zijn aangesteld tot commissaris in onder meer de volgende instellingen:

- beheervenootschappen van instellingen voor collectieve belegging naar Belgisch recht die worden beheerst door de wet van 3 augustus 2012 betreffende de instellingen voor collectieve belegging die voldoen aan de voorwaarden van Richtlijn 2009/65/EG en de instellingen voor belegging in schuldvorderingen;
- beheervenootschappen van instellingen voor collectieve belegging naar Belgisch recht die openbare alternatieve instellingen voor collectieve belegging naar Belgisch recht beheren die worden beheerst door de wet van 19 april 2014 betreffende de alternatieve instellingen voor collectieve belegging en hun beheerders;
- gereguleerde vastgoedvenootschappen;
- openbare instellingen voor collectieve belegging naar Belgisch recht met een veranderlijk aantal rechten van deelneming en gelijkaardige openbare instellingen voor collectieve belegging naar buitenlands recht; en
- instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening naar Belgisch recht, zoals bedoeld in Titel II van de wet van 27 oktober 2006 betreffende het toezicht op de instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening en de door hen aangestelde erkende commissarissen.

289. Hoewel de verplichtingen van de erkende commissarissen in functie van de instellingen waarin ze hun mandaat opnemen verschillen in functie van de van toepassing zijnde circulaire, de algemene principes in het kader van de samenwerkingsopdracht met de FSMA te verduidelijken. Hiervoor kan verwezen worden naar bovenstaande circulaire.

9.2.3. Vereisten tot erkenning door de FSMA

290. Het reglement van 14 mei 2013 van de Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten (de FSMA) voorziet in de voorwaarden voor revisoren of revisorenvenootschappen tot het bekomen en behouden van een erkenning door de FSMA. Op periodieke wijze organiseert de examens om voor bedrijfsrevisoren die hun erkenning wensen te bekomen.

291. Om hun erkenning te behouden dienen de erkende revisoren jaarlijks een door de FSMA georganiseerde vorming over de bijdrage van de revisor aan de controle van de FSMA te volgen.

292. De FSMA publiceert jaarlijks de lijst met erkende revisoren en erkende revisorenvenootschappen. Enkel zij mogen de titel ‘*door de FSMA erkend(e) revisor/revisorenvenootschap*’ of ‘*revisor/revisorenvenootschap*’ erkend door de FSMA voeren.

293. Indien aan de voorwaarden zoals voorgeschreven in het erkenningsreglement niet langer is voldaan, heeft de FSMA de mogelijkheid de erkenning in te trekken.

De voorafgaande instemming van de FSMA is vereist voor de aanstelling van een erkende revisor als erkende commissaris voor het uitoefenen van het revisoraal mandaat. De FSMA zal deze instemming verlenen indien de erkend revisor de permanente vorming heeft gevolgd die door de FSMA jaarlijks wordt georganiseerd. De instelling onder toezicht waar de erkend revisor wordt benoemd, dient de FSMA te informeren over de bezoldiging van de functie van commissaris of revisor, alsook de bezoldiging van uitzonderlijke werkzaamheden en bijzondere opdrachten.

9.2.4. Werkzaamheden van de commissaris

294. De publiekrechtelijke opdracht van de erkende commissaris kan opgesplitst worden in de volgende werkzaamheden:

- verslag over de periodieke staten en de periodieke verslagen;
- beoordeling van interne controle;
- verslaggeving aan de FSMA en
- signaalfunctie en informatie-uitwisseling

A. Verslag over de periodieke staten en de periodieke verslagen

295. Zowel op halfjaarlijkse als jaarlijkse basis heeft de erkende commissaris een publiekrechtelijke opdracht teneinde aan de FSMA een verslag uit te brengen. De opdracht heeft betrekking op de periodeke verslagen. Dit zijn de halfjaarlijkse en jaarlijkse verslagen die conform de toezichtswetten dienen te worden overgemaakt aan de FSMA.

296. Bovenvermelde circulaires beschrijven de verplichtingen van de erkende commissaris op halfjaarlijkse en jaarlijkse basis als volgt:

“Voor de staten en verslagen aan het einde van het eerste halfjaar delen de erkende commissarissen de resultaten van hun beperkt nazicht mee aan de FSMA:

- *zij bevestigen geen kennis te hebben van feiten waaruit zou blijken dat de staten en verslagen per einde halfjaar niet in alle materieel belangrijke opzichten werden opgesteld volgens de richtlijnen van de FSMA;*
- *wat de boekhoudkundige gegevens betreft, bevestigen zij dat de periodieke staten en verslagen in alle materieel belangrijke opzichten in overeenstemming zijn met de boekhouding en de inventarissen, op het vlak van:*
 - *volledigheid, d.w.z. dat de periodieke staten en verslagen alle gegevens bevatten die voorkomen in de boekhouding en in de inventarissen op basis waarvan zij zijn opgesteld, en*
 - *juistheid, d.w.z. dat de periodieke staten en verslagen de gegevens uit de boekhouding en de inventarissen op basis waarvan zij zijn opgesteld, correct weergeven;*
- *zij bevestigen geen kennis te hebben van feiten waaruit zou blijken dat de periodieke staten en verslagen niet zijn opgesteld met toepassing van de boeking- en waarderingsregels voor het opstellen van de jaarrekening.*

Voor de staten en verslagen aan het einde van het boekjaar delen de erkend commissarissen de resultaten van hun controle mee aan de FSMA in een positieve verklaring:

- *zij bevestigen dat de periodieke staten en verslagen per einde boekjaar in alle materieel belangrijke opzichten werden opgesteld volgens de richtlijnen van de FSMA;*
- *wat de boekhoudkundige gegevens betreft, bevestigen zij dat de periodieke staten en verslagen in alle materieel belangrijke opzichten in overeenstemming zijn met de boekhouding en de inventarissen, op het vlak van:*
 - *volledigheid, d.w.z. dat de periodieke staten en verslagen alle gegevens bevatten die voorkomen in de boekhouding en in de inventarissen op basis waarvan zij zijn opgesteld, en*
 - *juistheid, d.w.z. dat de periodieke staten en verslagen de gegevens uit de boekhouding en de inventarissen op basis waarvan zij zijn opgesteld correct weergeven;*
- *zij bevestigen dat de periodieke staten en verslagen zijn opgesteld met toepassing van de boeking- en waarderingsregels voor het opstellen van de jaarrekening.”⁽¹⁰⁾*

297. Dit betekent met andere woorden dat de erkende commissaris voor de periodieke staten die aan het einde van het eerste halfjaar aan de FSMA worden overgemaakt, een beperkt nazicht dient uit te voeren. Voor wat de periodieke staten en verslagen betreft die aan het einde van het boekjaar aan de FSMA door de instelling dienen te worden overgemaakt, brengen de erkende commissarissen verslag uit op basis van een volkomen controle.

298. De erkende commissaris dient in het kader van zijn controlewerkzaamheden bij de effectieve leiding van de instelling de verklaring op te vragen die aan de FSMA is gericht en waaruit blijkt dat de periodieke staten en verslagen die haar aan het einde van het eerste halfjaar en aan het einde van het boekjaar door de vennootschap zijn overgemaakt, in overeenstemming zijn met de boekhouding en de inventarissen.

299. Tevens gelden enkele bijzondere verplichtingen voor de erkende commissaris bijvoorbeeld voor wat de tabellen voor de opvolging van de naleving van het eigenvermogensreglement betreft.

300. Naast het verslag over de periodieke staten en verslagen, dient de erkende commissaris de FSMA ook te informeren over:

- de aanbevelingen en bevindingen van de erkende commissaris aan de effectieve leiding;
- alle belangrijke vaststellingen die werden gedaan tijdens de revisorale werkzaamheden;
- de gehanteerde materialiteitsdrempels;
- het auditteam dat de werkzaamheden heeft uitgevoerd; en
- de gegevens van de personen die binnen het auditkantoor verantwoordelijk zijn voor de kwaliteitscontrole.

⁽¹⁰⁾ Circulaire FSMA medewerkingsopdracht, 8.

301. De laatste drie punten dienen voorafgaandelijk aan de relevante werkzaamheden aan de FSMA te worden overgemaakt.

302. Alvorens in te gaan op de verplichtingen van de erkende commissaris in het kader van de beoordeling van interne controle, past het te vermelden dat voor bepaalde type van onder het toezicht van de FSMA ressorterende instellingen, bijzondere verplichtingen voor de erkende commissaris gelden. Bij wijze van voorbeeld, kan worden verwezen naar de verplichting voor de erkende revisoren om bij instellingen voor bedrijfspensioenfinanciering (IBP), de technische voorzieningen te certificeren. De erkende commissaris dient met name te verklaren dat de technische voorzieningen in de IBP in alle (materieel) belangrijke opzichten voldoen aan de eisen van voorzichtigheid, oprechtheid en goede trouw, zoals omschreven in artikel 41 K.B. Jaarrekening. ⁽¹¹⁾

B. Beoordeling van interne controle

303. De onder toezicht van de FSMA ressorterende instellingen dienen te beschikken over een beleidsstructuur, een administratieve en boekhoudkundige organisatie, controle- en beveiligingsmaatregelen met betrekking tot de elektronische informatieverwerking, en een interne controle, afgestemd op haar werkzaamheden of voorgenomen werkzaamheden. Wat haar administratieve en boekhoudkundige organisatie betreft, moet iedere onderneming een systeem van interne controle organiseren dat een redelijke mate van zekerheid verschaft over de betrouwbaarheid van het financiële verslaggevingsproces, zodat de jaarrekening in overeenstemming is met de geldende boekhoudreglementering.

304. Interne controle wordt gedefinieerd als het geheel van maatregelen dat, onder de verantwoordelijkheid van de leiding (de effectieve leiding en het wettelijk bestuursorgaan) van de onderneming, met redelijke zekerheid moet toelaten dat:

- de bedrijfsvoering geordend en voorzichtig gebeurt met afgelijnde doelstellingen;
- de ingezette middelen economisch en efficiënt worden gebruikt;
- de risico's gekend zijn en afdoende beheerst worden ter bescherming van het vermogen;
- de financiële informatie en beheerinformatie integer en betrouwbaar is; en
- de wetten en reglementen alsmede de algemene beleidslijnen, plannen en interne voorschriften worden nageleefd.

305. De opdracht van de erkende commissaris bestaat erin zich te vergewissen dat de onderneming de passende maatregelen heeft getroffen voor haar organisatie en interne controle en om verslag hierover uit te brengen aan de FSMA.

306. De beoordeling van het geheel van de interne controlemaatregelen door de erkende commissaris dient aldus te worden ingevuld om een redelijke zekerheid te verschaffen over de betrouwbaarheid van de financiële en prudentiële verslaggeving en het geheel van de interne controlemaatregelen gericht op de beheersing van de

⁽¹¹⁾ Circulaire FSMA, Medewerkingsopdracht van de erkende commissarissen bij instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening, FSMA_2015_05 dd. 05/02/2015, 14-15.

operationele activiteiten, waarbij de erkende commissaris zich onder meer kan baseren op een kritische beoordeling van het interne controleverslag van de effectieve leiding, en van de documentatie waarop voornoemd verslag is gebaseerd, alsmede op de implementatie van de interne controlemaatregelen van de effectieve leiding. De opdracht van de erkend commissaris omvat de compliancefunctie als onderdeel van een passende organisatie maar niet het nagaan of de onderneming het geheel van de wetgevingen naleeft.

307. De erkende commissaris dient de kennis die hij heeft vergaard in het kader van zijn privaatrechtelijke opdracht te gebruiken in het kader van zijn publiekrechtelijke opdracht voor wat betreft de beoordeling van interne controlemaatregelen van de onderneming en in het bijzonder wat betreft de interne controlemaatregelen om de betrouwbaarheid van de financiële verslaggeving te verhogen.

308. Zoals reeds hoger aangehaald, kan de erkende commissaris zich in belangrijke mate baseren op het interne controleverslag dat door de effectieve leiding werd opgesteld, alsmede de documentatie op basis waarvan dit verslag werd opgesteld. In het kader van de IBP's bijvoorbeeld zal dit ook de zogenaamde P-40 rapportering zijn. ⁽¹²⁾

309. De FSMA verwacht dan ook dat de erkende commissaris onderzoekt of het voornoemde verslag weerspiegelt hoe de personen die belast zijn met de effectieve leiding te werk zijn gegaan bij het opstellen van hun verslag, alsook of het verslag wordt ondersteund met voldoende documentatie.

310. De procedures die de erkende commissaris daartoe ten minste moet uitvoeren worden opgenomen in de circulaire medewerkingsopdracht.

311. In zijn verslag aan de FSMA, opgesteld conform de norm van het IBR, ⁽¹³⁾ dient de erkende commissaris alle bevindingen op te nemen over de interne controlemaatregelen die de onderneming heeft genomen waaronder minstens:

- de volledigheid en de reikwijdte van het verslag;
- de wijze waarop het verslag werd opgesteld en goedgekeurd;
- de methode die de onderneming hanteert voor de beoordeling van de interne controle, met inbegrip van de manier waarop deze methode is onderbouwd en wordt toegepast;
- de opgemerkte verschillen tussen de vaststellingen van de erkend commissaris en het verslag; en
- de tekortkomingen en leemtes in het interne controlesysteem die relevant zijn voor het toezicht en voor de financiële verslaggeving.

312. De erkende commissaris dient bijzondere aandacht te besteden aan het geheel van interne controlemaatregelen om de betrouwbaarheid van de financiële verslaggeving te verhogen.

⁽¹²⁾ Circulaire FSMA, Medewerkingsopdracht van de erkende commissarissen bij instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening, FSMA_2015_05 dd. 05/02/2015, 18.

⁽¹³⁾ IBR, Specifieke norm inzake medewerking aan het prudentieel toezicht, 8 oktober 2010.

313. Belangrijk is in dit kader er op te wijzen dat de erkende commissaris zich niet uitsprekt over de doeltreffendheid van de interne controle.

314. Net zoals het geval is in het kader van de periodieke verslagen en de periodieke staten, dient de erkende commissaris tevens bijkomende informatie te bezorgen aan de FSMA, waaronder:

- de gedetailleerde bevindingen en aanbevelingen van de erkend commissaris aan de effectieve leiding;
- alle andere belangrijke vaststellingen bij de uitoefening van de revisorale werkzaamheden;
- de gehanteerde materialiteitsdrempels;
- de namen en de kwalificatie/ervaring van de medewerkers van het auditteam; en
- de naam en de contactgegevens van de persoon die verantwoordelijk is voor de kwaliteitscontrole binnen de vennootschap waartoe de erkend commissaris behoort.

C. Verslaggeving aan de FSMA

315. Zowel halfjaarlijks als jaarlijks dient over de bevestiging van de periodieke staten aan de FSMA te worden gerapporteerd, respectievelijk op basis van de toestand aan het einde van het eerste halfjaar en aan het einde van het boekjaar. Ook de beoordeling van de interne controle door de erkende commissaris dient jaarlijks aan de FSMA te worden overgemaakt. Verslagen aan het einde van het eerste halfjaar dienen uiterlijk drie maanden na het einde van het eerste halfjaar aan de FSMA te worden overgemaakt. Wat betreft de verslagen aan het einde van het boekjaar en de beoordeling van de interne controle dienen de erkende commissarissen uiterlijk vijftien dagen voor de algemene vergadering hun verslag over te maken.

316. De FSMA voorziet in een template van schema dat wordt voorgesteld om door de erkende commissaris te hanteren. Het is niet verplicht voor de erkende commissaris het voorgestelde schema te volgen. Het wordt enkel als leidraad voorgesteld. Het schema is dus evenmin een opsomming van taken die door de erkende commissaris dienen te worden uitgevoerd, noch een werkprogramma. De rapportering geschiedt immers onder de eigen verantwoordelijkheid van de erkende commissaris en zal dus door de commissaris moeten worden aangevuld of opgemaakt aan de handen van die punten waarvan de erkende commissaris meent dat de FSMA op de hoogte dient te zijn.

317. De erkende commissaris heeft eveneens de verplichting om op verzoek van de FSMA een bijzondere verslag op te maken. Dit verzoek zal schriftelijk door de FSMA aan de erkende commissaris worden overgemaakt na voorafgaandelijke contactopname met de erkende commissaris. De kosten voor het opmaken van een dergelijk verslag zijn ten laste van de onderneming.

D. Signaalfunctie en informatie-uitwisseling

318. Naast de bovenvermelde verplichtingen heeft de erkende commissaris als medewerker aan het prudentieel toezicht, ook een signaalfunctie. Hij dient alle informatie, waarvan hij kennis heeft gekregen tijdens de uitoefening van zijn opdracht, aan de

FSMA te bezorgen die vanuit prudentieel oogpunt relevant is en/of op grond waarvan een snel optreden van de FSMA vereist is.

319. De wettelijke en reglementaire bepalingen schrijven expliciet voor dat de erkend commissaris:

1. een signaalfunctie vervult;
2. op eigen initiatief verslag uitbrengt bij de FSMA;
3. bij de FSMA verslag uitbrengt zodra hij iets relevant vaststelt, zonder te wachten tot zijn halfjaarlijkse of jaarlijkse periodieke rapportering; en
4. bij de FSMA niet alleen verslag uitbrengt als hij kennis krijgt van beslissingen, feiten of ontwikkelingen waarvan zeker is en duidelijk blijkt dat zij een weerslag zullen hebben op de financiële positie en de administratieve en boekhoudkundige organisatie van de onderneming, maar ook wanneer hij kennis krijgt van beslissingen, feiten en ontwikkelingen die een relevante impact kunnen hebben op de financiële positie of de organisatie van de onderneming, die kunnen wijzen op een overtreding van het Wetboek van Vennootschappen, de statuten, de toezichtswetten en -besluiten en de ter uitvoering daarvan genomen besluiten en reglementen of die kunnen leiden tot een weigering van de certificering van de statutaire en/of geconsolideerde jaarrekening of tot het formuleren van voorbehoud.⁽¹⁴⁾

320. De signaalfunctie geldt met betrekking tot feiten of ontwikkelingen bij de onderneming zelf als met de onderneming verbonden onderneming waar de erkend commissaris een revisorale opdracht uitvoert.

321. Er bestaan geen strikte vormvereisten wat betreft de signaalfunctie. De FSMA geeft aan de snelheid van mededeling te verkiezen boven de volledigheid en juistheid er van. Indien het mondeling gebeurt, dient de erkende commissaris evenwel dit schriftelijk te bevestigen.

322. In de circulaire worden een aantal voorbeelden van feiten aangehaald:

- fraude die grote verliezen kan veroorzaken
- uitkering van een interimdividend (door een onderneming waarvan het eigen vermogen ontoereikend dan wel amper toereikend is)
- een ernstig conflict binnen de effectieve leiding, in voorkomend geval het directiecomité en/of het bestuursorgaan
- herhaalde en aanzienlijke overschrijdingen van interne begrenzingsen;
- het onverwachte vertrek van een medewerker met een sleutelpositie; en
- enz.

323. Tot slot dienen de erkende commissarissen de FSMA te informeren over de inhoud van de belangrijkste verslagen en brieven (inzonderheid aanbevelingsbrieven) die hij aan het bestuursorgaan en/of aan de effectieve leiding, in voorkomend geval het directiecomité, van de onderneming richt, of bezorgt hij de FSMA hiervan een kopij, alsook van eventuele bijzondere verslagen die hij in toepassing van het WVV opstelt.

⁽¹⁴⁾ Circulaire FSMA medewerkingsopdracht, 23.

E. Mededelingen die de FSMA op eigen initiatief richt aan de erkende commissaris

324. Net zoals het geval is in het kader van de medewerkingsopdracht van de NBB (*cf. infra*), heeft ook de FSMA – zij het, in vergelijking met de verplichtingen van de erkende commissaris, beperkte – verplichtingen ten aanzien van de erkende commissaris.

325. De FSMA is verplicht onderstaande mededelingen op eigen initiatief te verrichten.

326. De FSMA dient de erkende commissaris een kopij van de (lees: alle) correspondentie die zij naar de onderneming stuurt, te bezorgen. Zij kan bovendien aan de erkende commissaris alle inlichtingen bezorgen die het resultaat zijn van analyses uitgevoerd door de FSMA die de erkende commissaris moeten toelaten om de onderneming waarin hij zijn revisorale taken uitoefent beter te situeren. De FSMA kan de erkende commissaris verzoeken haar zijn reacties mee te delen of mee te werken aan de opvolging van de opgeworpen problemen.

327. Bovendien dient de FSMA de erkende commissaris uit te nodigen voor de belangrijkste besprekingen met de onderneming, of minstens dient zij de erkende commissaris op de hoogte te brengen over de inhoud en de conclusies van de besprekingen. De FSMA dient eveneens de erkende commissaris op de hoogte te brengen over de acties die zij ten aanzien van de onderneming heeft ondernomen of nog wenst te ondernemen. De erkende commissaris dient op zijn beurt de FSMA te informeren over de prioriteiten van zijn controleplan.

328. Tot slot brengt de erkende commissaris de FSMA op de hoogte indien zij een audit verricht bij de onderneming alsook het voorwerp van de audit. De erkende commissaris verkrijgt tevens een kopij van het inspectieverslag, waarvan de FSMA in principe zelf de aanbevelingen zal opvolgen.

9.2.5. Samenwerking tussen de erkende commissaris en de FSMA

329. Om de samenwerking zo effectief mogelijk te doen verlopen, op basis van complementariteit van het toezicht, is regelmatig overleg tussen beide actoren van het toezicht aangewezen. De FSMA wenst dan ook op regelmatig basis bilaterale contacten en periodiek overleg over de onderneming waar de erkende commissaris in functie is, te onderhouden en te bevorderen, zonder evenwel afbreuk te doen aan de respectievelijke taken en aansprakelijkheden van de FSMA enerzijds en de erkende commissaris anderzijds.

330. Tijdens het overleg wordt informatie uitgewisseld over de domeinen die risicovol zijn voor de onderneming en over de manier waarop hiermee wordt omgegaan, alsook dienen belangrijke vaststellingen en aanbevelingen te worden uitgewisseld met inbegrip van het gevolg dat de onderneming hieraan heeft gegeven.

331. De FSMA, enerzijds, brengt de erkende commissaris op de hoogte van: ⁽¹⁵⁾

- het feit dat de onderneming voor een bepaald risico afwijkt van sectorgenoten (m.a.w. een zogenaamde *oulier* is), waarvan wordt verwacht dat de erkende commissaris dit meeneemt tijdens haar controlewerkzaamheden;
- de maatregelen die zij aan de onderneming heeft opgelegd, voor zover die relevant zijn voor de erkende commissaris, hetzij voor de controle van de financiële staten en verslagen, hetzij voor de medewerkingsopdracht;
- eventuele tekortkomingen die zij vaststelt in de medewerkingsopdracht; en
- andere punten die van belang zijn voor de erkende commissaris.

