

Financial Law Institute

Working Paper Series

WP 2004-03



Hans De Wulf en Ingrid De Poorter

**De aansprakelijkheid van
vennootschapsbestuurders en commissarissen**

March 2004

WP 2004-03

Hans De Wulf en Ingrid De Poorter

**De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en
commissarissen**

Abstract

This article offers a general overview of the legal rules on directors' and auditors' liability under Belgian law, and discusses a few of the recent developments in this area, such as the controversial new rules on the individual right of company creditors to sue directors after a company has been declared bankrupt, the apparent immunity of directors for their culpa in contrahendo following a 2001 decision by the cour de cassation, the respective duties of directors and auditors in discovering and reacting to accounting fraud, and criminal liability of auditors. The article also offers some suggestions concerning the question whether different standards of care (should) apply to executive and non-executive directors.

To be published in

Actuele knelpunten inzake aansprakelijkheidsrecht, *Vlaamse conferentie balie Gent (ed.)*, Antwerpen, Maklu, 2004.



DE AANSPRAKELIJKHEID VAN VENNOOTSCHAPSBESTUURDERS EN COMMISSARISSEN¹

Hans De Wulf
Docent
Instituut Financieel Recht
Universiteit Gent

Ingrid De Poorter
Assistent
Instituut Financieel Recht
Universiteit Gent

Bestuurdersaansprakelijkheid is een evergreen². Vooral sinds de economische crisis van de jaren '70 staat het onderwerp opnieuw in de belangstelling, en het zou niet moeilijk zijn er een gans boek aan te wijden. In deze bijdrage ligt de nadruk enerzijds op enkele algemene principes, anderzijds op drie recente interessante evoluties, nl., enkele opmerkelijke cassatiearresten over de extracontractuele aansprakelijkheid van bestuurders, de toenemende pogingen vanwege de fiscus om bestuurders aansprakelijk te stellen wanneer de vennootschap haar belastingen niet betaalt, en het door de “reparatiewet faillissementen” ingevoerde individueel vorderingsrecht van schuldeisers op basis van art. 530 W. Venn., nl. wanneer een kennelijk grove fout van een bestuurder bijgedragen heeft tot het faillissement. Voor het overige wordt echter niet ingegaan op de vraag wie de aansprakelijkheidsvordering kan instellen, en ook de verzekerings-, exoneratie- en vrijwaringsproblematieken blijven onbesproken.

De aansprakelijkheid van de commissaris heeft in de literatuur traditioneel minder aandacht gekregen, en de rechtspraak erover is uitermate zeldzaam. Stilaan begint in de toestand verandering te komen, en enkele Belgische zowel als buitenlandse ongelukken zoals de perikelen rond Superclub en de Kempense steenkoolmijnen en de ondergang van Lernout & Hauspie zijn daaraan ongetwijfeld niet vreemd.

¹ H. De Wulf heeft het deel over bestuurdersaansprakelijkheid geschreven, I. De Poorter het deel over de aansprakelijkheid van de commissaris. H. De Wulf heeft daarbij voor een stuk teruggegrepen naar zijn in voetnoot 2 geciteerde bijdrage, naar zijn boek *Taak en loyauteplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Intersentia, 2002, hoofdstuk 2 en naar zijn bijdrage “Het Hof van cassatie en de extra-contractuele aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders” voor het *Liber amicorum Christian De Wulf*; Brugge, Die Keure, 2003.

² Drie recente overzichten inzake bestuurdersaansprakelijkheid zijn H. DE WULF, “Rechten en plichten van bestuurders en bestuurdersaansprakelijkheid” in L. VAN DEN Berghe en L. DE RIDDER (eds.), *Hoe optimaliseer ik mijn raad van bestuur ?*, Ced.samsom en Instituut voor bestuurders, 2002, 193-217; K. GEENS en J. VANANROYE, “Bestuurdersaansprakelijkheid in N.V. en B.V.B.A.” in K. Geens (ed.), *vennootschaps-en financieel recht*, Themis cahier nr. 11, Brugge, Die Keure, 2001, 5-26; P. KILESTE en C. STAUDT, “La responsabilité de l’administrateur et du réviseur d’entreprise dans les sociétés anonymes” in *Dernières évolutions en droit des sociétés*, ed. Jeune Barreau, Brussel, 2003, 3-116. Iets ouder maar zeer nuttig zijn de monografieën O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 1996, 390 p.; H. OLIVIER, J-PH. BONTE en K. DEBOECK, *Vademecum van de bestuurder van naamloze vennootschappen*, Brussel, Creadif, 3de editie, 1992, 364 p.



Voor een bespreking van de strafrechtelijke aspecten van de materie verwijzen we de lezer in de eerste plaats naar de bijdrage van Ph. Traest aan dit boek, zij het dat wel enkele opmerkingen gemaakt worden over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris.

DEEL I. BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID

Afdeling I. Inleiding

§ 1. Soorten aansprakelijkheid

Als men bij de bestudering van bestuurdersaansprakelijkheid het Wetboek van vennootschappen als uitgangspunt zou nemen, dan zal men de materie onderzoeken vanuit de verschillende aansprakelijkheidsgronden die daar vermeld worden en daarbij een onderscheid maken tussen

- *Art. 527 W. Venn.:* De gewone bestuursfouten, waarover art. 527 W. Venn. niet veel meer zegt dan dat de aansprakelijkheid volgens het gemeen recht beoordeeld moet worden, en waaruit men kan afleiden dat bestuurders voor een gewone bestuursfout enkel contractueel tegenover de vennootschap aansprakelijk zijn.
- *Art. 528* De schendingen van de vennootschappenwet en de statuten, die als zwaarwichtige fouten strenger behandeld worden: elke bestuurder is hoofdelijk voor deze fouten aansprakelijk, niet alleen tegenover de vennootschap, maar ook tegenover derden, en aan de aansprakelijkheid kan slecht ontkomen worden door een drieledig tegenbewijs te leveren: dat men niet aan de fout heeft deelgenomen, dat men daarbij geen schuld treft, én dat men de fout heeft aangeklaagd op de eerstvolgende algemene vergadering nadat men er kennis van gekregen heeft
- *Art. 529* dat de belangenconflictregering voor bestuurders aanvult: zelfs wanneer de procedurele regels omtrent belangenconflicten uit de artikelen 523 of 524 gerespecteerd zijn³, dan nog kunnen de bestuurders persoonlijk aansprakelijk gesteld worden wanneer de beslissing die genomen is inhoudelijk niet door de beugel kan, respectievelijk omdat (art. 523) de beslissing aan minstens één van hen een onrechtmatig financieel voordeel ten nadele van de vennootschap heeft bezorgd, of (art. 524) de beslissing een onrechtmatig financieel nadeel aan de vennootschap heeft toegebracht, ten voordele van een andere vennootschap uit dezelfde vennootschapsgroep.
- *Art. 530*, dat alleen speelt in geval van “kennelijk grove fout”, die heeft bijgedragen tot het faillissement van de vennootschap. De bestuurder of feitelijke bestuurder die dergelijke fout persoonlijk heeft gemaakt kan tot het ganse netto-passief van de vennootschap veroordeeld worden, ook al kan niet dat ganse passief als schade van de eiser aangezien worden, of is er geen causaal verband tussen fout en passief bewezen.

Dit wettelijk overzicht is in minstens twee opzichten onvolledig:

³ Als de procedurevoorschriften uit artt. 523 § 1- 524 § 1 niet gerespecteerd zijn, dan is een fout in de zin van art. 528 W. Venn. begaan. Vandaar ook dat art. 529 begint met de woorden “Onverminderd artikel 528”. Art. 529 speelt in de gevallen dat de procedure wél is nageleefd, maar er toch een inhoudelijk onaanvaardbare beslissing is genomen, wellicht (maar dit is in rechte irrelevant om de aansprakelijkheid te beoordelen) onder invloed van het bestaande potentiële belangenconflict.



- Bestuurders kunnen ook op basis van art. 1382 B.W. aansprakelijk gesteld worden, in de eerste plaats tegenover derden, dus anderen dan de vennootschap. In de regel zal de vennootschap art. 1382 B.W. niet tegen haar bestuurders kunnen inroepen, gezien het samenloopverbod: tussen bestuurder en vennootschap bestaat een contractuele verhouding, en tussen contractpartijen is volgens het Hof van cassatie een beroep op art. 1382 B.W. enkel mogelijk voor zover zowel fout als schade vreemd zijn aan de gebrekkige uitvoering van het contract.
- De artikelen 527-530 geven enkel de “haftungsüberleitende” normen weer, het zijn, zoals art. 1382 B.W. wetsartikelen die doorverwijzen naar een beoordelingsnorm, zoals de goede huisvader, die in de artikelen zelf niet of slechts zeer summier omschreven is. In het Wetboek van vennootschappen, maar ook in een ook voor bestuurders onoverzichtelijke berg aan milieu-, fiscale en sociale reglementering zitten talloze normen verscholen die specifieke plichten formuleren wiens schending naar omstandigheden als fout kan beschouwd worden. Vele van die voorschriften richten zich tot de vennootschap en niet, of niet in de eerste plaats⁴, tot de bestuurders. Men moet nochtans vaststellen dat bestuurders regelmatig, en misschien nog eerder strafrechtelijk dan burgerrechtelijk, aansprakelijk gesteld worden wanneer de vennootschap een op haar rustende verplichting niet nakomt, omdat aangenomen wordt dat het feit dat de vennootschap haar plichten niet nakomt, het gevolg is van een fout van de bestuurders. Soms wordt dergelijk verband nogal vlug aangenomen.

Men kan de materie van de bestuurdersaansprakelijkheid niet alleen ordenen op basis van de aansprakelijkheidsgronden. Een ander onderscheid dat men kan maken is tussen interne aansprakelijkheid en externe aansprakelijkheid.

Interne aansprakelijkheid doelt dan op de aansprakelijkheid tegenover de vennootschap. Deze is van contractuele aard.

De externe aansprakelijkheid is de aansprakelijkheid tegenover anderen dan de vennootschap. Zij is gebaseerd op art. 1382 B.W. of op een specifieke wetsbepaling zoals art. 528 W. Venn. die anderen ook een vorderingsrecht geeft los van de vraag of de bestuursfout een schending is van een gedragslijn die zich in dezelfde omstandigheden aan eenieder opdringt, zoals door art. 1382 B.W. vereist wordt.

Tenslotte is ook vast te stellen dat bestuurders in twee soorten situaties aansprakelijk gesteld kunnen worden : hetzij in situaties waarvoor een precieze gedragsnorm bestaat die uit de wet of een maatschappelijk consensus over de in een bepaalde situatie te vormen gedragslijn voortvloeit, hetzij in gevallen waar geen dergelijk specifieke gedragsnorm bestaat, en het bestuur of de bestuurder een discretionaire beoordelingsruimte heeft. In die laatste situaties worden de beslissingen van het bestuur, zo leert men in België traditioneel, slecht marginaal getoetst: enkele kennelijk onredelijke beslissingen, die door geen enkel mens in dezelfde omstandigheden genomen zouden zijn, worden als foutief beschouwd.

§ 2. Toepassingsgebied *ratione personae*

De regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid, in het bijzonder de artt. 527-530, zijn natuurlijk van toepassing op bestuurders, dat wil zeggen mensen die formeel lid zijn van de raad van bestuur omdat ze tot bestuurder benoemd zijn.

⁴ Veel reglementair strafrecht bepaalt dat wanneer de vennootschap een bepaalde verplichting niet naleeft, de bestuurders aansprakelijk gesteld kunnen worden. Dit is een soort van wettelijke toerekening. Deze legistische techniek wordt ook nog gehanteerd in wetten die pas ingevoerd zijn nadat rechtspersonen in 1999 strafbaar gemaakt zijn door art 5 lid 2 Strafwetboek.



Dagelijks bestuurders zijn daarentegen enkel onderworpen aan art. 527, dat enkel doorverwijst naar het gemeen recht. Dit betekent dat zij in essentie aan dezelfde regels als lasthebbers onderworpen worden. Merk op dat “dagelijks bestuurders” in de zin van art. 525 W. Venn. niet noodzakelijk ook bestuurders (lid van de raad van bestuur) moeten zijn: het kan ook om bv. werknemers van de vennootschap gaan. Hoewel soms beweerd wordt dat wie lid is van de raad van bestuur en tegelijk dagelijks bestuurder, voor al zijn handelingen onderworpen zal worden aan de regels omtrent bestuurdersaansprakelijkheid, lijkt mij dit onjuist te zijn. De andere artikelen inzake bestuurdersaansprakelijkheid buiten art. 527 zijn niet toepasselijk op dagelijks bestuurders, dus ook niet op de handelingen die een lid van de raad van bestuur in zijn hoedanigheid van dagelijks bestuurder stelt.

De Corporate Governance-wet van 2 augustus 2002 (die voornamelijk het Wetboek van vennootschappen wijzigde) heeft het toepassingsgebied van de regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid uitgebreid:

- De artikelen 527, 528 en 529, zijn voortaan ook toepasselijk op de leden van het directiecomité dat vennootschappen met toepassing van art. 524bis kunnen organiseren. De toepassing is uiteraard beperkt tot de beslissingen die binnen het directiecomité genomen worden. De regels zijn op alle leden van het directiecomité toepasselijk, ook op diegenen die niet tegelijk bestuurder van de vennootschap zijn. In art. 530 worden de leden van het directiecomité niet als dusdanig vermeld, maar in sommige gevallen zal het wellicht mogelijk zijn hen als “feitelijk bestuurder” in de zin van dat artikel te kwalificeren.
- De functie van bestuurder kan in alle vennootschappen waargenomen worden door een rechtspersoon. Art. 61 § 2 W. Venn. bepaalt voortaan dat de verplicht aan te duiden vaste vertegenwoordiger van dergelijke bestuurder-rechtspersoon burgerrechtelijk aansprakelijk en strafrechtelijk verantwoordelijk is alsof hij zelf in eigen naam en voor eigen rekening bestuurder zou zijn, “onverminderd de hoofdelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon die hij vertegenwoordigt”.

Merk op dat de raad van bestuur niet aansprakelijk is voor de beslissingen van het directiecomité: elk is binnen zijn eigen sfeer verantwoordelijk. Maar de raad van bestuur is verplicht voldoende toezicht te houden op het directiecomité, en kan aansprakelijk gesteld worden voor onvoldoende toezicht op het directiecomité. In buitenlandse duale bestuursystemen, waar men een raad van bestuur bestaande uit uitvoerende bestuurders (topmanagers) en een raad van toezicht hanteert, wordt sinds de jaren negentig de raad van toezicht frequenter aansprakelijk gesteld wegens onvoldoende toezicht op de managementraad, en de evolutie zal wellicht naar België overwaaien indien het directiecomité georganiseerd volgens art. 524bis hier zou doorbreken.

Dezelfde principes gelden in de verhouding raad van bestuur-dagelijks bestuur: de bestuurders zijn niet aansprakelijk voor de fouten van het dagelijks bestuur, maar wel voor gebeurlijk onvoldoende toezicht op dat dagelijks bestuur.

Bij zeer veel kleine en middelgrote vennootschappen zijn een aantal bestuurders tevens oprichter van de vennootschap. Daaruit kan oprichtersaansprakelijkheid voortvloeien, maar die mag natuurlijk niet verward worden met bestuurdersaansprakelijkheid. Wel zijn sommige aansprakelijkheidsregels die gelden voor oprichters, ook toepasselijk op bestuurders naar aanleiding van de creatie van nieuwe aandelen bij kapitaalverhogingen.



§ 3. Art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet⁵

Iemand die bestuurder of dagelijks bestuurder is, kan zich op de aansprakelijkheidsbeperking die voortvloeit uit art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet⁶ beroepen voor het geval hij aansprakelijk gesteld wordt voor een handeling die hij gesteld heeft als werknemer. De functie als bestuurder kan niet onder gezag en dus niet in het kader van een arbeidsovereenkomst uitgeoefend worden, en voor bestuursfouten kan men zich bijgevolg nooit op art. 18. WAO beroepen. Maar het is mogelijk dat iemand die bestuurder is, daarnaast nog andere taken van meer technische aard (ingenieur, klanten werven, juridisch raadgever,...) in de vennootschap vervult, en dat onder gezag van andere bestuurders. Voor fouten in verband met die technische functies kan art. 18 WAO dan ingeroepen worden.

De functie van dagelijks bestuur is, hoe vreemd het op het eerste zicht ook moge klinken, *geen* bestuursfunctie: de dagelijks bestuurder is enkel bevoegd voor dagdagelijkse zaken of zaken die zo dringend zijn dat er geen tijd is om het bestuur te laten tussenkomen. Voor bestuurszaken is alleen het bestuur (of het directiecomité) bevoegd. Iemand die geen enkele andere “technische” functie in de vennootschap vervult dan dagelijks bestuurder kan dus wel, voor de functie van dagelijks bestuur, door een arbeidsovereenkomst verbonden zijn, en het feit dat de betrokkene tegelijk bestuurder is doet daaraan logischerwijze geen afbreuk. Is er een arbeidsovereenkomst, dan is art. 18 WAO toepasselijk⁷. Aldus de juiste beslissing in een door sommige vennootschapsjuristen ten onrechte als “vreemd” gebrandmerkt cassatiearrest uit 1984⁸.

§ 4. Feitelijke bestuurders⁹

Art. 530 stelt letterlijk dat het ook van toepassing is op “andere personen die ten aanzien van de zaken van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad”. Daarmee worden “feitelijke bestuurders” bedoeld. Het gaat om personen die geen lid zijn van de raad van bestuur, maar in volle onafhankelijkheid beslissingen nemen of kunnen nemen die als bestuursbeslissingen gekwalificeerd kunnen worden. De betrokkenen kan aandeelhouder zijn, bv. de moedervenootschap die de beslissingen die de raad van bestuur van de dochter volgens haar moet nemen vastlegt en doorfaxt voor enkele ondertekening door de bestuurders van de dochter. Of het kan bv. gaan om een dagelijks bestuurder of financieel directeur, die in feite definitieve beslissingen neemt, zonder dat de raad van bestuur nog tussenkomt. De raad van bestuur is in dergelijke gevallen nalatig op gebied van één van zijn essentiële taken, toezicht houden op het management, en is daarvoor aansprakelijk.

Een strekking in de rechtsleer¹⁰ houdt terecht voor dat feitelijke bestuurders volgens dezelfde aansprakelijkheidsregels moeten beoordeeld worden als de personen die formeel tot

⁵ Merk op dat sinds de invoering door de wet van 2 augustus 2002 van art. 524bis W. Venn. betreffende het directiecomité, de vraag controversieel is of leden van het directiecomité die functie als werknemer kunnen uitoefenen –en zich bijgevolg beroepen op art. 18 WAO. De plaats ontbreekt om hier op die problematiek in te gaan.

⁶ Enkel aansprakelijkheid, zowel tegenover de vennootschap als tegenover derden, voor grove fout die aan opzet grenst of voor herhaaldelijke lichte fout.

⁷ Opnieuw: voor handelingen gesteld als dagelijks bestuurder, *niet* voor die als bestuurder.

⁸ Cass. 28 mei 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 1252, concl. Adv.-gen. Lenaerts.

⁹ Voor een overzichtartikel, zie J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura falc.* 1996, 195.



bestuurder benoemd zijn, dus ook buiten de expliciet wettelijk geregelde hypothese van art. 530 W. Venn. Dit impliceert m.i. ook dat eens iemand als feitelijk bestuurder kan gekwalificeerd worden, hij ook voor nalatigheden aansprakelijkheid oploopt zoals een echte bestuurder. Zo rust op bestuurders de plicht om wanneer een situatie van kapitaalverlies intreedt - dat wil zeggen dat het netto-actief tengevolge van verliezen minder waard is dan de helft van het kapitaalbedrag - binnen de twee maand na de vaststelling van die situatie de algemene vergadering bijeen te laten komen, met ontbinding of herstructureringsmaatregelen op de agenda; wordt deze bijeenroepingsverplichting niet gerespecteerd, dan bevat de wet een vermoeden dat de schade die derden lijden- meer bepaald onbetaalde vorderingen op de vennootschap- voortvloeiën uit deze niet-bijeenroeping van de algemene vergadering. Welnu, wanneer op basis van de feiten kan vastgesteld worden dat iemand feitelijk bestuurder is, zal hij volgens mij ervoor moeten zorgen dat en dan wanneer hij dit niet doet begaat hij en fout in de zin van art. 528: schending van de wet, waarvoor aansprakelijkheid kan intreden tegenover derden.

§ 5. Bevoegde rechtbank

Tot voor enkele jaren rezen er regelmatig problemen rond de bevoegde rechtbank inzake bestuurdersaansprakelijkheid wanneer een derde op basis van art. 1382 B.W. vorderde: voor dergelijke vorderingen was, tot verrassing van menig eiser, de rechtbank van eerste aanleg, niet de rechtbank van koophandel bevoegd - ook al bleek in de praktijk dat sommige rechters in eerste aanleg niet goed thuis waren in de materie van bestuurdersaansprakelijkheid. De vraag wat er moest gebeuren wanneer een vordering gebaseerd was op meerdere grondslagen, waarvan art; 1382 B.W. er slechts één was- bv. de vordering ingesteld door een curator als vertegenwoordiger van de schuldeisers - was controversieel. Deze problematiek blijft nog gedeeltelijk voortbestaan voor vorderingen in aansprakelijkheid tegenover commissarissen, maar is voor vorderingen tegen bestuurders grotendeels opgelost door de wet van 7 mei 1999, waarbij art. 574, 2° Ger. W. gewijzigd werd. Voortaan is duidelijk dat de rechtbank van koophandel ook bevoegd is

- Wanneer de curator na faillissement de bestuurders aansprakelijk stelt, en al roept hij daarbij art. 1382 B.W. in
- Wanneer een derde een aansprakelijkheidsvordering tegen bestuurders inleidt op basis van art. 1382 B.W.

Vereist is wel dat het geschil een geschil “ter zake van een handelsvennootschap” is. Deze (en de andere voorwaarden) uit art. 574 2° moet strikt geïnterpreteerd worden, aangezien het gaat om een uitzondering op de algemene bevoegdheid van de betrokken rechtbanken¹¹. Men kan zich nochtans afvragen of niet elke aansprakelijkheidsvordering waarbij een tekortkoming bij – in tegenstelling tot slechts naar aanleiding van – de uitoefening van de bestuursfunctie beweerd wordt, een geschil terzake van de vennootschap is. Deze interpretatie lijkt ons aan te bevelen, omdat anders opnieuw eindeloze bevoegdheidsdiscussies dreigen te ontstaan, waarvan nut of belang niet duidelijk zijn.¹²

§ 6. Verjaring

¹⁰ Zie vooral J. RONSE en J. LIEVENS, “L’administration des sociétés. La responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite”, in *les sociétés commerciales*, Brussel, Jeune Bareaeu, 1985, 215 e.v., nr. 23 e.v.

¹¹ D. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, “Kroniek vennootschapsrecht 2002-2003”, *T.R.V.* 2003, 631, nr. 36

¹² Behalve voor de verwerende bestuurder die een snelle uitspraak in zijn nadeel wil vermijden door een bevoegdheidsconflict op te werpen.



De vorderingen, zowel deze van de vennootschap als van derden, tegen bestuurders wegens schending van hun bestuursplichten, verjaren door verloop van vijf jaar te rekenen vanaf de fout, tenzij die fout met opzet verborgen werd gehouden. In dat geval begint de verjaringstermijn te lopen vanaf de ontdekking van de fout (art. 198 § 1 W. Venn.) Deze termijn geldt ook wanneer de vordering gebaseerd is op art. 1382 B.W., waarvoor in het gemeen recht een langere verjaringstermijn geldt. Dit twistpunt is beslecht door het Hof van cassatie in een arrest van 27 mei 1994¹³, dat er evenwel aan toevoegt dat wanneer de vordering strekt tot herstel van schade die volgt uit een overtreding van de strafwet, de burgerlijke vordering overeenkomstig art. 26 V.T. Sv. niet kan verjaren voor de strafvordering¹⁴. Wil men dit beginsel uitbuiten om een langere verjaringstermijn te bekomen, dan moet men zijn vordering wel degelijk expliciet baseren op een misdrijf, en niet een louter contractuele grondslag aanvoeren.¹⁵

Afdeling II. Overzicht van de aansprakelijkheidsgronden

Bestuurders zijn niet zonder meer aansprakelijk voor de slechte gang van zaken in de onderneming, zij zijn geen garanten van succes. Indien een derde (bv. schuldeiser) of de vennootschap¹⁶ hen aansprakelijk wil stellen, moeten deze eisers een fout in hoofde van de bestuurder bewijzen. In beginsel is men slechts aansprakelijk voor de fouten waaraan men zelf heeft deelgenomen. Het feit dat de raad van bestuur van een N.V. een collegiaal orgaan is, heeft wel voor gevolg dat, zoals nog iets preciezer te beschrijven, de ene bestuurder soms mee zal moeten opdraaien voor de bestuursfouten die door één of meer collega's zijn begaan. Dit is zelfs de regel voor schendingen van de vennootschappenwet of de statuten.

§ 1. Aansprakelijkheid tegenover de vennootschap voor gewone bestuursfouten: art. 527 W. Venn.

a. algemeen

Tegenover de vennootschap is de bestuurder contractueel aansprakelijk voor de schendingen van zijn bestuursverplichtingen. De vennootschap moet bewijzen dat er een fout is begaan (waarbij een schending van een wettelijke bepaling ipso facto een fout is), en dat die fout haar schade heeft berokkend. Er moet een causaal verband bestaan tussen de fout en de schade.

Het criterium om te beoordelen of de bestuurder een fout heeft gemaakt, is de normaal voorzichtige, redelijke bestuurder in dezelfde omstandigheden.

Dit is in beginsel een *objectieve norm*: gebrek aan ervaring of kennis van de sector zijn geen excuus voor bestuursfouten. Hoewel het mogelijk is dat een rechter zich erdoor laat beïnvloeden, wordt in beginsel geen rekening gehouden met de vraag of het mandaat bezoldigd of onbezoldigd wordt uitgeoefend¹⁷. Bestuurders, zeker bij vennootschappen van grotere omvang, worden tegenwoordig geacht professionelen¹⁸ te zijn.

¹³ Cass. 27 mei 1994, *T.R.V.* 1995, noot M. WYCKAERT; *T.B.H.* 1994, 1011, noot.

¹⁴ Over dit aspect van de zaak diepgaander K. GEENS en J. VANANROYE, "Bestuursaansprakelijkheid...", *o.c.*, 24.

¹⁵ Cass. 17 januari 1991, *Pas.* 1991, 459.

¹⁶ Op initiatief van de algemene vergadering, die daarover beslist met gewone meerderheid, of van een minderheidsaandeelhouder die 1% van de stemrechtverlenende effecten vertegenwoordigt of kapitaalvertegenwoordigende effecten ten belope van minstens 50 miljoen én die tegen de kwijting gestemd heeft.

¹⁷ Bv. Kh. Hasselt, 22 november 1990, *T.R.V.* 1991, 229.

¹⁸ Bv. reeds Kh. Charleroi 10 januari 1979, *R.P.S.* 1979, 315.



Voor *gewone bestuursfouten* is enkel die bestuurder aansprakelijk die zelf aan de fout heeft deelgenomen. In werkelijkheid zullen bestuursfouten vaak door meerdere bestuurders samen begaan worden. Zij zijn dan “in solidum” aansprakelijk.

Bij de gewone bestuursfouten kan men vooreerst de schendingen van een duidelijke, specifieke plicht onderscheiden. De bestuurder beschikt niet over beoordelingsruimte voor bepaalde handelingen, maar is verplicht ze op een bepaalde manier door te voeren, hetzij omdat de wet het zo bepaalt, hetzij omdat het evident is dat elk zorgvuldig persoon op één welbepaalde manier zou handelen..

Voorbeelden van zulke fouten, die in de rechtspraak reeds aanleiding gaven tot veroordelingen:

- niet voldoende verzekeren van eigendommen van de vennootschap, bv. tegen brand.
- niet vervolgen van een vermogende schuldenaar
- het betalen van nog niet opeisbare schulden
- het verstrekken van krediet (bv. aan verbonden vennootschappen) zonder afdoende zekerheden te bedingen
- niet tijdig hernieuwen van formaliteiten die nodig zijn om een zekerheid ten opzichte van een schuldenaar te handhaven (bv. hypothecaire inschrijving)
- contracteren met een niet-geregistreerde aannemer
- het nalaten subsidies waar men recht op heeft op te vragen, in elk geval wanneer de financiële toestand van de vennootschap niet rooskleurig is
- personeel ontslaan zonder enige redelijke grond en zonder opzeggingstermijn, zodat de vennootschap tot zware opzeggingsvergoedingen veroordeeld wordt.

Vaak beschikt het bestuur daarentegen over een ruime beoordelingsruimte (zgn. “discretionaire bevoegdheid”). De rechter mag de opportuniteit van beleidsbeslissingen niet beoordelen. Daarvoor bezit hij vaak niet de nodige kennis. De informatie over beleidsbeslissingen die aan hem tijdens een proces wordt voorgeschoteld zal bovendien gekleurd zijn door de partijen, waarbij het zeer moeilijk kan zijn voor de rechter om “de waarheid” te achterhalen. Doorslaggevend om “second-guessing” van beleidsbeslissingen aan de rechtbanken te ontzeggen echter het feit dat vaak “de juiste” beslissing niet bestaat: ondernemen impliceert noodzakelijkerwijze risico nemen. De bestuurders zijn dan ook niet zonder meer aansprakelijk voor verkeerd uitgedraaide beslissingen.

Wanneer beleidsvrijheid voorligt, is de bestuurder enkel aansprakelijk voor “kennelijk onredelijke beslissingen”, dwz die geen enkel redelijk mens verdedigbaar acht. (zogenaamde “marginale toetsing” door de rechtbanken). Bij de beoordeling of een beslissing redelijk is, mag alleen rekening gehouden worden met de elementen die het bestuur kende of had moeten kennen op het moment van de beslissing. De rechter moet er zich voor hoeden rekening te houden met latere ontwikkelingen, en uit het slechte verloop daarvan post factum af te leiden dat de initiële beslissing fout was.

Typisch voorbeeld van beslissingen waar beleidsvrijheid voorligt, zijn (des)investeringsbeslissingen, strategische beslissingen.

Om te beoordelen of dergelijke beslissingen foutief zijn, zal de rechter vooral een “procedurele” toetsing moeten doorvoeren: hij zal nagaan of de beslissingen zorgvuldig genomen zijn, dat wil vooral zeggen: of ze voldoende voorbereid zijn en steunen op een



voldoende hoeveelheid relevante informatie. wanneer blijkt dat één of meer bestuurders geplaagd werden door een belangenconflict hetzij in de zin van art. 523, hetzij in de vorm van een functioneel belang, zal de rechter extra waakzaam zijn.

Eens vastgesteld dat de beslissing niet onzorgvuldig werd genomen, zal de beslissing inhoudelijk slechts marginaal getoetst mogen worden door de rechter, dat wil zeggen dat hij de criteria inzake rechtsmisbruik zal toepassen.

Daarmee is ook duidelijk dat het respecteren van het vennootschapsbelang, een plicht die de raad van bestuur bij al zijn handelingen voor ogen moet houden, slechts marginaal getoetst wordt: alleen een belangenafweging tussen verschillende categorieën aandeelhouders of aandeelhouders en andere belangencategorieën die zo onredelijk is dat geen enkel redelijk mens ze ooit had doorgevoerd op de wijze waarop de raad van bestuur dat gedaan heeft, is fout. In de praktijk worden bestuurders uitermate zelden aansprakelijk gesteld wegens schendingen van het vennootschapsbelang. Iets frequenter is het- maar ook nog zeldzaam, wellicht ook wegens de preventieve werking die van het concept uitgaat- dat beslissingen van de raad van bestuur nietig verklaard worden wegens schendig van het vennootschapsbelang. Als het toch tot een toetsing van een beslissing aan het vennootschapsbelang komt, bestaat één van de belangrijkste criteria die gehanteerd worden eruit na te gaan of de beslissing een bepaalde groep (bv. van minderheidsaandeelhouders) een nadeel berokkent dat disproportioneel groot is in vergelijking met het voordeel dat een andere groep (bv. de controlerende aandeelhouders of “de vennootschap” als dusdanig) er uithalen.

Voorbeelden van types beleidsfouten die in de rechtspraak meer dan eens tot aansprakelijkheid hebben geleid:

- duidelijk veel te hoge publicitaire uitgaven doen
- de vennootschapsactiviteit verderzetten terwijl de bestuurders hadden moeten weten dat er redelijkerwijze geen enkele kans op herstel van de financiële toestand was

Om zich tegen aansprakelijkheid te beschermen is het voor de bestuurder van belang de beslissingen *procedureel* zorgvuldig te nemen. Dit houdt in dat men op basis van voldoende informatie, aangeleverd door het management, moet beslissen. In sommige gevallen is het aangewezen studies door derden te laten doorvoeren. wanneer de raad van bestuur dit noodzakelijk acht, kan hij het management opdragen dergelijke studie te laten uitvoeren vooraleer te beslissen.

Teneinde later te kunnen bewijzen dat de beslissing voldoende zorgvuldig is tot stand gekomen, laat men best notuleren op welke informatiebronnen men gesteund heeft (althans voor echt belangrijke beslissingen) en welke overwegingen hebben meegespeeld bij het bereiken van de uiteindelijke beslissing.

Wanneer de bestuurders zich voldoende hebben laten voorlichten door het management of externe experts, kunnen zij niet aansprakelijk gesteld worden wanneer die informatie of adviezen fouten bevatten, tenminste niet voor zover die fouten niet door iemand zonder technische kennis gemakkelijk ontdekt moesten worden.

b. Uitvoerende versus niet-uitvoerende bestuurders: een verschillende behandeling ?

Naar Belgisch recht is de zorgvuldigheidsnorm voor uitvoerende en voor niet-uitvoerende bestuurders *in abstracto* zonder twijfel identiek: de normale, gemiddelde professioneel in dezelfde omstandigheden. Bestuurders komen door de aanvaarding van hun benoeming evenwel in een contractuele relatie tot de vennootschap te staan. De uitleg te goeder trouw



van die contractuele relatie, dwingt tot de conclusie dat rechters *verplicht* zijn met de eigenheden van dat contract rekening te houden wanneer zij *in concreto* dienen na te gaan of een bestuurder zorgvuldig is geweest¹⁹. In *concreto* zou dit er toe moeten leiden dat uitvoerende bestuurders strenger behandeld worden dan niet-uitvoerende bestuurders, ook al is de abstracte zorgvuldigheidsnorm, zoals gezegd, voor beiden dezelfde. Immers, niet-uitvoerende bestuurders hebben een andere taak aanvaard dan uitvoerende bestuurders. Niet-uitvoerende bestuurders hebben, door hun benoeming te aanvaarden, enkel de verbintenis op zich genomen de toezichtstaak zoals hoger beschreven, waar te nemen. Uitvoerende bestuurders - onverschillig of zij als zelfstandige of als werknemer managementtaken waarnemen - hebben de verbintenis aangegaan bijkomende taken voor de vennootschap te vervullen, naast hun toezichtstaak als bestuurder. Met die verbintenis mag en moet rekening gehouden worden bij het bepalen van de vraag of de uitvoerende bestuurder zijn taken als bestuurder zorgvuldig heeft waargenomen. Meer bepaald zal van een uitvoerende bestuurder, die voltijds voor de vennootschap werkt, een grotere kennis van het vennootschapsinterne gebeuren verwacht mogen worden dan van een niet-uitvoerende bestuurder. Dit is relevant telkens waar wetgeving of rechtspraak het “wist of had moeten weten”-criterium hanteert om al dan niet tot onzorgvuldigheid te besluiten.

