

RECHTBANKEN, BALIES EN BEDRIJFSREVISORAAT:
ACTUALITEIT INZAKE HUN SAMENWERKING EN ACTUALITEITEN
ONDERNEMINGSRECHT

TRIBUNAUX, BARREAUX ET REVISORAT D'ENTREPRISES :
ACTUALITE DE LEUR COLLABORATION ET ACTUALITES
EN DROIT DES AFFAIRES

Rechtbanken, balies en bedrijfsrevisoraat:
actualiteit inzake hun samenwerking
en actualiteiten ondernemingsrecht

Studiedag 12 oktober 2012

Tribunaux, barreaux et révisorat d'entreprises :
actualité de leur collaboration et actualités en
droit des affaires

Journée d'études le 12 octobre 2012

Instituut van de Bedrijfsrevisoren /
Institut des Réviseurs d'Entreprises

Orde van Vlaamse Balies

Ordre des Barreaux francophones et germanophone

Unie der Rechters in Handelszaken van België /
Union des Juges consulaires de Belgique



Maklu
Antwerpen/Apeldoorn

Rechtbanken, balies en bedrijfsrevisoraat: actualiteit inzake hun samenwerking en actualiteiten ondernemingsrecht

Tribunaux, barreaux et révisorat d'entreprises: actualité de leur collaboration et actualités en droit des affaires

IBR, OBFG, OVB, URHB (eds.)

Antwerpen-Apeldoorn

Maklu

2012

294 pag. – 24 x 16 cm

ISBN 9789046605592

D2012/1997/63

NUR786

© 2011 Maklu-Uitgevers nv & ICCI

Alle rechten voorbehouden. Niets van deze uitgave mag geheel of gedeeltelijk openbaar gemaakt worden, gereproduceerd worden, vertaald of aangepast, onder welke vorm ook of opgeslagen worden in geautomatiseerd gegevensbestand behoudens uitdrukkelijke en voorafgaande toestemming van de uitgever.

Tous droits réservés. Aucun extrait de cette édition ne peut, même partiellement, être communiqué au public, reproduit ni traduit ou adapté sous quelque forme que ce soit, ou être saisi dans une banque de données sans l'autorisation écrite et préalable de l'éditeur.

Maklu-Uitgevers

Somersstraat 13/15, B-2018 Antwerpen, www.maklu.be, info@maklu.be

Koninginnelaan 96, NL-7315 EB Apeldoorn, www.maklu.nl, info@maklu.nl

Woord vooraf

Op 25 november 2003 organiseerden de Unie van de Rechtbanken van Koophandel, de Unie der Rechters in Handelszaken van België en het Instituut van de Bedrijfsrevisoren (IBR) een gezamenlijke studiedag rond het thema “Handelsrechtbanken en bedrijfsrevisoren: welke samenwerking”.

Bijna negen jaar later vindt op 12 oktober 2012 een nieuwe gezamenlijke studiedag plaats met de rechters van de rechtbank van koophandel en de bedrijfsrevisoren maar ditmaal uitgebreid tot advocaten die zich in het bijzonder in het ondernemingsrecht hebben gespecialiseerd.

De doelstelling van dit initiatief bestaat erin een dialoog en een samenwerking te vergemakkelijken tussen rechters van de rechtbanken van koophandel, advocaten en bedrijfsrevisoren rond verschillende actuele thema's van het ondernemingsrecht. Ieder van hen wordt immers dagelijks geconfronteerd met gemeenschappelijke praktische en deontologische vragen of kan gebruik maken van de opgedane ervaring van de anderen.

De studiedag en onderhavig boek zijn georganiseerd rond zes thema's, die elk worden voorbereid door een werkgroep samengesteld uit een rechter, een advocaat en een bedrijfsrevisor.

Het eerste thema betreft het gerechtelijk deskundigenonderzoek. Guido DE CROOCK, Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Dendermonde, Frank VAN DER SCHUEREN, advocaat en Herman J. VAN IMPE, bedrijfsrevisor, focussen op drie items die geschreven zijn vanuit de beroepspraktijk van elk van hen: de visie van de magistraat met betrekking tot het aanstellen van een deskundige, de vraag naar kwaliteitsvereisten van de deskundige die ook vanuit de advocatuur wordt gesteld en ten slotte een aantal aantekeningen vanuit de praktijk van de bedrijfsrevisor deskundige.

Louise-Marie HENRION, Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Namen, Patrick VAN LEYNSEELE, advocaat en Eric MATHAY, bedrijfsrevisor, behandelen het tweede thema: bemiddeling. Zij stellen eerst het instrument in het algemeen voor en de voordelen ervan in het bijzonder ten opzichte van alternatieve manieren van conflictoplossing. Vervolgens gaan zij dieper in op de verschillende etappes in een bemiddelingsproces en op de rol van respectievelijk de rechter, de advocaat en de bedrijfsrevisor en eindigen zij met een beschrijving van de stand van zaken van het gebruik ervan door de rechtbanken.

Het derde thema is de continuïteit van ondernemingen. Frank TAILDEMAN, rechter in handelszaken te Brussel, BART DE MOOR, advocaat en Thierry VAN LOOCKE, bedrijfsrevisor, bespreken de twee fases in de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen (WCO): enerzijds de preventieve fase en de “buitengerechtelijke” reorganisatie – gegevensverzameling en handelonderzoek, en buitengerechtelijk minnelijk akkoord – en anderzijds de gerechtelijke reorganisatie, gekenmerkt door een opschorting van betaling.

V

WOORD VOORAF

Marc-Olivier PARIS, Voorzitter bij de Rechtbanken van Koophandel te Dinant en Marche-en-Famenne, Guy HORSMANS, advocaat en Gérard DELVAUX, ere-bedrijfsrevisor, bespreken het vierde thema: de gerechtelijke mandataris en bestuurder. Ze stellen vast dat in talrijke omstandigheden justitie beroep doet op de medewerking van niet-magistraten om concreet en op het terrein vraagstukken van bestuur en van beheer van goederen in goede banen te leiden en bespreken de aard van deze samenwerking. Omwille van de complexiteit van de probleemstellingen vullen de juridische competentie van de advocaat en de deskundigheid van andere vrije beroepen onderworpen aan een strenge deontologie mekaar aan.

Het vijfde thema heeft betrekking op het beroepsgeheim, de deontologie en anti-witwassen. Jean-Philippe LEBEAU, Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Charleroi, Didier MATRAY, advocaat en Thierry DUPONT, bedrijfsrevisor, reflecteren hierover. Zowel de magistraat, de advocaat als de bedrijfsrevisor zijn onderworpen aan het beroepsgeheim van artikel 458 van het Strafwetboek en aan gelijkkluidende deontologische voorschriften. De anti-witwaswet van 11 januari 1993 houdt verplichtingen in voor de bedrijfsrevisor en de advocaat: de praktijkvragen en gemeenschappelijke toepassingsproblemen worden bestudeerd.

André BUYSE, rechter bij de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen, Luc VANHEESWICK, advocaat en Lieven ACKE, bedrijfsrevisor, snijden het zesde thema aan: de internationalisering van het normatief kader. Zij buigen zich over de internationale boekhoudnormen, hun juridische grondslag en afdwingbaarheid in het algemeen en de internationale controlestandaarden, de *International Standards on Auditing* (ISA's), in het bijzonder.

Deze publicatie herneemt de analyses van de verschillende werkgroepen. Wij hopen dat deze niet alleen kan bijdragen tot het verwerven van een betere kennis van deze zes thema's, maar ook tot het wegwerken van tekortkomingen en zwaktes in het huidig wetgevend kader en vooral tot een steeds vruchtbaarder wordende samenwerking tussen de rechter, de advocaat en de bedrijfsrevisor.

Mr. Edgar BOYDENS, Voorzitter van de Orde van Vlaamse Balies

Mr. Robert DE BAERDEMAEKER, Voorzitter van de *Ordre des Barreaux francophones et germanophone*

Prof. Dr. Michel DE WOLF, Voorzitter van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren

Thierry GERNAY, Voorzitter van de Unie der Rechten in Handelszaken van België

Avant-propos

Le 25 novembre 2003, l'Union des Juges des Tribunaux de commerce, l'Union des Juges consulaires de Belgique et l'Institut des Réviseurs d'Entreprises (IRE) ont organisé une journée d'études commune sur le thème : « Tribunaux de commerce et réviseurs d'entreprises : quelle collaboration ? ».

Près de neuf ans plus tard, une nouvelle journée d'études conjointe a lieu le 12 octobre 2012 avec les juges des tribunaux de commerce et les réviseurs d'entreprises, en y conviant cette fois-ci également les avocats, et notamment ceux spécialisés en droit des affaires.

L'objectif de cette initiative consiste à favoriser un dialogue et une collaboration entre les juges des tribunaux de commerce, les avocats et les réviseurs d'entreprises autour de plusieurs thèmes d'actualité en droit des affaires. Tous sont en effet quotidiennement confrontés aux mêmes questions d'ordre pratique et déontologique, ou alors peuvent bénéficier de l'expérience des autres.

La journée d'études et le présent ouvrage sont axés sur six thèmes, chacun préparé par un groupe de travail composé d'un juge, d'un avocat et d'un réviseur d'entreprises.

Le premier thème a trait à l'expertise judiciaire. Guido DE CROOCK, Président du Tribunal de commerce de Dendermonde, Frank VAN DER SCHUEREN, avocat, et Herman J. VAN IMPE, réviseur d'entreprises, se concentrent sur trois points à partir de leur expérience professionnelle individuelle : la vision du magistrat par rapport à la désignation d'un expert, les exigences en matière de qualité formulées par l'expert ainsi que par l'avocat, et un certain nombre de remarques du point de vue du réviseur d'entreprises expert.

Louise-Marie HENRION, Présidente du Tribunal de commerce de Namur, Patrick VAN LEYNSEELE, avocat, et Eric MATHAY, réviseur d'entreprises, travaillent sur le deuxième thème: la médiation. Ils présentent d'abord l'institution en général et ses avantages, en particulier vis-à-vis des autres types de gestion de conflits. Ensuite, ils détaillent les différentes étapes d'un processus de médiation et le rôle du juge, de l'avocat et du réviseur d'entreprises, et dressent pour finir un état des lieux du recours à la médiation par les tribunaux.

Le troisième thème est la continuité des entreprises. Frank TAILDEMAN, juge consulaire à Bruxelles, Bart DE MOOR, avocat, et Thierry VAN LOOKE, réviseur d'entreprises, analysent les deux phases de loi relative à la continuité des entreprises (LCE) : d'une part, la phase préventive et la réorganisation extra-judiciaire – la collecte de données et les enquêtes commerciales, et l'accord amiable extrajudiciaire – et, d'autre part, la réorganisation judiciaire, caractérisée par un sursis de paiement.

Marc-Olivier PARIS, Président des Tribunaux de commerce de Dinant et de Marche-en-Famenne, Guy HORSMAANS, avocat, et Gérard DELVAUX, réviseur d'entreprises honoraire, abordent le quatrième thème : le mandataire de justice et l'administrateur de justice. Ils constatent que dans de nombreux cas, la justice fait appel à des non-magistrats pour

VII

AVANT-PROPOS

régler concrètement et sur le terrain des questions d'administration et de gestion de biens. Ils abordent également la nature de cette collaboration. En raison de la complexité des problématiques, la compétence juridique de l'avocat et l'expertise d'autres professions libérales soumises à une déontologie rigoureuse se complètent.

Le cinquième thème concerne le secret professionnel, la déontologie et l'anti-blanchiment. Jean-Philippe LEBEAU, Président du Tribunal de Commerce de Charleroi, Didier MATRAY, avocat, et Thierry DUPONT, réviseur d'entreprises, s'y penchent. Tant le magistrat que l'avocat et le réviseur d'entreprises sont soumis au secret professionnel de l'article 458 du Code pénal et à des règles déontologiques équivalentes. La loi anti-blanchiment du 11 janvier 1993 impose certaines obligations aux réviseurs d'entreprises et aux avocats : les questions pratiques et problèmes communs d'application sont étudiés.

VIII

AVANT-PROPOS

André BUYSE, juge au Tribunal de commerce d'Anvers, Luc VANHEESWIJCK, avocat, et Lieven ACKE, réviseur d'entreprises, s'occupent du sixième thème : l'internationalisation du cadre normatif. Ils se penchent sur les normes comptables internationales, leur fondement juridique et leur force contraignante en général, et les normes internationales d'audit, les *International Standards on Auditing* (ISA), en particulier.

Cette publication reprend les analyses des différents groupes de travail. Nous espérons qu'elle pourra contribuer non seulement à une meilleure connaissance des six thèmes étudiés, mais aussi à l'élimination des lacunes et faiblesses du cadre légal actuel, et surtout à une collaboration toujours plus fructueuse du juge, de l'avocat et du réviseur d'entreprises.

Me Edgar BOYDENS, Président de l'*Orde van Vlaamse Balies*

Me Robert DE BAERDEMAEKER, Président de l'Ordre des Barreaux francophones et germanophone

Prof. Dr. Michel DE WOLF, Président de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises

Thierry GERNAY, Président de l'Union des Juges consulaires de Belgique

INHOUDSTAFEL – TABLE DES MATIERES

Woord vooraf	V
Avant-propos	VII
DEEL 1 HET GERECHTELIJK DESKUNDIGENONDERZOEK	1
Algemene inleiding	2
HOOFDSTUK 1 – HET DESKUNDIGENONDERZOEK VANUIT EEN PROCESECONOMISCHE INVALSHOEK	3
1.1. Inleiding	4
1.2. De steeds weerkerende klachten inzake deskundigenonderzoek	6
1.3. Het verwachtingspatroon van de burger	8
1.4. Stelplecht-bewijslast-betwistingslast	11
1.5. Het belang en bewijswaarde van eenzijdige verslagen	12
1.6. Het subsidiair karakter van het deskundigenonderzoek	14
1.7. De alternatieve onderzoeksmaatregelen	18
1.8. De expertise	20
1.8.1. De rol van de rechter en deskundige	20
1.8.2. De verzoeningsopdracht van de deskundige	21
1.8.3. De medewerkingsplicht van de partijen	22
1.8.4. Het verslag als communicatiemiddel	23
1.9. Conclusie	24
HOOFDSTUK 2 – KWALITEITSVEREISTEN VOOR GERECHTSDSKUNDIGEN	25
2.1. Ten geleide	26
2.1.1. Algemeen	26
2.1.2. In strafzaken	27
2.1.3. In burgerlijke zaken	28
2.1.4. Lijst van deskundigen	29
2.2. Wetsvoorstel mevrouw Sonja BECQ – nationaal register	30
2.2.1. Inleiding	30
2.2.1. Voorwaarden	30
2.2.3. Sancties	32
2.3. Kwaliteitscontrole	34
2.3.1. Inleiding	34
2.3.2. Technische onderlegdheid	34
2.3.3. Juridische basiskennis	35
2.3.4. Ethische vorming	35
2.4. Besluit	36

IX

INHOUDSTAFEL – TABLE DES MATIERES

HOOFDSTUK 3 – DESKUNDIGENONDERZOEK VANUIT DE REVISORALE PRAKTIJK	41
3.1. Inleiding	42
3.2. Procedure van aanstelling van de gerechtsdeskundige en de verstrekte informatie waarover hij beschikt	43
3.3. Aanstelling van de gerechtsdeskundige in persoonlijke naam	44
3.4. Beschikbare gegevens op het ogenblik van aanvaarding: probleem van inschatting van de onafhankelijkheid van de deskundige	45
3.5. Toelating/het verbod zich te laten bijstaan	45
3.6. Definiëring van de opdracht	46
3.7. Installatievergadering (of eerste vergadering): problemen van bijeenroeping en verkrijgen van stukken	47
3.8. Houding van partijen voor het aanleveren van de nodige gegevens	49
3.9. Interpretatie van de uit te voeren werkzaamheden uitgaande van de opdracht	50
3.10. Duur van de expertise: <i>expectation gap</i> tussen verwachting en uitvoering	50
3.11. Bepaling van het tijdstip van de kostenstaat, van de hoogte ervan en van die van de voorschotten	52
3.12. Informatie over het gevolg dat rechtbank en partijen geven aan de conclusies van het deskundigenverslag	53
3.13. Gerechtsdeskundige-bedrijfsrevisor: meestal geen jurist; wel steeds specialist en in de eerste plaats raadgever van de rechter die hem aanstelt	54
3.14. Klein België, groot in rechterlijke tegenstrijdigheid	55
3.15. Besluit	55
 PARTIE 2 MEDIATION	 57
CHAPITRE 1^{ER} – LA MEDIATION EN QUELQUES MOTS	59
1.1. Introduction	60
1.1.1. Généralités	60
1.1.2. Les avantages de la médiation par rapport à une procédure classique	61
1.2. Le rôle de l'avocat, du juge et du réviseur d'entreprises dans le cadre de la médiation	62
1.3. Les étapes de la médiation	63
 CHAPITRE 2 – LE PROCESSUS DE MEDIATION : UN EXEMPLE D'EXPOSE D'ENTAME DU MEDIATEUR	 69
2.1. Introduction	70
2.2. Présentations – pouvoir des participants	72
2.3. Que peut-on attendre de la médiation? – Le processus	73
2.4. La confidentialité	76
2.5. Le caucus ou aparté	77
2.6. Base juridique de la confidentialité	78
2.7. Confidentialité des documents échangés au cours de la médiation	78
2.8. Règles de communication	79

2.9. Position et rôle des avocats	80
2.10. Protocole de médiation	81
CHAPITRE 3 – CHANGEMENT D’ETAT D’ESPRIT FACE AU CONFLIT	83
3.1. Introduction	84
3.2. Vos clients vivent des conflits. Qu’en font-ils ?	84
3.3. Quels sont les besoins des entreprises ?	86
3.4. La justice rencontre-t-elle les besoins des entreprises ?	86
3.5. Recherche d’autres voies de résolution des conflits	88
3.6. Pourquoi la médiation ?	89
3.7. Le paradoxe	90
ANNEXES	91
Protocole de médiation	91
Engagement	95
DEEL 3 CONTINUITEIT VAN DE ONDERNEMINGEN	97
Algemene inleiding	98
HOOFDSTUK 1 – INLEIDING	103
HOOFDSTUK 2 – WIE KAN GEBRUIK MAKEN VAN DE WCO?	109
HOOFDSTUK 3 – DE GERECHTELIJKE PROCEDURE	111
3.1. Algemeen	112
3.2. De verschillende fasen van de gerechtelijke procedure	113
3.3. Gerechtelijke reorganisatie door een minnelijk akkoord (optie 1)	116
3.4. Gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord (optie 2)	118
3.5. Gerechtelijke reorganisatie door een overdracht van de onderneming onder gerechtelijk gezag (optie 3)	122
3.6. De rol van de gedelegeerd rechter	124
3.7. De aanstelling van de gerechtsmandataris	125
3.8. Wat is de kostprijs van de WCO?	126
HOOFDSTUK 4 – DE BUITENGERECHTELIJKE PROCEDURE	127
4.1. De aanstelling van een ondernemingsbemiddelaar	128
4.2. Het minnelijk akkoord	129
HOOFDSTUK 5 – CAPITA SELECTA	131
5.1. Verliest de ondernemer het beheer van zijn onderneming bij WCO?	132
5.2. Kan een lopende WCO procedure worden stopgezet?	132

XI

INHOUDSTAFEL – TABLE DES MATIERES

5.3.	Wie beslist bij een overdracht van een onderneming welk personeelslid wordt overgenomen en tegen welke voorwaarden?	133
5.4.	Kunnen sociale en fiscale schulden worden kwijtgescholden omwille van de goedkeuring van een aanvraag tot gerechtelijke reorganisatie?	133
5.5.	Moeten voor een aannemer, tijdens zijn gerechtelijke reorganisatie, inhoudingen gebeuren op zijn facturen?	134
5.6.	Wat zijn de gevolgen van de beslissing tot opening van een gerechtelijke reorganisatie?	135

HOOFDSTUK 6 – BEOORDELING VAN DE HUIDIGE SITUATIE: WCO POTENTIEEL EN KNELPUNTEN 137

6.1.	Inleiding	138
6.2.	Het WCO potentieel in enkele statistische data	138
6.3.	Het WCO potentieel in kwalitatieve factoren	139
6.4.	Enkele WCO knelpunten	140
6.4.1.	WCO blijft relatief onbekend	140
6.4.2.	WCO werkt mogelijks concurrentieverstorend	140
6.4.3.	WCO laat malafide praktijken toe	141
6.4.4.	WCO toepassingsgebied is te eng	143
6.4.5.	Te weinig nadruk op faillissementspreventie	143
6.4.6.	Huidige rol voor de rechtbank van koophandel is te passief	144
6.4.7.	Schuldeisers worden slecht geïnformeerd	144
6.4.8.	Bedrijven worden soms verkocht aan spotprijzen	144

PARTIE 4 LES RAPPORTS ENTRE LE JUGE ET LES MANDATAIRES DE JUSTICE : L'EVOLUTION DES RAPPORTS 149

CHAPITRE 1^{ER} – LE DIALOGUE DELICAT ENTRE LE JUGE ET LE MANDATAIRE JUDICIAIRE 151

1.1.	Introduction	152
1.2.	Le mandataire judiciaire	152
1.3.	L'homme derrière la fonction	153
1.3.1.	Généralités	153
1.3.2.	Le désarroi du juge	154
1.3.3.	Un nouvel équilibre	156

CHAPITRE 2 – UNE APPROCHE NOVATRICE : LA LOI SUR LA CONTINUITE DES ENTREPRISES 157

2.1.	Observation liminaire	158
2.1.1.	Généralités	158
2.1.2.	Réflexion sur la loi sur la continuité des entreprises	158
2.1.3.	Le réseau CAP	159
2.2.	Les vertus de la multidisciplinarité	160
2.3.	Le rôle des chambres d'enquête commerciale	162

2.3.1.	Utilité des chambres d'enquête commerciale	162
2.3.2.	Le dépistage, clef de voute de la continuité	163
2.3.3.	Nécessité de déclarer les faillites sans retard	164
2.3.4.	Loyauté du barreau et des professionnels du chiffre	165
2.3.5.	Mise en garde sur la sincérité des techniques employées	165
2.3.6.	Responsabilité des administrateurs	166
2.4.	Les abus du recours à la loi sur la continuité des entreprises	167
2.4.1.	Les abus de recours	167
2.4.2.	Application pratique en synthèse	168
2.5.	Les mandats de justice en regard de la loi sur la continuité des entreprises	168
2.5.1.	L'article 14	168
2.5.2.	L'article 28 indique	169
2.5.3.	Le médiateur d'entreprises	169
2.5.4.	Le mandataire de justice	170
2.6.	La prévention hors judiciaire	170
2.6.1.	Généralités	170
2.6.2.	Avis du groupe de travail Prévention FEB	171
2.6.3.	Article 138 du Code des sociétés et extension aux experts-comptables et comptables	173
2.7.	Faire évoluer la loi	174
CHAPITRE 3 – LE MANDATAIRE DE JUSTICE ET L'ADMINISTRATEUR DE JUSTICE EN GENERAL		177
3.1.	Généralités	178
3.2.	Les pratiques	180
3.3.	Les interrogations	184
CHAPITRE 4 – CONCLUSIONS		189
PARTIE 5 SECRET PROFESSIONNEL, DEONTOLOGIE ET ANTI-BLANCHIMENT		195
CHAPITRE 1^{ER} – LA DEONTOLOGIE		197
Introduction		198
1.1.	La déontologie : de nouvelles références pour les magistrats	198
1.2.	La déontologie : quelques différences et beaucoup de convergence	200
1.3.	La déontologie, une règle fondamentale	200
1.4.	Des valeurs similaires mais des applications spécifiques	201
1.5.	Premier exemple: l'intérêt personnel, l'intérêt général et les exigences de la fonction	201
1.6.	Deuxième exemple : l'indépendance et les conflits d'intérêt	202
1.7.	Troisième exemple : l'indépendance et la stabilité du mandat	205
1.8.	L'indépendance des avocats n'est pas qu'un problème belge	207
1.9.	L'indépendance et les honoraires	208

1.10. L'avant-projet de code de déontologie des réviseurs d'entreprises	211
1.11. Le plafond d'honoraires pour les missions autres que celles confiées au commissaire	212

CHAPITRE 2 – LE SECRET PROFESSIONNEL 213

2.1. Le secret professionnel : généralités	214
2.2. La protection du secret professionnel de l'avocat par la Cour constitutionnelle	216
2.3. Le secret professionnel est limité aux confidences reçues par l'avocat dans l'accomplissement de sa mission	217
2.4. L'avocat, la perquisition et la saisie	218
2.5. L'avocat et le contrôle fiscal	219
2.6. Le secret professionnel du réviseur d'entreprises se concilie-t-il avec son obligation de révélation ?	220
2.7. Le secret professionnel et les différentes missions du réviseur d'entreprises : le mandat de commissaire	222
2.8. Le secret professionnel du réviseur d'entreprises et les autres missions exercées en vertu de la loi	222
2.9. Le secret professionnel du réviseur d'entreprises et les missions compatibles	223
2.10. Le secret partagé	223
2.11. Le cas particulier de l'échange d'information entre réviseurs d'entreprises et avocats	224
2.12. Le secret professionnel du magistrat : généralités	226
2.13. Le secret du délibéré	227
2.14. Le secret partagé	228

CHAPITRE 3 – LE BLANCHIMENT ET LA PREVENTION DU BLANCHIMENT 229

3.1. Généralités	230
3.2. La manifestation du soupçon	231
3.3. La prévention du blanchiment, le paragraphe 2 de l'article 30 et la problématique des divulgations effectuées « à des fins répressives »	233
3.4. L'interdiction de divulgation	235
3.5. La divulgation aux personnes visées à l'article 30, § 3, 3° de la loi du 11 janvier 1993	236
3.6. La relation avec le client après une déclaration de soupçon	239
3.7. Le tiers introducteur	240
3.8. La responsabilité du déclarant	241

DEEL 6	DE INTERNATIONALISERING VAN HET NORMATIEF KADER VOOR DE OPSTELLING EN DE CONTROLE VAN JAARREKENINGEN	245
Inleiding		246
HOOFDSTUK 1 – IFRS- EN ISA-STANDAARDEN		249
1.1.	GAAP versus GAAS	249
1.2.	Doelstelling en oorsprong van de internationale standaarden	251
1.2.1.	Doelstelling	251
1.2.2.	Oorsprong	251
1.3.	Toepassing van de internationale standaarden in België	252
1.3.1.	ISA's	252
1.3.2.	IFRS-standaarden	253
1.4.	Rechtskracht van de internationale standaarden in België	253
1.4.1.	ISA's	253
1.4.2.	IFRS-standaarden	254
1.5.	Enkele kenmerken van de internationale referentiekaders	255
1.5.1.	ISA's	255
1.5.2.	IFRS-standaarden	255
HOOFDSTUK 2 – VASTSTELLEN, OPLEGGEN EN INTERPRETEREN VAN IFRS- EN ISA-STANDAARDEN		257
2.1.	IAS en IFRS	258
2.1.1.	Het opstellen van de standaard	258
2.1.2.	Het opleggen van de standaard	258
2.1.3.	De handhaving en interpretatie van de standaard	260
2.2.	ISA's	262
2.2.1.	Het opstellen van de standaard	262
2.2.2.	Het opleggen van de standaard	262
2.2.3.	De handhaving en interpretatie van de norm van 10 november 2009 en van de standaarden	262
2.3.	Aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor: de goede huisvader	265
2.3.1.	Strafrechtelijke aansprakelijkheid	265
2.3.2.	Contractuele aansprakelijkheid	267
2.3.3.	Deontologische aspecten	267
HOOFDSTUK 3 – ENKELE OVERWEGINGEN TEN AANZIEN VAN DE INTERNATIONALE REFERENTIEKADERS		269
3.1.	Inleiding	270
3.2.	Uitdagingen met betrekking tot de invoering van de toepassing van de ISA's	270
3.2.1.	"Rule based"	270
3.2.2.	"An audit is an audit"	270
3.2.3.	Concrete toepassing van de ISA's	271
3.2.4.	De grote illusie	272

XV

INHOUDSTAFEL – TABLE DES MATIÈRES

3.3.	Uitdagingen met betrekking tot de invoering van de toepassing van de IFRS-standaarden	273
3.3.1.	Continue verandering	273
3.3.2.	Het doel voorbij?	273
3.3.3.	Interpreteren en toepassen	274
HOOFDSTUK 4 – BESLUIT		275

XVI

DEEL 1

HET GERECHTELIJK DESKUNDIGENONDERZOEK

Bijdragen van:

Guido DE CROOCK

Voorzitter, Rechtbank van Koophandel te Dendermonde

Frank VAN DER SCHUEREN

Advocaat bij de Balie te Brussel

Herman J. VAN IMPE

Bedrijfsrevisor

Algemene inleiding

Er is reeds veel geschreven over het deskundigenonderzoek in het verleden, is er ook op het terrein veel veranderd? Vast staat in elk geval dat het risico stijgt wanneer een expertise wordt bevolen, dat de burger zijn verwachtingen in Justitie niet ingelost ziet. Voorzitter Guido DE CROOCK van de Rechtbank van Koophandel te Dendermonde geeft in het eerste deel aan dat, ondanks de recente wijzigingen betreffende het deskundigenonderzoek, klachten blijven bestaan vooral op het gebied van de kostprijs en de duurtijd van deze onderzoeksmaatregel.