332. De erkende commissaris, anderzijds, informeert de FSMA over:

- belangrijke beoordelingen die werden gemaakt bij het uitvoeren van de controle van de financiële staten en verslagen (bv. inzake de continuïteit van de onderneming);
- mogelijke belangrijke moeilijkheden bij het uitvoeren van de controle van de financiële staten en verslagen;
- mogelijke belangrijke tekortkomingen in de interne controle van de onderneming die niet werden verholpen;
- de beoordeling van de organisatie, de plaats binnen de onderneming en de werking van de interne auditfunctie van de onderneming alsook haar rapportering;
- de door de effectieve leiding uitgevoerde schattingen, met inbegrip van de schattingen van reële waarde, de gevoeligheid van de belangrijkste schattingen en de mogelijke invloed ervan op het resultaat, de waarde van de bezittingen en schulden, en de reglementaire coëfficiënten;
- de maatregelen die werden genomen om de eventuele tekortkomingen in de medewerkingsopdracht te corrigeren; en
- andere punten die van belang zijn voor de FSMA.

333. Het overleg heeft minstens 1 maal plaats per jaar per onderneming; de frequentie hangt af van het belang van de onderneming. Minstens dient de erkende commissaris aanwezig te zijn. Ook de medewerkers van het auditteam kunnen hierop aanwezig zijn. Onduidelijk is evenwel wie het initiatief tot het periodiek dient te nemen, en evenmin welke van de actoren verantwoordelijk is indien dit overleg, in het belang van een goede samenwerking, niet plaatsvindt.

⁽¹⁵⁾ Circulaire FSMA medewerkingsopdracht, 26.

9.3. VERHOUDING TUSSEN DE COMMISSARIS EN DE NBB

9.3.1. Inleiding

334. Diverse toezichtswetten⁽¹⁶⁾ bepalen dat erkende revisoren die als commissaris zijn aangesteld bij financiële en verzekeringsinstellingen, hun medewerking moeten verlenen aan het prudentieel toezicht dat door de NBB wordt uitgeoefend. Dit betekent dat zij onverminderd de vennootschapsrechtelijke opdracht van de commissaris (conform titel 4 WVV.) enkele specifieke taken dienen uit te voeren en dit op hun eigen en uitsluitende verantwoordelijkheid

335. Deze verplichtingen zijn opgenomen in circulaire NBB_2017_20 inzake de medewerkingsopdracht van de erkende commissarissen.⁽¹⁷⁾ Getracht zal worden beknopt deze verplichtingen toe te lichten om aldus de verhouding tussen de erkende revisor die commissaris wordt aangesteld bij dergelijke instellingen en de NBB te belichten.

9.3.2. Toepassingsgebied

336. De medewerkingsopdracht is van toepassing op erkende revisoren die zijn aangesteld tot commissaris in de volgende onder het toezicht van de NBB ressorterende instellingen:

- kredietinstellingen naar Belgisch recht;
- beursvennootschappen naar Belgisch recht;
- betalingsinstellingen en instellingen voor elektronisch geld naar Belgisch recht;
- vereffeningsinstellingen en met vereffeningsinstellingen gelijkgestelde instellingen naar Belgisch recht en
- de in België gevestigde bijkantoren van bovenvermelde instellingen
- in het kader van het geconsolideerde toezicht, het groepstoezicht of het aanvullende conglomeraatstoezicht financiële holdings naar Belgisch recht en gemengde financiële holdings naar Belgisch recht; – verzekerings- en herverzekeringsondernemingen naar Belgisch recht;
- in België gevestigde bijkantoren van verzekeringsondernemingen en herverzekeringsondernemingen die ressorteren onder het recht van een staat die geen lid is van de EER; en
- entiteiten die verantwoordelijk zijn voor een Belgische verzekerings- of herverzekeringsgroep in de zin van artikelen 339, 2° en 343 van de wet van 13 maart 2016 op het statuut van en het toezicht op de verzekerings- of herverzekeringsondernemingen.

⁽¹⁶⁾ Zie onder meer: wet van 25 april 2014 op het statuut van en het toezicht op kredietinstellingen en beursvennootschappen (hierna: de Bankwet); de wet van 21 december 2009 op het statuut van de betalingsinstellingen en van de instellingen voor elektronisch geld, de toegang tot het bedrijf van betalingsdienstaanbieder en tot de activiteit van uitgifte van elektronisch geld en de toegang tot de betalingssystemen; de wet van 13 maart 2016 op het statuut van en het toezicht op de verzekerings- en herverzekeringsondernemingen (hierna: Controlewet).

⁽¹⁷⁾ Hierna: Circulaire NBB medewerkingsopdracht.

337. In het kader van deze bijdrage, zullen de belangrijkste verplichtingen worden toegelicht zonder hierbij evenwel dit op te splitsen per type instellingen. Hiervoor kan verwezen worden naar de circulaire zelf.

9.3.3. Vereisten tot erkenning door de NBB

338. De opdracht van de erkende commissaris in hogervermelde instellingen, mag enkel worden toevertrouwd aan één of meer revisoren of één of meer revisorenvennootschappen die daartoe zijn erkend door de NBB. Het reglement van de NBB van 21 december 2012 betreffende de erkenning van revisoren en revisorenvennootschappen ⁽¹⁸⁾ beschrijft de verplichtingen om te kunnen worden erkend door de NBB.

339. Periodiek organiseert de NBB examens waaraan revisoren kunnen deelnemen teneinde door de NBB te kunnen worden erkend.

340. De erkenning wordt verleend voor een duur van zes jaar, waarna een hernieuwing tot erkenning kan worden aangevraagd.

341. De NBB publiceert de lijst van erkende revisoren opgesplitst in enerzijds de erkende revisoren voor de financiële instellingen en anderzijds de erkende revisoren voor de verzekeringsondernemingen. ⁽¹⁹⁾

342. De erkenning kan van rechtswege vervallen indien de erkende revisor gedurende drie jaar geen mandaat meer heeft uitgeoefend bij één van de hogervermelde instellingen, niet langer voldoet aan bepaalde voorwaarden om te worden erkend of indien de zesjarige periode is verstreken. De NBB heeft eveneens de mogelijkheid om een erkenning in te trekken indien bijvoorbeeld blijkt dat de erkende revisor definitief niet in staat is zijn functie uit te oefenen.

343. Dezelfde principes gelden mutatis mutandis voor de erkenning van revisorenvennootschappen. ⁽²⁰⁾

9.3.4. Prudentiële verwachtingen van de NBB ten aanzien van de erkende commissarissen

344. Artikel 225 van de Bankwet definieert de medewerkingsopdracht van de erkende commissarissen:

“De erkende commissarissen verlenen hun medewerking aan het toezicht van de toezichthouder, op hun eigen en uitsluitende verantwoordelijkheid en overeenkomstig dit artikel, volgens de regels van het vak en de richtlijnen van de toezichthouder. Daartoe :

⁽¹⁸⁾ B.S. 9 juli 2013 (hierna: het erkenningsreglement).

⁽¹⁹⁾ Er zal tevens een ‘light’ statuut voor de erkende revisoren van betalingsinstellingen en instellingen voor elektronisch geld worden gecreëerd.

⁽²⁰⁾ Zie artikelen 12 tot en met artikel 17 van het erkenningsreglement.

- 1° *beoordelen zij de internecontrolemaatregelen die de kredietinstellingen hebben getroffen als bedoeld in artikel 21, § 1, 2°, en met toepassing van de artikelen 21, § 1, 9°, 42 en 66, en delen zij hun bevindingen ter zake mee aan de toezichthouder;*
- 2° *brenghen zij verslag uit bij de toezichthouder over :*
- a) *de resultaten van het beperkt nazicht van de periodieke staten die de kredietinstellingen aan het einde van het eerste halfjaar aan de toezichthouder bezorgen, waarin bevestigd wordt dat zij geen kennis hebben van feiten waaruit zou blijken dat de periodieke staten per einde halfjaar niet in alle materieel belangrijke opzichten volgens de geldende richtlijnen van de toezichthouder werden opgesteld. Bovendien bevestigen zij dat de periodieke staten per einde halfjaar, voor wat de boekhoudkundige gegevens betreft in alle materieel belangrijke opzichten in overeenstemming zijn met de boekhouding en de inventarissen, inzake volledigheid, wat wil zeggen dat ze alle gegevens bevatten uit de boekhouding en de inventarissen op basis waarvan de periodieke staten worden opgesteld, en juistheid, wat wil zeggen dat ze de gegevens correct weergeven uit de boekhouding en de inventarissen op basis waarvan de periodieke staten worden opgesteld; en bevestigen zij geen kennis te hebben van feiten waaruit zou blijken dat de periodieke staten per einde halfjaar niet zijn opgesteld met toepassing van de boekings- en waarderingsregels voor de opstelling van de jaarrekening met betrekking tot het laatste boekjaar; de toezichthouder kan de hier bedoelde periodieke staten nader bepalen;*
 - b) *de resultaten van de controle van de periodieke staten die de kredietinstellingen aan het einde van het boekjaar aan de toezichthouder bezorgen, waarin bevestigd wordt dat de periodieke staten in alle materieel belangrijke opzichten werden opgesteld volgens de geldende richtlijnen van de toezichthouder. Bovendien bevestigen zij dat de periodieke staten per einde van het boekjaar, voor wat de boekhoudkundige gegevens betreft in alle materieel belangrijke opzichten in overeenstemming zijn met de boekhouding en de inventarissen, inzake volledigheid, wat wil zeggen dat ze alle gegevens bevatten uit de boekhouding en de inventarissen op basis waarvan de periodieke staten worden opgesteld, en juistheid, wat wil zeggen dat ze de gegevens correct weergeven uit de boekhouding en de inventarissen op basis waarvan de periodieke staten worden opgesteld; en bevestigen zij dat de periodieke staten per einde van het boekjaar werden opgesteld met toepassing van de boekings- en waarderingsregels voor de opstelling van de jaarrekening; de toezichthouder kan de hier bedoelde periodieke staten nader bepalen;*
- 3° *brenghen zij bij de toezichthouder op zijn verzoek een bijzonder verslag uit over de organisatie, de werkzaamheden en de financiële structuur van de kredietinstelling; de kosten voor de opstelling van dit verslag worden door de kredietinstelling gedragen;*

- 4° *brenge* zij, in het kader van hun opdracht bij de kredietinstelling of een revisorale opdracht bij een met de kredietinstelling verbonden onderneming, op eigen initiatief verslag uit bij de toezichthouder, zodra zij kennis krijgen van :
- a) *beslissingen, feiten of ontwikkelingen die de positie van de kredietinstelling financieel of op het vlak van haar administratieve en boekhoudkundige organisatie of van haar interne controle, op betekenisvolle wijze kunnen beïnvloeden;*
 - b) *beslissingen of feiten die kunnen wijzen op een overtreding van het Wetboek van Vennootschappen, de statuten, deze wet en de ter uitvoering ervan genomen besluiten en reglementen;*
 - c) *andere beslissingen of feiten die kunnen leiden tot een weigering van de certificering van de jaarrekening of tot het formuleren van voorbehoud;*
- 5° *brenge* zij de toezichthouder minstens eens per jaar verslag uit over de deugdelijkheid van de maatregelen die de kredietinstelling heeft getroffen ter vrijwaring van de tegoeden van de cliënten [1 met toepassing van de artikelen 65 en 65/1] en van de op grond van deze bepalingen door de Koning genomen uitvoeringsmaatregelen.”

345. *Mutatis mutandis* gelden dezelfde verplichtingen voor de andere onder het toezicht van de NBB ressorterende instellingen. ⁽²¹⁾

De publiekrechtelijke opdracht van de erkende commissaris kan aldus worden opgesplitst in de volgende werkzaamheden:

- beperkt nazicht en controle per einde jaar;
- beoordeling van interne controle;
- verslaggeving aan de NBB;
- signaalfunctie en informatie-uitwisseling; en
- overige.

346. Over elk van deze werkzaamheden zal hieronder kort worden uitgebreid zonder evenwel een onderscheid te maken in functie van de verschillende verplichtingen per soort van instelling of volledigheid hierbij na te streven.

A. Beperkt nazicht en controle per einde jaar

347. Het beperkt nazicht heeft tot doel aan de NBB verslag uit te brengen over de periodieke staten die aan het einde van het eerste half jaar en aan het einde van het boekjaar worden opgemaakt door de instelling.

348. Onder “periodieke staten” wordt verstaan de gedetailleerde financiële staten en andere cijfergegevens bedoeld in Europese en Belgische relevante teksten, waaronder

⁽²¹⁾ Artikel 579 *juncto* 225, eerste lid, 2° van de Bankwet (voor beursvennootschappen); artikel 33, eerste lid, 2° van de wet van 21 december 2009 (voor de betalingsinstellingen); artikel 85, eerste lid, 2° van de wet van 21 december 2009 (voor de instellingen voor elektronisch geld); artikel 332 en 333 van de Controlewet (voor de verzekerings- en herverzekeringsondernemingen), enz.

bepaalde staten die de instellingen aan de toezichthouder bezorgen met het oog op de naleving van de reglementaire normen en verplichtingen in uitvoering van de bankwet.

349. Een beperkt nazicht is een onderzoeksprocedure die tot doel heeft verslag uit te brengen over werkzaamheden die geen volkomen controle vereisen.

350. Op basis van beperkt nazicht dienen de erkende commissarissen te bevestigen dat:

- zij geen kennis hebben van feiten waaruit zou blijken dat de periodieke staten per einde halfjaar niet in alle materieel belangrijke opzichten volgens de richtlijnen van de NBB werden opgesteld (negatief geformuleerde verklaring);
- dat voor wat de boekhoudkundige gegevens betreft de periodieke staten in alle materieel belangrijke opzichten in overeenstemming zijn met de boekhouding en de inventarissen, inzake
 - volledigheid, d.i. alle gegevens bevatten uit de boekhouding en de inventarissen op basis waarvan de periodieke staten worden opgesteld, en
 - juistheid, d.i. de gegevens correct weergeven uit de boekhouding en de inventarissen op basis waarvan de periodieke staten worden opgesteld (positief geformuleerde verklaring); en
- dat zij geen kennis te hebben van feiten waaruit zou blijken dat de periodieke staten niet zijn opgesteld met toepassing van de boeking- en waarderingsregels voor de opstelling van de jaarrekening (negatief geformuleerde verklaring).

351. Wat betreft de staten op het einde van het boekjaar dienen de erkende commissarissen volgens een positieve verklaring te bevestigen dat:

- de periodieke staten per einde boekjaar in alle materieel belangrijke opzichten werden opgesteld volgens de richtlijnen van de NBB;
- dat de periodieke staten in alle materieel belangrijke opzichten in overeenstemming zijn met de boekhouding en de inventarissen, inzake
 - volledigheid, d.i. alle gegevens bevatten uit de boekhouding en de inventarissen op basis waarvan de periodieke staten worden opgesteld, en
 - juistheid, d.i. de gegevens correct weergeven uit de boekhouding en de inventarissen op basis waarvan de periodieke staten worden opgesteld.
- dat de periodieke staten zijn opgesteld met toepassing van de boeking- en waarderingsregels voor de opstelling van de jaarrekening.

352. Gelet op de toename van de door de toezichthouder vereiste periodieke staten, alsook de complexiteit er van, wordt aan de erkende commissaris eveneens gevraagd aandacht te besteden aan de technische kwaliteit van de via de periodieke staten gerapporteerde gegevens, de zogenaamde *data quality*.⁽²²⁾

353. Zowel voorafgaandelijk als na de controle door de erkende commissaris dient er door de erkende commissaris aan de NBB informatie te worden verstrekt.

⁽²²⁾ Circulaire NBB betreffende de verwachtingen van de Bank inzake de kwaliteit van de gerapporteerde prudentiële en financiële gegevens, NBB_2017_17.

354. Voorafgaandelijk aan het nazicht van de periodieke staten dient de erkende commissaris het auditplan over te maken. Dit auditplan kan, indien nodig, ook voorafgaandelijk met de toezichthouder worden besproken zodoende dat de aandachtspunten desgevallend voldoende worden gecapteerd tijdens de auditwerkzaamheden.

Het auditplan bevat informatie inzake de medewerkers van het auditteam, betrokkenheid van externe deskundigen, een beknopt overzicht van de specifieke risico's, een tijdsschema, enz.

355. Na de controle van de periodieke staten dienen vanzelfsprekend bovenvermelde verklaringen en bevestigingen te worden overgemaakt. Bovendien vereist de NBB dat ook de verslagen van de commissaris aan het auditcomité en een omstandig verslag aan de NBB wordt verstrekt. Het omstandig verslag bevat onder meer (1) een analyse van de follow-up van het auditplan, (2) alle aanbevelingen van de commissaris aan het directiecomité en vastgestelde lacunes, (3) het gevolg dat werd gegeven aan de aanbevelingen en lacunes die werden vastgesteld bij de vorige controle van de periodieke staten; (4) een overzicht van de punten die volgens het professioneel oordeel van de erkende commissaris belangrijk en relevant zijn in het kader van zijn auditwerkzaamheden zoals bijvoorbeeld de impact van eventuele tekortkomingen in de interne controle op de controle van de periodieke staten en (5) indien ze nog niet werden opgenomen in de reeds vermelde verslagen, de 'Key Audit Matters' ⁽²³⁾.

B. Beoordeling van interne controle

356. Conform de hoger vermelde toezichtswetten dient iedere instelling “over een solide en passende regeling voor de bedrijfsorganisatie, waaronder toezichtsmaatregelen, om een doeltreffend en voorzichtig beleid van de instelling te garanderen”. Dit omvat onder meer een passende administratieve en boekhoudkundige organisatie en interne controle, waaronder met name een controlesysteem dat een redelijke mate van zekerheid verschaft over de betrouwbaarheid van het financiëleverslaggevingsproces.

357. In de circulaire NBB_2015_21 van 13 juli 2015 betreffende de interne controle en de interne auditfunctie wordt interne controle gedefinieerd als zijnde: “het geheel van maatregelen dat, onder de verantwoordelijkheid van de leiding van de instelling, met redelijke zekerheid moet toelaten dat:

- de bedrijfsvoering geordend en voorzichtig gebeurt met afgelijnde doelstellingen;
- de ingezette middelen economisch en efficiënt gebruikt worden;
- de risico's gekend zijn en afdoende beheerst worden ter bescherming van het vermogen;
- de financiële en beheersinformatie integer en betrouwbaar is;
- de wetten en reglementen alsmede de algemene beleidslijnen, plannen en interne voorschriften nageleefd worden.”

⁽²³⁾ Internationale controlestandaard ISA 701: De “kernpunten van de controle” zijn die aangelegenheden die, in de professionele oordeelsvorming van de erkende commissaris, het meest significant waren bij de controle van de periodieke staten van de verslagperiode.

358. De opdracht van de erkende commissaris in het kader van interne controle bestaat erin om het geheel van interne controlemaatregelen te beoordelen om een redelijke zekerheid te verschaffen over de betrouwbaarheid van de financiële en de prudentiële verslaggeving en het geheel van internecontrolemaatregelen gericht op de beheersing van de operationele activiteiten. De erkende commissarissen dienen hieromtrent hun bevindingen mee te delen aan de NBB.

359. De NBB beschouwt het verslag over de interne controle activiteiten van het directiecomité⁽²⁴⁾ en de kennis die de erkende commissaris verkrijgt en de documentatie die hij opstelt in het kader van zijn privaatrechtelijke opdracht, in het bijzonder over het systeem van interne controle en over het financiëleverslaggevingsproces, als de belangrijkste elementen voor de erkende commissaris in de beoordeling van de interne controle.

360. De minimaal door de erkende commissaris uit te voeren procedures of werkzaamheden zijn opgenomen in de circulaire medewerkingsopdracht van de NBB.⁽²⁵⁾

361. In het bijzonder dient de erkende commissaris aandacht te besteden aan het geheel van maatregelen van interne controle om de betrouwbaarheid van de financiële verslaggeving te verhogen.

Belangrijk is erop te wijzen dat de erkende commissaris niet de effectiviteit van de interne controle dient te beoordelen.

362. De erkende commissaris dient in een verslag aan de NBB al zijn bevindingen over de interne controlemaatregelen die door de instelling zijn getroffen op te nemen, waaronder de door de instelling gehanteerde methodiek ter beoordeling van de interne controle met inbegrip van de manier waarop de methodiek is onderbouwd en wordt toegepast, de tekortkomingen en leemtes in het internecontrolesysteem die relevant zijn voor het toezicht en voor de financiële verslaggeving, enz. Het verslag dient te worden opgesteld conform hetgeen bepaald in de specifieke norm van het IBR, die onder meer typeverslagen bevat.

C. Verslaggeving

363. Zowel met betrekking tot de bevestiging van de periodieke staten (halfjaarlijks en jaarlijks) als met betrekking tot de beoordeling van de interne controle dient, zoals hoger reeds aangegeven, aan de NBB te worden gerapporteerd door de erkende commissaris. Dit heeft tot doel de NBB in te lichten over de uitvoering van de medewerkingsopdracht aan het prudentieel toezicht. De erkende commissaris dient deze verslagen binnen de door de circulaire voorziene termijnen elektronisch aan de toezichthouder over te maken.

⁽²⁴⁾ Voor kredietinstellingen bijvoorbeeld opgemaakt overeenkomstig artikel 59, § 2 van de Bankwet.

⁽²⁵⁾ Circulaire NBB medewerkingsopdracht, 18 en 19.

364. Met betrekking tot bepaalde bijzondere aangelegenheden, kan de NBB aan de erkende commissaris verzoeken om een bijzonder verslag op te maken.⁽²⁶⁾ De kosten hiervan worden gedragen door de instelling zelf, maar dienen voorafgaandelijk met de instelling te worden besproken. De NBB zal de erkende commissaris, na contact met hem te hebben genomen, hiervan officieel mandateren aan de hand van een brief waarin minstens de doelstelling van de opdracht, de beschrijving van de verantwoordelijkheid van de effectieve leiding voor de domeinen van de opdracht, de reikwijdte van de opdracht, de vorm van het verslag en de termijn waarbinnen het verslag aan de NBB moet worden overgemaakt, worden opgenomen.

D. Signaalfunctie en informatie-uitwisseling

365. De informatie-uitwisseling tussen de NBB en de erkende commissarissen vormt één van de belangrijkste peilers waarop de medewerkingsopdracht van de erkende commissaris is gesteund. Het dient een grotere synergie te ontwikkelen tussen enerzijds de werkzaamheden van de toezichthouder en anderzijds die van de erkende commissaris.

366. In die zin heeft de wetgever, net zoals de in het kader van de medewerkingsopdracht van de erkende commissaris bij de FSMA, de zogenaamde signaalfunctie voorzien. Erkende commissarissen dienen immers vanuit een preventieperspectief, zowel op korte als middellange termijn, de toezichthouder te informeren van alle informatie, waarvan zij kennis hebben gekregen tijdens de uitoefening van hun werkzaamheden en die vanuit prudentieel oogpunt, relevant is en/of op grond waarvan een eventueel snel optreden van de NBB vereist is.

367. In dergelijke gevallen zal de erkende commissaris niet wachten tot hun halfjaarlijkse of jaarlijkse periodieke rapportering om hiervan de toezichthouder op de hoogte te brengen. De erkende commissaris dient niet alleen verslag uit te brengen over feiten of ontwikkelingen waarvan zeker en duidelijk is dat zij een weerslag hebben op de financiële positie en administratieve en boekhoudkundige organisatie van de instellingen, maar ook deze die een relevante impact kunnen hebben op de financiële positie of de organisatie van de instelling, die kunnen wijzen op een overtreding van het Wetboek van vennootschappen, de statuten, de toezichtswetten en -besluiten en de ter uitvoering daarvan genomen besluiten en reglementen of die kunnen leiden tot een weigering van de certificering van de statutaire en/of geconsolideerde jaarrekening of tot het formuleren van voorbehoud.