In een Duitse geval, bekend als “ARAG Garmenbeck”²⁰ - had een Nederlandse BV, 100% dochter van een Duitse AG, kredieten verstrekt aan een Britse vennootschap, die het krediet niet kon terugbetalen, waardoor de Duitse moeder zich genoodzaakt zag haar dochter financieel te redden en daardoor zelf verliezen leed. Het krediet was verleend onder impuls van de heer H.H., enige zaakvoerder van de Nederlandse B.V. die tegelijk “Finanzvorstand”²¹ van de Duitse moeder was en blijkbaar op basis van zijn vroegere bankierswerkzaamheden een zeer goede reputatie had in Duitse financiële middens.

Net zoals het gerecht van eerste aanleg bevestigt het Oberlandesgericht Düsseldorf de aansprakelijkheid van de heer H.H. als lid van de Vorstand van de AG²². Het wordt als de plicht van heer H.H. gezien onrechtstreekse, via een dochtervennootschap verlopende schade aan de A.G. te vermijden, omdat het tot zijn taak als lid van de Vorstand van de AG behoort, de economische lotgevallen van de dochters van de AG te volgen (“überwachen”) en de zakelijke activiteit ervan te controleren. Een fout (element “Verschulden”) wordt mede daarin gezien, dat de heer H.H. geloofd had dat de terugbetaling van de 56 miljoen door Garmenbeck Ltd. voldoende afgedekt was door zekerheden, terwijl hij bij het vormen van dat oordeel niet zorgvuldig was geweest²³. Dit arrest genoot blijkbaar algemene bijval in de Duitse rechtsleer²⁴.

¹⁹ Vgl. de zinvolle aanpak naar Engels recht in de zaak *Bishopsgate Investment Management Ltd. v. Maxwell (No 2)*, (1993), *BCLC* 1282, waar Hoffmann LJ stelde dat de concrete inbreng van een bepaalde bestuurder moet afhangen van de organisatie van de onderneming van een vennootschap en van “the part which the director could reasonably be expected to play”.

²⁰ Het eindarrest van het BGH dateert van 21 april 1997, *BGHZ* 135, 244; *NJW* 1997, 1926; *ZIP* 1997, 883.

²¹ Dat wil zeggen uitvoerend bestuurder met bijzondere verantwoordelijkheid voor financiële aangelegenheden.

²² OLG Düsseldorf, *ZIP* 1997, 27.

²³ Ook de causaliteit tussen de fout en de (onrechtstreekse) schade, en het belang van de AG om te vorderen, stonden (uitgebreid) ter discussie, maar op die problematiek dient hier niet ingegaan te worden. Het OLG bevestigde in elk geval de causaliteit en verwierp de toepassing van het leerstuk van de reflexschade, waarmee verweerder had gepoogd aan te tonen dat de AG als aandeelhouder van de BV geen recht had om rechtstreeks voor zichzelf schadevergoeding te vorderen.

²⁴ J. GROOTERHORST, “Die ARAG/Garmenbeck-Prozesse - eine Gesamtschau im Rückblick”, *ZIP* 1999, 1118.



De vordering tegen de andere bestuurders van de moeder werd echter ongegrond verklaard, omdat de heer H.H. als enige op de hoogte was geweest van de onzorgvuldige wijze waarop het krediet aan door de BV aan Garmenbeck verstrekt was. De Vorstand van de AG had zich laten voorlichten over de zekerheden die bedongen waren. Daarmee hadden de Vorstandsleden hun plicht vervuld. Dat zij, als niet-specialisten niet hadden gezien dat de genomen zekerheden (in wezen was een soort escrow account gebruikt om de gelden op te storten) in feite niet volstonden, kon niet als fout gekwalificeerd worden. Gelet ook op het grote aanzien van de heer H.H. in financiële kringen, was het geen fout dat de andere Vorstandsleden zich de contracten waarbij het krediet en de zekerheden geregeld werden, niet lieten voorleggen. De rechtbank erkent dus minstens tot op zekere hoogte dat de taakverdeling tussen bestuurders doorwerkt op aansprakelijkheidsgebied²⁵. De hele Vorstand moet aan monitoring doen, maar de leden van de Vorstand mogen daarbij gedeeltelijk vertrouwen op de informatie en beoordelingen die hen verstrekt worden door de collega die in de interne verhouding voor een bepaald gebied verantwoordelijk gemaakt is.

Bij de beoordeling van de zorgvuldigheid van een bestuurder moet niet alleen rekening gehouden worden met eventuele uitvoerende taken die hij op zich heeft genomen en met specifieke vaardigheden die hij bezit, maar ook met informatie die hij ontleent aan andere groepsmandaten die hij eventueel vervult. Naar Belgisch recht zal een persoon die zowel bestuurder bij de moedervenootschap als bij een dochter is, geacht worden bij het uitoefenen van zijn toezichtstaak op niveau van de moeder gebruik te maken van de kennis die hij heeft verworven of kennelijk zou moeten hebben verworven als bestuurder van de dochter.

§ 2. aansprakelijkheid tegenover derden voor gewone bestuursfouten: art. 1382 B.W.

a. algemeen

De bestuurder is voor gewone bestuursfouten in beginsel enkel aansprakelijk tegenover de vennootschap, niet tegenover derden, zoals bv. schuldeisers. Immers, alleen tegenover de vennootschap heeft hij contractuele verplichtingen die uit zijn bestuurscontract voortvloeien²⁶.

In sommige gevallen is het wel mogelijk dat de slechte uitvoering van het bestuursmandaat, tevens een onrechtmatige daad tegenover derden is, waarvoor de bestuurder tegenover die derden extracontractueel aansprakelijk is (art. 1382 B.W.). Wanneer precies een bestuursfout tevens een onrechtmatige daad is, is vaak onzeker. Het algemene criterium, nl. dat een onrechtmatige daad een gedraging is die afwijkt van de handelswijze van de normaal redelijke persoon in dezelfde omstandigheden, zegt niet veel.

Wel wordt voor professionelen zoals bestuurders vlugger dan voor anderen aangenomen dat hun contractuele fouten tegenover derden tevens onrechtmatige daden uitmaken²⁷, omdat zij geacht worden er rekening mee te houden dat hun handelingen ook een impact hebben op anderen dan hun medecontractant: vennootschapsbestuurders moeten weten dat hun

²⁵ J. GROOTERHORST, *l.c.*, 1120 is ongenueanceerder en ziet in het vonnis een “Klares Bekenntnis zum Ressortprinzip”.

²⁶ Voor alle duidelijkheid: uiteraard dienen de bestuurders de contracten die de vennootschap heeft met derden, bv. schuldeisers, te respecteren. Wordt dit contract geschonden, dan zal de vennootschap aansprakelijk zijn wegens wanprestatie. Over die gevallen gaat het hier niet, wel over de schending door de bestuurder van zijn eigen contract met de vennootschap.

²⁷ L. CORNELIS, *Beginnelsen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Maklu/ced.Samson 1989, 119, nr. 69A en verwijzingen.



handelingen in vele gevallen een impact hebben op schuldeiser van de vennootschap of zelfs op de maatschappij in het algemeen, niet alleen op de vennootschap zelf.

Een voorbeeld dat meermaals in de rechtspraak aan bod is gekomen is het voortzetten van de activiteiten van de vennootschap nadat de bestuurders redelijkerwijze hadden moeten inzien dat de vennootschap zijn schulden niet meer zou kunnen betalen²⁸. In dergelijke gevallen zullen de bestuurders op rond van art. 1382 B.W. aansprakelijk zijn tegenover de schuldeisers die met de vennootschap gecontracteerd hebben na het moment waarop de bestuurders de activiteit hadden moeten stopzetten.

De zaakvoerder van een bvba die een wisselbrief ondertekende op een moment dat hij moest weten dat de vennootschap die wissel niet zou kunnen betalen, werd door de rechtbank aansprakelijk geacht²⁹.

Bestuurders werden aansprakelijk gesteld tegenover de schuldeisers, wiens schulden onbetaald waren gebleven, nadat de vennootschap een desastreuze investering had gedaan en tegelijkertijd had nagelaten subsidies waarop zij recht had op te vragen, hetgeen haar redding had kunnen betekenen of minstens zou toegelaten hebben een deel van de schulden te betalen.

De raad van bestuur is verplicht binnen de maand nadat de staking van betaling is ingetreden, aangifte van faillissement te doen. Zoniet is hij ook tegenover derden aansprakelijk voor de schade die daaruit voortvloeit. Het Hof van cassatie heeft echter meermaals geoordeeld dat de bestuurders niet aansprakelijk waren wegens het beslissen van aankopen die later onbetaald bleven (wegens faillissement) wanneer zij op het moment van de beslissing geen kennis hadden nog redelijkerwijze konden hebben van het feit dat de vennootschap virtueel failliet was. Uiteraard moeten de bestuurders in dergelijke gevallen wel kunnen aantonen dat zij zich steeds voldoende hebben laten voorlichten over de financiële toestand van de vennootschap. Sinds 1997 is aan de commissaris-revisor een (beperkte) knipperlichtfunctie in dat verband opgelegd (art. 138 W. Venn.).

b. Bestuurders zijn uitvoeringsagenten- samenloopverbod

De overgrote meerderheid in de rechtsleer heeft steeds aangenomen dat bestuurders ook als uitvoeringsagent moeten beschouwd worden wanneer het er op aankomt hun extracontractuele aansprakelijkheid tegenover medecontractanten van de vennootschap te evalueren³⁰. Het Hof van cassatie heeft de discussie daarover beslecht met zijn arrest van 7 november 1997³¹, waarin het Hof weliswaar niet letterlijk zegt dat bestuurders

²⁸ Bv. Gent 1 maart 1989, *T.R.V.* 1989, 434.

²⁹ Kh. Kortrijk 29 juni 1984, *T.B.H.* 1985, 222.

³⁰ We noemen onder de velen slechts gezaghebbende auteurs als R.O. DALCQ, "Examen de jurisprudence (1980 à 1986). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle", *R.C.J.B.* 1987, 604, nr. 3; J. RONSE e.a., "Overzicht van rechtspraak (1978-85). Vennootschappen.", *T.P.R.* 1986, 859, nr. 231; S. VAN CROMBRUGGE, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders", *R.W.* 1989-90, 1445-46, nr. 17.

Anders, zij het met uiteenlopende motiveringen: J. VAN RYN en X. DIEUX, "La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers", *J.T.* 1988, (401), 403; DEZELFDEN, "La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers- observations complémentaires", *R.P.S.* 1989, 93 e.v.; C. PARMENTIER, "La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite", *T.B.H.* 1986, (741), 751; V. SIMONART, noot onder Cass. 7 november 1997 (volgende voetnoot).

³¹ Cass. 7 november 1997, *R.C.J.B.* 1999, 730, noot V. SIMONART, "La quasi-immunité des organes de droit privé"; *T.R.V.* 1998, 284, noot I. CLAEYS; tevens besproken door G. HORSMANS, "La transparence



uitvoeringsagenten zijn, maar waarin wel overwogen wordt dat het leerstuk van de quasi-immuniteit van de uitvoeringagent van toepassing is op “un organe, un préposé ou un agent” én de zaakvoerder van een BVBA als orgaan beschouwd wordt.

De kwalificatie van de bestuurder als uitvoeringsagent heeft tot gevolg dat het samenloopverbod dat ons Hof van Cassatie hanteert ook zal gelden voor vorderingen ex. art. 1382 B.W., ingesteld door een medecontractant van de vennootschap tegen een bestuurder. Het samenloopverbod houdt in essentie in dat tussen contractanten geen extracontractuele vordering kan ingesteld worden, tenzij zowel de verweten fout als de schade vreemd zijn aan de uitvoering van het contract³², of, zoals het of zoals het Hof het sinds het arrest van 14 oktober 1985³³ meestal uitdrukt “een contractpartij kan wegens een bij de uitvoering van de overeenkomst begane fout slechts dan extracontractueel aansprakelijk gesteld worden indien de haar ten laste gelegde fout een tekortkoming uitmaakt, niet aan haar contractuele verbintenis maar aan de algemene zorgvuldigheidsplicht en indien die fout andere dan aan de slechte uitvoering van de overeenkomst te wijten schade heeft veroorzaakt.”

Wat deze formule in concreto impliceert, is zoals bekend nog steeds omstreden. Wij verdedigen volgende visie. De medecontractant die extracontractueel wil vorderen moet aantonen dat de fout die hij zijn wederpartij ten laste legt geen inbreuk op diens contractuele verplichtingen is, maar daarentegen wel een inbreuk op de algemene zorgvuldigheidsnorm “uit” art. 1382 B.W., en alleen dat moet hij aantonen³⁴. Eens dat bewezen, zo voel ik het aan, staat automatisch vast dat de schade een andere is dan diegene die uit de slechte uitvoering van het contract voortvloeit. Zij vloeit voort uit een onrechtmatige daad die niet tegelijk een contractbreuk is. Ik leg dus de nadruk op het woord *voortvloeien*, niet op het feit dat het om *andere* schade moet gaan³⁵. “Waarom vermeldt het Hof van Cassatie dan steeds dat de schade een andere moet zijn dan diegene die voortvloeit uit de slechte uitvoering van het contract?”, zo werpt men natuurlijk tegen. “Voor alle duidelijkheid”, zo zou ik enigszins sarcastisch antwoorden, nl. om te benadrukken dat men tussen contractanten slechts extracontractueel kan vorderen wanneer er precies geen coëxistentie is, wanneer de onrechtmatige daad geen inbreuk op het contract is, maar gewoon een onrechtmatige daad die nu eenmaal toevallig tussen contractanten begaan wordt.

Deze interpretatie vindt steun in volgend vrij bekend vennootschapsrechtelijk arrest van het Brusselse hof van beroep³⁶, waartegen het cassatieberoep werd verworpen, weliswaar zonder dat op de kern van onze vraag werd ingegaan.

Een vzw organiseert een festival voor elektronische muziek met vele buitenlandse artiesten. De vzw bestelt vliegtuigtickets bij Sabena teneinde die muzikanten te laten overvliegen. De tickets worden nooit betaald, waarop Sabena de bestuurders van de vzw wil laten veroordelen tot schadevergoeding gelijk aan de prijs van de onbetaalde tickets. De fout die aan de bestuurders verweten wordt is in essentie dat zij nagelaten hebben subsidies voor het

organique et fonctionnelle et la responsabilité des organes” in *Liber amicorum Walter Van Gerven*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 553 e. v

³² Cass. 3 december 1975, *Pas.* 1976, I, 412.

³³ *Pas.*, 1986, I, 155; *R.C.J.B.* 1988, 341, noot M. VAN QUIKENBORNE, “Réflexions sur le dommage purement contractuel”.

³⁴ Wanneer de fout niet alleen een fout in de zin van art. 1382 is, maar tevens een tekortkoming aan de tussen partijen bestaande contractuele verplichtingen, dan speelt het samenloopverbod dus wel.

³⁵ Vergelijk de beschouwingen van M. VAN QUIKENBORNE in zijn hierboven geciteerde noot, in het bijzonder p. 360, nr. 23.

³⁶ Brussel, 9 oktober 1987, *R.P.S.* 1988, 145.



muziekfestival aan te vragen bij de Franse Gemeenschap, die hen nochtans schriftelijk op die mogelijkheid had gewezen. Het Hof van beroep te Brussel oordeelt inderdaad dat de bestuurders hun bestuurstaak in het algemeen totaal hebben verwaarloosd en in het bijzonder ook de subsidies hadden moeten aanvragen. Het Hof besluit tot een fout in de zin van art. 1382 B.W. en veroordeelt de bestuurders tot een (nader te begroten) schadevergoeding jegens Sabena.

Het is duidelijk dat Sabena hier een 1382-fout aanklaagde die weliswaar een contractuele fout van de bestuurders in hun relatie tot hun vzw was (in dat opzicht was hier sprake van coëxistentie), nl. wanbeheer, maar die duidelijk geen schending door die bestuurders van de contractuele verplichtingen van de vzw tegenover Sabena uitmaakte. Het gaat dus om een andere fout dan de slechte uitvoering van het contract. Maar de schade is, in zekere zin, wel degelijk dezelfde als diegene die voortvloeit uit de slechte uitvoering van het contract, nl. de niet-betaling van de vliegtuigtickets. En toch worden de bestuurders veroordeeld. Dit steunt de visie dat het volstaat dat de fout zelf een andere is dan een contractuele fout en dat daaruit automatisch volgt dat ook de schade een andere oorzaak heeft dan de niet-uitvoering (of slechte uitvoering) van het contract. Een andere kijk op deze beslissing is dat zij de cassatierechtspraak verkeerd toepast, of beter gezegd doet alsof zij niet bestaat. Het Hof van cassatie heeft het cassatieberoep tegen dit arrest nochtans verworpen, maar zonder dat de kern van onze vraag daarbij aan bod kwam³⁷. Cassatie overwoog dat er meer dan genoeg feiten in het arrest vermeld werden waaruit de feitenrechter had kunnen afleiden dat de bestuurders zich aan een quasi-delictuele fout schuldig hadden gemaakt. De eisers in cassatie hadden de leer van het samenloopverbod en van de daaraan gekoppelde quasi-immuniteit van de uitvoeringagent niet opgeworpen voor de feitenrechters, want cassatie overweegt “dat uit de stukken waarop het hof vermag acht te slaan niet blijkt dat de eisers voor het hof van beroep hadden betoogd dat de vordering ongegrond was op basis van quasi-delictuele aansprakelijkheid, omdat de partij, die de vordering had ingesteld, een overeenkomst had gesloten met de vereniging zonder winstoogmerk waarvan zij de bestuurders waren”, hetgeen tot gevolg heeft dat het middel gesteund op de quasi-immuniteit nieuw en bijgevolg onontvankelijk is.

Merk op dat het samenloopverbod niet speelt wanneer de bestuurder een 1382-fout begaat die tegelijk strafrechtelijk beteugeld wordt. Veel overtredingen van de boekhoud- en jaarrekeningregels zijn strafrechtelijk gesanctioneerd.

c. Cass. 16 februari 2001: immuniteit voor pre-contractuele fouten ?

Een ophefmakend cassatiearrest van 16 februari 2001³⁸ geeft de stellige indruk dat het hof van cassatie meent dat bestuurders niet persoonlijk aansprakelijk zijn voor de culpa in contrahendo begaan wanneer zij een contract in nam van de vennootschap sluiten.

Eerst de feiten: Een vennootschap onderhandelt over het sluiten van een handelshuurovereenkomst met twee zaakvoerders van een BVBA- zo kan men veronderstellen: één persoon wordt in elk geval als zaakvoerder aangeduid, van de tweede kan

³⁷ Cass. 29 juni 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 1309.

³⁸ *T.B.H.* 2002, 703, noot C. GEYS; *R.W.* 2002-03, 340; ook besproken bij I. CLAEYS, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 187-189, nr. 158 en K. GEENS en J. VANANROYE, “Bestuurdersaansprakelijkheid in N.V. en B.V.B.A.” in K. Geens (ed.), *Vennootschaps-en financieel recht*, Themis cahier nr. 11, Brugge, Die Keure, 2001, 16, nr. 27.



niet met absolute zekerheid uit het cassatiearrest afgeleid worden of hij zaakvoerder dan wel gewone lasthebber was. Nadat de huurovereenkomst tot stand is gekomen en het pand door de vennootschap in gebruik is genomen, blijkt dat er gevelwerken aan zullen worden uitgevoerd door de eigenaar. Deze werken veroorzaken aanzienlijke hinder en hebben een nefaste impact op de omzet van de winkel die in het pand gevestigd is. De hurende vennootschap stelt de zaakvoerders van de -inmiddels failliete- BVBA aansprakelijk op basis van *culpa in contrahendo*, een toepassing van art. 1382 B.W., omdat zij ten tijde van de onderhandelingen wisten dat de gevelwerken eraan kwamen, maar dit verzwegen hebben tegenover de toekomstige huurder. De feitenrechters oordelen dat de zaakvoerders inderdaad op de hoogte waren van de geplande gevelrenovatie, en dat hun stilzwijgen daarover een fout was maar stellen tegelijk vast dat 1) eiseres geen schade bewijst, 2) dat de fout van de zaakvoerders in de precontractuele fase niet hun persoonlijke aansprakelijkheid impliceert, maar wel de aansprakelijkheid van de BVBA “als onderhandelende en later contracterende partij”.

De zaak gaat naar Cassatie, waarbij eiseres in cassatie aan de feitenrechters verwijt dat zij enerzijds een fout in hoofde van de zaakvoerders aanvaard hebben, maar anderzijds oordeelden dat deze daarvoor niet persoonlijk aansprakelijk zijn nu zij als orgaan of minstens gemandateerde hebben gehandeld.

In zijn arrest van 16 februari 2001 oordeelt het Hof van cassatie: “Overwegende dat als een orgaan van een vennootschap of een lasthebber in de uitvoering van zijn mandaat bij besprekingen die tot een overeenkomst hebben geleid een fout begaat die geen misdrijf uitmaakt, die fout niet de bestuurder of de mandataris tot vergoeding verplicht, maar wel de vennootschap of de lastgever.”

(...)

“dat het bestreden vonnis aldus naar recht oordeelt dat de fout van verweerders *sub* 1 en 2 (de BVBA-zaakvoerders-hdw) bij de besprekingen die hebben geleid tot het ontstaan van het contract voor rekening van die BVBA werd begaan en dat zij niet in eigen naam voor die fout kunnen worden aangesproken.”

Geens en Vananroye hebben drie mogelijke interpretaties van dit arrest gesuggereerd: “Dit arrest zou tot twee ruime interpretaties kunnen verleiden, nl. ofwel dat pre-contractuele aansprakelijkheid (ten minste bij een navolgend contract) geen quasi-delictuele maar contractuele aansprakelijkheid is, ofwel dat organen en lasthebbers in het algemeen niet langer quasi-delictueel aansprakelijk zijn voor handelingen in uitvoering van hun mandaat. Wellicht is de draagwijdte van dit arrest beperkter en heeft het Hof van Cassatie de (quasi-)immunitet van de uitvoeringsagent willen uitbreiden naar het precontractuele domein”³⁹. Die laatste interpretatie is o.i. inderdaad de best verdedigbare van de drie die Geens en Vananroye naar voor schuiven, maar er bestaat o.i. een nog betere, iets verfijndere uitlegmogelijkheid. De verwijzing door het Hof van cassatie naar de fout die een misdrijf uitmaakt, doet natuurlijk denken aan de formuleringen inzake quasi-immunitet van de uitvoeringsagent, maar zoals Gheys in zijn annotatie opmerkt, komt de uitvoeringsagent in het arrest nergens ter sprake “niet in de overwegingen van het Hof, niet in de grieven, niet in de bestreden beschikkingen en overwegingen van het vonnis *a quo*”⁴⁰. Gheys voegt er terecht, en met verwijzing naar het

³⁹ K. GEENS en J. VANAROYE, “Bestuurdersaansprakelijkheid in N.V. en B.V.B.A.” in K. Geens (ed.), *vennootschaps-en financieel recht*, Themis cahier nr. 11, Brugge, Die Keure, 2001, 16, nr. 27.

⁴⁰ C. GHEYS, “Beperking van de externe aansprakelijkheid van bestuurders of zaakvoerders voor fouten begaan in de uitvoering van hun mandaat: enkele beschouwingen omtrent de mogelijke draagwijdte van Cass. 16 februari 2001”, *T.B.H.* 2002, 701.



proefschrift van I. Claeys, aan toe dat in de precontractuele fase, waarover het in het arrest gaat, onmogelijk sprake kan zijn van een uitvoeringsagent.

Anderzijds lijkt het Hof van cassatie- gelukkig maar!- evenmin zijn goedkeuring verleend te hebben aan de opvatting dat de orgaantheorie in het algemeen en zonder meer impliceert dat het orgaan zelf tegenover derden niet aansprakelijk is voor de extracontractuele fouten. De toevoeging die het Hof in zijn overweging doet, nl. dat het orgaan of de lasthebber niet aansprakelijk is voor fouten begaan “*bij de besprekingen die tot een overeenkomst hebben geleid*” is wellicht niet toevallig.

Een mogelijke interpretatie, die wij elders⁴¹ uitgebreid verdedigd hebben, is dat dit arrest is ingegeven door de wens van het Hof om vennootschapsbestuurders, die het als orgaan kwalificeert, op dezelfde manier te behandelen als lasthebbers voor fouten die inherent zijn aan de uitvoering van hun mandaat. Het Hof van cassatie heeft nl. reeds eerder, in 1987, geoordeeld dat de lastgever aansprakelijk is voor de extracontractuele fouten van zijn lasthebber die *inherent zijn* aan diens mandaat⁴², en een deel van de rechtsleer is verder gegaan en heeft aangenomen dat de lasthebber zelf voor dergelijke fouten niet aansprakelijk is⁴³. Welnu, de precontractuele fout, zoals in casu het bedrog of stilzwijgen van de bestuurders, begaan bij de uitoefening van de opdracht wordt in de literatuur gezien als één van de belangrijkste illustraties van een fout van de lasthebber die “inherent” is aan de uitvoering van de lastgeving en die tot aansprakelijkheid van de lastgever en, volgens sommigen, immuniteit van de lasthebber leidt. Het is die laatste toevoeging door bepaalde rechtsleer die het Hof misschien tot de zijne heeft willen maken. In de wandelgangen wordt evenwel door sommigen gefluisterd dat dit een arrest een vergissing is die door het Hof zal rechtgezet worden wanneer de gelegenheid zich voordoet. We moeten afwachten, maar zeker is dat het arrest ondertussen interessante perspectieven opent voor verwerende bestuurders die een precontractuele fout hebben begaan.

Zeker voor bestuurders vinden wij de aanpak van het Hof in elk geval niet gerechtvaardigd: de extracontractuele fout is een fout, en het feit dat zij een nauwe band vertoont met de uitvoering van de bestuursopdracht rechtvaardigt misschien wel de toerekening aan de vennootschap, maar niet het wegvallen van de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder. Dit klemt des te meer nu bestuurders een leidinggevende functie binnen de vennootschap vervullen, en zich dus nooit kunnen beroepen op het argument dat zij slechts een werktuig in handen van een vennootschaps(beleid) zijn: zij worden verondersteld het beleid zelf te maken.

§ 3. Schendingen van de vennootschappenwet of de statuten: art. 528 W. Venn.

Voor schendingen van de vennootschappenwet, de boekhoudwet⁴⁴ en de statuten zijn alle bestuurders hoofdelijk⁴⁵ aansprakelijk, niet alleen tegenover de vennootschap, maar ook voor de schade die derden eventueel geleden hebben tengevolge van die inbreuk.

⁴¹ H. DE WULF, “Het Hof van cassatie en de extra-contractuele aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders”, in *Liber Amicorum C. De Wulf*, Brugge, Die Keure, 2003.

⁴² Cass. 21 september 1987, *Pas.*, 1988, I, 77.

⁴³ P. WÉRY, *Le mandat, in Répertoire notarial, Tome IX Contrats divers*, Brussel, Bruylant, nr. 221, vooral p. 258 puntje b) in fine; L. CORNELIS, *Beginselen, o.c.*, nr. 257, in het bijzonder p. 420. Reeds voor het cassatiearrest H. DE PAGE, *Traité*, V, 447, nr. 452.

⁴⁴ In het nieuwe wetboek vennootschappen zijn veel bepalingen opgenomen die vroeger in de boekhoudwet stonden, zodat de schending ervan nu zeker een schending van de boekhoudwet is. Het is voorlopig



Uiteraard ligt hier geen beleidsvrijheid voor: schending van de vennootschappenwet of de statuten is steeds een fout⁴⁶

Aan die zware aansprakelijkheid kan men slechts ontsnappen wanneer drie voorwaarden cumulatief vervuld zijn:

- niet hebben deelgenomen aan de inbreuk (wanneer het gaat om een beslissing van de raad van bestuur, of een nalatigheid van de raad van bestuur waardoor de wet geschonden wordt, betekent dit dat men ofwel afwezig moet geweest zijn op de raad van bestuur, of hebben tegengestemd);
- onschuldig zijn, hetgeen onder meer impliceert dat men niet slechts niet heeft deelgenomen aan de inbreuk omdat men ongerechtvaardigd afwezig was op de raad van bestuur, of omdat men te veel beslissingen heeft overgelaten aan bepaalde individuele bestuurders
- de schending van wet of statuten hebben aangeklaagd op de eerstvolgende algemene vergadering nadat men er kennis van gekregen heeft. Men wordt dus verplicht, om aan aansprakelijkheid te ontsnappen, om collega's aan te klagen op de algemene vergadering.

Voorbeelden van schendingen van de vennootschappenwet:

- het bestuur overlaten aan de dagelijkse of gedelegeerd bestuurder, geen bestuursvergaderingen houden (of minder dan eventueel in de statuten voorzien), niet aan de vergaderingen deelnemen
- de vereiste wettelijke bekendmakingen niet naleven (bv. ivm statutenwijziging, jaarrekeningen, jaarverslag,...)
- de belangenconflictregeringen uit de art.523-24 niet respecteren
- inkoop van eigen aandelen in strijd met de wettelijke regels daarover
- schending van de statutaire regels over voorkoopprijzen, of van statutaire goedkeuringsclausules
- schending van de alarmbelprocedures van de artt. 633 en 634 W. Venn. (zie verder)

Voor schendingen van de vennootschappenwet of de statuten zijn de bestuurders ook tegenover derden aansprakelijk.

De aansprakelijkheidsvordering van derden struikelt wel eens over het vereiste dat een causaal verband bewezen moet worden tussen de fout en de schade van de derde. Zo werd geoordeeld dat de derde die bestuurders aansprakelijk stelt wegens een vervalste balans, moet aantonen dat hij niet zou gecontracteerd hebben indien hem een juiste balans werd voorgelegd⁴⁷. Dit bewijs ontbreekt wanneer de derde niet kan aantonen dat de balans hem werd voorgelegd. In een ander vonnis werd geoordeeld dat de koper van een belangrijke participatie de bestuurders niet aansprakelijk kon stellen wegens fouten in de boekhouding, nu hij zelf een uitgebreide *due diligence* van de vennootschap had kunnen doorvoeren⁴⁸.

onduidelijk of de schending van de bepalingen die nu nog in de boekhoudwet van 1975 staan, nog altijd moeten behandeld worden als schendingen van de vennootschappenwet.

⁴⁵ "Hoofdelijk" betekent dat elk lid van de raad van bestuur voor alle schade die uit de fout voortvloeit, aansprakelijk kan gesteld worden. De eiser kan dus beslissen om de meest vermogende of best verzekerde bestuurder voor het volledige bedrag aansprakelijk te stellen. Deze kan dan wel van zijn collega's hun deel van het betaalde bedrag terugvorderen, en hen daarover reeds voor zijn eigen veroordeling tijdens de procedure in vrijwaring vorderen.

⁴⁶ Tenzij er een verschoningsgrond voorligt, maar dat is zo uitzonderlijk dat het hier onbesproken kan blijven.

⁴⁷ Bv. Brussel 28 september 1966, *J.T.* 1967, 99.

⁴⁸ Bv. de oude zaak Luik 12 maart 1913, *R.P.S.* 1913, 140.



Afdeling III. Aansprakelijkheid bij financiële moeilijkheden en na faillissement

Naast de reeds vermelde plicht tot het stopzetten van de onderneming wanneer de continuïteit reddeloos verloren is -plicht die in de wet geïllustreerd wordt door de plicht van het bestuur om binnen de maand na de staking van betaling aangifte van faillissement te doen- en het verbod om verbintenissen in naam van de vennootschap aan te gaan wanneer men als bestuurder moest weten dat de vennootschap die verbintenissen niet zou kunnen honoreren, zijn vooral twee bepalingen uit de vennootschappenwet van belang:

§ 1. Art. 633 W. Venn. : kapitaalverlies of “alarmbelprocedure”⁴⁹

a. algemeen

Art. 633. W. Venn. impliceert dat de raad van bestuur verplicht is de algemene vergadering bijeen te roepen wanneer het netto-actief ten gevolge van verliezen zo sterk is gedaald dat het minder dan de helft van het maatschappelijk kapitaal bedraagt. De algemene vergadering moet bijeengeroepen worden binnen een termijn van twee maanden nadat het verlies is vastgesteld of had moeten vastgesteld worden. De statuten kunnen een kortere termijn bepalen.

De raad van bestuur moet bij die gelegenheid een voorstel aan de algemene vergadering doen. Uiteraard is het zijn plicht dit voorstel eerst op de raadsvergadering grondig te bespreken, teneinde opportuniteit en haalbaarheid ervan te evalueren. Het voorstel kan zijn:

- ontbinding van de vennootschap
- herstructurering met het oog op het herstel van de financiële gezondheid van de vennootschap. De herstructureringsvoorstellen moeten beschreven worden in een verslag, dat in de agenda van de algemene vergadering vermeld wordt en waarvan elke aandeelhouder gratis een exemplaar kan krijgen
- niets ondernemen, wanneer de raad van bestuur van oordeel is dat de normale ontwikkeling van de vennootschap zal leiden tot sanering van de financiële toestand

Het is de algemene vergadering die, volgens de regels van een statutenwijziging, beslist wat er moet gebeuren. Maar de raad van bestuur heeft de plicht de algemene vergadering bijeen te roepen en gemotiveerde voorstellen te doen.

De wet voegt er aan toe dat wanneer de raad van bestuur nalaat de algemene vergadering (tijdig) bijeen te roepen, de schade die derden geleden hebben, behoudens tegenbewijs, geacht wordt voort te vloeien uit het gebrek aan bijeenroeping. De derde met dus alleen zijn schade bewijzen, niet dat deze veroorzaakt is door het achterwege blijven van de bijeenroeping van de ava.

Men mag niet uit het oog verliezen dat de artikelen 633 en 634 W. Venn. aan de bestuurders enkele procedurele verplichtingen opleggen: zij dienen zich te bezinnen over de toestand van de vennootschap, het resultaat van hun beraadslaging in een verslag te vertalen, en de zaak dan aan de algemene vergadering voor te leggen. Zij schenden artikel 633 niet van zodra zij aan de formele vereisten ervan voldaan hebben, en zijn niet aansprakelijk voor de beslissingen vande algemene veragdering, voor zover zijde veragdering voldoende ingelicht hebben.⁵⁰ Er

⁴⁹ Hierover onder meer C. VAN SANTVLIET, “Art. 103 van de vennootschapswet (de alarmbelprocedure): een stand van zaken”, *T.B.H.* 1997, 596 e.v. ; R. , *Winstuitkering, kapitaalvermindering-en verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, hoofdstuk IV, p. 506 e.v.

⁵⁰ Vergelijk in dezelfde zin Luik 3 december 1998, *R.P.S.* 1999, 148, noot W. DERIJCKE, dat eraan toevoegt dat de bestuurders wel aansprakelijk kunnen zijn waneer zij de vennotschap blijven voortzetten, met



zal dan ook geen fout aanwezig zijn die de commissaris zou moeten aanklagen indien de voorstellen van de raad van bestuur ontoereikend zijn. In elk geval zou de commissaris zich in het bestuur mengen wanneer hij het oordeel van de raad van bestuur op de algemene vergadering in twijfel zou trekken⁵¹.

b. Tijdstip waarop de raad kennis moet hebben van kapitaalverlies

De algemene vergadering moet bijeengeroepen worden binnen de twee maanden nadat het verlies is vastgesteld of krachtens wettelijke of statutaire bepalingen had moeten worden vastgesteld⁵². Die precisering is slechts een specifieke versie van het algemeen vereiste dat de bestuurders slechts moeten handelen en bijgevolg slechts aansprakelijk zijn wanneer zij kennis hadden of moesten hebben. De precisering dat het “kennis moeten hebben” dient te berusten op wettelijke of statutaire bepalingen, biedt steun voor de visie dat op de bestuurders geen continue monitoringplicht rust: zij moeten enkel de stukken die een informatie die hen krachtens wet of statuten moeten bereiken, absorberen en er passend op reageren. Een strengere interpretatie zou kunnen luiden dat de voorwaarde van weten of behoren te weten krachtens wettelijke of statutaire bepalingen enkel is opgelegd met het oog op het aanvaardbaar maken van het vermoeden van causaal verband dat in art. 633 vervat ligt, en dat er dus zelfs geen ondersteunend argument uit geput kan worden i.v.m. de monitoringplicht van bestuurders.