In het eerste deel zoekt voornoemd auteur vanuit een proceseconomische invalshoek en na een analyse van de blijvende problemen, naar alternatieven om met de bestaande wetgeving werkelijk iets te veranderen in de praktijk.

In het tweede deel worden door Meester Frank VAN DER SCHUEREN de kwaliteitsvereisten voor een goede gerechtsdeskundige besproken. De deskundige is vaak zeer bekwaam maar is soms weinig juridisch geschoold en heeft niet altijd een ethische vorming gehad.

Na de grondige juridische analyse en inkadering van de problematiek van verwachting en inlossing in hoofde van de procesvoerende partijen door Voorzitter DE CROOCK in het eerste deel, somt bedrijfsrevisor Herman J. VAN IMPE in het derde deel een aantal obstakels op die een correcte afhandeling van de expertise tot tevredenheid van alle betrokken partijen in de weg staan en dit op basis van een rondvraag naar collega's bedrijfsrevisoren die regelmatig optreden als gerechtsdeskundige. Tevens formuleert hij een aantal suggesties voor een betere werking en kwaliteit van gerechtelijke expertises als revisorale opdracht.

HOOFDSTUK 1

HET DESKUNDIGENONDERZOEK VANUIT EEN PROCESECONOMISCHE INVALSHOEK

Guido De Croock

Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Dendermonde

1.1. INLEIDING

1. Proceseconomie of de verplichting tot proceseconomisch handelen richt zich op het doelmatig toepassen van procesregels, dit wil zeggen: met een redelijke en zo efficiënt mogelijke tijdsbesteding en arbeidsinzet voor de rechter en de partijen ⁽¹⁾. Een traag en duur proces wordt als een “bron van onrecht” omschreven ⁽²⁾. De rechtszoekende heeft redenen tot huiveren wanneer in de loop van het proces het woord “expertise” valt.

De onwillige procespartij die, zoals soms in het handelsleven het geval is, tijd wil kopen, wrijft zich vaak in de handen. Het rechterlijk oordeel is meestal voor maanden of jaren uitgesteld.

2. Het deskundig onderzoek en de proceseconomie staan reeds decennia lang op gespannen voet. In zijn verslag over het ontwerp van wet tot invoering van het Gerechtelijk Wetboek, onderstreepte de Koninklijk Commissaris voor de gerechtelijke hervorming, de heer VAN REEPINGHEN, reeds het volgende: *“In zijn « Mémoire sur les rapports d'experts », verschenen in 1782, beklaagt Guyton de Morveau, advocaat-generaal bij het Parlement de Bourgogne, zich over “des longueurs, des vexations, des injustices, des misères » die het gevolg zijn van de aanwending van het gerechtelijk deskundigenonderzoek. Zij brengen er volgens hem de partijen dikwijls toe een onbetwistbaar recht te verzaken, zelfs aanzienlijke offers te brengen, eerder dan zich op die met klippen bezaaide zee te begeven.”*. Hij vervolgt met een historische schets over de herhaaldelijke klachten inzake deskundigenonderzoek in België ⁽³⁾.

De Koninklijke Commissaris voor de gerechtelijke hervorming vatte zijn kritiek op het deskundigenonderzoek samen als volgt ⁽⁴⁾: *“(a) men doet te dikwijls een beroep op de deskundige; al te vaak onttrekt hij in de praktijk de zaak aan de rechter; b) de deskundigenonderzoeken duren te lang en worden onvoldoende gecontroleerd; c) de deskundigenonderzoeken kosten te veel.”*. Tal van bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek hadden dan ook precies tot doel al die nadelen op te vangen. Een al te frequent beroep op een deskundigenonderzoek moest worden voorkomen door het onderzoek strikt technisch te houden en door de rechter te verplichten het voorwerp van het deskundigenonderzoek precies te bepalen. Vertraging bij het deskundigenonderzoek moest worden voorkomen door de rechter ertoe te verplichten een termijn te bepalen waarbinnen het verslag moet worden ingediend ⁽⁵⁾. Controle op de kosten van het deskundigenonderzoek werd

⁽¹⁾ K. WAGNER, *Sancties in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2007, 67.

⁽²⁾ B. DE CONINCK, “Actuele tendensen inzake proceseconomie: Loyaal procederen in het civiele geding vanuit proceseconomisch perspectief”, in B. TILLEMAN en A. VERBEKE (eds), *Actualia Vermogenrecht. Liber Amicorum KULAK. Als hulde aan Prof. dr. Georges Macours*, Brugge, die Keure, 2005, 727.

⁽³⁾ Ontwerp van wet tot invoering van het Gerechtelijk Wetboek, verslag van de heer Charles VAN REEPINGHEN, koninklijk commissaris voor de gerechtelijke hervorming, *Parl. St. Senaat*, 1963-64, nr. 60, 10 december 1963, 227.

⁽⁴⁾ *Ibid.*, 227-228.

⁽⁵⁾ *Cf.* oud artikel 963 Ger. W.

ingevoerd via wettelijk omschreven criteria, die de honoraria van de deskundige vastleggen ⁽⁶⁾.

3. De meeste punten van kritiek die indertijd op het gerechtelijk deskundigenonderzoek werden geuit, blijven vandaag nog onverminderd gelden. Regelmatig komen in de diverse jaarverslagen van de Hoge Raad voor de Justitie nog steeds verwijzingen voor naar gegronde klachten betreffende de traagheid van de expertises ⁽⁷⁾. Wellicht zijn de formeel geuite klachten bij de Hoge Raad maar een kleine fractie van het werkelijk aantal expertises, die tot grote wrevel van de burger, te lang aanslepen. De wet van 15 mei 2007 ⁽⁸⁾ heeft op dat vlak blijkbaar weinig veranderd op het terrein, alhoewel precies de voornoemde kritieken aan de basis lagen van de wetswijziging in 2007.

De gerechtelijke expertise is dus een grote bron van ontevredenheid bij de burger en ligt vaak aan de basis van wankelend vertrouwen in justitie.

HENRION formuleerde in een bijdrage van vijftien jaar geleden reeds een aantal kritieken die ondanks de wetswijzigingen vandaag nog steeds erg actueel zijn ⁽⁹⁾. Zij wees er onder meer op dat de expertise niet noodzakelijk de meest efficiënte manier is om het beoogde doel (advies aan de rechter) te bereiken, rekening houdende met de kostprijzen en de snelheid nodig om het conflict op te lossen. Verder stelde zij dat de motiveringen van de experts om hun beslissing te onderbouwen vaak onvoldoende zijn en dat er een gebrek aan communicatie is tussen de diverse actoren bij de expertise.

4. Wanneer men vaststelt dat gedurende decennia, dezelfde problemen blijven bestaan, ondanks de recente wetswijzigingen, moet er wellicht meer gebeuren dan een wetswijziging om werkelijk iets te veranderen. Het is niet zozeer een zaak van wetgeving, maar

⁽⁶⁾ Cf. oud artikel 982 Ger. W.

⁽⁷⁾ HRJ, Jaarlijks verslag over de algemene werking van de rechterlijke orde 2001 p. 16 en 20; Jv. HRJ 2008, 64; 2007, 80; Jv. HRJ 2010, 59. In dit laatste verslag merkt de Hoge Raad op dat bij de klachten over het trage verloop van een deskundigenonderzoek het soms slechts in schijn gaat om traagheid (de partijen gaan niet in op de vragen van de deskundige, maar vaak legt laatstgenoemde het incident niet voor aan de rechter).

⁽⁸⁾ Over deze wet zie onder meer: H. BOULARBAH (ed.), *Le nouveau droit de l'expertise judiciaire en pratique*, Brussel, Larcier, 2007, 184; K. DEVOLDER, "Het gerechtelijk deskundigenonderzoek na de Wet van 15 mei 2007", *P&B* 2008, 74-91; O. MIGNOLET, *L'expertise judiciaire*, Brussel, Larcier, 2009, 231; O. MIGNOLET en D. MOUGENOT, "La loi du 15 mai 2007 modifiant le code judiciaire en ce qui concerne l'expertise et retablissant l'article 509quater du Code penal – Evaluation de la loi et propositions de modifications", in P. VAN ORSHOVEN en B. MAES, *De procesrechtswetten van 2007/Les lois de procedure de 2007...revisited*, Brugge, die Keure, 2009, 209-270; D. MOUGENOT, "Le nouveau droit de l'expertise", in G. DE LEVAL en F. GEORGES (eds.), *Le droit judiciaire en mutation*, Luik, Anthemis, 2007, 69-127; D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 222; B. VANLERBERGHE, "De wet van 15 mei 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek en tot herstel van artikel 509quater van het Strafwetboek", *RW* 2007-08, 594-608.

⁽⁹⁾ L.-M. HENRION, "L'expertise revisitée. Quelques suggestions pratiques", (noot onder Antwerpen 20 januari 1997), *TBH* 1997, 589-592.

van toepassing ⁽¹⁰⁾. Beleidsvoering en mentaliteitswijziging zijn dan ook aan de orde, veeleer dan een zoveelste wetgevend ingrijpen.

Deze bijdrage poogt een antwoord te geven op de vraag hoe we met het bestaande wetgevend arsenaal, veeleer dan door nieuwe wetgeving, iets kunnen veranderen op het vlak van de onderzoeksmaatregelen in het burgerlijk geding.

1.2. DE STEEDS WEERKERENDE KLACHTEN INZAKE DESKUNDIGENONDERZOEK

5. Het vonnis dat een deskundigenonderzoek beveelt, is vaak het begin van een langdurige en uitzichtloze ellende. In zijn advies van 9 oktober 2002 stelde de Hoge Raad voor Justitie reeds: *“Het verwijt dat de uitvoering van de deskundigenonderzoeken veel te veel tijd in beslag neemt en dus de afwikkeling van het geschil nodeloos vertraagt, is vrij algemeen”*.

De Hoge Raad duidde ook een aantal oorzaken aan: overbelasting van bepaalde deskundigen; onvoldoende toezicht van de magistratuur op het verloop van de expertise; de houding van partijen die te gemakkelijk termijnverlenging toestaan; onvoldoende precieze omschreven opdrachten; onvoldoende juridische kennis van de deskundigen ⁽¹¹⁾. Dit alles blijft vandaag actueel.

6. De termijn waarbinnen de deskundige een advies moet geven, wordt te weinig gerespecteerd. Het is geen zeldzaamheid dat de uiteindelijke termijn meer dan het dubbele bedraagt van wat de rechter oorspronkelijk vooropstelde. Dikwijls duurt het proces zo lang dat het in feite elk nut heeft verloren. Soms is de tegenpartij failliet verklaard lopende de procedure of is de eiseres zelf failliet gegaan omdat zij er nooit in slaagde haar schade die door een expert diende te worden begroot, tijdig in te vorderen. Onderzoek in de rechtbank van koophandel te Dendermonde wees uit dat ondanks nauwkeurige opvolging het merendeel van de expertises tussen de zes maanden en de achttien maanden in beslag nam. Eens een expert is aangesteld, deinzen de partijen ervoor terug hem geen uitstel meer te geven wanneer hij hierom vraagt. De rechter die toeziet op de expertise heeft, geconfronteerd met het akkoord van de partijen en wetende dat vervanging van de deskundige nog meer tijdverlies zal meebrengen, weinig andere mogelijkheden dan noodgedwongen de verlenging toe te staan.

7. Meermaals worden in procedures, welke tot expertise leiden, te pas en te onpas partijen betrokken die geen verantwoordelijkheid hebben in de zaak. Niemand wil het risico lopen dat de onderzoeksmaatregel niet tegenstelbaar is aan een mogelijks betrokken partij. De omvang van het proces wordt daardoor onbeheersbaar en de kostprijs loopt op. Dit alles is een gevolg van een gebrekkige voorbereiding in technisch opzicht. Door

⁽¹⁰⁾ P. LEFRANC, “Heeft de civiele rechter vat op het verloop van het deskundigenonderzoek?”, *P&B* 2005, (175) 209.

⁽¹¹⁾ HRJ, Advies van 9 oktober 2002 in het kader van het voorontwerp van wet tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat betreft de rechtspleging, 37, te consulteren op www.csj.be.

de afwezigheid van eenzijdige technische verslagen hebben partijen het filteren van de mogelijks betrokken partijen niet kunnen realiseren.

8. De kosten van de expertise staan niet steeds in verhouding tot de waarde van het geschil. Het is ook niet altijd eenvoudig bij aanvang van de expertise de kostprijs te ramen. De aard en de omvang van de onderzoeksmaatregelen en incidenten zijn niet steeds vooraf gekend. Veelal beginnen partijen aan het deskundigenonderzoek zonder duidelijk zicht op de uiteindelijke kostprijs. Artikel 972, § 2, zevende en achtste lid van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt weliswaar dat de beslissing na afloop van de installatievergadering, of het vonnis wanneer geen installatievergadering plaats heeft, vermeldt “de raming van de algemene kostprijs van het deskundigenonderzoek, of tenminste de manier waarop de kosten en het ereloon van de deskundige en de eventuele technische raadgevers zullen worden berekend”.

Het is echter zeer moeilijk op deze wijze steeds de precieze kostprijs van het deskundigenonderzoek op voorhand te ramen. De vraag zal steeds zijn hoeveel uren het deskundigenonderzoek zal vergen van de deskundige, dit blijft moeilijk te voorspellen. Vele partijen beseffen onvoldoende hoeveel uren een ernstig doorgevoerd deskundigenonderzoek vergt, rekening houdende met het feit dat de deskundige niet alleen zijn mening dient te verwoorden maar ook repliek dient te geven op de opmerkingen van partijen.

9. Bij de beslissingen waarbij een expert wordt aangesteld, wordt te weinig een afweging gemaakt tussen inzet van het proces en kostprijs van de expertise.

De vertraging welke de beslechting van het geschil zal oplopen wanneer een expertise wordt bevolen, wordt eveneens onvoldoende in overweging genomen bij het beoordelen door de rechter van de opportuniteit van een dergelijke onderzoeksmaatregel. Kostprijs en duurtijd zijn nochtans elementen, die in grote mate in een kwaliteitsvolle benadering van Justitie van belang zijn.

Te weinig beslissingen besteden veel aandacht aan minder dure onderzoeksmaatregelen. De bewijskracht van het eenzijdig deskundigenverslag, vooral wanneer dit niet wordt weerlegd in technisch opzicht door de wederpartij, wordt onvoldoende in aanmerking genomen.

10. Het is geen zeldzaamheid dat de procedure na expertise vooral gaat over de vraag wie de kosten zal betalen. Partijen onderschatten doorgaans de uiteindelijke kostprijs van een deskundigenonderzoek. Zoals al gezegd, is deze inschatting moeilijk. In de loop van vele expertises sputtert de motor, die partijen nochtans met soms veel verwachtingen zijn gestart. Partijen beseffen veelal geleidelijk pas dat de kostprijs van de expertise niet in verhouding staat tot de inzet van het geschil, of ze beseffen dat ook experts niet steeds duidelijke en pasklare antwoorden kunnen geven om het probleem op te lossen. Vele expertises eindigen een stille dood, onaangeroerd in een oude kast op het gerechtsgebouw. Partijen zijn immers dikwijls zo moe gestreden en het heeft hen vaak al zoveel geld gekost, dat zij er ofwel gewoon de brui aan geven of tot een minnelijke regeling komen.

11. Het risico dat al het bovenstaande ernstig het vertrouwen schendt van de burger in Justitie is vandaag nog steeds zeer groot, vooral voor de gewone burgers die vaak *one-shotters* zijn in tegenstelling tot grote spelers die *repeat players* zijn⁽¹²⁾. De *one-shotters* lopen meer risico, of beter hun risico's zijn niet gespreid. Meestal hebben ze één enkele zaak op één welbepaalde rechtbank en worden ze geconfronteerd met één welbepaalde expert. *Repeat players*, zoals grote bedrijven of verzekeringsmaatschappijen, kunnen doorgaans beter omgaan met de kwelgeest. Meestal maken lopende expertises bij *repeat players* deel uit van een omvangrijk pakket van betwistingen, verspreid over verschillende rechtbanken en met verschillende experts. Veelal nivelleren de kansen op winst en verlies elkaar voor hen en is het tijdsaspect meestal minder belangrijk.

8

1.3. HET VERWACHTINGSPATROON VAN DE BURGER

12. Al deze klachten zijn reeds jaren gekend, maar partijen houden er bij aanvang van de procedure onvoldoende rekening mee. Ondanks het feit dat Justitie de laatste decennia heel wat aan vertrouwen inboette, verwachten de burgers nog steeds heel veel, zelfs onmogelijk veel van Justitie.

Hoge verwachtingen zijn vaak oorzaak van diepe ontgoocheling. Een realistisch verwachtingspatroon bij de aanvang van een geding, waarin mogelijk een expertise kan worden bevolen, is dan ook de eerste boodschap.

De verwachtingen van de burger op gebied van expertise en proces zijn niet steeds realistisch. Veelal begint men teveel aan het geding in de overtuiging van zijn eigen gelijk. Wanneer de gerechtelijke expertise dan tussenkomt en men in technisch opzicht zijn ongelijk moet bekennen, is de ontgoocheling meestal groot. Een duur proces had wellicht kunnen worden vermeden door voorafgaandelijk betere voorlichting in technisch opzicht.

13. De eerste taak van al diegenen die een adviserende rol spelen bij een conflict, zoals advocaten en technisch raadgevers, zou moeten zijn de verwachtingen bij te sturen naar realistische verwachtingspatronen.

Als partijen niet procederen maar tot een regeling komen zonder proces, sparen ze veel kosten uit. Wanneer toch voor een procedure wordt gekozen, is dit dikwijls omdat één van beide partijen al te optimistisch is over zijn kansen op een gunstige rechterlijke beslissing. Aangenomen wordt dat een te optimistische perceptie van de winstkans vaker voorkomt dan een te pessimistische. Mensen hebben de neiging om schatting in het voordeel van zichzelf te laten uitvallen. Men neemt aan dat de bereidheid om

⁽¹²⁾ De theorie van de *one shotters* tegenover de *repeat players* gaat uit van M. GALANTER. Zie M. GALANTER, "Why the "haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change", *Law and Society Review*, 1974, (95) 97.

de rechter te laten beslissen, stijgt naarmate de perceptie van de winstkansen stijgt ⁽¹³⁾. Eenmaal een juridische procedure opgestart, bevorderen diverse factoren de escalatie van het conflict. Men keert immers niet gemakkelijk op zijn stappen terug ⁽¹⁴⁾.

Men is op zoek naar informatie die de beslissing om te procederen onderbouwt. Men ziet en hoort wat men graag ziet en hoort niet en keert zich af van alles wat als tegenargument zou kunnen gelden. In de Engelse literatuur is dit verschijnsel omschreven als *belief perseverance* ⁽¹⁵⁾.

14. Bij dit alles past ook wel de kanttekening, dat de beslissing om al of niet over te gaan tot een gerechtelijke procedure bij een *one-shotter* sterk beïnvloed wordt, door de mogelijke verzekering in het kader van een rechtsbijstandsverzekering.

De ervaring leert dat partijen die over een rechtsbijstandsverzekering beschikken vaak het minst geneigd zijn tot een redelijke en minnelijke oplossing te komen. Hun onwrikbaar standpunt is dan gevolg van het feit dat procederen hen toch niets kost en ze zelf bij een langdurig proces niets te verliezen hebben. In dat opzicht zijn rechtsbijstandsverzekeringen deels oorzaak van “overconsumptie”.

15. De realistische inschatting van zijn gelijk wordt mee bepaald door de kwaliteit van het advies van technisch raadgevers en advocaten. Meestal gaat het ontstaan van het conflict gepaard met emoties. En emoties maken blind. In deze fase van het conflict kunnen neutrale deskundigen het verwachtingspatroon zo nodig realistisch bijsturen.

Het eenzijdig deskundig verslag kan in deze fase van het conflict dus een bepalende rol spelen om al of niet over te gaan tot het opstarten van een procedure, veeleer dan een verzoening na te streven.

Technische raadgevers zouden in deze fase van het conflict hun rapport kunnen aanvullen, eventueel in een afzonderlijk document, met randbemerkingen. Zowel op technisch als juridisch vlak zijn er soms zaken voor interpretatie vatbaar. De meeste technische rapporten in deze fase zijn geschreven vanuit een onwrikbaar standpunt van de auteur, terwijl zelden of niet wordt gewezen op de mogelijkheid van divergente standpunten of andere beoordelingen die de kans op gelijk krijgen hypothekeren. Zo ontstaat voor een partij een gevoel van ongenueanceerd gelijk hebben, wat ernstig de kansen op een minnelijke regeling hypothekeert.

Ongenuanceerde technische rapporten in de eerste fase van het conflict hebben als gevolg dat het verwachtingspatroon wordt opgekrikt tot een zo hoog niveau, dat de bereidheid tot schikken via verzoening ernstig wordt bemoeilijkt.

⁽¹³⁾ P.J. VAN KOPPEN en D.J. HESSING, “De schuld krijgen” in P. J. VAN KOPPEN, D.J. HESSING, H.L.G. MERCKELBACH, H.F.M. CROMBAG (eds), *Het Recht van Binnen, Psychologie van het recht*, Deventer, Kluwer, 2002, 46.

⁽¹⁴⁾ *Ibid.*, 53.

⁽¹⁵⁾ Voor een beschrijving van dit fenomeen: W.A. WAGENAAR en H.F.M. CROMBAG, “Ook rechters maken menselijke fouten” in P.J. VAN KOPPEN *et al.*, *Het Recht van Binnen, Psychologie van het recht*, Deventer, Kluwer, 2002, 840.

In deze fase wordt onvoldoende de mogelijkheid benut van een neutraal deskundige die een verzoenende rol speelt tussen de partijen, met hun eigen technische raadslieden.

De wet inzake bemiddeling heeft op dat vlak het verhoopte resultaat niet gegeven.

16. Ook op een ander vlak heeft de burger verwachtingen, welke naderhand aanleiding geven tot misnoegdheid. De burger verwacht wanneer hij een rechtsgeding begint dat de rechter beslist en niet de deskundige. Het systematisch en gewillig door de rechter uit handen geven van de zaak voor advies van een deskundige, heeft voor gevolg dat de burger zich dikwijls beklagt over *le gouvernement des experts*. De burger die zich tot de rechter wendt, voelt het aan alsof de rechter het aan de expert overlaat. Dit gevoel wordt mee in de hand gewerkt door het feit dat de burger meestal niet de rechter ziet in een burgerlijk geding, maar wel de expert.

Voor de overbelaste rechter is er niets gemakkelijker dan het advies van de deskundige te volgen. De partijen verwachten van de rechter een inhoudelijke controle op het advies. Vraag is of de rechter wel steeds de mogelijkheid heeft een ernstige inhoudelijke controle te doen op het advies, gezien zijn beperkte kennis in technisch opzicht.

De wet stelt dat de rechter niet verplicht is het advies van de deskundige te volgen, indien het strijdig is met zijn overtuiging (art. 962, laatste lid Ger. W.). Volgt de rechter het advies niet, dan is dit eveneens een reden dat de rechter niet wordt begrepen. Men heeft dan soms blijkbaar nutteloze kosten gedaan om een deskundige aan te stellen, wiens advies dan niet wordt gevolgd.

Genoeg redenen dus van onvrede en blijvende klachten inzake deskundigenonderzoeken.

1.4. STELPLICHT-BEWIJSLAST-BETWISTINGSLAST

17. De gestelde problemen vergen een totaal nieuwe aanpak. Eens de beslissing genomen om het conflict via rechterlijke tussenkomst op te lossen, zal in eerste instantie de eisende partij zijn dossier stofferen. Op deze partij rust immers de bewijslast. De vraag wie de bewijslast draagt zal in aanmerking worden genomen om de opportuniteit van de expertise te beoordelen.

Het gebeurt dat de eisende partij in een vordering tot expertise in feite niets hoeft te bewijzen. In zo'n geval wordt een voor de oplossing van het geschil nutteloze expertise bevolen ⁽¹⁶⁾. Het gebeurt dat de partijen akkoord zijn een deskundige aan te stellen en de rechter dit akkoord volgt. De rechter kent op dat ogenblik de zaak nog onvoldoende en is dus nog niet in staat de opportuniteit van de onderzoeksmaatregel te beoordelen ⁽¹⁷⁾. De rechter heeft zich dan nog niet gebogen over de vraag wie de bewijslast draagt van de gestelde feiten, of de feiten reeds niet voldoende door een partij bewezen zijn en of er geen alternatieve onderzoeksmaatregelen te verkiezen zijn boven een expertise.