368. De signaalfunctie in hoofde van de erkende commissarissen dient de toezichthouder beter in staat te stellen adequaat en tijdig te reageren op potentiële prudentiële problemen binnen de instellingen. In die zin wordt de snelheid van de mededeling verkozen boven de juistheid en/of volledigheid. Ook de wijze waarop de signaalfunctie wordt uitgeoefend, is vrij te kiezen in functie van de ernst van de problemen. Een mondelinge mededeling dient evenwel te worden gevolgd door een schriftelijke bevestiging. Zowel de vastgestelde

⁽²⁶⁾ Zie onder meer artikelen 225, eerste lid, 3° van de Bankwet; art. 334, 435 en 493 van de Controlewet.

of potentiële problemen, alsook indien mogelijk de oorzaken daarvan en gemotiveerde visie, dienen te worden medegedeeld aan de toezichthouder.

369. Enkele voorbeelden van potentiële problemen in het kader waarvan de signaal-functie dient te worden uitgeoefend zijn:

- ernstige waarderingsproblemen met betrekking tot het krediet- en het tegenpartijrisico;
- ernstige financiële problemen bij een bijkantoor of een buitenlandse dochter;
- onmogelijkheid tot bevestiging van de periodieke rapporteringsstaten;
- een belangrijke reorganisatie;
- belangrijke ontwikkelingen in het bestuur van de instelling;
- ernstige moeilijkheden binnen de zogenaamde transversale functies (interneaudit-functie, compliancefunctie en risicobeheerfunctie);
- onverwachte vertrek van een medewerker met een sleutelpositie;
- enz.

370. Tot slot dienen de erkende commissarissen ook een kopie van of informeren zij haar over de inhoud van de belangrijkste verslagen en brieven (inzonderheid aanbevelingsbrieven) die zij aan het wettelijk bestuursorgaan en/of aan het directiecomité van de instelling richten, en bezorgen aan de toezichthouder een kopie van eventuele bijzondere verslagen die zij met toepassing van het Wetboek voor vennootschappen en verenigingen opstellen.

E. Mededelingen die de NBB op eigen initiatief richt aan de erkende commissaris

371. Net zoals het geval is in het kader van de medewerkingsopdracht van FSMA, heeft de NBB ook de verplichting om van haar kant de erkende commissarissen in te lichten om bepaalde feiten of informatie.

Zij dient in principe alle correspondentie die zij naar de instelling stuurt en die voor die commissaris van belang is bij de uitoefening van zijn functie bij die instelling, aan erkende commissaris over te maken. Zij kan hem ook inlichtingen bezorgen die het resultaat zijn van haar analyses.

372. De toezichthouder kan bovendien de erkende commissaris verzoeken haar zijn reacties mee te delen of mee te werken aan de opvolging van de opgeworpen problemen. De NBB zal ook de commissaris uitnodigen naar de belangrijkste besprekingen met de instelling of hem informeren over de inhoud en de uitkomst er van.

373. Minimaal één maal per jaar organiseert zij een overleg met de erkende commissaris om de algemene toestand van de instelling te bespreken. De NBB zal de erkende commissaris ook informeren over acties die zij neemt of wenst te ondernemen ten aanzien van de instelling of indien zij een audit verricht bij de instelling. In geval van zware problemen, zal de NBB de erkende commissaris voorafgaandelijk informeren over haar bevindingen en aanbevelingen, die de NBB ook in eerste instantie zelf zal opvolgen.

De commissaris zal op zijn beurt de toezichthouder op de hoogte stellen over de prioriteiten van zijn controleplan.

9.4. VERHOUDING TUSSEN DE COMMISSARIS EN DE CONTROLEDIENST VOOR DE VERZEKERINGEN

374. De controledienst voor de verzekeringen is **geïntegreerd** in de Commissie voor het Bank- en Financiewezen (CBF), de latere de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA). Het toezicht op verzekerings- en herverzekeringsondernemingen valt op heden onder de bevoegdheid van de NBB (*cf. supra*).

9.5. VERHOUDING TUSSEN DE COMMISSARIS EN HET CTR

169

9.5.1. Inleiding

375. Sedert 2017 is het toezicht op het beroep van bedrijfsrevisoren toevertrouwd aan het College van het toezicht op de bedrijfsrevisoren⁽²⁷⁾, dat werd opgericht door de wet van 7 december 2016 tot organisatie van het beroep van en het toezicht op de bedrijfsrevisoren.⁽²⁸⁾

376. Het College heeft in het bijzonder de eindverantwoordelijkheid over de volgende opdrachten:

- het toezicht op de toekenning van de hoedanigheid van bedrijfsrevisor, alsook op het houden en bijwerken van het openbaar register;
- het toezicht op de permanente vorming;
- het toezicht op de kwaliteitscontrole; en
- het toezicht op de naleving van de wettelijke, reglementaire en normatieve regels.

377. Een aantal opdrachten zijn gedelegeerd aan het Instituut van de Bedrijfsrevisoren (IBR). Het betreft met name:

- de toekenning en de intrekking van de hoedanigheid van bedrijfsrevisor;
- de inschrijving, de registratie, het bijhouden en bijwerken van het openbaar register; en
- de organisatie van de permanente vorming.

378. In hoofdzaak is het College belast met de kwaliteitscontrole van revisoren die zowel organisaties van openbaar belang, als andere organisaties controleren. Het College verzekert tevens een toezichtsfunctie waaronder het onderzoeken van de klachten tegen bedrijfsrevisoren.⁽²⁹⁾ Het waakt erover dat de bedrijfsrevisoren in de uitoefening van de opdrachten die hun werden toevertrouwd, de toepasselijke wettelijke, reglementaire en normatieve regels nakomen. Het behandelt de klachten die het ontvangt en onderzoekt de feiten die door derden ter kennis worden gebracht.

⁽²⁷⁾ Hierna: het College.

⁽²⁸⁾ Hierna: wet van 7 december 2016.

⁽²⁹⁾ Art. 53 wet 7 december 2016.

379. Het organiseert tevens het toezicht op de geregistreerde auditkantoren uit andere EU-lidstaten voor wat de wettelijke controleopdrachten in België uitgeoefend op jaarrekeningen betreft.

380. Naar aanleiding van de uitoefening van haar bevoegdheden kan het College ten aanzien van de bedrijfsrevisoren administratieve maatregelen nemen zoals bijvoorbeeld het opleggen van een hersteltermijn, het publiceren van zijn positie naar aanleiding van de vaststellingen die het heeft gedaan, of een terechtwijzing uitvaardigen.

381. Het College kan ten slotte ook de sanctiecommissie van de FSMA vatten wanneer het vaststelt dat een praktijk aanleiding kan geven tot een administratieve maatregel of sanctie.

382. Het past in dit kader om te focussen op de verhouding tussen de commissaris en het College, zonder evenwel het gehele toezichtssysteem uit een te zetten. Hiervoor kan worden verwezen naar de reeds bestaande rechtsleer.⁽³⁰⁾ Dit toezicht wordt uitsluitend in het algemeen belang uitgeoefend.

9.5.2. Taken: kwaliteitscontrole en toezicht

383. Artikel 52 en volgende van de wet van 7 december 2016 definiëren de verplichtingen en bevoegdheden van het College op het gebied van kwaliteitscontrole.

384. Het College onderwerpt de bedrijfsrevisoren aan een kwaliteitscontrole op basis van een risicoanalyse, met name een analyse van de door het bedrijfsrevisor(en)kantoor uitgewerkte maatregelen met betrekking tot het intern kwaliteitscontrolesysteem en van de doeltreffendheid van dat intern kwaliteitscontrolesysteem. Alle bedrijfsrevisoren worden minstens om de zes jaar aan een kwaliteitscontrole onderworpen.

“Die controle heeft onder meer tot doel na te gaan of de gecontroleerde bedrijfsrevisor over een organisatie beschikt die aangepast is aan de aard en de omvang van zijn activiteiten. Verder strekt de controle ertoe het publiek en de toezichthouders ervan te overtuigen dat de bedrijfsrevisoren hun activiteiten verrichten overeenkomstig de controlenormen en de toepasselijke deontologische regels.”⁽³¹⁾

385. Bedrijfsrevisoren die controles uitvoeren bij één of meer organisaties van openbaar belang zijn om de drie jaar onderworpen aan een kwaliteitscontrole. Het College neemt naar aanleiding van deze kwaliteitscontroles de besluiten en neemt de maatregelen die nodig zijn. Indien het College van oordeel is dat de inbreuken of vastgestelde feiten het voorwerp moeten uitmaken van een maatregel, zal hij een verslag opstellen waarmee hij de Sanctiecommissie van de FSMA adieert (*cf. infra*).

⁽³⁰⁾ Zie onder meer S. FOLIE, “Het nieuw publiek toezicht op het beroep van bedrijfsrevisor: gedelegeerde opdrachten, bestuur, kwaliteitscontrole, toezicht en sanctie maatregelen, waaronder de verhaalmiddelen”, *TAA* nr. 53, december 2016, 39-50.

⁽³¹⁾ Art. 52, § 1, lid 2 en 3 wet 7 december 2016.

386. De wijze waarop de kwaliteitscontrole wordt uitgevoerd, staat beschreven in artikel 52, § 2 en volgende wet van 7 december 2016 en worden ook verder toegelicht in het jaarslag van het College.⁽³²⁾

387. Het onderzoek wordt uitgevoerd door het College en zijn administratieve diensten (*cf. infra*). Een onderscheid wordt gemaakt tussen, enerzijds, de controles van bedrijfsrevisoren en bedrijfsrevisorenkantoren die commissarismandaten uitoefenen in organisaties van openbaar belang, die worden gecontroleerd door de inspectiedienst van de Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten (FSMA) samen met externe deskundigen en anderzijds, de controles van de overige bedrijfsrevisoren en bedrijfsrevisorenkantoren die worden gecontroleerd door externe experts (bedrijfsrevisoren en voormalige bedrijfsrevisoren die door het College worden aangesteld).

388. Artikel 54 van de wet van 7 december 2016 verduidelijkt de vergaande bevoegdheden die het College heeft tot het uitvoeren van een kwaliteitscontrole. Het zijn met name:

- toegang krijgen tot de gegevens in verband met de wettelijke controle van de jaarrekening of tot andere documenten, in welke vorm ook, die de bedrijfsrevisoren in hun bezit hebben en die relevant zijn voor de uitvoering van hun opdrachten, en het recht hebben om daarvan een kopie te ontvangen of te nemen;
- van iedere persoon informatie en documenten verkrijgen in verband met de wettelijke controle van de jaarrekening;
- binnen een termijn die het vastlegt, de voorlegging verkrijgen van bedrijfsrevisoren van elke informatie, elke verklaring of elk document, en meer in het bijzonder van:
 - de lijsten van de door hen aanvaarde revisorale opdrachten,
 - hun werkprogramma's en werkdocumenten,
 - elke informatie, elke verklaring of elk document over hun verbanden met andere personen die deel uitmaken van hun netwerk en die al dan niet in een lidstaat of in een derde land de hoedanigheid van wettelijke auditor, auditkantoor, auditor of auditororganisatie van een derde land hebben, en de opdrachten die door deze personen zijn aanvaard in een vennootschap, onderneming of vereniging waarin de bedrijfsrevisor een opdracht, waarvan de uitoefening is voorbehouden aan de bedrijfsrevisoren, vervult of heeft vervuld; en
- inspecties ter plaatse uitvoeren bij bedrijfsrevisoren, alsook ter plaatse kennis nemen en een kopie maken van elk document, elk gegevensbestand en elke registratie, en toegang hebben tot elk informaticasysteem.

389. Het uitoefenen van deze bevoegdheden is evenwel beperkt tot de doelstellingen voorzien in de wet (meer bepaald artikel 32 wet van 7 december 2016), alsook de bedrijfsrevisoren en auditkantoren, personen die betrokken zijn bij de activiteiten van de bedrijfsrevisoren, de gecontroleerde organisaties van openbaar belang, de met hen verbonden entiteiten, en de met die entiteiten gelieerde derden, derden waaraan de bedrijfsrevisoren bepaalde functies of activiteiten hebben uitbesteed en personen die verbonden of gelieerd zijn met de geviseerde bedrijfsrevisoren. Zowel de betrokken bedrijfsrevisor als derden worden verzocht hun volledige medewerking te verlenen op

⁽³²⁾ CTR, Jaarverslag 2017, 27 e.v. (<https://www.fsma.be/nl/jaarverslagen-1>).

straffe van strafrechtelijke sancties.⁽³³⁾ Tevens kan het College, prudentiële toezichthouders (NBB of FSMA) of de rechterlijke overheden verzoeken alle informatie over te maken voor door de wet bepaalde doeleinden.

390. Omgekeerd kan het College op basis van artikel 45 van de wet van 7 december 2016 vertrouwelijke informatie meedelen aan rechterlijke overheden bv. voor de aangifte van strafrechtelijke misdrijven. Sommigen zijn van mening dat een dergelijke maatregel in strijd kan zijn met de Europese Rechten van de Mensen en de huidige Cassatie-rechtspraak dat het recht om te zwijgen en om niet tot zelfbeschuldiging te worden gedwongen kan worden ingeroepen en zelfs primeert op de loyaliteitsplicht.⁽³⁴⁾

172

391. Het College heeft in de eerste plaats voor geopteerd voor een preventieve toezichtsbeleid, eerder dan een repressieve aanpak. In een preventieve aanpak worden de revisoren of revisorenkantoren, indien van toepassing, eerder tot de orde geroepen om hun auditwerkzaamheden af te stemmen of de toepasselijke auditnormen, eerder dan sanctionerend op te treden. Ondanks het feit dat het College vanzelfsprekend ook over repressieve en handhavingsmaatregelen beschikt, is het College van oordeel dat de sector (en in het verlengde daarvan het algemeen belang) eerder gebaat is met het voorkomen van en verbeteren van de auditwerkzaamheden, dan wel te sanctioneren.⁽³⁵⁾ In die zin is het College van oordeel dat een constructieve en permanente dialoog met de sector in het algemeen en bilaterale contacten met de bedrijfsrevisoren en de bedrijfsrevisorenkantoren in het bijzonder cruciaal zijn voor een overtuigend toezichtsbeleid.⁽³⁶⁾

392. Deze visie lijkt door te werken in het kader van de aanpak van de kwaliteitscontrole en in het bijzonder in de verhouding ten aanzien van de revisoren.

393. Het College heeft in dat verband zelf een aantal basisprincipes vooropgezet:⁽³⁷⁾

- het proportionaliteitsprincipe;
- het tegensprekelijk debat;
- de vrijwaring van de opinie van de bedrijfsrevisor; en
- de preventieve versus repressieve benadering.

394. Het past in dit kader deze principes kort even toe te lichten.

395. In de eerste plaats is het College van oordeel dat in het kader van de standardisatie van de auditmethodologie er rekening moet gehouden worden met het proportionaliteitsbeginsel, waarbij bepaalde procedures in kleinere kantoren of zogenaamde ‘*sole practioners*’ niet op dezelfde wijze zijn uitgewerkt of in dezelfde mate gedetailleerd

⁽³³⁾ S. FOLIE, “Het nieuw publiek toezicht op het beroep van bedrijfsrevisor: gedelegeerde opdrachten, bestuur, kwaliteitscontrole, toezicht en sanctiemaatregelen, waaronder de verhaalmiddelen”, *TAA* nr. 53, december 2016, 45.

⁽³⁴⁾ S. FOLIE, “Het nieuw publiek toezicht op het beroep van bedrijfsrevisor: gedelegeerde opdrachten, bestuur, kwaliteitscontrole, toezicht en sanctiemaatregelen, waaronder de verhaalmiddelen”, *TAA* nr. 53, december 2016, 46.

⁽³⁵⁾ CTR, Jaarverslag 2017, 7.

⁽³⁶⁾ CTR, Jaarverslag 2017, 7.

⁽³⁷⁾ CTR, Jaarverslag 2017, 29.

zijn zoals in grotere kantoren. Dit betekent echter niet dat de kleine kantoren of sole practitioners minder aandacht zouden moeten besteden aan de plicht tot documenteren. Ongeacht de grootte van het kantoor dient een auditdossier moet op een coherente en gestructureerde wijze te zijn opgebouwd en moet iedere derde persoon die er kennis van neemt, inzicht kunnen verschaffen in de wijze waarop de controlewerkzaamheden zijn verlopen en hoe de bedrijfsrevisor tot zijn opinie is gekomen.

396. Het College hecht in de tweede plaats veel belang aan de tegensprekelijkheid van het debat in het kader van de uitvoering van de wettelijke toezichtsfunctie door het College. Terecht stelt het College dat dit niet enkel in het belang is van de betrokken bedrijfsrevisor, maar eveneens om een *‘genuanceerd en gegrond oordeel te kunnen ontwikkelen tijdens het onderzoek’*. Zowel gedurende de controles, alsook nadat het inspectieteam zijn bevindingen heeft geformaliseerd,⁽³⁸⁾ wordt de bedrijfsrevisor gevraagd zijn bevindingen of commentaren te geven. Een dergelijke tegensprekelijkheid van het debat stelt het College in staat om *‘een nauwgezet en afdoend standpunt in te nemen omtrent de afsluiting van de kwaliteitscontroles en over de maatregelen die op grond hiervan moeten worden genomen’*.

397. Het College laat zich niet in met het oordeel van de commissaris over de financiële staten. Het is de taak en verantwoordelijkheid van de bedrijfsrevisor om in het kader van zijn wettelijke controle te oordelen of de jaarrekening in alle materieel belangrijke opzichten is opgesteld in overeenstemming met de van toepassing zijnde wet- en regelgeving. Hij oordeelt in deze op discretionaire wijze⁽³⁹⁾. Het past niet – zo bepaalt het College – dat het College dit oordeel in vraag stelt, voor zover het oordeel op correcte wijze tot stand komt en met de nodige argumenten wordt onderbouwd, en voor zover de betrokken bedrijfsrevisor alle risico's van materieel belang in rekening heeft gebracht.

398. Tot slot verduidelijkt het College haar basisprincipe inzake het behandelen van vastgestelde tekortkomingen.

399. Enerzijds heeft het College de mogelijkheid om preventief op te treden, met name door het nemen van maatregelen – in functie van de ernst van de inbreuk – die gericht zijn op de ondersteuning van de bedrijfsrevisor en op de naleving van de normen en de wettelijke bepalingen door de gecontroleerde bedrijfsrevisor of het gecontroleerde bedrijfsrevisorenkantoor zoals het formuleren van aandachtspunten of aanbevelingen waarbij een verdere actie wordt verwacht, het terechtwijzen van de revisor (hetgeen een impact kan hebben op de risicobeoordeling van de revisor of het kantoor), het opleggen van formele herstelmaatregelen (publicatie van een bericht, opleggen van een dwangsom of voorlopige schorsing van (een deel van) de activiteiten van de revisor tot maximaal 6 maanden. Naast de preventieve mogelijkheid om vastgestelde

⁽³⁸⁾ Zie ook onder meer: Art. 52 § 5 wet van 7 december 2016. De bevindingen en conclusies van een inspectie op basis waarvan aanbevelingen worden gedaan, worden, vóór de afronding van het inspectieverslag, meegedeeld aan en besproken met de bedrijfsrevisor bij wie de inspectie is verricht.

⁽³⁹⁾ I. DE POORTER, *Controle van financiële verslaggeving: revisoraal en overheidstoezicht*, Intersentia, Antwerpen, 2007, 216-217, nr. 267

tekortkomingen te behandelen, heeft het College vanzelfsprekend ook de mogelijkheid om sanctionerend op te treden door een dossier aanhangig te maken bij de sanctiecommissie van de FSMA (*cf. infra*).⁽⁴⁰⁾

9.5.3. Verhouding van het CTR tot de FSMA

400. Voor de praktische organisatie van het College wordt het College ondersteund door de FSMA.⁽⁴¹⁾ De FSMA geeft administratieve en logistieke bijstand aan het College en levert aan het secretariaat-generaal van het College en aan de inspectiedienst. De FSMA staat ook in voor de dekking van de werkingskosten van het College, die verhaald worden op de sector van de bedrijfsrevisoren. Het budget van het College maakt deel uit van de begroting van de FSMA. De modaliteiten van de administratieve, operationele en logistieke ondersteuning van het College door de FSMA werd, conform de wettelijke verplichting, in een protocol verder uitgewerkt, dat op 18 oktober 2017 werd gesloten tussen de FSMA en het College.

401. Daarnaast is de sanctiecommissie van de FSMA bevoegd te oordelen over eventuele gebreken of tekortkomingen in hoofde van een bedrijfsrevisor of bedrijfsrevisorenkantoor op verzoek van het College (*cf. infra*). Zoals hoger reeds aangegeven, kan het College krachtens artikel 57 van de wet 7 december 2016 in het geval van hoogdringendheid ook zelf bepaalde administratieve sancties nemen.

402. Daarnaast heeft het College de mogelijkheid om een sanctieprocedure in te stellen bij de sanctiecommissie, een administratief onafhankelijk rechtscollege dat opgericht is in de schoot van de FSMA.

403. Tot slot, zoals hoger reeds aangegeven, kan er tussen beide organen informatie worden uitgewisseld voor zover dit beperkt tot de gevallen waarvan sprake in de artikelen 44 en 45 van de wet van 7 december 2016 enerzijds en artikel 74 e.v. van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten anderzijds.⁽⁴²⁾

⁽⁴⁰⁾ CTR, Jaarverslag 2017, 20.

⁽⁴¹⁾ Art. 40 wet van 7 december 2016.