De raad van bestuur zou kennis moeten hebben van het kapitaalverlies - en de termijn van 2 maand begint dus te lopen - van zodra het verlies blijkt uit één van de volgende stukken⁵³: een goedgekeurde jaarrekening, een ontwerpjaarrekening⁵⁴, de halfjaarlijkse boekhoudkundige staat die de vennootschap overeenkomstig art. 137, § 2, lid 3 moet opstellen en die ook aan de commissaris moet meegedeeld worden, de driemaandelijke staat die aan de ondernemingsraad moet worden overgemaakt of de staat van activa en passiva die krachtens de wet voor bepaalde verrichtingen moet worden opgemaakt, zoals een omzetting⁵⁵, doelwijziging⁵⁶, uitgifte van aandelen zonder nominale waarde beneden fractiewaarde⁵⁷, of vooraleer een interimdividend wordt uitgekeerd⁵⁸. In de praktijk kan het gebeuren dat de raad van bestuur die documenten niet te zien krijgt - te denken is bij voorbeeld aan de driemaandelijke staat die aan de ondernemingsraad moet voorgelegd worden en die in werkelijkheid wellicht niet steeds langs de raad van bestuur passeert. De bestuurders zullen zich daarop niet kunnen beroepen. Zij moeten hun management de instructie geven hen al deze stukken te laten zien. Blijkt daar een toestand van kapitaalverlies, dan begint de termijn van twee maand te lopen. Hoewel ons geen rechtspraak of rechtsleer in die zin bekend is,

goedkeuring van de ava, ook al weten zij dat de onderneming reddeloos verloren is. In dergelijke omstandigheden moeten de bestuurders wellicht ontslag nemen.

⁵¹ In dezelfde zin O. RALET, *Responsabilités des administrateurs de sociétés, o.c.*, 226.

⁵² Blijkens *Gedr. st.*, Senaat, 1982-83, nr. 390/2, 47 wordt met “wettelijke bepalingen” bedoeld op alle bepalingen die uit de vennootschapswet of de boekhoudwetgeving voortvloeien.

⁵³ Zie B. TILLEMANS, *Ontbinding van vennootschappen*, 78 nr. 123 en C. VAN SANTVLIET, “Artikel 103 van de vennootschappenwet (de alarmbelprocedure): een stand van zaken”, *T.B.H.* 1997, 599, beiden met overvloedige verwijzingen naar andere auteurs die deze stukken vermelden.

⁵⁴ Kh. Luik, 2 november 1971, *R.P.S.* 1972, 227.

⁵⁵ Art. 775 W. Venn.

⁵⁶ Art. 559 W. Venn.

⁵⁷ Art. 582 W. Venn.

⁵⁸ Art. 618 W. Venn.; zie ook nog art. 596 W. Venn. betreffende opheffing of beperking van voorkeurrecht, hoewel niet zeker is dat uit de aldaar vereiste financiële beoordeling van de gevolgen van uitsluiting van voorkeurrecht een alarmbeltoestand af te leiden zal zijn.



moet die regel ook gelden voor het geval het management de raad van bestuur er niet op wijst dat uit de staat een kapitaalverlies blijkt.

c. De hulp vanwege de commissaris

De raad van bestuur wordt geholpen door de commissaris-revisor bij het ontdekken van discontinuïteitsdreiging. Art. 138 W. Venn., indertijd in de Vennootschappenwet ingevoerd door de nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord⁵⁹, bepaalt dat wanneer de commissaris-revisor naar aanleiding van zijn controlewerkzaamheden gewichtige en overeenstemmende feiten vaststelt die de continuïteit van de onderneming in het gedrang kunnen brengen, hij de bestuurders hiervan schriftelijk en op omstandige wijze op de hoogte moet brengen.

Deze bepaling is een codificatie van wat reeds aan de vooravond van de wetwijziging als een plicht van de commissaris werd beschouwd⁶⁰. Van Buggenhout vertolkte de mening van velen waar hij schreef dat "het weinig realistisch zou zijn ervan uit te gaan dat de professioneel zou kunnen wachten tot zijn verslag om er zijn ongenoegen over de gang van zaken in te laten blijken". Volgens hem zal bij een onderneming in moeilijkheden de controle van de rekeningen ineenvloeien met de meer algemene opdracht de financiële toestand van de onderneming op te volgen⁶¹. De rechtsleer zag dit als een uitvloeisel van de algemene zorgvuldigheidsnorm. Art. 138 voert geen nieuwe controleplicht voor de commissaris in. Er kan dus niet verwacht worden dat deze voortdurend de continuïteit controleert, laat staan dat hij voortdurend op de vennootschap aanwezig is⁶². De deontologie van de commissaris-revisor verplicht hem wel regelmatig contact te houden met de onderneming, maar het is het bestuur dat hem op de hoogte moet houden van gegevens die rechtstreeks relevant zijn voor de uitoefening van zijn taak, niet omgekeerd de commissaris die dergelijke gegevens buiten zijn jaarlijkse controlewerkzaamheden moet opsporen⁶³.

Wanneer de commissaris de bestuurders op de hoogte heeft gebracht van de discontinuïteitsindicerende factoren, is de raad van bestuur verplicht te vergaderen en de nodige maatregelen te nemen om de continuïteit gedurende een redelijke termijn te waarborgen. Uit artt. 137-138 kan men afleiden dat de raad verplicht is binnen de maand na de mededeling door de commissaris te vergaderen, aangezien de commissaris naar de voorzitter van de rechtbank van koophandel kan stappen indien hij niet binnen de maand op de hoogte is gesteld van de beraadslaging van de raad van bestuur (of van de voorgestelde maatregelen, of de commissaris de voorgestelde maatregelen onvoldoende acht). Dit betekent niet dat de raad binnen de maand een uitgewerkt herstelplan moet voorleggen. In sommige gevallen kan het nodig en mogelijk zijn om meer tijd te nemen om een herstelplan volledig uit te werken. De raad moet evenwel in elk geval binnen de maand, en indien mogelijk vlugger, vergaderen, en minstens de hoofdlijnen van de volgens hem te nemen maatregelen vastleggen.

⁵⁹ Wet op het gerechtelijk akkoord d.d. 17 juli 1997, *B.S.*, 28 oktober 1997, waarbij (huidig) art. 138 W. Venn. gewijzigd werd; Faillissementswet d.d. 8 augustus 1997, *B.S.*, 28 oktober 1997, waarbij art. 77 Venn. W. gewijzigd werd, meer bepaald dat deel dat nu art. 96, 6° W. Venn. vormt.

⁶⁰ Zie ook *Parl. St.*, Kamer, 1995-96, 329/12, 3.

⁶¹ Ch. VAN BUGGENHOUT, "Discontinuïteit en faillissementen en de commissaris-revisor", in INSTITUUT DER BEDRIJFSREVISOREN, *Bronnen van aansprakelijkheid van de revisor*, studies IBR, Recht 2/96, 46.

⁶² Hierover correct het advies van de juridische commissie van het I.B.R. d.d. 5 december 1997, afgedrukt in *De nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord. Eerste interpretaties*, I.B.R. Opinions en beschouwingen 7/1997, 16-17, nr. 2.2.

⁶³ Zie daarover I.B.R., *Jaarverslag*, 1996, 138.



§ 2. Art. 530: aansprakelijkheid voor het ganse netto-passief indien een kennelijk grove fout heeft bijgedragen tot het faillissement

a. algemeen

Hij die echte bestuursbevoegdheid heeft en een kennelijk grove fout begaat die bijdraagt tot het faillissement van de vennootschap, kan door de rechter veroordeeld worden tot het ganse passief van de vennootschap.

De vordering is enkel mogelijk na faillissement. Kwijting beschermt nooit tegen aansprakelijkheid op basis van art. 530.

De regel weegt op iedereen die effectieve bestuursbevoegdheid heeft ten aanzien van de vennootschap (“feitelijke bestuurders”). Dit zijn alle bestuurders, maar ook de dominante aandeelhouder die zich zeer verregaand met het bestuur van de vennootschap zou gaan bemoeien, waarbij de raad van bestuur niet veel meer zou zijn dan een stroman voor die aandeelhouder. Eveneens de directeur die ongecontroleerd door de raad zijn gang gaat en bij wie het bestuur van de vennootschap feitelijk berust.

Vereist is dat er een faillissement is en dat het actief ontoereikend is om de passiva te betalen.

De aansprakelijkheid is geen automatisme: de rechter heeft een zekere beoordelingsvrijheid om de zware aansprakelijkheid al dan niet daadwerkelijk te laten inreden. Eens hij een kennelijk grove fout vaststelt, zal hij echter normalerwijze tot aansprakelijkheid besluiten. Hij moet echter niet alle bestuurders op deze wijze veroordelen, of niet allen voor een even groot deel van het passief. In de rechtspraak komt het regelmatig voor dat van bv. vijf bestuurders twee vrijgesteld worden van aansprakelijkheid, ene derde (bv. de voorzitter van de raad) voor één tiende van het passief moet opdraaien terwijl de twee anderen, die bv. krachtens een interne regeling verantwoordelijk waren voor het financieel beleid, de rest voor hun rekening moeten nemen.

De wet bepaalt duidelijk dat de fout moet hebben bijgedragen tot het faillissement. Maar het is geenszins vereist dat de fout de doorslaggevende of belangrijkste oorzaak is⁶⁴. En zeker moet niet aangetoond worden dat het netto-passief geheel veroorzaakt is door de bewuste fout⁶⁵, hetgeen overigens nooit het geval zou zijn. In rechtspraak en rechtsleer gaat men regelmatig zover te stellen dat er geen causaal verband tussen fout en faillissement moet zijn. Letterlijk genomen is dat moeilijk verenigbaar met de wetekst⁶⁶. Maar eens een grove fout bewezen is, zal wel vaststaan dat deze fout het (aanzienlijk) passief vergroot heeft, en zullen rechters inderdaad geneigd zijn aan te nemen dat daarom de fout geacht kan worden bijgedragen te hebben tot het faillissement.

Tot slot moet opgemerkt dat art. 530 niet van toepassing is op kleine BVBA's en kleine CVBA's (artt. 265, tweede lid en art. 409, tweede lid, waar aangegeven wordt wat als “klein” beschouwd wordt: de gemiddelde omzet van de vennootschap, exclusief BTW, over de laatste drie jaren bedraagt minder dan 620.000 EUR en het balanstotaal was op het einde van het laatste boekjaar niet hoger dan 370.000 EUR).

⁶⁴ Gent 31 maart 1994, *T.B.H.* 1994, 976

⁶⁵ Bergen 22 maart 1993, *Rev. prat. soc.* 1993, 323.

⁶⁶ Vandaar terecht genuanceerder Kh. Brussel 10 september 1985, *T.B.H.* 1987, 523.



b. concept grove fout

De aansprakelijkheid treedt enkel in bij “kennelijk grove fout”, met andere woorden zeer ernstige fouten: De kennelijk grove fout is de fout die een normaal voorzichtig en redelijk bestuurder niet zou hebben begaan en die een inbreuk op voor de samenleving essentiële gedragsnormen inhoudt; het is een onvergeeflijke fout, waarvan de bestuurder zich bewust had moeten zijn dat zij tot het faillissement van de vennootschap zou bijdragen⁶⁷.

Enkele voorbeelden van kennelijk grove fout uit de rechtspraak uit de jaren 1990:

- Het verderzetten van een ernstig verlieslatende activiteit met miskennis van de belangen van de schuldeisers⁶⁸
- Het zich toeëigenen van sommen in rekening-courant ten belope van nagenoeg het dubbele van het maatschappelijk kapitaal⁶⁹;
- Het opsouperen van het ganse vennootschapsvermogen amper één maand na de oprichting van de vennootschap⁷⁰;
- Het verkopen in het zwart waardoor de boekhouding geen getrouw beeld van de werkelijkheid geeft⁷¹;
- Het feit dat een zaakvoerder van een coöperatieve vennootschap in strijd met de W. 20 juli 1991 nalaat het minimumkapitaal van de vennootschap op 750.000 BEF te brengen⁷²;
- Een vennootschap verbintenissen laten aangaan wetende, minstens behorend te weten, dat de vennootschap onvoldoende kapitaal heeft om de voorgenomen investering te realiseren⁷³;
- De niet-uitoefening van enig toezicht op een dagelijks bestuurder met al te vergaande bevoegdheden. Een bestuurder kan niet aan zijn aansprakelijkheid ontsnappen door te stellen dat hij zich niet actief met het beleid van de vennootschap inliet⁷⁴;

Sinds de Reparatiwewet faillissementen van 4 september 2003 bepaalt art. 530 W. Venn. uitdrukkelijk dat “iedere vorm van ernstige en georganiseerde fiscale fraude in de zin van artikel 3 § 2” van de Witwaswet van 11 januari 1993, als grove fout beschouwd moet worden. In art. 3 § 2 Witwaswet vindt en de enigszins merkwaardig geformuleerde omschrijving “iedere vorm van ernstige en georganiseerde fiscale fraude waarbij bijzonder ingewikkelde mechanismen of procédés van internationale omvang worden aangewend”. BTW-caroussels vormen een klassiek voorbeeld⁷⁵.

⁶⁷ Kh. Charleroi 8 september 1992, *Rev. prat. Soc.* 1993; zie ook Kh. Dendermonde (afd. Aalst) 31 december 1997, *T.G.R.* 1998, 77; Rb. Gent 26 maart 1993, *T.B.H.* 1993, 935; Kh. Brussel 10 september, *T.B.H.* 1987, 523.

⁶⁸ Kh. Charleroi 8 september 1992, *R.P.S.* 1993, 329.

⁶⁹ Kh. Brussel 10 september 1985, *T.B.H.* 1987, 522

⁷⁰ Kh. Tongeren 2 maart 1992, *T.R.V.* 1992, 180, noot M.W.

⁷¹ Kh. Brussel 17 mei 1983, *T.B.H.* 1984, 554, hervormd door Brussel 22 februari 1993, *Rev. prat. soc.* 1993, 168, noot F. ‘t Kint.

⁷² Kh. Luik 13 februari 1996, *T.B.H.* 1998, 606

⁷³ Kh. Dendermonde 16 juni 1995, *V & F* 1998, 278.

⁷⁴ Kh. Dendermonde 6 december 1999, *T.R.V.* 2000, 40.

⁷⁵ A. DOOLAEGE, “Het gebruik van privaatrechtelijke vorderingen bij de invordering van fiscale schulden: aansprakelijkheidsvorderingen lastens aandeelhouders of mandatarissen van vennootschappen en verenigen met rechtspersoonlijkheid”, in *Fiscaal executierecht*, E. DIRIX en P. TAELEMAN (eds.), Antwerpen, Intersentia, 2003, (117) nr. 12.



c. Het individueel vorderingsrecht van schuldeisers

Oorspronkelijk kon alleen de curator de vordering inleiden. Door de reparatiewet faillissementen⁷⁶ werd art. 530 W. Venn. aangevuld met een tweede lid dat luidt: “Zowel de curator als de benadeelde schuldeisers kunnen een rechtsvordering instellen. De benadeelde schuldeiser die een rechtsvordering instelt, brengt de curator hiervan op de hoogte. In het laatste geval is het bedrag toegekend door de rechter beperkt tot het nadeel geleden door de schuldeisers die de vordering hebben ingesteld. Dat bedrag komt uitsluitend aan hen toe; ongeacht enige vordering vanwege de curators in het belang van de boedel van de schuldeisers”.

Het is niet eenvoudig de praktische gevolgen van deze nieuwe bepaling in te schatten. De drijvende kracht achter de invoering ervan is regeringscommissaris Zenner geweest. Hij vond dit nodig omdat de curatoren, onder druk om de faillissementsprocedure snel af te handelen, niet geneigd waren de vordering ex art. 530 vaak in te stellen, en omdat de opbrengst van een eventuele succesvolle vordering aan de massa toekwam, zonder noodzakelijkerwijze, aldus Zenner, de volledige schade van de getroffen schuldeisers te herstellen⁷⁷.

Deze nieuwe bepaling lijkt de cassatierechtspraak omtrent het individueel vorderingsrecht van schuldeisers na faillissement en de vorderingsrechten van de curator, te doorkruisen. Om te vermijden over deze rechtspraak een aparte bijdrage te moeten plegen, laten we het Hof van cassatie en één van zijn rechters, E. Dirix, best zelf aan het woord. In een reeks arresten te beginnen met Unac uit 1981⁷⁸ en vervolgens vooral het “Sepp-arrest” uit 1997⁷⁹, heeft het hof van cassatie in elk geval het volgende duidelijk gemaakt: de curator, die zijn opdracht aan de wet ontleent, zal de activa van de vennootschap te gelde maken en de opbrengst verdelen. De curator oefent de gemeenschappelijke rechten van de schuldeisers uit, niet hun individuele rechten. “De gemeenschappelijke rechten zijn de rechten die voortvloeien uit de schade tengevolge van de fout van wie ook, waardoor het passief van het faillissement vermeerderd of het actief ervan vermindert”⁸⁰.

De curator is bevoegd om de vergoeding van dergelijke collectieve schade die voortvloeit uit de fout van een derde, zoals een bestuurder, na te streven, en hij is daarvoor exclusief bevoegd. Schuldeisers zijn daartoe niet bevoegd, onder meer omdat, zo wordt aangenomen, zij slechts reflexschade lijden: hun schade is slechts de weerkaatsing van de schade aan de boedel en is bijgevolg ook hersteld wanneer de schade aan de boedel hersteld wordt. Of dit argument van “reflexschade” correct is, laten we hier in het midden: het is in elk geval hetgeen wat traditioneel naar voor wordt geschoven, ons inziens en *prima facie* de vaststelling miskennend dat schade haar individueel karakter (zich voordoen in het vermogen van een individueel schuldeiser) niet verliest doordat die schade via het vennootschapsvermogen verloopt- door na faillissement evenwel vervolging van dergelijke collectieve schade toe te laten, zou men allicht afbreuk doen aan de gelijkheid onder de schuldeisers, en die

⁷⁶ Wet van 4 september 2002 tot wijziging van de faillissementswet van 7 augustus 1997, het Gerechtelijk Wetboek en het Wetboek van vennootschappen, *B.S.* 21 september 2002, meer bepaald de artt. 35-37.

⁷⁷ Zie A. ZENNER, *Faillites et concordats 2002. la réforme de la réforme et sa pratique*, nr. 38 in de reeks “Les dossiers du journal des tribunaux”, Brussel, Larcier, 2003, 362.

⁷⁸ Cass. 12 februari 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 622.

⁷⁹ Cass. 5 december 1997, *T.B.H.* 1998, 523, concl. J. Sreutels, noot F. MOURLON BEERNAERT.

⁸⁰ E. DIRIX, “Recente rechtspraak insolventierecht” in *Insolventierecht*, Themis cahier nr. 20, 73, nr. 22.



bekommernis lijkt ons *prima facie* een voldoende en betere rechtvaardiging voor de cassatierechtspraak.

Dirix stelt in elk geval terecht: “enkel wanneer duidelijk is dat de curator niet zal optreden, kan een individueel vorderingsrecht van een schuldeiser worden geduld en dit ten belope van zijn aandeel in de schade”.

Omgekeerd kan met vrij grote zekerheid uit de cassatierechtspraak afgeleid worden dat een schuldeiser bevoegd blijft om na faillissement vergoeding te vorderen voor individuele schade, waarmee kennelijk niet bedoeld wordt het individuele aandeel van een schuldeiser in collectieve schade, maar klaarblijkelijk schade die een andere is dan de aantasting van het onderpand van de schuldeiser doordat het passief toegenomen is of het actief verminderd. Eric Dirix: “Het gaat hier dus om schade andere dan deze die bestaat in het aantasten van de verhaalsrechten als schuldeiser. Over het feit dat zijn schuldvordering niet integraal kan worden voldaan, kan een schuldeiser niet komen klagen. Die schade treft immers alle schuldeisers (...). Voorbeelden van individuele schade zijn: de aanspraak van de fiscus tegen een bestuurder van een vennootschap die aansprakelijk is voor het niet doorstorten van ingehouden belastingen of die een schuldeiser op grond van een misleidende voorstelling van zaken bij een schuldeiser het vertrouwen wekt dat zijn schuldvordering zal worden voldaan.”⁸¹

Welnu, art. 530 lid 2 lijkt toe te laten dat een schuldeiser zijn aandeel in collectieve schade na faillissement toch vordert. Anders uitgedrukt: de schade wordt geacht zowel collectief als individueel te zijn.⁸² Uiteraard kan hij alleen zijn aandeel vorderen. Hoe de omvang daarvan berekend moet worden, zal soms moeilijk vast te stellen zijn. Hoewel art. 530 een veroordeling tot het *netto-passief* betreft, is aan te nemen dat wanneer een schuldeiser individueel op basis van dit artikel vordert, hij wel degelijk zijn persoonlijke *schade* zal moeten bewijzen. Deze zal meestal gelijk zijn aan het onbetaald gebleven deel van zijn schuldvordering. Maar betekent dit niet dat de schuldeiser zal moeten wachten tot na de sluiting van het faillissement om het bestaan en de omvang van zijn individuele schade te bewijzen?⁸³ Indien zijn vordering volledig betaald wordt met hetgeen hem uit de boedel uitbetaald wordt door de curator, is zijn schade immers verdwenen.

Men kan zich afvragen of de wetgever er niet had mee kunnen volstaan aan schuldeisers het recht te geven de curator in bepaalde omstandigheden te dwingen een vordering ex art. 530 in te stellen. Minstens zou het aanbeveling verdiend hebben in de wet te bepalen dat wanneer de curator een vordering ex art. 530 heeft ingeleid, individuele schuldeisers dit recht verliezen. In de huidige stand van de wettekst lijken we met twee concurrerende vorderingsrechten te maken te hebben, waarbij een door de curator ingestelde vordering geen afbreuk lijkt te kunnen doen aan de mogelijkheid van de individuele schuldeiser om zijn vordering individueel te vervolgen. Uiteraard kan de schuldeiser slechts één maal langs de kassa passeren: wat hij tengevolge van zijn individuele vordering ontvangt, kan hij niet meer ontvangen als deel van de door de curator ontvangen vergoeding.

Als schuldeisers - wellicht is in de eerste plaats aan de fiscus te denken- art. 530 lid 2 inderdaad gaan gebruiken, zal men een “nieuwe wedloop tussen schuldeisers, iets wat de

⁸¹ E. DIRIX, “Recente rechtspraak insolventierecht” in *Insolventierecht*, Themis cahier nr. 20, 74, nr. 23.

⁸² A. ZENNER, *o.c.*; 363, M. VANMEENEN, “De faillissementswet herbekeken” in *Insolventierecht* Themis cahier nr. 20, 2003, 26, nr. 60.

⁸³ In bevestigende zin M. VANMEENEN, “De faillissementswet herbekeken” in *Insolventierecht* Themis cahier nr. 20, 2003, 26, nr. 60.



faillissementsprocedure net tracht te vermijden” gecreëerd hebben en komt de gelijkheid onder schuldeisers meer dan nodig in het gedrang.

Wel lijkt het ons duidelijk dat art. 530 lid 2 W. Venn. alleen speelt wanneer een kennelijk grove fout heeft bijgedragen tot het faillissement en veroordeling tot het netto-pasief wordt nagestreefd. Het lijkt ons te verregaand in het vernieuwde art. 530 slechts een illustratie te zien van een algemeen principe dat op alle vorderingen tot schadevergoeding lastens bestuurders na faillissement zou kunnen toegepast worden. Anders gezegd, art. 530 lid 2 vormt een beperkend te interpreteren uitzondering op de gemeenrechtelijke principes, en deze uitzondering kan niet analoog toegepast worden⁸⁴.

§ 3. Vertrouwen van de raad van bestuur op de commissaris inzake continuïteit

Het is de taak van de raad van bestuur de jaarrekening en de inventaris op te stellen (art. 92, § 1, lid 1). De raad van bestuur is tevens wettelijk verplicht de waarderingsregels vast te leggen⁸⁵, en de wet bepaalt verder dat bij de vaststelling en toepassing van die waarderingsregels ervan wordt uitgegaan dat de onderneming haar bedrijf zal voortzetten⁸⁶. Uit de samenlezing van die bepalingen moet men concluderen dat de raad van bestuur wettelijk verplicht is te beoordelen of de continuïteitshypothese gerechtvaardigd is⁸⁷. Wanneer ondernemingsdiscontinuïteit dreigt, dient de waardering op "going concern"-basis aangepast te worden naar een waardering tegen verkoopswaarde (art. 28 K.B. 30 januari 2001 tot uitvoering van het Vennootschappen Wetboek)⁸⁸.

Mag de raad van bestuur vertrouwen op het oordeel van de commissaris-revisor over de continuïteit? De raad mag daarin zeker niet zo ver gaan dat hij het aan de revisor overlaat na te gaan of er een behoorlijk systeem van interne controle is en of er bij het opstellen van de jaarrekening geen onregelmatigheden zijn begaan. De raad van bestuur heeft de zelfstandige plicht er op toe te zien dat het management een behoorlijk intern controlesysteem uitwerkt, en de raad is zelfstandig verantwoordelijk voor het opstellen van de jaarrekening en het vastleggen van de waarderingsregels⁸⁹. De commissaris heeft terzake weliswaar een

⁸⁴ Daaraan wordt gewtiefeld door T. BOSLY en M. ALHADEFF, "La loi de 'réparation' de la loi du 8 août 1997 sur les faillites: une nouvelle occasion manquée?", *T.B.H.* 2002 (777), 778, die het o.i. ten onrechte niet uitgesloten achten dat art. 530 als slechts één illustratie van een nieuw algemeen principe zou kunnen gezien worden en stellen dat de rechtspraak terzake moet afgewacht worden. Met dank aan D. Demarez die onze aandacht op dit standpunt trok.

⁸⁵ Art. 28 § 1, lid 2 Uitvoerings-K.B. W. Venn.

⁸⁶ Art. 28 § 1 Uitvoerings-K.B. W. Venn.

⁸⁷ E. WYMEERSCH, "De invloed van de faillissementswet en de wet gerechtelijk akkoord op het vennootschapsrecht" in *Faillissement en gerechtelijk akkoord, het nieuwe recht*, H. BRAECKMANS, E. DIRIX en E. WYMEERSCH (eds.), Kluwer, Antwerpen, 1998, 484.

⁸⁸ Daarnaast dienen de oprichtingskosten afgeschreven te worden en dient een voorziening aangelegd te worden voor de liquidatiekosten, waaronder het sociaal passief.

⁸⁹ Zie ook de Nederlandse enquêtezaak "Brederode", OK, 7 december 1989, *NJ* 1990, 242 en *TVVS* 1990, 98, noot SLAGTER. Daarin oordeelde de Ondernemingskamer onder meer dat het enkele feit dat een "schone" accountantsverklaring werd afgegeven, de eigen verantwoordelijkheid van de vennootschap voor de juistheid van de jaarrekening niet wegnam. In zijn annotatie leidt Slagter daar uit af dat het bestuur zich wel op dergelijke verklaring zou kunnen beroepen, maar de vennootschap niet. Op basis van de vaststelling dat de vennootschap handelt door haar organen én dat later met succes een aansprakelijkheidsvordering wegens fouten in de jaarrekening werd ingeleid tegen de commissarissen van Brederode, is het wellicht waarschijnlijker dat de OK wou zeggen dat ook de commissarissen zelf zich niet op een schone accountantsverklaring konden beroepen om zonder meer aan hun verantwoordelijkheid te ontsnappen.

In de Ogem-zaak lijkt de Hoge Raad enigszins milder gestemd: bepaalde projecten waren onzorgvuldig en zelfs onjuist verwerkt in de jaarrekening van Ogem. De externe accountant had evenwel een goedkeurende



controleopdracht, maar het feit dat hij de jaarrekening certificeert en daarbij verklaart op een behoorlijk intern controlesysteem te hebben kunnen vertrouwen, is irrelevant om de verantwoordelijkheid en de aansprakelijkheid van de raad van bestuur te beoordelen. Daaraan is niets veranderd door de “alarmfunctie” die nu uitdrukkelijk aan de commissaris is opgedragen door art. 138 W. Venn. De raad moet zelfstandig de continuïteit bewaken en kan er niet op vertrouwen dat de commissaris zal waarschuwen wanneer er ernstige financiële moeilijkheden dreigen.

De raad van bestuur moet de jaarrekening onderzoeken, maar dit onderzoek moet helemaal niet zo gedetailleerd zijn als datgene wat de commissaris doet. De raad moet evenwel aandacht hebben voor bijzondere cijfers of rubrieken. Vrij bekend is bijvoorbeeld dat de rubriek diverse debiteuren zich leent tot het verdoezelen van bepaalde niet-onbelangrijke kredietverleningen, bij voorbeeld aan bestuurders⁹⁰.

Een goedkeurende verklaring van de commissaris-revisor over de jaarrekening betekent geenszins dat het bestuur zonder verder onderzoek op de jaarrekening mag vertrouwen; bestuur en commissaris hebben elk een eigen verantwoordelijkheid. Een goede illustratie daarvan biedt de gedachtengang van de Ondernemingskamer in de Nederlandse enquêtezaak Text Lite, gedachtengang die ook naar Belgisch recht correct zou geweest zijn. De externe accountant had hier aan zowel bestuur als raad van commissarissen herhaaldelijk laten weten dat hij problemen had met de waardering van de voorraden. Uiteindelijk had hij toch een goedkeurende verklaring afgegeven over de jaarrekening. Het enquêteverslag had vastgesteld dat er sprake was van zonder meer onjuiste waardering van bepaalde voorraden, en dat de accountant een lagere waardering had moeten eisen. In dat licht beschouwt de Ondernemingskamer het als een ernstige tekortkoming in het toezicht door de raad van commissarissen dat deze, op de hoogte van de bezwaren van de accountant, geen bijkomende inlichtingen over de voorraadwaardering had geëist vanwege de directie. Het niet vragen van bijkomende inlichtingen in dergelijke omstandigheden zou naar Belgisch recht, ondanks een goedkeurende verklaring bij de jaarrekening, als fout van de bestuurders moeten beschouwd worden⁹¹.

Anders is het wanneer hetzij aan de commissaris, hetzij aan een andere expert terzake, een specifieke audit over een bepaald probleem wordt gevraagd, hetzij omdat de raad van bestuur vermoedt dat er onregelmatigheden zijn begaan door het management, hetzij omdat de raad

verklaring gegeven. Ogem beriep zich daarop om het argument te counteren dat er bij Ogem op dit punt sprake was van wanbeleid. Volgens de Hoge Raad had de Ondernemingskamer geen onzorgvuldigheid van Ogem mogen aannemen met betrekking tot de presentatie van de projectontwikkeling in de jaarcijfers zonder het beroep van Ogem op de accountantsverklaring gemotiveerd te weerleggen: HR, 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466, r.o. 10.6.

De Nederlandse rechtsleer neemt in overwegende mate aan dat het niet tot de opdracht van de commissarissen behoort te onderzoeken of de jaarrekening aan alle vereisten voldoet; hij moet haar niet zelfstandig onderzoeken. Zie daarover Y. DELFOS-ROY, *Informatieverstrekking en informatievergaring in het kader van de toezichthoudende en raadgevende taak van de raad van commissarissen*, Deventer, Kluwer, 1997, 63, met verwijzingen naar de handboek-literatuur: van der Grinten, Sanders/Westbroek, Asser/Maeijer. Zie ook Rb. Breda, 1 mei 1990, *NJ* 1990, 740; commissarissen mogen in verregaande mate op de externe accountant afgaan. Delfos-Roye haalt ook Rb. Roermond, 28 maart 1985, KG 1985, nr. 128 aan: “dat het toezicht door de raad van commissarissen niet synoniem is voor het controleren van het financiële beheer en de boekhouding. Het laatste behoort tot de taak van de accountant”.

⁹⁰ Zie reeds Brussel, 24 maart 1905, *J.C.B.* 1905, 237 (leningen uit vennootschapskas aan insolvable bestuurder geboekt onder “diverse debiteuren”); vgl. ook het interview met J.L. DUPLAT, “Duplat bepleit snellere goedkeuring en publicatie jaarrekening”, *FET* 16 februari 2001, waarin deze het heeft over “de beruchte post 41 overige debiteuren”.

⁹¹ Daarover Y. DELFOS-ROY, *o.c.*, 52, tevens met citaten uit het enquêteverslag.



van bestuur weet dat aan bv. een bepaalde bedrijfstak bijzondere risico's zijn verbonden en daarom een bijzonder audit heeft gevraagd. Wanneer uit die specifiek gevraagde audit, die door de raad besproken wordt met diegene die hem heeft uitgevoerd en waarbij de raad de nodige vragen stelt, geen onregelmatigheden blijken, dan kan de raad niet aansprakelijk gesteld worden wanneer later blijkt dat toch onregelmatigheden zijn begaan, bv. in de boeking van bepaalde transacties⁹². Hoewel van alle bestuurders zonder uitzondering moet geëist worden dat zij een minimaal inzicht hebben in een jaarrekening, kan niet van hen geëist worden dat zij boekhoudkundige expertise bezitten of beslagen zijn in financiële analyse. Daarnaast weegt op hen, zoals reeds benadrukt, geen actieve onderzoeksplicht naar de praktijken van het management, bv. op boekhoudkundig vlak.

Afdeling IV. Het gevaar van omgekeerde toerekening, in het bijzonder in fiscale aangelegenheden

Een bestuurder mag men overeenkomstig het gemeen recht slechts aansprakelijk stellen voor schendingen van de algemene zorgvuldigheidnorm, wanneer hij een plicht die op hem persoonlijk rust heeft geschonden. Men mag niet de fout maken, een omgekeerde toerekening door te voeren. Anders gezegd, het is uit den boze uit het feit dat de vennootschap een bepaalde verplichting schendt, af te leiden dat de bestuurders verantwoordelijk zijn, hetzij eenvoudigweg omdat zij orgaan zijn, hetzij omdat vermoed zou worden dat wanneer de vennootschap een fout begaat, dit automatisch impliceert⁹³ dat de bestuurders niet voldoende gedaan hebben om die fout te voorkomen. Dat dergelijke redeneringen te verwerpen zijn heeft het Hof van cassatie benadrukt met zijn rechtspraak omtrent de aansprakelijkheid van bestuurders voor laattijdige aangifte, door de vennootschap, van faillissement⁹⁴. Ook al is de aangifte van faillissement buiten de wettelijke termijn *ipso facto* een fout in de zin van art. 1382 B.W., tenzij deze nalatigheid veroorzaakt is door overmacht of aan een vreemde oorzaak te wijten is, men mag niet uit het oog verliezen dat het hier om een fout van de vennootschap gaat. Weliswaar is het de raad van bestuur die voor rekening van de vennootschap de aangifte moet laten gebeuren, maar de fout van de raad van bestuur volgt niet automatisch uit de fout van de vennootschap. Meer bepaald is schuld vereist in hoofde van de bestuurders, dat wil zeggen dat zij wisten of behoorden te weten dat de faillissementstoestand was ingetreden, vooraleer het een fout in hun hoofde kan vormen de vennootschap geen aangifte te hebben laten doen.

⁹² Vanuit praktisch oogpunt moet hier gewezen worden op het belang dat bestuurders er bij hebben om uitdrukkelijke vragen te stellen aan de commissaris of, in casu, auditor, en zowel vraag als antwoord te laten notuleren. Bestuurders hebben er meer bepaald belang bij aan het eind van dergelijke vergadering aan de auditor de vraag te stellen: "Is er nog iets, mijnheer de auditor, waarvan u kennis heeft en waarvan u meent dat wij als raad van bestuur het moeten weten of dat voor ons relevant kan zijn?"