18. De eisende partij zal de rechter de bewijselementen aanbrengen om de gestelde feiten waarschijnlijk te maken. Partijen zijn meestal in staat de rechter meer gegevens aan te brengen dan zij doorgaans doen. Onvolledige stellingen van een partij hebben voor gevolg dat het verweer eveneens vaag is en onvolledig.

In het burgerlijk proces- en bewijsrecht geldt het beginsel van de partijwerkzaamheid: dit houdt in dat partijen het nodige moeten doen om onderzoeksmaatregelen zoveel als mogelijk overbodig te maken. Partijen moeten zelf de nodige inspanningen leveren om de bewijislevering te faciliteren ⁽¹⁸⁾.

Dit betekent dat eiser zelf zijn bewijslast moet vervullen en niet blindelings zijn toevlucht kan nemen tot een gerechtelijke expertise.

Een deskundigenonderzoek heeft niet als finaliteit een partij haar dossier te stofferen en zo te remediëren aan een falende of niet diligent uitgevoerde bewijsopdracht ⁽¹⁹⁾.

Op verweerder rust een betwistingslast, hij zal dienen te motiveren waarom de stelling van eisende partij onjuist is.

⁽¹⁶⁾ L.-M. HENRION, "L'expertise revisitée. Quelques suggestions pratiques", (noot onder Antwerpen 20 januari 1997), *TBH* 1997, 589, n° 1.2.

⁽¹⁷⁾ V. DENTI en M. TARUFFO, "Simplifying the taking of evidence" in W. WEDEKIND (ed.), *The eight World Conference on Procedural Law Justice and efficiency. General Reports and Discussions*, Antwerpen, Kluwer, 1989, (317) 320.

⁽¹⁸⁾ Kh. Dendermonde 7 juni 2012, A.R. A/12/1692, onuitg.; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 426, nr. 118.

⁽¹⁹⁾ Kh. Dendermonde 7 juni 2012, A.R. A/12/1692, onuitg.

1.5. HET BELANG EN BEWIJSWAARDE VAN EENZIJDIGE VERSLAGEN

19. Wanneer beide partijen in een geschil omtrent de gedwongen overdracht van aandelen, los van de vraag wie nu de vennootschap dient te verlaten, hun visie omtrent de waarde van de aandelen niet meedelen, eindigt zulks veelal in een deskundig onderzoek.

De partij die stelt dat de wederpartij zijn aandelen dient over te dragen, is meestal wel goed geplaatst om door een eenzijdig verslag van een bedrijfsrevisor te stellen hoeveel de aandelen waard zijn.

Verweerder kan dan op dezelfde eenzijdige wijze een bedrijfsrevisor aanstellen om eveneens de waarde van de aandelen te waarderen, om te voldoen aan zijn betwistingslast.

Deze werkwijze biedt het voordeel dat de rechter precies de verschilpunten kent. Hij kan dan nopens deze verschilpunten eventueel een deskundige horen ter zitting of, wanneer hij toch een deskundig onderzoek zou bevelen, zeer precieze vragen stellen aan de deskundige, vertrekkende van het al aanwezige bewijsmateriaal en de eenzijdige verslagen. Deze eenzijdige verslagen bieden het voordeel, indien toch een deskundig onderzoek moet worden bevolen, dat de rechter veel meer inzicht verwerft in de technische discussies vooraleer een deskundigenonderzoek te bevelen. De rechter zal kunnen vaststellen waarover discussie bestaat in technisch opzicht en waarover partijen het eens zijn. De contouren van het conflict worden zo duidelijk. Een gerichte, beperkte opdracht van de deskundige is dan mogelijk, wat de duur en kostprijs van de expertise gunstig kan beïnvloeden.

Het eenzijdig deskundig verslag wordt onvoldoende gebruikt.

20. In Angelsaksische landen onder *common law* worden veel minder gerechtelijk deskundigen aangesteld, maar de praktijk dat partijen via door hen aangestelde deskundigen de rechter overtuigen wordt algemeen aanvaard ⁽²⁰⁾.

In *common law* landen neemt elke partij een expert onder de arm om de rechter te overtuigen. Het is door deze confrontaties van ideeën van experts in hun rapporten en onderhoren dat de rechter zich een idee vormt. De verschillende visie over de waarheidsvinding tussen *common law* landen en *civil law* landen ligt wellicht aan de basis hiervan. Terwijl in *common law* landen de rechter als taak heeft te oordelen welke partij de beste bewijsmiddelen overlegde, is in *civil law* landen de rechter eerder geneigd op zoek te gaan naar “de waarheid”, of de absolute waarheid tegenover de relatieve waarheid ⁽²¹⁾. Wanneer men op zoek gaat naar de absolute waarheid zal de rechter uiteraard veeleer een neutrale deskundige aanstellen met zo volledig mogelijke opdracht.

21. In een efficiënte procesvoering kan een eenzijdig verslag een belangrijke rol spelen. Het kan op zich voldoende zijn om de rechter te overtuigen en het kan, indien er toch

⁽²⁰⁾ D. MOUGENOT, « Le rapport d’expertise unilatéral », *P&B* 2011, 116, noot 1.

⁽²¹⁾ O. CAPRASSE, “Arbitrage et expertise” in G. DE LEVAL en B. TILLEMAN (eds), *Gerechtelijk deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingconsulent*, Brugge, die Keure, 2003, (175)190, nr. 18.

een deskundigenonderzoek wordt bevolen, van belang zijn om de contouren van de technische betwisting af te bakenen en de rechter in staat te stellen gerichte precieze vragen aan de deskundige te stellen. Dit zal des te meer het geval zijn wanneer beide partijen over een eenzijdig verslag beschikken.

22. Aan de gegevens van een eenzijdig minnelijk deskundigenonderzoek kan de waarde van een vermoeden worden toegekend, waarvan de bewijswaarde op onaantastbare wijze door de feitenrechter wordt beoordeeld ⁽²²⁾. Het eenzijdig verslag, omvattende vastgestelde feiten en advies, van een deskundige kan wanneer het bewijs door vermoedens is toegelaten in aanmerking worden genomen ⁽²³⁾. In de regel zal daarbij voorkeur gegeven worden aan deskundigen uit beroepsgroepen, die door een deontologie gehouden zijn. De bewijswaarde van een dergelijk niet-tegensprekelijk deskundigenonderzoek wordt beïnvloed door de eerlijkheid, de bevoegdheid en de onafhankelijkheid van die deskundige, door de omstandigheden waarin het onderzoek heeft plaatsgevonden evenals door het feit dat het verslag wel of niet als een coherent en overtuigend geheel overkomt ⁽²⁴⁾.

23. De eenzijdig aangestelde expert doet er goed aan om, indien mogelijk, de tegenpartij uit te nodigen aan de vaststellingen of verrichtingen deel te nemen ⁽²⁵⁾. Alhoewel in beginsel ook zonder dergelijke uitnodiging zijn verslag waarde kan hebben, zal dit de bewijswaarde versterken. Indien een partij uitgenodigd wordt aanwezig te zijn bij technische vaststellingen en deze partij hierop niet ingaat zou er sprake kunnen zijn van een deloyale houding en niet meewerken aan de bewijzvoering.

Zeker in de rechtbanken van koophandel waar lekenrechters over de expertise beschikken om de waarde van eenzijdige deskundige verslagen in diverse domeinen te toetsen zijn deze verslagen van nut.

⁽²²⁾ D. MOUGENOT, « Le rapport d'expertise unilatéral », *P&B* 2011, 116.

⁽²³⁾ Cass. 14 september 1984, *RW* 1985-86, 1027; Cass. 11 december 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1422; Mons 5 november 2001, *JT* 2002, 438; Mons 4 maart 2002, *JT* 2003, 159; Kh. Hasselt (4e k.) 16 maart 2004 *RW* 2006-07, 107; Rb. Eupen 11 oktober 2004, *JLMB* 2005, 1431; Kh. Tongeren 13 januari 2005, *DAOR* 2005, 76.

⁽²⁴⁾ Bergen, 4 maart 2002, *JT* 2003, 159; Gent (9e k.) 21 mei 2010 *P&B* 2011, afl. 3, 114; T. LYSSENS en L. NAUDTS, *Het deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken*, Mechelen, Kluwer, 2005, 8; K. VAN DAMME, "De bewijswaarde van een eenzijdig deskundigenverslag", *AJT* 2000-01, 840.

⁽²⁵⁾ T. LYSSENS en L. NAUDTS, *Het deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken*, Mechelen, Kluwer, 2005, 8.

1.6. HET SUBSIDIAR KARAKTER VAN HET DESKUNDIGENONDERZOEK

24. Met de wet van 15 mei 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek heeft de wetgever het subsidiair karakter van het deskundigenonderzoek, welke voorafgaand aan de wet reeds door rechtsleer en rechtspraak algemeen werd aanvaard, in de wet verankerd. Artikel 875*bis* van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de rechter de keuze van de onderzoeksmaatregel beperkt tot wat volstaat om het geschil op te lossen, waarbij de meest eenvoudige, snelle en goedkope maatregel de voorkeur geniet. De rechter zal bijgevolg in elk dossier slechts een deskundige aanstellen, indien hij van oordeel is dat hij de gewenste technische informatie niet op een andere, eenvoudigere, goedkopere of vluggere manier kan achterhalen ⁽²⁶⁾.

Dit beginsel geldt zelfs wanneer partijen akkoord gaan in een gerechtelijke procedure met de aanstelling van een deskundige door de rechter ⁽²⁷⁾. Een dergelijk akkoord is immers geen akkoord waarvan de rechter akte neemt ter beëindiging van het geschil zoals bedoeld in artikel 1043 van het Gerechtelijk Wetboek ⁽²⁸⁾.

De verplichting om de onderzoeksmaatregel te beperken tot de meest eenvoudige, snelle en goedkope maatregel geldt niet wanneer de rechter verplicht is een deskundige aan te stellen ⁽²⁹⁾.

Het subsidiair karakter van het deskundig onderzoek past in het kader van de actieve rol van de rechter in het procesverloop.

In het algemeen wordt aan de rechter een veel actievere tussenkomst in het conflict toebedeeld dan in het verleden.

25. Voorafgaand aan de wet van 15 mei 2007 was het algemeen aanvaard dat, gelet op de kostprijs en duur van een expertise, deze slechts als ultiem remedium zou mogen worden aangewend.

⁽²⁶⁾ M. CASTERMANS, *Gerechtelijk privaatrecht. Algemene beginselen, bevoegdheid en burgerlijke rechtspleging*, Gent, Academia Press, 2004, 367; K. DEVOLDER, "Het gerechtelijk deskundigenonderzoek na de Wet van 15 mei 2007", *P&B* 2008, 74; T. LYSSENS en L. NAUDTS, *Het deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken*, Mechelen, Kluwer, 2005, 48; P. SOURIS, *Manuel d'expertise judiciaire*, Brussel, Creadif, 2007, 13, nr. 014 e.v.; P. Taelman, "Het deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken", in G. DE LEVAL en B. TILLEMANS (eds.), *Gerechtelijk deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingconsulent*, Brugge, die Keure, 2003, 72; B. VANLERBERGHE, "De wet van 15 mei 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek en tot herstel van artikel 509*quater* van het Strafwetboek", *RW* 2007-08, (594) 595; P. VANLERBERGHE, "De beslissing tot aanstelling van een deskundige" in E. GULDIX (ed.), *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, 7.

⁽²⁷⁾ Kh. Dendermonde, 1^e Kamer, 10 mei 2012, A.R. 12/00815, onuitg.; H. BOULARBAH, "Le nouveau droit de l'expertise judiciaire" in H. BOULARBAH (ed.), *Le nouveau droit de l'expertise judiciaire en pratique*, Brussel, Larcier, 2007, 12; O. MIGNOLET, *L'expertise judiciaire*, Brussel, Larcier, 2009, 66; B. PETIT en R. DE BRIEY, "La réforme de l'expertise opérée par la loi du 15 mai 2007, ou la loi qui n'eût pas dû exister", *JT* 2008, (237) 238 nr. 7.

⁽²⁸⁾ Cass. 20 september 2001, *RW* 2003-04, afl. 30, 1173.

⁽²⁹⁾ Dergelijke verplichte aanstelling van een deskundige is o.a. voorzien in art. 1199 Ger. W., art. 1244 Ger. W., art. 1215 Ger. W. en art. 1216 Ger. W.

Art. 875bis van het Gerechtelijk Wetboek is echter niet meer dan een vingerwijzing, welke in de praktijk zeer moeilijk te controleren valt. In zijn advies van 9 oktober 2002 stelde de Hoge Raad voor Justitie: *“Het lijkt de Hoge Raad voor de Justitie wenselijk om in artikel 962, §1, Ger. W. te voorzien dat deskundigen kunnen worden aangesteld enkel wanneer geen andere bewijsmiddelen mogelijk zijn of wanneer die zijn uitgeput (...). De Hoge Raad is er zich van bewust dat dergelijke voorwaarde kan omzeild worden en dat niet-naleving ervan moeilijk sanctioneerbaar is. Dit neemt niet weg dat aldus de aandacht van alle betrokkenen wordt gevestigd op de mogelijke consequenties van dit bewijsmiddel* ⁽³⁰⁾.”

Aan de naleving van artikel 875bis van het Gerechtelijk Wetboek is geen sanctie verbonden, reden waarom ook nu de toepassing van het subsidiariteitsbeginsel in de praktijk te wensen overlaat.

Het Hof van Cassatie oefent geen controle uit over het opportuun karakter van de expertise; de rechter ten gronde oordeelt soeverein ⁽³¹⁾. De beoordeling in een concreet geschil van wat als een voldoende, meest eenvoudige, snelle en goedkope onderzoeksmaatregel is, ontsnapt aan de controle van het Hof Van Cassatie.

Aan de soevereine beoordeling van de rechter zijn ook grenzen. In dit kader moet gewezen worden op het recht op bewijs, dat vervat ligt in artikel 6 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens en het beginsel van de wapengelijkheid dat eveneens af te leiden is uit artikel 6 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens. In geschillen waar particuliere belangen tegenover elkaar staan, moet aan elke partij de redelijke mogelijkheid geboden worden om haar zaak uiteen te zetten, met inbegrip van haar bewijzen, in omstandigheden die haar in vergelijking met haar tegenpartij niet in een duidelijk nadeliger situatie plaatsen ⁽³²⁾. Afwijzing van een bewijsaanbod dient te worden gemotiveerd op een manier die voldoende inzicht biedt in de redenen daartoe.

De rechter kan een verzoek tot een deskundig onderzoek niet afwijzen op grond van de overweging dat de partij die het vordert niet het duidelijk bewijs levert van een feit dat dit deskundigenonderzoek moet vaststellen of uitsluiten ⁽³³⁾. De rechter mag niet vooruitlopen op de uitslag van de bewijsvoering.

26. Anderzijds veronderstelt het bevelen van een deskundigenonderzoek wel dat diegene die de expertise vordert een zekere waarschijnlijkheid aantoonst van de feiten waarop hij zijn vordering steunt. HOFSTRÖSSLER merkt op dat de partij die absoluut een deskundigenonderzoek wenst de rechter zal moeten overtuigen dat dit noodzakelijk is, zonder dat zij daarbij zelf de bewijzen brengt dat haar eis gegrond is, wat dus betekent dat de rechter een ruime appreciatiemarge behoudt. Hij onderlijnt dat een voorzichtige partij haar stelling best technisch onderbouwt en deze stelling laat aftoetsen door een technisch

⁽³⁰⁾ HRJ, Advies van 9 oktober 2002 in het kader van het voorontwerp van wet tot wijziging van het Gerechtelijk wetboek wat betreft de rechtspleging, 40, te consulteren op www.csj.be.

⁽³¹⁾ Cass. 17 november 1988, *RW* 1988-89, 1164 ; D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 124.

⁽³²⁾ EHRM, 27 oktober 1993, Publ. Eur. Court H.R. 1994, Serie A, nr. 274, overw. 33; J. VAN DONINCK, *Onrechtmatig bewijs in civiele zaken*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 23, nr. 60.

⁽³³⁾ Cass. 10 februari 2010, *RW* 2010-11, 613.

adviseur met voldoende gewicht om indruk op de rechter te maken ⁽³⁴⁾. Eenzijdige verslagen hebben zoals al aangetoond een groot belang.

27. Artikel 972, § 2 van het Gerechtelijk Wetboek legt aan de rechter de verplichting op in het vonnis aanstelling van een deskundige de omstandigheden te vermelden die het deskundigenonderzoek noodzakelijk maken. Een eenvoudige stijlclausule kan niet als voldoende motivering gelden ⁽³⁵⁾.

Er worden nog steeds, ondanks het feit dat het principe van de subsidiariteit reeds algemeen jaren aanvaard is en ondanks het uitdrukkelijk opnemen in de wet van het subsidiariteitsbeginsel, teveel deskundigenonderzoeken bevolen.

16

HET DESKUNDIGENONDERZOEK VANUIT EEN PROCESECONOMISCHE INVALLSHOEK

Wellicht zijn er diverse oorzaken waarom de rechter nog steeds te gemakkelijk deskundige onderzoeken beveelt.

Belangrijke oorzaak is wellicht de “overbelasting” van de meeste rechtbanken. De overbelaste rechter, die partijen voor hem ziet verschijnen met een akkoord tot aanstelling van een deskundige, zal minder geneigd zijn nog diepgaand onderzoek te voeren naar de opportuniteit van een deskundigenonderzoek. Deze rechter zal ook ingeval van betwisting met een technisch kantje minder geneigd zijn tijdrovend onderzoek te doen van de bewijselementen – eenzijdige rapporten – die partijen zelf aanbrengen. De aanstelling van een deskundige is een middel voor de rechter in tijdsnood om tijd te maken, via een aanstelling van een deskundige.

Het subsidiariteitsbeginsel strikt toepassen heeft bovendien vooral met beleid te maken. Grote entiteiten met wisselende kamers inzake samenstelling, maken het voeren van een transparant beleid op dat vlak moeilijker. De individuele vrijheid van de rechter in zijn beoordeling is voor velen nog steeds een beletsel voor het duidelijke afstemmen van rechterlijk beleid binnen dezelfde rechtbankorganisatie.

In een kleinere rechtbankorganisatie kan de Voorzitter gemakkelijker het beleid op dat vlak sturen, door bijvoorbeeld zelf te zetelen in de inleidingskamer en in kortgeding – hier worden doorgaans het meeste deskundigenonderzoeken bevolen – of door rechters aan te duiden die in genoemde kamers zetelen en die dit beleid door een concrete toepassing onderschrijven.

28. Rechtbanken zouden ook veel meer hun beleid op dat vlak transparant en dus bekend moeten maken, zodat de rechtsonderhorige weet wat hij kan verwachten. Op de website van de rechtbank van koophandel te Dendermonde lezen we in dat verband “*De rechtbank heeft oog voor minder dure onderzoeksmaatregelen dan een expertise.*”

⁽³⁴⁾ P. HOFSTRÖSSLER, “Deskundig onderzoek in een moderne procesvoering: volstaan de wetten van 15 mei 2007 en 30 december 2009?”, in *Meester van het Proces, topics Gerechtelijk recht*, Vlaamse Conferentie bij de balie te Antwerpen (ed.), Gent, Larcier, 2010, (171) 178.

⁽³⁵⁾ H. BOULARBAH, « Le nouveau droit de l’expertise judiciaire », in *Le nouveau droit de l’expertise judiciaire en pratique*, Bruxelles, Larcier, 2010, 13, nr. 10 ; B. PETIT en R. DE BRIEY, « La réforme de l’expertise opérée par la loi du 15 mai 2007, ou la loi qui n’eût pas dû exister », *JT* 2008, (237) 240, nr. 20.

Vaak staan de kosten van expertise niet in verhouding tot de waarde van het geschil en vertraagt de expertise ernstig de afhandeling van het geschil.

De rechtbank beveelt dan ook vaak voor kleine geschillen een plaatsopneming met persoonlijke verschijning van partijen waarbij een deskundige aanwezig is om technische toelichting te verschaffen aan de rechter. De ervaring leert dat in vele gevallen op deze wijze partijen op dit plaatsbezoek een verzoening bereiken. Partijen en hun raadslieden worden verzocht zich te beraden om deze weg meer in overweging te nemen”⁽³⁶⁾.

29. Vele expertises worden bevolen in kortgeding. De hoogdringendheid wordt door de ene rechter gemakkelijker aangenomen dan door de andere.

Voor de rechter in kortgeding is het beginsel van subsidiariteit van het deskundigenonderzoek moeilijker toe te passen. De rechter in kortgeding zal immers niet de grond van de zaak beoordelen en kan zich niet in de plaats stellen van de bodemrechter.

Een strikte interpretatie van het urgentie begrip kan hier een oplossing bieden. Wanneer op even snelle wijze de rechter ten gronde kan worden gevat om zich te buigen over de vraag tot expertise, kan de vordering in kortgeding bij gebrek aan urgentie worden afgewezen.

Niets belet echter dat de kortgedingrechter vooraleer een expertise te bevelen ter plaatse gaat, eventueel vergezeld van een technisch raadgever, ware het maar om met kennis van zaken de opdracht te omschrijven van een deskundige of zich te vergewissen van de feitelijke toestand. In dat geval kan de rechter ook nagaan of alsnog een akkoord kan worden bereikt.

⁽³⁶⁾ www.rechtbankkoopchandendermonde.be/terechtzittingen_info.html.

1.7. DE ALTERNATIEVE ONDERZOEKSMATREGELEN

30. Subsidiariteit van het deskundigenonderzoek veronderstelt dat de rechter openstaat voor alternatieve bewijsmogelijkheden.

De deskundige die zich een mening vormt, dient dit in een schriftelijk verslag vast te leggen, op welk verslag partijen vaak repliceren waarop de deskundige dan opnieuw dient te antwoorden. Dit alles veroorzaakt vertraging en doet de kostprijs stijgen.

31. In relatief eenvoudige zaken kan de rechter een minder dure onderzoeksmaatregel bevelen zoals het onderhoor ter zitting van een deskundige overeenkomstig artikel 986 van het Gerechtelijk Wetboek. Voor de wet van 15 mei 2007 bestond deze mogelijkheid enkel in graad van hoger beroep. Thans kan de rechter een deskundige aanwijzen om mondeling verslag uit te brengen ter zitting. De rechter kan de deskundige gelasten stukken over te leggen dienstig voor de oplossing van het geschil. De deskundige mag zich ook van stukken bedienen, zonder hiertoe te zijn gelast door de rechter. Deze stukken legt hij dan na zijn onderhoor ter griffie neer.

32. Deze onderzoeksmaatregel is nog te weinig bekend, maar is in de praktijk een zeer efficiënt instrument om eenvoudige onderzoeksopdrachten snel en efficiënt af te werken. Soms is dit zelfs de enige mogelijkheid, wanneer de aard van de procedure onverzoenbaar is met de normale duur van een expertise. Zo ontstond in de rechtbank van koophandel te Dendermonde in het kader van een procedure gerechtelijke reorganisatie een discussie of de positieve stemming van de schuldeisers kon worden gehomologeerd door de rechtbank. De vraag rees of de vennootschap de rekening-courant verhouding met haar zaakvoerder wel juist had voorgesteld. De rechtbank stelde een bedrijfsrevisor aan om mondeling verslag uit te brengen omtrent dit punt ter zitting. De bedrijfsrevisor bracht binnen de maand verslag uit, legde een korte nota neer met zijn bevindingen ter griffie en dit volstond voor de rechtbank om de homologatie te weigeren ⁽³⁷⁾.

Ook in andere domeinen werd door de rechtbank regelmatig een deskundige aangesteld om mondeling verslag uit te brengen ter zitting. Regelmatig wordt dit door de rechtbank van koophandel te Dendermonde bevolen wanneer de rechter niet ter plaatse kan gaan, omdat het plaatsbezoek zou moeten doorgaan buiten zijn rechtsgebied.

In diverse domeinen bleek dit een succesvol instrument om de rechter snel advies te geven bijvoorbeeld inzake: de slechte werking van een afzuiginstallatie in een restaurant; de gebreken aan een voertuig; het slecht functioneren van software, de schatting van een onroerend goed.

Deze onderzoeksmaatregel kan bovendien steeds worden gevolgd, indien het werkelijk nodig is, door een volledig deskundigenonderzoek. Het voordeel is dan wel dat meestal de opdracht kan worden beperkt of precies worden omschreven.

⁽³⁷⁾ Kh. Dendermonde 7 maart 2011, AR B/10/00266, onuitg.

33. De rechter kan een plaatsbezoek bevelen, hetgeen in bouwzaken een zeer nuttige maatregel is. Het is wel te betreuren dat de rechter gebonden is door de grenzen van zijn gerechtelijk arrondissement. Vele geschillen overstijgen de grenzen. Ons inziens is het niet langer verantwoord de bevoegdheid van de rechter om zich ter plaatse te begeven te beperken tot de grenzen van zijn rechtsgebied.

34. De rechter kan verschillende onderzoeksmaatregelen combineren. Zo kan de rechter een plaatsbezoek bevelen en hierbij een deskundige aanwijzen om aanwezig te zijn om technische toelichting te verschaffen en de rechter kan hierbij ook de persoonlijke verschijning van partijen bevelen.

Het plaatsbezoek met technische toelichting door een deskundige en persoonlijke verschijning werd in de rechtbank van koophandel te Dendermonde de laatste jaren herhaaldelijk met succes bevolen, in de meest diverse domeinen zoals bouwzaken, machinebouw, voertuigen.

Deze onderzoeksmaatregel heeft vele voordelen:

- burgers worden geconfronteerd met de rechter, de rechter op plaatsbezoek die uit zijn ivoren toren komt brengt justitie dicht bij de mensen;
- de burger kan het ter plaatse eens zelf uitleggen als hij wil;
- de rechter krijgt inzicht in het probleem, hij erkent de technische knelpunten en hij plaatst deze in zijn juridische context;
- een advies van een technicus komt snel, als partijen het er niet met eens zijn, dan is het woord aan hun technisch raadslieden, maar ellenlange schriftelijke opmerkingen worden vermeden; en
- de kostprijs is zeer gering.

35. Hoewel de rechter omzichtig zal zijn, kan hij op het plaatsbezoek aan partijen een aantal bedenkingen voorhouden, die los staan van de technische en juridische kant van de zaak. De rechter kan het proces relativeren en wijzen op de kostprijs en de duur ervan, om aldus partijen en advocaten aan te zetten eventueel een verzoening na te streven. Wij zijn van oordeel dat de rechter die in deze zin een verzoening nastreeft zijn onpartijdigheid behoudt en zeker nog uitspraak kan doen, mocht de verzoeningspoging mislukken. Zolang de rechter zijn oordeel in rechte achter de hand houdt en partijen duidelijk maakt dat de voorstellen tot schikking niets met rechtspreken te maken hebben, is er geen probleem⁽³⁸⁾. In Nederland bestaat trouwens de schikkingscomparitie, waar de rechter actief een oplossing tracht te vinden voor het conflict. Wanneer dit mislukt, behandelt deze rechter nadien ook de zaak, van enige dwang om te regelen is geen sprake. Die rechter doet geen afbreuk aan zijn onpartijdigheid. Wat hij formuleerde, was immers niet een vooroordeel, maar een voorlopig oordeel als prikkel tot onderhandelen⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ G. DE LEVAL, « Réflexions sur la médiation civile » in *Liber Amicorum Yvon Hannequart et Roger Rasir*, Diegem, Kluwer, 1997, (29) 32.