⁽⁴²⁾ Zie bijvoorbeeld: art. 222, lid 3 van de Bankwet: “*Het College van toezicht op de bedrijfsrevisoren dat opgericht is bij artikel 32 van de wet van 7 december 2016 tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren, brengt de Bank op de hoogte telkens als een procedure wordt ingeleid of een maatregel en/of sanctie wordt genomen door dit College tegen een erkende revisor of een erkende revisorenvennootschap wegens een tekortkoming in de uitoefening van zijn of haar opdracht, met opgave van de motivering, en telkens als een verslag wordt opgesteld met toepassing van artikel 56, § 1 van de voornoemde wet van 7 december 2016. Het College brengt de Bank ook op de hoogte van alle soortgelijke procedures, maatregelen en/of sancties die in het buitenland worden opgelegd aan een erkende revisor of een erkende revisorenvennootschap en waarvan het College kennis heeft.*”

9.6. VERHOUDING TUSSEN DE COMMISSARIS EN DE CFI

9.6.1. Inleiding

404. De wet van 18 september 2017 tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en tot beperking van het gebruik van contanten ⁽⁴³⁾, definieert de wettelijke verplichtingen voor de actoren, waaronder de revisoren, in het kader van de preventie van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme. Krachtens artikel 5, 23° van de wet van 18 september 2017 zijn de bepalingen van deze wet ook van toepassing op bedrijfsrevisoren, auditkantoren en éénieder die het beroep van wettelijk auditor uitoefent. De naleving van deze wettelijke bepalingen door de bedrijfsrevisoren valt onder het toezicht van het College. ⁽⁴⁴⁾

405. Conform artikel 85 van de wet van 18 september 2017 heeft het Instituut van Bedrijfsrevisoren een norm uitgevaardigd die de toepassingsmodaliteiten van deze wetgeving voor bedrijfsrevisoren bepalen. Op heden liggen de toepassingsmodaliteiten vervat in de Norm van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren d.d. 4 februari 2011 inzake de toepassing van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme. ⁽⁴⁵⁾ Momenteel wordt een nieuwe norm voorbereid gezien de wet van 11 januari 1993 werd opgeheven en vervangen door de wet van 18 september 2017. ⁽⁴⁶⁾ In dit kader zal worden gerefereerd naar deze meer recente ontwerp-norm gezien deze rekening houden met het huidige wetgevende kader. ⁽⁴⁷⁾

406. De Cel voor Financiële Informatieverwerking (CFI) is één van de belangrijke actoren inzake de preventie van witwassen en financiering van terrorisme. Het is een onafhankelijke administratieve overheid met rechtspersoonlijkheid, belast met het verwerken en doormelden van informatie met het oog op de bestrijding van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme, waaronder de financiering van proliferatie van gevoelige nucleaire activiteiten of van ontwikkeling van overbrengingssystemen voor nucleaire wapens. De CFI bestaat uit juridische en financiële deskundigen en een hoger officier van de federale politie, en staat onder leiding van een magistraat of zijn plaatsvervanger.

407. Alvorens verder in te gaan op de verhouding van de revisoren ten aanzien van het CFI, past het om algemeen de bevoegdheden van de CFI kort toe te lichten.

⁽⁴³⁾ Hierna: de wet van 18 september 2017.

⁽⁴⁴⁾ Art. 85, §1, 5° wet van 18 september 2017.

⁽⁴⁵⁾ Zie https://doc.ibr-ire.be/nl/Documents/regelgeving-en-publicaties/rechtsleer/mededelingen/957_2_Bijlage-norm.pdf

⁽⁴⁶⁾ Zie <https://doc.ibr-ire.be/nl/Documents/regelgeving-en-publicaties/rechtsleer/normen-en-aanbevelingen/normen/Ontwerp-van-norm-AML-december-2018.pdf>. Hierna: Ontwerpnorm AML.

⁽⁴⁷⁾ Hierna: Ontwerpnorm tot voorkoming van het witwassen van geld.

9.6.2. Bevoegdheden van de CFI⁽⁴⁸⁾

408. De CFI is voornamelijk belast met de behandeling van verdachte financiële verrichtingen die verband houden met het witwassen van geld of de financiering van terrorisme en gemeld worden door bij wet aangeduide ondernemingen en personen.

409. Hiertoe kent de wet van 18 september 2017 de CFI een reeks van bevoegdheden toe.

410. Naast de rol als filter tussen de instellingen en personen bedoeld in de wet en de gerechtelijke overheden heeft de CFI op nationaal vlak ook een adviesverlenende en coördinerende rol bij de bestrijding van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme.

411. De CFI vormt de schakel tussen de verschillende spelers die bij de strijd tegen het witwassen van geld en de financiering van terrorisme betrokken zijn (FOD, controle-, toezichthoudende of tuchtoverheden, politie, douane).

412. Dus onverminderd de bevoegdheden van de gerechtelijke overheden, is de CFI belast met de ontvangst en ontleding van de informatie afkomstig van:

- de in de wet opgesomde ondernemingen en personen;
- hun controle-, toezichthoudende of tuchtoverheden;
- de overheden belast met het toezicht op de financiële markten;
- de buitenlandse meldpunten in het kader van een wederzijdse samenwerking;
- de bevoegde overheden belast met de ontvangst van aangiften van grensoverschrijdend verkeer van liquide middelen gedaan bij toepassing van het Koninklijk besluit van 2 januari 2016 houdende maatregelen ter controle van het grensoverschrijdend verkeer van liquide middelen;
- het federaal parket in het kader van een gerechtelijk onderzoek of een vooronderzoek in verband met terrorisme en de financiering van terrorisme;
- het Europees Bureau voor Fraudebestrijding in het kader van een onderzoek inzake fraude ten nadele van de financiële belangen van de Europese Economische Ruimte; en
- de ambtenaren van de administratieve diensten van de Staat, de curatoren in een faillissement en de voorlopige bewindvoerders die, bij de uitoefening van hun opdrachten of de uitoefening van hun beroep, feiten vaststellen waarvan zij weten of vermoeden dat ze verband houden met het witwassen van geld of met de financiering van terrorisme.

413. De CFI kan dat alle bijkomende inlichtingen opvragen bij de door de wet bedoelde ondernemingen en personen, alsook de stafhouder, alsook alle politiediensten en de administratieve diensten van de Staat, de curatoren, de voorlopige bewindvoerders van een faillissement en de gerechtelijke overheden haar verstrekken die zij voor de vervulling van haar opdracht nuttig acht, binnen de door haar bepaalde termijn. Een onderzoeksrechter mag de informatie enkel overmaken mits uitdrukkelijke toestemming

⁽⁴⁸⁾ Zie onder meer: http://www.ctif-cfi.be/website/index.php?option=com_content&view=article&id=28&Itemid=43&lang=nl

van de procureur-generaal of van de federale procureur. Zij kan bovendien ter plaatse kennis nemen van alle stukken die aan de in de wet vermelde ondernemingen of personen toebehoren of in hun bezit zijn, en die van nut zijn voor de vervulling van haar wettelijke opdracht.

414. De leden van de CFI en de leden van haar personeel zijn gebonden tot een zeer strikt beroepsgeheim. Zelfs in het geval bedoeld in artikel 29 van het Wetboek van strafvordering en buiten het geval dat zij geroepen worden om in rechte te getuigen, mogen zij geen “ruchtbaarheid” geven aan de informatie waarvan zij bij de uitoefening van hun opdrachten kennis hebben gekregen, met uitzondering van de mededeling van informatie binnen de wettelijke voorwaarden:

- aan de bevoegde procureur des Konings of de federale procureur;
- aan de controle-, toezichthoudende of tuchtoverheden van de ondernemingen of personen;
- aan de buitenlandse meldpunten;
- aan het Europees bureau van fraudebestrijding;
- aan de Minister van Financiën;
- aan de Staatsveiligheid of de Algemene Dienst inlichting en veiligheid van de Krijgsmacht;
- OCAD;
- arbeidsauditeur; en
- Sociale Inlichtingen- en Opsporingsdienst (SIOD).

9.6.3. De verplichtingen van de revisoren ten aanzien van de CFI

415. Zoals hoger reeds aangegeven, bepaalt de ontwerpnorm tot voorkoming van het witwassen van geld, de toepassingsmodaliteiten die door de bedrijfsrevisoren of bedrijfsrevisorenkantoren dienen te worden nageleefd in het kader van de preventie van witwaspraktijken.

416. Deze norm behandelt in het bijzonder:

- de risico-analyse, algemeen (kantoor) en individueel (cliënt);
- de interne organisatie van de beroepsbeoefenaars;
- de waakzaamheidsverplichtingen (identificatie en verificatie van de identiteit) ten aanzien van cliënten, hun lasthebbers en de uiteindelijke begunstigden van de cliënten en de lasthebbers, alsook de bewaring van de gegevens en de bewijsstukken verzameld bij de identificatie en verificatie van de identiteit;
- De (doorlopende) waakzaamheidsplichten ten aanzien van de kenmerken van de cliënt, de verrichtingen en de zakelijke relaties en de bewaring van de gegevens en documenten bekomen naar aanleiding van dit onderzoek.

417. In dit kader zal aandacht worden besteed aan de verplichtingen van de revisoren ten aanzien van de CFI, zonder elk van hierboven vermelde verplichtingen uitgebreid te behandelen.

418. Naast de organisatorische verplichtingen, dient een bedrijfsrevisor zogenaamde waakzaamheid aan de dag te leggen ten aanzien van zowel zijn cliënten als de

verrichtingen. Dit houdt in dat de bedrijfsrevisor een cliëntacceptatiebeleid dient uit te werken en toe te passen. Dit dient de bedrijfsrevisor in staat te stellen om bij het aanknopen van een zakelijke relatie met cliënten of bij het uitvoeren van occasionele verrichtingen voor de cliënten, een voorafgaand onderzoek te verrichten naar de WG/FT-risico's die zijn verbonden aan het profiel van de cliënt en aan het doel en de aard van de zakelijke relatie of occasionele verrichting, alsook van de kenmerken van de door de beroepsbeoefenaar aangeboden diensten, van de betrokken landen of geografische gebieden en van de leveringskanalen waarop de beroepsbeoefenaar beroep doet en maatregelen te nemen om deze risico's op te volgen en te beheersen.⁽⁴⁹⁾ Hiertoe dient de bedrijfsrevisor de cliënten, lasthebbers en de uiteindelijk begunstigen te identificeren en de identiteit ervan te verifiëren overeenkomstig de artikelen 26 tot 32 van de wet van 18 september 2017.

419. Bovendien dient de bedrijfsrevisor ook onderzoek te voeren van de verrichtingen op aldus atypische verrichtingen op te sporen, teneinde overeenkomstig artikel 45 van de wet van 18 september 2017 te bepalen of er een vermoeden moet worden gemeld dat deze verrichting verband houdt met het witwassen van geld of financiering van terrorisme.⁽⁵⁰⁾ Bedrijfsrevisoren dienen met name voor zover redelijkerwijs mogelijk, de achtergrond en het doel van alle complexe en ongebruikelijk grote verrichtingen, evenals alle ongebruikelijke verrichtingspatronen die geen zichtbaar economisch of rechtmatig doel hebben.⁽⁵¹⁾ Over deze analyse dient een schriftelijk verslag te worden opgemaakt.

420. Indien ze bij de uitoefening van hun beroep, feiten vaststellen waarvan zij weten of redelijke gronden hebben om te vermoeden dat ze verband houden met het witwassen van geld of met de financiering van terrorisme, moeten ze dit melden aan de CFI.⁽⁵²⁾

421. Conform artikel 47, § 1 van de wet van 18 september 2017, slaat de meldingsplicht op het aanwenden van geldmiddelen, ongeacht het bedrag, de verrichtingen of pogingen tot verrichtingen of alle feiten waarvan ze kennis krijgen in de uitoefening van hun beroep en waarvan ze vermoeden of redelijke gronden hebben om te vermoeden dat ze verband houden met het witwassen van geld of de financiering van terrorisme.

422. De melding daarvan dient onmiddellijk te gebeuren, bij voorkeur voor de uitvoering van de verrichting of onmiddellijk na de uitvoering er van. In principe geschiedt de melding door de conform artikel 9, § 2 van de wet van 18 september 2017 aangestelde AMLCO.⁽⁵³⁾

423. De informatie en de inlichtingen moeten schriftelijk of elektronisch gemeld worden aan de CFI. De CFI voorziet op haar website bijkomende toelichting met

⁽⁴⁹⁾ Art. 4.1. Ontwerpnorm AML.

⁽⁵⁰⁾ Art. 4.7. Ontwerpnorm AML.

⁽⁵¹⁾ Art. 45, §1, lid 1 wet van 18 september 2017.

⁽⁵²⁾ Art. 47, § 1 wet van 18 september 2017; K. VANDERHEYDEN en A. VAN DEN BROECK, *Strafrecht in de onderneming (3e editie)*, Morsel, Intersentia, 2016, 379.

⁽⁵³⁾ Art. 49 wet van 18 september 2017.

betrekking tot de melding van informatie aan de CFI.⁽⁵⁴⁾ Ook wordt een meldingsformulier ter beschikking gesteld.

424. In 2017 waren er 64 meldingen door 21 bedrijfsrevisoren.⁽⁵⁵⁾

425. Met betrekking tot het verstrekken van juridisch advies voorziet artikel 53 in een uitzondering op de meldingsplicht. Bedrijfsrevisoren of bedrijfsrevisorenkantoren zijn niet verplicht deze informatie of inlichtingen te melden ingeval zij deze van één van hun cliënten ontvangen of over één van hun cliënten verkrijgen wanneer zij de rechtspositie van deze cliënt bepalen, dan wel die cliënt in of in verband met een rechtsgeding verdedigen of vertegenwoordigen, met inbegrip van advies over het instellen of vermijden van een rechtsgeding, ongeacht of dergelijke informatie vóór, gedurende of na een dergelijk geding wordt ontvangen of verkregen, tenzij de bedoelde onderworpen entiteiten zelf hebben deelgenomen aan de witwasactiviteiten of de activiteiten voor financiering van terrorisme, zij juridisch advies voor witwasdoeleinden of voor financiering van terrorisme hebben verstrekt, of zij weten dat hun cliënt juridisch advies wenst voor witwasdoeleinden of voor financiering van terrorisme.⁽⁵⁶⁾

426. Revisoren kunnen immers hun cliënten bijvoorbeeld als technisch raadsman bijstaan en hen bijstaan in fiscale geschillen of met fiscaal advies. In een gerechtelijke fase van het fiscaal contentieus zal de cliënt zich laten vertegenwoordigen door een advocaat, waarbij in de praktijk de revisor de cliënt dikwijls ook nog verder blijven adviseren als beoefenaar van het fiscaal recht. In die zin dienen zij die informatie niet mee te delen “wanneer zij deze in het kader van hun beroepsuitoefening van één van hun cliënten ontvangen of over één van hun cliënten verkrijgen bij het bepalen van de rechtspositie van hun cliënt, tenzij zij zelf deelnemen aan de witwasactiviteiten of de activiteiten voor financiering van terrorisme, zij juridisch advies voor witwasdoeleinden of voor financiering van terrorisme verstrekken, of zij weten dat hun cliënt juridisch advies wenst voor deze doeleinden”. In deze laatste drie gevallen is de meldingsplicht wel nog van toepassing.

427. Het feit dat een melding gebeurde, noch de inhoud van de melding aan de CFI, mag aan de cliënt noch aan derden worden meegedeeld door de bedrijfsrevisoren. Dit meldingsverbod wordt ook wel ‘*tipping-off*’ verbod genoemd. Evenmin mag aan de cliënt of derden worden meegedeeld dat een analyse naar witwassen van geld of financiering van terrorisme aan de gang is of zou kunnen worden geopend.⁽⁵⁷⁾ Indien een bedrijfsrevisor, auditor, tracht een cliënt te doen afzien van deelname aan een illegale activiteit, is er evenwel geen sprake van het overtreden van het mededelingsverbod.⁽⁵⁸⁾ Dit verbod geldt ook niet ten aanzien van het College.

⁽⁵⁴⁾ <http://www.ctif-cfi.be/website/images/NL/meld/toelichting2017-ndls.pdf>

⁽⁵⁵⁾ CFI Jaarverslag 2017, 47 en 51.

⁽⁵⁶⁾ Art. 53 wet van 18 september 2017.

⁽⁵⁷⁾ Art. 55 wet van 18 september 2017.

⁽⁵⁸⁾ CFI, Toelichting voor de onderworpen entiteiten bedoeld in artikel 5 van de wet van 18 september 2017 tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en tot beperking van het gebruik van contanten met betrekking tot de melding van informatie aan de cel voor financiële informatieverstrekking, 26 oktober 2017, 45.

428. De melders – ter goeder trouw – van de informatie of de inlichtingen genieten immuniteit en zijn bijgevolg krachtens artikel 57 van de wet van 18 september 2017 niet burgerrechtelijk, strafrechtelijk of tuchtrechtelijk aansprakelijk.

429. In het geval de CFI een melding overmaakt aan de Procureur des Konings of aan de federale procureur of andere bevoegde autoriteiten, wordt de identiteit van de melders, *in casu* de *Anti-Money Laundering Compliance Officer* of AMLCO van de bedrijfsrevisor of bedrijfsrevisorenkantoor, niet meegedeeld teneinde de anonimiteit van hen te bewaren. Zelfs indien de CFI lopende een strafrechtelijke procedure in rechte wordt opgeroepen te getuigen, mag de CFI de identiteit van de melders niet vrijgeven.⁽⁵⁹⁾

430. In de praktijk is het zo dat, wanneer de CFI een melding ontvangt, zij deze combineert met informatie die zij van andere organisatie of entiteiten heeft verkregen. Dit zorgt ervoor dat de mededelingen die worden gedaan aan het Parket zijn gebaseerd op meerdere bronnen zonder de oorspronkelijke melding zelf te hernemen of te herhalen: *“Voor ieder dossier doorgemeld aan de gerechtelijke autoriteiten (procureur des Konings of Federaal procureur) maakt de CFI een verslag op met daarin alle ontvangen, verzamelde en geanalyseerde informatie, ongeacht of deze nu afkomstig is van meldingen of van andere legale bronnen. Dit verslag vermeldt nooit welke informatie specifiek werd verkregen als gevolg van een melding. Dergelijke meldingen, of zij nu aan de oorsprong liggen van het dossier of pas naderhand in aanmerking genomen werden, worden nooit bij deze doormeldingsverslagen gevoegd. Alle informatie wordt zo samengebracht in een verslag dat de CFI voor haar eigen rekening neemt. Informatie afkomstig van meldingen gedaan door andere beroepsgroepen (advocaten, notarissen, revisoren, accountants,...) wordt, zoals supra uiteengezet, geïntegreerd in het verslag van de CFI, waarbij zoveel mogelijk wordt vermeden dat de bron van de melding kan worden geïdentificeerd.”*⁽⁶⁰⁾

431. Zoals hierboven aangeduid, heeft de CFI ook de bevoegdheid om alle bijkomende informatie op te vragen aan de bedrijfsrevisoren en de bedrijfsrevisorenkantoren. De betrokken bedrijfsrevisoren zullen verplicht zijn de informatie of inlichtingen waarover zij beschikken, op verzoek van de CFI aan de CFI over te maken. Dit kan evenwel worden geweigerd op basis van de in artikel 53 van de wet van 18 september 2017 voorziene uitzondering met betrekking tot juridisch advies.

⁽⁵⁹⁾ Art. 58 wet van 18 september 2017

⁽⁶⁰⁾ CFI, Toelichting voor de onderworpen entiteiten bedoeld in artikel 5 van de wet van 18 september 2017 tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en tot beperking van het gebruik van contanten met betrekking tot de melding van informatie aan de cel voor financiële informatieverstrekking, 26 oktober 2017, 49.

9.7. BESLUIT

432. Zowel de publiekrechtelijke opdracht van de erkende commissaris in het kader van het prudentieel toezicht, de verplichting tot medewerking aan de kwaliteitscontrole door het CTR en verplichtingen van de revisoren in het kader van het voorkomen van witwassen van geld en financiering van terrorisme, dienen het algemeen belang.

433. Het CTR benadrukt uitdrukkelijk dat overleg en dialoog met de sector en de bedrijfsrevisoren in het bijzonder cruciaal zijn voor een overtuigend toezichtsbeleid, hetgeen de stakeholders ervan dient te overtuigen dat de bedrijfsrevisoren hun activiteiten verrichten overeenkomstig de toepasselijke wet- en regelgeving.

434. Ook de rol van de revisoren in de preventie van witwaspraktijken, dient vanzelfsprekend het algemeen belang. De meldingsplicht van de diverse actoren in het kader van antiwitwassen, is immers cruciaal voor de CFI om adequaat haar bevoegdheden te kunnen uitoefenen.

435. De meest uitgesproken vorm van samenwerken betreft evenwel de medewerking van de erkende revisoren aan het prudentieel toezicht. Deze unieke samenwerkingsvorm beoogt een grotere synergie te ontwikkelen tussen de onsite werkzaamheden van de toezichthouder, enerzijds, en die van de erkende commissarissen anderzijds.⁽⁶¹⁾ Ook de signaalfunctie creëert bij uitstek de mogelijkheid om adequaat en tijdig te reageren op potentiële prudentiële problemen. Om deze samenwerking optimaal te benutten, is het evenwel cruciaal dat de informatie-uitwisseling vanwege beide partijen komt zodoende dat elk van hen (toezichthouder en erkende commissaris) hierop hun werkzaamheden kunnen afstemmen.

⁽⁶¹⁾ Circulaire NBB medewerkingsopdracht, 88.

HOOFDSTUK 10

PUBLIEKE SECTOR: VERHOUDING TUSSEN DE COMMISSARIS EN DE TOEZICHTHOUDENDE OVERHEID

CHAPITRE 10

SECTEUR PUBLIC: RELATIONS ENTRE LE COMMISSAIRE ET L'AUTORITE DE TUTELLE

C. FORNOVILLE

Advocaat aan de balie van Brussel

Vrijwillig wetenschappelijk medewerker aan de Université Saint-Louis Bruxelles

A. FRANÇOIS

Professor aan de Rechtsfaculteit van de Vrije Universiteit Brussel

Advocaat aan de balie van Brussel

10.1. INLEIDING

436. De overheid, zowel federaal als deelstatelijk, doet graag beroep op het privaat vennootschapsrecht als aanvullende bron voor de rechtspersonen die zij zelf opricht en regelt. En terecht: het (privaat) vennootschapsrecht schept een (door de band genomen) rechtszeker kader voor het bestuur en de organisatie van de (vennootschappelijke) rechtspersonen, alsook voor de controle daarop. Door dit kader (aanvullend) van toepassing te verklaren moet het spreekwoordelijk warm water geen tweede keer worden uitgevonden. Nochtans heeft de overheid ook haar eigen wijzen om controle uit te oefenen op de rechtspersonen die ze zelf opricht en regelt. Eveneens terecht: de besteding van publieke middelen en/of de uitoefening van publieke taken rechtvaardigt een (extra) degelijke controle. In deze bijdrage bespreken wij de verhouding tussen de commissaris en de toezichthoudende overheid in mede door het privaat vennootschapsrecht geregelde rechtspersonen die de overheid zelf opricht en regelt (hierna gemakshalve ook “overheidsonderneming” genoemd)⁽¹⁾.

437. Het begrip “toezichthoudende overheid” is bijzonder ruim, en kan verwijzen naar de rol van de overheid als “eigenaar/aandeelhouder”,⁽²⁾ maar ook naar andere rollen van de overheid zoals die van toezichthouder op de uitoefening van opdrachten van openbare dienst en de rol van de overheid als “marktregulator” of “sectorale toezichthouder”. De eerste en de derde rol komen aan bod in andere bijdragen van dit boek.⁽³⁾ We beperken ons dan ook tot, concreet, de verhouding tussen de commissaris en het Rekenhof enerzijds en de verhouding tussen de commissaris en de regeringscommissaris/regeringsafgevaardigde anderzijds.⁽⁴⁾

438. Onze bijdrage is bescheiden: exhaustief zijn is allerminst ons streefdoel (en trouwens onmogelijk), gelet op het feit dat het landschap van de overheidsondernemingen bijzonder rijk en geschakeerd is⁽⁵⁾ en (al te) vaak bestaat uit *ad hoc* regelingen. We

⁽¹⁾ Die term dekt in onze bijdrage een bijzonder ruime lading: immers, ook zuiver private rechtspersonen waarin de overheid niet participeert kunnen onder (een bepaal)de controle van de overheid vallen, bv. omdat zij belast zijn met een openbare dienst die door de overheid wordt gefinancierd. Te denken is bijvoorbeeld aan private universiteiten zoals de Vrije Universiteit Brussel en de Katholieke Universiteit Leuven.