⁹³ Of er minstens een weerlegbaar vermoeden bestaat.

⁹⁴ Cass., 22 september 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 91, Cass., 18 mei 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1196 en 7 september 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 18; *T.R.V.* 1991, 86, noot M. WYCKAERT. Zie over deze arresten in de eerste plaats L. CORNELIS, "Fout en wetsovertreding in het handelsverkeer: enkele beschouwingen" in *Mélanges R.O. Dalcq*, Brussel, Larcier, 1994, 35 e.v.. Verder onder meer R.O. DALCQ, "Appréciation de la faute en cas de violation d'une obligation déterminée", *R.C.J.B.* 1990, 207-21 en J. LIEVENS, noot onder Rb. Antwerpen, 8 maart 1982, *T.B.H.* 1983, 290, die de rechtspraak verwerpen omdat ze in strijd zou zijn met de rechtspraak die elke wetsovertreding als fout zou beschouwen; I. VEROUGSTRATE EN Chr. VAN BUGGENHOUT, "Faillissement en continuïteit van de onderneming", *T.P.R.* 1990, 1749-51, nr. 17; P. COPPENS en F. 'T KINT, "Examen de jurisprudence, 1984-90, les faillites, les concordats et les privilèges", *R.C.J.B.* 1991, 489, nr. 90, die het Hof van cassatie in de eerste plaats pragmatische bedoelingen toeschrijven; M. WYCKAERT, "Bestuurdersaansprakelijkheid een aangifte van faillissement", noot onder Cass. 7 september 1990, *T.R.V.* 1991, 89-92; K. GEENS, "Kroniek vennootschapsrecht 1989", *T.R.V.* 1990, 510, nr. 74.



Een ernstig bezwaar tegen de recente “Antwerpse” rechtspraak in fiscale zaken, waarin zaakvoerders en bestuurders zonder veel onderzoek of motivering persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor het betalen van bedrijfsvoorheffing of andere belastingen wanneer de vennootschap waarvan zij bestuurder zijn dit nagelaten heeft, is precies dat zij uitgaat van een vermoeden van nalatigheid en zich in die zin schuldig maakt aan omgekeerde toerekening⁹⁵. De rechter zou moeten motiveren uit welke feiten hij afleidt dat een persoonlijke fout van de bestuurder de oorzaak is van het niet-betalen van de belastingen, en kan daarbij niet volstaan met de algemene vaststelling dat bestuurders er moeten voor zorgen dat de vennootschap haar verplichtingen nakomt. Dit is, in hoofde van de bestuurders, nl. slechts een inspanningsverbintenis, geen resultaatsverbintenis⁹⁶, en bovendien hebben bestuurders het recht en in grotere vennootschappen de plicht delegaties door te voeren en impliceert de nalatigheid van het vennootschapspersoneel dat een delegatie heeft ontvangen niet automatisch dat het bestuur is tekort geschoten in zijn toezichtsplicht op dat personeel.

Daarenboven zou de fiscus moeten aantonen dat de vennootschap in de mogelijkheid was haar fiscale schulden te voldoen vooraleer een zakvoerder aansprakelijk kan gesteld worden voor het feit dat de vennootschap de bedrijfsvoorheffing niet betaalt⁹⁷, tenminste voor zover de zakvoerder enkele elementen heeft kunnen aanvoeren die het *prima facie* niet onwaarschijnlijk maken dat de vennootschap terzake moeilijkheden ondervond.

Het bovenstaande neemt natuurlijk niet weg dat het soms gerechtvaardigd kan zijn bestuurders aansprakelijk te stellen wanneer de vennootschap bepaalde verplichtingen niet naleeft. Zo werd de zakvoerder van een BVBA strafrechtelijk veroordeeld omdat de BVBA, die handelaar was, voor geen enkele activiteit een inschrijving in het handelsregister had genomen⁹⁸.

Afdeling V. Grenzen van de mogelijkheid bestuursbevoegdheid te delegeren-toezicht op de gedelegeerden

§ 1. Principe: de raad mag het management vertrouwen

De wet preciseert niet wat besturen inhoudt. De wet regelt enkel de bevoegdheidsverdeling tussen de vennootschapsorganen, waarbij het principe geldt dat de raad van bestuur voor alles bevoegd is wat niet door een specifieke wettelijke bepaling aan de algemene vergadering of de commissaris-revisor is voorbehouden.

In grotere vennootschappen oefent de raad van bestuur niet al zijn bevoegdheden zelf uit: het management, met de uitvoerende bestuurders aan het hoofd, leidt de vennootschap

⁹⁵ Bv. Antwerpen 6 april 1999 en 13 december 1999, *T.R.V.* 2000, 32 en 33. Over de problematiek, zie D. DESCHRIJVER, “In hoeverre zijn vennootschapsbestuurders persoonlijk aansprakelijk voor de door de vennootschap onbetaald gebleven bedrijfsvoorheffing”, *T.R.V.* 2001, 554. Correcter redenerend Rb. Turnhout 14 juni 2002, *T.R.V.* 2002, 461, noot. D. Deschrijver; Ongeuanceerd gemotiveerd opnieuw het nog niet gepubliceerde Antwerpen, 6 maart 2003, AR/2001/1253 +1419.

⁹⁶ De verplichting voor de vennootschap zelf om de wet na te leven, is zelf natuurlijk wél een resultaatsverbintenis.

⁹⁷ A. DOOLAEGE, *o.c.*, nr. 28, die er tegelijk op wijst dat de rechtspraak zich daarentegen doorgaans soepel opstelt tegenover de fiscus. Voor een geval waar de rechtbank wel een meer dan summier verweer vanwege de fiscus eist op het verweer van de zakvoerder in verband met betalingsmoeilijkheden, zie kh. Mechelen 14 november 2002, *T.R.V.* 2002, 643, noot D. DESCHRIJVER.

⁹⁸ Corr. Hasselt, 25 april 2001, *T.R.V.* 2002, 470, noot. In dit geval werd door de rechtbank overigens ook de zware straf van gerechtelijke ontbinding van de vennootschap uitgesproken.



daadwerkelijk, onder toezicht van de raad. Soms is er een directiecomité, meestal een gedelegeerd bestuurder of dagelijks bestuur.

In de regel mag de raad van bestuur op de door de lagere echelons binnen de vennootschap gegeven informatie vertrouwen, zowel op de juistheid als op de volledigheid ervan. Alleen wanneer de raad beschikt over aanwijzingen waardoor duidelijk is, of hem duidelijk moet zijn, dat de informatie onvolledig is, moet de raad bijkomende informatie vragen. De hamvraag is welke omstandigheden in concreto relevant kunnen geacht worden. Die vraag kan niet in abstracto beantwoord worden.

Voor de hand ligt dat de raad er zich bewust van moet zijn dat hij uitgebreider voorgelicht moet worden over projecten naargelang hun financieel en/of strategisch belang voor de vennootschap groter is. Voor wezenlijke beslissingen zal vlugger aangenomen worden dat de raad van bestuur moest weten dat de hem voorgemelde informatie te summier was. Een goede illustratie biedt de Nederlandse Ogem-zaak. De raad van commissarissen van Ogem wist dat er zeer grote bedragen gemoeid waren met projectontwikkeling, maar liet zich toch slechts summier voorlichten. De RvC stelde zelfs geen bijkomende vragen nadat hem ter ore was gekomen dat er moeilijkheden waren met bepaalde projecten. Het werd als een element dat tot wanbeleid kon doen besluiten beschouwd dat de RvC ondanks de combinatie van ernstige geruchten over moeilijkheden en beperkte verslaggeving geen bijkomende informatie van de raad van bestuur had gevraagd⁹⁹.

In Duitsland is enige opschudding veroorzaakt door een vrij recente uitspraak¹⁰⁰, in eerste aanleg, in het kader van het op zich reeds ophefmakende faillissement van Balsam AG, een van de “schandalen” die ook in Duitsland de governance-discussie los hebben geweekt. Een lid van de Aufsichtsrat van Balsam werd tot schadevergoeding veroordeeld wegens gebrekkig toezicht op de Vorstand. In dit geval had dit lid van de Aufsichtsrat eerst van een bankier de suggestie ontvangen dat er bij de vennootschap wel eens van alles verkeerd aan het gaan kon zijn en dat er daardoor misschien wel verliezen van honderden miljoenen mark geleden waren. Enige maanden later had een werknemer van de vennootschap het Aufsichtsratslid ingelicht over het enorme volume vorderingen waarvoor aan factoring gedaan werd, volume dat de door de Vorstand aan de Aufsichtsrat meegedeelde volumes sterk overtrof. De rechtbank erkende dat, zoals de verweerder opwierp, de opmerkingen van de bankier zeer vaag waren en ook de mededeling vanwege de werknemer niet gesubstantieerd werd. Tegelijk was de suggestie van grote verliezen onwaarschijnlijk, aangezien uit de door de externe auditor geattesteerde jaarrekening geen verliezen bleken maar integendeel een zekere bloei van de Balsam-groep.

Toch meent de rechtbank dat het Aufsichtsratslid een fout had begaan door geen verdere maatregelen te nemen, zoals het gelasten van een bijkomend onderzoek en meer nog, door de andere leden van de Aufsichtsrat niet in te lichten over de hem ter ore komende berichten. Daarvoor steunt de rechtbank in wezen op twee argumenten. Hoewel de opmerkingen van bankier en werknemer vaag en op zich onwaarschijnlijk waren, ging het om feiten die, indien zij waar zouden zijn, het voortbestaan van de vennootschap zouden bedreigen. Ten tweede was aan alle leden van de Aufsichtsrat bekend dat er op de deviezenafdeling van de vennootschap wellicht onregelmatigheden begaan werden; het was namelijk duidelijk geworden dat deze afdeling van derivaten gebruik maakte, niet slechts om de vennootschap in te dekken tegen wisselkoersrisico, maar ook om haar liquiditeit te

⁹⁹ Zie daarover HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466 (Ogem), r.o. 10.2, en de verwijzingen naar het door haar geraadpleegde enquêteverslag bij Y. DELFOS-ROY, *o.c.*, 51.

¹⁰⁰ LG Bielefeld, 16 november 1999, *BB*, 1999, 2630, noot R.C. THÜMMEL; *ZIP* 2000, 23, noot H.P. WESTERMANN; *EWIR*, 2000, 107, noot H. VON GERKAN.

verhogen. De Aufsichtsrat had daarover een verslag aan de Vorstand gevraagd, maar nooit bevredigende uitleg gekregen. Dit en de “existenzbedrohende” aard van de geruchten over verliezen, hadden de Aufsichtsrat tot verdergaand onderzoek een daaraan aangepaste maatregelen moeten bewegen. Aangezien dergelijk onderzoek de bestaande mistoestanden waarschijnlijk aan het licht zou gebracht hebben, meent de rechtbank dat een causaal verband is aangetoond tussen het achterwege laten van verder onderzoek en de toename van de verliezen vanaf het moment dat de Aufsichtsrat kennis had kunnen hebben van de onregelmatigheden en de uiteindelijke faillissementsaangifte.

In een andere, Nederlandse zaak (Text Lite), waarvan de redenering ook naar Belgisch recht geldig zou zijn, ging het er om dat een bepaald zeer aanzienlijk order in de omzet voor het boekjaar 1987 verwerkt was. De externe auditor had daarover bezwaren geopperd en had uiteindelijk zelfs een verklaring van oordeelsonthouding gegeven, omdat er te veel onzekerheid rond dit order bestond. Het stond vast dat minstens twee commissarissen van de bezwaren van de accountant op de hoogte waren; dat zij desondanks niet meer uitleg aan de directie hadden gevraagd omtrent dit order, werd door de ondernemingskamer als een ernstige tekortkoming in hun toezichtstaak aangemerkt¹⁰¹.

Interessant is ook de in Nederland veelbesproken zaak Tilburgsche Hypotheekbank. Daar had de bank, met goedkeuring van de raad van commissarissen, een bijkomend krediet verleend aan een zeer belangrijke debiteur. De raad wist dat die debiteur op dat moment reeds in moeilijkheden verkeerde, en dat zijn faillissement eventueel zelfs het faillissement van de Tilburgsche hypotheekbank met zich zou kunnen brengen. In die omstandigheden had de raad van commissarissen niet mogen voortgaan op de bewering van de directie dat het nieuwe krediet met stevige zekerheden was afgedekt. De raad van commissarissen had dit zelf moeten controleren, te meer daar het reeds meer dan eens was voorgekomen dat de inlichtingen die de directie aan de raad had verstrekt, onbetrouwbaar waren gebleken¹⁰².

§ 2. Taakverdelingen-adviserende comités

De wet erkent dat taakverdelingen tussen bestuurders toegelaten zijn (art. 522 § 1). De wet voegt er echter onmiddellijk aan toe dat die taakverdelingen niet aan derden tegenwerpelijk zijn. Die regel speelt niet enkel op gebied van vertegenwoordiging, maar ook op gebied van aansprakelijkheid. bestuurders die de financiële toestand van de vennootschap hebben laten verzieken zonder enige maatregel te nemen of te overwegen, zullen zich niet kunnen exculperen met het argument dat binnen de raad was afgesproken dat het de heren X en Y waren die zich met de opvolging van de financiële toestand zouden bezighouden. Hetzelfde geldt bv. wat het opvolgen van de buitenlandse filialen betreft.

Men moet het belang van dit principe nochtans ook niet overdrijven: in beginsel is een bestuurder enkel aansprakelijk voor de fouten waaraan hij zelf heeft deelgenomen. het is echter een fout op zich belangrijke aspecten van het bestuur over te laten aan één of slechts enkele van de bestuurders zonder erop op te zien dat zij het hen toebedeelde verantwoordelijkheidsgebied behoorlijk behartigen.

Adviserende comités binnen de raad van bestuur, zoals het auditcomité of het benoemings- en remuneratiecomité, zijn te beschouwen als taakverdelingen tussen bestuurders in de zin van

¹⁰¹ Ondernemingskamer, 2 november 1995, inzake Textlite, geciteerd bij DELFOS-ROY, 52.

¹⁰² Rb. Breda, 11 mei 1990, *NJ* 1990, 740.



art. 522, § 1 W. Venn. Dit wordt impliciet bevestigd door het wetsontwerp corporate governance, dat een bepaling die de raad van bestuur toelaat comités in te richten, invoert in art. 522 § 1 en bepaalt dat de comités opgericht worden onder aansprakelijkheid van de raad van bestuur. Zoals het huidige art. 522 § 1 onmiddellijk duidelijk maakt, zijn dergelijke taakverdelingen niet tegenwerpelijk aan “derden”. In deze bepaling wordt met derden niet alleen vennootschapsexterne personen bedoeld, maar ook de vennootschap zelf. Anders gezegd: “derde” is in deze context iedereen die geen lid is van de raad van bestuur waarbinnen de taakverdeling doorgevoerd wordt.

§ 3. Delegatierecht- en plicht

a. mogelijkheid en verplichting

In vennootschappen waar een scheiding tussen bestuur en management door is gevoerd, kan de raad van bestuur de vennootschap niet dagdagelijks leiden. Hij moet er wel over waken dat het management dat doet en wel op een georganiseerde manier. De raad mag de organisatie niet volkomen zelfstandig laten ontwikkelen, hij moet erover waken dat er een structuur in zit. Vandaar dat de raad van bestuur van vennootschappen die een enigszins grote onderneming uitbaten, niet alleen bevoegd is tot het verlenen van delegaties, maar ertoe verplicht is. Zonder georganiseerde managementstructuur is het gevaar groot dat er een tekort aan coördinatie tussen de verschillende onderdelen van de onderneming ontstaat, waardoor het bereiken van de ondernemingsdoelstellingen ernstig bemoeilijkt wordt. Ook stijgt het gevaar dat de vennootschap of de door haar uitgebate onderneming allerlei regulering¹⁰³ waaraan zij onderworpen is miskent, met strafrechtelijke boetes, schadevergoedingseisen en overheidssancties (intrekken van vergunningen, bij voorbeeld) als mogelijk en zeer nefast gevolg. Aangezien veel regulering strafrechtelijk gesanctioneerd is, is het niet verwonderlijk dat het in de strafrechtelijke rechtspraak en rechtsleer is dat men de duidelijkste aanknopingspunten vindt voor een delegatie- en toezichtsplicht vanwege het bestuur.

Bestuurders geconfronteerd met een vordering tegen zich persoonlijk wegens overtreding van strafrechtelijk gesanctioneerde regulering kunnen het bewijs van hun goed bestuur leveren door te bewijzen dat zij een behoorlijk systeem van bevoegdheidsdelegaties op poten hebben gezet¹⁰⁴. In arresten d.d. 11 januari 1965 en, nog duidelijker geformuleerd, d.d. 25 april 1989, oordeelde het Hof van Cassatie dat de feitenrechter bij de strafrechtelijke veroordeling van een bestuurder, terecht in rekening had gebracht dat de betrokkene enerzijds belast was met het dagelijks bestuur van de onderneming en anderzijds geen gebruik had gemaakt van de voor hem openstaande mogelijkheid tot delegatie van bepaalde taken.¹⁰⁵ Dat arrest kan ook op burgerlijk gebied duidelijk als aanknopingspunt gebruikt worden voor het bestaan van een delegatieplicht als onderdeel van behoorlijk bestuur: het enkel overlaten van taken aan anderen is niet voldoende, men moet dit organiseren door middel van delegaties.

De delegatieplicht is ook in de lagere rechtspraak aan bod gekomen. Het niet-aanstellen van een gedelegeerde om de veiligheid op een werf te bewaken, is op zich een fout,

¹⁰³ Fiscale, sociale, milieu- en boekhoudreglementering, evenals sectoriële regulering.

¹⁰⁴ J.P. BOURS, “La responsabilité pénale des entreprises”, *Act. Dr.* 1997, 474; H. BOSLY, *Les sanctions en droit pénal social belge*, Gent, Story-Scientia, 1979, 24; Ph. TRAEST, “Strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen, organen en medewerkers”, in *Rechtspersonenrecht*, W. VAN EECKHOUTTE (ed.), P.U.C. Willy Delva, Gent, Mys & Breesch, 1999, 107.

¹⁰⁵ Cass., 11 januari 1965, *Pas.* 1965, 458-459; Cass., 25 april 1989, *Arr. Cas.* 1988-89, nr. 484, 990 (in verband met zaakvoerders die opwierpen zelf niet de boekhouding, waarin onregelmatigheden voorkwamen, te voeren, maar geen delegatie konden bewijzen).



waarvoor de zaakvoerders aansprakelijk kunnen gesteld worden en de correctionele rechtbank te Antwerpen veroordeelde bestuurders in een geval waarin giftige stoffen in het milieu terecht kwamen tengevolge van een handeling van een niet-geïdentificeerde natuurlijke persoon. De rechtbank meende de bestuurders te kunnen veroordelen, omdat de vervuiling volgens haar zeer duidelijk de belangen van de vennootschap diende, en omdat het bestuur niet de nodige maatregelen had genomen om dergelijke lozing van gif te voorkomen (door namelijk de containers waarin het gif zat niet te laten voorzien van veiligheidskleppen)¹⁰⁶.

Wanneer het bestuur daarentegen een behoorlijke delegatie heeft verleend, zal het in de regel niet strafrechtelijk aansprakelijk zijn wanneer de vennootschap regulering schendt.

Zo werd geoordeeld dat wanneer blijkt dat de bestuurders gewaakt hebben over de uitbouw van een behoorlijke boekhoudafdeling en de organisatie van afdoende maatregelen van interne controle, zij niet strafrechtelijk aansprakelijk konden gesteld worden voor een aantal onregelmatigheden in de boekhouding¹⁰⁷. In milieuzaken worden bestuurders regelmatig vrijgesproken omdat niet kan verwacht worden dat zij zelf daadwerkelijk bepaalde inbreuken verhinderen. Zo oordeelde de rechtbank te Gent dat het irrelevant was wie verantwoordelijk was voor het algemeen milieubeleid van een vennootschap: alleen wie daadwerkelijk in staat was om een onmiddellijk einde te maken aan bepaalde illegale lozingen moest aansprakelijk geacht worden¹⁰⁸. In een Kortrijkse beslissing werd de ingenieur, aan wie door de raad van bestuur was opgedragen zich in te laten met het beheer van het afvalwater, aansprakelijk gesteld en werd de vervolgde bestuurder vrijgesproken, nu hij precies aan die ingenieur de nodige instructies en delegaties van beslissingsbevoegdheid had gegeven¹⁰⁹. Uit de recentere rechtspraak over het misdrijf van de verdeling van fictieve dividenden blijkt een gelijkaardige houding. Zeer oude cassatierechtspraak stelde bestuurders ook aansprakelijk wanneer zij op geen enkele wijze persoonlijk hadden meegewerkt aan de opstelling van de boekhouding, die achteraf gemanipuleerd bleek te zijn¹¹⁰. Een recentere uitspraak lijkt milder en vereist een persoonlijke bemoeienis van de bestuurders opdat aansprakelijkheid zou kunnen intreden¹¹¹. Die rechtspraak is te begroeten, op voorwaarde dat een bestuurder ook persoonlijk aansprakelijk moet kunnen gesteld worden wanneer er een gebrekkige interne controle blijkt te zijn, waarvan aangenomen kan worden dat zij de manipulaties had kunnen voorkomen (daarover verder in deze afdeling).

b. toezichts-en bijstandsplicht

De delegatie mag niet algemeen zijn en moet aan een bekwame persoon gegeven worden aan wie tevens de beslissingsbevoegdheid en middelen moeten toebedeeld worden om zijn taak te kunnen uitoefenen. Indien de delegataris aan aansprakelijkheid wil ontsnappen, moet hij de

¹⁰⁶ Beide gevallen aangehaald bij Ph. COENRAETS en P. DE WOLF, "Les responsabilités civile et pénale des sociétés et de leurs dirigeants et droit de l'environnement", *R.P.S.*, 1997, (5) 74, nr. 111.

¹⁰⁷ Brussel, 23 december 1987, *R.P.S.* 1988, 53. In een ander geval werd geoordeeld dat een inbreuk op veiligheidsmaatregelen op een bouwterrein moest toegerekend worden aan de werfleider en niet aan de gedelegeerde bestuurder, die wel verantwoordelijk was voor het uitwerken van veiligheidsvoorschriften maar dit ook gedaan had. Het was de werfleider die voor de concrete realisatie en het toezicht daarop moest instaan: Brussel, 26 juni 1980, *R.W.* 1980-81, kol. 2008.

¹⁰⁸ Corr. Gent, 26 oktober 1993, *Tijdschrift voor Milieurecht*, 1994, 194.

¹⁰⁹ Corr. Kortrijk, 13 november 1987, onuitgegeven, aangehaald en besproken bij P. DE WOLF, "Gestion des déchets et aspects de droit des sociétés" in *L'entreprise et la gestion des déchets*, Brussel, Bruylant, 1993, 322.

¹¹⁰ Cass. 9 juni 1902, *Pas.* 271; Cass., 4 maart 1912, *R.P.S.* 1913, 225.

¹¹¹ Brussel, 22 november 1978, *R.P.S.* 1979, 67. Zie daarover ook O. RALET, *Responsabilités des administrateurs de sociétés*, Brussel, Larcier, 1996, 309-310.



delegatie respecteren, in die zin dat de gedelegeerde werkelijk moet kunnen beslissen over een aantal aangelegenheden. Wanneer blijkt dat de gedelegeerde in feite enkel de (materiële) uitvoerder is van beslissingen die genomen zijn door de delegant, zal de laatste niet aan aansprakelijkheid ontsnappen¹¹². Dit betekent geenszins dat de rechterlijke toerekening zonder meer de schriftelijke delegaties of organigrammen volgt. Wanneer de delegant in feite nog steeds zelf de gedelegeerde taak waarneemt, of een belangrijke invloed op de waarneming ervan uitoefent, zal de delegant aansprakelijk blijven¹¹³.

Wanneer de raad van bestuur delegaties verleent, rust op hem een toezichtsplicht op de gedelegeerde en zelfs tot op zekere hoogte een zogenaamde plicht tot bijstand (argument ex art. 1994 B.W.). De toezichtsplicht van de raad van bestuur op diegenen die van hem delegaties van bevoegdheid ontvangen, is zelfs meermaals door het Hof van cassatie erkend¹¹⁴. In de lagere rechtspraak is zij herhaaldelijk aan bod gekomen, waarbij deze plicht meestal afgeleid werd uit art. 527-528, en wel vaak uit de verwijzing naar het gemeen recht in art. 527¹¹⁵.

¹¹² Cass. 15 april 1975, *Pas.* 1975, I, 803; Ph. TRAEST, “Strafrechtelijke aansprakelijkheid...”, *l.c.*, 108, nr. 33, met verdere verwijzingen.

¹¹³ In theorie is dit beginsel vanzelfsprekend, maar niet alle praktische toepassingen zijn evident. Ph. TRAEST, “Strafrechtelijke aansprakelijkheid...”, *l.c.*, 108, nr. 33, noot 112 signaleert het interessante geval Luik, 27 mei 1981, *Rev. rég. dr.* 1981, 378, noot DUMONT. In dit arrest leidde het Hof uit het toenmalige art. 833 ARAB af dat de veiligheidschef van een onderneming enkel een taak van toezicht en opsporing had en alleen dan zelf beslissingen kon nemen op veiligheidsgebied wanneer er geen tijd was om de directie te contacteren om een dringend probleem op te lossen. Vandaar dat de directie zich niet op een delegatie aan die veiligheidscoördinator kon beroepen om aan aansprakelijkheid te ontsnappen wegens gebreken op gebied van veiligheid.

¹¹⁴ Cass., 31 oktober 1946, *Pas.* 1946, I, 389; *R.P.S.* 1951, 104. Dit kan men althans enigszins onrechtstreeks maar zonder twijfel afleiden uit het cassatiearrest, terwijl het voor het Hof van beroep uitdrukkelijk als regel was gesteld. Zie bv. de overweging uit het cassatiearrest “Attendu que l’arrêt entrepris ne se contredit point en posant la règle que l’administrateur est tenu, sous sa responsabilité, de surveiller la gestion du directeur-gérant, et en déclarant, d’autre part, que cette règle fléchit lorsque cet administrateur est en même temps le directeur-gérant, responsable comme tel, et sans réserve, de ses agissements fautifs”.

Zie ook Cass., 24 juni 1955, *Arr. Cass.* 1955, 868; *Pas.*, 1955, I, 1151; *R.P.S.* 1956, 189, arrest waarin de vraag naar het oorzakelijk verband tussen gebrek aan toezicht en door derden schade aan de vennootschap centraal stond, maar waarin het Hof toch duidelijk oordeelde dat de feitenrechter had kunnen oordelen dat de schade niet zou ingetreden zijn wanneer het bestuur minder verregaande delegaties had gegeven en zijn plicht van toezicht had uitgeoefend.

¹¹⁵ Bv. Luik, 1 december 1969, *R.P.S.* 1971, nr. 5658, 280, noot C. LEMPEREUR: een dagelijks bestuurder had in naam van de vennootschap een participatie genomen in een andere vennootschap, en daarvoor de reserves van de vennootschap ook naar mening van de rechtbank al te zeer aangesproken. De rechtbank verwerpt het argument dat dergelijke participatie tot het dagelijks bestuur behoorde, aangezien de controle over de bestemming van vennootschapsfondsen een essentiële taak van de raad van bestuur is. Bovendien moet de raad van bestuur de activiteiten van de dagelijkse bestuurder controleren, te meer daar deze in casu zeer ruime bevoegdheden had gekregen. Het beleid van de vennootschap aan hem overlaten, is een fout.

Gent, 12 april 1954, *R.P.S.* 1955, nr. 4443, 37. Het is de plicht van de raad van bestuur de gedelegeerd bestuurder te controleren en te zorgen voor een regelmatige boekhouding. De bestuurders kunnen aansprakelijk gesteld worden voor de fouten van een gedelegeerd bestuurder - in casu had deze persoonlijke schulden met vennootschaps gelden betaald - aangezien deze fouten niet begaan zouden zijn indien de raad van bestuur zijn toezichtsplicht had uitgeoefend; Rb. Gent, 13 mei 1936, *R.P.S.* 1938, nr. 3749, 270: het feitelijk bestuur overlaten aan één bestuurder is een fout indien de andere bestuurders hem niet controleren; vgl. ook Rb. Huy, 23 mei 1973, *R.P.S.* 1974, nr. 5806, 177, waar gesteld wordt dat de bestuurders elkaar in toepassing van art. 528 W. Venn. hadden moeten controleren, hetgeen niet gebeurde was.

Zie ook CH. RESTEAU, A. BENOÎT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *Traité*, derde druk, 1982, 204: ondanks de tekst van art. 1994 B.W., waarin daarover geen sprake is, moet een toezichtsplicht aangenomen worden.



De bijstandspflicht impliceert dat de raad van bestuur de gedelegeerde ook feitelijk de macht moet geven om van zijn delegatie gebruik te maken, en hem bovendien de nodige instructies moet geven die hem moeten leiden wanneer de gedelegeerde gebruik maakt van zijn bevoegdheid¹¹⁶. Wanneer de raad bij voorbeeld een interne auditor benoemt, moet men hem als raad ook feitelijk de macht geven om de nodige controles binnen de vennootschap te (laten) verrichten, aan de raad te rapporteren en zijn onafhankelijkheid tegenover het management proberen waarborgen.

c. Causaliteit tussen ontbreken van toezicht/te verregaande delegatie en schade

Het Hof van cassatie besliste in zijn arrest d.d. 24 juni 1955 (“Algemene Zeepziederij van Vlaanderen”) dat een feitenrechter het oorzakelijk verband tussen fout en schade voldoende had vastgesteld door te stellen dat indien de bestuurders de gevolmachtigde geen algemene en onbeperkte machtsdelegatie hadden opgedragen, en indien zij zelf hun plichten van bestuur en toezicht hadden vervuld, de bedoelde gevolmachtigde de vennootschap niet had kunnen plunderen en ten ondergang brengen. Zonder die fout van onvoldoende toezicht en te verregaande delegaties had de schade, zoals zij zich in concreto voordeed, nooit kunnen ontstaan¹¹⁷. Deze cassatierechtspraak laat aan de feitenrechters dus veel ruimte om in concreto te beoordelen of een causaal verband bewezen is. Interessant is dat het arrest geveld werd precies naar aanleiding van een geval waarin de raad van bestuur verweten werd te weinig toezicht te hebben uitgeoefend op een gevolmachtigde. Reeds voordat de wetgever in artikel 633, lid 5 een causaliteitsvermoeden invoerde¹¹⁸ - althans ten voordele van derden, niet ten voordele van de vennootschap - waardoor de schade die een derde leed geacht wordt voort te vloeien uit de niet-tijdige bijeenroeping van de algemene vergadering, was er heel wat lagere rechtspraak die dergelijk causaal verband vlug aannam, eigenlijk in strijd met de pure causaliteitsdogmatiek¹¹⁹.

Afdeling VI. Invloed van ontslag en kwijting op aansprakelijkheid

§ 1. Ontslag: alleen gevolgen voor de toekomst

¹¹⁶ Zie P. VAN OMMESLAGHE, “La vie quotidienne dans l’entreprise et le droit pénal: pratiques tolérées, pratiques interdites” in *Le risque pénal dans la gestion des entreprises*, Gent, Story-Scientia, 1992, 67; O. RALET, *Responsabilité, o.c.*, 277.

¹¹⁷ Cass. 24 juni 1955, *Arr. Cass.* 1955, 868; *Pas.* 1955, I, 1151; *R.P.S.* 1956, nr. 4592, 189, concl. proc.-gen. Hayoit de Termicourt.

¹¹⁸ Volledigheidshalve kan er op gewezen worden dat de wetgever ook in andere bepalingen dan artt. 535 en 633 derden ter hulp is gekomen door een weerlegbaar vermoeden in te voeren dat bepaalde nalatigheden de schade die een derde (schuldeiser) heeft geleden, veroorzaakt hebben: zie art. 92, § 1, lid 3 en 98, lid 3 W. Venn. met betrekking tot het verzuim de jaarrekening tijdig aan de algemene vergadering voor te leggen of na goedkeuring tijdig neer te leggen.

¹¹⁹ B. VAN BRUYSTEGHEM, “Mythe of werkelijkheid van de verantwoordelijkheid van het bestuur, de commissarissen en de vereffenaars in de NV, PVBA en CV”, *T.B.H.* 1980, wees op die houding van de rechtspraak. Zie ook J. RONSE e.a., “Overzicht van rechtspraak. vennootschappen (1969-77)”, *T.P.R.* 1978, nr. 197, 819. Zie uit de rechtspraak bv. Luik 1 december 1969, *R.P.S.* 1971, nr. 5658, 280, noot C. LEMPEREUR; Rb. Luik, 4 maart 1957, *R.P.S.* 1957, nr. 4706, 239; Rb. Verviers, 13 juli 1937, *R.P.S.* 1939, nr. 3815, 258; Rb. Nivelles, 15 maart 1934, *R.P.S.* 1936, nr. 3544, 229. Typerend bv. de overweging in Antwerpen, 28 november 1977, *T.B.H.* 1978, 520: “dat de bij art. 140 opgelegde verplichting precies tot doel heeft verdere verliezen te voorkomen zodat voor de verliezen waarvan bewezen is dat zij geleden werden na het tijdstip waarop de algemene vergadering over de ontbinding had moeten beslissen, het oorzakelijk verband tussen bedoelde fout en die bewezen verliezen moet aangenomen worden”. Van Bruysteghem citeert meerdere andere gelijkaardige uitspraken.



Het ontslag op zich maakt, vanzelfsprekend, geen einde aan de aansprakelijkheid voor fouten die dateren van voor het ontslag¹²⁰.

Een bestuurder die niet gebonden is door bijkomende overeenkomsten (bv. arbeidsovereenkomst, management- of adviesverleningsovereenkomst met opzeggingstermijn of voor bepaalde duur), kan zonder opzeggingstermijn of vergoeding vrijwillig ontslag nemen.

Maar hij is niet enkel “moreel”, maar ook juridisch verplicht in dienst te blijven tot men redelijkerwijze in zijn opvolging kan voorzien, voor zover de vennootschap dat wenst (argument gebaseerd op artt. 1991 en 2007 B.W. ivm lasthebbers). Dit zal bv. duidelijk het geval zijn wanneer de raad van bestuur na zijn ontslag maar twee leden meer zou tellen, zijnde minder dan het wettelijke minimum van drie (tenzij er maar twee aandeelhouders zijn)

Ontslag als “vlucht” voor moeilijkheden is een fout op zich: men moet zijn verantwoordelijkheid nemen¹²¹.

Belangrijk is dat het ontslag derden (zijnde iedereen buiten de vennootschap) slechts tegenwerpelijk is vanaf de bekendmaking ervan in de bijlagen tot het Belgisch Staatsblad¹²², of indien bewezen kan worden dat de derde er daadwerkelijk kennis van heeft of moest hebben (bv. indien het ontslag individueel per brief is meegedeeld aan belangrijke klanten en leveranciers, of overheden zoals de belastingadministratie). Zolang zijn/haar ontslag niet tegenwerpelijk gemaakt is, kan een bestuurder in principe door derden aansprakelijk gesteld worden voor schendingen van de vennootschappenwet of de statuten die zijn collega's begaan hebben na het moment van zijn ontslag. Hij zal dan wel het tegenbewijs uit art. 528 lid 3 W. Venn. kunnen leveren, maar de bewijslast rust op hem en is zwaar (onder andere: aanklagen van de fout op de eerstvolgende algemene vergadering na de fout, terwijl de betrokkene geen bestuurder meer is en bijgevolg wellicht niet meer tot de algemene vergadering zal worden toegelaten, tenzij hij nog steeds aandeelhouder is). In de gepubliceerde rechtspraak zijn daarvan enkele toepassingsgevallen bekend¹²³. Het komt wel eens voor dat de vennootschap weigert het ontslag van een bestuurder te publiceren, tengevolge van ruzies binnen de raad van bestuur en of aandeelhouderskringen. In dergelijke gevallen kan de bestuurder zelf het initiatief nemen om zijn ontslag neer te leggen ter griffie en te laten bekendmaken in de bijlagen tot het Belgisch Staatsblad. Wel zal de bestuurder noodgedwongen de kosten moeten voorschieten, en zal hij wellicht gedwongen worden een gerechtelijke procedure in te leiden indien hij die kosten wil recupereren, waarbij het sop de kool niet waard zal zijn. In elk geval mogen de griffieambtenaren niet weigeren de ontslagakte in ontvangst te nemen. Het ontslag is een eenzijdige rechtshandeling, die geenszins door de vennootschap aanvaard moet worden. In de praktijk is nochtans vast te stellen dat sommige griffieambtenaren zonder rechtsgrond weigeren het ontslag bekend te maken. In dat geval zit er voor de ongelukkige ex-bestuurder niet veel anders op dan de vennootschap in kort geding te dagvaarden, waarbij zij door het

¹²⁰ Cass. 24 juni 1955, *Arr. Cass.* 1955, 858, arrest dat ook interessant is waar het stelt dat het ook irrelevant is dat bepaalde schade slechts na het ontslag is ontstaan, voor zoverde fout voor het ontslag is begaan.