⁽³⁹⁾ S. OPLINUS, "De schikkingscomparitie en het her-oraliseren van de civiele procedure", *RW* 2009-10, (1370) 1374.

1.8. DE EXPERTISE

1.8.1. De rol van de rechter en deskundige

36. Indien dan toch een expertise wordt bevolen, zal de rechter en de deskundige de proceseconomie indachtig zijn. Bij de aanstelling van de deskundige zal de rechter moeten nagaan:

- of de deskundige op dat moment voldoende tijd heeft om het deskundig onderzoek af te werken binnen de door de rechter gestelde tijd;
- wat de vermoedelijke kostprijs zal zijn; en
- of de deskundige wel over de nodige expertise beschikt in het domein waarvoor hij zal worden aangesteld.

37. Het is voor de rechter vaak onmogelijk om al deze aspecten te kennen, zonder informeel met de deskundige contact op te nemen.

Voorafgaandelijk contact, waarbij gevraagd wordt of de expertise kan worden afgewerkt binnen de gestelde tijd, heeft het psychologisch voordeel dat de deskundige op dat vlak gebonden door zijn woord zich veel meer verplicht zal voelen om de termijn te respecteren dan wanneer deze termijn hem wordt opgelegd zonder overleg.

De leidende rol van de rechter bij de expertise komt dus eigenlijk al op gang vooraleer de expert formeel is aangesteld.

38. De installatievergadering is thans facultatief, zij wordt slechts bevolen als de rechter het noodzakelijk acht of indien alle verschijnende partijen het hebben gevraagd (art. 972, § 2 Ger. W.)

De rechter kan nu ook de installatievergadering laten doorgaan ter plaatse. Dit opent de mogelijkheid voor de magistraat belast met de controle op het onderzoek om onmiddellijk ter plaatse te gaan in aanwezigheid van de deskundige. De rechter kan zich dan in aanwezigheid van de deskundige en de partijen vergewissen van de toestand en onmiddellijk het verder verloop van het onderzoek regelen.

39. De ervaring leert dat dikwijls tussen de aanstelling en de eerste werkzaamheden van de deskundige te veel tijd verloren gaat. Zo kan de deskundige natuurlijk onmogelijk de termijn door de rechter opgelegd respecteren. Hoe meer partijen, hoe meer advocaten en technische raadslieden, hoe groter het gevaar dat zij onder voorwendsel van agendaproblemen een eerste samenkomst steeds voorop schuiven. Komt daarbij nog dat vaak op deze eerste samenkomst geen geïnventariseerd dossier ter beschikking is en de bevolen expertise is goed op weg om veel vertraging op te lopen.

40. De rechter die overtuigd is dat een expertise echt noodzakelijk is, zal enkel louter technische zaken aan de expert voor advies voorleggen. Hij zal geen juridische geschilpunten overlaten aan de expert.

Dit impliceert dat ook de opdracht best precies is en door de deskundige ook kan worden uitgevoerd zonder te stoten op juridische knelpunten. Wanneer de deskundige zijn opdracht uitvoert en hierbij geschilpunten ontmoet, die niet louter technisch zijn, kan hij wel verschillende hypothesen onderzoeken naargelang het antwoord welke zal worden gegeven op de door de rechter te beantwoorden rechtsvragen. Hierdoor zal echter de kostprijs van het deskundigenonderzoek in belangrijke mate toenemen.

De opdracht wordt best zo precies mogelijk omschreven, ook al is dit niet eenvoudig. Nochtans zijn vele expertiseopdrachten algemene formuleringen, precies door afwezigheid van al voorhanden zijnde eenzijdige rapporten. Een doorgedreven onderzoek van het dossier is ook vereist om de opdracht precies te omschrijven; partijen dienen hiertoe hun dossier dan ook voldoende te stofferen ⁽⁴⁰⁾.

Een precieze omschrijving van de opdracht en gestoffeerd dossier vooraleer een expertise wordt bevolen zal de kostprijs van de expertise reduceren.

In de mate van het mogelijke dienen juridische betwistingen uit de weg te worden geruimd voor aanvang van de expertise.

1.8.2. De verzoeningsopdracht van de deskundige

41. De opdracht van de deskundige houdt ook in de partijen te verzoenen. Deze wettelijke opdracht is vervat in artikel 977, § 1 van het Gerechtelijk Wetboek.

Het conflict oplossen gebeurt zelden of nooit door een vonnis, bij een vonnis verliest een partij of verliezen ze allebei. Dikwijls duurt de beslechting via de rechtbanken zolang, dat het vonnis of arrest niet meer kan worden uitgevoerd en diegene die het pleit won enkel met veel kosten opgezaald blijft zitten.

Deze wetenschap moeten de technische en juridische raadgevers indachtig zijn wanneer de expert zijn verzoeningsopdracht aanvat. Hun houding is van wezenlijk belang. Zij hebben ook immers, net zoals de rechtbank, er belang bij aan het einde van de beslechting van het geschil tevreden cliënten te hebben. Hun rol is dan ook zeer belangrijk, zij kunnen immers wijzen op de zwaktes in stellingen of risico's om het eventueel bekomen gelijk ook daadwerkelijk te verzilveren.

42. De deskundige zal zijn opdracht om te verzoenen als wezenlijk onderdeel van zijn opdracht beschouwen ⁽⁴¹⁾. Deze opdracht vervult hij best bij aanvang van zijn opdracht. Wellicht is de aarzeling van vele deskundigen om werk te maken van het verzoenen van partijen gelegen in de vrees misschien een stelling te zullen innemen, die zou kunnen worden beschouwd als een gebrek aan onafhankelijkheid.

⁽⁴⁰⁾ L.-M. HENRION, « L'expertise revisitée. Quelques suggestions pratiques », (noot onder Antwerpen 20 januari 1997), *TBH* 1997, (589) 590.

⁽⁴¹⁾ D. DESSARD, « L'expert judiciaire face aux conseils dans le cadre de la tentative de conciliation visée à l'article 977 du Code judiciaire », *RFDL* 2012, 35-38.

Deze vrees is echter onterecht. Alhoewel er ter zake betwisting is in rechtsleer, delen wij de mening van diegene die voorhouden dat als een rechter de partijen tracht te verzoenen, dit geenszins betekent dat hij nadien niet meer ten gronde zou kunnen zetelen.

Dit geldt des te meer voor een deskundige die slechts een advies zal uitbrengen aan de rechter en die zelf geen beslissingsmacht heeft. De vereiste van onpartijdigheid van een deskundige, kan niet worden gelijkgesteld met dat van een onpartijdige en onafhankelijke rechter, nu de deskundige voor het debat alleen maar een advies verstrekt, dat voor de rechter kan worden betwist, terwijl deze laatste na het debat over de zaak beslist ⁽⁴²⁾.

De deskundige die partijen tracht te verzoenen, zal steeds de partijen duidelijk maken dat de inhoud van zijn schikkingsvoorstel geenszins in relatie staat tot zijn uiteindelijk advies mocht het verzoeningsvoorstel mislukken.

43. Alhoewel artikel 977 van het Gerechtelijk Wetboek na artikel 976 van het Gerechtelijk Wetboek komt, waarvan het laatste artikel het heeft over het voorlopig advies in het voorverslag, menen we niet dat de verzoeningspoging van de deskundige noodzakelijk na het voorlopig advies moet komen.

Ons inziens zal de deskundige veel beter in zijn opdracht kunnen slagen wanneer hij partijen poogt te verzoenen, vooraleer hij een voorlopig advies heeft gegeven. Het risico bestaat immers dat de partij, die in het voorverslag zijn positie ziet bevestigd, weinig geneigd zal zijn deze onderhandelingspositie te verlaten tenzij mits minieme toegevingen.

De verzoeningsopdracht van de deskundige is trouwens van een andere aard dan het in technisch opzicht gelijk geven van een partij.

1.8.3. De medewerkingsplicht van de partijen

44. In het algemeen wordt aanvaard dat partijen in een procedure tot medewerking aan de bewijslast zijn gehouden.

In expertises komt het vaak voor dat relevante stukken door partijen worden achtergehouden of dat partijen geen toelichting geven wanneer de deskundige erom vraagt. In geval van een ongerechtvaardigd gebrek aan medewerking aan het onderzoek, kan de rechter, overeenkomstig artikel 972bis, § 1 van het Gerechtelijk Wetboek, uit dit gebrek aan medewerking alle conclusies trekken die hij geraden acht ⁽⁴³⁾. Wanneer een partij in het bezit is van een stuk dat niet wordt voorgebracht tijdens de expertise, dan kan de andere partij uiteraard ook toepassing vragen van de procedure overlegging van stukken conform artikel 877 van het Gerechtelijk Wetboek.

45. Indien er een installatievergadering plaats heeft, moeten partijen op dat moment alle relevante stukken overmaken. Heeft deze vergadering niet plaats, dan dient hun

⁽⁴²⁾ Cass., 23 maart 2006, *Arr. Cass.* 2006, 685 ; Cass. 20 december 2007, *RW* 2009-10, 578.

⁽⁴³⁾ M. CASTERMANS, *Gerechtelijk privaatrecht*, Gent, Story-Publishers, 2009, 518.

geïntervieweerd dossier met alle relevante stukken aan de deskundige te worden overhandigd bij aanvang van de werkzaamheden.

Partijen hebben de verplichting om een geïntervieweerd dossier met alle relevante stukken mee te delen. Bedoeling hiervan is te vermijden dat een partij in de loop van de expertise steeds bijkomende stukken zou voorbrengen, hetgeen van aard is om de expertise te vertragen. De latere mededeling kan evenwel het gevolg zijn van het verloop van de expertise, waardoor een bepaald stuk relevantie bekomt. Indien daarentegen er geen enkele verantwoording bestaat waarom een bepaald stuk pas later wordt meegedeeld, dan kan de rechter uit de laattijdige mededeling een gebrek aan medewerking aan het onderzoek weerhouden ⁽⁴⁴⁾. Op grond van deze bepaling kan de rechter schadevergoeding toekennen of een dwangsom opleggen. De rechter kan een boete in toepassing van artikel 780bis van het Gerechtelijk Wetboek opleggen. De rechter kan tevens uit een ongerechtvaardigde medewerking vermoedens afleiden, althans wanneer voldaan is aan de vereisten van artikel 1341 van het Burgerlijk Wetboek.

46. Wanneer een partij niet overgaat tot betaling van een voorschot binnen de termijn door de rechter bevolen en de deskundige zijn werkzaamheden opschort (art. 989, derde lid Ger.W.) zou de rechter dit als een gebrek aan medewerking kunnen aanzien en hieruit de passende conclusies trekken (art. 972bis, § 1 Ger. W.).

1.8.4. Het verslag als communicatiemiddel

47. Het deskundigenverslag is een communicatiemiddel tussen de expert en de rechter. Deze communicatie is echter voor verbetering vatbaar.

Deskundigenverslagen zijn technische uiteenzettingen welke dikwijls alleen deskundigen voor honderd procent echt begrijpen. De gebruikte taal is vaak vrij technisch en vele verslagen zijn in het algemeen niet zo goed leesbaar. Komt daarbij dat de omvang van vele verslagen niet aangepast is aan de tijd die de rechter aan een bepaalde zaak kan besteden. De rechter zal steeds afwegen hoeveel tijd hij redelijkerwijze en zonder de goede rechtsbedeling in andere dossiers in het gedrang te brengen aan de zaak kan besteden. Ook in weinig complexe zaken zijn de rapporten soms zo uitvoerig dat de rechter noodgedwongen slechts een vluchtige lectuur kan doen, waarbij hij op zoek gaat in het verslag naar de kern van het advies.

Het geven van toelichting door de deskundige ter zitting wordt nog te weinig bevolen (art. 985 Ger. W.). Nochtans is dit een ideaal middel om de vaak stoeve en technische verslaggeving op een begrijpelijke wijze en binnen een kort tijdsbestek tot bij de rechter te brengen.

⁽⁴⁴⁾ M. CASTERMANS, *Gerechtelijk privaatrecht*, Gent, Story-Publishers, 2009, 519.

1.9. CONCLUSIE

48. Proceseeconomie en technisch advies aan de rechter zijn niet onverzoenbaar. De praktijk wijst uit dat de wijze waarop dit advies gevraagd wordt, met name via het deskundigenonderzoek vaak niet meer te verzoenen is met eisen van een behoorlijke rechtsbedeling. De duurtijd en kostprijs van de expertises beletten dat dit bewijsinstrument, nog nauwelijks past in een systeem waar een snelle en behoorlijke rechtsbedeling prioritair staan. Wanneer de zoektocht naar de waarheid zolang duurt dat het krijgen van zijn gelijk veel te laat komt of zoveel moet kosten dat men om financiële redenen moet afhaken, is er geen eerlijk rechtsbedeling meer.

HOOFDSTUK 2

KWALITEITSVEREISTEN VOOR GERECHTSDESKUNDIGEN

Frank VAN DER SCHUEREN

Advocaat bij de Balie te Brussel

2.1. TEN GELEIDE

2.1.1. Algemeen

49. Uit een studie van de heer Jan SIEBENS “Mag de gerechtsdeskundige nu opstaan” ⁽¹⁾ kan worden weerhouden dat de gerechtsdeskundige een natuurlijke persoon moet zijn. De regels inzake wraking die door de wetgever werden ingesteld, zouden immers anders al te gemakkelijk worden omzeild. Kunnen niet als gerechtsdeskundige worden aangesteld de personen die levenslang ontzet zijn uit hun rechten.

50. Evenmin de personen die veroordeeld zijn wegens incivismisme. Artikel 33 van het Strafwetboek laat aan de correctionele rechtbank toe dezelfde ontzetting uit te spreken voor een termijn van vijf tot tien jaar.

Ten slotte zijn ambtenaren, rechtspersonen, firma's of verenigingen van experts uitgesloten.

51. Het Nationaal College van Gerechtelijke Deskundigen van België, afgekort NCGD, gaf naar aanleiding van haar conferentie omtrent het statuut van de deskundige in België (2010-2011) volgende definitie van de deskundige:

“[...]
Een deskundige is een vakman (*l'homme de l'art*), die door de rechter of de partijen uitgekozen wordt omwille van zijn technische of wetenschappelijke vaardigheden, zijn “know how” of gespecialiseerde vakkennis en die gelast wordt volgens de regels van zijn kunst en in alle onafhankelijkheid en onpartijdigheid vaststellingen en technische onderzoeken te doen en de resultaten ervan vast te leggen in een verslag.
[...]”

52. In principe zijn er drie categorieën van experts:

- de gerechtsdeskundige, die door de rechter, eventueel op voorstel van procespartijen, wordt aangewezen en van wie een strikt technisch advies wordt verwacht, geen juridisch advies;
- de minnelijke of privédeskundige: deze wordt aangewezen door een partij of ingevolge een akkoord tussen partijen bij een geschil; en
- de technisch raadsman: in het kader van een geschil kan een partij een technisch raadsman aanstellen om hem bij te staan in de technische verdediging van zijn belangen; zijn bekwaamheid moet evenzeer zijn gewaarborgd maar per definitie kan de technisch raadsman niet optreden op een onpartijdige manier nu hij wordt aangesteld door één van de partijen, maar dient hij wel onafhankelijk te zijn; deze technisch raadsman kan zich in geen enkel geval de titel van deskundige toe-eigenen.

⁽¹⁾ J. SIEBENS, *Mag de gerechtsdeskundige nu opstaan*, KU Leuven, postacademische vorming, 2001-2002, 48 p.

53. De rechter is in geen enkel van deze drie gevallen verplicht rekening te houden met het advies dat hem wordt voorgelegd, maar indien hij ernaar verwijst, moet hij de bewijskracht van de akte (*la foi due aux actes*) eerbiedigen ⁽²⁾.

2.1.2. In strafzaken

54. In strafzaken is de deskundige geen getuige, geen partij, geen rechter, geen lasthebber van de rechter en is hij geen opsporings- of onderzoeksambtenaar ⁽³⁾.

55. De taak van de gerechtsdeskundige in een strafrechtelijke procedure bestaat erin als technisch raadsman de rechterlijke macht te informeren.

56. Tijdens het vooronderzoek kunnen de procureur des Konings en de onderzoeksrechter deskundigen aanstellen. De raadkamer kan de onderzoeksrechter er onrechtstreeks toe aanzetten een deskundige aan te stellen.

De kamer van Inbeschuldigingstelling kan eveneens een gerechtsdeskundige aanduiden, zoals trouwens ook politierechtbanken, correctionele rechtbanken, hoven van beroep en hoven van assisen.

57. De opportuniteit van een deskundig onderzoek wordt beoordeeld door de magistraten, die tevens bevoegd zijn om aan te duiden welke specialist als deskundige in aanmerking komt. De keuze is bijgevolg niet beperkt tot een officiële lijst van deskundigen. Verder moet de aangestelde deskundige geen specifieke diploma's of attesten kunnen voorleggen om zijn opdracht te mogen aanvaarden.

58. Terecht stelt de heer Jan SIEBENS in zijn studie ⁽⁴⁾ dat in België iemand aanspraak kan maken op de status van gerechtsdeskundige wanneer hij door de onderzoekende magistraat als deskundige wordt aangeduid.

59. Herinnerd weze dat een strafrechtspleging niet tegensprekelijk is en de deskundige partijen niet mag inlichten omtrent het verloop van zijn opzoekingen. Geen enkele informatie mag worden meegedeeld aan derden en dit dient te behoren tot de deontologische code van de gerechtsdeskundige.

60. Terecht stelt de Belgische Kamer van Deskundigen, in afkorting KGSO, dat de deskundige die gelast wordt met een strafrechterlijke opdracht, de voortzetting van zijn werkzaamheden niet mag koppelen aan de vereffening van zijn ereloon of voorschot.

Zijn vraag naar provisie is evenwel gewettigd in de mate dat hij verplicht is over te gaan tot pure opzoekingen en beroep dient te doen op proefnemingen en analyses in laboratoria of op arbeidskrachten.

⁽²⁾ Cf. aanbevelingen NCGD conferentie omtrent het statuut van de deskundige, 2010-2011.

⁽³⁾ F. HUTSEBAUT, "Het deskundigenonderzoek in strafzaken" in *Strafrecht voor rechtspractici*, Leuven, Acco, 1987, 116.

⁽⁴⁾ J. SIEBENS, *Mag de gerechtsdeskundige nu opstaan*, KU Leuven, postacademische vorming, 2001-2002, 48 p.

2.1.3. In burgerlijke zaken

61. In het kader van een gerechtelijke expertise treedt de deskundige op als medewerker van het gerecht.

Die hoedanigheid verwerft de deskundige door zijn aanstelling in een rechterlijke uitspraak waarin hem, min of meer ruime, gebeurlijk nog aan te vullen, opdrachten door de rechter wordt toevertrouwd. Dat de rechter de deskundige ambtshalve of op verzoek van één van partijen benoemd, maakt de deskundige noch tot gemandateerde noch tot raadsman van de ene of de andere. De expert is *a fortiori* geen partij in het geschil waarin hij wordt aangesteld.

62. Er is nog steeds niet wettelijk bepaald aan welke voorwaarden de gerechtsdeskundige dient te voldoen. Er zijn bijgevolg geen speciale diploma's vereist.

63. Het is enkel aan de hand van reeds uitgevoerde deskundigenonderzoeken dat men naderhand kan oordelen in hoeverre de gerechtsdeskundige beschikt over een bijzondere zin voor ontleding, synthese, kritiek, logica en gevolgtrekking. Het is dan ook slechts in de praktijk dat kan blijken in hoeverre de deskundige kan optreden met een vrije onafhankelijke geest om de problemen van de geding voerende partijen op te lossen.

64. In haar nota van 18 mei 2005 stelt de Orde van Vlaamse Balies omtrent het deskundigenonderzoek:

"[...]

Wat de opleiding betreft, lijkt het aangewezen om naast een opleiding in de materie waarin de deskundige expertise dient te bezitten, de vereiste dat de deskundige tevens een opleiding heeft gevolgd in de procedure van de gerechtelijke expertise.

Wat de permanente evaluatie betreft pleit de Orde van Vlaamse Balies ervoor om de lijsten op geregelde tijdstippen te herzien, hetgeen moet toelaten bepaalde deskundigen van de lijst te schrappen, indien de uitgevoerde opdrachten slecht worden geëvalueerd door de betrokken magistraten of advocaten. Hiertoe zou het nuttig zijn om bij het opstellen en herwerken van de lijsten het advies in te winnen van de betrokken stafhouder.

Aan bepaalde Balies bestaat thans reeds de gewoonte om na elke expertise via een evaluatieformulier de gerechtsdeskundige te evalueren. Dit evaluatieformulier wordt overgemaakt aan de stafhouder, die alle formulieren groepeert en bij herhaalde negatieve evaluaties de korpsoverste inlicht. Dergelijke goede praktijken zouden kunnen worden geïnstitutionaliseerd.

[...] "

2.1.4. Lijst van deskundigen

65. Voor de wet van 15 mei 2007 bestond artikel 991 van het Gerechtelijk Wetboek en dit artikel schreef voor dat de hoven en de rechtbanken lijsten van deskundigen mochten opmaken, overeenkomstig de regels die de Koning bepaalt.

66. Bij gebrek aan uitvoeringsbesluiten is dit artikel steeds dode letter gebleven en de wet van 15 mei 2007 heeft dit punt geschrapt, alhoewel de wetgever ook toen bereid was onderzoek te doen omtrent lijsten en bijbehorende kwaliteitscontroles.

67. Bij gebrek aan politiek akkoord werd deze problematiek naar de volgende wetgever doorgeschoven en ook de wet van 30 mei 2009 op het deskundigenonderzoek heeft deze problematiek niet geregeld.

68. Vele hoven en rechtbanken gebruiken eigen, informele lijsten.

69. Meester P. HOFSTRÖSSLER schrijft dienaangaande in het Liber Amicorum Meester D. LINDEMANS het volgende:

“[...]”

Het feit dat er vandaag, na zoveel jaren wachten nog steeds geen lijsten zijn, zegt misschien veel over de moeilijkheid van het probleem. De vraag is echter of een moderne justitie zich kan veroorloven om gerechtsdeskundigen op niet-gestructureerde wijze aan te stellen: wie zegt dat ze goed zijn in wat ze beweren te kunnen, wie zegt dat ze een juridische basiskennis hebben, wie zegt dat ze de regels op het deskundig onderzoek in de vingers hebben, wie zegt dat ze de vereiste instelling hebben om hun opdracht vlot af te werken?

Met de laatste wetswijzigingen en de actieve rol van de rechter zou men gemakkelijkerhalve kunnen denken dat de rechter het voorafgaande gaat toetsen. Dat is naïef, de rechter kan een aantal zaken controleren (zoals termijnen, of de vergoeding), maar de rechter is bijvoorbeeld vaak niet bij machte om de intrinsieke kwaliteit te beoordelen. Hij kan natuurlijk wel oordelen of een verslag kwaliteitsvol lijkt te zijn, of goed oogt, maar of het inhoudelijk aan de norm beantwoordt, dat zal hij veelal niet met precisie kunnen beoordelen.

[...]”⁽⁵⁾.

70. Er worden ook lijsten opgesteld door allerlei beroepsverenigingen. Hier stelt zich het probleem van de selectie. De opname in de lijsten is dikwijls enkel afhankelijk van het betalen van een lidgeld en niet van een degelijkheid en bekwaamheid, laat staan dat aandacht wordt besteed aan mogelijke belangenconflictenregelingen.

Voor een beroepsvereniging is het immers uiterst moeilijk om te bepalen wie wel, en wie niet, als deskundige mag worden opgenomen ⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ P. HOFSTRÖSSLER, *Liber Amicorum Mr Dirk Lindemans*, Brugge, die Keure, 2010, 227.

⁽⁶⁾ H. DECLERCQ, *Praktisch handboek inzake het deskundig onderzoek*, Brugge, die Keure, 2001, 149.

2.2. WETSVOORSTEL MEVROUW SONJA BECQ – NATIONAAL REGISTER

2.2.1. Inleiding

71. Mevrouw Sonja BECQ heeft op 24 mei 2011 een wetsvoorstel tot invoeging van een nationaal register voor gerechtsdeskundigen ingediend.

72. In haar toelichting tot dit wetsvoorstel verwijst mevrouw Sonja BECQ herhaaldelijk naar de Hoge Raad voor de Justitie, die zich uitsprak ten voordele van het opstellen van lijsten van deskundigen ⁽⁷⁾.

30

KWALITEITSVEREISTEN VOOR GERECHTSDSKUNDIGEN

“[...]

De Hoge Raad betreurde toen dat er geen officiële erkenningsprocedure voor deskundigen bestaat, die een kwaliteitsnorm in termen van kwalificatie en competentie zou waarborgen en vertolkte de nood aan kwaliteitscriteria (opleiding, ervaring, ...). De Hoge Raad stelde verder dat de deskundigen veelal technisch gespecialiseerd zijn maar geen voldoende juridische opleiding of kennis hebben. Dit heeft in heel wat zaken tot gevolg dat de wettelijke procedure niet wordt nageleefd. Dikwijls komt dit slechts aan de orde na de afloop van de expertise bij de behandeling ten gronde.

[...]”⁽⁸⁾.

73. Mevrouw Sonja BECQ sluit zich grotendeels aan bij de adviezen, die door de Hoge Raad voor de Justitie werden verstrekt, en stelt voor dat een nationaal register voor gerechtsdeskundigen dient opgericht te worden.

Tevens stelt zij voor dat in het Gerechtelijk Wetboek wordt bepaald dat uitsluitend de personen, die op beslissing van de Minister van Justitie zijn opgenomen in het nationaal register voor de gerechtsdeskundigen, gemachtigd zijn de titel van “*gerechtsdeskundige*” te voeren en bevoegd zijn om de opdrachten als gerechtsdeskundige te aanvaarden en uit te voeren.

2.2.1. Voorwaarden

74. In het wetsvoorstel ⁽⁹⁾ worden negen voorwaarden aangeduid waaraan *natuurlijke personen* dienen te beantwoorden om opgenomen te worden in het nationaal register voor gerechtsdeskundigen, te weten:

- ten minste *vijf* jaar relevante ervaring hebben;
- onderdaan zijn van een lidstaat van de Europese Unie *of* er wettelijk verblijven;

⁽⁷⁾ De Hoge Raad voor de Justitie, *Ambtshalve advies over het statuut en de kwaliteit van gerechtsdeskundigen*, 30 maart 2011.