⁽²⁾ Voor een grondslagenanalyse van de rol van de overheid als aandeelhouder is het nog even wachten op het proefschrift dat mevr. Tina COEN, aspirante aan het FWO, voorbereidt aan de Rechtsfaculteit van de Vrije Universiteit Brussel.

⁽³⁾ Voor de verhouding tussen de commissaris en de algemene vergadering, verwijzen we naar R. HOUBEN (zie p. 73 e.v.). Voor een bespreking van de verhouding tussen de commissaris en overheid als marktregulator, verwijzen we naar de bijdrage van I. DE POORTER *cf. supra* hoofdstuk 9.

⁽⁴⁾ De verhouding met Europese toezichthouders zoals bijvoorbeeld de Europese Rekenkamer zijn eveneens bijzonder interessant, maar om de thematiek behapbaar te houden, kozen we ervoor om deze verhouding hier niet te bespreken.

⁽⁵⁾ Zie bijvoorbeeld de lijst van Vlaamse rechtspersonen en entiteiten die onder toepassing vallen van de afspraken over de single audit in bijlage 2 bij de Afspraken over *single audit* 2018.

behandelen deze thematiek daarom aan de hand van voorbeelden.⁽⁶⁾ We concentreren ons daarbij op de federale overheid en de Vlaamse overheid.

439. We vatten de bijdrage aan met een beschrijving van de probleemstelling (10.2). Vervolgens gaan we in op de verhouding tussen de commissaris en het Rekenhof (10.3). Aansluitend bespreken we de verhouding tussen de commissaris en de regeringscommissaris 10.4). We ronden af met een besluit (10.5).

⁽⁶⁾ Voor bijvoorbeeld een syntheseoverzicht door wie de audit wordt uitgeoefend, zie J. CHRISTIAENS en F. VANDENDRIESSCHE, “Algemene boekhoudregeling van de publieke en non-profitsector in België”, in ICCI (ed.), *Toepassing van de internationale auditstandaarden ISA en ISSAI in de publieke sector*, Antwerpen, Maklu, 2015, p. 9.

10.2. PROBLEEMSTELLING: HET PRINCIPIELE BEROEPSGEHEIM VAN DE COMMISSARIS VS. DE OPENBAARHEID VAN BESTUUR EN DE VERANTWOORDING AAN HET PARLEMENT

10.2.1. Inleiding

440. De verhouding tussen de commissaris en de toezichthoudende overheid vertoont een ambigu karakter. De spelers waarmee de verhouding wordt onderzocht, kwalificeren strikt genomen als “derden” ten aanzien van de overheidsonderneming. Daardoor dringt zich in beginsel vanuit het beroepsgeheim van de commissaris een terughoudendheid op in het delen van informatie.

10.2.2. Het beroepsgeheim van de commissaris-bedrijfsrevisor

441. Krachtens artikel 86 van de wet van 7 december 2016 tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren⁽⁷⁾ en artikel 458 Sw. is de bedrijfsrevisor gehouden tot het beroepsgeheim, behoudens toepassing van één van de in die artikelen voorziene uitzonderingen. Vermits een commissaris moet worden benoemd onder de bedrijfsrevisoren, ingeschreven in het openbaar register van de bedrijfsrevisoren (of onder de geregistreerde auditkantoren) is hij tot het beroepsgeheim gehouden (art. 3:58, §1 Wetboek van vennootschappen en verenigingen, hierna “WVV”).

442. Hoewel het (dus strafrechtelijk vergrendeld) beroepsgeheim strikt moet worden geïnterpreteerd, geldt het niet alleen voor de feiten en inlichtingen die in vertrouwen zijn meegedeeld aan de commissaris, maar ook voor de feiten en inlichtingen waarvan hij kennis krijgt, die hij achterhaalt of ontdekt in de uitoefening van zijn beroep of naar aanleiding daarvan.⁽⁸⁾ De zwijgplicht die voortvloeit uit het beroepsgeheim, raakt de openbare orde, is algemeen en bestrijkt de gehele activiteit van de bedrijfsrevisor.⁽⁹⁾

443. In de privaatrechtelijke vennootschappen, staat de commissaris enkel borg voor de betrouwbaarheid van de door de onderneming verstrekte informatie.⁽¹⁰⁾

⁽⁷⁾ Wet van 7 december 2016 tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren, *BS* 13 december 2016 (hierna wet van 7 december 2016).

⁽⁸⁾ M. FRANCHIMONT, “Het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisor” in *Het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisor*, Brussel, Belgisch Centrum voor Normalisatie van de Accountancy en het Revisoraat, 1986/2, (5) 18.

⁽⁹⁾ M. FRANCHIMONT, “Het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisor” in *Het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisor*, Brussel, Belgisch Centrum voor Normalisatie van de Accountancy en het Revisoraat, 1986/2, (5) 17. Het is in die zin overigens behoorlijk opmerkelijk dat de Vlaamse decreetgever (de uitzonderingen op) het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisoren in de voorbereiding van het ontwerp van decreet houdende de Vlaamse Codex Overheidsfinanciën die op 20 maart 2019 werd goedgekeurd door de plenaire vergadering van het Vlaams Parlement (o.i. ten onrechte) afdoet als een “detail van de deontologische verplichtingen”. Deze kwalificatie is ongetwijfeld ingegeven door de verantwoordingsdrang van de Vlaamse decreetgever om de federale bevoegdheid terzake te betreden, maar blijft o.i. verkeerd.

⁽¹⁰⁾ M. FRANCHIMONT, “Het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisor” in *Het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisor*, Brussel, Belgisch Centrum voor Normalisatie van de Accountancy en het Revisoraat, 1986/2, (5) 19.

De bedrijfsrevisor heeft immers een rol te vervullen als vertrouwenspersoon. Zijn wettelijke opdrachten inzake de controle op en de certificering van de jaarrekening en de informatie die hij moet verstrekken aan de algemene vergadering en de ondernemingsraad, zijn dan ook in die zin te interpreteren. De bedrijfsrevisor is niet in eerste instantie een verstrekker van informatie, hij controleert de verstrekte informatie. Vanuit die blik worden de meldingsplichten van de commissaris vaak strikt geïnterpreteerd. Informatie die niet krachtens een wettelijke bepaling móet worden meegegeeld (bv. aan de algemene vergadering of in een verslag) is geheim, en mag niet worden meegegeeld. Op het eerste gezicht handelt de commissaris dus in een sterke “zwart-wit” omgeving, als het aankomt op communicatie met derden.

444. Toch geeft de rechtsleer wat betreft de rol van de commissaris in overheidsondernemingen meteen aan dat de voor de publieke sector obligate afweging van het algemeen belang het “zwart-wit” als snel doet verglijden in vele tinten grijs. Dat bracht Michel FRANCHIMONT er al in 1986 toe het volgende op te merken: “*Ten slotte moet er ook op worden gewezen dat de wettelijke vereisten inzake openbaarmaking belangrijker zijn wanneer de revisor voor rekening van een overheidsinstelling handelt.*” Nog volgens de auteur zal bij dergelijke controleopdrachten het algemeen belang bij de controle veel sterker doorwegen dan het naleven van het beroepsgeheim.⁽¹¹⁾

445. Voorzichtigheid is nochtans geboden. Het algemeen belang is geen *passé-partout* voor informatieontsluiting: ondanks het aparte karakter van de rol van de commissaris in de publieke sector, moet immers worden vastgesteld dat op de principiële geheimhoudingsverplichting geen algemene uitzondering bestaat voor de communicatie en informatie-uitwisseling met de toezichthoudende overheid, in al haar gedaanten.

446. Wel gelden ook voor de commissarissen die actief zijn in overheidsondernemingen uiteraard de “klassieke” uitzonderingen voorzien in artikel 86 van de wet van 7 december 2016 en artikel 458 Sw.^{(12) (13)} Zo is er geen verplichting tot beroepsgeheim voor de mededeling van een attest of van een bevestiging verricht met de schriftelijke toestemming van de onderneming waar de bedrijfsrevisoren hun taak uitoefenen.⁽¹⁴⁾ Ook zijn de commissaris van de consoliderende rechtspersoon en de commissaris van de geconsolideerde rechtspersonen, onderling, bevrijd van het beroepsgeheim, binnen het kader van de hun toevertrouwde controle over de geconsolideerde jaarrekening van een onderneming.⁽¹⁵⁾ Hoewel de verhouding tussen de commissaris en andere toezichthouders hiermee soms vergelijkbaar is, moeten we –en dat is misschien wat

⁽¹¹⁾ M. FRANCHIMONT, “Het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisor” in *Het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisor*, Brussel, Belgisch Centrum voor Normalisatie van de Accountancy en het Revisoraat, 1986/2, (5) 22-23.

⁽¹²⁾ Zie daarover E. VANDERSTAPPEN, “Uitzonderingen op het beroepsgeheim” in ICCI (ed.), *Het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisor*, Brugge, die Keure, 2009, 30 e.v.

⁽¹³⁾ Volledigheidshalve vermelden we dat ook een uitzondering is voorzien in artikel 458ter Sw. Gelet evenwel op het beperkte toepassingsgebied van deze bepalingen (terroristische misdrijven en misdrijven gepleegd in het raam van een criminele organisatie), gaan we hier niet nader op in.

⁽¹⁴⁾ Art. 86, § 1, 1° van de wet van 7 december 2016.

⁽¹⁵⁾ Art. 86, § 2 van de wet van 7 december 2016. De bedrijfsrevisor die, zonder het mandaat van commissaris uit te oefenen, is belast met de controle over de geconsolideerde jaarrekening, wordt met de commissaris gelijkgesteld.

contra intuïtief – door de strikte formulering van deze uitzondering evenwel besluiten dat ze niet automatisch geldt in de verhouding tussen bijvoorbeeld de commissaris en het Rekenhof of publiekrechtelijke auditorganen ⁽¹⁶⁾.

447. Daarnaast wordt in de rechtspraak ook een afwijking aanvaard, gekend als het *gedeeld geheim*. Onder die uitzondering is informatieontsluiting evenwel enkel mogelijk tussen personen die op dezelfde wijze tot het beroepsgeheim zijn gehouden (bv. tussen de bedrijfsrevisor en de notaris). Zij vindt tevens (enkel) haar rechtvaardiging in de verdediging van de belangen van de cliënt. ⁽¹⁷⁾

448. Verder is er ook de uitzondering in de gevallen waarin de wet de commissaris verplicht iets kenbaar te maken. Er is geen overtreding wanneer een feit door de wet wordt opgelegd. ⁽¹⁸⁾

449. Al deze bepalingen volstaan o.i. niet, net gelet op de strikte interpretatie van het beroepsgeheim van bedrijfsrevisoren, om algemeen te stellen dat de commissaris bij de controle van een overheidsonderneming onbelemmerd informatie kan delen in het kader van het administratief toezicht of ten aanzien van het Rekenhof. ⁽¹⁹⁾

450. Net daarom onderzoeken we in deze bijdrage welke specifieke wettelijke grondslagen gelden om informatie te delen met andere toezichthouders. Die bestaan wel degelijk, en laten soms (verregaande) informatie-uitwisseling toe. Zoals wel vaker in de publieke sector zijn er veel *ad hoc* regelingen en dit bovendien op verschillende beleidsniveaus, waardoor elke situatie afzonderlijk moet worden geanalyseerd om te controleren of en zo ja welke informatie de commissaris mag overmaken. Voorzichtigheid blijft dus ook in overheidsondernemingen de stelregel voor de commissaris die gevraagd wordt informatie te ontsluiten. We zullen evenwel vaststellen dat er de laatste jaren een stille evolutie merkbaar is, althans op Vlaams niveau.

10.2.3. Openbaarheid van bestuur en informatieopdracht

451. Tegenover de principiële zwijgplicht van de bedrijfsrevisor, behoudens wanneer sprake is van een spreekplicht of een uitzondering op het beroepsgeheim, staat enerzijds het gebrek aan bijzondere wettelijke verankering van het beroepsgeheim (behalve in zeer specifieke gevallen ⁽²⁰⁾) voor het Rekenhof, de regeringscommissaris en de toezichthoudende Minister (waardoor alvast geen beroep kan worden gedaan op de voornoemde jurisprudentiële uitzondering van het *gedeeld geheim*). Integendeel gelden voor het Rekenhof en de toezichthoudende Minister(s) respectievelijk een

⁽¹⁶⁾ Denk bijvoorbeeld aan Audit Vlaanderen.

⁽¹⁷⁾ B. DE KLERCK en V. YANGANDI, “Gedeeld (gemeenschappelijk) beroepsgeheim”, in ICCI (ed.), *Het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisor*, Brugge, die Keure, (49) 51, nr. 111.

⁽¹⁸⁾ Art. 70 Sw. M. FRANCHIMONT, “Het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisor”, in *Het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisor*, Brussel, Belgisch Centrum voor Normalisatie van de Accountancy en het Revisoraat, 1986/2, (5).

⁽¹⁹⁾ Zie wat het Rekenhof betreft ook *infra*, nr. 458 e.v.

⁽²⁰⁾ Bv. wat betreft de vermogensaangiften. (art. 3 van de wet van 2 mei 1995 betreffende de verplichting om een lijst van mandaten, ambten en beroepen, alsmede een vermogensaangifte in te dienen).

informatieplicht t.a.v. de respectievelijke parlementen⁽²¹⁾ en de verantwoordelijkheid van de Minister t.a.v. het Parlement. Voor autonome overheidsbedrijven zal de regeringscommissaris bijvoorbeeld rapporteren aan de Minister⁽²²⁾, die verslag uitbrengt aan het Parlement.⁽²³⁾

452. Bovendien worden de overheidsonderneming, de regeringscommissaris en de toezichthoudende Minister aan wie de regeringscommissaris rapporteert, geconfronteerd met de regelgeving inzake (princiële) actieve en passieve openbaarheid van bestuur, waarbij de geheimhouding net de uitzondering is.⁽²⁴⁾

10.2.4. Ruime toegang van de toezichthouders tot informatie m.b.t. de rechtspersoon

453. De toezichthouders hebben, algemeen gesproken (en begrijpelijk), vaak zeer ruime toegang tot informatie van de rechtspersoon die ze controleren.

454. De commissaris heeft een “absolute” toegang tot informatie van de vennootschap.⁽²⁵⁾ In private vennootschappen kunnen de commissarissen op elk ogenblik ter plaatse inzage nemen van de boeken, brieven, notulen en in het algemeen van alle documenten en geschriften van de vennootschap. Zij kunnen van het bestuursorgaan, van de gemachtigden en van de aangestelden van de vennootschap alle ophelderingen en inlichtingen vorderen en alle verificaties verrichten die zij nodig achten en kunnen van het bestuursorgaan vorderen dat het aan derden de bevestiging vraagt van het

⁽²¹⁾ Art. 180, derde lid van de Grondwet; art. 5, § 2 van de wet van 29 oktober 1846 op de inrichting van het Rekenhof; artikel 50 van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten. Zie ook de art. 33 tot 36 van het Reglement van Orde van het Rekenhof over het individuele informatierecht van parlementsleden en hierover W. SCHELSTRAETE, en A. GRENACS, “Wat parlementsleden in de dossiers van het Rekenhof gaan zoeken: bedenkingen over het gebruik van het parlementair inzage- en informatierecht tijdens de periode 2001-2006”, *CDPK* 2008, afl. 1, 134-149. Een zeer specifieke rapporteringsplicht geldt bijvoorbeeld wat betreft Apetra. (art. 39bis, §6, derde lid van de wet van 26 januari 2006 betreffende de aanhouding van een verplichte voorraad aardolie en aardolieproducten en de oprichting van een agentschap voor het beheer van een deel van deze voorraad en tot wijziging van de wet van 10 juni 1997 betreffende de algemene regeling voor accijnsproducten, het voorhanden hebben, en het verkeer daarvan en de controles daarop). Zie bijvoorbeeld: Rekenhof, *APETRA – Uitvoering van de opdrachten van openbare dienst in 2016*, raadpleegbaar op <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/FederaleStaat/ChronologischOverzicht.html?year=2018>.

⁽²²⁾ Art. 23, § 2 van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven (“wet van 21 maart 1991”).

⁽²³⁾ Art. 23, § 6 van de wet van 21 maart 1991.

⁽²⁴⁾ Art. 32 van de Grondwet, met de uitvoeringsregelgeving. Federaal is dit de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur, *BS* 30 juni 1994. In Vlaanderen is de regelgeving inzake openbaarheid van bestuur intussen opgenomen in het Bestuursdecreet van 7 december 2018, *BS* 19 december 2018. In de beslissing OVB 2005/95 stelde de Vlaamse Beroepsinstantie inzake Openbaarheid van Bestuur vast dat de regeringscommissaris een “bestuursinstantie” is in de zin van het toen geldende decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur. (De Raad van State weigerde zich over het daarover ingestelde beroep uit te spreken bij gebrek aan belang bij het beroep; zie *RvS* nr. 211.880 van 10 maart 2011).

⁽²⁵⁾ K. GEENS en F. JENNE, “Het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisor, soms te delen met de notaris?” in X. (ed.), *50 jaar revisoraat*, Brugge, die Keure, 2003, (191) 196.

bedrag van de vorderingen op, de schulden tegenover of van andere betrekkingen met de gecontroleerde vennootschap.⁽²⁶⁾ In overheidsondernemingen wordt vaak bepaald dat het privaats vennootschapsrecht geldt voor alles wat niet uitdrukkelijk anders geregeld is bij of krachtens de wet,⁽²⁷⁾ of wordt het van overeenkomstige toepassing verklaard.⁽²⁸⁾ Dat betekent dat commissarissen doorgaans op dezelfde wijze toegang zullen hebben tot de overheidsonderneming als in private vennootschappen.

455. Ook de overheid als toezichthouder heeft, in haar verschillende gedaanten, vaak een zeer verregaande toegang tot informatie. Het Rekenhof bijvoorbeeld kan zich, naast de toegangsrechten die de leden van het Rekenhof genieten wanneer zij optreden als commissaris, voor de uitoefening van zijn controletaak alle documenten en inlichtingen, van welke aard ook, met betrekking tot het beheer en het budgettair en boekhoudkundig proces van de diensten van de Staat en van de openbare instellingen die aan zijn controle zijn onderworpen of die het nodig acht om zijn opdracht te kunnen vervullen, doen verstrekken. Het Hof kan ook een controle ter plaatse organiseren in de diensten en instellingen die aan zijn controle zijn onderworpen.⁽²⁹⁾

456. De regeringscommissaris bij een autonoom overheidsbedrijf, bijvoorbeeld, rapporteert aan de Minister waaronder het overheidsbedrijf ressorteert en aan de Minister van Begroting (voor bestuursbeslissingen met een weerslag op de algemene uitgavenbegroting). Hij wordt uitgenodigd op alle vergaderingen van de raad van bestuur en van het directiecomité en heeft er een raadgevende stem. Voorts kan hij te allen tijde ter plaatse inzage nemen van de boeken, brieven, notulen en, in het algemeen, van alle documenten en geschriften van het overheidsbedrijf. Tenslotte kan hij van de leden van de raad van bestuur, van de gemachtigden en de personeelsleden van het overheidsbedrijf alle ophelderingen en inlichtingen vorderen en alle verificaties verrichten die hij nodig acht voor de uitvoering van zijn mandaat.⁽³⁰⁾

457. Op basis van de voornoemde informatierechten zal de commissaris bijvoorbeeld enkel al op basis van die rechten t.a.v. de overheidsonderneming kennis kunnen nemen van de genotuleerde opmerkingen van de regeringscommissaris bij een eventuele tussenkomst op de raad van bestuur. Omgekeerd zal de regeringscommissaris enkel al op deze wijze kennis kunnen nemen van eventuele (schriftelijke) opmerkingen van de commissaris aan het bestuursorgaan (bv. vaststelling van een overtreding van een wettelijke bepaling, waaraan de commissaris vraagt om te remediëren). Juridisch wordt de vraag evenwel een stuk complexer als de regeringscommissaris inzage zou willen hebben in documenten die de commissaris (nog) niet heeft gedeeld met het bestuursorgaan. De regeringscommissaris heeft immers geen wettelijk verankerd recht op toegang tot informatie die bij de commissaris is.

⁽²⁶⁾ Art. 3:68, §1 WVV.

⁽²⁷⁾ Bijvoorbeeld art. 37 van de wet van 21 maart 1991.

⁽²⁸⁾ Bijvoorbeeld: autonome overheidsbedrijven die niet de vorm van een naamloze vennootschap van publiek recht hebben aangenomen (art. 25, § 6 van de wet van 21 maart 1991).

⁽²⁹⁾ Art. 5bis van de wet van 29 oktober 1846 op de inrichting van het Rekenhof. Zie ook A. ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 790.

⁽³⁰⁾ Art. 23, § 3 van de wet van 21 maart 1991. *Nota bene*: Proximus en bpost hebben geen regeringscommissaris, overeenkomstig artikel 54/6 van dezelfde wet.

10.3. DE VERHOUDING TUSSEN DE COMMISSARIS EN HET REKENHOF

10.3.1. Algemeen

458. Hierna bespreken we de verhouding tussen de commissaris en het Rekenhof. We onderscheiden daarbij drie situaties. Eerst bespreken we de verhouding wanneer beide samen zetelen in een college van commissarissen dat toezicht uitoefent over een rechtspersoon (“*joint audit*”) (10.3.2). Daarna bespreken we de regels inzake “*single audit*” die gelden in Vlaanderen (10.3.3). Op de derde plaats bespreken we de verhouding tussen de commissaris *buiten* de gevallen van *joint audit* of *single audit* (10.3.4).

10.3.2. *Joint audit*: de verhouding als beiden een “college van commissarissen” vormen

459. De commissaris oefent zijn controleopdracht soms uit als onderdeel van een college met leden van het Rekenhof. ⁽³¹⁾ Hieronder bespreken we, bij wijze van illustratie, de verhouding tussen de commissaris en het Rekenhof bij de federale autonome overheidsbedrijven, waarbij wij ons toespitsen op de informatieontsluiting.

460. In autonome overheidsbedrijven wordt de controle op de financiële toestand, op de jaarrekening en op de regelmatigheid, vanuit het oogpunt van de wet en van het organiek statuut, van de verrichtingen weer te geven in de jaarrekening, opgedragen aan een college van commissarissen. ⁽³²⁾ Twee leden van het college van commissarissen worden benoemd door het Rekenhof onder haar leden. Indien het overheidsbedrijf de vorm heeft van een naamloze vennootschap van publiek recht, worden de twee andere leden benoemd door de algemene vergadering onder de leden van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren. Indien het overheidsbedrijf niet de vorm heeft aangenomen van een naamloze vennootschap van publiek recht, worden de twee andere leden benoemd door de minister onder wie het overheidsbedrijf ressorteert onder de leden van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren. ⁽³³⁾

⁽³¹⁾ Voor een overzicht van de opdrachten van het Rekenhof als “rekeningcommissaris” in 2017, ook in andere rechtspersonen dan de federale overheidsbedrijven die vallen onder het toepassingsgebied van de wet van 21 maart 1991, zie het Jaarverslag van het Rekenhof, 2018, p. 49-50.