¹²¹ Zie Hof van Beroep Luik, 1 december 1969, *R.P.S.*, 1971, p. 280, betreffende een aantal bestuurders die ontslag namen op het moment dat zij ontdekten dat de gedelegeerd bestuurder, aan wie zij te veel beleidsruimte hadden gelaten, een aantal desastreuze beslissingen had genomen.

¹²² Indiende bevoegde ambtenaren niet tot bekendmaking overgaan binnen de vijftien dagen na de neerlegging van de vereiste stukken bij hun diensten, zijn zij aansprakelijk.

¹²³ Bv. kh. Charleroi 8 september 1992, *R.P.S.* 1993, 338.



vonnis gedwongen wordt tot bekendmaking over te gaan en de rechter op vraag van de eiser een lasthebber ad hoc kan aanstellen om de nodige handelingen feitelijk te stellen.

§ 2. kwijting¹²⁴, een zeer relatieve bescherming

De kwijting is de beslissing van de algemene vergadering van aandeelhouders waarmee deze te kennen geeft dat zij de bestuurders niet aansprakelijk zal stellen voor hun eventuele bestuursfouten.

Kwijting is alleen geldig wanneer zij verleend wordt nadat de jaarrekening is goedgekeurd, en bij afzonderlijke stemming (goedkeuring van de jaarrekening impliceert dus niet automatisch kwijting) (art. 554 W. Venn.). De kwijting slaat dan ook alleen op die fouten die begaan zijn in het tijdvak waarop de jaarrekening betrekking heeft.

Kwijting is alleen geldig voor zover zij met kennis van zaken gebeurt. Dit impliceert onder meer dat de jaarrekening geen fouten mag bevatten of zodanig gemanipuleerd mag zijn dat daardoor bepaalde bestuursfouten verdoezeld worden.

Uit het burgerrechtelijke vereiste van kennis van zaken, leidt het Hof van Cassatie terecht af dat kwijting ook geldig gegeven kan worden voor fouten zonder dat de jaarrekening is goedgekeurd, wanneer bewezen is dat de algemene vergadering ia een andere weg, bv. via het jaarverslag, op de hoogte was van de toedracht¹²⁵.

Schendingen van de statuten of, sinds invoering van het Wetboek van vennootschappen, van dat Wetboek, kunnen alleen gekwetten worden wanneer die schending uitdrukkelijk is vermeld in de oproeping tot de algemene vergadering.

Kwijting betekent enkel dat de vennootschap afstand doet van haar recht de bestuurders aansprakelijk te stellen. Zij heeft geen enkele invloed op de mogelijkheid voor derden om de bestuurders nog altijd aansprakelijk te stellen. Kwijting beschermt evenmin tegen de minderheidsvordering door een aandeelhouder die voldoet aan de voorwaarden om ze in te stellen, hetgeen onder andere betekent dat hij niet voor de kwijting mag gestemd hebben.¹²⁶

Kwijting biedt geen bescherming tegen de aansprakelijkheidsvordering gebaseerd op art. 530, dit wil zeggen de grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement;

Kwijting is een recht (althans: de bestuurder heeft recht op een jaarlijkse stemming over de kwijting, uiteraard is de algemene vergadering niet verplicht de kwijting daadwerkelijk te verlenen). Indien de algemene vergadering nalaat over de kwijting te stemmen, kan de bestuurder kwijting vragen en de bijeenroeping van de algemene vergadering vragen. Wordt dit hem geweigerd, dan kan hij naar de rechtbank stappen om gerechtelijke kwijting te vragen. De meeste juristen nemen aan dat die gerechtelijke kwijting alleen op gewone bestuursfouten kan slaan; alleen de algemene vergadering zou kwijting kunnen verlenen voor schendingen van de statuten of de vennootschappenwet.

¹²⁴ Zie daarover het uitstekende en zeer volledige artikel van A. GOEMINNE, "Kwijting van bestuurders en zaakvoerders", *R.W.*, 1995-96, 1001 e.v.

¹²⁵ Cass. 12 februari 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 622.

¹²⁶ Let wel: de regel is dat de kwijting ook de afwezige of tegenstemmende aandeelhouders bindt.



Bestuurders aan wiens mandaat in de loop van een boekjaar een eind komt, willen vaak zo vlug mogelijk kwijting ontvangen en vragen daarom de bijeenroeping van de algemene vergadering. Deze heeft ongetwijfeld het recht hen een zogenaamde “tussentijdse kwijting” te verlenen. Maar dit is geen echte kwijting. Zij dekt enkel die fouten die uitdrukkelijk aan de algemene vergadering gerapporteerd werden. De jaarlijkse kwijting daarentegen dekt alle fouten waarvan de resultaten in de jaarrekening van dat jaar zijn opgenomen.

DEEL II DE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE COMMISSARIS

Afdeling I. De omschrijving van de controletaken van de commissaris

§ 1. Wettelijke aspecten

Alvorens de aansprakelijkheidsgronden van de commissaris te omschrijven, is het aangewezen kort zijn wettelijke taken en verplichtingen in herinnering te brengen. Artikel 144 W. Venn. omschrijft de wettelijke controletaken van de commissaris, alsook de verplichte vermeldingen die in het revisorenverslag moeten worden opgenomen. Hij controleert in beginsel enkel de financiële informatie en de gebeurtenissen die een impact hebben op de jaarrekening. De commissaris voert geen algemene controle uit op het beleid van de vennootschap.

De wettelijke controletaken van de commissaris, kunnen in twee grote rubrieken worden ingedeeld:

- a) Controle op de jaarrekening en op de financiële toestand van de vennootschap;
- b) Opsporing en rapportering van wettelijke of statutaire inbreuken, waaronder het opstellen van een controleverslag en rapportering aan de algemene vergadering en de ondernemingsraad behoort.

Controle op de jaarrekening en op de financiële toestand van de vennootschap

Eén van de exclusieve taken van de commissaris is het controleren van de jaarrekening en de financiële toestand van de vennootschap. Overeenkomstig artikel 144 W. Venn. moet de commissaris in een omstandig verslag verduidelijken of de boekhouding is gevoerd en de jaarrekening is opgesteld in overeenstemming met de wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften die daarop toepasselijk zijn. Daarnaast moet hij onderzoeken of de jaarrekening naar zijn oordeel een getrouw beeld geeft van het vermogen, van de financiële toestand en van de resultaten van de vennootschap, rekening houdend met de wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften die hierop van toepassing zijn. Hij moet tenslotte nagaan of hiervan een passende verantwoording is gegeven in de toelichting.¹²⁷

De commissaris dient vooreerst na te gaan of de boekhouding en de jaarrekening van de vennootschap *wettig* zijn opgesteld, d.w.z. in overeenstemming zijn met de boekhoudrechtelijke en vennootschapsrechtelijke bepalingen en of ze regelmatig zijn vanuit het oogpunt van de regels van boekhoudkundige techniek, de professionele normen en de

¹²⁷ Artikel 144 W. Venn.



algemeen aanvaarde boekhoudkundige principes. Ook dient rekening te worden gehouden met de adviezen van de Commissie voor Boekhoudkundige normen.¹²⁸

In de tweede plaats moet de commissaris beoordelen of de jaarrekening *een getrouw beeld* geeft van het vermogen, van de financiële toestand en van de resultaten van de vennootschap.¹²⁹ Deze vereiste vormt één van de basisprincipes van het boekhoudrecht. De vennootschap zal hieraan slechts kunnen voldoen indien ze bij haar waarderingen, afschrijvingen, waardeverminderingen en voorzieningen de regels van voorzichtigheid, oprechtheid en goede trouw respecteert.¹³⁰ De commissaris moet bijgevolg nagaan of er voldoende zorgvuldigheid, correctheid en loyauteit aan de dag werd gelegd bij het opstellen van de jaarrekening.¹³¹

De commissaris moet niet enkel de boekhouding en de jaarrekening van de vennootschap controleren. Zijn toezicht strekt zich uit tot *de algemene financiële toestand* van de vennootschap. Hierbij moet beklemtoond worden dat de commissaris zich in geen geval mag inlaten met het bestuur van de vennootschap en zijn beoordelingen niet mag in de plaats stellen van de beslissingen van de raad van bestuur. Het komt hem niet toe zich uit te spreken over de opportuniteit van bepaalde beleidsbeslissingen van de vennootschapsbestuurders.¹³²

In vennootschappen met een ondernemingsraad, wordt aan de commissaris uitdrukkelijk opgedragen om, ten behoeve van de werknemers, de betekenis van de aan de ondernemingsraad verstrekte economische en financiële inlichtingen ten aanzien van de financiële structuur en de evolutie te verklaren en te ontleden.¹³³ Dit betekent dat de commissaris zich dient uit te spreken over de financiële risico's die op de vennootschap rusten, zonder zich in te laten met de liquiditeit of de solvabiliteit van de door hem gecontroleerde vennootschap. In dit opzicht treedt de commissaris eerder op als *adviseur* dan als controleur.¹³⁴ Dit mag niet tot gevolg hebben dat de commissaris zich zou inlaten met het bestuur van de door hem gecontroleerde vennootschap, noch mag hij zijn beoordelingen in de plaats stellen van de beslissing van de raad van bestuur.¹³⁵

¹²⁸ Deze normen hebben een waarde die vergelijkbaar is met de die van de rechtspraak en de rechtsleer. Enkel om ernstige redenen mag de commissaris afwijken van die adviezen. E. WYMEERSCH, "De nieuwe voorschriften inzake vennootschapsinformatie evenals inzake commissaristoezicht" in *Het nieuwe vennootschapsrecht na de wet van 5 december 1984*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1985, 76-77.

¹²⁹ Artikel 24 K.B. 30 januari 2001 tot uitvoering van het Wetboek van Vennootschappen, *B.S.* 6 februari 2001 (hierna: K.B. W. Venn.).

¹³⁰ Artikel 32 K.B. Venn.

¹³¹ Over het begrip 'getrouw beeld' zie onder meer: R. TIEST, 'Het getrouw beeld', in *Liber Amicorum Henri Olivier*, Brugge, Die Keure, 2000, 487-488; W. VAN GERVEN en A. DEWAELE, "Goede trouw en getrouw beeld", in G. BAERT e.a. (ed.), *Liber Amicorum Jan Ronse*, Story-Scienta, Brussel, 1986, 115; A. JORISSEN, *Het getrouw beeld van de jaarrekening: een creatieve zaak?*, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, 104 p.

¹³² A. VAN OEVELEN, "De rol en de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris-revisor", in M. STORME, H. BRAECKMANS en E. WYMEERSCH, *Handels- Economisch en Financieel recht*, Gent, Mys&Breesch, 1995, p. 243, nr. 10; P. VAN OMMESLAGHE, "La responsabilité des professionnels de la comptabilité et de la révision comptable", *Revue belge de la Comptabilité et de l'Informatique* 1982, (1), p. 8, nr. 9; P.A. FORIERS en M. VON KEUGELGEN, "La responsabilité civile des réviseurs et experts-comptables", *Rev. Dr. ULB* 1992/6, p. 31, nr. 36.

¹³³ Artikel 151 W. Venn.

¹³⁴ Zie: A. VAN OEVELEN, *o.c.*, p. 241-243, nr. 8-9.

¹³⁵ Hierbij moet worden verwezen naar de recente bepalingen met betrekking tot de onafhankelijkheid van de commissaris. Koninklijk Besluit van 4 april 2003 betreffende de prestaties die de onafhankelijkheid in het gedrang brengen, *B.S.* 19 mei 2003, 27148. Zie hierover: I. DE POORTER, 'De onafhankelijkheid van de commissaris in het kader van de Wet Corporate Governance', *T.R.V.* 2003, p. 322-333, nrs. 26-49.

De commissaris moet principieel niet onderzoeken of vennootschapsbestuurders zich schuldig hebben gemaakt aan gewone bestuursfouten. In het kader van zijn bevoegdheid om de algemene financiële toestand van de vennootschap te onderzoeken, dient de commissaris bestuursfouten die een financieel risico voor de vennootschap meebrengen, op te sporen en te signaleren. Dit zal eveneens het geval zijn voor bestuursfouten die tot gevolg hebben dat het ‘getrouw beeld’ dat de jaarrekening van de financiële situatie van de vennootschap moet geven, in het gedrang wordt gebracht.

Opsporing en rapportering van wettelijke of statutaire inbreuken;

De commissaris dient in het omstandig verslag te verduidelijken of hij kennis heeft gekregen van verrichtingen gedaan of genomen met overtreding van de statuten of van de bepalingen van het Wetboek van Vennootschappen.¹³⁶

Er wordt algemeen aanvaard dat het door de commissaris uit te oefenen toezicht op statutaire of wettelijke inbreuken enkel van toepassing is op die inbreuken die een weerslag hebben op de jaarrekening.^{137,138} Daaronder valt b.v. niet het in acht nemen van de wettelijke of statutaire bepaalde termijn voor het bijeenroepen van de algemene vergadering. Het verslag van de bestuurders waarin zij rekenschap geven van hun beleid, dat bepaalde informatie over belangrijke gebeurtenissen die na het einde van het boekjaar hebben plaatsgevonden, kan hiervan een voorbeeld vormen.¹³⁹ De verplichte vermelding door de commissaris van een inbreuk die weerslag heeft op de jaarrekening, kan uitzonderlijk worden weggelaten wanneer de openbaarmaking van de overtreding onverantwoorde schade aan de vennootschap kan berokkenen, en het bestuursorgaan gepaste maatregelen heeft genomen om de aldus ontstane onwettige toestand te herstellen.¹⁴⁰

De vraag rijst of de commissaris enkel de inbreuken waarvan hij kennis kreeg moet vermelden, of moet hij deze ook zelf gaan opsporen?

Een deel van de rechtsleer baseert zich op de parlementaire voorbereidende stukken van de wet van 5 december 1984 tot wijziging van de Vennootschapswet en in het bijzonder op de door de regering afgelegde verklaring,¹⁴¹ om te besluiten dat het niet tot de specifieke taak of opdracht van de commissaris behoort om onregelmatigheden op te sporen. Zij leiden hieruit af dat de commissaris niet op algemene wijze dient na te gaan of vennootschapsorganen de

¹³⁶ Artikel 144, lid 1, 6° W. Venn.

¹³⁷ K. AERTS, *Taken en aansprakelijkheden van commissarissen en bedrijfsrevisoren*, Larcier, Gent, 2002, p. 110, nr. 103; A. BENOÎT-MOURY, ‘Les pouvoirs et les responsabilités des commissaires’, *R.P.S.* 1986, 24; A. BENOÎT-MOURY en N. THIRION, ‘La responsabilité pénale du réviseur d’entreprises: épée de Damocles ou Tigre de papier?’, *R.P.S.* 1997, 200; H. OLIVIER en J. BONTE, ‘De aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen van de vennootschappen’, in *Controlegids Jaarrekening 1987*, afl. 3, C. 4, 10; A. VAN OEVELEN, *o.c.*, p. 246, nr. 12. Contra: J. LIEVENS, ‘De aansprakelijkheid van de commissaris-revisor na de recente wetwijzigingen – enkele kritische bedenkingen’, in *Liber amicorum Jan Ronse*, Story-Scientia, 1986, 269.

¹³⁸ De commissaris die inbreuken op de vennootschapswetgeving of statuten vaststelt die geen weerslag hebben op de jaarrekening, moeten deze wel melden aan het bestuursorgaan. Dit volgt uit de draagwijdte van artikel 144, lid 1, 6° W. Venn. De meldingsplicht reikt aldus verder dan de opsporingsplicht.

¹³⁹ Cfr. artikel 95-96 W. Venn.

¹⁴⁰ Artikel 144, eerste lid, 6° in fine W. Venn.; deze bepaling dient met de nodige voorzichtigheid te worden behandeld, wil men als commissaris niet worden aangesproken.

¹⁴¹ Verslag Pede bij het wetsontwerp ‘tot wijziging van de wetten op de handelsvennootschappen, gecoördineerd op 30 november 1975’, *Gedr. St. Senaat 1992-1993*, nr. 390/2, 28-29.



vennootschapswetgeving of de statuten hebben nageleefd. De commissaris dient bijgevolg enkel de overtredingen van het Wetboek van vennootschappen of de statuten aan de bestuurders en eventueel de algemene vergadering mee te delen in zoverre hij hiervan kennis heeft gekregen bij de uitoefening van zijn controletaak. Bijkomend argument ter ondersteuning van deze stelling kan gevonden worden in de wetsbepaling zelf. De commissarissen moeten in hun verslag enkel vermelden of zij ‘kennis’ hebben gekregen van verrichtingen gedaan of beslissingen genomen met overtreding van de statuten of het Wetboek van vennootschappen. Dit wijst eerder op een signalerings- en niet op een opsporingsverplichting.¹⁴²

Een ander deel van de rechtsleer argumenteert dat het tot de essentie van de commissarisfunctie zelf behoort om onregelmatigheden op te sporen, inclusief de overtredingen van het Wetboek van vennootschappen of de statuten.¹⁴³ De kans bestaat immers dat deze inbreuken voor gevolg hebben dat de jaarrekening van de vennootschap niet volgens de bepalingen van de Boekhoudwetgeving is opgesteld of geen getrouw beeld geeft van de financiële toestand van de vennootschap. Het is dus van belang dat in deze gevallen op de commissaris een opsporingsverplichting rust.¹⁴⁴

De controlenormen van het I.B.R. vereisen dat de commissaris zijn controleprocedures zodanig organiseert dat hij een redelijke waarschijnlijkheid heeft om de relevante onjuistheden in de financiële informatie, op te sporen.¹⁴⁵ Deze normen kunnen als beginsel worden vooropgesteld in het determineren van de zorgvuldigheidsplicht van de commissaris.

Opstellen van een controleverslag

De uiteindelijke doelstelling van de controlewerkzaamheden van de commissaris is dat hij over zijn bevindingen een verslag opstelt en openbaar maakt. Dit verslag dient vijftien dagen voor de algemene vergadering in de zetel van de vennootschap ter beschikking te worden gehouden van de aandeelhouders, die hiervan kosteloos een afschrift kunnen verkrijgen.¹⁴⁶ Het verslag dient minstens één maal per jaar te worden opgesteld naar aanleiding van de algemene vergadering. Dit verslag is één van de essentiële beoordelingselementen voor het verlenen van kwijting aan de bestuurders.¹⁴⁷

(A) *Minimuminhoud van het controleverslag*

Artikel 143 juncto artikel 144 W. Venn. beschrijft de vermeldingen die in het controleverslag moeten worden opgenomen. Algemeen wordt aangenomen dat deze bepalingen een verplichte minimuminhoud van het controleverslag betreffen. Het verslag van de commissaris vermeldt in het bijzonder:

¹⁴² J.P. MAES en K. VAN HULLE, *De hervorming van het bedrijfsrevisoraat en de organisatie van het accountantsberoep*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1985, 24 en 119; H. OLIVIER, ‘Nouveau régime du contrôle et des fonctions du commissaire’, *Ann. Fac. Dr. Liège* 1985, 39; A. BENOIT-MOURY, ‘Les pouvoirs et les responsabilités des commissaires’, *R.P.S.* 1986, p. 12, nr. 7; P.A. FORIERS en M. VON KEUGELGEN, ‘La responsabilité civile des réviseurs et experts-comptables’, *Rev. Dr. ULB* 1992/6, p. 40-41, nr. 53.

¹⁴³ J. LIEVENS, ‘De aansprakelijkheid van de commissaris-revisor na de recente wetswijzigingen – enkele kritische bedenkingen’ in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 266; A. VAN OEVELEN, *o.c.*, p. 248, nr. 14.

¹⁴⁴ Krachtens de artikelen 142 en 144, eerste lid, 2° en 3° W. Venn.; A. VAN OEVELEN, *o.c.*, p. 248, nr. 14.

¹⁴⁵ I.B.R. Jaarverslag 1994, 99.

¹⁴⁶ Artikel 553 juncto 535 W. Venn.

¹⁴⁷ Artikel 554 W. Venn.



hoe hij zijn controletaak heeft verricht en of hij van het bestuursorgaan en aangestelden van de vennootschap de opheldering en de inlichtingen heeft gekregen die hij gevraagd heeft;

of de boekhouding gevoerd is en de jaarrekening is opgesteld in overeenstemming met de wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften die daarop van toepassing zijn;

of de jaarrekening naar het oordeel van de commissaris een getrouw beeld geeft van het vermogen, van de financiële toestand en van de resultaten van de vennootschap, rekening houdend met de wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften die daarop van toepassing zijn, en of een passende verantwoording is gegeven in de toelichting;

of het jaarverslag de door de artikelen 95 en 96 vereiste vermeldingen bevat en in overeenstemming is met de jaarrekening;

of de winstbestemming die aan de vergadering wordt voorgelegd, in overeenstemming is met de statuten en met het wetboek van vennootschappen;¹⁴⁸

of hij kennis heeft gekregen van de verrichtingen gedaan of beslissingen genomen met overtreding van de statuten of van de bepalingen van dit wetboek.

Het staat de commissaris vrij om, afhankelijk van de aard en de omvang van de door hem gecontroleerde vennootschap, zijn verslag aan te vullen met bijkomende gegevens die hij, met het oog op een behoorlijk uitvoering van zijn controletaak, meent te moeten medelen aan de algemene vergadering.¹⁴⁹

Op grond van artikel 144, lid 2 W. Venn. dient de commissaris nauwkeurig en duidelijk het voorbehoud en de bezwaren die hij meent te moeten maken, in zijn verslag te melden en te rechtvaardigen. Maakt hij geen voorbehoud, dan dient hij uitdrukkelijk te vermelden dat hij voorbehoud, noch bezwaar te maken hebben. De commissaris moet een duidelijk en gemotiveerd standpunt innemen dat niet voor betwisting vatbaar is.¹⁵⁰

De commissaris kan drie soorten verklaringen afleggen: de goedkeurende verklaring, de goedkeurende verklaring met voorbehoud en de afkeurende verklaring.¹⁵¹

(B) Een goedkeurende verklaring

De *goedkeurende verklaring* zal de commissaris afleggen indien hij van oordeel is dat hij de te beoordelen financiële informatie zonder meer kan goedkeuren als zijnde in

¹⁴⁸ Opnieuw kan hier worden vastgesteld dat de taak van de commissaris zich tot een wettigheidscontrole beperkt. De commissaris kan zich in geen geval inlaten met de problematiek van een overmatige winstverdeling of een overmatige reservering. Dit is immers één van de exclusieve bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders.

¹⁴⁹ A. VAN OEVELEN, *o.c.*, p. 256, nr. 23.

¹⁵⁰ Artikel 144, lid 2 W. Venn. Dit betekent b.v. dat indien de commissaris een goedkeurende verklaring afgeeft, dit niet mag uitgedrukt worden in een negatieve vorm. Zinnen als 'wij hebben geen kennis gehad van feiten die het getrouw beeld in het gedrang brengen...' moeten vermeden worden.

¹⁵¹ Artikel 144, laatste lid W. Venn.



overeenstemming met alle wettelijke voorschriften en de algemene controlenormen¹⁵² maar ook met de vereiste van het getrouw beeld.¹⁵³

Volgens de controlenormen van het I.B.R. kan een verklaring zonder voorbehoud slechts worden afgegeven indien aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- de jaarrekening werd gecontroleerd in overeenstemming met de controlenormen van het I.B.R.;
- de jaarrekening bevat geen onjuistheden van materieel belang, rekening houdend met de wettelijke en reglementaire voorschriften, alsook met de boekhoudstandaarden waarnaar wordt gerefereerd;
- de waarderingsregels werden op consequente wijze toegepast, of de nodige inlichtingen omtrent wijzigingen en hun invloed op het resultaat werden in de toelichting verstrekt;
- alle nodige inlichtingen worden duidelijk in de jaarrekening verstrekt, zodanig dat, volgens de commissaris, een getrouw beeld van het vermogen, van de financiële positie en van de resultaten van de onderneming of van de groep wordt gegeven.¹⁵⁴

Wanneer er echter een betekenisvolle onzekerheid bestaat die geen afkeurende verklaring verantwoordt, kan de commissaris een toelichtende paragraaf aan zijn verklaring zonder voorbehoud toevoegen. Onder onzekerheid moet een situatie worden verstaan waarvan de afloop afhankelijk is van toekomstige verrichtingen of gebeurtenissen. Hij zal een dergelijke verklaring b.v. dienen af te leggen in het geval de continuïteit van de onderneming in het gedrang dreigt te komen.¹⁵⁵ De titel van het verslag luidt in dat geval: ‘*verklaring over de jaarrekening zonder voorbehoud, met een toelichtende paragraaf*’.

(C) Een goedkeurende verklaring onder voorbehoud

Indien de commissaris meent dat naar aanleiding van de controle van de jaarrekening bepaalde bedenkingen moeten geformuleerd worden, kan de commissaris de jaarrekening *goedkeuren onder de formulering van een voorbehoud*. Het gaat hier om bedenkingen die noch verband houden met inbreuken op de wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften, noch van aard zijn dat een niet getrouw beeld van de jaarrekening wordt gecreëerd. Volgens de controlenormen van het I.B.R. zal in twee situaties een voorbehoud geformuleerd moeten

¹⁵² L. LIEVENS, *o.c.*, 82.

¹⁵³ E. WYMEERSCH, “De nieuwe voorschriften inzake vennootschapsinformatie evenals inzake commissaristoezicht”, in *Het nieuwe vennootschappenrecht na de wet van 5 december 1984*, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1985, 106.

¹⁵⁴ Een goedkeurende verklaring zonder voorbehoud zal door de commissaris afgeleverd worden indien hij een bevestigend antwoord kan geven op de volgende vragen:

Is de boekhouding volledig?

Zijn de boekhoudkundige registraties een juiste weergave van de werkelijkheid?

Bestaan geïnventariseerde activa en passiva waarop de saldi van de balansrekening steunen, werkelijk?

Zijn de kosten en de opbrengsten m.b.t. het boekjaar X juist toegerekend?

Zijn de waarderingsregels aangenomen door de NV ABC gesteund op de in België algemeen aanvaarde beginselen, worden deze constant toegepast en/of worden de wijzigingen in de methodes verduidelijkt?

Wordt er rekening gehouden met de belangrijke gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden tussen de afsluiting van het boekjaar en het einde van de voornaamste controlewerkzaamheden?

Stemt de voorstelling van de jaarrekening overeen met de wettelijke en bestuursrechtelijk voorschriften en bevat de jaarrekening de nodige inlichtingen om de getrouwheid ervan te kunnen verantwoorden?

Zie hierover L. SWOLFS en 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*, Brussel, Larcier, 2003, p. 51, nr. 22.

¹⁵⁵ § 3.5.2. van de Algemene Controlenormen I.B.R.



worden: hetzij bij tekortkomingen in de interne controle of indien de commissaris geen genoeg heeft kunnen nemen met alternatieve controleprocedures, hetzij indien de boekhoudmethodes niet overtuigend zijn. Dit voorbehoud moet door de commissaris nauwkeurig en duidelijk worden vermeld en gemotiveerd. Hij dient de aard van de feiten die hem hebben aangezet tot het maken van het voorbehoud te verduidelijken. Tevens moeten de redenen voor dit voorbehoud alsook de betrokken rubriek(en) of de cijfermatige neerslag op de financiële toestand en de resultaten van de onderneming, voor zover dat kan berekend worden, vermeld worden.¹⁵⁶

In de praktijk leveren commissarissen vaak een verklaring onder voorbehoud af in het geval de financiële situatie van een vennootschap precair is, alhoewel dit wettelijk gezien niet nodig is. De redenering die er aan de grondslag van ligt is dat de gebruikers van de gecertificeerde informatie voldoende zouden ingelicht zijn over de precaire financiële situatie van de vennootschap.

(D) Een niet-goedkeurende verklaring

Indien de jaarrekening geen getrouw beeld geeft van het vermogen, de financiële toestand of de resultaten van de onderneming, of indien de jaarrekening niet werd opgesteld overeenkomstig de wettelijke of bestuursrechtelijke voorschriften, zal de commissaris een *niet-goedkeurende verklaring ofwel in de vorm van een onthouding ofwel in de vorm van een afkeuring* afleveren.

De commissaris kan in de eerste plaats *een onthoudende verklaring (een niet-goedkeurende verklaring in de vorm van een onthouding)* afleveren. De controlenormen laten deze verklaring slechts in twee omstandigheden toe. Dit is in de eerste plaats het geval indien de verstrekte informatie ontoereikend is zodat dat het onmogelijk is om een gefundeerd oordeel te geven over het getrouw beeld van het vermogen, de financiële positie en de resultaten van de onderneming. Deze situatie zal zich bijvoorbeeld voordoen in het geval de commissaris in de onmogelijkheid verkeert om bepaalde controleprocedures uit te voeren of in het geval van de accidentele verdwijning van de verantwoordingsstukken, ...

In de tweede plaats zal *een onthoudende verklaring* door de commissaris worden afgeleverd indien de financiële toestand van de vennootschap gekenmerkt wordt door talrijke onzekerheden, die op betekenisvolle wijze de jaarrekening beïnvloeden. Dit wordt beoordeeld hetzij vanuit het oogpunt van de bedrijfscontinuïteit, hetzij vanuit de inhoud van bepaalde rekeningrubrieken, zodanig dat de eenvoudige toelichtende paragraaf onder de verklaring, als niet voldoende zou kunnen worden beschouwd.^{157,158}

Door het afleveren van een onthoudende verklaring, wijst de commissaris er met andere woorden op dat hij geen goedkeurende verklaring kan afleveren gelet op externe omstandigheden die elke beoordeling verhinderen.¹⁵⁹ De commissaris zal de redenen voor het afleveren van een onthoudende verklaring duidelijk moeten uiteenzetten. De gebruiker moet

¹⁵⁶ § 3.7. van de Algemene Controlenormen I.B.R.

¹⁵⁷ § 3.8.1. van de Algemene Controlenormen I.B.R.

¹⁵⁸ L. LIEVENS, *o.c.*, 82.

¹⁵⁹ E. WYMEERSCH, "De nieuwe voorschriften inzake vennootschapsinformatie evenals inzake commissaristoezicht", in *Het nieuwe vennootschappenrecht na de wet van 5 december 1984*, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1985, 108.



immers voldoende geïnformeerd worden omtrent de geloofwaardigheid van de financiële informatie.¹⁶⁰

De commissaris kan ook een *afkeurende verklaring* afleveren. Een dergelijke verklaring wordt afgeleverd indien de commissaris van mening is dat de te beoordelen elementen niet in overeenstemming zijn met de wettelijke of bestuursrechtelijke voorschriften of geen getrouw beeld van de financiële toestand of het vermogen van de vennootschap weergeven.

De afkeurende verklaring van de commissaris kan gesteund zijn op diverse gronden, zoals het feit dat de boekhouding niet het gehele ondernemingsgebeuren reflecteert, de jaarrekening niet in overeenstemming is met de wettelijke voorschriften, enz. De commissaris zal eveneens een afkeurende verklaring afleveren indien hij met het bestuur van de vennootschap van mening verschilt op verscheidene punten die in belangrijke mate doorwegen op de financiële toestand van de onderneming zodat naar het oordeel van de commissaris geen getrouw beeld gevormd wordt van de financiële situatie van de vennootschap.

De commissaris zal de omstandigheden en de motivering die hem er toe aanzetten een afkeurende verklaring te geven, duidelijk moeten uiteenzetten in zijn verslag.¹⁶¹

§ 2. Controlebevoegdheden van de commissaris

De commissarissen hebben een onbeperkt recht van toezicht en controle op alle handelingen van de vennootschap. Dit controlerecht kan niet beperkt worden door statutaire clausules.¹⁶² De bevoegdheden van de commissaris worden omschreven in artikel 137 W. Venn. De onderzoeksbevoegdheden hebben een voortdurend karakter. Deze bevoegdheden kunnen worden uitgeoefend buiten de periode die aan de jaarlijkse algemene vergadering en het controleverslag voorafgaat.¹⁶³

Artikel 137 W. Venn. stelt dat de commissaris op elk ogenblik ter plaatse¹⁶⁴ *inzage* kan nemen van de boeken, brieven, notulen en in het algemeen van alle documenten en geschriften van de vennootschap. Dit inzagerecht wordt zeer ruim geïnterpreteerd. De commissaris dient zich niet alleen te baseren op de boekhoudkundige stukken die hem ter inzage worden voorgelegd, maar hij kan tevens alle verantwoordingsstukken, zoals facturen, bestelbons, bankrekeninguittreksels, contracten, interne rapporten en alle andere documenten opvragen aan het bestuursorgaan die hij nodig heeft voor de uitoefening van de hem toevertrouwde opdrachten. De vennootschap mag geen inzage van de stukken weigeren omdat b.v. bepaalde

¹⁶⁰ § 3.8.2. Algemene controlenormen I.B.R.

¹⁶¹ § 3.8.3. Algemene controlenormen I.B.R.

¹⁶² L. LIEVENS, *o.c.*, p. 72.

¹⁶³ B. TILLEMANS, *Het statuut van de commissaris-revisor- Benoeming, beëindiging en onderzoeksbevoegdheden*, Studies IBR, Recht 3/97, p. 96.

¹⁶⁴ De commissaris mag dus de (originele) documenten inzien, maar niet meenemen. Hij mag wel notities nemen, die eventueel bij een tegen hem ingestelde aansprakelijkheidsvordering kunnen bewijzen dat hij voldoende zorgvuldigheid aan de dag heeft gelegd bij het nazicht van de documenten. Volgens bepaalde auteurs zou de commissaris enkel fotokopieën kunnen nemen mits de toestemming hiervoor door de bestuurders wordt gegeven. Volgens VAN OEVELEN is deze strekking echter achterhaald, aangezien voor de toepassing van artikel 1728ter, § 1, vierde lid B.W. reeds geruime tijd wordt aangenomen dat het recht van de huurder van een appartement, om bij de beheerder van het appartement inzage te krijgen in de stukken die de kosten en lasten staven die door de verhuurder aan de huurder worden aangerekend, ook het recht impliceert om van die stukken een fotokopie te nemen. A. VAN OEVELEN, *o.c.*, p. 249, nr. 15.



bedrijfsgeheimen zouden achterhaald worden. De commissaris is immers gehouden tot het beroepsgeheim.^{165,166}

De commissaris kan *van de bestuurders* alle ophelderingen en inlichtingen vorderen en alle verificaties verrichten die zij nodig achten. Conform deze bepaling voorzien de algemene controlenormen als één van de aanvaardbare technieken voor het verzamelen van bewijskrachtig materiaal, het vragen van bevestiging van informatie aan de directie van een vennootschap. Bewijsmateriaal bekomen van derden en de persoonlijke vaststellingen van de commissaris worden als bewijskrachtig materiaal meer betrouwbaar beschouwd dan interne documenten. De bevestigingen van het leidinggevend orgaan van de vennootschap zijn bijkomend bewijskrachtig materiaal. Een belangrijk aspect van de jaarrekening kan niet uitsluitend gesteund worden op de bevestiging van de leiding, tenzij er geen afdoende materiaal hierover bestaat. De bevestiging van de leiding van de vennootschap kan niet in de plaats worden gesteld van gegevens waarvan de commissaris redelijkerwijs mag aannemen dat die beschikbaar zijn. Zo zullen bijvoorbeeld de verklaringen van de leiding van de vennootschap niet als bewijskrachtig materiaal worden beschouwd, wanneer het gaat om de bevestiging van een banksaldo, de eigendom van een goed, een aan- of verkoopprijs. Zij kunnen daarentegen wel nuttig zijn om de bedoeling van de leiding te onderbouwen, bv. de bedoeling om een deelneming aan te houden of die van de hand te doen, of de bedoeling om een bedrijfstak stop te zetten. De leiding van de vennootschap kan zowel mondeling¹⁶⁷ als schriftelijk¹⁶⁸ de bevestiging geven. Schriftelijke bevestigingen genieten de voorkeur. Gebruikelijk worden de vragen tot bevestiging gebundeld in de bevestigingsbrief ondertekend door de leden van het hoogste leidingniveau van de vennootschap,¹⁶⁹ met inbegrip van het financieel beleid.