⁽⁸⁾ Voorstel van wet (S. Becq) tot invoeging van een nationaal register voor gerechtsdeskundigen, *Parl. St. Kamer* 2010-11, nr. 1499/001.

⁽⁹⁾ Voorstel van wet (S. Becq) tot invoeging van een nationaal register voor gerechtsdeskundigen, *Parl. St. Kamer* 2010-11, nr. 1499/001.

- een door het gemeentebestuur van de woonplaats of van de verblijfplaats afgeleverd *getuigschrift van goed zedelijk gedrag* kunnen voorleggen, dat niet ouder is dan drie maanden; personen die niet over een woon- of verblijfplaats in België beschikken dienen een gelijkwaardig document van de lidstaat van de Europese Unie waar zij hun woon- of verblijfplaats hebben voorbrengen;
- niet veroordeeld zijn bij een eenvoudige schuldigverklaring; niet veroordeeld zijn, zelfs niet met uitstel, tot *enige correctionele of criminele straf*, bestaande uit een geldboete, een werkstraf of een gevangenisstraf. Deze bepaling is van overeenkomstige toepassing op de personen die een soortgelijke, in kracht van gewijsde gegane veroordelingen hebben ondergaan in het buitenland;
- geen feiten hebben gepleegd die, zelfs als ze niet het voorwerp hebben uitgemaakt van een strafrechtelijke veroordeling, een ernstige tekortkoming van de beroepsdeontologie uitmaken en daarom raken aan het vertrouwen in de betrokkene; de *deontologische code* moet minstens bevatten dat de gerechtsdeskundigen zich in alle onafhankelijkheid en onpartijdigheid moeten opstellen en dat zij *voldoende bijscholing* moeten volgen;
- ten overstaan van de Minister van Justitie schriftelijk verklaren dat zij zich ter beschikking zullen stellen van de gerechtelijke overheden die een beroep kunnen doen op hun diensten;
- kunnen aantonen dat zij over de nodige beroepsbekwaamheid beschikken en kunnen aantonen dat zij over de vereiste *juridische kennis* beschikken;
- zich ten overstaan van de Minister van Justitie schriftelijk akkoord hebben verklaard met *de door de aangesloten beroepsorganisatie te bepalen deontologie*; en
- de voorgeschreven eed hebben afgelegd.

75. De minimum beroepservaring van vijf jaar, die door de Hoge Raad voor Justitie werd aangehouden, is een strikt minimum.

76. Enerzijds verwacht de rechtzoekende namelijk van een gerechtsdeskundige dat hij een ruime beroepservaring heeft opgedaan en over een zekere maturiteit beschikt, welke niet op vijf jaar kan worden verworven, al dan niet na een stage bij een andere gerechtsdeskundige.

77. Anderzijds is de voorwaarde om niet veroordeeld te zijn bij een eenvoudige schuldigverklaring, en niet veroordeeld te zijn, zelfs niet met uitstel, tot enige correctionele of criminele straf bestaande uit een geldboete, een werkstraf of een gevangenisstraf, streng, rekening houdend met de evolutie bijvoorbeeld in de bestrafing van verkeers-, milieu- en fiscale delicten.

78. Tenslotte pleit de vijfde voorwaarde om te worden opgenomen in het nationaal register voor gerechtsdeskundigen voor de oprichting van een *Orde van Gerechtsdeskundigen*, minstens van een *Instituut voor Gerechtsdeskundigen*, die voor alle deskundigen, aangesloten bij de meest diverse beroepsorganisaties, een deontologische code dient uit te werken samen met een adequate controle op de “relevante” ervaring waarover de gerechtsdeskundigen dienen te beschikken.

79. Een aanzet tot deontologische code kan worden teruggevonden bij de Associatie van Belgische Experts (ABEX) en bij de Belgische Kamer van Deskundigen (KGSO), gelast met gerechtelijke en scheidsrechterlijke opdrachten.

2.2.3. Sancties

80. Na de oprichting van het nationaal register voor gerechtsdeskundigen te hebben uitgewerkt, besteedt mevrouw Sonja BECQ aandacht aan de sancties, opgelegd bij niet-nakoming van de verplichtingen verbonden aan de functie van gerechtsdeskundige.

81. De Minister van Justitie wordt aangeduid om over te gaan tot tijdelijke of definitieve schrapping van een gerechtsdeskundige uit het nationaal register, en dit ofwel op voorstel van de voorzitter van de rechtbank van de plaats van uitoefening van de beroepsactiviteit , ofwel op voorstel van de procureur des Konings.

De Eerste Voorzitter van het Hof van Beroep te Brussel wordt ingeschakeld, wanneer de betrokken gerechtsdeskundige geen woon- of verblijfplaats in België heeft.

82. Uiteraard voorziet het wetsvoorstel dat een beslissing met redenen omkleed dient te zijn, evenwel wordt niet aangestipt of voorafgaand advies dient te worden ingewonnen bij andere instanties bijvoorbeeld de stafhouders van de plaatselijke Orde van Advocaten, de Orde van Vlaamse Balies, enz.

83. De mogelijkheid wordt voorzien dat de betrokken gerechtsdeskundige over de mogelijkheid dient te beschikken om zijn verweermiddelen ter kennis te brengen.

84. Onder “tijdelijk” wordt in het wetsvoorstel verstaan een maximum van één jaar.

85. Tot de voorwaarden om te kunnen ingeschreven worden in het nationaal register voor gerechtsdeskundigen behoort – volgens het wetsvoorstel van mevrouw Sonja BECQ alsmede volgens de Hoge Raad voor Justitie – het aantonen van relevante beroepsbekwaamheid en van juridische vaardigheden.

86. Dit bewijs dient te worden geleverd door het slagen in een toelatingsexamen dat dient te worden georganiseerd door een erkende beroepsorganisatie:

“[...]”

Het bewijs van de beroepsbekwaamheid moet worden geleverd door het slagen in een toelatingsexamen dat door een erkende beroepsorganisatie wordt ingericht. De indieners hebben geen examen an sich voor ogen aangezien de gerechtsdeskundige reeds over een diploma beschikken, wel betreft het een procedure inzake het voorleggen van de bewijzen van de gevolgde vorming, het bespreken van de kennis en de ervaring bijvoorbeeld door middel van een interview, ... Het is dan aan de beroepsorganisatie om te oordelen naar aanleiding van dit door hem te organiseren toelatingsexamen voor welke specialisaties de deskundige kan worden aanvaard.

*Bij koninklijk besluit moeten de voorwaarden bepaald worden waaraan de beroepsorganisaties moeten voldoen om erkend te worden.
[...]*”

87. Opnieuw stelt zich de vraag of deze taak niet dient te worden toevertrouwd aan een overkoepelende Orde of Instituut voor Gerechtsdeskundigen; een dergelijk onafhankelijk en overkoepelend orgaan zou kunnen worden gelast met het uitschrijven van de voorwaarden tot inschrijving in het nationaal register voor gerechtsdeskundigen, het organiseren van het toelatingsexamen, en dit in nauwe samenwerking met de diverse beroepsorganisaties.

Eveneens zou aan dit overkoepelend orgaan kunnen worden toevertrouwd de opstelling van een deontologische code alsmede het behandelen van de aanvraag tot tijdelijke of definitieve schrapping van een gerechtsdeskundige uit de nationale lijst, het verhaal van een kandidaat wiens opname wordt geweigerd, enz.

88. Het wetsvoorstel van mevrouw Sonja BECQ tot invoering van een nationaal register voor gerechtsdeskundigen stelt orde op zaken en heeft de verdienste dat bij de aanduiding van de gerechtsdeskundigen transparantie en kwaliteitscontrole wordt geboden.

Door beroep te doen op de diverse beroepsorganisaties voor het aanreiken van het bewijs van relevante ervaring voor de gerechtsdeskundigen dreigt opnieuw wanorde te worden geschapen.

89. De oprichting van een Orde of Instituut van Gerechtsdeskundigen zou heilzaam kunnen zijn zowel voor wat controle op de beroepsbekwaamheid van gerechtsdeskundigen aanbelangt, als voor wat de deontologie van de gerechtsdeskundigen betreft.

90. Terecht schrijft Meester P. HOFSTRÖSSLER in het Liber Amicorum Meester D. LINDEMANS het volgende: ⁽¹⁰⁾

“[...]

Dergelijk instituut schrijft zich in de rechterlijke structuur in en zou als een onafhankelijk orgaan met volgende taken kunnen worden belast:

- het ontvangen van kandidaturen,*
 - het toetsen van vaardigheden van de kandidaten om gerechtsdeskundige te kunnen zijn,*
 - het opstellen van de lijsten van gerechtsdeskundigen, met aanduiding van de disciplines waarin een deskundige kan optreden,*
 - het bijhouden van de lijsten van gerechtsdeskundigen en die publiek maken,*
 - het bepalen van de deontologische normen en de organisatie van de permanente vorming,*
 - het toezien op de naleving van de deontologie en het behandelen van klachten;*
- [...]*”

⁽¹⁰⁾ P. HOFSTRÖSSLER, *Liber Amicorum Mr Dirk Lindemans*, die Keure, 2010, 228-229.

2.3. KWALITEITSCONTROLE

2.3.1. Inleiding

91. Terecht schrijft de Orde van Vlaamse Balies in haar nota van 18 mei 2005 wat volgt:

“[...] Het deskundigen onderzoek neemt in de burgerlijke procedure een belangrijke plaats in. Hoewel de rechters niet verplicht zijn het advies van de deskundigen te volgen wordt in de praktijk vastgesteld dat rechters in de overgrote meerderheid van de zaken dit advies wel volgen. Het advies van een gerechtsdeskundige is in burgerlijke zaken dus heel dikwijls gedingbeslissend. [...]”⁽¹¹⁾.

34

KWALITEITSVEREISTEN VOOR GERECHTSDSKUNDIGEN

2.3.2. Technische onderlegdheid

92. De gerechtsdeskundigen die wensen opgenomen te worden in het nationaal register voor gerechtsdeskundigen dienen aan te tonen dat zij over de nodige beroepsbekwaamheid en vaardigheden beschikken (voorleggen van diploma's, relevante ervaring, enz.).

93. Het aantal disciplines waarin beroep wordt gedaan op gerechtsdeskundigen is uitermate uitgebreid en het volstaat dienaangaande de lijsten van deskundigen op de griffies van de rechtbanken van eerste aanleg en koophandel na te kijken.

94. Controle van en door een overkoepelend orgaan is dan ook aangewezen en dit in samenwerking met de beroepsorganisaties van de diverse disciplines.

95. Hoe dan ook dienen de gerechtsdeskundigen bij hun aanvraag onder meer hun wetenschappelijke opleiding aan te duiden doch eveneens hun onverenigbaarheden, zoals daar zijn de opdrachten die zij voor eigen cliënteel en verzekeringsmaatschappijen aanvaarden, hun bestuursmandaten, hun netwerken e.d.

96. Alle actoren zijn het erover eens dat van een gerechtsdeskundige betrouwbaarheid, integriteit en onpartijdigheid wordt verwacht.

97. Het lijkt aangewezen dat bij de aanvraag tot inschrijving in het nationaal register voor gerechtsdeskundigen aan de kandidaten minstens wordt gevraagd welke beleidsmaatregelen en procedures zij intern hebben uitgewerkt om de betrokkenheid in om het even welke activiteit te vermijden die het vertrouwen in bekwaamheid, onpartijdigheid, oordeel of operationele integriteit zou kunnen verminderen.

98. Na controle van de aangereikte persoonlijke inlichtingen is het enerzijds aangewezen over te gaan tot de organisatie van een vergelijkend examen omtrent de specialisatie

⁽¹¹⁾ Orde van Vlaamse Balies, *Standpunt van de Orde van Vlaamse Balies betreffende het deskundigenonderzoek*, 18 mei 2005.

waarvoor de deskundige kan worden aanvaard, en dit in samenwerking met zijn beroepsorganisatie, doch niet door zijn beroepsorganisatie.

99. Anderzijds dient aan permanente vorming door de gerechtsdeskundige te worden gedaan, en dit uit bittere noodzaak om de kwaliteit bij de uitoefening van het beroep te bewaken.

De permanente vorming dient eveneens als voorwaarde te worden vooropgesteld bij de inschrijving in het nationaal register voor gerechtsdeskundigen.

100. Van een gerechtsdeskundige mag namelijk worden verwacht dat hij de technische evolutie in zijn eigen specialisatie blijft volgen en dat hij zich permanent bijschoolt.

101. Voor wat de permanente evaluatie betreft, wordt verwezen naar de mogelijkheid om na elke expertise via een evaluatieformulier de gerechtsdeskundige te laten evalueren wat bijvoorbeeld stafhouders zou kunnen toelaten om deze evaluatieformulieren te groeperen en bij herhaalde negatieve evaluaties de voorzitter van de rechtbank van de plaats van de uitoefening van de beroepsactiviteit van de gerechtsdeskundige te kunnen vatten.

2.3.3. Juridische basiskennis

102. Naast een technische bagage wordt van de gerechtsdeskundige een juridische basiskennis vereist.

Hij dient zonder gespecialiseerd te zijn in gerechtszaken toch op de hoogte te zijn van welomschreven wetgeving zoals onder meer het gerechtelijk privaatrecht en alle rechtsleer en rechtspraak die betrekking heeft op deskundigenonderzoeken.

103. Het volgen van speciale cursussen, bij voorkeur georganiseerd door universiteiten of door balie's, lijkt een voorwaarde te zijn om een inschrijving op de nationale lijst van gerechtsdeskundigen te bekomen en te behouden.

104. Op dit ogenblik worden dergelijke cursussen reeds aangeboden door de Universiteit van Gent en terecht schrijft Meester P. HOFSTRÖSSLER in de hoger geciteerde bijdrage ⁽¹²⁾ dat het baanbrekend werk van P. Taelman aan de Universiteit Gent met het Opleidingsinstituut voor Gerechtelijke Experts niet over het hoofd kan worden gezien ⁽¹³⁾.

2.3.4. Ethische vorming

105. Naast de technische en juridische kennis wordt van de gerechtsdeskundige verwacht dat hij organisatietalent heeft, onderhandelings technieken beheerst, en beschikt over psychologisch doorzicht.

⁽¹²⁾ P. HOFSTRÖSSLER, *Liber Amicorum Mr Dirk Lindemans*, Brugge, die Keure, 2010, 296 p.

⁽¹³⁾ X., *Opleidingsinstituut voor Gerechtelijke experts*, www.law.ugent.be/gandaius/gerexpert.

106. Bij zijn aanvraag tot inschrijving in het nationaal register dient hij hiervan het bewijs te leveren.

107. Dat een gerechtsdeskundige onkreukbaar en objectief dient te zijn is een evidentie.

108. Bijscholingen op sociaal en psychologisch doch ook op ethisch vlak zou een bijkomende waarborg kunnen zijn om te kunnen beschikken over de nagestreefde onkreukbare en objectieve gerechtsdeskundige.

36

2.4. BESLUIT

109. Het wetsvoorstel van mevrouw Sonja BECQ stelt dat door de indieners geen examen *an sich* wordt nagestreefd doch wel een procedure inzake het voorleggen van de bewijzen van de gevolgde vorming en het bespreken van de kennis en ervaring bijvoorbeeld door middel van een interview.

110. Indien deze weg zou worden gekozen, dan dient dit interview op een ernstige wijze te gebeuren volgens vooraf gelegde criteria en dient tot dit interview eveneens te behoren het nazicht van het ethisch normbesef van de kandidaat gerechtsdeskundige.

111. Terloops weze eraan herinnerd dat bij tal van vrije en intellectuele beroepen het doorlopen van een stage een absolute noodzaak is.

112. De vraag kan zich dan ook stellen of het niet aangewezen is dat de gerechtsdeskundigen ook bij de aanvang van hun activiteit een stageverplichting zou worden opgelegd en dit onder controle van een nog op te richten Orde of Instituut voor Gerechtsdeskundigen; nu zowel de Hoge Raad voor Justitie als het wetsvoorstel BECQ slechts een relevante ervaring van vijf jaar vereisen.

113. Het sluitstuk van de hervorming van het deskundigenonderzoek is de oprichting van een overkoepelende Orde of een Instituut voor Gerechtsdeskundigen, dat voor een deel zou kunnen bestaan uit advocaten die door de Orde van Vlaamse Balies en/of door de stafhouders van de plaatselijke orden worden voorgedragen, zoals trouwens ook voor een deel uit magistraten.

114. De aanwezigheid van advocaten en magistraten in een dergelijk overkoepelende Orde of Instituut voor Gerechtsdeskundigen is een waarborg voor de naleving van eenieders rechten doch ook voor de uitwerking van een deontologische code voor gerechtsdeskundigen.

115. Naar aanleiding van de conferentie omtrent het statuut van de deskundige in België (2010-2011) geeft het Nationaal College voor Gerechtelijke Deskundigen van België volgende aanbeveling: ⁽¹⁴⁾

“[...]

Om de kwaliteit van het deskundig onderzoek in het algemeen te garanderen, wordt de oprichting van een publiekrechtelijke organisatie aanbevolen die met volgende taken zou belast zijn:

- *lijsten van deskundigen opstellen, in voorkomend geval de samenwerking met de reeds bestaande beroepsorganisaties en de verspreiding ervan waarnemen. De op te richten federale raad zal de voorwaarden tot accreditering van de kandidaat-deskundige vastleggen, procedures ontwikkelen om de lijsten van erkende deskundigen up to date te houden en de verspreiding van de lijsten waar te nemen.*
- *waken over de voortgezette opleiding van de deskundigen in hun respectievelijke wetenschap.*
- *op regelmatige tijdstippen overgaan tot de evaluatie van de deskundigen die op de lijsten voorkomen.*
- *waken over de juridische basisopleiding van het gerechtelijk deskundig onderzoek. De gerechtelijke basisopleiding, die men van de deskundige kan eisen, heeft voornamelijk betrekking op procedurevragen.*
- *indien een deskundige twijfelt aan een juridisch aspect van de vraag die hem gesteld wordt zal hij contact opnemen met diegene die hem heeft aangesteld.*

[...]”

116. In het wetsvoorstel van mevrouw Sonja BECQ wordt omtrent de deontologie geen regeling uitgewerkt: ⁽¹⁵⁾

“[...]

Het is aan de sector, om deontologische regels vast te stellen waarmee de kandidaten zich schriftelijk akkoord moeten verklaren. De deontologie moet onder andere de gedragsregels vaststellen waaraan de gerechtsdeskundigen zich zou moeten houden evenals de straffen waaraan zij onderworpen worden in geval van ontoereikende prestaties of in geval zij een gedrag vertonen dat de waardigheid van de functie schaadt.

Zo kan volgens de indieners (Mevrouw Sonja Becq, de heer Raf Terwinge en de heer Servais Verheirstraeten) niet dat de gerechtsdeskundigen geregeld in opdracht van welbepaalde verzekeringsmaatschappijen optreden en daarna een gerechtelijk opdracht toegewezen krijgen om tegen diezelfde “opdrachtgever verzekeringsmaatschappij” op te treden. Tegen dergelijke praktijken moet in de toekomst deontologisch worden opgetreden.

⁽¹⁴⁾ Nationaal College van Gerechtelijke Deskundigen van België, *Aanbevelingen van de consensusconferentie 2010-2011*.

⁽¹⁵⁾ Voorstel van wet (S. Becq) tot invoering van een nationaal register voor gerechtsdeskundigen, *Parl. St. Kamer 2010-11, nr. 1499/001*.

*De deontologie moet tevens bevatten dat de gerechtsdeskundige zich in alle onafhankelijkheid en onpartijdigheid moeten opstellen dat zij voldoende bijscholing moeten volgen, ... Er wordt niet gekozen voor de geldigheid van een bepaalde periode om ingeschreven te blijven in het register bijvoorbeeld twee of vijf jaar. Het is niet de bedoeling de procedure overdreven te formaliseren door om de twee of vijf jaar de beroepsbekwaamheid te hernieuwen. De procedure van tijdelijke of definitieve schrapping kan worden aangewend als blijkt dat er gegronde twijfels bestaan over het functioneren van gerechtsdeskundigen.
[...]"*

117. Bij het uitschrijven van een deontologische code voor gerechtsdeskundigen kunnen de gedragsregels van bijvoorbeeld de advocatuur of de bedrijfsrevisoren inspirerend zijn.

118. Een deontologische code werd uitgewerkt door de Associatie van Belgische Experts (ABEX) en de Belgische Kamer van Deskundige (KGSO CJEA).

In deze deontologische codes wordt terecht aandacht besteed aan het beroepsgeheim en aan de onafhankelijkheid van de deskundige en van de gerechtsdeskundige:

ABEX artikel 24

De deskundige handelt in eer en geweten en behoudt een absolute onafhankelijkheid, hij geeft aan geen enkele druk of om het even welke beïnvloeding toe. Hij kan met name geen rechtstreeks of onrechtstreeks persoonlijk belang in de oplossing van het geschil hebben.

...

ABEX artikel 27

De deskundige zal geen enkel geschenk, attentie of enig ander voordeel van partijen of derden ontvangen anders dan de vergoeding welke hij op officiële wijze aangevraagd heeft ter vergoeding van de door hem geleverde prestaties, kosten en uitgaven.

KGSO – verplichtingen van de deskundige, titel 3

De deskundige handelt volledig onafhankelijk.

Zijn adviezen zijn in eer en geweten onpartijdig zonder rekening te houden met het oordeel dat men later over zijn verslag zou kunnen brengen.

De verwijzing naar een persoonlijke mening dient duidelijk herkenbaar weergegeven te worden.

119. Het KGSO vermeldt in haar deontologische code onder meer:

"[...]"

De deskundige ontvangt, eventueel na taxatie, enige beloning, noch rechtstreeks noch onrechtstreeks, van partijen of derden, andere dan erelonen en uitgaven. Hij onthoudt er zich van een maaltijd of een consumptie te delen met één van de partijen. Hij vermijdt te genieten van een transportmogelijkheid, hem aangeboden door één van de partijen, behoudens met uitdrukkelijke

*toestemming van de andere partijen, bijvoorbeeld om de bezuiniging of om praktische redenen.
[...]"*

120. Na in haar deontologische code aandacht te hebben besteed aan de wijze waarop de gerechtsdeskundige zijn verslag dient op te stellen, namelijk het moet bondig, duidelijk en nauwkeurig zijn, stelt het KGSO:

"[...]

13

De deskundige leidt zelf zijn opdrachten. Hij staat zijn bevoegdheden niet af aan een derde, zelfs niet aan een confrater. Wanneer hij voor sommige materiële verrichtingen beroep moet doen op medewerkers, geschiedt zulks onder zijn verantwoordelijkheid en toezicht, behoudens een andersluidend of voorafgaand akkoord van partijen.

14

Tegenover de rechter bestaat er voor de deskundige geen beroepsgeheim, behoudens wanneer de beroepseigen plichtenleer hem dit oplegt. Wanneer de openbaarheid van de waarheid zich opdringt kan de deskundige met inachtneming van alle nodige voorzorgen, uitsluitend de rechter die hem heeft aangesteld inlichten verschaffen.

[...]"

121. Bij de uitwerking van een algemene deontologische code dienen de aspecten beroepsgeheim en onafhankelijkheid als wezenlijk beschouwd te worden en dit naast de reeds bestaande deontologische codes eigen aan reeds gereguleerde beroepen, zoals deze van bedrijfsrevisoren, architecten, artsen, enz.

HOOFDSTUK 3

DESKUNDIGENONDERZOEK VANUIT DE REVISORALE PRAKTIJK

Herman J. VAN IMPE

Bedrijfsrevisor

3.1. INLEIDING

42

DESKUNDIGENONDERZOEK VANUIT DE REVISORALE PRAKTIJK

122. In vorige hoofdstukken is een bloemlezing gegeven van opmerkingen op het deskundigenonderzoek in het algemeen. Er wordt terecht gewezen op de te lange duurtijd van de expertise; zelden zou de termijn worden gehaald die in het vonnis wordt vooropgesteld of samen met partijen wordt overeengekomen tijdens de installatievergadering of de eerste vergadering (indien geen formele installatievergadering). Vele expertises worden ook als te duur ervaren; een veel voorkomende klacht van de in het ongelijk gestelde partij is dat de kosten niet in verhouding staan met de waarde van het geschil. Het verslag geeft dikwijls onvoldoende motivering van de parameters waarop de deskundige zich heeft gesteund om tot zijn conclusie te komen. Tijdens het expertiseverloop is er onvoldoende communicatie of worden de gangbare procedures van gelijktijdige informatie naar alle bij het geschil betrokken partijen niet gerespecteerd.

123. Hierna wordt niet-exhaustief een aantal verklaringen aangehaald die in meerdere of mindere mate oorzaak kunnen zijn van wat er dikwijls misloopt. Zij zijn fundamenteel gestoeld op een beperkte rondvraag naar een aantal bedrijfsrevisoren met ervaring als gerechtsdeskundige. Wij danken hier speciaal confraters Albert BAUWENS, Luc DE PUYSSSELEYR, Vincent KOOPMAN, Luc OSTYN en Peter WEYERS voor hun talrijke suggesties en duiding. Dank ook aan Nathalie PONNET, Liesbeth VAN DE CASSEYE en Erwin VANDERSTAPPEN voor zijn opvolging en coördinatie. De problematiek is zeer belangrijk: als het deskundigenonderzoek niet beantwoordt aan de gestelde verwachtingen van betrokkenen, ontstaat een *expectation gap* naar de figuur van de gerechtsdeskundige (en naar het bedrijfsrevisoraat in het bijzonder); zo draagt die tevens bij tot de vraagstelling over de efficiëntie van ons Belgisch rechtssysteem.

124. Als veel voorkomende problemen worden aangehaald: het gebrek aan goede definiëring en afbakening van de opdracht, het gebrek aan informatie in het vonnis die noodzakelijk is om correct in te schatten of de deskundige de opdracht kan aanvaarden, de houding van partijen bij het vinden van een tijdstip voor de installatievergadering (of eerste vergadering), de onrealistische tijdsbepaling en voorschotbegroting die vele vonnissen vermelden en die niet zijn overlegd met de deskundige, de eis van een partij om steeds maar bijkomende onderzoeksdaden te stellen, het dwarsliggen van een partij bij het aanleveren van de noodzakelijke gegevens, de persoonlijke benoeming van de deskundige en het principe dat hij persoonlijk alle onderzoeksdaden zou moeten stellen.