⁽³²⁾ Art. 25 van de wet van 21 maart 1991. Ter illustratie van andere (federale) rechtsgronden waar de externe controle wordt uitgeoefend door een college van commissarissen, zie bijvoorbeeld art. 19 van de Wet van 19 april 2002 tot rationalisering van de werking en het beheer van de Nationale Loterij, *BS* 4 mei 2002; art. 40 van de wet van 23 november 2017 tot wijziging van de naam van de Belgische Technische Coöperatie en tot vaststelling van de opdrachten en de werking van Enabel, Belgisch Ontwikkelingsagentschap, *BS* 11 december 2017.

⁽³³⁾ J. VAN DE VELDE en W. DUMAZY, “De rol van het Rekenhof in de externe controle van de autonome overheidsbedrijven”, in X. (ed.), *Liber Amicorum Henri OLIVIER*, Brugge, die Keure, 2000, 505-523.

461. Dit model werd in 1991 ingevoerd naar het voorbeeld van wat toen bestond bij NMBS. ⁽³⁴⁾ Het model wordt passend de “*joint audit*” genoemd. ⁽³⁵⁾ De samenwerking tussen de leden van het Rekenhof en de bedrijfsrevisoren was immers ingegeven vanuit de bezorgdheid om de controle efficiënter te laten verlopen door overlappingsen tussen beide controle instanties te voorkomen, en anderzijds om de controleaanpak eigen aan het Rekenhof en afgestemd op de controle van publiekrechtelijke rechtspersonen, te combineren met de controlevormen van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren ten aanzien van vooral privaatrechtelijke ondernemingen. ⁽³⁶⁾

462. Ter uitvoering van de wet van 21 maart 1991 geldt het koninklijk besluit van 5 maart 1992. ⁽³⁷⁾ Volgens dat besluit duiden de leden van het college van commissarissen uit hun midden een voorzitter aan die de controlewerkzaamheden coördineert en de briefwisseling van het college voert. ⁽³⁸⁾ Het koninklijk besluit herhaalt dat de commissarissen optreden als college voor de opdrachten die de wet hun heeft toevertrouwd. Het preciseert voorts dat zij gezamenlijk de verslagen ondertekenen die zij tot de bevoegde autoriteiten richten. ⁽³⁹⁾

463. We begrijpen dat in de praktijk het college een werkverdeling opmaakt. ⁽⁴⁰⁾ De commissarissen benoemd door het Rekenhof dienen blijkens het koninklijk besluit van 5 maart 1992 alvast bij voorrang te worden belast met de verificatie van de rekeningen die betrekking hebben op de taken van openbare dienst. ⁽⁴¹⁾

⁽³⁴⁾ *Parl. St. Kamer*, 1989-1990, 1287/1, p. 24.

⁽³⁵⁾ “De mandaten van de raadsheren van het Rekenhof. Gedachtewisseling met de eerste voorzitter van het Rekenhof. Verslag”, *Parl. St. Kamer* 2017-2018, 54-2886/1, p. 20 e.v.

⁽³⁶⁾ H. VAN IMPE, “De externe controle in autonome economische overheidsbedrijven” in A. KILESE en F. VANSTAPEL, *Externe audit in de publieke sector*, Brugge, die Keure, 2004, (55) 57, nr. 108. Zie ook J. VAN DE VELDE en W. DUMAZY, “De rol van het Rekenhof in de externe controle van de autonome overheidsbedrijven”, in X. (ed.), *Liber Amicorum Henri OLIVIER*, Brugge, die Keure, 2000, 505-523.

⁽³⁷⁾ Koninklijk besluit van 5 maart 1992 tot vaststelling van nadere regelen met betrekking tot de opdracht, de actiemogelijkheden en het statuut van de commissarissen bij de autonome overheidsbedrijven, *BS* 23 april 1992 (het “koninklijk besluit van 5 maart 1992”).

⁽³⁸⁾ Art. 11 van het koninklijk besluit van 5 maart 1992.

⁽³⁹⁾ Art. 12 van het koninklijk besluit van 5 maart 1992. Vgl. het weinig bekende artikel 1012 van het Wetboek van vennootschappen, dat in §2 het volgende bepaalt: “*Indien binnen een publiekrechtelijke rechtspersoon een college van commissarissen is gevormd dat leden telt die in hun hoedanigheid van bedrijfsrevisor zijn aangesteld en leden welke niet in deze hoedanigheid zijn aangesteld, zijn de bepalingen van dit wetboek inzake de commissarissen, niettegenstaande elk hiermee strijdig statutair beding, van toepassing op de commissarissen die in hun hoedanigheid van bedrijfsrevisor zijn aangesteld; zij stellen een afzonderlijk verslag op. Deze bepalingen zijn niet van toepassing op de andere commissarissen behalve indien de statuten zulks uitdrukkelijk bepalen*”. Het is ons niet bekend in welke mate deze bepaling in de praktijk wordt toegepast. Ze lijkt trouwens niet weerhouden in het WVV.

⁽⁴⁰⁾ J. VAN DE VELDE en W. DUMAZY, “De rol van het Rekenhof in de externe controle van de autonome overheidsbedrijven”, in X. (ed.), *Liber Amicorum Henri OLIVIER*, Brugge, die Keure, 2000, (505) 516.

⁽⁴¹⁾ Art. 4 van het koninklijk besluit van 5 maart 1992.

464. Door de goedkeuring van de jaarrekening door de algemene vergadering, of door de Minister onder wie het bedrijf ressorteert, naargelang het geval, verkrijgen de commissarissen, wat de Staat betreft, kwijting. ⁽⁴²⁾

465. Het is opmerkelijk dat noch de bepalingen van de wet van 21 maart 1991, noch die van het koninklijk besluit van 5 maart 1992 aandacht besteden aan de toepassing van het (nochtans strafrechtelijk vergrendelde) beroepsgeheim, laat staan dat er wordt voorzien in een uitdrukkelijke (wettelijke) uitzondering op de principiële zwijgplicht die op de bedrijfsrevisoren-leden van het college rust. Nochtans kunnen de leden van het college van commissarissen hun *gezamenlijke opdracht* onmogelijk uitoefenen indien er geen onbelemmerde ontsluiting van informatie door de leden-bedrijfsrevisoren aan de leden van het Rekenhof binnen het college zou kunnen gebeuren. Mogelijk was dat voor de wetgever en de Koning zo evident, dat een uitdrukkelijke wettelijke uitzondering op het beroepsgeheim overbodig werd geacht. Dat is overigens ook het standpunt van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren. ⁽⁴³⁾ Volgens het IBR is er in een college geen sprake van beroepsgeheim tussen de leden: bijgevolg kunnen de leden-bedrijfsrevisoren ongestoord informatie uitwisselen met hun collegae, leden van het Rekenhof. Dat neemt niet weg dat een uitzondering op een strafrechtelijk vergrendelde zwijgplicht best wél uitdrukkelijk in de wet wordt geformuleerd. ⁽⁴⁴⁾

466. Een andere “verklaring” voor het ontbreken aan een uitdrukkelijke wettelijke uitzondering voor informatieontsluiting tussen de leden-bedrijfsrevisor en de leden van het Rekenhof binnen het college van commissarissen kan gelegen zijn in het feit dat er mogelijk vanuit wordt gegaan dat het Rekenhof over wettelijke informatierechten beschikt, op grond waarvan ze zelfs de bedrijfsrevisor, die tot een strafrechtelijke gesanctioneerde zwijgplicht is gehouden, tot spreken kan dwingen. ⁽⁴⁵⁾ Ons inziens kan nochtans enkel m.b.t. de informatie die in handen is van de personen die onder controle vallen van het Rekenhof met zekerheid worden gezegd dat zij die op vraag van het Hof moeten ontsluiten. De commissaris(-bedrijfsrevisor) behoort niet tot die categorie van personen. ⁽⁴⁶⁾

⁽⁴²⁾ Art. 13 van het koninklijk besluit van 5 maart 1992 verwijst nog naar artikel 79 van de wetten op de handelsvennootschappen, gecoördineerd op 30 november 1935.

⁽⁴³⁾ Zie in deze zin ook het Vademecum IBR, 2009, p. 428 met verwijzing naar het Jaarverslag IBR 2005, p. 77.

⁽⁴⁴⁾ In Vlaanderen gebeurde dat terecht wel wat de zgn. single audit betreft (zie artikel 50, §2/1 van het hierna besproken Rekendecreet).

⁽⁴⁵⁾ Zie artikel *5bis* van de wet van 29 oktober 1846 op de inrichting van het Rekenhof, respectievelijk artikel 10, § 1 van de wet van 16 mei 2003 tot vaststelling van de algemene bepalingen die gelden voor de begrotingen, de controle op de subsidies en voor de boekhouding van de gemeenschappen en de gewesten, alsook voor de organisatie van de controle door het Rekenhof: “*Het Rekenhof is gemachtigd om zich alle documenten en inlichtingen, van welke aard ook, met betrekking tot het beheer van de diensten en instellingen die aan zijn controle onderworpen zijn, te doen verstrekken*”.

⁽⁴⁶⁾ Kennelijk dachten ook de opstellers van het Rekendecreet er zo over, nu zij een uitdrukkelijke uitzonderingsrond op het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisor hebben geformuleerd (*cf. infra*, nr. 477 e.v.).

467. Zowel de commissaris-bedrijfsrevisor als de commissarissen die leden zijn van het Rekenhof zijn, voor de federale overheidsbedrijven, gehouden tot de *discretieplicht*. Dat is wél uitdrukkelijk in het Koninklijk Besluit van 5 maart 1992 bepaald.⁽⁴⁷⁾

468. Wat betreft de leden van het college die bedrijfsrevisoren zijn, voegt deze bepaling niets toe: zij zijn immers gehouden tot een nog veel sterkere, strafrechtelijk vergrendelde zwijgplicht onder hun beroepsgeheim.

469. De bepaling is wél relevant voor de leden van het College die lid zijn van het Rekenhof: zij zijn niet aan een wettelijk beroepsgeheim onderworpen, maar dus enkel in het kader van de *joint audit* aan deze zwakkere (want op zich immers niet strafrechtelijk gesanctioneerde) variant van de discretieplicht. Deze discretieplicht is overigens niet voor elke *joint audit* opdracht reglementair verankerd. Wel kan een confidentialiteitsverplichting worden afgeleid uit de ISSAI-regels, die, opnieuw bij gebrek aan wettelijke verankering, als een deontologische regel kwalificeert.⁽⁴⁸⁾ Het is nochtans essentieel dat de leden van het Rekenhof zich aan deze discretieplicht houden. Zo niet, dreigen zij informatie te ontsluiten die, wat hun collegae-bedrijfsrevisoren betreft, onder het beroepsgeheim valt.

10.3.3. In Vlaanderen: *single audit*

A. De totstandkoming van *single audit*

470. In Vlaanderen wordt al enige tijd gewerkt aan een nauwere samenwerking in overheidsaudit en -controle gewerkt. Aanleiding hiertoe waren een aantal nadelen die werden vastgesteld in het organisatielandschap zoals de overlapping van taken en werkzaamheden, het risico voor lacunes, beperkte informatie-uitwisseling tussen controleorganen en het probleem van vertrouwelijkheid van auditrapporten en werkdocumenten.⁽⁴⁹⁾

471. In 2009 vond een rondetafelconferentie van controleactoren en gecontroleerden in de Vlaamse Gemeenschap plaats. Er bleken overlappingen tussen de werkzaamheden van het Rekenhof en de bedrijfsrevisor op het vlak van rekeningcontroles.⁽⁵⁰⁾ Het Rekenhof en het IBR gingen daarom samen zitten om afspraken te maken over de inhoud van en de rapportering over de rekeningencontroles. Het was de bedoeling de verschillende controles beter op elkaar af te stemmen en dubbele controles te vermijden, via afspraken over uitwisseling van informatie, met inbegrip van het verlenen van inzage in elkaars verslagen en werkdocumenten. Het beroepsgeheim

⁽⁴⁷⁾ Artikel 10 van het koninklijk besluit van 5 maart 1992 (“*De commissarissen zijn tot discretie verplicht in verband met de feiten waarvan zij naar aanleiding van hun functie kennis hebben*”).

⁽⁴⁸⁾ Daarnaast geldt ook een deontologische plicht tot vertrouwelijkheid die volgt uit de ethische code van het Rekenhof, raadpleegbaar op <https://www.ccrek.be/NL/Voorstelling/EthischeCode.html> (zie ook ISSAI 100, nr. 36 en ISSAI 30, nr. 27).

⁽⁴⁹⁾ Verslag van het Rekenhof over de rondetafelconferentie van controleactoren en gecontroleerden in de Vlaamse Gemeenschap, *Parl.st.* VI. Parl., 2008-2009, 37-B, p. 4 raadpleegbaar via <https://www.vlaamsparlament.be/parlementaire-documenten/parlementaire-initiatieven/557117> (28 maart 2019).

⁽⁵⁰⁾ *Ibid.*, p. 7.

van bedrijfsrevisoren verhinderde evenwel de inzage van hun werkdoossier, zodat een normatieve tussenkomst zich opdrong.⁽⁵¹⁾

472. Ter uitvoering van de conclusies van de rondetafelconferentie, nam de Vlaamse decreetgever in het Rekendecreet een juridische grondslag op voor de uitwerking van een “*single audit*”.^{(52) (53)}

Onder *single audit* wordt verstaan “één enkel auditmodel voor de Vlaamse overheid, waarbij elk controleniveau voortbouwt op het voorgaande, met als doel de last voor de gecontroleerde te verminderen en de kwaliteit van de audit op te voeren, maar zonder de onafhankelijkheid van de betrokken auditororganen te ondergraven. Audit betekent daarbij niet alleen de audit van ontvangsten en uitgaven die in de Vlaamse begroting zijn opgenomen. Ook alternatieve financieringsvormen, engagementen buiten balans enzovoorts, vallen onder het model. Onder audit wordt naast de financiële audit, ook de audit van de operationele uitvoering bedoeld. Ook audit naar wettelijkheid en regelmatigheid, of naar doeltreffendheid en doelmatigheid vallen derhalve binnen de scope van dit artikel.”⁽⁵⁴⁾

473. Het juridisch aanknopingspunt voor (commissarissen-)bedrijfsrevisoren is dat artikel 50 van het Rekendecreet bepaalt dat de jaarrekeningen van Vlaamse rechtspersonen met een raad van bestuur⁽⁵⁵⁾, wordt gecertificeerd door een bedrijfsrevisor en deze laatste zijn verslag over de jaarrekening ook aan de Vlaamse Regering en het departement Financiën en Begroting bezorgt⁽⁵⁶⁾, terwijl deze rechtspersonen op basis van artikel 63 van het Rekendecreet ook onderworpen worden aan een controle door het Rekenhof.⁽⁵⁷⁾

⁽⁵¹⁾ *Ibid.*, p. 6. Zie ook Gedachtewisseling over het verslag van het Rekenhof over de rondetafelconferentie van controleactoren en gecontroleerden in de Vlaamse Gemeenschap, *Parl. St. VI. Parl. 2009-2010, 226/1*, p. 6 raadpleegbaar via <https://docs.vlaamsparlement.be/docs/stukken/2009-2010/g226-1.pdf>

⁽⁵²⁾ Art. 67 van het Decreet van 8 juli 2011 houdende regeling van de begroting, de boekhouding, de toekenning van subsidies en de controle op de aanwending ervan, en de controle door het Rekenhof, *BS 5* augustus 2011.

⁽⁵³⁾ Onze bespreking van *single audit* blijft in deze bijdrage eerder beknopt. Voor meer diepgaande lectuur, zie bijvoorbeeld: de bijdragen in ICCI (ed.), *De (performantie-)audit in de publieke sector en de non-profitsector*, ICCI, Antwerpen, Maklu, 2013, 362 p. ; A. DE BRABANDERE, “Hoe ver reikt het principe van *single audit* in het hoger onderwijs”, *TORB* 2013-2014, bijzonder nummer, 82-86, ; M. DE WOLF, “Concept en mogelijkheden van *single audit*: het Rekenhof als groepsauditor”, *TORB* 2013-2014, bijzonder nummer, p. 87-91; H. FRANCOIS, “Concept en mogelijkheden van *single audit* bij de UAntwerpen”, *TORB* 2013-14, bijzonder nummer, 92-93; M. DECANCO, “*Single Audit*: de visie van een geauditeerde”, *TORB* 2013-14, bijzonder nummer, 94-98; J. CHRISTIAENS EN F. VANDENDRIESSCHE, “*Single audit* in een vergelijking met de omliggende landen”, *TAA* 2016, afl. 2, 14-27; I. DESOMER, “Enkele opdrachten die de bedrijfsrevisoren kunnen vervullen in de openbare sector / Quelques missions que les réviseurs d’entreprises peuvent accomplir dans le secteur public”, *TAA* 2012, afl. 5, 3-6.

⁽⁵⁴⁾ *Parl. St. VI. Parl. 2010-2011, 842/1*, p. 34.

⁽⁵⁵⁾ De Vlaamse Regering kan ook bij sommige rechtspersonen zonder raad van bestuur een bedrijfsrevisor aanstellen met eenzelfde opdracht (artikel 50, § 4 Rekendecreet).

⁽⁵⁶⁾ Art. 50, § 2 Rekendecreet.

⁽⁵⁷⁾ Op de controle van het Rekenhof op de algemene rekening van de Vlaamse ministeries en diensten met afzonderlijk beheer gaan we in deze bijdrage niet nader in.

474. De revisorale controle en certificatieopdracht die moet gebeuren door de bedrijfsrevisoren, gebeurt conform de voorwaarden van de Vlaamse Regering, met behoud van de toepassing van de bepalingen die door of krachtens de wet op het Instituut van Bedrijfsrevisoren⁽⁵⁸⁾ worden opgelegd.⁽⁵⁹⁾ Wanneer de rechtspersoon al onderworpen is aan de controle van een commissaris-bedrijfsrevisor overeenkomstig het vennootschapsrecht, of een beëdigd bedrijfsrevisor krachtens een organiek decreet, dan wel indien de rechtspersoon valt onder de Vlaamse deelstaatoverheid, vervult die bedrijfsrevisor ook de in artikel 50, § 1 van het Rekendecreet bedoelde certificeringsopdracht.

475. In het Rekendecreet voorzag de regelgever in artikel 67 een decretale basis voor de organisatie van de samenwerking tussen de actoren betrokken bij het toezicht, de controle en audit van de Vlaamse overheid in de ruime zin.⁽⁶⁰⁾ Daarmee gaf de decreetgever de opdracht aan de Vlaamse Regering om de samenwerking te regelen tussen de centrale en decentrale auditdiensten en de personen of organisaties die belast zijn met toezicht, controle of audit, en de uitwisseling van controleresultaten. De samenwerking betreft zowel de samenwerking onderling als de samenwerking met het Rekenhof. De Vlaamse Regering nam in uitvoering hiervan het besluit van 7 september 2012 aan.⁽⁶¹⁾

476. Het decretale kader rond *single audit* blijft overigens in beweging. Zo keurde het Vlaams Parlement op 20 maart 2019 het ontwerp van decreet houdende de Vlaamse Codex Overheidsfinanciën (de “VCO”) goed.⁽⁶²⁾ Het is evenwel nog wachten op de vaststelling van de datum van inwerkingtreding, die zal moeten worden vastgesteld door de Vlaamse Regering.⁽⁶³⁾

In de VCO is de decretale grondslag rond *single audit* vervat in artikel 66 VCO. De VCO schaft de decretaal vastgestelde kalender van het “rekeningenproces” af, en laat de vaststelling van deze kalender over aan de diverse betrokken partijen. Enkel de einddatum van indiening in het Vlaams Parlement wordt behoudend. De data die dwingend zijn voor de entiteiten voor het aanleveren van informatie kunnen volgens de decreetgever worden voorzien in het uitvoeringsbesluit bij de VCO.⁽⁶⁴⁾

⁽⁵⁸⁾ Het Rekendecreet verwijst nog naar 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. Om interpretatieproblemen te voorkomen, zou deze verwijzing best worden geactualiseerd. Hetzelfde geldt overigens voor de verwijzing naar het Wetboek van vennootschappen in artikel 50 van het Rekendecreet, dat – vereenvoudigd samengevat – vanaf 1 mei 2019 voor de nieuw op te richten rechtspersonen en vanaf 1 januari 2020 voor de bestaande rechtspersonen zal worden vervangen door het Wetboek van vennootschappen en verenigingen.

⁽⁵⁹⁾ Art. 50, § 3 Rekendecreet.

⁽⁶⁰⁾ Zo is het Rekenhof krachtens artikel 63, §1 Rekendecreet bevoegd ten aanzien van de *Vlaamse ministeries en de diensten met afzonderlijk beheer, de Vlaamse rechtspersonen vermeld in artikel 4, § 1, 2°, § 2, en de privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschappen.*

⁽⁶¹⁾ Besluit van de Vlaamse Regering 7 september 2012 betreffende controle en *single audit*, BS 13 november 2012.

⁽⁶²⁾ Tekst aangenomen door de plenaire vergadering van het ontwerp van decreet houdende de Vlaamse Codex Overheidsfinanciën, *Parl. St. Vl. Parl.* 2018-2019, 1820/5. Het decreet van 29 maart 2019 werd gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 29 mei 2019.

⁽⁶³⁾ Art. 187 VCO.

⁽⁶⁴⁾ *Parl. St. Vl. Parl.* 2018-2019, 1820/1, p. 78.

Op aangeven van het Rekenhof, heeft de decreetgever artikel 3:74 WVV (art. 143 W.Venn.) (bijna) overgeschreven. Daarmee verankert het decreet de verplichting voor de commissarissen en het Rekenhof om een omstandig schriftelijk verslag op te stellen naar aanleiding van de rekening, en bepaalt het eveneens dat het bestuursorgaan van de entiteit hen de nodige stukken moet overmaken en dit ten minsten één maand voor die rekening door de entiteit definitief wordt vastgesteld. Als het bestuursorgaan in gebreke blijft, stellen de commissarissen of het Rekenhof een verslag van “niet-bevinding” op.⁽⁶⁵⁾

De bedrijfsrevisoren die zijn aangesteld bij Vlaamse rechtspersonen, controleren de naleving van de VCO.⁽⁶⁶⁾

Verder breidt de VCO de aanstelling van bedrijfsrevisoren uit. De VCO bepaalt immers dat alle Vlaamse rechtspersonen⁽⁶⁷⁾ die door het Rekenhof als “significant” worden beschouwd, vanaf het daaropvolgende jaar, ook een bedrijfsrevisor moeten aanstellen.⁽⁶⁸⁾ Die verplichting geldt dan voor minstens drie jaar. Ook kan de Vlaamse Regering Vlaamse rechtspersonen verplichten om een bedrijfsrevisor aan te stellen om de jaarrekening te controleren en te certificeren.⁽⁶⁹⁾

B. Bijkomende uitzonderingen op het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisoren

477. Om de informatie-uitwisseling tussen de bedrijfsrevisoren en de andere toezichthouders (nl. de Inspectie van Financiën, Audit Vlaanderen, het Departement van Financiën en Begroting en het Rekenhof) te vergemakkelijken, werd terecht door de decreetgever (en op grond van de impliciete bevoegdheden) in een uitdrukkelijke bijkomende uitzondering voorzien op het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisoren.⁽⁷⁰⁾ Zo introduceert artikel 50, § 2/1 van het Rekendecreet twee – bijkomende –⁽⁷¹⁾ uitzonderingen op het beroepsgeheim van bedrijfsrevisoren.⁽⁷²⁾

478. De eerste uitzondering betreft de informatie-uitwisseling over de auditstrategie en -planning, de monitoring en risicoanalyse, de controle en rapportering en de controlemethodieken door de bedrijfsrevisor aan het Rekenhof, het agentschap Audit Vlaanderen, de Inspectie van Financiën en de dienst die belast is met de controle van de Vlaamse rechtspersonen inzake entiteiten van de Vlaamse overheid die zij gemeenschappelijk hebben als controledomein (art. 50, §2/1, a) Rekendecreet).