Daarnaast kan de commissaris inlichtingen vragen aan het bestuursorgaan betreffende *verbonden vennootschappen of vennootschappen waarmee een deelnemingsverhouding* bestaat, voor zover zij deze inlichtingen nodig achten om de financiële toestand van de vennootschap te controleren.¹⁷⁰ Er kan niet worden betwist dat indien een vennootschap deel uitmaakt van een groep van vennootschappen, het van belang is dat de commissaris over de nodige informatie betreffende de jaarrekening en de financiële toestand moet kunnen beschikken van de vennootschappen die deel uitmaken van dezelfde groep.¹⁷¹ Indien het om

¹⁶⁵ Kort Ged. Kh. Brussel 20 december 1988, *T.R.V.* 1990, 570; art. 27 Wet 22 juli 1953, gewijzigd door art. 61A Wet 21 februari 1989; K. GEENS, *Het vrij beroep: enkele theoretische beschouwingen aan de hand van een vergelijkende studie naar Belgisch recht van de reglementering ter zake van de beroepen van arts, advocaat, architect en bedrijfsrevisor*, proefschrift KULeuven 1986, nrs. 134, 181, 230 e.v.

¹⁶⁶ In geval dit inzagerecht of toegang tot de vennootschap wordt geweigerd, kan de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel in kort geding gevraagd worden om aan deze onenigheid een einde te stellen.

¹⁶⁷ Mondelinge bevestigingen zijn onder meer: de verklaringen die door de commissaris in een verslag over een onderhoud heeft genotuleerd; de verklaringen die de commissaris in een schrijven aan zijn gesprekspartner bevestigt zonder om uitdrukkelijk bevestiging te vragen, wat het risico op misverstand tussen de revisor en de leiding van de vennootschap kan beperken.

¹⁶⁸ Schriftelijke bevestigingen kunnen de vorm aannemen van een bevestigingsbrief die de leiding van de vennootschap ondertekent; een brief waarin de commissaris bevestigt hoe hij de verklaringen van de directie heeft begrepen, en waarover de leiding zich schriftelijk akkoord verklaart; de notulen van de vergadering van de raad van bestuur of van een gelijkwaardig orgaan, evenals de ondertekende kopij van de jaarrekening, van een geconsolideerde jaarrekening of van een verslag van bovenvermelde organen. Artikel 1.3.2 Controleaanbeveling Bevestiging door de leiding.

¹⁶⁹ Dit zijn normaal gezien de afgevaardigd bestuurder of algemeen directeur en de financieel directeur.

¹⁷⁰ Artikel 137, § 1, tweede lid W. Venn.

¹⁷¹ Deze wettelijke bepaling werd door de wetgever ingevoegd op vraag van de praktijk (H. OLIVIER, 'Nouveau régime du contrôle et des fonctions du commissaire', *Ann. Fac. Dr. Liège* 1985, 62; I. VEROUGSTRAETE, "Le contrôle financier des sociétés anonymes", in L. DABIN, L. SIMONT, G. HORSMANS,



een geconsolideerde jaarrekening gaat, moet de consoliderende onderneming van haar controlebevoegdheid gebruik maken om van de in consolidatie opgenomen of op te nemen dochterondernemingen te verkrijgen dat zij de met de controle van de geconsolideerde jaarrekening belaste commissaris toelaten ter plaatse alle noodzakelijke controles te verrichten en dat zij hem op zijn verzoek alle noodzakelijke inlichtingen en bevestigingen verstrekken voor de naleving van zijn verplichtingen.¹⁷² Dit betekent met andere woorden dat aan de commissaris in dit geval een rechtstreekse toegang tot deze informatie wordt verschaft.

Aan de commissaris wordt de bevoegdheid verleend om rechtstreeks in contact te treden met *de werknemers* en hen de nodige vragen te stellen, zonder tussenkomst of toestemming van de bestuurders. Er wordt immers uitdrukkelijk bepaald dat de commissaris van de gemachtigden en van de aangestelden van de vennootschap alle inlichtingen en ophelderingen kan vorderen en alle verificaties kan verrichten.¹⁷³

Om de controle te vergemakkelijken en te verstevigen, kan de commissaris eveneens van het bestuursorgaan vorderen dat aan *derden* bevestiging wordt gevraagd van het bedrag van de vorderingen op, de schulden tegenover of van andere betrekkingen met de gecontroleerde vennootschap. Deze derden zullen meestal schuldeisers, leveranciers, financiële instellingen, enz. zijn.

De commissaris kan uitgenodigd worden tot de raad van bestuur. De commissaris moet echter met de nodige voorzichtigheid en terughoudendheid op een dergelijk voorstel ingaan. Gelet op zijn onafhankelijke positie, is het immers voor de commissaris verboden om zich te mengen in beleidsbeslissingen. De commissaris kan wel deelnemen aan de vergadering tijdens dewelke boekhoudkundige informatie wordt besproken. Hij kan de raad van bestuur wijzen op de gebreken in de administratieve en boekhoudkundige organisatie en in het systeem van interne controle.

§ 3. Technische aspecten

Algemeen wordt aanvaard dat de functie van de commissaris een permanent karakter vertoont.¹⁷⁴ Dit betekent niet dat de commissaris ononderbroken in de vennootschap aanwezig dient te zijn. Hij moet het ganse jaar door op de hoogte blijven van alle belangrijke verrichtingen van de vennootschap. Hij moet regelmatig contact onderhouden met de vennootschap. De commissaris die niet op de hoogte is van een belangrijke gebeurtenis, zoals het houden van een algemene vergadering, schiet tekort in zijn controleverplichting. In dit geval kan de commissaris aansprakelijk worden gesteld indien de algemene vergadering

G. KEUTGEN, J. RONSE, J. LIEVENS, I. VEROUGSTRAETE en P. VAN OMMESLAGHE, *Les sociétés commerciales*, Ed. du Jeune Barreau, 1985, p. 276-77, nr. 17). Vanuit de commissarispraktijk werd er immers op gewezen dat het voor bestuurders soms vrij moeilijk is om de door de commissaris gevraagde inlichtingen te verschaffen met betrekking tot vennootschappen die in een deelnemingsverhouding staan met de door de commissaris gecontroleerde vennootschap. Tevens bleek uit de praktijk dat de commissarissen van dochtervennootschappen hun informatie rechtstreeks aan de commissaris van de moedervernootschap bezorgden en dat wanneer er geen commissaris in de dochtervennootschap was, de bestuurders van de moedervernootschap hun commissaris in contact brachten met de bestuurders van de dochtervennootschap, die dan aan de commissaris rechtstreeks toegang verschaffen tot de nodige informatie (A. VAN OEVELEN, *o.c.*, p. 250, nr. 16.).

¹⁷² Artikel 74 van het Koninklijk Besluit van 6 maart 1990 op de geconsolideerde jaarrekening van de ondernemingen, *B.S.* 27 maart 1990.

¹⁷³ Artikel 137, § 1, lid 1 W. Venn.

¹⁷⁴ A. BENOIT-MOURY, 'Les pouvoirs et les responsabilités des commissaires', *R.P.S.* 1986, nr. 6369, p. 30; B. TILLEMANS, *o.c.*, p. 96, nr. 217; L. LIEVENS, *o.c.*, 71.



beraadslaagd heeft over een inbreng in natura zonder dat hem gevraagd wordt om een verslag op te maken.¹⁷⁵

De commissaris verricht een tussentijdse of interim-controle. Het is de plicht van de raad van bestuur om ten minste om de zes maanden een boekhoudstaat op te maken op basis van het balansschema en de resultatenrekeningen.¹⁷⁶ De tussentijdse controle van de commissaris richt zich voornamelijk op de procedures van interne controle, alsook op de administratieve en boekhoudkundige organisatie van de vennootschap. In die context zal de commissaris gedurende de looptijd van zijn mandaat - en op basis van een voorafgaande analyse van het controlerisico - de diverse cycli van de vennootschap aan een controle onderwerpen. Voorbeelden hiervan zijn: de verkoopcyclus, aankoopcyclus, investeringscyclus, personeelscyclus, ... In het kader van de tussentijdse controle zal de commissaris ook aandacht besteden aan de halfjaarlijkse staat, opgesteld volgens het schema van balans en resultatenrekening die de raad van bestuur hem in uitvoering van artikel 137, § 1 W. Venn. bezorgt.¹⁷⁷ Naar aanleiding van zijn tussentijdse controle kan de commissaris een 'management letter'¹⁷⁸ opstellen waarin hij zijn vaststellingen mededeelt, wijst op bepaalde gevolgen en eventueel een aanbeveling formuleert. Het bestuur van de vennootschap kan hierop schriftelijk reageren.¹⁷⁹

Overeenkomstig de bepalingen vervat in de Algemene controlenormen, moet iedere controleopdracht uitgevoerd worden volgens een aangepast werkprogramma. Het I.B.R. heeft een verdere concretisering van deze vereiste uitgewerkt. Bij het bepalen van de grote lijnen van het controleprogramma zal de commissaris o.a. rekening houden met de aard van de opdracht, de datum waarop het verslag moet worden uitgebracht; de omstandigheden die bijzondere aandacht vragen (zoals met betrekking tot discontinuïteit); het inschakelen van medewerkers of deskundigen en de graad van betrouwbaarheid van het boekhoudsysteem op basis van de beoordeling van de interne controle.

Een controleprogramma kan uit de volgende onderdelen bestaan:

onderzoek en evaluatie van administratieve organisatie; onderzoek van de interne controle;

onderzoek van de jaarrekening;

controle van de gebeurtenissen na balansdatum;

formeel nazicht van de jaarrekening;

controle van de voorgestelde resultaatsverwerking;

controle van het jaarverslag;

¹⁷⁵ B. TILLEMANS, *o.c.*, p. 97, nr. 218.

¹⁷⁶ Zie hoger nr. 24.

¹⁷⁷ L. SWOLFS en 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*, Brussel, Larcier, 2003, p. 45-46, nr. 13-14.

¹⁷⁸ Een managementletter is een brief van de commissaris aan het bestuursorgaan van de vennootschap waarin de commissaris, naar aanleiding van zijn tussentijdse of eindejaarscontrole, zijn vaststellingen op het vlak van zowel de administratieve organisatie of interne controle als op het vlak van de boekhouding en de jaarrekening, schriftelijk mededeelt, wijst op de gevolgen ervan en hieromtrent eventueel een aanbeveling formuleert.

¹⁷⁹ L. SWOLFS en B. DE KLERCK, *o.c.*, p. 58, nr. 48.



verslaggeving van de bedrijfsrevisor.¹⁸⁰

In het kader van zijn jaarlijkse controlebevoegdheid, kan de commissaris niet de gehele boekhoudkundige werkzaamheden controleren. Maar hij mag zich evenmin beperken tot een onderzoek van de overeenstemming tussen de jaarrekening en de boekhoudkundige verrichtingen. Hij moet het boekhoudkundig systeem doorlichten en nagaan of dit getrouwe boekhoudkundige informatie kan genereren. Door het I.B.R. worden controlenormen uitgevaardigd die als leidraad kunnen dienen bij de voornaamste opdrachten van de commissaris. De belangrijkste, met name de algemene controlenormen, omschrijven de basisbeginselen van de uitoefening van een controle op rekeningen, de stadia in het nazichtwerk en de voorwaarden vereist om de revisor in staat te stellen met kennis van zaken te oordelen.¹⁸¹

Om zijn controle uit te voeren, kan de commissaris diverse technieken hanteren. Een veel gebruikte techniek is het nazicht door middel van het uitvoeren van steekproeven. De algemene omkadering van het gebruik van steekproeven staat beschreven in de Algemene Controlenormen van het I.B.R. Deze moeten methodisch en beredeneerd worden bepaald. De steekproeven kunnen geschieden op basis van een statistische of andere aangepaste methode.¹⁸² De ‘volkomen’ controle (staat tegenover de aanpak van het ‘beperkt nazicht’) van de jaarrekening heeft betrekking op elke rubriek of elke onderrubriek er van.¹⁸³

Bij de controle van de boekhoudkundige waarderingen zijn de voornaamste stappen:

onderzoek van de gegevens en beoordeling van de hypothesen waarop de ramingen gebaseerd zijn;

nazicht van de berekeningen;

vergelijking van de vroegere ramingen met de reële resultaten om de betrouwbaarheid van de toegepaste methodes te testen;

onderzoek van de procedures voor goedkeuring door de leiding en

beoordeling van de conclusies.

Indien het verschil met wat de commissaris als gepast beoordeelt, redelijk blijft, kan hij oordelen dat de waardering aanvaardbaar is. Is dit niet het geval, dan moet hij het bestuur van de vennootschap voorstellen haar raming te herzien. Desgevallend zal hij de noodzaak in overweging nemen om een voorbehoud te maken of een onthoudende of afkeurende verklaring uit te brengen.¹⁸⁴

De commissaris is verplicht van de door hem en zijn medewerkers verrichte controlewerkzaamheden zodanige aantekening te houden of te doen houden, dat hieruit een getrouw beeld van de uitgevoerde opdracht kan verkregen worden.¹⁸⁵ Voor elke

¹⁸⁰ L. SWOLFS en B. DE KLERCK, *o.c.*, p. 53, nr. 34-35.

¹⁸¹ D.m.v. steekproeven en andere methodes. Zie K. AERTS, *o.c.*, p. 106-109, nrs. 99-102; L. LIEVENS, *o.c.*, p. 71.

¹⁸² L. SWOLFS en B. DE KLERCK, *o.c.*, p. 52, nr. 29.

¹⁸³ Zij behelst geen volledige controle van alle verrichtingen.

¹⁸⁴ L. SWOLFS en B. DE KLERCK, *o.c.*, p. 52-53, nrs. 29-32.

¹⁸⁵ De concretisering omtrent de vorm, inhoud, eigendom en bewaring van deze vereiste uit de Algemene Controlenormen, werd door het I.B.R. uitgewerkt.



controleopdracht dient een controledossier te worden opgemaakt. In het controledossier, dat eigendom is van de commissaris, wordt duidelijk geïllustreerd hoe het werkprogramma werd geconcretiseerd. Het controledossier is een instrument dat de uitgevoerde controlewerkzaamheden bundelt en ze in het controleverslag uitgedrukt oordeel motiveert.¹⁸⁶ Het controledossier zelf, alsook de aantekeningen en de opmerkingen van de commissaris zullen een belangrijk bewijselement vormen in de aansprakelijkheidsbeoordeling.

Afdeling II. De burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris

§ 1. Inleiding

Overeenkomstig het gemeen recht is de commissaris jegens de vennootschap op contractuele basis aansprakelijk en jegens derden op extracontractuele basis. Hieronder worden beide vormen van aansprakelijkheid bekeken in het licht van de bijzondere bepaling die in het Wetboek van Vennootschap is opgenomen, met name artikel 140 W. Venn. en in licht van het gemeen recht (artikel 1382 B.W.). In artikel 140 W. Venn. worden de aansprakelijkheidsgronden van de commissaris voor zijn revisorale controle uiteengezet. Artikel 140 W. Venn. maakt een onderscheid tussen (1) de aansprakelijkheid van de commissaris voor tekortkomingen die hij heeft begaan in de uitoefening van zijn taak en (2) de aansprakelijkheid van de commissaris voor alle schade die het gevolg is van overtreding van bepalingen van dit wetboek of van de statuten. Alvorens stil te staan bij de aansprakelijkheidsgronden, zal kort de kwalificatie van de overeenkomst tussen de commissaris en de vennootschap worden besproken. Voor de theorie van de samenloop van een contractuele en een extracontractuele vordering kan worden verwezen naar Deel I afdeling II § 2b.

Burgerlijke aansprakelijkheidsvorderingen tegen commissarissen verlopen door verloop van 5 jaar voor zover zij verrichtingen betreffen in verband met hun taak van commissaris. Deze verjaring loopt vanaf de datum van de verrichting of, indien ze met opzet verborgen zijn gehouden, vanaf hun ontdekking.¹⁸⁷ Wanneer de feiten een ondeelbaar geheel vormen, loopt de vordering slechts vanaf het laatste feit.¹⁸⁸

§ 2. De kwalificatie van de overeenkomst tussen de commissaris en de vennootschap

De relatie tussen de commissaris en de te reviseren vennootschap heeft een contractueel karakter.¹⁸⁹ De commissaris wordt door de vennootschap aangesteld, om ten behoeve van de vennootschap bepaalde in de wet voorziene taken uit te voeren. Gelet op het feit dat de commissaris deze opdrachten vervult tegen betaling van een vergoeding, is deze contractuele overeenkomst wederkerig.¹⁹⁰

¹⁸⁶ L. SWOLFS en B. DE KLERCK, *o.c.*, p. 65, nrs. 36-37.

¹⁸⁷ Artikel 198 W. Venn.

¹⁸⁸ Cass. 14 februari 1935, *Pas.* 1935, I, 159, *R.P.S.* 1936, 127.

¹⁸⁹ Een contract is een overeenkomst waarbij één of meer personen zich jegens een of meer andere verbinden iets te geven, te doen of niet te doen (Artikel 1101 B.W.).

¹⁹⁰ Artikel 1102 B.W.



Of er sprake is van een inspannings- dan wel een resultaatsverbintenis hangt af van de bedoeling van de partijen, met name de vennootschap en de commissaris.¹⁹¹ De rechter kan hierbij rekening houden met de duidelijkheid van de verbintenis, als ook met de onzekerheid die aan de toegezegde prestatie is verbonden. Dit laatste element zal evenwel doorslaggevend zijn. In dit verband is het belangrijk er op te wijzen dat de categorieën van inspannings- of een resultaatsverbintenis niet sluitend zijn en dat er verschillende gradaties van bestaan.¹⁹²

In de rechtsleer bestaat er, behoudens de uitdrukkelijke bedoeling van partijen, weinig betwisting dat de controleverplichting van de commissaris ten aanzien van de vennootschap veelal een inspanningsverbintenis zal uitmaken.¹⁹³ Bij het opmaken van het controleverslag moet de commissaris immers bepaalde keuzes en beslissingen nemen (onder meer met betrekking tot de manier waarop hij zijn controle zal vervullen). Er bestaan verschillende soorten controlemethodes, waarvan de ene al meer betrouwbaar is om bepaalde onregelmatigheden te ontdekken dan de andere. Andere verplichtingen van de commissaris ten aanzien van de vennootschap, zoals het opmaken van het controleverslag of de naleving van bepaalde verplichte termijnen, kunnen dan weer een resultaatsverbintenis uitmaken.¹⁹⁴

Het Franse Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat de verbintenis van de commissaris een inspanningsverbintenis uitmaakt.¹⁹⁵ De taken van de commissaris maken een inspanningsverbintenis uit in zoverre een onzekerheid ligt in de te verrichten taken.¹⁹⁶ Er wordt in dat geval vereist dat de commissaris bij zijn controlewerkzaamheden gebruik maakt van ernstige steekproeven. Enkel de duidelijk door de wet afgebakende taken van de commissaris, die geen beoordeling behoeven, zullen een resultaatsverbintenis uitmaken b.v. indien de commissaris moet verifiëren dat de bestuurders van de vennootschap, zoals voorgeschreven door artikel 95 §1 Code des Sociétés, op zijn minst een in de statuten bepaald aantal aandelen bezitten.

Omtrent de kwalificatie van de contractuele relatie tussen de commissaris en de door de commissaris te reviseren vennootschap, bestaat geen duidelijkheid. Traditioneel wordt de overeenkomst gekwalificeerd als een lastgevingsovereenkomst.¹⁹⁷ Andere mogelijke

¹⁹¹ Cass. 3 maart 1984, I, 508, *Arr. Cass.* 1983 en de concl. Procureur-Generaal KRINGS, Cass. 18 mei 1990, *Pas.* 1990, I, nr. 549.

¹⁹² P.A. FORIERS, “De burgerlijke aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisoren: een algemeen overzicht” in *Bronnen van Aansprakelijkheid van de revisor*, Studies I.B.R., Recht 1996, nr. 2, Instituut der Bedrijfsrevisoren, Brussel, 1996, p. 14, nr. 13.

¹⁹³ P.A. FORIERS en M. VON KEUGELGEN, *o.c.*, p. 47, nr. 61; A. VAN OEVELEN, *o.c.*, p. 274, nr. 47; I. VEROUGSTRAETE *o.c.*, p. 274, nr. 13.

¹⁹⁴ P.A. FORIERS, “De burgerlijke aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisoren: een algemeen overzicht”, *o.c.*, p. 16, nr. 19.

¹⁹⁵ Cass. Fr. Chambre commerciale 9 februari 1988, *Bull. Civ. IV*, nr. 68, *Bull. CNCC* 1988, nr. 70, p. 197, noot E. DU PONTAVICE, *Petites Affiches* 7 maart 1988, 13, noot MORETTI, *Bull. Joly* 1998, 275, noot P.L.C., *Rev. sociétés* 1988, 555, noot J. MONEGER; Cass. Fr. 1^{ste} civiele kamer 19 mei 1987, *Bull. CNCC* 1987, 344; Cass. Fr. Chambre commerciale 17 oktober 1984, *Bull. CNCC* 1985, nr. 57, p. 109, noot E. DU PONTAVICE, *Rev. Sociétés* 1985, 845, noot D. VIDAL, *JCP* 1985, II, 20458, noot A. VIANDIER.

¹⁹⁶ J. MONEGER en TH. GRANIER, *Le commissaire aux comptes*, Parijs, Dalloz, 1995, p. 142-145, nrs. 508-519.

¹⁹⁷ P.A. FORIERS en M. VON KEUGELGEN, “La responsabilité civile des réviseurs et experts-comptables”, *Rev. Dr. ULB* 1992/6, p. 17, nr. 10; A. VAN OEVELEN, “De rol en de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris-revisor”, in M. STORME, H. BRAECKMANS en E. WYMEERSCH, *Handels- Economisch en Financieel recht*, Gent, Mys&Breesch, 1995, p. 271, nr. 43-44.



kwalificaties zijn huur van (intellectuele) werken (de aannemingsovereenkomst)¹⁹⁸ of zelfs sui generis zoals deze overeenkomst door Franse rechtspraak en rechtsleer wordt erkend.¹⁹⁹

Het onderscheid tussen de huur van werk en de lastgeving is niet steeds eenvoudig te bepalen nu zowel de lasthebber als de aannemer van werk ten gunste van een ander diensten verstrekt en hierbij een zekere onafhankelijkheid geniet. Of men te maken heeft met een huur van werk, dan wel met een lastgevingsovereenkomst, zal afhangen van het voorwerp van de overeenkomst. Huur van (intellectuele) werken heeft in hoofdzaak materiële daden tot voorwerp, terwijl lastgeving in hoofdzaak rechtshandelingen tot voorwerp heeft.²⁰⁰

Om de overeenkomst te kunnen kwalificeren, dient men een onderscheid te maken tussen twee verschillende categorieën van taken die door de wet aan de commissaris worden toevertrouwd.²⁰¹

1) Een deel van de wettelijke opdrachten waaronder het opmaken van een beschrijvend verslag van bepaalde handelingen of verrichtingen in de vennootschap en het verstrekken van informatie aan de verscheidene organen binnen de vennootschap, kunnen gekwalificeerd worden als een aanneming van (intellectueel) werk. Aanneming van werk veronderstelt een persoon die zich jegens een wederpartij verbindt om, tegen een door deze laatste te betalen vergoeding, in volle onafhankelijkheid, maar zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid, ten behoeve van de wederpartij handelingen te verrichten door het stellen van materiële of intellectuele handelingen.

Met name de afwezigheid van een band van ondergeschiktheid en het verrichten van materiële of intellectuele handelingen zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid, doen besluiten tot een kwalificatie van aanneming van werk voor dit soort van dienstverlening door de commissaris.²⁰²

2) Een tweede categorie van wettelijke opdrachten bestaat in het controleren en certificeren van de financiële informatie die door de vennootschap wordt verstrekt. Deze dienstverlening zou men kunnen kwalificeren als lastgeving. Een belangrijk element om te determineren of er sprake is van lastgeving, is de kwalificatie van de handelingen gesteld door de lasthebber. De beoordelingsdaden die door de commissaris worden verricht, kunnen als rechtshandelingen gekwalificeerd worden. Immers, bij het vervullen van deze opdrachten wordt door de commissaris een beoordeling gegeven waaraan door de wetgever rechtsgevolgen worden verbonden, in die zin dat de regelmatigheid of de rechtsgeldigheid van bepaalde rechtshandelingen in vennootschapsverband afhankelijk is van het door de commissaris opgestelde beoordelingsverslag. Voorbeelden hiervan zijn: het verslag dat bij een inbreng in natura bij de oprichting van een vennootschap of bij een kapitaalverhoging wordt opgesteld of het door de commissaris op te stellen verslag betreffende de jaarrekening van de vennootschap.

¹⁹⁸ I. VEROUGSTRAETE, "Le contrôle financier des sociétés anonymes", in L. DABIN, L. SIMONT, G. HORSMANS, G. KEUTGEN, J. RONSE, J. LIEVENS, I. VEROUGSTRAETE en P. VAN OMMESLAGHE, *Les sociétés commerciales*, Ed. du Jeune Barreau, 1985, p. 276, nr. 16.

¹⁹⁹ Y. GUYON en G. COQUEREAU, *Le commissariat aux comptes, Aspects juridique et technique*, Paris, Librairies techniques, 1971, p. 77-78, nrs. 93-74; Contra: J. MONEGER en TH. GRANIER, *Le commissaire aux comptes*, Parijs, Dalloz, 1995, p. 137-140, nrs. 490-497.

²⁰⁰ De rechtspraak die dit onderscheidingscriterium onderbouwt, is terug te vinden in: B. TILLEMANS, *Lastgeving*, APR-reeks, Gent, Story-Scienta, 1997, p. 10, nr. 12; G. VAN HECKE, "De locatio operis faciendi, een bijdrage tot de systematiek van de contracttypes", *T.P.R.* 1966, 349.

²⁰¹ A. VAN OEVELEN, *o.c.*, nr. 27, p. 264.

²⁰² A. VAN OEVELEN, *o.c.*, nr. 27, p. 264.



Oorspronkelijk werd in de artikelen 143-144 W. Venn. een uitdrukkelijke verwijzing opgenomen naar lastgeving als kwalificatie van deze revisorale taken.²⁰³ Vermits de functie van commissaris enkel nog door een bedrijfsrevisor kon worden uitgeoefend en steeds bezoldigd was, oordeelde de wetgever dat deze verwijzing niet langer noodzakelijk was.²⁰⁴ Op deze benaderingswijze van de wetgever werd terecht kritiek geleverd.²⁰⁵ Immers, ook andere regels van gemeenrechtelijke lastgeving kunnen nuttig worden toegepast op de contractuele relatie tussen de commissaris en de vennootschap. Een voorbeeld hiervan is de verplichting van de lasthebber om ook na de beëindiging van zijn mandaat zijn ambt verder te zetten tot vervanging is voorzien.²⁰⁶ Op grond van dit artikel is een ontslagnemende commissaris gehouden om verslag uit te brengen over de jaarrekening opgesteld door de ontslagnemende bestuurders over het (gedeelte van het boekjaar) voorafgaand aan de ontbinding.

Maar men kan de functie van commissaris niet zonder meer gelijkstellen met een lasthebber aangezien hij die handelingen niet enkel stelt in naam en voor rekening van zijn lastgever, de vennootschap. Hij handelt ook in het belang van derden en vervult een taak van algemeen belang die het voorwerp van een eenvoudig mandaat overschrijdt. De commissaris moet zich bijgevolg soms distantiëren van zijn opdrachtgever en kan met hem zelfs in conflict komen, met name indien hij een verklaring met voorbehoud of een niet-goedkeurende verklaring formuleert.²⁰⁷

OLIVIER stelt echter dat de rol van commissaris geen uitstaans heeft met dat van een mandataris zoals die oorspronkelijk kon gezien worden. Hij werpt op dat het woord ‘mandaat’ waarvan sprake is in artikel 130, lid 2 W. Venn. niet noodzakelijk naar de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot lastgeving dient te verwijzen omdat de uitoefening van de controlefuncties volgens hem geenszins een vertegenwoordiging bij het stellen van rechtshandelingen inhoudt. Hij stelt dat de commissaris per definitie een verstrekker is van beroepsdiensten en zijn aansprakelijkheid dus moet beoordeeld worden in het licht van de verwachtingen van de mede-contractant - de vennootschap – ten aanzien van een normaal beroepsbekwaam bedrijfsrevisor die in eenzelfde toestand optreedt.²⁰⁸

De controlerende functie van commissaris kan niet gekwalificeerd worden als ‘huur van werk’. Huur van werk dat betrekking heeft op ‘intellectuele prestaties’, zal onder lastgeving kunnen worden begrepen onder meer vanwege het feit dat contracten van dienstverlening onder bezwarende titel worden gesloten en het voorwerp van de overeenkomst het dichtst bij de kwalificatie van lastgeving aansluit.²⁰⁹ In de praktijk is het precies deze kwalificatie die op een groot aantal beroepsbeoefenaars wordt toegepast en die vanuit technisch oogpunt geen lasthebbers zijn, b.v. in het geval van commerciële tussenpersonen.²¹⁰

²⁰³ Zie aldus: C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, Brussel, Pée, 1933, 265.

²⁰⁴ Verslag VERHAEGEN, *Gedr. St. Kamer* 1982-83, nr. 552/35, 53.

²⁰⁵ B. TILLEMANS, *Lastgeving, o.c.*, p. 378, nr. 669.

²⁰⁶ Artikel 1991 B.W.

²⁰⁷ A. VAN OEVELEN, *o.c.*, nr. 44, p. 272. Dat de commissaris handelt in het belang van derden, wordt eveneens bevestigd in de rechtspraak: Rb. Brussel 12 december 1996, *J.D.S.C.* 2000, 227; *T.R.V.* 1997, 38.

²⁰⁸ H. OLIVIER, “Milieu en controle: Burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris-revisor”, in *Bedrijfsrevisor en milieu*, Studie I.B.R.-controle, 1/94, 1994, 64.

²⁰⁹ P.A. FORIERS, “De burgerlijke aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisoren: een algemeen overzicht” in *Bronnen van Aansprakelijkheid van de revisor*, Studies I.B.R., Recht 1996, nr. 2, Instituut der Bedrijfsrevisoren, Brussel, 1996, nr. 11, p. 12.

²¹⁰ FORIERS stelt dat in de praktijk de regeling nauw aansluit aan de regeling, uitgewerkt in het Zwitserse Wetboek van Verbintenissen, dat lastgeving als een soort ‘residu-contract’ beschouwt dat niet noodzakelijk betrekking moet hebben op juridische handelingen.



Gezien deze rechtsverhouding strikt genomen niet kan worden teruggebracht onder één van de benoemde overeenkomsten, zou men deze overeenkomst ‘sui generis’ kunnen kwalificeren. In de Franse rechtsleer werd uit de specificiteit van de rechtsverhouding van de commissaris afgeleid dat men dit moet beschouwen als een specifiek wettelijk statuut.

Om een sui generis-kwalificatie te kunnen hanteren, mag de overeenkomst niet als een gemengd contract gekwalificeerd kunnen worden. Er is sprake van een gemengd contract indien de rechtsbetrekking zowel materiële handelingen als rechtshandelingen impliceert. De commissaris die de financiële informatie controleert en certificeert, stelt zowel rechts- als materiële handelingen. Het past dan ook om de rechtsverhouding tussen de commissaris en de vennootschap te kwalificeren als een gemengde overeenkomst. De regels van de lastgeving kunnen worden toegepast voor zover zij niet onverenigbaar zijn met de specifieke aard van de overeenkomst.²¹¹ Dit is een toepassing van de cumulatietheorie: de rechtsregels van beide stelsels kunnen cumulatief worden toegepast.^{212,213} Voornamelijk met betrekking tot het beëindigen of het tenietgaan van de overeenkomst zullen de specifieke regels voorzien in het Wetboek van Vennootschappen van toepassing zijn. Zo kunnen commissarissen op straffe van schadevergoeding tijdens hun opdracht enkel ontslagen worden om wettige redenen.²¹⁴ Behoudens gewichtige redenen, mag de commissaris tijdens zijn opdracht geen ontslag nemen tenzij ter algemene vergadering en nadat deze schriftelijk werd ingelicht over de beweegredenen van zijn ontslag.

Opteren voor een sui generis-kwalificatie, is echter niet de meest geschikte oplossing. Gelet op de toepassing van de cumulatietheorie, kan men immers spreken van een gemengd contract, hetgeen de voorwaarde is om een bepaalde rechtsbetrekking niet als sui generis te bestempelen.²¹⁵ Daarenboven biedt deze kwalificatie geen antwoord op de diverse juridische vragen omtrent de relatie tussen de vennootschap en de commissaris, b.v. met betrekking tot de opzegging van de commissaris door de vennootschap.

Voor de beoordeling van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris, mag het belang van de juridische kwalificatie als lastgeving of aanneming niet overschat worden.²¹⁶ Zowel de aanneming van intellectueel werk, als de bezoldigde lastgeving zijn immers onderworpen aan de gemeenrechtelijke regels van de contractuele aansprakelijkheid.²¹⁷

²¹¹ In die zin: P.A. FORIERS, “De burgerlijke aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisoren: een algemeen overzicht” in *Bronnen van Aansprakelijkheid van de revisor*, Studies I.B.R., Recht 1996, nr. 2, Instituut der Bedrijfsrevisoren, Brussel, 1996, 7-163.

²¹² G. VAN HECKE, “De locatio operis faciendi: een bijdrage tot de systematiek van de contracttypes”, *T.P.R.* 1966, 349; B. TILLEMEN, *Lastgeving, o.c.*, 14.

²¹³ Is het niet mogelijk de contractuele rechtsbetrekking op te splitsen, dan dient toepassing te worden gemaakt van de rechtsregels van de contractuele verhouding die binnen het geheel van contractbetrekking als dominerend moet beschouwd worden (absorptietheorie). Zie: Kh. Charleroi 3 september 1996, *T.R.V.* 1999, 439, noot W. GOOSENS; G. VAN HECKE, “De locatio operis faciendi: een bijdrage tot de systematiek van de contracttypes”, *T.P.R.* 1966, 349; E. DIRIX, La réductibilité du salaire du mandataire: survivance d’une tradition”, noot onder Cass. 6 maart 1980, *R.C.J.B.* 1982, 532; B. TILLEMEN, *Lastgeving, o.c.*, 14; zie ook P. WÉRY, *Droit des contrats. Le mandat*, Brussel, Larcier, 2000, 105-107, die er van uitgaat dat eerst de absorptietheorie gehanteerd moet worden.