125. In het kader van het korte bestek van deze bijdrage beperken wij ons hierna tot de voornaamste obstakels die een correcte afhandeling tot tevredenheid van alle partijen in de weg staan. Tevens worden een aantal suggesties voor een betere werking en kwaliteit van de deskundigen aangehaald:

1. Procedure van aanstelling van de gerechtsdeskundige en de verstrekte informatie waarover hij beschikt;
2. Aanstelling van de gerechtsdeskundige in persoonlijke naam;
3. Beschikbare gegevens op het ogenblik van aanvaarding: probleem van inschatting van de onafhankelijkheid van de deskundige;

4. Toelating/het verbod zich te laten bijstaan;
5. Definiëring van de opdracht;
6. Installatievergadering (of eerste vergadering): problemen van bijeenroeping en verkrijging van stukken;
7. Houding van partijen voor het aanleveren van de nodige gegevens;
8. Interpretatie van de uit te voeren werkzaamheden uitgaande van de opdracht;
9. Duur van de expertise: *expectation gap* tussen verwachting en uitvoering;
10. Bepaling van het tijdstip van de kostenstaat, van de hoogte ervan en van die van de voorschotten;
11. Informatie over het gevolg dat rechtbank en partijen geven aan de conclusies van het deskundigenverslag;
12. Gerechtsdeskundige-bedrijfsrevisor: meestal geen jurist; wel steeds specialist. En in de eerste plaats raadgever van de rechter die hem aanstelt;
13. Klein landje, groot in rechterlijke tegenstrijdigheid.

3.2. PROCEDURE VAN AANSTELLING VAN DE GERECHTSDESKUNDIGE EN DE VERSTREKTE INFORMATIE WAAROVER HIJ BESCHIKT

126. Gewoonlijk wordt een deskundige aangesteld zonder voorafgaand contact. Dit is volkomen legaal maar houdt een aantal nadelen in.

127. In de praktijk komt het voor dat de rechtbank vooraf de gerechtsdeskundige contacteert vooraleer hem aan te stellen. Dit heeft het voordeel dat voor partijen geen tijd verloren gaat, indien de deskundige, na zijn aanstelling, moet vaststellen dat hij een onafhankelijkheidsprobleem heeft of dat hij de opdracht moet weigeren omdat hij zich niet competent acht de opdracht uit te voeren of nog dat het voor hem onmogelijk is om binnen de gestelde termijn de opdracht uit te voeren. Voorafgaand contact laat verder toe dat overlegd kan worden over de verwachte tijdsduur en over de grootte van het voorschot. Tevens kan de opportuniteit worden ingeschat waar de installatievergadering zou doorgaan: op de rechtbank of op het kantoor van de deskundige. *Last but not least* geeft dergelijk voorafgaand contact de mogelijkheid te overleggen over de inhoud en formulering van de opdracht, zonder meer de eerste vereiste voor het welslagen van de expertise.

128. Vrij vaak wordt door één van de partijen bezwaar aangetekend tegen de aanstelling van een bepaald deskundige, meestal eerst informeel, soms ook door een procedure van wraking. Voorafgaande mededeling aan de advocaten van alle partijen van de identiteit van de deskundige zal het risico op latere wraking door één van de partijen sterk verminderen.

3.3. AANSTELLING VAN DE GERECHTSDESKUNDIGE IN PERSOONLIJKE NAAM

129. De aanstelling gebeurt meestal in persoonlijke naam. Benoeming van bijvoorbeeld een bedrijfsrevisorenkantoor gebeurt bij ons weten niet; hoogstens de aanduiding van een bedrijfsrevisor in zijn hoedanigheid van vast vertegenwoordiger van de revisorenverenootschap die hij (vast) vertegenwoordigt.

De meeste rechters houden nog vast aan de persoonlijke benoeming. Niet alleen omdat de wetgeving dit voorziet. De deskundige wordt immers als adviseur van de rechter aangewezen en als zodoende verwacht deze laatste het persoonlijke advies en opvolging door de deskundige.

130. De persoonlijke benoeming heeft zowel voor- als nadelen. Bij een persoonlijke benoeming zal de rechter zich een oordeel kunnen vormen over de werkwijze, benadering, eigen competentie, enz. van de deskundige en na een aantal aanstellingen kan hij perfect inschatten welk profiel van deskundige hij het best aanstelt voor een bepaald soort van opdrachten. De persoonlijke aanstelling houdt echter ook een aantal gevaren in: de kwaliteit van de uitvoering van de opdracht kan lijden onder de persoonlijke omstandigheden waarin de deskundige zich bevindt tijdens de onderzoeksperiode zoals problemen met gezondheid of omstandigheden van familiale aard. De onmogelijkheid de deskundige binnen het kantoor te kunnen vervangen houdt het gevaar in van discontinuïteit.

Inderdaad, op het ogenblik dat de persoonlijk benoemde deskundige zich in de onmogelijkheid bevindt zijn opdracht binnen een redelijke termijn uit te voeren, is de enige uitweg zijn ontslag aan te bieden met de vraag een ander deskundige aan te stellen. Daarbij is het niet zeker dat een ander deskundige van hetzelfde kantoor zou worden aangesteld. De nieuw aangestelde deskundige zal dan ook niet steeds optimaal gebruik kunnen maken van de reeds uitgevoerde werkzaamheden en de verworven kennis in het dossier. De aanduiding van een nieuwe vaste vertegenwoordiger in hetzelfde kantoor geeft het voordeel dat het dossier behandeld blijft binnen datzelfde kantoor waarbij men gebruik kan blijven maken van dezelfde medewerker(s) en de communicatie met de vorige deskundige zal wellicht gemakkelijker en efficiënter verlopen.

3.4. BESCHIKBARE GEGEVENS OP HET OGENBLIK VAN AANVAARDING: PROBLEEM VAN INSCHATTING VAN DE ONAFHANKELIJKHEID VAN DE DESKUNDIGE

131. In het vonnis zijn vaak niet alle gegevens opgenomen die voor de deskundige nuttig of noodzakelijk zijn bij zijn beoordeling of hij de opdracht kan aanvaarden. Tevens laten vele partijen na de deskundige tijdig te informeren wanneer zij hebben beslist zich door een ander advocaat te laten bijstaan of dat bij gebrek aan betaling een partij niet langer wordt vertegenwoordigd door een bepaald advocaat. Dit leidt dikwijls tot misverstanden en tot vertraging (*cf. infra*, nrs. 150-153).

Specifiek bij opdrachten in de financiële sfeer zal de deskundige dikwijls de identiteit van de vennootschappen in het vonnis terugvinden met meestal opgave van de beleidsverantwoordelijken. Meestal zal men er echter niet de rechtstreekse of onrechtstreekse aandeelhoudersstructuur in terug vinden. In dat geval kan de deskundige slechts laat, na de uitvoering van een aantal werkzaamheden, tot de conclusie moeten komen dat hij een probleem heeft van onafhankelijkheid, wanneer blijkt dat hij een onverenigbaarheid heeft met een van de aandeelhouders.

45

DESKUNDIGENONDERZOEK VANUIT DE REVISORALE PRAKTIJK

3.5. TOELATING/HET VERBOD ZICH TE LATEN BIJSTAAN

132. Er wordt verwacht dat de expertise van begin tot het einde door de gerechtsdeskundige wordt gedaan, minstens gecoördineerd. Enkel secretariaatswerk en een aantal deelhandelingen kunnen worden gedelegeerd. Voor de deskundige is dergelijke expertise tijdrovend; voor de partijen valt dit duur uit.

133. Een aantal rechters vermelden in hun aanstellingsvonnis expliciet dat de deskundige zich kan laten bijstaan, uiteraard dit onder de verantwoordelijkheid van deze laatste. Dit heeft ontgensprekelijk een aantal voordelen:

- De werklast ligt niet volledig op de deskundige; het verloop van de expertise zal ook niet afhangen van de (over)belasting van zijn persoonlijke agenda. Het is een utopie ervan uit te gaan dat een normaal bezette deskundige onafgebroken en zonder tijdverlies aan een expertise kan werken tot ze is afgesloten. Dit zou betekenen dat hij een te kleine werklast heeft. Het is een beetje zoals die zakenman zei: “je hebt geen goeie accountants of revisoren: heeft hij veel tijd voor je dossier, dan heeft hij weinig werk; is hij een goeie, dan heeft hij weinig tijd”. De uitsluitend persoonlijke afhandeling van de expertise leidt onvermijdelijk tot grotere tussenperiodes en dus ook tot grotere “start-up kosten”.
- Als de mogelijke bijstand zich niet beperkt tot secretariaatswerk, maar ook betekent dat gekwalificeerde medewerkers of derden in onderaanneming kunnen worden ingeschakeld, zal de voortgang van het dossier niet uitsluitend afhangen van de persoonlijke agenda van de aangestelde deskundige. Tevens zal de gemiddelde uurkost meestal lager uitvallen.

- De mogelijkheid tot medewerking kan tevens bijdragen tot de kwaliteit van de expertise: medewerkers kunnen gespecialiseerd zijn in de uitvoering van een aantal deelopdrachten. Een typisch voorbeeld hiervan is de bepaling van de waarde van aandelen van een vennootschap. De gerechtsdeskundige zal bepalen welke waarderingmethoden moeten worden weerhouden en welke de relevante parameters zijn. De uitvoeringswerkzaamheden kunnen dan worden doorgegeven aan een medewerker die zich in de technische uitvoering heeft gespecialiseerd. Het kan verder gaan: grotere kantoren hebben hun interne waarderingsspecialist, een partner of medewerker die alle waarderingen in het kantoor minstens begeleidt. Zo bouwt een kantoor ervaring en knowhow op die veel ruimer zijn dan die van de deskundige in persoon wat de kwaliteit van de werkzaamheden en rapportering ontegensprekelijk ten goede komt.

134. De tijd van de Alleswetende Intellectuele Super die zelf alles het beste kan, is in deze ingewikkelde en tot specialisatie nopende tijden definitief voorbij. Een succesrijk deskundige is in de eerste plaats een specialist in zijn sector, maar tegelijk een generalist: hij kan niet én klantenrelaties onderhouden, én voor zijn klant belangrijke vergaderingen voorbereiden, bijwonen en zelf voor de navolging zorgen, én daarbovenop nog eens dé specialist zijn in alle deeldomeinen van zijn beroep. Wij pleiten ervoor dat de rechtbanken oog zouden hebben voor de mogelijkheid tot delegeren en samenwerken.

135. Een gestructureerde veralgemening zal de deskundige aanzetten tot het vormen van medewerkers die van gerechtelijke expertises één van hun voornaamste werkzaamheden maken; dit deeldomein van revisorale werkzaamheden kan in een volgend stadium uitgroeien tot een daadwerkelijke revisorale specialisatie. De opvolging van een expertise binnen het kantoor zal dan in handen komen van meerdere professionelen die voldoende kennis hebben van het dossier en inhoudelijk gezamenlijk kunnen werken aan een gefundeerde besluitvorming.

136. Dit staat niet in de weg dat de rechter één aanspreekpunt blijft hebben en dat het ook voor partijen duidelijk is dat er één iemand de ganse verantwoordelijkheid draagt: hij/zij die is aangesteld.

3.6. DEFINIERING VAN DE OPDRACHT

137. De goede definiëring van de opdracht is een van de voornaamste voorwaarden tot een succesvolle expertise. Zoals reeds is aangehaald, treedt de deskundige op als raadgever van de rechter die hem aanstelt; niet als scheidsrechter voor partijen.

138. De meerwaarde die de expertise kan brengen, begint daarom met de accuratesse van de vraagstelling. Dit vergt een goede kennis van het dossier door de aanstellende rechter. In de praktijk gebeurt het vaak dat de rechter zich beperkt tot de opdrachtformulering van de partij die vraagt om de aanstelling van een deskundige. Wanneer de rechter die zomaar overneemt, bestaat het risico dat de deskundige *de facto* gericht onderzoek zal doen dat slechts één van de partijen ten goede komt. Als tegenpartij vraagt die dan bijkomend onderzoek dat niet in de opdracht is opgenomen, maar misschien gerechtvaardigd is.

Gaat de deskundige in op het verzoek tot bijkomend onderzoek, dan maakt de andere partij meestal bezwaar omdat de deskundige volgens haar zijn opdracht te buiten gaat. Gevolg: ofwel discussie, ofwel bijkomende vraagstelling tot opdrachuitbreiding met het bijhorend tijdsverlies én kostenplaatje.

139. Een veel voorkomend probleem bij waarderungen van ondernemingen is dat er naast de opdracht van waardering *stricto sensu* niets vermeld staat over eventuele betwistingen tussen partijen over de fiabiliteit van de jaarrekeningen en andere financiële gegevens die de basis vormen van de waardering. Vraag is dan of de opdracht ook voorziet in een auditopdracht met betrekking tot die gegevens. Meestal niet.

Rechters zijn soms geneigd om de deskundige een te enge opdracht te geven; bijvoorbeeld de deskundige moet een verslag met betrekking tot winstderving van de bedrijfsrevisor van partij X nazien en hierover adviseren. In dergelijk geval en met die opdrachtformulering kan de deskundige niet zijn eigen visie ontwikkelen en is hij gebonden aan een eenzijdig opgesteld verslag, daar waar het eigenlijk de bedoeling is dat de deskundige zijn persoonlijke mening vormt op basis van zijn eigen methodiek.

140. Een vorm van inspraak en overleg bij de formulering van de opdracht zou in vele gevallen latere discussies over de invulling en reikwijdte van de werkzaamheden van de deskundige kunnen voorkomen.

47

DESKUNDIGENONDERZOEK VANUIT DE REVISORALE PRAKTIJK

3.7. INSTALLATIEVERGADERING (OF EERSTE VERGADERING): PROBLEMEN VAN BIJEENROEPING EN VERKRIJGEN VAN STUKKEN

141. De vermelding van de eerste vergadering (met plaats, datum en uur) in het aanstellingsvonnis/arrest komt niet systematisch voor. De rechter zal immers overeenkomstig artikel 972, § 1 van het Gerechtelijk Wetboek een eerste installatievergadering in zijn vonnis bevelen (met bepaling van plaats en datum), wanneer hij dit noodzakelijk vindt of wanneer alle partijen erom verzoeken.

De vermelding in het vonnis geeft soms problemen: partijen die ondertussen van advocaat veranderen vergeten dit gegeven door te geven; de deskundige is dan genoodzaakt een nieuwe datum vast te leggen maar dit betekent al gauw één à twee maanden vertraging, meestal recht evenredig met het aantal partijen die moeten worden opgeroepen. Uiteindelijk gaat hierdoor veel tijd verloren.

De praktijk geeft echter aan dat de rechtbank het aan de deskundige overlaat de installatievergadering bijeen te roepen. Dit geeft hem het voordeel dat hij tegenover de partijen erop kan aandringen hun stukkenbundels voor de vergadering over te maken. De deskundige kan dan in de eerste plaats onderzoeken of hij geen onafhankelijkheidsprobleem heeft; het doornemen vooraf van de stukkenbundels zal ook de kwaliteit van zijn vraagstelling op de installatievergadering ten goede komen.

142. Op de installatievergadering is het nuttig een aantal fundamentele afspraken te maken:

- het akkoord over de al dan niet “vrijstelling van formaliteiten”, afspraken over het communicatiebeleid met de deskundige en aanduiding in gemeenschappelijk akkoord over de communicatiemiddelen die zullen worden aangewend (bv. e-mailverkeer), hoe die communicatie onder de partijen verloopt (het voorstel kan zijn dat enkel de advocaat van de respectieve partijen met de deskundige communiceert);
- informatie over opbouw van de kostprijs (ereloonstaten): het budget, m.a.w. ook de inschatting van het aantal te presteren uren en een gemiddeld uurtarief; inschatting van bijkomende kosten die kunnen oplopen, zoals bijvoorbeeld de waardering van aandelen in een vennootschap met een belangrijk onroerend patrimonium;
- afspraak omtrent het tijdstip dat de deskundige op ieder ogenblik het initiatief kan nemen een verzoeningspoging te ondernemen en afspraak omtrent de te volgen procedure;
- afspraak of er in lopende expertise “tussenverslagen” of technische nota’s kunnen worden verstuurd;
- afspraken omtrent de nog te overhandigen documenten; ondanks de nieuwe wetgeving die voorziet dat de partijen een geïnventariseerd dossier met alle relevante stukken moeten neerleggen, blijkt dat bijkomende informatie meestal noodzakelijk is;
- afspraken en timing omtrent de duurtijd van de expertise en timing indien het vonnis/arrest geen datum voorziet voor het neerleggen van het verslag van de deskundige bij de griffie. Indien mogelijk, opmaak van een gedetailleerde planning;
- nadere specificering van de opdracht, liefst in gemeenschappelijk akkoord van partijen; en
- uitleg door de deskundige over de methodiek die hij zal volgen.

143. De installatievergadering is voor de deskundige een belangrijk momentum, vooral als alle partijen persoonlijk aanwezig zijn. Misschien is het wel het enige ogenblik dat alle partijen tijdens de lopende expertise rond dezelfde tafel zitten. De deskundige zal inzicht verkrijgen in de gevoelige punten, de psychologische geladenheid van partijen inschatten (belangrijk bij echtscheidingen, bij waardebepaling n.a.v. verplichte uitkoop, enz.); hij zal de spanning kunnen meten tussen de raadslieden en andere raadgevers bij het verdedigen van hun opdrachtgevers.

Hij zal de kwaliteit van hun verdediging inschatten. Een ervaren deskundige zal vooral luisteren naar wat de partijen voorbrengen; hij zal het professionalisme van de aanbrengr door partij zelf én haar raadgevers inschatten en hun integriteit meten. Een ervaren raadsman kent perfect het marketingprincipe: de eerste en laatste indruk blijft het beste bij.

144. Alles begint dus bij een goed voorbereide installatievergadering die eindigt met een in hoofde van partijen en raadgevers goed gevoel dat de expertise in goede handen is gegeven.

3.8. HOUDING VAN PARTIJEN VOOR HET AANLEVEREN VAN DE NODIGE GEGEVENS

145. Een steeds weerkerend probleem is de tijdige overhandiging door partijen van gegevens. Herinneringsbrieven zijn bijna de regel.

Hierbij is het goed een onderscheid te maken tussen enerzijds stukken welke normaliter voorhanden moeten zijn zoals contracten, boekhoudkundige bescheiden, boekingsstukken en dergelijke. Anderzijds zijn soms gegevens nodig die een verwerking van bestaande gegevens vergen. Voor deze laatste categorie zal de deskundige enige soepelheid vertonen in de timing van aanlevering.

Er is echter meer. Dikwijls moeten de gegevens komen van de partij die er geen belang bij heeft dat de expertise vooruit gaat of die meent dat de gevraagde gegevens zullen leiden tot een voor haar nadelig resultaat.

Als daarbovenop het de tegenpartij is die de kosten moet voorschieten, is het arsenaal van vertragingsmaneuvers om het de tegenpartij moe te maken, haast onuitputtelijk: de stukken zijn zoek; ze zijn verkeerd gearhiveerd; ze zijn onvolledig of onleesbaar gekopieerd; ze zitten bij de boekhouder die ondertussen met pensioen is; men verandert alle drie maand van technisch raadsman die dan nog eens zoveel tijd nodig heeft om het dossier te bestuderen vooraleer aan de slag te kunnen; verkeerde of onvolledige antwoorden; verkeerd begrepen vragen (zelfs al zijn ze schriftelijk gesteld en spreken ze voor zich); bedienden die de taal niet verstaan en daardoor niet tijdig kunnen opvolgen (zelfs in bedrijven in Vlaams-Brabant); de Belgische dochtermaatschappij die eerst de toelating moet vragen van het “verre” Amerikaans of Aziatisch hoofdkantoor; de verantwoordelijke bediende die in gradatie in zwangerschapsverlof is, in borstvoedingsverlof, in verlof, in moederschapsverlof en dan... ziek valt.

146. Wat kan de gerechtsdeskundige hiertegen doen? Op de gedingvoerende partijen rust een medewerkingslast (*cf. supra*, nrs. 44-46). De civiele rechter kan hem en de belanghebbende partij ter hulp snellen. Hij kan aanbevelen het bewijsmateriaal dat zij bezit, over te leggen. Hij kan de onwillige partij dwingen de gerechtskosten te betalen. Hij kan in bepaalde omstandigheden een dwangsom opleggen. Een constante: het kost tijd en geld.

3.9. INTERPRETATIE VAN DE UIT TE VOEREN WERKZAAMHEDEN UITGAANDE VAN DE OPDRACHT

147. Een traditioneel discussiepunt onder partijen, hun juridische raadgevers en zelfs hun technische raadgevers.

148. Er is wel altijd een partij die er belang bij heeft dat de deskundige niet zo kritisch zou zijn op de kwaliteit van de gegevens die zij aanlevert. Daarbij rijst de vraag, zoals hierboven al aangegeven: laat de opdracht toe dat de deskundige de fiabiliteit van de hem aangeleverde cijfers zelf nagaat? En tot welke hoogte? Enkel over die gegevens waarover een partij vragen heeft? Of over alle gegevens die de deskundige aangereikt krijgt? De tegenpartij zal er zich soms niet van bewust zijn dat bepaalde hem aangereikte gegevens niet beantwoorden aan de doelstellingen waarvoor zij worden gevraagd.

Eenzijdig bijeengebrachte cijfers zijn bij de tegenpartij bijna per definitie verdacht. Het principe van "wapengelijkheid" onder partijen kan de deskundige opvangen door zelf onderzoek te verrichten of door instemming te vragen aan partijen om de hen aangereikte cijfergegevens te laten certificeren door de commissaris van de gegevensverstreckende partij, althans indien die er een heeft. Het blijft echter steeds afwegen wat moet en wat kan tegen een achtergrond van wederzijds wantrouwen tussen partijen waarbij de ene tegensprekelijkheid (en dus inzage) eist en de andere wijst op de vertrouwelijkheid van de cijfers die, bij inbreuk ervan, kan leiden tot op de deskundige verhaalbare schade.

149. Daarbij komt nog dat, wanneer de deskundige toch bijkomende werkzaamheden uitoefent op de hem doorgegeven gegevens, tegen de wil van een partij, het niet denkbeeldig is dat de partij die dat niet zint, nog tijdens de procedure of daarna, voorbehoud maakt op de hoogte van de kostenstaat.

3.10. DUUR VAN DE EXPERTISE: *EXPECTATION GAP* TUSSEN VERWACHTING EN UITVOERING

150. Sommige rechtbanken werken de *expectation gap* tussen verwachting en realiteit bij gerechtelijke expertises in de hand voor wat de ingeschatte tijdsduur betreft. Menig rechter bepaalt de tijdsduur voor het afleveren van het eindverslag standaard op drie maanden. Dit is een veel te korte termijn in financiële expertises die een veelheid van gegevensinzameling en -verwerking vergen.

151. Zelfs met een normale houding van alle partijen duren expertises in de financiële sfeer gemakkelijk negen maanden tot een jaar. Redenen van deze voor vele partijen lange "lijdensweg" zijn gemakkelijk aan te halen:

- soms geval van overmacht;
- het respect van tegensprekelijkheid in elke fase van de expertise;

- het zoeken naar data waarop ieder die het wenst aanwezig kan zijn, niet alleen voor de installatievergaderingen, maar ook voor volgende (dikwijls) technische vergaderingen;
- het verlenen van uitstel voor het doorgeven van gegevens, om meestal gegronde redenen voor wie het uitstel vraagt, soms ook om andere dan gegronde (*cf. supra*, nr. 145);
- dikwijls ook de briefwisseling onder raadslieden met reacties, tegenreacties en opnieuw acties wegens tegenreacties. En meestal met de uitdrukkelijke vraag aan de deskundige telkenmale stelling in te nemen; en
- de strikte naleving van het verbod zich te laten bijstaan werkt vertragend wanneer de deskundige dit verbod letterlijk neemt en strikt uitvoert.

152. De meeste van de aangehaalde redenen werken ontegensprekelijk de vrijwaring van de rechten van partijen in de hand. Maar de deskundige is soms gedwongen toch een evenwicht te zoeken tussen de verzuchtingen van partijen en de normale voortgang van de expertise, vooral als een partij opmerkingen begint te formuleren over het aangehouden tempo van de werkzaamheden.

Een onrealistische tijdsbepaling brengt ook voor partijen onnodige kosten teweeg: iedere verlenging moet schriftelijk worden aangevraagd en verantwoord met dikwijls oproeping op de rechtbank, enz.

153. Misschien past het dat deskundigen/bedrijfsrevisoren ook eens in eigen boezem kijken. Mocht men een statistiek opmaken van de maanden waarin hard wordt gewerkt aan de afwerking van expertises en de maanden waarin zij “blijven liggen”, dan kan men verwachten dat de voortgang niet zo denderend is in de jaarlijkse verlofperioden. Dit is in werkelijkheid ook zo. Maar er is meer: algemeen lopen gerechtelijke expertises de meeste vertraging op in de juist drukke revisorale periode, de *Big* of *Great Season*, in de eerste jaarhelft.

Hierover wordt als eens – terecht – geklaagd vanuit de advocatuur. Aan dit euvel kan worden verholpen door meer mankracht in te schakelen en de opdracht in *teamwork* uit te voeren, maar dit botst dan weer op het algemene verbod zich als aangeduide deskundige te laten bijstaan (*cf. supra*, nrs. 132-136).

Volledigheidshalve dient gesteld dat sommige expertises wegens de eigenheid van de opdracht niet te delegeren zijn.

In ieder geval leveren de meeste bedrijfsrevisoren met expertise opdrachten in de tweede jaarhelft extra inspanningen.

3.11. BEPALING VAN HET TIJDSTIP VAN DE KOSTENSTAAT, VAN DE HOOGTE ERVAN EN VAN DIE VAN DE VOORSCHOTTEN

154. De huidige financiële regeling voor gerechtelijke expertises met verplichte voorafgaande storting aan de griffie van de rechtbank en de bepaling van de overschrijving door de rechter, onafhankelijk van de wil van de partijen terzake, geeft ontegensprekelijk meer financiële zekerheid aan de gerechtsdeskundige die vroeger maar al te vaak zeer moeilijk volledig betaald geraakte, niet in het minst omdat de verliezende partij ook meestal nog de expertisekosten moet dragen. Menig collega-bedrijfsrevisor zag in het verleden af van gerechtelijke expertises om reden van dit risico en opteerden op te treden voor een partij. Zo ging voor gerechtelijke expertises veel ervaring verloren.

Het systeem is dus gebaseerd op de betaling van voorschotten. De rechter bepaalt de hoogte ervan. De praktijk geeft aan dat het gevraagde bedrag soms heel laag is. 1.200 euro als voorschot vormt geen uitzondering, BTW inbegrepen of dikwijls ook niet gedefinieerd wat neerkomt op een voorschot waar als BTW-plichtige de BTW moet worden uitgehaald en bestanddeel vormt van de te betalen BTW over de periode waarin het voorschot aan de gerechtsdeskundige is overgemaakt.

Voor financiële expertises komt dit dikwijls overeen met het bijeenroepen van de installatievergadering en het doornemen van de verkregen informatiebundels als voorbereiding op die vergadering. Dan is “het geld op”. Met als gevolg een nieuwe aanvraag aan de rechtbank die moet beslissen over een nieuw voorschot, briefwisseling met partijen, eventuele oproeping, enz. Voor ieder veel tijdverlies en voor de betalende partij veel geldverspilling.