⁽⁶⁵⁾ Art. 67, tweede lid VCO. Advies van het Rekenhof over het ontwerp van decreet houdende de Vlaamse Codex Overheidsfinanciën, *Parl.St.* VI. Parl. 2018-2019, 1820/2, p. 13.

⁽⁶⁶⁾ Art. 55 VCO.

⁽⁶⁷⁾ Zoals gedefinieerd in art. 2, 43° VCO.

⁽⁶⁸⁾ Art. 56 VCO.

⁽⁶⁹⁾ Art. 57 VCO.

⁽⁷⁰⁾ *Parl. St.* VI. Parl. 2011-2012, 1723/1, p. 12 e.v. De uitzondering werd ingevoerd in 2012 voor het Rekenhof en Audit Vlaanderen en werd in 2015 uitgebreid naar de Inspectie Financiën en de “dienst die belast is met de controle van de Vlaamse rechtspersonen”.

⁽⁷¹⁾ Het Rekendecreet preciseert immers dat deze uitzonderingen gelden “buiten de uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht” waarin artikel 79 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 voorziet.

⁽⁷²⁾ De oude verwijzing naar artikel 79 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, werd nog niet vervangen.

479. De tweede uitzondering betreft de overdracht aan het Rekenhof, het agentschap Audit Vlaanderen, de Inspectie van Financiën en de dienst die belast is met de controle van de Vlaamse rechtspersonen van informatie uit werkdocumenten van de bedrijfsrevisor inzake entiteiten van de Vlaamse overheid die zij gemeenschappelijk hebben als controledomein (art. 50, §2/1, b) Rekendecreet).

480. Op te merken is dat voorgaande uitzonderingen geen betrekking hebben op ontsluiting van informatie door de commissaris(-bedrijfsrevisor) aan de Regeringsafgevaardigden (en al dan niet via hem, aan de toezichthoudende Minister), die nochtans ook met toezichtstaken zijn belast. In de verhouding tot die toezichthouders zal de commissaris(-bedrijfsrevisor) derhalve de nodige voorzichtigheid moeten blijven hanteren. Aan deze lacune zal worden verholpen bij de inwerkingtreding van de VCO. Artikel 58 breidt het toepassingsgebied van de twee voornoemde uitzonderingen op het beroepsgeheim uit. De uitzonderingen gelden volgens de VCO immers over de “overige controleactoren”. Dat betreft de Vlaamse minister, bevoegd voor de financiën en de begrotingen, de Inspectie van Financiën, de regeringscommissaris, het Rekenhof, de bedrijfsrevisor, de instantie van de Vlaamse administratie die bevoegd is voor de financiën of de begrotingen en het agentschap Audit Vlaanderen. ⁽⁷³⁾

481. Verder vestigen we de aandacht op het feit dat het IBR in een omzendbrief aangaf dat “*het tot de plicht van de bedrijfsrevisor behoort om met de andere controleactoren te communiceren omtrent deze aangelegenheden waarvoor een specifieke uitzondering op het beroepsgeheim werd geregeld door het Vlaams decreet. Met zulke communicatie komt de bedrijfsrevisor tegemoet aan de wettelijke vereisten van het voormelde artikel 4 van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 september 2012 betreffende controle en single audit*”. ⁽⁷⁴⁾ Het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisor wordt met andere woorden niet louter opgeheven (zodat er een spreek- en zwijgrecht ontstaat), maar er geldt in hoofde van de bedrijfsrevisoren een samenwerkingsplicht met de andere controleactoren.

C. Afspraken single audit

482. Intussen stellen het Rekenhof, het Instituut van de bedrijfsrevisoren en het Vlaams departement Financiën en Begroting jaarlijks een afsprakennota op. Voor de commissarissen(-bedrijfsrevisoren), gingen de afsprakennota's van 2016 en 2017 telkens gepaard met een advies van het IBR, dat stelt dat de bedrijfsrevisor die betrokken is in een financiële audit in de Vlaamse Gemeenschap waarbij het Rekenhof en het departement Financiën en Begroting de andere controleactoren zijn, zich dient te conformeren met deze afspraken. ⁽⁷⁵⁾

483. Uit de afspraken blijkt dat er een nauwe coördinatie en informatie-uitwisseling plaatsvindt in de activiteiten van de bedrijfsrevisor en de activiteiten van het Rekenhof.

⁽⁷³⁾ Art. 50 VCO.

⁽⁷⁴⁾ Omzendbrief IBR 2013/06 van 17 april 2013 Vlaams Rekendecreet – steunen op de werkzaamheden van de andere controleactoren en het beroepsgeheim, p. 4.

⁽⁷⁵⁾ Zie Adviezen 2016/01, 2017/07 van de Raad van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren,

We overlopen hierna de hoofdlijnen van de afspraken om een schets te geven van de samenwerking.

484. Na de beschrijving van het kader en het in herinnering brengen van de uitgangspunten voor de controle van de jaarrekeningen van Vlaamse rechtspersonen, beschrijven de afspraken de aanpak van het Departement Financiën en Begroting. Voor rechtspersonen met een raad van bestuur, rekent het Departement op de werkzaamheden die door de bedrijfsrevisoren en het Rekenhof worden uitgevoerd. Het communiceert aandachtspunten die van belang zijn voor de controle van bepaalde rechtspersonen en vaardigt richtlijnen uit voor het voeren van de boekhouding en de opmaak van de rekeningen. De afspraken 2018 hebben onder meer betrekking op het opmaken van een permanent dossier per rechtspersoon. Dat gebeurt door het Departement Financiën en Begroting. Het dossier wordt opgenomen in het zogenaamde (beveiligde) Repertorium rechtspersonen Vlaamse overheid ⁽⁷⁶⁾. ⁽⁷⁷⁾

485. Verder bevatten de afspraken de uitgangspunten die het Rekenhof hanteert bij haar controlestrategie. Het Rekenhof bepaalt welke entiteiten significant zijn aan de hand van kwantitatieve en kwalitatieve criteria. De afspraken bevatten de materialiteitsdrempels die het Rekenhof hanteert. De bedrijfsrevisoren certificeren de jaarrekeningen van de individuele rechtspersonen en bepalen zelf de materialiteit in functie van hun opdracht, die evenwel niet hoger mag zijn dan de materialiteit die het Rekenhof hanteert voor dat groepsonderdeel. Het Rekenhof steunt op het werk van de bedrijfsrevisor mits het zich kan vergewissen van de inhoud en de resultaten van controle. Bij significante rechtspersonen vindt nauwer overleg plaats tussen het Rekenhof en de bedrijfsrevisoren dan bij niet-significante entiteiten. ⁽⁷⁸⁾

486. Ook zijn praktische afspraken gemaakt voor de controles ter plaatse. Zo houden het Rekenhof en de bedrijfsrevisoren via hun respectieve contactpersonen rechtstreeks en informeel contact met elkaar om informatie te delen. Het Rekenhof en de bedrijfsrevisoren overleggen met elkaar over de gevolgde auditstrategie en proberen dubbele werkzaamheden tot een minimum te herleiden. Ze kunnen contact opnemen met elkaar om specifieke kennis en ervaring te delen en de resultaten van hun monitoring en risicoanalyse uit te wisselen en toe te lichten. Ook kan de tijdelijke samenwerking over de uitvoering van controle-activiteiten worden besproken en informeren ze elkaar over de planning van hun auditactiviteiten. ⁽⁷⁹⁾

487. Wat verder in de Afspraken wordt uitgelegd dat het Rekenhof en de bedrijfsrevisor maximaal gebruikmaken van de resultaten van elkaars audit- en controlewerkzaamheden en elkaar stelselmatig op de hoogte houden van de audits bij de entiteiten van de Vlaamse overheid waar zij samen actief zijn. ⁽⁸⁰⁾ Zo moet de bedrijfsrevisor de verplichte stukken van zijn werkdoossier systematisch te delen met het Rekenhof. De afspraken voorzien dat, naast de correctheid van de ESR rapportering, de bedrijfsrevisor erop

⁽⁷⁶⁾ <http://repertorium.vonet.be>

⁽⁷⁷⁾ Afspraken over *single audit* 2018, p. 6.

⁽⁷⁸⁾ Afspraken over *single audit* 2018, p. 7-9.

⁽⁷⁹⁾ Afspraken over *single audit* 2018, p. 9-12.

⁽⁸⁰⁾ Afspraken over *single audit* 2018, p. 12.

moet toezien dat het sjabloon voor de jaarrekening volledig volgens de instructies van het Departement Financiën en Begroting wordt ingevuld. Bij twijfel, moet contact worden opgenomen met het betrokken het betrokken departement.

488. De Afspraken 2018 vermelden uitdrukkelijk dat afwijkende standpunten tussen bedrijfsrevisoren en het Rekenhof “*zoveel mogelijk voorkomen [moeten] worden*”.⁽⁸¹⁾ Bij meningsverschillen, proberen beiden in samenspraak met het Departement Financiën en Begroting tot een consensus te komen. Als dat niet lukt, vermeldt het Rekenhof beide standpunten in zijn rapportering. Zulke meningsverschillen moeten verder worden gesignaleerd aan de stuurgroep *single audit* en aanhangig worden gemaakt bij de Vlaamse adviescommissie voor boekhoudkundige normen.⁽⁸²⁾

489. Daarnaast beschrijven de afspraken de verwachtingen t.a.v. de bedrijfsrevisoren inzake fraude. Daarbij wordt onder meer bepaald dat in geval van indicaties van mogelijke fraude, de bedrijfsrevisor (of het Rekenhof) zonder enig uitstel aan Audit Vlaanderen een schriftelijke terugkoppeling van de bevindingen m.b.t. het onderzoek naar het frauderisico, bezorgt.⁽⁸³⁾

490. Verder moet het Rekenhof worden uitgenodigd voor het afsluitend gesprek van de bedrijfsrevisor met de financiële directie/leidend ambtenaar van de entiteit en moet de bedrijfsrevisor aan het Rekenhof tijdig een aantal documenten bezorgen ter voorbereiding hiervan. Het Rekenhof mag volgens de afspraken ook de werkpapieren van de bedrijfsrevisor inkijken voorafgaand aan het gesprek. Het Rekenhof wordt in voorkomend geval ook uitgenodigd op de vergaderingen van het auditcomité waarop de jaarrekening en de auditverslagen van de bedrijfsrevisor worden behandeld. Als tijdens het afsluitend gesprek andere materiële zaken worden besproken dan deze die zijn opgenomen in het *single audit* verslag of de managementletter, moet een verslag van het afsluitend gesprek worden bezorgd aan het Departement Financiën en Begroting.⁽⁸⁴⁾

491. Tot slot bevatten de afspraken over *single audit* een tijdpad voor de audit van de rekeningen van het betrokken jaar.⁽⁸⁵⁾

492. Goede afspraken maken goede vrienden: de Vlaamse regeling inzake de *single audit* lijkt een rechtszeker juridisch kader te vormen waarbinnen de commissaris met gerust gemoed informatie kan ontsluiten (en meer dan dat, goed kan samenwerken) met het Rekenhof en het Departement Financiën en Begroting. Ook de decreetgever lijkt die mening te zijn toegedaan, die in de parlementaire voorbereiding bij de VCO aangeeft om verder te willen inzetten op die werkmethode, nu gelet op de flexibiliteit van een afsprakennota en het feit dat het verleden heeft uitgewezen dat de controleactoren via dit instrument een goede samenwerking op poten kunnen zetten.⁽⁸⁶⁾

⁽⁸¹⁾ Afspraken over *single audit* 2018, p. 12.

⁽⁸²⁾ Afspraken over *single audit* 2018, p. 12.

⁽⁸³⁾ Afspraken over *single audit* 2018, p. 11-12

⁽⁸⁴⁾ Afspraken over *single audit* 2018, p. 14.

⁽⁸⁵⁾ Afspraken over *single audit* 2018, p. 15.

⁽⁸⁶⁾ *Parl. St.* Vl. Parl. 2018-2019, 1820/1, p. 78.

10.3.4. De verhouding met het Rekenhof buiten “joint” of “single” audit

493. We bekeken hierboven de verhouding tussen de commissaris en het Rekenhof wanneer ze beiden behoren tot eenzelfde college van commissarissen in (federale) autonome overheidsbedrijven (“joint audit”) enerzijds en in de context van de “single audit” bij de entiteiten van de Vlaamse overheid, anderzijds. Wat is echter de verhouding van de bedrijfsrevisor (al dan niet in de hoedanigheid van commissaris) ten aanzien van het Rekenhof buiten dergelijke juridische kaders? Kan de bedrijfsrevisor informatie overmaken aan het Rekenhof, of is zijn gehoudenheid tot het beroepsgeheim dan absoluut (onverminderd de “gewone” wettelijke uitzonderingen)?

494. De wet verduidelijkt bijvoorbeeld niet steeds dat de commissaris van het Rekenhof en de commissaris-bedrijfsrevisor een college vormen. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de Belgische Investeringsmaatschappij voor Ontwikkelingslanden.⁽⁸⁷⁾ We stellen vast dat, in tegenstelling tot wat het gevolg is voor de autonome overheidsbedrijven, beide commissarissen een afzonderlijk verslag opstelden over het boekjaar 2017,⁽⁸⁸⁾ wat ons inderdaad het logische juridische gevolg lijkt van het feit dat de BIO-wet bepaalt dat de controle van de jaarrekening wordt opgedragen aan twee commissarissen, zonder te verduidelijken dat zij een college vormen. Terwijl zelfs de informatieontsluiting onder de *joint audit* van autonome overheidsbedrijven al niet ten volle rechtszeker is (*cf. supra*), zal dat *in casu* des te zeer het geval zijn. Meer zelfs: tenzij beroep kan worden gedaan op één van de klassieke uitzonderingen op het beroepsgeheim, zal de commissaris-bedrijfsrevisor ten aanzien van zijn collega-commissaris van het Rekenhof tot een zwijgplicht zijn gehouden, wat uiteraard een efficiënte controle niet ten goede komt.

495. Ook buiten de rol als commissaris kan sprake zijn van flankerende opdrachten van bedrijfsrevisoren en het Rekenhof. Het Rekenhof beschikt immers – als emanatie van de wetgevende macht, die instaat voor de externe controle op de begrotingen en rekeningen⁽⁸⁹⁾ – over ruimere controlebevoegdheden, dan de specifieke wettelijke opdrachten om op te treden als lid van het college van commissarissen bij specifieke publiekrechtelijke rechtspersonen.⁽⁹⁰⁾

⁽⁸⁷⁾ Art. 5*bis* van de wet van 3 november 2001 tot oprichting van de Belgische Investeringsmaatschappij voor Ontwikkelingslanden, *BS* 17 november 2001 (“BIO-wet”).

⁽⁸⁸⁾ <https://cri.nbb.be/bc9/web/catalog.js?sessionId=99C7CE30B357BD44F5B1652A06A9695C?execution=e1s1#>

⁽⁸⁹⁾ G. BENS en K. VANDORMAEL, “Artikel 180 Grondwet”, in B. DALLE e.a. (eds.), *Duiding Federale Staatsstructuur*, Brussel, Larcier, 2018, (246) 246.

⁽⁹⁰⁾ Zie art. 180 Gw. en art. 5 en 5*bis* van de wet van 29 oktober 1846 op de inrichting van het Rekenhof. De taak van het Rekenhof ten aanzien van de begrotingen en de boekhouding van de gemeenschappen en gewesten en van de openbare instellingen die ervan afhangen, vloeit voort uit artikel 50 van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de gemeenschappen en gewesten. (Voor een uitgebreidere bespreking van de bevoegdheden van het Rekenhof t.a.v. de deelstaten, zie *Parl. St.* Senaat, 2012-2013, 5-2244/1; zie ook J. VANPRAET, “Rekenhof: de herziening van artikel 180 van de Grondwet” in J. VELAERS e.a. (eds.), *De zesde staats hervorming: instellingen, bevoegdheden en middelen*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 913-922). Voor de bevoegdheden in Vlaanderen, zie ook de artikelen 63-67 van het Rekendecreet.

496. Aan bedrijfsrevisoren kunnen dan weer specifieke opdrachten worden toegekend in de publieke sector. Zo kan aan bedrijfsrevisoren de opdracht worden gegeven om voor bepaalde publieke rechtspersonen (bijvoorbeeld instellingen van openbaar nut) controle uit te oefenen op de jaarrekening en ze juist en echt te verklaren. ⁽⁹¹⁾

497. Uiteraard moet steeds worden nagekeken of een entiteit onder de controle van het Rekenhof valt en hoever de bevoegdheden van het Rekenhof reiken. Eens de bevoegdheid van het Hof is bevestigd, rijst de vraag hoe de commissaris(-bedrijfsrevisor) met de vragen van het Hof moet omgaan. Aangezien het Rekenhof een derde is ten aanzien van de gecontroleerde rechtspersoon, kan slechts informatie worden overgemaakt in zoverre de commissaris(-bedrijfsrevisor) kan terugvallen op één van de (klassieke) uitzonderingen van artikel 86 van de wet van 7 december 2016 tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren en artikel 458 Sw. Dat het Rekenhof over wettelijke informatierechten beschikt, is o.i. een onvoldoende solide basis voor de commissaris(-bedrijfsrevisor) om tot ontsluiting van informatie ten aanzien van het Rekenhof over te gaan (*cf. supra*).

498. De vraag rijst tenslotte of de informatie-uitwisseling tussen commissarissen-bedrijfsrevisoren en het Rekenhof, bij gebrek aan uitdrukkelijke uitzonderingen als bijvoorbeeld het geval is onder het Rekendecreet, zou kunnen vallen onder de uitzondering van het *gedeeld geheim*.

499. Deze uitzondering werd ontwikkeld om in te spelen op de evolutie, in het bijzonder in de zorgverlening, waarbij de patiënt wordt bijgestaan door een team aan hulpverleners. ⁽⁹²⁾

Volgens de rechtsleer, moeten een aantal voorwaarden ⁽⁹³⁾ zijn voldaan opdat een beroep kan worden gedaan op deze uitzondering:

- De mededeling gebeurt aan een andere beroepsbeoefenaar die eveneens gebonden is door het beroepsgeheim
- Het delen van informatie vindt plaats in het belang van de geheimgerechtigde
- De informatiedeling gebeurt slechts voor zover noodzakelijk in het belang van de geheimgerechtigde
- De geheimgerechtigde gaat akkoord met de informatiedeling. ⁽⁹⁴⁾

500. In 2012 erkende ook het Hof van Cassatie het gedeeld beroepsgeheim. Zo stelde het hof dat “[h]ij die tot het beroepsgeheim is gehouden [...] artikel 458 Strafwetboek niet [overtreedt] indien hij onder het beroepsgeheim vallende informatie meedeelt aan

⁽⁹¹⁾ Art. 13 van de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut, *BS* 24 maart 1954. Zie ook artikel 93/1 van de wet van 22 mei 2003 houdende organisatie van de begroting en van de comptabiliteit van de federale Staat, *BS* 3 juli 2003.

⁽⁹²⁾ A. DIERICKX en J. BUELENS, “Het gedeeld beroepsgeheim erkend door het Hof van Cassatie”, *T.Gez.* 2012-13, afl. 2, (148) 149.

⁽⁹³⁾ De precieze voorstelling van de voorwaarden varieert. Voor een meer gedetailleerde bespreking, zie A. DIERICKX en J. BUELENS, “Het gedeeld beroepsgeheim erkend door het Hof van Cassatie”, *T.Gez.* 2012-13, afl. 2, (148) 149-150.

⁽⁹⁴⁾ B. DE KLERCK en V. YANGANDI, “Het gedeeld (gemeenschappelijk) beroepsgeheim”, in ICCI (ed.), *Het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisor*, die Keure, Brugge, 2009, (50) 52.

anderen die optreden met eenzelfde doelstelling en ten aanzien van dezelfde opdrachtgever en die mededeling bovendien noodzakelijk en pertinent is voor de opdracht van de geheimhouder". Nog volgens het Hof oordeelt de rechter onaantastbaar of het mededelen van onder het beroepsgeheim vallende informatie pertinent en noodzakelijk is voor de opdracht van de geheimhouder. ⁽⁹⁵⁾

501. Ook al vereist het Hof niet uitdrukkelijk dat de derde aan wie de informatie wordt overgemaakt, ook gehouden is tot het beroepsgeheim, is aannemelijk dat deze voorwaarde impliciet voortvloeit uit het enkele feit dat het gaat over een "gedeeld" beroepsgeheim. ⁽⁹⁶⁾ Daar knelt meteen het schoentje. ⁽⁹⁷⁾ Zoals hoger aangegeven, geldt voor het Rekenhof immers geen (algemene) specifieke wettelijke verplichting tot het beroepsgeheim. Integendeel, het heeft net een informatieplicht ten aanzien van het Parlement. ⁽⁹⁸⁾ Hoogstens zijn de commissarissen die lid zijn van het Rekenhof gehouden tot een reglementaire of deontologische discretieplicht. ⁽⁹⁹⁾

502. Het voorgaande noopt ons tot het besluit dat informatieontsluiting tussen de commissaris(-bedrijfsrevisor) en (de leden van) het Rekenhof buiten de hypothese van de *joint audit* en de *single audit*, slechts met de grootste omzichtigheid kan gebeuren, t.t.z. enkel als aan één van de klassieke wettelijke uitzonderingen op het beroepsgeheim is voldaan, terwijl de jurisprudentiële uitzondering van het "gedeeld geheim" slechts uitzonderlijk soelaas zal bieden. Deze concrete casus werd ook voorgelegd aan het ICCI. Daarbij werd de commissaris van een naamloze vennootschap van publiek recht die het voorwerp uitmaakte van een audit van het Rekenhof, geconfronteerd met een vraag van het Rekenhof, die bij monde van de cliënt vroeg naar meerdere documenten. De commissaris stelde zich de vraag of hij mocht ingaan op dit verzoek dat hem niet rechtstreeks werd gericht door het Rekenhof. Het ICCI antwoordde positief, en wees daarbij op twee rechtsgronden. Het ICCI verwees daarvoor onder meer naar het gedeeld geheim, en acht dat de voorwaarden daartoe voldaan zijn. Daarmee houdt het ICCI in dat advies een soepelere lezing aan van de voorwaarden inzake het gedeeld geheim. ⁽¹⁰⁰⁾ Het ICCI hield bij zijn advies evenwel klaarblijkelijk rekening met het feit dat de vraag werd gesteld door de cliënt en het feit dat tussen de commissaris en de cliënt geen sprake kan zijn van beroepsgeheim.