²¹⁴ Artikel 135 W. Venn.

²¹⁵ B. TILLEMEN, *Lastgeving, o.c.*, 14.

²¹⁶ K. AERTS, *Taken en aansprakelijkheden van commissarissen en bedrijfsrevisoren*, Gent, Larcier, 2002, p. 86, nr. 80; P.A. FORIERS en M. VON KEUGELGEN, *o.c.*, nr. 18, p. 20.

²¹⁷ A. VAN OEVELEN, *o.c.*, nr. 44, p. 273.



§ 2. Bevoegde rechtbank

Overeenkomstig artikel 574, 1° Ger. W. is de rechtbank van koophandel bevoegd te oordelen over aansprakelijkheidsvorderingen tegen een commissaris van de vennootschap, wanneer deze vordering is ingesteld door de vennootschap of haar curator, een aandeelhouder of een bestuurder. Artikel 574, 1° Ger. W. bepaalt dat de rechtbank van koophandel bevoegd is om kennis te nemen *‘van geschillen terzake van een handelsvennootschap, [...] tussen commissarissen, tussen commissarissen en de vennootschappen en tussen commissarissen en bestuurders, zaakvoerders of vennoten’*. Opvallend is dat geschillen tussen een commissaris en een derde buiten het toepassingsgebied van deze bepaling vallen. In dat geval is de rechtbank van eerste aanleg bevoegd om kennis te nemen van het geschil. In dat laatste geval is de rechtbank van koophandel immers bevoegd. Dit is eveneens het geval indien de curator optreedt als vertegenwoordiger van de massa, met name namens de gezamenlijke schuldeisers. Zoals hoger werd vermeld, is dit niet het geval voor geschillen van een derde tegen een bestuurder van de vennootschap.

De vereiste hoedanigheid moet voorhanden zijn op het ogenblik van de betwiste feiten. Het lijkt niet langer noodzakelijk dat deze hoedanigheid blijft bestaan op het ogenblik van de dagvaarding.

§ 3. Artikel 140, lid 1 W. Venn.: aansprakelijkheid van de commissaris wegens tekortkoming in de uitoefening van zijn taak

A. Jegens de vennootschap

De commissaris is jegens de vennootschap aansprakelijk voor tekortkomingen die hij in de uitoefening van zijn taak begaat.

Een rechtsvordering op basis van artikel 140, lid 1 W. Venn., met name tekortkoming in de taakuitoefening door de commissaris, kan enkel ingesteld worden door de vennootschap. De beslissing tot het instellen van een vordering jegens de commissaris dient door de algemene vergadering te worden genomen.

Derden zijn uitgesloten van het toepassingsgebied van deze bepalingen. Derden die schade lijden door fouten van de commissaris, zullen op artikel 1382 B.W. beroep moeten doen om hun schade vergoed te zien. Indien de fouten van de commissaris evenwel overtredingen zijn van het Wetboek van Vennootschappen of de statuten, kunnen derden zich beroepen op artikel 140, lid 2 W. Venn. om de commissaris aan te spreken.

B. Tekortkoming in de zorgvuldigheidsverplichting

De commissaris kan worden aangesproken indien hij tekort schiet in de uitoefening van zijn taak. De commissarissen hebben, net als bestuurders, het recht om een fout te begaan. Enkel het kennelijk onredelijk gedrag, rekening houdend met de concrete werkelijkheid van de gang van zaken in ondernemingen, brengt de aansprakelijkheid van de commissaris in het



gedrang.²¹⁸ Om te oordelen of een fout onder het toepassingsgebied van deze bepaling ressorteert, moet rekening worden gehouden met het criterium van het behoorlijk gedrag van de eerlijke, bekwame en zorgvuldige beroepsbeoefenaar.

Het criterium van de kennelijke onredelijkheid wordt door de rechter op *marginale* wijze getoetst. Wanneer de commissaris de keuze had uit verschillende methodes en hij bijvoorbeeld heeft geopteerd voor een andere – op zich nochtans redelijke – methode dan diegene welke hem in staat zou hebben gesteld de later aangevoerde onregelmatigheid vast te stellen, kan de rechter oordelen dat hij niet aansprakelijk is.²¹⁹

De bedrijfsrevisor moet de wettelijke en reglementaire bepalingen naleven, evenals de gebruikelijke controlenormen van het I.B.R. Deze normen omschrijven in beginsel de gedragslijn van een normaal zorgzame en voorzichtige bedrijfsrevisor. Ze bevatten soms een regel die een gewoonte of een vast gebruik weerspiegelt. De algemene zorgvuldigheidsnormen van de bedrijfsrevisor zijn vaak terug te brengen tot de algemene controlenormen van het I.B.R., maar kunnen daartoe zeker niet herleid worden. Bij de beoordeling van het gedrag van de bedrijfsrevisor kan ook gebruik worden gemaakt van andere normen, die algemeen aanvaard zijn in de rechtspraak of die bepaald zijn door gewoonte. Een wetens willens overtreding van een voorschrift van de wet of algemene norm van behoorlijk gedrag wordt steeds als een fout in de hierboven beschreven betekenis beschouwd.²²⁰

De commissaris die bijvoorbeeld een controletaak aanvaardt in omstandigheden die het hem onmogelijk maken om zijn plicht op een ernstige wijze te vervullen b.v. een te beperkt budget of tijdsgebrek, komt tekort aan zijn zorgvuldigheidsverplichting.²²¹

Maakt eveneens een overtreding uit van de zorgvuldigheidsverplichting: de commissaris die in feite nalaat controle uit te oefenen, en in werkelijkheid door een accountantskantoor gebeurde. De commissaris die niet kan opgeven wanneer de vennootschap failliet is verklaard, geen halfjaarlijkse controle verricht, zijn eveneens elementen die een tekortkoming aan de zorgvuldigheidsverplichting kunnen illustreren.²²²

C. Persoonlijke aansprakelijkheid van de commissaris

Het gaat in deze om een persoonlijke aansprakelijkheid van de commissaris jegens de vennootschap. Wanneer een college van commissarissen is aangesteld, moet de eisende partij bewijzen welk lid van het college de fout heeft begaan. Commissarissen kunnen echter wel in

²¹⁸ K. AERTS, *o.c.*, p. 72-73, nr. 63; 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, *o.c.*, p. 13, nr. 24; A. VAN OEVELEN, *o.c.*, p. 275, nr. 47.

²¹⁹ Zie hierover J. RONSE, "Marginale toetsing in het privaatrecht", *TPR* 1966, 207.

²²⁰ Cass. 3 oktober 1994, *Arr. Cass.* 1994, 807, *J.T.* 1995, 26, *J.L.M.B.* 1995, 616 en *R.W.* 1996-97, 1227. Sommige auteurs maken hierbij een voorbehoud en beklemtonen dat eerst moet worden nagegaan of de overtreden wet ook een gedragsregel bevat (een uitdrukkelijk gebod of verbod), waarvan de schending kan worden toegerekend aan de bedrijfsrevisor. Zie: L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Deel I*, Antwerpen, Maklu, 1989, 40; P. VAN OMMESLAGHE, 'La responsabilité des professionnels de la comptabilité et de la profession belge', *Revue belge de la comptabilité et de l'informatique*, 31 maart 1981, nrs. 4 en 5.

²²¹ Antwerpen 14 april 1980, *R.P.S.* 1981, 128.

²²² Gent 13 januari 1995, *T.B.H.* 1997, 179.



solidum of hoofdelijk worden veroordeeld indien het gemeenschappelijke of samenlopende fouten betreffen.

D. Contractueel beperken van de aansprakelijkheid?

De commissaris kan zijn aansprakelijkheid niet beperken. Artikel 9bis van de wet van 22 juli 1953 houdende de oprichting van het Instituut der Bedrijfsrevisoren bepaalt dat het voor bedrijfsrevisoren²²³ verboden is zich aan de aansprakelijkheid, zelfs gedeeltelijk, door een bijzondere overeenkomst te onttrekken.

Het is echter wel mogelijk dat de aansprakelijkheid van de commissaris wordt gedekt door het verlenen van kwijting. Kwijting wordt verleend door de algemene vergadering. Voor zover dit geschiedt met volledige kennis van zaken, kan de commissaris niet langer contractueel worden aangesproken door de vennootschap voor zijn revisorale controle die hij voor het verlenen van de kwijting heeft uitgevoerd.²²⁴

§ 4. Artikel 140, lid 2 W. Venn.: Overtreding van het wetboek van vennootschappen en de statuten

E. Jegens de vennootschap en jegens derden

De commissaris is jegens de vennootschap en jegens derden hoofdelijk aansprakelijk voor alle schade die het gevolg is van overtredingen van het Wetboek van Vennootschappen en de statuten.

In dit kader kan de commissaris zowel door de vennootschap als door derden worden aangesproken worden. Zo is het bijvoorbeeld mogelijk dat een kredietinstelling die schade lijdt door op basis van (foutieve) gecontroleerde financiële informatie een kredietverhoging toe te kennen, een vordering instelt op basis van artikel 140, lid 2 W. Venn.²²⁵

Overtredingen van W. Venn. of de statuten

Overeenkomstig dit artikel kan de commissaris worden aangesproken voor alle schade die voortvloeit uit de overtredingen van het Wetboek van vennootschappen of de statuten.

²²³ Een commissaris is een bedrijfsrevisor die wordt aangesteld door de vennootschap om wettelijke controletaken te vervullen, met name de certificering van bepaalde financiële informatie en informatie aan de ondernemingsraad.

²²⁴ De gevolgen van deze kwijting zijn echter veeleer beperkt, nu dit enerzijds enkel de verhouding betreft tussen de commissaris en de vennootschap, en anderzijds omdat indien voldaan is aan de toelaatbaarheidsvoorwaarden van een cumulatie van aansprakelijkheden (namelijk vijf jaar), dan kan de vennootschap ondanks de verleende kwijting, nog steeds haar commissaris vervolgen op grond van een strafbaar feit.

²²⁵ Kh. Hasselt 25 juni 2002, *T.R.V.* 2003, 81-85.



Door de nieuwe codificatie van de vennootschapswetgeving werden delen van de Boekhoudwet²²⁶ die betrekking hebben op de jaarrekening, de bepalingen uit het K.B. van 6 maart 1990 over de geconsolideerde jaarrekening alsook de bepalingen over gemeenrechtelijke vennootschappen in het Wetboek van vennootschappen opgenomen. In de artikelen 90 en volgende wordt niet langer een verwijzing naar de Wet van 17 juli 1975 opgenomen. Dit komt de rechtszekerheid ten goede,²²⁷ nu enkel een schending van de wettelijke bepalingen opgenomen in het Wetboek van vennootschappen, de aansprakelijkheid van de commissaris op basis van artikel 140, lid 2 W. Venn. in het gedrang kunnen brengen.²²⁸ De inhoudelijke wijzigingen in het Wetboek van vennootschappen, kennen echter een zwaardere aansprakelijkheid toe aan de commissaris. Immers, door bepalingen uit het K.B. van 6 maart 1990 over de geconsolideerde jaarrekening in het Wetboek van vennootschappen op te nemen, kan een schending van deze bepalingen eveneens de aansprakelijkheid van de commissaris tot gevolg hebben.²²⁹

Het arrest van het Hof van Beroep van Luik oordeelde in dat kader dat indien de commissaris de algemene vergadering tijdig had bijeengeroepen zoals het hoorde, de vennootschap tijdig zou zijn vereffend en de verliezen van de eisers zich niet zouden hebben gemanifesteerd.²³⁰ Belangrijk hierbij te vermelden is dat de commissaris op heden een wettelijke taak heeft in het geval de onderneming in discontinuïteitdreiging verkeert. Overeenkomstig de artikelen 138 en 630 W. Venn. moet de commissaris de raad van bestuur of de algemene vergadering verwittigen van een mogelijke discontinuïteitdreiging alsook de genomen opvolgen. Verzaakt de commissaris hieraan, dan kan hij overeenkomstig artikel 140, lid 2 W. Venn. aangesproken worden.

Aansprakelijk wegens overtredingen begaan door de bestuurders

De vraag rijst van wie de overtreding moet uitgaan opdat er sprake is van een overtreding van het Wetboek van vennootschappen of de statuten.

De commissaris kan vanzelfsprekend worden aangesproken voor fouten waaraan hij zelf deel heeft gehad.²³¹

²²⁶ Wet van 17 juli 1975 op de boekhouding van ondernemingen, *B.S.* 4 september 1975 zoals gewijzigd bij Wet van 1 juni 1983 (*B.S.* 8 juli 1983) en de Wet van 7 mei 1999 (*B.S.* 6 augustus 1999), hierna de Boekhoudwet.

²²⁷ De verwijzing in (oud) artikel 77, lid 2 Venn. W. bracht belangrijke interpretatieproblemen met zich mee: P.A. FORIERS, "De burgerlijke aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisoren: een algemeen overzicht" in *Bronnen van Aansprakelijkheid van de revisor*, Studies I.B.R., Recht 1996, nr. 2, Instituut der Bedrijfsrevisoren, Brussel, 1996, p. 26, nr. 38.

²²⁸ H. DE WULF, "De vennootschapswetgeving na de invoering van het wetboek van vennootschappen: Niets nieuws onder de zon?", *Gandaius Actueel VI*, Story-Scientia, Gent, 2001, nr. 246, p. 122.

²²⁹ Dit was voorheen niet het geval. Artikel 77, lid 2 (oud) Venn. W. verwees immers uitsluitend naar de Boekhoudwet en haar uitvoeringsbesluiten, en niet naar het K.B. van 6 maart 1990, noch naar de bepalingen inzake de geconsolideerde jaarrekening. Alhoewel betwijfeld kan worden of de wetgever bewust was van deze verruimde aansprakelijkheid in hoofde van de commissaris,²²⁹ is het niet onlogisch dat de commissaris op hoofdelijke basis kan worden aangesproken bij een schending van de bepalingen inzake de geconsolideerde jaarrekening.

²³⁰ Luik 2 april 1958, *R.P.S.* 1959, nr. 4789.

²³¹ Rechtbank van eerste aanleg van Brugge van 13 februari 1984: onderscheid tussen de aansprakelijkheid van de bestuurder en de aansprakelijkheid van de commissaris omdat hun respectievelijke bevoegdheden verschillend zijn. Indien de bestuurders niet worden aangesproken, kan de bestuurder ook niet aansprakelijk gesteld worden. (opzoeken en bespreken).



Strikt genomen kan de commissaris niet aangesproken worden voor de fouten die door de bestuurders werden begaan.²³² Beide organen van de vennootschap hebben onderscheiden taken en aansprakelijkheden. Niettemin behoeft dit standpunt enige nuancering. De commissaris kan worden aangesproken voor de overtredingen, die hij in het kader van zijn taakuitoefening als redelijke zorgvuldige beroepsbeoefenaar had moeten vaststellen, maar naliet dit te doen of die hij heeft vastgesteld, maar niet heeft gemeld. De gebrekkige controle van een commissaris waardoor inbreuken op het W. Venn. of de statuten niet door de commissaris opgemerkt worden, kan immers tot gevolg hebben dat de fouten van de bestuurders zich kunnen manifesteren.²³³

In een vonnis van de rechtbank van koophandel van Hasselt van 25 juni 2002 oordeelde de rechter dat de aansprakelijkheid van de commissaris in het gedrang kwam omdat '*de jaarrekening niet voldoet aan de voorschriften van (oud) artikel 77 Venn. W.*'. Zowel de bestuurders als de commissaris van de vennootschap werden in solidum veroordeeld voor de schade die een kredietinstelling had opgelopen door fouten in de verslaggeving. De rechter argumenteert in zijn vonnis dat gezien de jaarrekening niet voldoet aan de vereisten vooropgesteld in het wetboek van vennootschappen en bijgevolg de bepalingen van de vennootschapswetgeving worden overtreden, hetgeen mede mogelijk gemaakt werd door de gebrekkige controle van de commissaris, de commissaris op basis van artikel 140 W. Venn. kan worden aangesproken.²³⁴

De veronderstelling dat de commissarissen door onregelmatige of frauduleuze boekhouding te certificeren, deelneemt aan inbreuken op de boekhoudwet door bestuurders begaan, lijkt ons te vergaand. In hoofde van de commissaris bestaat een middelenverbintenis. Hij dient bijgevolg zijn taak uit te oefenen als een redelijk zorgvuldige beroepsbeoefenaar. Oordelen dat van zodra de financiële verslaggeving gebreken vertoont, de commissaris automatisch aansprakelijk kan gesteld worden, doet afbreuk aan dit principe.

Er kan geen fout in hoofde van de commissaris worden vermoed enkel en alleen door het feit dat hij de overtreding niet heeft vastgesteld of dat hij ze niet heeft aangeklaagd op de algemene vergadering. De commissaris kon bijvoorbeeld geoordeeld hebben dat de bekendmaking van een bepaalde overtreding van de bestuurders onverantwoorde schade aan de vennootschap kan berokkenen, en aldus het stilzwijgen bewaren. Voorwaarde hiervoor is dat de commissaris deze overtreding heeft gemeld aan het bestuursorgaan van de vennootschap, dat op zijn beurt aan de inbreuk een einde heeft gesteld.²³⁵

Hoofdelijke aansprakelijkheid

Artikel 140, tweede lid W. Venn. bevat een weerlegbaar vermoeden van hoofdelijke aansprakelijkheid.

²³² Volgens sommigen zullen de rechtbanken misschien geneigd kunnen zijn om de leer van de meerdaadse samenloop toe te passen, een leer die stelt dat wanneer verschillende personen een fout hebben gemaakt, die elk afzonderlijk hebben bijgedragen tot het ontstaan van de schade, elk van die personen veroordeeld kan worden om de totaliteit van de schade te vergoeden, indien vaststaat dat zonder de fout die aan elk van hen wordt toegekend, die schade die nu is berokkend, zich niet zou hebben voorgedaan. Zie voor verdere verwijzingen H. OLIVIER, 'Nouveau régime du contrôle et des fonctions du commissaire', *Ann. Fac. Dr. Liège* 1985, 65.

²³³ Kh. Hasselt 25 juni 2002, *T.R.V.* 2003, 81-85.

²³⁴ Kh. Hasselt 25 juni 2002, *T.R.V.* 2003, 81-85.

²³⁵ Artikel 144, 6° W. Venn.



Alhoewel er een duidelijk onderscheid bestaat tussen de taken en de fouten van enerzijds de bestuurders en anderzijds de commissarissen, kunnen beiden hoofdelijk veroordeeld worden tot het betalen van de schadevergoeding. Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 1922 de principiële mogelijkheid van hoofdelijke aansprakelijkheid tussen de commissaris en de bestuurders bevestigd, wanneer beiden, elk door hun eigen nalatigheid, dezelfde schade hebben veroorzaakt.²³⁶ Dit betekent dat de commissarissen op basis van dit artikel hoofdelijk aansprakelijk zijn met de bestuurders voor bepaalde overtredingen, die logischerwijs uitgaan van het bestuur.²³⁷ In casu betrof het een geval van klassieke boekhoudkundige fraude met de bedoeling de waarde van te koop aangeboden aandelen op te drijven. Het bestuur had de valse jaarrekeningen opgesteld, waarna de commissaris deze goedkeurde. Aan de fraude zelf, die aan de basis lag van de veroordeling, had de commissaris geen deel. Toch besloot het Hof van Cassatie tot hoofdelijke aansprakelijkheid van beide verweerders (de bestuurders en de commissaris), ook al waren hun fouten wezenlijk verschillend. Dit principe vindt navolging in latere rechtspraak. Zo werd een commissaris die geen halfjaarlijkse controle heeft uitgevoerd, de boekhouding door het accountantskantoor heeft laten controleren, en van het faillissement van de vennootschap niet op de hoogte was in solidum aansprakelijk gesteld met de bestuurder. Ook het hoger beschreven vonnis van de rechtbank van koophandel van Hasselt erkende de hoofdelijke aansprakelijkheid van de commissaris en de bestuurder van de vennootschap. De rechter stelde terecht dat de bestuurders en de commissaris van elkaar onderscheiden taken hebben. Hij argumenteerde dat het de taak is van de bestuurders om de jaarrekening op te stellen, hetgeen zij niet kunnen afwentelen door te stellen dat zij b.v. niet actief hebben deelgenomen aan het opstellen van de jaarrekening en dat de jaarrekening werd nagekeken en goedgekeurd door de commissaris. De rechter besluit tot een solidaire aansprakelijkheid van de bestuurders en de commissaris gezien hun fouten in gelijke mate hebben bijgedragen tot de door de eiseres (in casu een kredietinstelling) geleden schade.²³⁸

Kwijting of exoneratie van de aansprakelijkheid

Zoals hoger reeds werd vermeld, is het niet mogelijk voor de commissaris om zich te exonereren van deze aansprakelijkheid. De wet voorziet wel in de mogelijkheid voor de commissaris om zich van zijn aansprakelijkheid te ontdoen indien de commissaris geen deel heeft gehad aan de overtreding. Om zich van deze aansprakelijkheid te ontheffen moet de commissaris aantonen dat hij zijn taak naar behoren heeft vervuld. De commissaris dient tevens die overtredingen te hebben aangeklaagd bij de raad van bestuur, of indien daar geen passend gevolg werd aan gegeven, op de eerste algemene vergadering (artikel 140, lid 2 W. Venn.).

§ 5. Artikel 1382 B.W.: de extracontractuele aansprakelijkheid

F. Jegens derden

²³⁶ Cass. 26 januari 1922, Pas. 1922, I, 143; Zie ook latere rechtspraak: Rb. Verviers 13 juli 1937, *R.P.S.* 1939, nr. 3815, 17; Gent 13 januari 1995, *T.B.H.* 1997, 197-182; Kh. Hasselt 25 juni 2002, *T.R.V.* 2003, 81-85.

²³⁷ Anders: P. KILESTE en M. CALUWAERTS, "La responsabilité du réviseur d'entreprises", in X., *Dernières évolutions en droit des sociétés*, Ed. Jeune Barreau du Bruxelles, 2003, p. 94, nr. 173.

²³⁸ Kh. Hasselt 25 juni 2002, *T.R.V.* 2003, 81-85.

Uit de bijzondere bepalingen, vervat in het Wetboek van Vennootschappen, zoals hierboven beschreven, vloeit voort dat derden enkel een aansprakelijkheidsvordering kunnen indienen indien de commissaris het wetboek van vennootschappen of de statuten schendt. Een vordering ex artikel 140, lid 1 W. Venn. waarbij de commissaris kan worden aangesproken indien hij zijn taak niet naar behoren heeft vervuld, kan enkel door de vennootschap worden ingesteld. In het geval dat de commissaris geen wettelijke of statutaire bepaling heeft overtreden, kan een derde, zoals een kredietinstelling, een schuldeiser, een koper van aandelen of anderen²³⁹ beroep doen op het gemeen recht om de commissaris aan te spreken voor fouten begaan tijdens de uitoefening van zijn mandaat. De wettelijke controletaak die door de commissaris wordt uitgeoefend, geschiedt immers eveneens in het belang van derden, die er op mogen rekenen dat hij zijn controleopdracht deskundig, onpartijdig of onafhankelijk en gewetensvol vervult. De certificering van de jaarrekening geeft daaraan de nodige geloofwaardigheid.²⁴⁰

G. Fout: overtreding van het zorgvuldigheidscriterium

De commissaris kan zoals iedere natuurlijke of rechtspersoon in de uitoefening van/ zijn functie een onrechtmatige daad begaan en daardoor aan derden schade berokkenen waarvoor hij bijgevolg extracontractueel kan worden aangesproken. Tekortkomingen van de commissaris jegens de vennootschap kan de buitencontractuele aansprakelijkheid jegens derden meebrengen als die contractuele wanprestatie, los en onafhankelijk van het contract, een onrechtmatige daad uitmaakt tegenover derden.²⁴¹

De fout in hoofde van de commissaris kan aan hetzelfde criterium getoetst worden als datgene vervat in artikel 140, lid 1 W. Venn., met name het criterium van het behoorlijk gedrag van de eerlijke, bekwame en zorgvuldige beroepsbeoefenaar. De rechter zal dit criterium op marginale wijze moeten toetsen. In de praktijk zal de rechter vaak een deskundigenonderzoek bevelen om te bepalen of en in welke mate de commissaris een fout heeft begaan in de uitoefening van zijn taak.²⁴²

H. Causaal verband

Men mag niet louter op basis van het bestaan van een fout van de commissaris en het aanwezig zijn van de schade, besluiten tot de aansprakelijkheid van de commissaris.²⁴³ De

²³⁹ Rb. Brussel 12 december 1996, *T.R.V.* 1997, 38. In dit vonnis erkende de rechter uitdrukkelijk dat een koper van aandelen een derde is ten aanzien van de vennootschap en haar organen.

²⁴⁰ Rb. Brussel 12 december 1996, *T.R.V.* 1997, 38.

²⁴¹ Dit is de problematiek van de samenloop. Er werd geoordeeld dat een contractspartij wegens een bij de uitvoering van de overeenkomst begane fout slechts dan aansprakelijk kan worden gesteld indien de ten laste gelegde fout een tekortkoming uitmaakt niet van de contractuele verbintenis, doch van de algemene zorgvuldigheidsplicht en indien die fout andere dan aan de slechte uitvoering van de overeenkomst te wijten schade heeft veroorzaakt. Zie hierover onder meer: Cass. 14 juni 1971, *Arr. Cass.* 1971 1989 (het EBES-arrest); Cass. 7 december 1973, *Arr. Cass.* 1974, 395, concl. Adv. Gen. Mahaux (het stuwadoorsarrest); Cass. 11 juni 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 1206, *Pas.* 1981, I, 1197; *R.W.* 1981-82, 1748. Wanneer de contractuele wanprestatie tevens een strafrechtelijk gesanctioneerd misdrijf uitmaakt, is samenloop wel mogelijk en heeft de schadelijder de keuze tussen een contractuele en een extracontractuele aansprakelijkheidsvordering (Cass. 26 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 110).

²⁴² Rb. Brussel 12 december 1996, *T.R.V.* 1997, 38.

²⁴³ Onder meer omdat de eerste rechter onmiddellijk van de fout naar de schade sprong, zonder vast te stellen dat er een causaal verband tussen beiden bestond, verbrak het Hof van beroep van Antwerpen het vonnis



fout moet tevens de oorzaak van de schade zijn, hetgeen betekent dat de schade, zoals zij zich in concreto heeft voorgedaan, niet zou hebben plaatsgevonden zonder de fout van de commissaris (*conditio sine qua non*).²⁴⁴ In dit verband zal het voor een derde niet steeds eenvoudig zijn om het causaal verband tussen de fout en de schade die de derde heeft geleden, vast te stellen. De rechter zal moeten nagaan of dezelfde, concrete schade zich ook zou hebben voorgedaan zonder dat de commissaris een fout heeft begaan. De fout moet met andere woorden hebben bijgedragen tot de schade.

In een arrest van het Hof van beroep van Bergen heeft de rechter op die manier een aansprakelijkheidsvordering jegens de commissaris moeten afwijzen omdat ondanks het feit dat de commissaris een fout had begaan, het niet vaststond dat de algemene vergadering een andere beslissing zou genomen hebben, was die fout niet begaan.²⁴⁵ Wanneer investeerders of beleggers willen bewijzen dat hun beslissing tot aankoop van aandelen effectief gebaseerd was op een foutief controleverslag van een commissaris, dienen zij aan te tonen dat het bewuste verslag heeft bijgedragen tot de concrete, schadelijke aankoopbeslissing.

Belangrijk hierbij is aan te tonen dat de controleverslagen rechtstreeks²⁴⁶ of onrechtstreeks²⁴⁷ een rol hebben gespeeld in de totstandkoming van de aankoopbeslissing. Men kan immers niet zomaar vermoeden dat elke aandeelhouder zijn aankoopbeslissing effectief heeft gebaseerd op de controleverslagen opgesteld door de commissaris.

De rechtbank van eerste aanleg van Brussel stelde dat derden mogen vertrouwen op het verslag van de commissaris. Indien bijgevolg vaststaat dat de jaarrekening zonder voorbehoud werd goedgekeurd door de commissaris, kan deze aansprakelijk worden gesteld indien uit de chronologie van de feiten²⁴⁸ vaststaat dat de waarde van de vennootschap zoals zij naar voren kwam uit twee opeenvolgende jaarrekeningen, een rol heeft gespeeld bij de prijszetting van de aankoop van aandelen door de eisende partijen.²⁴⁹

Het oorzakelijk verband werd door sommige rechtspraak vermoed aanwezig te zijn indien de commissaris niet tijdig reageert op een onderneming in moeilijkheden en later failliet wordt verklaard. In dit kader worden de vorderingen vaak ingesteld door de schuldeiser van de onderneming in moeilijkheden. De schade van de schuldeiser die zijn vordering door het faillissement waardeloos ziet worden, kan alsdan in verband gebracht worden met de bewezen nalatigheid van de commissaris.

De rechtbank van koophandel van Charleroi meende dat het causaal verband er in bestond dat indien de commissaris de nodige opmerkingen had gemaakt ten aanzien van het bestuur van de vennootschap en later eventueel op de algemene vergadering, ditzelfde bestuur, na het alarmsignaal, niet in zijn fouten zou hebben volhardt.²⁵⁰ Deze visie werd terecht afgewezen

van de eerste rechter. Gezien het causaal verband niet werd bewezen door de eisende partij, werd de vordering als ongegrond afgewezen. Antwerpen 14 april 1980, *R.P.S.* 1981, 128.

²⁴⁴ Dit wordt ook wel de equivalentieeler of causaliteitsleer genoemd.

²⁴⁵ Bergen 16 mei 1979, *R.P.S.* 1979, 191.

²⁴⁶ Bijvoorbeeld uit het bewijs van het opvragen van het jaarverslag van de vennootschap op de maatschappelijk zetel of van een kopie vragen van de jaarrekening bij de Nationale Bank.

²⁴⁷ Bijvoorbeeld doordat de schadelijder aantoonde dat hij op het moment van de kwestieuze aankoop beschikte over informatie die enkel kan blijken uit de jaarrekeningen.

²⁴⁸ De rechter is in dit vonnis nagegaan of de eiser kennis had van de jaarrekeningen en het betwiste controleverslag.

²⁴⁹ Rb. Brussel 12 december 1996, *T.R.V.* 1997, 38.

²⁵⁰ Kh. Charleroi 12 oktober 1976, *R.P.S.* 1976, nr. 5907, 7078.



door het Hof van Beroep van Bergen.²⁵¹ Het Hof achtte het immers niet bewezen dat de algemene vergadering de vennootschap ook werkelijk zou hebben ontbonden in het geval van een correct gegeven alarmsignaal. De fout en de schade stonden vast, maar er kon niet worden bewezen dat de schade zich niet zou hebben voorgedaan (*conditio sine qua non*) indien geen fout was begaan.

Geconcludeerd kan worden dat het bewijs van het oorzakelijk verband tussen de fout van de commissaris en de opgelopen schade, een feitenkwestie is die in een procedure zeer goed onderbouwd dient te zijn, wil men de commissaris aansprakelijk stellen voor de fouten die hij heeft begaan in de uitvoering van zijn controleopdracht. Zoals hoger gezegd, zal het in de praktijk het belangrijk zijn om aan te tonen dat de controleverslagen rechtstreeks of onrechtstreeks een rol hebben gespeeld bij het nemen van de kwestieuze beslissing door de eisende partij.

§ 5. Ter illustratie 1: het vaststellen van discontinuïteit binnen een onderneming

Indien een vennootschap in financiële moeilijkheden verkeert, voorziet de wet in een specifieke verplichting voor de commissaris. Overeenkomstig artikel 138 W. Venn. is een commissaris verplicht de raad van bestuur in te lichten over de dreigende discontinuïteit van de vennootschap. Indien de commissaris in het kader van zijn controlewerkzaamheden gewichtige en overeenstemmende feiten vaststelt die de continuïteit van de onderneming in het gedrang kunnen brengen, moet de commissaris de bestuurders hiervan schriftelijk en op omstandige wijze op de hoogte brengen.²⁵²

Voor de commissaris is dit zowel een deel van zijn zorgvuldigheidsverplichting als een specifieke wettelijke verplichting. Het ligt in de lijn van de professionele taakuitoefening van de commissaris om niet te wachten totdat hij zijn jaarlijks verslag moet bekend maken om te melden dat er een continuïteitsprobleem is. Zoals reeds werd opgemerkt hebben de onderzoeksbevoegdheden van de commissaris een voortdurend karakter. Dit betekent echter niet dat er van de commissaris kan verwacht worden dat de commissaris op ieder ogenblik geïnformeerd dient te zijn over de verrichtingen van de vennootschap; hij moet op ieder ogenblik de verrichtingen van de vennootschap controleren en geregeld in contact staan met de vennootschap. De commissaris moet tevens door de bestuurders op de hoogte gebracht worden van de gang van zaken binnen de onderneming, en van de relevante gegevens in het kader van discontinuïteitsdreiging in het bijzonder. Dit betekent met andere woorden dat de commissaris niet de taak heeft zelf de discontinuïteitsdreiging op te sporen.

Enmalige gebeurtenissen zoals staking van betaling door een klant of technische of sociale problemen, zullen in beginsel niet leiden tot de toepassing van deze procedure. Er bestaan diverse indicatoren die kunnen fungeren als 'gewichtige en overeenstemmende feiten'. Het I.B.R. heeft hieromtrent als richtlijn gesteld dat indien de vennootschap meer dan de helft van haar maatschappelijk kapitaal heeft verloren, dit wijst op een verslechtering van de financiële situatie van de vennootschap die kan worden beschouwd als het gevolg van ernstige en met

²⁵¹ Bergen 16 mei 1979, *R.P.S.* 1979, 191. Dit arrest werd verbroken door het een arrest van het Hof van Cassatie van 12 februari 1981 (*Pas.* 1981, I, 639, *T.B.H.* 1981, 154, *J.T.* 1981, 270, *R.P.S.* 1982, nr. 6133 en *R.C.J.B.* 1983, 5, noot J. VAN HEENEN), maar op voor deze discussie irrelevante gronden.

²⁵² Artikel 138, lid 1 W. Venn.



elkaar overeenstemmende feiten, die de continuïteit van de vennootschap in het gedrang kan brengen. Dit is eveneens het geval wanneer de vennootschap haar betalingen quasi heeft gestaakt (zelf zonder formele beslissing hiertoe door de raad van bestuur).

Binnen een maand na deze kennisgeving moet de raad van bestuur hierover vergaderen en de nodige maatregelen nemen om de continuïteit gedurende een redelijke termijn te waarborgen.

Doen ze dit niet, dan kan de commissaris naar de Voorzitter van de rechtbank van koophandel stappen. Hierbij loopt hij geen risico om te worden vervolgd wegens schending van het beroepsgeheim.²⁵³ De geheimhoudingsplicht, zoals voorziet in artikel 458 Sw. wordt voor de toepassing van artikel 138 W. Venn. uitdrukkelijk opgeheven.

De commissaris kan dit eveneens doen indien hij niet binnen de maand op de hoogte is gebracht van de beraadslaging van de raad van bestuur of van de voorgestelde maatregelen of indien hij de voorgestelde maatregelen onvoldoende vindt. De raad van bestuur dient op zijn minst de hoofdlijnen van de maatregelen vast te leggen.

De termijn van één maand is niet bindend. Het is aan de commissaris om te beslissen of en wanneer hij de Voorzitter van Koophandel hierover informeert. Het I.B.R. meent dat de commissaris de Voorzitter moet informeren indien de commissaris zelf het bestuur heeft aangeschreven, maar deze laatste nalaat hierop te reageren.

De mededeling aan de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel dient schriftelijk te gebeuren en kan alleen betrekking hebben op de feiten die tevoren aan de Raad van Bestuur werden meegedeeld. De commissaris kan bijgevolg hetzelfde rapport dat aan de Raad van Bestuur werd verstuurd aan de Voorzitter overmaken. Ook hier dient de commissaris zich te onthouden van iedere inmenging in het bestuur van de vennootschap.