Een heel laag voorschot geeft ook een verkeerd signaal naar partijen die minder vertrouwd zijn met expertises, zoals bijvoorbeeld de aanduiding door de rechtbank van eerste aanleg of vrederechter in geval van echtscheidingen om de financiële draagkracht van de ex-echtgenoten te berekenen (basis voor de bepaling van de hoogte van onderhoudsgeld) of om de waarde van de handelszaak of het kantoor van een der echtgenoten te bepalen (bij verdeling van de huwelijksgemeenschap). Een te laag voorschot geeft psychologisch het gevoel aan dat de eindrekening wel zal meevallen.

155. Het is dan ook zaak dat de gerechtsdeskundige terzake reeds bij de installatievergadering een gedetailleerde inschatting geeft van de uit te voeren werkzaamheden, het tijdsaspect eraan gekoppeld en een (voorlopige) begroting geeft van de mogelijk te verwachten ereloonstaat, op te maken en mee te geven met het eindverslag. Wij hebben ook geleerd de partijen tijdig op de hoogte te stellen wanneer de raming substantieel te laag blijkt te zijn en dit ook te motiveren. De tijdige aanvraag aan de rechter van een nieuw, voldoende voorschot is dan ook een absolute must voor de dekking van voornoemde financiële risico's.

156. Blijft de netelige vraag: wat als de rechter niet volgt? Omdat hij ofwel niet akkoord gaat met het nieuwe voorschot (meestal op aangeven en verantwoording van een der partijen), ofwel omdat hij niet opvolgt? Tweede vraag, gelukkig in deze problematiek de meest voorkomende: de rechter staat het voorschot toe, maar de partij wacht met

betalen of betaalt uiteindelijk helemaal niet. Kunnen in dit geval de werkzaamheden worden opgeschort?

Opschorting kan juist voordelig zijn voor een partij die er belang bij heeft de zaak op de lange baan te schuiven om zo haar tegenpartij te ontmoedigen verder te procederen. Het is dan ook de financieel zwakste partij die hier aan het kortste eind trekt en dikwijls tot een compromis moet komen waarbij “verzoening” een wrange nasmaak heeft. Niet altijd gunstig voor het imago van ons rechtsbestel.

De strikte naleving van de schriftelijk te voeren tegensprekelijke communicaties, de bewaking van de rechten van alle partijen door onder meer te zoeken naar een vergaertijdstip waarop ieder die dat wenst, aanwezig kan zijn, de noodzaak bijkomende voorschotten te vragen, de noodzaak bijkomend uitstel te vragen met dikwijls bijkomende verplaatsingen naar de rechtbank voor wat de twee laatstgenoemden betreft, het feit dat sommige rechters er nog steeds op staan dat het de deskundige zelf is die alle onderzoekswerk moet doen, gebakkelei over inhoud van opdracht, enz. zijn allen zeer tijdrovend en brengen voor de partijen weinig of geen meerwaarde; zij zorgen wel voor een steeds oplopende ereloonstaat.

Die ereloonstaat wordt meegestuurd met het eindverslag. Het laat de partij die veroordeeld is de expertisekosten voor te schieten, toe om te wachten tot na de voltooiing van de expertise om bezwaren te uiten op de hoogte van de kosten; het valt niet te miskennen dat eventuele betwistingen recht evenredig staan met de ontevredenheid van de partij over de conclusies in het eindverslag.

3.12. INFORMATIE OVER HET GEVOLG DAT RECHTBANK EN PARTIJEN GEVEN AAN DE CONCLUSIES VAN HET DESKUNDIGENVERSLAG

157. Na een opdracht geldt het parool: We horen er niets meer van. Het zal wel goed geweest zijn. Een menselijke houding, maar ze brengt weinig bij tot de kwaliteit van volgende gerechtelijke expertises.

158. Artikel 983 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de griffie bij gewone brief een afschrift van het eindvonnis aan de deskundige zendt. In de praktijk gebeurt dit niet systematisch.

Mochten de gerechtsdeskundigen systematisch op de hoogte worden gehouden over het verdere verloop van de procesvoering, te beginnen met de uitspraak van de rechter die hem heeft aangeduid en vooral de motivering om de deskundige te volgen, dan wel hem niet te volgen, dan zou deze informatie ontegensprekelijk bijdragen tot de kwaliteit van zijn volgende opdrachten. Vooral bij het aantekenen van beroep tegen de uitspraak zou hij conclusies kunnen trekken uit de motivering hiertoe. De uitspraak in beroep over dezelfde case en de motivering ervan vormen een bijkomende informatiebron waaruit de deskundige conclusies kan trekken.

159. Waarom geen georganiseerde openbaarheid geven aan het gevolg van een deskundigenonderzoek? Wij menen dat hier een taak is weggelegd voor de academische wereld. Zo zou voor bepaalde opdrachten in financiële expertises kunnen worden onderzocht wat de weerhouden criteria en waarderingsmethoden zijn bij het waarderen van niet op de beurs genoteerde aandelen in het kader van bijvoorbeeld gedwongen verkoop. Men zou te weten komen welke methoden of parameters op brede schaal leiden tot betwistingen, enz. De veralgemening van die informatie zou zowel voor partijen als voor deskundigen ook heel nuttig kunnen zijn bij de vraag of al dan niet moet worden ingegaan op een verzoeningspoging en -voorstel van de deskundige.

3.13. GERECHTSDESKUNDIGE-BEDRIJFSREVISOR: MEESTAL GEEN JURIST; WEL STEEDS SPECIALIST EN IN DE EERSTE PLAATS RAADGEVER VAN DE RECHTER DIE HEM AANSTELT

160. Steeds meer luidt de vraag naar een erkende specialisatie van gerechtsdeskundigen. De gerechtsdeskundige zou kunnen opgenomen worden in een nationaal register nadat hij bewezen heeft de nodige opleiding te hebben genoten. Er wordt ook gepleit voor een Instituut van Gerechtsdeskundigen (*cf. supra*, nr. 78 en nrs. 87-90).

Deze opleiding zou zich dan voornamelijk richten tot de juridische aspecten die belangrijk zijn bij de uitvoering van de expertisewerkzaamheden. Voor de erkende beroepen hoeft verdere opleiding niet, tot zover uiteraard de gerechtsdeskundige zich houdt aan het aanvaarden van opdrachten welke tot zijn specialisatie horen. Zo zal bijvoorbeeld een bedrijfsrevisor wel de waardering aanvaarden van aandelen van een houdstermaatschappij met veel onroerend goed, maar zal hij zich niet wagen aan de waardering van het onroerend bezit van de vennootschap.

161. Zoals reeds gesteld, is de gerechtsdeskundige in de eerste plaats raadgever van de rechter die hem aanstelt. Daarbij is de vraagstelling (de opdracht) cruciaal. De gerechtsdeskundige zal dan ook erover waken dat hij een antwoord biedt op de gestelde vragen; deze kunnen door partijen soms in een bepaalde richting worden "bewerkt". Een ervaren deskundige zal zich dan ook hoeden voor het herformuleren van de gestelde vragen.

162. De gerechtsdeskundige mag zich ook niet in de plaats stellen van de rechter: sommige vragen tot uitbreiding van de conclusies zijn erop gericht de rechter proberen te beïnvloeden op betwistingen die wel het voorwerp uitmaken van de lopende procedure, maar niet opgenomen zijn in de geschreven opdracht van de rechter. In die context komt het voor dat sommige advocaten de gerechtsdeskundige stellingen willen doen innemen van juridische aard. Dit aan de gerechtsdeskundige gevraagde juridisch denkwerk houdt gevaren in: hij dreigt zijn bevoegdheden te buiten te gaan; hij kan zondigen aan het feit dat hij werkzaamheden verricht en stellingen inneemt die niet tot zijn specialisatie domein behoren, wat dan ook weer een inbreuk inhoudt van zijn deontologie.

3.14. KLEIN BELGIË, GROOT IN RECHTERLIJKE TEGENSTRIJDIGHEID

163. Bedrijfsmiddens hebben het bijzonder moeilijk met de vaststelling dat een zelfde betwisting of juridische stellingname dikwijls een andere uitspraak geeft, al naargelang de rechtbank en zelfs naargelang de rechter van dezelfde rechtbank die rechtspraak doet. Dit geeft een gevoel van rechtsonzekerheid en van ongelijke behandeling. Weeral niet bevorderend voor het algemeen beeld van ons rechtsbestel, niet in het minst in het buitenland.

In een tijdperk waarin economische wetmatigheden en standaarden zelfs intercontinentaal steeds minder grenzen kennen blijven de rechtbanken georganiseerd in rechtsgebieden gemeten op een dagreis in het Napoleontische Tijdperk. Die grenzen vertalen zich dus nog steeds in een verschillende behandeling en uitspraken naargelang de maatschappelijke zetel van een vennootschap of de woonplaats van partijen.

164. Ook op dit niveau zou het goed zijn een databank te maken van uitspraken op Belgisch niveau over een zelfde thema/betwisting en over de motiveringen ervan. In het kader van openbaarheid van bestuur mag dit gerust voor iedereen toegankelijk zijn. Dit zal ontegensprekelijk de eenheid van gerechtelijke besluitvorming bevorderen, ook in eerste aanleg. Dit houdt geen beknotting in van de beslissingssouvereiniteit van de rechter; de openbaarheid zal hem er alleen toe aanzetten zich zo nodig nog sterker te motiveren bij een besluitvorming die afwijkt van die van de meerderheid van zijn collega's. Dergelijke openbaarheid kan de kwaliteit van onze rechtspleging alleen maar ten goede komen.

Ook voor de gerechtsdeskundige is dit van belang. Wie van de collega's gerechtsdeskundigen durft beweren niet te kijken naar wie hem heeft benoemd om dan te bepalen hoe hij de expertise zal aanpakken?

3.15. BESLUIT

165. Procesvoerende partijen willen een correcte juridische afhandeling van hun (financiële) geschillen waar ze onderling zelf niet zijn uitgeraakt. In een ontwikkelde rechtstaat is dit een fundamenteel recht. Zij verwachten dan ook een snelle en betaalbare uitspraak die alsnog als billijk wordt ervaren op basis van een professioneel gefundeerd advies van een gekwalificeerd specialist. In financiële en accountancy materies dikwijls een bedrijfsrevisor optredend als gerechtsdeskundige.

166. Voor het Instituut van de Bedrijfsrevisoren is hier een belangrijke taak weggelegd. Zo kan worden gedacht aan de redactie van specifieke normen voor gerechtelijke expertises waardoor het vereiste kwaliteitsniveau kan worden getoetst aan het geleverde expertiseverslag. Op dit niveau kunnen ook typische problemen onder beroepsbeoefenaars worden geregeld zoals het verlenen van inzage van het werk- of controledossier met de daarmee samenhangende problematiek van het beroepsgeheim.

Zo kan de gerechtelijke expertise uitgroeien tot een belangrijk specialisatiedomein dat professioneel inspeelt op de verwachtingen van de proces voerende partijen en dan ook bijdraagt tot de inlossing van de ontegensprekelijke expectation gap die thans op dit domein algemeen heerst. Een permanente zorg voor voornoemd Instituut en zijn leden.

PARTIE 2

MEDIATION

Contributions de :

Eric MATHAY

Réviseur d'entreprises, membre du Conseil de l'IRE, médiateur agréé

&

Stéphanie QUINTART

Conseiller IRE, médiateur

Patrick VAN LEYNSEELE

Avocat au Barreau de Bruxelles, médiateur agréé

Louise-Marie HENRION

Présidente, Tribunal de Commerce de Namur

CHAPITRE 1^{ER}

LA MEDIATION EN QUELQUES MOTS

Eric MATHAY

Réviseur d'entreprises, membre du Conseil de l'IRE, médiateur agréé

&

Stéphanie QUINTART

Conseiller IRE, médiateur

1.1. INTRODUCTION

1.1.1. Généralités

167. La médiation est un processus volontaire de règlement des conflits. Il s'agit d'une alternative à la procédure judiciaire, parfois très ou trop longue et souvent coûteuse.

168. La médiation a été, par la loi du 21 février 2005 ⁽¹⁾, consacrée comme outil de résolution des conflits. Cette loi l'a dotée d'un cadre juridique et l'a introduite dans le Code judiciaire. Il n'existe pas de définition légale de la médiation mais elle peut se définir comme suit :

« Un processus volontaire et confidentiel de gestion et de résolution des conflits par lequel les parties recourent à un tiers neutre, impartial et indépendant, le médiateur, qui les aide à trouver elles-mêmes une solution créative qui soit durable, dans le respect de leurs besoins respectifs et tenant compte des intérêts et de l'environnement de chacune d'elle. »

169. Le médiateur agréé est un professionnel formé aux outils de communication, de gestion des émotions et de négociation intégrative et distributive. Concrètement, le médiateur :

- n'émet aucune opinion a priori : il ne va ni juger, ni même donner son avis ;
- suscite le dialogue, la réflexion avec et entre les parties et leurs conseils ;
- encourage l'écoute mutuelle ;
- aide les interlocuteurs à trouver la créativité nécessaire pour régler la crise/le problème/le différend qu'ils traversent ;
- ne propose pas de solutions ; et
- est tenu à la confidentialité et au secret professionnel et est soumis à un code de déontologie.

170. Il existe trois types de médiations :

- la *médiation judiciaire* : le juge ordonne d'office la médiation au cours d'une procédure ;
- la *médiation volontaire* : les parties (et non le juge) décident de faire appel à un médiateur agréé pour résoudre leur conflit ; et
- la *médiation dite libre* : les parties décident de faire appel à un médiateur, agréé ou non.

171. Seules la médiation judiciaire et la médiation volontaire sont prévues par le Code judiciaire, ce qui a pour conséquence que les parties, dans ces cas, doivent faire appel à un médiateur *agréé* par la Commission fédérale de médiation.

⁽¹⁾ Loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, *M.B.*, 22 mars 2005. Cette loi insère une septième partie intitulée « La médiation » dans le Code judiciaire (articles 1724 à 1737).

172. Lorsque les parties font appel à un médiateur agréé, l'accord dégagé, qui sera signé par les parties et le médiateur, pourra faire l'objet d'une homologation par un tribunal. L'homologation signifie que le juge, après avoir vérifié qu'il n'est pas contraire à l'ordre public ou aux intérêts des enfants mineurs, prend acte de l'accord de médiation des parties, qui devient authentique. C'est à dire qu'il a la même force qu'un jugement. Cette homologation est automatique, sans examen du fond par le juge. L'accord ainsi homologué aura la même force qu'un jugement. Si l'une des parties ne respecte pas ses engagements, l'autre partie pourra en demander l'exécution forcée.

1.1.2. Les avantages de la médiation par rapport à une procédure classique

173. La médiation présente de nombreux avantages :

- *La rapidité* : en général une médiation permet d'aboutir dans un délai de deux mois, sans commune mesure avec les délais des tribunaux. Une seule séance peut parfois suffire.
- *La confidentialité* : aucun tiers (concurrent, banquier, administration, autre client, etc.) n'aura connaissance du conflit et de son traitement ce qui n'est pas le cas au tribunal. La confidentialité s'applique tant aux parties qu'au médiateur (soumis à l'art. 458 C. pén.)
- *Le coût maîtrisable* : les tarifs du médiateur sont connus d'avance par les parties et sont répartis en principe à parts égales entre les parties, sauf accord contraire de celles-ci. Ils sont dans tous les cas inférieurs au seul coût direct d'un « bon procès ».
- *La maîtrise du processus* : ce sont les parties qui construisent avec le médiateur la solution à leur conflit, qui vont chercher une sortie « gagnant-gagnant ». Donc les parties restent toujours maître de leurs engagements, alors qu'au tribunal elles s'en remettent à la décision du juge, et sont exposées aux aléas judiciaires. De plus, personne ne peut être forcé à entamer une médiation. Et si aucun accord n'est trouvé, elle peut être interrompue à tout moment.
- *La souplesse du processus* : les parties disposent d'une grande liberté, par exemple celle d'élargir le périmètre de leurs débats, si cela facilite la construction d'une solution satisfaisante pour elles. Le processus permet donc l'élaboration de solutions créatives qui ne sont pas limitées à des aspects juridiques ou techniques.
- *La capacité à traiter des affaires complexes* : la médiation est la méthode idéale pour traiter des conflits complexes ou pour lesquels la justice aura plus de difficultés à trouver une solution. En effet, la médiation permet d'aborder l'entière du conflit aussi bien dans ses aspects économiques, relationnels, psychologiques et sociaux au-delà du litige strictement juridique qui bien souvent ne traduit pas la véritable origine du conflit.
- *La préservation de la relation* : la mise au point d'un accord satisfaisant pour les parties et la rapidité du processus permettent de poursuivre une relation d'affaires entre les parties en litige, qui peut être vitale pour l'une ou l'autre des parties. En effet, l'objectif premier est de rétablir le dialogue et la confiance entre les parties et la relation à long terme, et, le cas échéant d'arriver à un accord.

On l'aura compris, l'intérêt de la médiation est de permettre aux personnes de se réapproprier leur conflit, d'en devenir des acteurs responsables et de permettre de nouer ou de renouer un lien social entre des parties en conflit tout en préservant l'avenir si elles sont amenées à continuer à entretenir des relations, qu'elles soient de nature commerciale, familiales, de voisinage, etc.

Ces avantages poussent ainsi de plus en plus d'entreprises qui en ont connaissance à recourir à ce mode alternatif de résolution des conflits en insérant une clause de médiation dans les contrats qu'elles signent.

Par ailleurs, les statistiques montrent que 80% des médiations entamées aboutissent à un accord.

1.2. LE RÔLE DE L'AVOCAT, DU JUGE ET DU REVISEUR D'ENTREPRISES DANS LE CADRE DE LA MÉDIATION

62

LA MÉDIATION EN QUELQUES MOTS

174. Si l'intervention d'un avocat ou d'un juge en matière de médiation paraît assez évidente, le rôle du réviseur d'entreprises peut sembler de prime abord moins clair.

175. En effet, l'avocat consulté par un client peut proposer de résoudre le conflit en cours en ayant recours à une médiation. Il peut dans ce cadre prendre le rôle du conseiller en médiation. L'avocat peut également être lui-même médiateur agréé et consulté en tant que tel par des parties.

176. Dans le cadre de la loi de 2005, le juge peut ordonner une médiation à la demande des parties ou de sa propre initiative avec leurs accords (art. 1734 C. jud.) et ce, à tout moment, tant que la cause n'est pas prise en délibéré.

177. Le réviseur d'entreprises a, quant à lui, également un rôle important à jouer en matière de médiation. En effet, en tant qu'interlocuteur privilégié de l'entreprise, il est souvent une personne de confiance qui est la première informée des conflits à naître ou naissant au sein de l'entreprise, que ce soit entre actionnaires/ associés, ou avec des tiers, clients ou fournisseurs.

Par ailleurs, le réviseur d'entreprises est régulièrement désigné par les cours et tribunaux en qualité d'expert judiciaire dans un litige. Sa mission comporte toujours un volet portant sur la conciliation des parties. Bien que la conciliation diffère de la médiation, la plupart des outils de la médiation peuvent se révéler très utiles pour mener à bien une conciliation. C'est donc un atout important pour la justice de désigner des experts judiciaires qui sont aussi médiateurs agréés. L'espoir de voir le litige se terminer par une conciliation est bien plus élevé.

Si dans ces différentes facettes, le réviseur d'entreprises n'est peut-être pas encore systématiquement consulté en qualité de médiateur, il est cependant souvent le mieux placé pour permettre aux dirigeants ou aux associés de réfléchir autrement sur la gestion des conflits en cours et sur les types de solutions possibles à y apporter (de la négociation au tribunal). En ce sens, le rôle du réviseur d'entreprises est de faire connaître les perspectives qu'ouvrent les processus alternatifs à la procédure judiciaire.

1.3. LES ETAPES DE LA MEDIATION

178. Il s'agit ici de présenter une sorte de feuille de route, de mode d'emploi, à destination des potentiels usagers futurs de la médiation. Cette feuille de route reprend, d'une part, les étapes préalables au choix d'un mode de résolution de conflit (tableau 1) et, d'autre part, les étapes d'une médiation (tableau 2).

179. En effet, le recours à la médiation pour gérer un conflit dépend de multiples paramètres, à savoir pour commencer la connaissance que les parties en conflit ont du processus de médiation, ainsi que celle que l'avocat, vers lequel souvent elles se dirigent dans un premier temps, en a. Bien que l'on puisse penser que l'état du conflit et de la relation entre les parties puisse influencer la décision, il est utile de constater que le recours à la médiation peut être fait quel que soit la phase (judiciaire ou non) où se trouve le conflit, tant que les parties se mettent d'accord (le cas échéant, avec l'appui de leurs avocats) sur le recours à celle-ci. La médiation peut être entamée à tout moment, indépendamment de toute autre procédure.

180. La médiation peut aussi s'exercer dans tous les domaines, que ce soit en matière familiale, sociale, civile, commerciale ou encore scolaire, professionnelle. Partout où des personnes ou des groupes sont en rupture de communication, la médiation peut être une aide.

181. Pour concrétiser les tableaux ci-dessous, imaginons un cas qui peut concerner à la fois les réviseurs d'entreprises ou les avocats mais aussi tout entrepreneur qui crée une société avec un associé :

Deux associés (Marc et Julien) sont associés depuis 10 ans. Ils ont fait leurs études ensemble et ont décidé par la suite de créer une société ensemble. Leur entreprise fonctionne bien, ils ont développé une clientèle qui les satisfait, se sont entourés de collaborateurs et se réunissent régulièrement pour prendre les décisions importantes. Ils sont arrivés il y a un an à un moment clé : les évolutions internationales et nationales les poussent à rechercher des collaborations avec d'autres entreprises voire à fusionner avec d'autres sociétés mais Marc est un indépendant convaincu qui ne veut pas entendre parler d'autres associés alors que Julien parle déjà depuis longtemps d'agrandir la structure. Julien a pris des contacts avec une société en particulier et a entamé des démarches de plus en plus précises, sans en parler à Marc qui finit par l'apprendre indirectement. Depuis lors, ils ne se parlent plus. Marc souhaite se séparer et Julien s'y oppose. Ils sont arrivés à une situation de blocage.

Tableau 1 : Les différents modes de résolution de conflit : choix et comparaison

	Parties	Avocat *	Médiateur	Arbitre	Juge
1. Genèse du conflit	Les parties étaient d'accord et s'entendaient bien jusqu'au jour où...				
2. Choix d'un avocat	Le plus souvent les parties se tournent vers un avocat. Plus rarement directement vers un médiateur.	L'avocat analyse avec la partie quelle est la meilleure solution pour gérer le conflit : négociation, conciliation, médiation, mini-trial, arbitrage, ou, le cas échéant, les tribunaux			
3. Choix du processus utilisé pour gérer le conflit: comparaison de trois possibilités					
Rôle			Le médiateur est un tiers impartial qui rétablit le dialogue, facilite la communication. Il ne décide pas (aide). Il analyse les faits et explore les intérêts. Le médiateur est choisi.	L'arbitre décide, statue, tranche et départage les parties. Il dit le droit. L'arbitre est choisi.	Le juge décide, statue, tranche et départage les parties. Il dit le droit. Le juge n'est pas choisi.
Type de processus			INFORMEL COURT Coût maîtrisable Procédure maîtrisable	FORMEL +/- LONG. +/- CHER (peu maîtrisable) Procédure pas maîtrisable	FORMEL LONG Coûts pas maîtrisables Procédure pas maîtrisable
Type de solution			Créativité, imagination CONFIDENTIEL	Solution juridique PRIVE CONFIDENTIEL	Solution juridique PUBLIC
Type de décision			Résultat par rapport aux intérêts	Décision sur positions	Décision sur positions
Temporalité des débats			(Le Passé) Le Futur	Le Passé	Le Passé
Résultat pour les parties			Gagnant/ gagnant	Gagnant/ Perdant Perdant/Perdant	Gagnant/ Perdant Perdant/Perdant

	Parties	Avocat *	Médiateur	Arbitre	Juge
Etat de la relation après le processus			Relation présente	Relation compromise	Relation compromise
Voies de recours et d'exécution			Solution consentie Exécution consentie	Sans appel Exécution forcée de la décision	Voies de recours Exécution forcée de la décision

Tableau 2 : Le choix de la médiation

Le tableau ci-dessous par du principe que les parties en conflit ont choisi de recourir à la médiation pour trouver une solution à leur conflit et que l'avocat consulté est formé à la médiation ou, en tout cas, encourage la médiation ou tout autre mode alternatif de résolution de conflits comme préalable au procès.

L'objectif est de décrire les différentes étapes importantes avant, pendant et après une médiation et le rôle des différents intervenants à chaque étape, à savoir les parties, leurs avocats ou conseils, le médiateur et le juge. Le déroulement de la médiation en tant que telle sera décrit dans un chapitre suivant.

	Parties	Avocat *	Médiateur	Juge
Envoi en médiation	En cas de médiation volontaire : décidé par les parties, le cas échéant, sur recommandation de leur avocat	L'avocat peut convaincre une partie et son confrère de la partie adverse d'aller en médiation ou, si une procédure judiciaire est entamée, il peut demander au juge d'envoyer les parties en médiation (dès la requête d'introduction du procès)		Le juge peut également d'initiative (mais avec l'accord des parties) ordonner une médiation (art. 1734 C. jud., jugement ordonnant une médiation) : il s'agit d'une médiation judiciaire
Choix du médiateur	Décidé par les parties (médiation volontaire ou judiciaire)	Le cas échéant, proposé par l'avocat	En cas de médiation judiciaire, acceptation formelle de la mission par courrier	En cas de médiation judiciaire, le juge laisse les parties choisir leur médiateur
Premier entretien d'information / Protocole de médiation	Les parties se rendent ensemble ou séparément chez le médiateur choisi pour un premier contact	Les avocats peuvent être présents	Le médiateur convoque les parties ensemble ou séparément et leur explique le processus de la médiation et « les règles du jeu » (volonté, bonne foi, respect, confidentialité, honoraires et frais, suspension des procédures judiciaires). Il leur communique le protocole de médiation qui résume ces principales règles	

	Parties	Avocat *	Médiateur	Juge
Déroulement de la médiation (processus confidentiel)	Les parties assistent à toutes les réunions de médiation	Les avocats peuvent assister à tout ou partie des réunions de médiation	Le médiateur suit un processus allant de la récolte des informations (après avoir accepté le cadre de fonctionnement de la médiation, les parties exposent chacune leur situation), à la négociation (après avoir dressé l'inventaire des questions à régler, les parties recherchent et ébauchent, avec le médiateur, les meilleures solutions possibles aux différends qui les opposent). Ces étapes seront développées de manière plus approfondie dans le chapitre suivant.	
Fin de la médiation volontaire	La médiation prend fin quand les parties se sont mises d'accord sur une solution. Les parties sont libres de mettre fin à la médiation à tout moment, sans que cela puisse leur être préjudiciable.		Le médiateur peut également mettre fin à la médiation (si médiation à des fins inopportunes ou inappropriées ; comportement (d'une) des parties incompatibles avec le bon déroulement de la médiation ; la médiation n'a plus de raison d'être).	
Accord de médiation	Les parties rédigent l'accord ou font appel à leur avocat ou demandent au médiateur de le rédiger.	Le cas échéant, les avocats aident les parties à rédiger l'accord qui leur convient.	Après avoir vérifié les implications juridiques, fiscales, financières, personnelles de leurs décisions respectives, l'accord est rédigé par le médiateur ou par les conseils. Ce sera l'aboutissement du processus. Le médiateur signe l'accord de médiation.	