⁽⁹⁵⁾ Cass. 13 maart 2012, nr. P.11.1750.N.

⁽⁹⁶⁾ A. DIERICKX en J. BUELENS, "Het gedeeld beroepsgeheim erkend door het Hof van Cassatie", *T.Gez.* 2012-13, afl. 2, (148) 152-153. A. DIERICKX en J. BUELENS zien een alternatieve verklaring in de afwezigheid van deze uitdrukkelijke voorwaarde, m.n. dat de informatie ook gedeeld zou kunnen worden met personen met een "afgeleid" beroepsgeheim.

⁽⁹⁷⁾ Tenzij in die enkele gevallen waarin de leden van het Rekenhof ook de titel van bedrijfsrevisor zouden voeren. Ook dan zal nog moeten worden nagegaan of aan de andere voorwaarden van het "gedeeld geheim" is voldaan. Waar zij lid zijn van een controleorgaan (zoals een college van commissarissen) is het o.i. verdedigbaar dat de uitwisseling van informatie noodzakelijk is om dat controleorgaan efficiënt zijn werk te laten doen, in het belang van de overheidsonderneming. In andere gevallen zal moeten worden nagegaan of de leden van het Rekenhof met hun controle effectief "langs dezelfde kant staan" (t.t.z. die van de overheidsonderneming) als de commissaris/bedrijfsrevisor.

⁽⁹⁸⁾ *Cf. supra*, nr. 451.

⁽⁹⁹⁾ *Cf. supra*, nr. 469.

⁽¹⁰⁰⁾ Advies ICCI, 8 februari 2019, <http://www.icci.be/fr/avis/avis-detail-page/secret-professionnel-du-r-viseur-d-entreprises-commissaire-d-une-sa-de-droit-public>.

10.4. VERHOUDING TUSSEN DE COMMISSARIS EN DE REGERINGSCOMMISSARIS

10.4.1. Inleiding

503. Veel overheidsondernemingen maken het voorwerp uit van administratief toezicht. Dit toezicht komt toe aan de Minister onder wiens bevoegdheid de entiteit valt ⁽¹⁰¹⁾ (al dan niet samen met de minister van Financiën/Begroting), en wordt doorgaans uitgeoefend door een regeringscommissaris.

10.4.2. Opdracht, bevoegdheden en discretieplicht regeringscommissaris

504. De regeringscommissaris wordt benoemd en ontslagen door de Koning, resp. bevoegde regering, en oefent klassiek het administratief toezicht uit over de rechtspersoon waar hij is benoemd. Hij rapporteert doorgaans aan de minister op wiens voordracht hij is benoemd. ⁽¹⁰²⁾ De federale (bijzondere) wetgever definieerde de regeringscommissaris als de persoon die *“ongeacht de benaming van zijn mandaat, namens de regering controle uitoefent om te beletten dat de wet wordt geschonden of het algemeen belang geschaad”*. ⁽¹⁰³⁾ In het Vlaamse Bestuursdecreet luidt het dat de regeringscommissaris *de persoon [is] die de Vlaamse Regering aanwijst, ongeacht de benaming van zijn mandaat, om opdrachten uit te oefenen inzake informatieverstrekking en controle van de wettelijkheid en het algemeen belang*. ⁽¹⁰⁴⁾

505. De concrete opdracht van de regeringscommissaris hangt af van de organieke wetgeving van de betrokken rechtspersoon waarover hij het administratief toezicht uitoefent. Meestal waakt de regeringscommissaris over de naleving van de (organieke) wet, het organiek statuut van het overheidsbedrijf en het beheerscontract. ⁽¹⁰⁵⁾ Soms is de opdracht van de regeringscommissaris ruimer en heeft hij bijkomend de taak om

⁽¹⁰¹⁾ De Minister vervult meer dan eens meerdere rollen ten aanzien van overheidsondernemingen. Zo kan de commissaris, bijvoorbeeld bij naamloze vennootschappen van publiek recht, ook met de Minister worden geconfronteerd in diens hoedanigheid van “aandeelhouder”. Daarvoor verwijzen we naar de bijdrage van R. HOUBEN, in hoofdstuk 6. In sommige overheidsondernemingen die niet de vorm hebben van een naamloze vennootschap van publiek recht hebben, is die confrontatie flagranter, nu de commissaris rechtstreeks bv. ook zal worden benoemd en ontslagen door de Minister.

Bedrijfsrevisoren kunnen verder ook opdrachten krijgen van de Minister onder wiens bevoegdheid de entiteit valt, de Minister van Financiën, respectievelijk de Minister van Begroting ter certificering van de jaarrekening van bepaalde entiteiten. Zie bv. artikel 13 van de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut en artikel 93/1 van de wet van 22 mei 2003 houdende organisatie van de begroting en van de comptabiliteit van de federale Staat. Gelet op het feit dat in dergelijk geval de bedrijfsrevisor niet optreedt in de hoedanigheid van commissaris, laten we deze situatie voor deze bijdrage buiten beschouwing.

⁽¹⁰²⁾ Zie bijvoorbeeld artikel III.54 van het Vlaamse Bestuursdecreet van 7 december 2018, *BS* 19 december 2018.

⁽¹⁰³⁾ Art. 1, laatste lid van de wet van 2 mei 1995 betreffende de verplichting om een lijst van mandaten, ambten en beroepen, alsmede een vermogensaangifte in te dienen (laatst gewijzigd in 2018).

⁽¹⁰⁴⁾ Art. III.48, derde lid van het Vlaamse Bestuursdecreet van 7 december 2018.

⁽¹⁰⁵⁾ Bv. art. 23-24 van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.

te waken over de naleving van alle wetten en besluiten, het ondernemingsplan en het algemeen belang.⁽¹⁰⁶⁾

506. Ook de bevoegdheden van de regeringscommissaris worden telkens in de organieke wetgeving vastgesteld. Doorgaans neemt hij met raadgevende stem deel aan de vergaderingen van de bestuursorganen en -comités van de overheidsonderneming.⁽¹⁰⁷⁾ Om zijn toezicht naar behoren te kunnen uitoefenen, worden hem voorts uitgebreide informatierechten toegekend.⁽¹⁰⁸⁾

507. In tegenstelling tot wat geldt voor de commissaris(-bedrijfsrevisor), is er geen uitdrukkelijke wetsbepaling die aan de regeringscommissaris een strafrechtelijk gesanctioneerd beroepsgeheim oplegt.

In Vlaanderen geldt wel een specifieke *discretieplicht* voor regeringscommissarissen.⁽¹⁰⁹⁾ Ook in het Waalse Gewest zijn regeringscommissarissen trouwens onderworpen aan een discretieplicht.⁽¹¹⁰⁾ Een gelijkaardige wettelijke discretieplicht voor federale

⁽¹⁰⁶⁾ Bv. bij Enabel nv van publiek recht is de regeringscommissaris bevoegd om schorsend beroep aan te tekenen bij de bevoegde minister tegen elke beslissing die hij strijdig acht met de wetten, de besluiten, de statuten, het beheerscontract, het ondernemingsplan of het algemeen belang. (Artikel 39, § 3 van de wet van 23 november 2017 tot wijziging van de naam van de Belgische Technische Coöperatie en tot vaststelling van de opdrachten en de werking van Enabel, Belgisch Ontwikkelingsagentschap, BS 11 december 2017).

⁽¹⁰⁷⁾ Zie bv. art. III.13, §2 van het Vlaamse Bestuursdecreet (“*De regeringscommissaris of zijn plaatsvervanger [nvdv. van een publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap] zetelt met raadgevende stem in de raad van bestuur van het agentschap en in de comités die de raad van bestuur heeft ingesteld. Hij wordt uitgenodigd op alle vergaderingen van deze bestuursorganen en wordt op dezelfde manier als de leden ervan tijdig op de hoogte gebracht van de dagorde en alle bijbehorende documenten*”). Zie ook art. 23, §3 wet van 21 maart 1991 (“*De Regeringscommissaris wordt uitgenodigd op alle vergaderingen van de raad van bestuur en van het directiecomité en heeft er een raadgevende stem*”).

⁽¹⁰⁸⁾ Zie bv. art. III.13, §2 van het Vlaamse Bestuursdecreet (“*Hij is gemachtigd om zich alle documenten en inlichtingen met betrekking tot het bestuur van het betrokken agentschap, die hij nodig acht voor de uitoefening van zijn mandaat, te doen verstrekken*” en art. 23, §3 wet van 21 maart 1991 (“*Hij kan te allen tijde ter plaatse inzage nemen van de boeken, brieven, notulen en, in het algemeen, van alle documenten en geschriften van het overheidsbedrijf. Hij kan van de leden van de raad van bestuur, van de gemachtigden en de personeelsleden van het overheidsbedrijf alle ophelderingen en inlichtingen vorderen en alle verificaties verrichten die hij nodig acht voor de uitvoering van zijn mandaat*”).

⁽¹⁰⁹⁾ Art. III.52 van het Bestuursdecreet stelt dat “*met behoud van de toepassing van de verplichtingen die bepaald zijn bij of krachtens een wet of decreet, [...] de regeringscommissaris inlichtingen waarvan hij in het kader van zijn opdrachten kennis gekregen heeft niet [kan] gebruiken of verspreiden, als het gebruik of de verspreiding ervan schade kan berokkenen aan de belangen van de betrokken overheidsinstantie. Met toepassing van de uitzonderingsgronden in titel 2, hoofdstuk 3 [nvdv. regels inzake openbaarheid van bestuursdocumenten], wordt de briefwisseling tussen de regeringscommissaris en de minister die hem heeft voorgedragen voor aanstelling door de Vlaamse Regering, als vertrouwelijk beschouwd.*”

⁽¹¹⁰⁾ Art. 20, 6° van het decreet van het Waalse Gewest van 12 februari 2004 betreffende de Regeringscommissaris en de controleopdrachten van de revisoren binnen de instellingen van openbaar nut, BS 22 maart 2004 en artikel 20, 6° van het decreet van 12 februari 2004 betreffende de Regeringscommissaris en de controleopdrachten van de revisoren binnen de instellingen van openbaar nut voor de aangelegenheden geregeld krachtens artikel 138 van de Grondwet, BS 23 maart 2004. Zie ook het besluit van de Waalse Regering van 3 februari 2005 tot vaststelling van

regeringscommissarissen bestaat bij ons weten niet. Er valt o.i. wel te verdedigen dat hij als (doorgaans) raadgevend lid van de bestuursorganen van de overheidsopneming aan eenzelfde gemeenrechtelijke discretieplicht zal zijn onderworpen als de bestuursleden. ⁽¹¹¹⁾

508. De rapporteringsplicht van de regeringscommissaris verschilt ook van deze van de commissaris(-bedrijfsrevisor). Zo schrijft bijvoorbeeld de wet van 21 maart 1991 voor dat de regeringscommissaris verslag uitbrengt (i) bij de Minister onder wie het overheidsbedrijf ressorteert en (ii) bij de Minister van Begroting aangaande alle beslissingen van de raad van bestuur of het directiecomité die een weerslag hebben op de algemene uitgavenbegroting van het Rijk. De commissaris(-bedrijfsrevisor) rapporteert dan weer doorgaans aan de algemene vergadering (onverminderd de bekendmaking van diens controleverslag).

10.4.3. Mag/moet de commissaris informatie overmaken aan de regeringscommissaris?

509. Voor de *federale* autonome overheidsbedrijven, wordt de verhouding tussen de commissarissen en de regeringscommissaris(sen) geregeld door artikel 2 van het koninklijk besluit van 5 maart 1992 tot regeling van de uitoefening van de opdrachten van de Regeringscommissaris bij de autonome overheidsbedrijven. Zo is het de verplichting van het autonome overheidsbedrijf om de opmerkingen van het college van commissarissen alsook de antwoorden die op deze opmerkingen zijn gegeven, onmiddellijk door te zenden aan de regeringscommissaris. Het andere koninklijk besluit van 5 maart 1992 een rechtstreekse communicatielijns op tussen de regeringscommissaris en de leden van het college van commissarissen over de aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de regeringscommissaris behoren. ⁽¹¹²⁾

de inhoud van het Handvest van de Regeringscommissaris (BS, 22 februari 2005) en het besluit van de Waalse Regering tot vaststelling van de inhoud van het Handvest van de Regeringscommissaris voor de aangelegenheden geregeld krachtens artikel 138 van de Grondwet die beiden stellen (BS 23 februari 2005) “*De regeringscommissaris] bewaart de grootste discretie over de uitoefening van zijn opdracht en onthoudt zich van elke stellingname en onthulling van vertrouwelijke informatie of informatie die nadeel kan berokkenen aan de belangen van de instelling, die hij zou hebben verkregen in het kader van zijn ambt. Deze verplichting is in het bijzonder toepasselijk op de informatie en aanwijzingen die een Minister of de Waalse Regering hem zou geven.*”

⁽¹¹¹⁾ Zie bv. B. TILLEMANS, “L’obligation au secret et à la discrétion des administrateurs des sociétés”, *JT* 1993, afl. 5684, 552-553. In het geval van de regeringscommissaris is de rechtsgrond hiervoor weliswaar wellicht niet in de eerste plaats de uitvoering te goede trouw van hun verbintenissen ten aanzien van de vennootschap (nu de regeringscommissaris is aangesteld door de toezichhoudende minister en aan hem verslag uitbrengt), maar het geheim van de beraadslaging van collegiale organen, dat een gewone regel van beraadslagende vergaderingen is (zie art. 2:41 WVV) en dat o.m. door de regelgeving inzake openbaarheid van bestuur wordt erkend als een uitzondering op de openbaarmakingsplicht (zie bv. art. 6, §2, 3° wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur, BS 30 juni 1994).

⁽¹¹²⁾ Art. 7 van het koninklijk besluit van 5 maart 1992 (“*De leden van het college van commissarissen houden briefwisseling met de regeringscommissaris over de aangelegenheden die tot diens bevoegdheid behoren*”).

510. Uit de rechtsleer leiden we af dat in de praktijk, het college van commissarissen erover waakt dat de verslagen die het richt aan de raad van bestuur van een autonoom overheidsbedrijf, ook ter kennis worden gebracht van de regeringscommissaris.⁽¹¹³⁾ Nu de regeringscommissaris doorgaans met raadgevende stem zetelt in de bestuursorganen alwaar hij bovendien over een uitgebreid informatierecht beschikt, zal hij trouwens sowieso kennis kunnen nemen van deze verslagen.

511. Het uitgebreid informatierecht waarover de regeringscommissaris beschikt, lijkt zich dan weer enkel te richten tot de overheidsonderneming. Blijkens artikel 23, §3 van de wet van 21 maart 1991 kan de regeringscommissaris bijvoorbeeld te allen tijde ter plaatse inzage nemen van de boeken, brieven, notulen en, in het algemeen, van alle documenten en geschriften van het overheidsbedrijf. Hij kan van de leden van de raad van bestuur, van de gemachtigden en de personeelsleden van het overheidsbedrijf alle ophelderingen en inlichtingen vorderen en alle verificaties verrichten die hij nodig acht voor de uitvoering van zijn mandaat.⁽¹¹⁴⁾ Deze bepaling laat o.i. de regeringscommissaris niet toe om rechtstreeks informatie op te vragen van de commissaris, tenzij die laatste die informatie toch met eerbiediging van zijn beroepsgeheim zou verstrekken aan de bestuursorganen of -comités.

512. Eén en ander leidt tot het besluit dat de informaticontsluiting van de commissaris(-bedrijfsrevisor) aan de regeringscommissaris opnieuw met de nodige omzichtigheid zal moeten gebeuren: de regeringscommissaris beschikt immers in het beste geval slechts over een discretieplicht en is dus niet zelf aan een (strafrechtelijk gesanctioneerd) beroepsgeheim onderworpen, wat opnieuw een beroep op de jurisprudentiële uitzondering van het “gedeeld beroepsgeheim” uitsluit.⁽¹¹⁵⁾ Ook in het uitgebreide wettelijke informatierecht van de regeringscommissaris kan geen voldoende rechtsbasis worden aangetroffen voor een spreekrecht, nu dit informatierecht zich niet uitstrekt tot de commissaris(-bedrijfsrevisor). Die laatste kan wel met gerust hart de informatie delen die hij met de bestuursorganen deelt, nu de regeringscommissaris daar met raadgevende stem zal in zetelen.

513. In Vlaanderen zal evenwel, wanneer de VCO in werking treedt⁽¹¹⁶⁾, een beroep kunnen worden gedaan op de verruimde uitzonderingen op het beroepsgeheim voor bedrijfsrevisoren. De kring van personen aan wie de commissarissen informatie kunnen overmaken wordt immers uitgebreid door artikel 58 VCO. Door deze bepaling samen

⁽¹¹³⁾ H. VAN IMPE, “De externe controle in autonome economische overheidsbedrijven” in A. KILELSE en F. VANSTAPEL, *Externe audit in de publieke sector*, Brugge, die Keure, 2004, (55) 64.

⁽¹¹⁴⁾ Het Vlaamse Bestuursdecreet lijkt op het eerste gezicht een ruimere draagwijdte toe te kennen aan het informatierecht van de regeringscommissaris. Zo bepaalt artikel III.13, §2 “*de regeringscommissaris gemachtigd is om zich alle documenten en inlichtingen met betrekking tot het bestuur van het betrokken agentschap, die hij nodig acht voor de uitoefening van zijn mandaat, te doen verstrekken.*” De overige bepalingen van het betrokken artikel geven echter aan dat dit informatierecht ten aanzien van de overheidsonderneming (*in casu* de publiekrechtelijk vorm gegeven EVA) en haar bestuursorganen is uit te oefenen.

⁽¹¹⁵⁾ De omzichtigheid is des te zeer vereist, nu de regeringscommissaris zal rapporteren aan de Minister.

⁽¹¹⁶⁾ I.e. na vaststelling van de datum van inwerkingtreding door de Vlaamse Regering (art. 187 VCO).

te lezen met artikel 50 VCO blijkt dat de commissaris informatie zal kunnen delen met de regeringscommissaris, zonder zijn strafrechtelijk gesanctioneerd beroepsgeheim in het gedrang te brengen.

10.4.4. Kan de commissaris(-bedrijfsrevisor) zelf informatie bekomen van de regeringscommissaris voor de voltooiing van zijn controletaak?

514. Omgekeerd kan ook worden nagekeken welke informatieplichten de regeringscommissaris heeft ten aanzien van de commissaris(sen) van een overheidsonderneming.

515. In autonome overheidsbedrijven geldt overeenkomstig artikel 7 van het koninklijk besluit van 5 maart 1992 dat de leden van het college van commissarissen “*briefwisseling [houden] met de regeringscommissaris over de aangelegenheden die tot diens bevoegdheid behoren*”.

516. Bij gebrek aan uitdrukkelijke normatieve bepaling, geldt voor de regeringscommissaris geen formele meldings- of rapporteringsplicht ten aanzien van de commissaris(sen) van een overheidsonderneming, maar enkel ten aanzien van de minister door wie hij werd voorgedragen (of in voorkomend geval de Minister van Begroting). Ook de voornoemde “communicatielijn” verplicht o.i. de regeringscommissaris evenmin tot het overmaken van informatie. De VCO lijkt hier voorlopig ook geen verandering aan te brengen. Gelet op ratio dat de *single audit* ertoe moet leiden dat het auditproces zo efficiënt mogelijk verloopt met een minimum aan controlelast voor de gecontroleerde entiteit, ligt de uitwisseling uiteraard wel in de ratio van het decreet. ⁽¹¹⁷⁾

⁽¹¹⁷⁾ Art. 66 VCO.

10.5. BESLUIT

517. We onderzochten in deze bijdrage de verhouding tussen de commissaris(-bedrijfsrevisor) en (i) het Rekenhof en (ii) de regeringscommissaris (als kernspeler in het administratief toezicht).

518. Het hoeft geen betoog dat een efficiënte uitoefening van zowel de controle door (de leden van) het Rekenhof als door de regeringscommissaris in het kader van het administratief toezicht, gebaat zijn met een duidelijk en rechtszeker kader waarin kan worden samengewerkt met de commissaris(-bedrijfsrevisor). Zulke samenwerking vereist onder meer de uitwisseling van informatie, wat voor de bedrijfsrevisor evenwel een teer en zeer punt is: hij is aan een beroepsgeheim onderworpen, dat strafrechtelijk wordt gesanctioneerd. De bedrijfsrevisor heeft er dan ook alle belang bij dat hij enkel informatie ontsluit wanneer daarvoor een rechtszekere juridische basis bestaat. Dat betekent dat er ofwel een uitdrukkelijke wettelijke (of decretale) uitzondering bestaat op grond waarvan informatie kan worden uitgewisseld, ofwel kan worden teruggevallen op de bestaande (klassieke) wettelijke uitzonderingen (of op de jurisprudentiële uitzondering van het zgn. “gedeeld geheim”).

519. We kunnen er ons slechts over verbazen dat in een (belangrijke) materie die nochtans het voorwerp uitmaakt van (heel wat) bijzondere reglementering, er geen algemeen (voldoening gevend) rechtszeker kader wordt geschapen waarbinnen de commissaris(-bedrijfsrevisor) met gerust hart informatie kan delen met zijn collegae-toezichthouders.

520. Toch moet worden vastgesteld dat een en ander in beweging is. Zeker op Vlaams niveau kwam de decreetgever de laatste tien jaar twee keer tussen om in uitdrukkelijke uitzonderingen te voorzien op het wettelijke beroepsgeheim van de bedrijfsrevisoren om de informatieuitwisseling tussen controleactoren te vergemakkelijken. Zo is in het Vlaamse Rekendecreet is thans in een uitdrukkelijke wettelijke uitzonderingsgrond voorzien opdat de leden-bedrijfsrevisoren van het college van commissarissen in het kader van de *single audit* op veilige wijze informatie kunnen delen met hun collegae leden van het Rekenhof. Noch het Rekendecreet, noch enige andere tekst (zoals bv. het Vlaamse Bestuursdecreet) bieden evenwel een gelijkaardige *safe harbour* voor wat de uitwisseling van informatie met de regeringscommissaris betreft. Wanneer de VCO zou inwerkingtreding treden, zal deze trend worden voortgezet. Dan zal ook de uitwisseling van de commissaris met de regeringscommissaris kunnen bogen op een decretale uitzondering op het beroepsgeheim van de commissaris. De datum van inwerkingtreding van de VCO moet evenwel nog worden vastgesteld door de Vlaamse Regering.

521. Op de *single audit* in Vlaanderen na, zal de informatieontsluiting ten aanzien van (de leden van) het Rekenhof en ten aanzien van de regeringscommissaris enkel kunnen gebeuren binnen het kader van de klassieke uitzonderingen op het revisorale beroepsgeheim.

522. De federale wetgever zou er derhalve alvast goed aan doen om tussen te komen. De Vlaamse regeling van *single audit* kan alvast model staan. Tot zolang blijft, buiten de context van *single audit*, voor de voorzichtige bedrijfsrevisor de volkswijsheid gelden dat *zwijgen goud is*.