Artikel 633 W. Venn. omschrijft één van de gevallen in hetwelke de vennootschap in financiële moeilijkheden verkeert, en de continuïteit van de vennootschap bedreigd is.

Artikel 633 W. Venn. bepaalt dat indien, tengevolge van verliezen, het netto-actief van de vennootschap is gedaald tot minder dan de helft van het maatschappelijk kapitaal, een buitengewone algemene aandeelhoudersvergadering dient te worden bijeengeroepen die bij bijzondere meerderheid zal beslissen of de activiteiten van de vennootschap al dan niet verder gezet worden. Het toepassingscriterium van artikel 633 is makkelijker af te leiden dan dat in artikel 138 W. Venn., gezien hier een puur mathematisch criterium geldt.²⁵⁴

In tegenstelling tot artikel 138 W. Venn. is de raad van bestuur verplicht de algemene vergadering van aandeelhouders bijeen te roepen om te bezinnen over het verdere bestaan van de vennootschap. Indien de raad van bestuur afdoende maatregelen heeft genomen om aan de discontinuïteitdreiging tegemoet te komen, moet deze in toepassing van artikel 138 W. Venn. niet opnieuw bijeenkomen.

Stelt de commissaris vast dat een alarmbelprocedure overeenkomstig artikel 633 W. Venn. moet worden toegepast, dan dient hij de raad van bestuur hierover zo snel mogelijk in te lichten. Verzuimt de raad van bestuur het om de algemene vergadering bijeen te roepen, dan

²⁵³ Dit bevordert de mogelijkheden van de handelsrechtbanken in hun taak om ondernemingen in moeilijkheden op te sporen.

²⁵⁴ In de praktijk is het wel niet eenvoudig om het tijdstip waarop de alarmbelprocedure moet worden toegepast, vast te stellen, hetgeen de bestuurders blootstelt aan het risico van aansprakelijkheid.



zal de commissaris dit opnemen in zijn verslag. De commissaris dient in dat geval de algemene vergadering zelf bijeen te roepen op basis van artikel 532/569 W. Venn. Artikel 633 W. Venn. vermeldt immers dat de algemene vergadering moet bijeenkomen indien het netto-actief is gedaald tot beneden de helft van het maatschappelijk kapitaal. Dit artikel bepaalt niet door wie de algemene vergadering bijeengeroepen moet worden. De commissaris zal dit moeten doen, wil hij niet aansprakelijk worden gesteld wegens het overtreden van een wettelijke bepaling overeenkomstig artikel 140, lid 2 W. Venn.

De commissaris kan op deze algemene vergadering enkel medelen dat de raad van bestuur onwillig was om de algemene vergadering bijeen te roepen. Hij kan geen herstelmaatregelen voorstellen, noch besluiten tot ontbinding van de vennootschap. Deze bevoegdheid wordt exclusief toegewezen aan de raad van bestuur.²⁵⁵

De vraag rijst of de raad van bestuur kan vertrouwen op het oordeel van de commissaris, of meer nog, mag wachten om te handelen totdat de commissaris de raad van bestuur op de hoogte brengt van mogelijke problemen in de vennootschap. Belangrijk hierbij is na te gaan in welke mate de aansprakelijkheid van de raad van bestuur of de commissaris in het gedrang komt.

De raad van bestuur heeft een zelfstandige zorgvuldigheidsplicht. Hij mag dus niet vertrouwen op de revisor om na te gaan of er een behoorlijk systeem van interne controle is en of er geen onregelmatigheden zijn begaan. De taakverlening van de commissaris is in die zin irrelevant om de verantwoordelijkheid en de aansprakelijkheid van de raad van bestuur te beoordelen. De raad van bestuur moet immers zelfstandig waken over de continuïteit van de vennootschap. Hij kan en mag er niet op vertrouwen dat de commissaris zal waarschuwen wanneer er ernstige financiële moeilijkheden dreigen. Een goedkeurende verklaring betekent in dit kader dan ook niets. De commissaris en de raad van bestuur hebben hun eigen verantwoordelijkheden.²⁵⁶

De commissaris die geen regelmatig contact onderhoudt met de vennootschap, en zelf b.v. geen halfjaarlijkse controle verricht, maar die slechts jaarlijks laat uitvoeren en bijgevolg niet op de hoogte is van de discontinuïteitsdreiging binnen de vennootschap en een later faillissement, begaat een grove fout waarvoor hij in solidum met de bestuurder kan worden aangesproken. De commissaris die zijn taak naar behoren uitoefent, kent immers de werkelijke toestand van de vennootschap en is actief betrokken bij de continuïteitsbeslissing.²⁵⁷

§ 6. *Ter illustratie 2. Opsporen en signaleren van fraude*

²⁵⁵ Artikel 633, lid 2 W. Venn.

²⁵⁶ Uitzondering: buiten het kader van zijn wettelijke controle kan de raad van bestuur wel vertrouwen op de audit door een bedrijfsrevisor of commissaris indien deze daar specifiek toe werd aangesteld. Volgens DE WULF zal de commissaris in dat geval niet aansprakelijk zijn wanneer toch blijkt dat bepaalde onregelmatigheden zijn begaan. De zorgvuldigheidsverplichting werd in dit kader door de raad van bestuur immers wel nageleefd. H. DE WULF, *Taak en loyaliteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Intersentia, Antwerpen, 2003, p. 275, nr. 462.

²⁵⁷ Gent 13 januari 1995, *T.B.H.* 1997, 181.



De problematiek rond het opsporen en signaleren van fraude en onregelmatigheden is niet nieuw. Vooral bij het bekendmaken van financiële schandalen, rijst telkens opnieuw de vraag of (en komt het soms onterecht verwijt dat) de commissaris deze fraude en onregelmatigheden had moeten opsporen en melden. Het opsporen van fraude en onregelmatigheden behoort echter in de eerste plaats tot de verplichtingen van de raad van bestuur en niet de commissaris, zoals het publiek soms ten onrechte denkt. De scheidingslijn tussen de plichten van de raad van bestuur en de commissaris inzake het opsporen van onregelmatigheden of fraude in de boekhouding is echter soms moeilijk te trekken.

Men kan een onderscheid maken tussen twee categorieën van onregelmatigheden: de fraude en de vergissingen.

Onder fraude kan worden verstaan: de bewust verkeerde voorstelling van de financiële informatie door één of meer personen die behoren tot de leiding of het personeel van de vennootschap, of door derden, ingevolge manipulaties met registers en bescheiden, verduistering van activa, boeking van fictieve verrichtingen, vervalsing van waarderingen, enz.²⁵⁸

Onder vergissing wordt verstaan: het voorstellen van onopzettelijke fouten, zoals fouten in berekeningen of boekingen, verkeerde interpretaties van feiten, verkeerde toepassing van waarderingen, enz.

Het behoort tot de bevoegdheid van de raad van bestuur van een vennootschap procedures, werkingsregels en interne controlemechanismen te bedenken en uit te werken die er op gericht zijn fraude te voorkomen en op te sporen. Het is dan ook uitsluitend dit orgaan dat hiervoor de verantwoordelijkheid draagt.

Wanneer fraude of een onregelmatigheid wordt gesignaleerd, moet het 'hiërarchisch' hoger niveau de gepaste maatregelen treffen om de toestand recht te zetten en te verhinderen dat dergelijke zaken zich in de toekomst zouden herhalen.

De commissarissen mogen zich niet inlaten met het bestuur van de vennootschap en bijgevolg ook niet met de interne controleprocedures. Dit is in strijd met de onafhankelijke positie die een commissaris genoodzaakt is te bewaren.²⁵⁹

Maar dit betekent niet dat de commissaris helemaal geen plicht heeft om in het kader van zijn wettelijke controleopdracht, fraude en onregelmatigheden op te sporen en te melden. Zowel in de algemene controlenormen uitgevaardigd door het I.B.R. als in het Wetboek van vennootschappen wordt weergegeven in welke mate de commissaris de plicht heeft fraude en onregelmatigheden op te sporen.

Volgens de algemene controlenormen, kan van een controle niet verwacht worden dat het elke fraude aan het licht brengt en is de revisor niet verplicht deze op te sporen (norm 1.3.4.).

²⁵⁸ In werkelijkheid kan het verschijnsel fraude veel ruimer zijn dan het geval waarin het betrekking heeft op financiële informatie. Het heeft niet alleen betrekking op de voorstelling als dusdanig van financiële informatie, maar ook op elke opzettelijke inbreuk op een wet, een reglement of zelf de statuten van de vennootschap, die van aard is de voorbereiding van die informatie en de eigenschappen die zij moet vertonen ten behoeve van de geadresseerde te beïnvloeden. Zie X. DIEUX, "Plichten en aansprakelijkheid van de commissaris-revisor in geval van fraude", in X., *Bronnen van aansprakelijkheid*, Studies IBR, Recht 2/96, 1996, 55 e.v.

²⁵⁹ Dit zou er ook toe kunnen leiden dat de commissaris als feitelijk bestuurder of zaakvoerder zou kunnen worden beschouwd.



Bovendien kan of mag de externe controle onder geen beding het systeem van de interne controle vervangen (norm 2.4). Maar toch houdt de revisor, wanneer hij zijn opdracht uitvoert, rekening met de mogelijkheid van fraude. De controle zal zo opgevat worden dat de revisor een redelijke kans maakt op het ontdekken van materiële fouten in de jaarrekening, ten gevolge van fraude. Het ontdekken van fraude in de financiële informatie kan dan ook niet als resultaats- maar als middelenverbintenis worden beschouwd.

De commissaris die onregelmatigheden vaststelt in de financiële informatie, moet hiervan het bestuursorgaan op de hoogte brengen. Komt er geen reactie van de raad van bestuur, dan dient de commissaris deze onregelmatigheden aan te klagen op de eerstvolgende algemene vergadering (artikel 140, lid 2 W. Venn.).

De commissaris die onregelmatigheden vaststelt, dient een voorbehoud in zijn controleverslag te formuleren. Hij kan dit voorbehoud eventueel weglaten indien de bekendmaking ervan te veel schade toebrengt aan de vennootschap. De commissaris zal indien hij onregelmatigheden vaststelt in de financiële informatie, uiterst voorzichtig moeten zijn om geen voorbehoud te formuleren. Opdat hij dit doet, is het belangrijk dat hij voldoende bewijsmateriaal verzamelt met betrekking tot het feit dat hij wel degelijk de raad van bestuur heeft ingelicht en dat de bekendmaking van deze onregelmatigheid een groot nadeel betekent voor de vennootschap.

Indien de commissaris fraude vaststelt die vreemd is aan de voorstelling van de financiële informatie, kan hij overeenkomstig artikel 135, lid 2 W. Venn. ontslag nemen. Hij kan eveneens opteren een voorbehoud te formuleren omwille van een overtreding van het Wetboek van vennootschappen of de statuten.

Overeenkomstig artikel 2 K.B. 1994 zijn de controlenormen van het I.B.R., zoals hierboven beschreven, bindend. Niet-naleving van deze controlenormen, kan dan ook een burgerrechtelijke aansprakelijkheid tot gevolg hebben wegens het niet behoorlijk vervullen van zijn taken.

Bij de controle van de financiële informatie mag de commissaris uitgaan van een wederzijds vertrouwen vanwege de vennootschap. Hij dient er niet automatisch van uit te gaan dat de vennootschap gefraudeerd heeft. Maar indien de commissaris echter signalen opvangt (via de pers, een whistleblower, ...) dat dit vertrouwen niet gerechtvaardigd is, zal hij uiterst voorzichtig te werk moeten gaan in de controle van de financiële informatie (artikel 9bis W. 22 juli 1953). Dit is hetgeen er kan worden verwacht van een redelijke en zorgvuldig beroepsbeoefenaar.

De commissaris kan eveneens worden strafrechtelijk worden aangesproken o.b.v. artikel 171 W. Venn.

Opgemerkt dient te worden dat de commissaris niet verplicht is bij het parket de fraudegevallen die zij hebben ontdekt, aan te geven. Dit wordt hen zelfs belet door hun beroepsgeheim.

In dit kader rijst eveneens de vraag of het tot de taak van de commissaris behoort om inbreuken op de fiscale wetgeving op een actieve wijze op te sporen. Het ontduiken van belastingen kan immers een vertekend beeld geven van de werkelijke financiële situatie van de vennootschap.



In de bijzondere Kamercommissie die het wetsontwerp op het bedrijfsrevisoraat heeft onderzocht, werd door de regering een ontwijkend antwoord gegeven op de vraag of een commissaris een opsporingsplicht heeft met betrekking tot inbreuken op de fiscale wetgeving. Er werd geantwoord dat de commissaris bij het uitvoeren van zijn opdracht geen meldingsplicht heeft voor fiscale inbreuken die door derden worden begaan. Wel vond de regering dat de commissaris moet controleren of bij het opstellen van de jaarrekening rekening werd gehouden met de belastingen die op het vermogen en op de resultaten drukken, en meer in het bijzonder of de nodige fiscale provisies werden aangelegd.

Sommigen²⁶⁰ menen hieruit te kunnen besluiten dat de commissaris helemaal geen opsporingsplicht heeft inzake inbreuken op de fiscale wetgeving. VAN OEVELEN deelt deze mening niet.²⁶¹ Het opsporen en signaleren van fiscale inbreuken is volgens hem wel degelijk één van zijn taken, althans indien deze inbreuken ertoe leiden dat de boekhouding en de jaarrekening van de vennootschap niet in overeenstemming zijn met de Boekhoudwet en meer in het bijzonder geen getrouw beeld geven van de financiële toestand van de vennootschap. Hij verantwoordt dit door te stellen dat de overtredingen van de Boekhoudwet en haar uitvoeringsbesluiten als overtredingen van het Wetboek van Vennootschappen in de zin van de artikelen 143 en 144 W. Venn. kunnen worden aangemerkt. Er kan in de hierboven beschreven hypothese geen twijfel over bestaan dat fiscale inbreuken een weerslag hebben op de jaarrekening van de vennootschap.

Afdeling III. De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bestuurders en de commissaris voor het opstellen en controleren van de financiële verslaggeving

§ 1. Inleiding

Enkel deze strafbepalingen die expliciet in het Wetboek van vennootschappen worden omschreven en betrekking hebben op de controle van de financiële informatie,²⁶² zullen in dit kader worden uiteengezet. Strafbepalingen uit het strafwetboek die ook op andere

²⁶⁰ J.P. MAES en K. VAN HULLE, *De hervorming van het bedrijfsrevisoraat en de organisatie van het accountantsberoep*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1985, 82; H. OLIVIER, 'Nouveau régime du contrôle et des fonctions du commissaire', *Ann. Fac. Dr. Liège* 1985, 67; A. BENOIT-MOURY, 'Les pouvoirs et les responsabilités des commissaires', *R.P.S.* 1986, p. 18, nr. 9.

²⁶¹ A. VAN OEVELEN, "De rol en de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris-revisor", in M. STORME, H. BRAECKMANS en E. WYMEERSCH, *Handels- Economisch en Financieel recht*, Gent, M&B, 1995, p. 247, nr. 13.

²⁶² Er zal bijgevolg geen aandacht worden besteed aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris die niet specifiek betrekking heeft op de controle van de financiële informatie. Voorbeelden hiervan zijn: de verplichting voor de bestuurders, zaakvoerders en commissarissen om de algemene vergadering van aandeelhouders of obligatiehouders bijeen te roepen binnen de drie weken na het hun gedane verzoek (voor de B.V.B.A.: artikel 345 W. Venn., de N.V.: artikel 647, 1° W. Venn. en de Comm. VA: artikel 657 W. Venn.); het verkrijgen door aankoop of door ruil of in pand nemen door de vennootschap van eigen aandelen in strijd met het vennootschapsrecht (voor de B.V.B.A.: artikel 347, 2° W. Venn., de N.V.: artikel 648, 3° W. Venn.); het verbod van geldstortingen op aandelen op kosten van de vennootschap en fictieve geldstortingen op ingeschreven aandelen (voor de B.V.B.A.: artikel 347, 3° W. Venn., de C.V.: artikel 387 W. Venn.; de N.V.: artikel 648 W. Venn.)



beroepscategorieën toepasselijk zijn (zoals de niet-naleving van het beroepsgeheim, valsheid in geschrifte, ...) ²⁶³, zullen niet het voorwerp uitmaken van een afzonderlijke vermelding.

Strafrechtelijke aansprakelijkheidsgronden waarvoor zowel de bestuurder als de commissarissen kunnen worden aangesproken, worden samen behandeld. Andere gronden die slechts op één van beide toepasselijk is, zullen afzonderlijk worden behandeld.

§ 2. Strafbepalingen van toepassing op zowel de commissaris als de bestuurders

I. Artikel 170, lid 1 W. Venn.: de afkoelingsperiode

De personen die de in artikel 133, lid 3 W. Venn. opgenomen afkoelingsperiode niet respecteren, kunnen strafrechtelijk worden gesanctioneerd. Deze bepaling werd ingevoegd in het Wetboek van vennootschappen bij Wet van 2 augustus 2002. ²⁶⁴

Artikel 170, 1° W. Venn. bepaalt dat personen die in de loop van een periode van twee jaar, na het einde van hun mandaat van commissaris, een mandaat aanvaarden van bestuurder, zaakvoerder of enige andere functie in de vennootschap die onderworpen was aan hun toezicht of in een daarmee verbonden vennootschap of persoon zoals bepaald in artikel 11 W. Venn., gestraft worden met een gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met een geldboete van 250 frank tot 50.000 frank, of met een van die straffen alleen. ²⁶⁵

Een strafbepaling is wellicht de enige manier die een voldoende afschrikkende werking heeft om de toepassing van de onafhankelijkheidsvereiste te verzekeren. ²⁶⁶ De vraag rijst echter of deze bepaling geen dode letter zal blijven. In het verleden is reeds gebleken dat de op de commissaris toepasselijke strafbepalingen eerder zelden werden toegepast. ²⁶⁷ In tegenstelling tot de meeste andere bepalingen, is dit echter geen ‘vage en voor interpretatie vatbare’ bepaling. De loutere tewerkstelling van de commissaris bij één van de door hem gecontroleerde vennootschappen of daarmee verbonden vennootschappen binnen een termijn van twee jaar, zal immers voldoende zijn om de drie constitutieve elementen (moreel element, materieel element en wederrechtelijk element) van een misdrijf te omvatten.

Artikel 170, lid 2 W. Venn.: overtreding van de bepalingen inzake de bezoldiging van de commissaris

²⁶³ Zie hierover: L. DUPONT en S. VAN DYCK, “Enkele perspectieven op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor”, in X., *De aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor, Burgerrechtelijke, Strafrechtelijke en Tuchtrechtelijke aspecten*, Studies IBR, Recht/2003, Brugge, Die Keure, 2003, p. 51-79, nrs. 38-80.

²⁶⁴ Wet van 2 augustus 2002 houdende de wijziging van het Wetboek van Vennootschappen alsook de Wet van 2 maart 1989 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen en tot reglementering van openbare overnamebiedingen, *B.S.* 22 augustus 2002, 36555 – 36565.

²⁶⁵ Voor het concrete toepassingsgebied van de afkoelingsperiode zoals voorzien in artikel 133, lid 3 W. Venn. juncto artikel 170, lid 1 W. Venn., kan verwezen worden naar: I. DE POORTER, “De onafhankelijkheid van de commissaris in het kader van de Wet Corporate Governance”, *T.R.V.* 2003/4, p. 316-322, nrs. 5-25.

²⁶⁶ E. WYMEERSCH, “De onafhankelijkheid van de revisor”, *De bedrijfsrevisor en de onafhankelijkheid*, Studiedag/journée d’étude I.B.R., Genval, 2001, 12.

²⁶⁷ Luik 25 januari 1996, *R.P.S.* 1997, 209, noot A. BENOIT-MOURY en N. THIRION, “La responsabilité pénale du réviseur d’entreprises: épée de Damocles ou Tigre de papier?”.



Indien de wettelijke bepalingen inzake het vaststellen van de bezoldiging van de commissaris, vervat in artikel 134 W. Venn. niet werden nageleefd, kunnen zowel de commissaris als de bestuurders en zaakvoerder hiervoor strafrechtelijk worden aangesproken. De bezoldiging van de commissaris bestaat uit een vast bedrag dat bij aanvang van het mandaat door de algemene vergadering van aandeelhouders wordt vastgelegd, met uitzondering van de gerechtelijke benoeming waarbij de bezoldiging door de voorzitter van de rechtbank van koophandel wordt bepaald. Het vastleggen van de bezoldiging van de commissaris is één van de exclusieve bevoegdheden van de algemene vergadering en kan aldus niet gedelegeerd worden aan een orgaan van de vennootschap (artikel 134, § 1 W. Venn.).

Overeenkomstig artikel 134 § 2 W. Venn., toegevoegd bij W. 2 augustus 2002, moet de commissaris die een bijzondere opdracht²⁶⁸ of uitzonderlijke werkzaamheid²⁶⁹ verstrekt, de transparantieplichtingen zoals opgenomen in artikel 134, § 2 W. Venn. naleven. Zowel het voorwerp, als de wijze van bezoldiging van de commissaris voor deze dienstverlening, moeten worden verantwoord in het jaarverslag. De wet maakt bijgevolg een onderscheid tussen de normale vergoeding van de commissaris die ter kennis wordt gebracht aan de aandeelhouders en in de notulen van de algemene vergadering wordt opgenomen, maar niet openbaar wordt gemaakt en de bijkomende bezoldiging die wel wordt opgenomen in het jaarverslag. Deze bekendmaking draagt dus in belangrijke mate bij tot de transparantie van de vergoeding van de commissaris en dient als waarborg voor de onafhankelijkheid van de commissaris. Deze verplichting geldt nopens elke taak, mandaat of opdracht voor de verbonden personen of personen uit de invloedssfeer van de commissaris uitgevoerd. Dus, zelfs het voorwerp en de vergoeding van taken in het kader van de revisorale controle die niet door de commissaris zelf wordt uitgeoefend, dient in het jaarverslag te worden bekendgemaakt en gepubliceerd. Zo niet, kunnen de bestuurders en de commissaris hiervoor strafrechtelijk worden aangesproken en worden veroordeeld tot een gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met een geldboete van 50 tot 10.000 frank, of met één van die straffen alleen.

§ 3. Strafbepalingen die van toepassing zijn op de bestuurders

J. Artikel 170, lid 3 W. Venn.: weigeren van het geven van inlichtingen aan de commissaris

De personen die verificaties verhinderen waaraan zij zich moeten onderwerpen, in toepassing van artikel 137 W. Venn. of weigeren inlichtingen te verstrekken die zij krachtens deze titel moeten geven of die bewust onjuiste of onvolledige inlichtingen verstrekken, kunnen gestraft worden met een gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met een geldboete van vijftig of tienduizend frank of met een van die straffen alleen. Deze personen zullen in de eerste plaats de bestuurders zelf zijn, maar zoals hoger reeds werd aangetoond kan deze

²⁶⁸ Bijzondere opdrachten zijn opdrachten die niet krachtens het Wetboek van Vennootschappen aan de commissaris werden toevertrouwd, en die niet als onverenigbaar met de functie van commissaris worden beschouwd. Deze bepaling dient te worden ingevuld in het licht van de gewijzigde bepalingen inzake het verstrekken van niet-revisorale diensten.

²⁶⁹ Uitzonderlijke werkzaamheden zijn deze taken die krachtens het Wetboek van Vennootschappen aan de commissaris worden toevertrouwd. Voorbeelden hiervan zijn: het opstellen van het verslag bij inbreng in natura, het verificatie-verslag bij de uitkering van een interim-dividend, de beoordeling van belangenconflicten, ...



strafbepaling eveneens ten laste vallen van de werknemers van een te controleren vennootschap van wie de commissaris verdere uitleg wenst te verkrijgen.²⁷⁰

Artikel 171, § 1 W. Venn.: overtreden van bepalingen van de controle van de (geconsolideerde) jaarrekening

De bestuurders, zaakvoerders, directeurs en lasthebbers van vennootschappen die wetens willens de bepalingen inzake de controle van de jaarrekening en geconsolideerde jaarrekening, zoals opgenomen in het Wetboek van Vennootschappen, overtreden, kunnen ook het voorwerp uitmaken van een strafsanctie. Indien dit zonder bedrieglijk opzet geschiedde, kunnen zij worden gestraft met een geldboete van vijftig frank tot tienduizend frank. Indien dit echter wel met bedrieglijk opzet geschiedde, kunnen zij worden gestraft met een gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met een geldboete van vijftig frank tot tienduizend frank of met een van die straffen alleen.

§ 4. Strafbepalingen die enkel van toepassing op de commissaris

K. Artikel 171, § 2 W. Venn.: attesteren van foutieve of onjuiste jaarrekeningen

De commissaris, bedrijfsrevisor of onafhankelijk deskundige die jaarrekeningen, balansen en resultatenrekeningen of geconsolideerde jaarrekeningen van vennootschappen attesteert of goedkeurt, terwijl niet voldaan is aan één van de bepalingen bedoeld in § 1, en zij hebben daar kennis van, of zij hebben niet gedaan wat zij hadden moeten doen om zich te vergewissen of aan die bepalingen is voldaan, kunnen worden gestraft met een geldboete van vijftig frank tot tienduizend frank. Indien zij handelden met bedrieglijk opzet, kunnen zij bijkomend met een gevangenisstraf van een maand tot een jaar worden gestraft.

De bepalingen waarnaar wordt verwezen in artikel 171, § 1 W. Venn., zijn deze met betrekking tot de controle van de (geconsolideerde) jaarrekeningen, zoals vervat in hoofdstuk II en hoofdstuk II van Titel VII, Boek IV van het W. Venn. (de artikelen 92 tot en met 171 W. Venn.). Vooral de verplichte vermeldingen uit artikel 144 W. Venn. zullen hierbij een voorname rol spelen (zie supra).

Artikel 171, § 2 W. Venn. moet worden aangevuld door de bepaling vervat in artikel 16, lid 3 Boekhoudwet. Artikel 16 Boekhoudwet voorziet in een strafrechtelijke beteugeling van elke commissaris, revisor of onafhankelijke deskundige die *“rekeningen, jaarrekeningen, balansen en resultatenrekeningen of geconsolideerde resultatenrekeningen van ondernemingen attesteert of goedkeurt terwijl niet voldaan is aan de in het eerste lid genoemde bepalingen, en daarvan kennis heeft of niet heeft gedaan, wat hij had moeten doen om zich te vergewissen of aan die bepalingen is voldaan.”* Zijn aansprakelijkheid verzwakt aanzienlijk indien hij dit heeft gedaan met bedrieglijk opzet. Zonder bedrieglijk opzet wordt hij gestraft met een geldboete van vijftig frank tot tienduizend frank. Indien er sprake is van bedrieglijk opzet, kan hij worden veroordeeld tot een gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met een geldboete van vijftig frank tot tienduizend frank of met één van die straffen alleen.

²⁷⁰ Over de bevoegdheid van de commissaris tot het ondervragen van de werknemers van de vennootschap, zie afdeling 1, § 2.



De in het eerste lid bedoelde in acht te nemen bepalingen hebben onder meer betrekking op de verplichting om een boekhouding te voeren, aangepast aan de aard en de omvang van de activiteiten van de onderneming (artikel 2 Boekhoudwet); de verplichting een boekhouding te voeren die een aantal vermeldingen dient te bevatten (artikel 3, lid 1 en 3 Boekhoudwet); de verplichting om een bepaald stelsel van boekhouding te voeren (artikel 4 en 5 Boekhoudwet); verplichtingen i.v.m. verantwoordingsstukken (artikel 6 Boekhoudwet); verplichtingen i.v.m. de wijze waarop de boeken moeten worden gehouden (artikel 7 Boekhoudwet); verplichtingen i.v.m. de chronologische volgorde van de boeken en de verplichte bewaringstijd (artikel 8 Boekhoudwet) en verplichtingen i.v.m. het opstellen van de jaarlijkse inventaris (artikel 9 Boekhoudwet). Tevens heeft dit betrekking op de besluiten tot uitvoering van de Boekhoudwet en meer bepaald op de besluiten van de minimumindeling, de inhoud en het gebruik van het rekeningstelsel (artikel 4, zesde lid Boekhoudwet), de maatstaven voor de waardering van de inventaris (artikel 9 Boekhoudwet), de nadere regels i.v.m. het houden en het bewaren van de boeken (artikel 7, § 2 Boekhoudwet) en de bepalingen betreffende de (geconsolideerde) jaarrekening van de ondernemingen die niet zijn onderworpen aan het Wetboek van vennootschappen enerzijds en de openbare instellingen anderzijds (de artikelen 10 en 11 Boekhoudwet).

De strafbare gedraging of delictstypiciteit van de in artikel 171, § 2 W. Venn. en artikel 16 Boekhoudwet beteugelde misdrijven bestaat precies in het attesteren en goedkeuren van niet-normconforme misdrijven, hetzij met kennis van zaken, hetzij uit onwetendheid die voortvloeit uit de tekortkoming aan een zorgvuldigheidsplicht. De omstandigheid dat zij met bedrieglijk opzet hebben gehandeld, maakt een verzwaarde omstandigheid uit.^{271,272}

Dit betekent dat deze strafbepalingen van toepassing kunnen zijn in vele situaties waarbij de commissaris in gebreke is gebleven de zorgvuldigheidsnormen in acht te nemen. De overtreding van deze zorgvuldigheidsnorm kan tevens de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris met zich meebrengen (zie supra, nrs. 85-89). Voor zover ons bekend is, werd geen commissaris voor een overtreding van de zorgvuldigheidsnorm strafrechtelijk aansprakelijk gesteld. Het lijkt ook enigszins vergaand om elke commissaris die de zorgvuldigheidsnorm zou overtreden, strafrechtelijk te vervolgen. Belangrijk lijkt het in dit kader om elk geval individueel te benaderen.

Rechtspraak?

In de gepubliceerde rechtspraak werd slechts één arrest opgenomen waarin de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris werd weerhouden. In zijn arrest 25 januari 1996 veroordeelde het Hof van beroep van Luik een commissaris die de jaarrekening van de vennootschap had goedgekeurd zonder voorbehoud, terwijl hij kennis had van een parallelle, zwarte boekhouding die binnen de vennootschap was gevoerd. De betrokken commissaris werd veroordeeld tot een gevangenisstraf van één maand en een geldboete wegens valsheid in

²⁷¹ De vereiste dat de commissaris met ‘kennis van zaken’ handelde, betekent algemeen gezien dat hij met algemeen opzet handelde. Maar de strafbaarstelling wordt op moreel vlak aanzienlijk uitgebreid doordat ook deze handelingen van de commissaris strafbaar zijn indien hij niet heeft gedaan wat hij had moeten doen om zich er van te vergewissen of aan die bepalingen is voldaan. Onachtzaamheid volstaat dus opdat het schuldbestanddeel zou vervuld zijn.

²⁷² L. DUPONT en S. VAN DYCK, “Enkele perspectieven op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor”, p. 48, nr. 35.

geschrifte.²⁷³ De commissaris werd immers medeplichtig bevonden aan de strafrechtelijk gesanctioneerde daden van de bestuurders.²⁷⁴

Het Hof hervormde hiermee het vonnis van de Correctionele Rechtbank van Neufchâteau dat de commissaris had vrijgesproken onder de verwijzing naar de artikelen 140, tweede lid en 144, 6° W. Venn. Zoals reeds hoger aangehaald kunnen de commissarissen ten aanzien van overtredingen waaraan zij geen deel hebben gehad, van hun hoofdelijke aansprakelijkheid worden ontheven wanneer zij aantonen dat zij hun taak naar behoren hebben vervuld en zij die overtredingen hebben aangeklaagd bij het bestuursorgaan en, indien daaraan geen passend gevolg wordt gegeven, op de eerste algemene vergadering nadat zij er kennis van hebben gekregen. Artikel 144, 6° W. Venn. vermeldt daarentegen dat de commissarissen in hun controleverslag van de verplichting tot het melden van verrichtingen of beslissingen genomen in strijd met de statuten of het Wetboek van vennootschappen zijn ontslagen, indien de openbaarmaking van de overtreding aan de vennootschap onverantwoorde schade kan berokkenen, met name omdat de raad van bestuur gepaste maatregelen heeft genomen om de aldus ontstane onwettige toestand te herstellen.

Volgens de Correctionele rechtbank van Neufchâteau was aan deze voorwaarden voldaan. Nadat de commissaris immers op de hoogte was gesteld op de ondernemingsraad dd. 31 maart 1989 van de parallelle boekhouding, had hij op 10 april 1989 een onderhoud gehad met de directeur-generaal van de vennootschap en richtte hij op 19 april een schrijven aan de raad van bestuur met de vraag om aan deze onwettige praktijken een einde te stellen. Eind april antwoordde de raad van bestuur dat de 80.000 oude Belgische franken (ongeveer 2000 euro) die zich nog in de 'zwarte kas' bevond, in de boeken te zullen inschrijven. Gelet op dit antwoord maakte de commissaris een goedkeurend verslag zonder voorbehoud op dat op 17 mei 1989 zou worden voorgelegd aan de Algemene vergadering. De Correctionele rechtbank van Neufchâteau meende dat gelet op het korte tijdsbestek de commissaris correct had gehandeld. Hij had zijn wettelijke verplichtingen vervuld en handelde hierbij in het belang van de vennootschap.

Het Hof van Beroep van Bergen verbrak dit vonnis. Het Hof oordeelde dat het schrijven van de commissaris aan de raad van bestuur onvoldoende precies was. De toezegging van de raad van bestuur om het voormeld bedrag van 80.000 frank in de boeken op te nemen kon volgens het Hof evenmin worden beschouwd als een gepaste maatregel nu de commissaris wist dat de totale zwarte omzet over de laatste vijf jaar ongeveer 20 miljoen frank bedroeg, op een totale jaarlijkse omzet van 1,5 miljard frank. Rekening houdend met deze gegevens meende het Hof dat de commissaris geen goedkeurend verslag zonder voorbehoud had mogen formuleren. De commissaris had de aanleg van een provisie voor toekomstige verliezen moeten aanbevelen.²⁷⁵

²⁷³ Luik 25 januari 1996, *R.P.S.* 1997, 177, noot A. BENOIT-MOURY en N. THIRION, "La responsabilité pénale du réviseur d'entreprises: épée de Damocles ou Tigre de papier?".

²⁷⁴ Medeplichtigheid wordt gedefinieerd in artikel 66 Sw.

²⁷⁵ BENOIT-MOURY en THIRION volgen deze strenge visie van het Hof niet. Zij verwijten het Hof dat het niet voldoende aandacht heeft geschonken aan de vennootschapsrechtelijke en in het verlengde daarvan, boekhoudrechtelijke regels die de taken en de plichten van de commissarissen vastleggen. Zij benadrukken dat deze regels in redelijkheid moeten worden toegepast, rekening houdend met de verschillende belangen die de commissaris in acht moet nemen. Bovendien is het van het grootste belang dat de commissaris marginaal getoetst wordt, wat het Hof volgens deze auteurs niet deed. Zie A. BENOIT-MOURY en N. THIRION, "La responsabilité pénale du réviseur d'entreprises: épée de Damocles ou Tigre de papier?", noot onder Luik 25 januari 1996, *R.P.S.* 1997, p. 226, nr. 52.

Financial Law Institute

The **Financial Law Institute** is a research and teaching unit within the Law School of the University of Ghent, Belgium. The research activities undertaken within the Institute focus on various issues of company and financial law, including private and public law of banking, capital markets regulation, company law and corporate governance.

The **Working Paper Series**, launched in 1999, aims at promoting the dissemination of the research output of the Financial Law Institute's researchers to the broader academic community. The use and further distribution of the Working Papers is allowed for scientific purposes only. Working papers are published in their original language (Dutch, French, English or German) and are provisional.