	Parties	Avocat *	Médiateur	Juge
Homologation	Les parties peuvent demander au tribunal l'homologation de leur accord (requête à laquelle est jointe l'accord de médiation et le protocole de médiation).	Le cas échéant, les avocats aident les parties à rédiger la requête qui sera signée par une partie ou les deux.		Le juge ne peut refuser l'homologation de l'accord des parties que s'il est contraire à l'ordre public ou à l'intérêt des enfants mineurs. Ce jugement d'homologation d'un accord de médiation (art. 1733 C. jud) n'est pas susceptible d'appel
Fin de la médiation judiciaire			Le médiateur mentionne par écrit le fait que les parties sont ou non arrivées à un accord (pas de mention des raisons)	

CHAPITRE 2

LE PROCESSUS DE MEDIATION : UN EXEMPLE D'EXPOSE D'ENTAME DU MEDIATEUR

Patrick VAN LEYNSEELE

Avocat au Barreau de Bruxelles, médiateur agréé

2.1. INTRODUCTION

182. Plutôt que de décrire le processus de médiation en termes théoriques, il m'a semblé utile de transcrire le « laïus » que je fais lorsque j'entame une médiation. Les termes utilisés correspondent peu ou prou à ceux que j'utilise réellement lorsque, après avoir fait assoir les personnes qui participent à la médiation autour de la table (à la place que je leur indique) j'entame le processus.

183. Je rappellerai uniquement que le but, à ce stade initial de la médiation, est pluriel :

- veiller à ce que les présentations soient faites et que tous les participants se connaissent ;
- rappeler les règles essentielles de la médiation ;
- fixer le cadre du processus tel que je l'envisage ;
- proposer et faire accepter par les parties des règles de communication, ce qui me permettra de m'y référer lorsqu'elles seront enfreintes (car elles le seront!) ;
- mettre l'accent sur la confidentialité, sur son importance et sur ses différents aspects ;
- répondre aux interrogations des parties quant au processus proprement dit ; et surtout
- générer la confiance en ma personne et en mes capacités, en tant que médiateur, de les aider à trouver une bonne solution pour résoudre le conflit une bonne fois pour toutes.

184. Je rappelle que le texte qui suit est une explication qui est donnée en présence des parties et de leurs avocats après ce que j'appelle les étapes préliminaires de la médiation, c'est-à-dire après :

- que les parties aient fait choix de la médiation ;
- qu'elles se soient mises d'accord sur la personne du médiateur ;
- que le médiateur ait pu vérifier qu'il peut accepter la mission sans risque de conflit d'intérêts ;
- que le médiateur, les parties et leurs avocats aient pu s'entendre sur les aspects organisationnels: date et lieu de la réunion de médiation, langues utilisées, etc.
- que les parties aient eu l'occasion de prendre connaissance et de faire leurs commentaires quant au texte du protocole de médiation établi par le médiateur ; et
- que les parties accompagnées de leurs avocats se retrouvent au lieu de rendez-vous pour entamer la médiation.

185. L'expérience enseigne que le plus grand obstacle à la mise en place d'une médiation est l'appréhension des parties (et de leurs avocats) devant le choix de la médiation : sur quoi cela débouche-t-il ? Que cela va-t-il coûter ? Quels risques y a-t-il ? Est-ce faire preuve de faiblesse que d'en proposer, voire d'en accepter le principe ? « Pourquoi recourir à la médiation alors que je suis certain qu'un tribunal me donnera raison ? », etc.

Tant d'idées préconçues existent. *Onbekend is onbemind...*

Il y a encore tellement à faire pour expliquer et faire comprendre la médiation en tant que mode de règlement des conflits ; pour faire comprendre qu'il n'y a guère de risque à tenter une médiation, hormis une perte de temps et d'un peu d'honoraires si le processus

ne débouche pas sur une solution (j'insiste sur le fait que, statistiquement, trois fois sur quatre une solution est trouvée).

186. La pratique enseigne que tous ceux qui ont vécu une médiation, même si celle-ci n'a en définitive pas débouché sur une solution, en comprennent l'utilité. Il y a une dynamique spécifique à la médiation. Elle tient à l'intervention d'un tiers neutre et indépendant, qui permet la recherche de solutions constructives, le cas échéant totalement différentes de celles que le droit ou le Code civil prescrirait si leurs règles devaient être appliquées au litige. Le droit impose une solution unique qui doit en principe être appliquée sans nuance et sans arrière-pensée par le juge. La négociation et la médiation permettent, par contre, d'étendre le champ des recherches de solutions dans un cadre qui n'est limité que par l'imagination et la créativité des parties, en fonction de leurs besoins et de leurs intérêts plutôt qu'en fonction de leurs droits et obligations. Une médiation n'est pas, par essence, un processus juridique ; même si, certes, le droit n'en est pas totalement absent.

Voilà ce qu'il convient de comprendre !

187. J'ajoute à cela que mon attitude non-verbale, ma façon de regarder les parties pour tenter d'entrer en contact avec elle, le ton de ma voix, mon positionnement, etc. auront tous de l'importance. Je dois absolument, à l'occasion de ce « laïus » d'introduction générer la confiance. À ce stade, les parties (et souvent également leurs avocats) ne me connaissent que de réputation. Elles ont un a priori favorable puisqu'elles m'ont désigné, mais ce n'est qu'un a priori. Elles devront encore être convaincues du processus et de mes capacités à le mener à bien en tenant compte de leurs positions, de leurs aspirations, de leurs intérêts, de leurs besoins et... de leurs droits et obligations.

188. Cette « étape numéro 1 » que je transcris ci-après est un premier pas, important, pour instaurer un climat de confiance indispensable qui soit propice aux discussions.

189. Alors, voilà comment, pratiquement je m'y prends pour « installer » une médiation lorsque les parties se retrouvent autour de la table :

*« Mesdames, Messieurs, Mes chers confrères,
Avant toute chose, en vous accueillant ici, je tiens à vous remercier pour la confiance dont vous me témoignez en m'ayant nommé comme médiateur. Ces remerciements s'adressent à la fois aux parties et aux avocats. Si nous sommes réunis autour de cette table, c'est que vous m'accordez une certaine confiance - au minimum le bénéfice du doute - quant au fait que je vais pouvoir vous aider à tenter de résoudre le différend qui vous oppose.*

Pour commencer, je vous parlerai dans un instant de la médiation et de la manière dont je vous propose de procéder. Mais avant cela, je vais m'assurer de quelques points : »

2.2. PRESENTATIONS - POUVOIR DES PARTICIPANTS

190. *« Je pars du principe - mais je voudrais le vérifier - que les personnes qui sont réunies ici se connaissent ou, au moins, qu'elles savent qui sont les autres. Si tel ne devait pas être le cas, comme nous allons sans doute passer quelques heures ensemble, je souhaite m'assurer que chacun comprend exactement qui sont ses interlocuteurs. Les parties se connaissent sans doute déjà depuis longtemps ; les avocats se connaissent peut-être entre eux mais ne connaissent sans doute pas les clients qui sont assis de l'autre côté de la table. Quant à moi, je ne connais personne et je n'ai eu jusqu'à présent que des contacts avec les avocats. Je dois donc apprendre à vous connaître.*

72

LE PROCESSUS DE MEDIATION : UN EXEMPLE D'EXPOSE D'ENTAME DU MEDIATEUR

Permettez-moi donc de demander à chacun d'entre vous de se présenter en indiquant quelles sont les fonctions qu'il occupe au sein de l'entreprise qu'il représente et quels sont ses pouvoirs de décision. Je tiens également à m'assurer que les personnes présentes ont une connaissance suffisante de l'historique du dossier et de ses aspects techniques et juridiques.

Je vous rappelle également que, lors des contacts préliminaires que j'ai eus avec vos avocats, j'ai insisté sur le fait que les personnes présentes doivent être en mesure de prendre des décisions liant les parties, quelle que soit la nature des accords qui pourraient être dégagés à l'occasion de nos discussions. Je ne tiens pas, en effet, à ce que au terme des discussions que nous mènerons, les personnes présentes autour de la table, m'indiquent que la solution dégagée leur paraît acceptable mais qu'elles doivent maintenant s'en référer à leur hiérarchie pour obtenir l'autorisation de procéder de la sorte. Si une décision dépend d'une autorité hiérarchique, c'est l'autorité hiérarchique que je souhaite avoir dans la pièce. Si nous y mettons tous de la bonne volonté, un accord pourra être construit par nous tous, accord dont nous maîtriserons les tenants et aboutissants, les raisons d'être et dont nous comprendrons en quoi il satisfait suffisamment les intérêts et les besoins de chacune des parties. Je ne tiens pas à ce que cette compréhension risque de se perdre si l'accord doit être en quelque sorte sanctifié par une personne qui n'a pas assisté à l'ensemble de ces discussions et qui, pour cette raison, ne pourra pas en appréhender aussi bien que nous toutes les dimensions.

Sommes-nous bien d'accord ? Chacun d'entre vous dispose-t-il de pouvoirs nécessaires à cet effet ? Même si, quelle qu'en soit la forme, l'accord ne débouche pas sur une transaction au sens juridique du terme mais bien sur un nouvel accord, un nouveau contrat, une nouvelle collaboration ou que sais-je encore ? »

191. Suit un tour de table de pure présentation de chacun des participants me permettant en général de commencer à cerner les personnalités, la manière de s'exprimer de chacun, si les personnes se sentent « à l'aise » ou non, les liens hiérarchiques entre elles, etc.

Au terme de ce tour de table, je les remercie et poursuis :

2.3. QUE PEUT-ON ATTENDRE DE LA MEDIATION? – LE PROCESSUS

192. *« Avant d'aborder le fond du problème, permettez-moi de fixer le cadre des discussions. Ce que j'ai à vous dire à ce stade n'a sans doute rien de très nouveau pour vous – vous avez dû en parler abondamment avec vos avocats avant de décider de recourir à la médiation – mais je souhaite vous donner ma vision de ce qu'il est possible de faire et comment nous allons nous y prendre. Je souhaite également m'assurer que nous sommes tous à ce sujet « sur la même longueur d'onde » ; que nous avons la même compréhension et les mêmes attentes quant au processus proprement dit. N'hésitez pas, je vous prie, à m'interrompre si ce que je vous dis nécessite des explications ou des clarifications.*

Je rappellerai tout d'abord que la médiation est un processus volontaire d'un bout à l'autre. Il n'y a de médiation que si celle-ci est acceptée par toutes les parties ; la médiation ne peut se poursuivre que tant que les parties acceptent de le faire ; il n'y aura d'accord au terme de la médiation que si toutes les parties y souscrivent.

Rien dans ce processus n'est obligatoire. Tout dépend donc de vos volontés mutuelles pour entamer le processus (à ce stade, celle-ci existe puisque vous êtes là) et pour le mener à bien en élaborant et en signant un accord qui mettra fin au différend.

Cela implique aussi que rien ne vous oblige à poursuivre le processus. Si, à quelque moment que ce soit, l'une des parties « n'y croit plus » elle peut y mettre fin sans même à avoir en donner les raisons. La médiation sera terminée et les parties se retrouveront exactement dans la même position que celle qui est la leur en ce moment ; chacune avec sa position ; chacune confrontée aux aléas nés du différend qui vous oppose.

De même, je me réserve le droit de mettre fin au processus de médiation si j'estime inutile ou impossible de le poursuivre sereinement.

Ensuite : vous m'avez nommé comme médiateur. Je ne suis donc pas un juge. Je ne suis pas un arbitre. Il ne m'appartient pas, dans le différend qui vous oppose, de dire qui a raison et qui a tort et d'en tirer des conclusions à caractère juridique. Je n'ai pas à me prononcer à ce sujet. La question des torts ne m'intéresse tout simplement pas, ou alors que très marginalement. Pas besoin donc d'essayer de me convaincre de votre bon droit.

Ce qui m'intéresse, et ce sur quoi je vous aiderai à vous focaliser, c'est la recherche d'une solution qui agrée tout le monde, ou qui est au minimum suffisamment acceptable pour pouvoir déboucher sur un accord qui mettra un terme au différend qui vous oppose.

Ma démarche ne sera donc pas orientée vers le passé, vers ce qui explique le pourquoi, le comment ou la genèse du différend. Elle ne sera pas centrée sur les faits, les droits et les obligations telles que vous me les présenterez ou tels que vous vous les représentez à vous-même. Cela est le travail du juge ou de l'arbitre qui, sur base des arguments que vous avancerez devant lui et des preuves que vous lui fournirez, devrait juger de vos bons droits ou de vos torts respectifs, de vos droits et de vos obligations et qui,

sur base de sa propre analyse, vous imposera une solution, qui vous plairait ou qui ne vous plairait pas.

Ma démarche est, au contraire, orientée vers l'avenir. Aujourd'hui vous êtes « dans un nœud ». Comment faire pour le dénouer afin que, demain, il n'existe plus et que vous puissiez vous concentrer et utiliser vos énergies à « faire du business » plutôt qu'à résoudre les problèmes du passé, ce qui requiert une énergie, du temps et des ressources financières non productrices.

Ceci dit, il est évident que nous parlerons, et que nous parlerons sans doute même abondamment, du problème, de ses origines tels que vous les percevez et des droits et obligations tels que vous vous les représentez. Nous commencerons même par cela. C'est important pour plusieurs raisons. D'une part parce qu'il faut que, personnellement, je comprenne le problème et son origine, ce qui vous anime et ce qui vous importe : à ce stade-ci, je n'en connais que les grandes lignes qui m'ont été exposées par vos avocats lors des conversations préliminaires que j'ai eues avec eux ; d'autre part parce que je sais d'expérience qu'il est important que vous exprimiez vos points de vue respectifs, en présence de l'autre partie, quant à ce problème, dans une tentative d'explication ou, dans le meilleur des cas, en vue de tenter de convaincre l'autre de la justesse de votre point de vue. Je doute toutefois que cela puisse suffire à résoudre le problème.

Mon rôle consistera donc à un moment donné à vous aider à sortir d'une certaine logique d'affrontement pour vous permettre de vous concentrer sur une logique de solution.

En pratique, nous commencerons donc par une explication que vous me donnerez des faits qui sont à la base du différend, de vos positions respectives, tant en fait qu'en droit. C'est ce que j'appelle la deuxième étape (la première étape étant celles que je viens d'entamer en vous parlant de la médiation et de la méthode que nous allons appliquer). Cette seconde étape de la médiation est la phase narrative, l'exposé des faits et des positions.

Ensuite, mais ensuite seulement, nous entamerons la troisième étape, celle de la recherche des différentes options et alternatives qui pourraient exister, au minimum d'un point de vue théorique ; au mieux en les envisageant déjà sous l'angle de leurs conséquences pratiques.

Suivra la quatrième étape, celle au cours de laquelle nous tenterons de négocier une solution qui sera basée sur l'une ou plusieurs de ces options et alternatives que nous aurons dégagées.

La cinquième étape consistera en la concrétisation de l'accord, sa mise au point, sa rédaction, sa vérification et sa validation.

Ce schéma tel que je vous l'indique est évidemment relativement théorique. Dans la pratique, cela se passera sous forme des conversations et discussions que nous aurons ensemble (ou séparément, je reviendrai là-dessus dans un instant) sans que nous ayons à distinguer de manière formelle à quel stade du processus nous nous trouvons. Je tenais

toutefois à vous expliquer le schéma pour vous indiquer que le médiateur que je suis abordera la médiation en ayant en tête un certain ordre dans le processus.

Ma mission est essentiellement celle-là : guider les discussions vers un accord, étant maître du processus. Elle n'est pas celle de juger du bien ou du mal fondé de cet accord et/ou des problèmes qu'il tendra à résoudre. Cela, c'est votre rôle est celui de vos conseils. Je ne suis pas maître de la décision ni des solutions.

N'attendez donc pas de moi, a priori, que je vous donne un avis quant au bien ou mal fondé de vos positions ou des meilleures options ou alternatives qui pourraient exister. Dans un modèle de médiation dite « facilitative » (le médiateur sert avant tout à faciliter l'élaboration d'une solution), tel n'est pas mon rôle.

Cela ne veut pas nécessairement dire que j'adopterais une attitude passive ; au contraire, comptez sur moi pour cadrer le débat et, là où cela me semble nécessaire ou opportun, de faire des suggestions quant à la manière d'avancer, voire même quant à la manière dont les problèmes pourraient être résolus. Je répète toutefois que cela est, avant tout, votre propre rôle et non pas le mien.

Ne me demandez pas mon avis sur la solution qui serait la bonne. Je n'en ai pas et ne tiens pas, à priori, à vous en donner un. Pourquoi ? Parce que, si je le fais et si cet avis ne plait pas à l'une des parties, celle-ci risque fort de considérer que j'ai pris parti pour l'autre et que je ne suis plus neutre et indépendant. Or, cette neutralité et cette indépendance sont fondamentales dans le fonctionnement du médiateur. C'est parce que je suis neutre et indépendant par rapport à chacun d'entre vous que vous pouvez me faire confiance en tant que médiateur.

Je ne tiens pas à être perçu comme ayant perdu ces qualités.

J'attends donc de votre part, pour toutes ces raisons, une participation tout à fait active à ce processus, et ce tant des représentants des parties que des avocats. Ce processus est le vôtre, pas le mien ; de même que la solution que nous tenterons de trouver et de construire sera la vôtre, pas la mienne.

Sommes-nous bien d'accord ?

Enfin, une des conséquences du fait que je ne suis ni un juge ni un arbitre est que je ne peux pas vous garantir que nous trouverons une solution puisque celle-ci dépendra de la bonne volonté de chacune des parties. Statistiquement, je peux toutefois vous indiquer que, dès lors que les parties se retrouvent autour de la table avec un médiateur, 3 fois sur 4 un accord est élaboré et les parties se quittent en bonne entente avec une solution. Je ne peux vous garantir qu'aujourd'hui nous nous situerons du bon côté de la statistique, mais cette statistique doit vous encourager à « y croire ». Au demeurant, je vous signale que cette statistique se vérifie dans tous les pays où la médiation se pratique.

Des questions à ce stade ? »

193. « *Encore quelques mots à propos des règles de fonctionnement de la médiation.* »

2.4. LA CONFIDENTIALITE

194. « *Je vous rappelle que le processus de médiation est entièrement confidentiel. Cette confidentialité est fondamentale à plus d'un titre, tant du point de vue juridique que d'un point de vue fonctionnel. Permettez-moi de vous en dire quelques mots pour que sa portée soit bien comprise pour tous ici présents.*

76

LE PROCESSUS DE MEDIATION : UN EXEMPLE D'EXPOSE D'ENTAME DU MEDIATEUR

La confidentialité s'étend d'abord à tout ce que nous allons faire et dire pendant le processus de médiation. Rien ne pourra en principe en être répété. Cela veut dire qu'il est exclu, si la médiation échoue, que l'un de vous parle à l'extérieur de ce qui se sera dit ou de ce qui aura été fait pendant la tentative de médiation. A fortiori, il n'est pas question d'en parler aux juges ou aux arbitres devant lesquels vous vous retrouveriez éventuellement après l'échec de la médiation. Il n'est pas question de dire, par exemple dans des conclusions déposées devant un tribunal : « Mon adversaire sait qu'il a tort : il l'a admis lors de la médiation avec Me Van Leynseele ! »

Tout cela relève du secret de la médiation.

Il s'agit là d'une règle fondamentale d'un point de vue juridique, mais aussi d'un point de vue fonctionnel. Rendez-vous compte que, comme rien de ce que vous direz pendant la médiation ne pourra être reproduit ni être retenu contre vous dans un processus arbitral ou judiciaire, vous pouvez vous exprimer tout à fait librement, sans crainte que ce que vous direz puisse un jour être retenu contre vous.

Pour moi, médiateur, c'est là quelque chose de très important. Je veux que nous arrivions à instaurer une communication franche et loyale, sans arrière-pensée de ce qui pourrait se passer ensuite. Si vous avez, d'un côté ou de l'autre, des choses à admettre que vous ne pourriez pas admettre devant un tribunal, rien ne doit vous empêcher de le faire ici. Un exemple parmi d'autres que j'ai vécu : des excuses proférées lors d'une médiation par l'une des parties ont permis de trouver une solution qui, sans cela, aurait été impossible. Inimaginable que cela se passe devant un magistrat qui doit juger des torts respectifs, n'est-ce pas, puisque s'excuser c'est admettre; c'est parfaitement possible, par contre, et même salutaire, dans un processus de médiation.

Je vous inciterai donc à vous montrer beaucoup plus communicatifs et transparents que vous ne pourriez l'être dans le cadre d'un processus arbitral judiciaire. »

2.5. LE CAUCUS OU APARTE

195. « En outre, la médiation permet une dimension de « super confidentialité » à l'occasion de réunions que je pourrais avoir avec vous séparément, un processus que l'on nomme dans le jargon de la médiation, un « caucus ». Il se pourrait qu'à un moment donné je considère qu'il pourrait être utile, ou que vous-même souhaitiez, nous voir séparément. Lors d'un tel caucus, vous pourrez me faire part d'informations que vous souhaiteriez malgré tout, pour une raison ou pour une autre, garder totalement confidentielle, c'est-à-dire non communiquée à l'autre partie. Je respecterai bien entendu cette confidentialité en ne fournissant à l'autre partie que les informations que vous m'aurez autorisé à lui communiquer.

Un caucus est un outil qui peut parfois se révéler extrêmement utile au médiateur. Par exemple, si deux ou trois solutions sont envisageables en principe mais que l'une d'elles est totalement exclue pour des motifs qui ne pourraient pas être dévoilés à l'autre partie, j'aime autant le savoir afin de ne pas perdre mon temps à tenter d'élaborer une solution sur cette base-là. Vous me fournirez cette explication en aparté et je comprendrai et respecterai votre souhait.

Un caucus peut, éventuellement, également être utile lorsque des offres et contre-offres devront être formulées. Je sais qu'il est parfois difficile de « faire le premier pas ». Je peux très bien, dans des caucus séparés avec chacune des parties, recevoir des premières offres séparément, ce qui me permettra de faire avancer le processus sans qu'aucune des parties n'ait le sentiment d'avoir du « faire le premier pas ».

En tant que maître du processus, je me permettrai de décider si et quand un caucus pourrait être nécessaire. Rien ne vous empêche évidemment de me suggérer d'en tenir un.

Sachez toutefois que si je tiens un caucus avec l'une des parties, j'en tiendrai automatiquement un avec l'autre partie également.

Sachez aussi que mon mode de fonctionnement comme médiateur n'est pas de privilégier le caucus et de faire de la « shuttle diplomacy » à la Henry Kissinger. D'autres médiateurs le font presque systématiquement. Personnellement, je préfère tenter tant que faire se peut de trouver des solutions qui sont élaborées en toute transparence, c'est-à-dire en parfaite connaissance et compréhension de cause par tout un chacun. J'y vois un gage de plus grande solidité de l'accord. Néanmoins, je sais que le caucus est parfois utile, voire indispensable. »

Etes-vous d'accord de fonctionner de cette manière ?

2.6. BASE JURIDIQUE DE LA CONFIDENTIALITE

196. « Cette confidentialité que je juge fondamentale trouve sa base juridique à la fois dans le texte de la loi (l'article 1728 du code judiciaire prévoit explicitement qu'un processus de médiation est confidentiel) et dans le protocole de médiation dont je vous parlerai dans un instant. Son article 5 le précise expressément.

En outre, sachez que chaque fois que les cours et tribunaux ont été amenés à se pencher sur la question de la confidentialité de la médiation, celle-ci a été retenue comme un principe fondamental protégeant le processus de médiation. La violation de la confidentialité a chaque fois été sanctionnée. »

78

LE PROCESSUS DE MEDIATION : UN EXEMPLE D'EXPOSE D'ENTAME DU MEDIATEUR

2.7. CONFIDENTIALITE DES DOCUMENTS ECHANGES AU COURS DE LA MEDIATION

197. « La confidentialité dont je vous parle s'étend à tout ce que vous-même et moi dirons et écrirons dans le cadre de la médiation. Elle ne s'étend pas toutefois, soyez-en conscients, aux documents préexistants (les pièces d'un dossier) qui pourraient être communiqués ou montrés par l'un de vous à l'autre partie à l'occasion de la médiation. Ces documents, même s'ils n'étaient pas connus auparavant par la partie à laquelle ils sont communiqués, ne « deviendront » pas confidentiels sous le couvert de la confidentialité générale qui s'attache à la médiation au motif qu'ils ont été communiqués lors de celle-ci. Tout document communiqué par l'un de vous à l'autre partie pourra donc être utilisé par celle-ci. La seule chose qu'il sera interdit de faire, sera de dire que ce document a été communiqué à l'occasion de la médiation : en effet, le fait de cette communication est, en soi, confidentiel puisqu'il s'agira de quelque chose qui est fait lors de la médiation. Pas question donc de dire ultérieurement dans le cadre des écrits judiciaires par exemple : « Je sais que ce document existe parce que je l'ai vu à l'occasion de la médiation menée par Me Van Leynseele ».

Je vous rends donc tout particulièrement attentifs aux conséquences de la communication des pièces de vos dossiers respectifs que vous souhaiteriez utiliser lors de notre médiation tout en les gardant confidentiels. Une telle communication, qu'on le veuille ou non, n'est pas entièrement « neutre », même si elle est faite à titre confidentiel. Une fois qu'un document est montré à l'autre partie, cette autre partie sait qu'il existe et en connaît le contenu et pourrait, par exemple, demander à un juge d'en ordonner la production si les conditions légales pour le faire sont réunies (toujours sans faire référence au fait que ce document a déjà été vu et communiqué lors de la médiation). »

Des questions ou commentaires à ce sujet ?

2.8. REGLES DE COMMUNICATION

198. « Pour que la médiation ait une bonne chance d'aboutir, il faut qu'autour de cette table nous communiquions correctement. Voici quelques règles que je vous propose d'observer.

- Je vous ai déjà dit combien il est important de communiquer franchement et ouvertement, sans craintes ou appréhensions.
- Je souhaiterais par ailleurs que les représentants des parties s'expriment et communiquent sans nécessairement laisser cette tâche entièrement à leurs avocats. Il s'agit de votre dossier. Je vous demande de vous y impliquer pleinement.
- Je vous demanderai aussi de vous exprimer en votre propre nom (et au nom de l'entreprise que vous représentez) : parlez en « je » et exprimez votre point de vue plutôt que celui de l'autre partie. Il n'est pas utile pour moi de vous entendre dire : « Je sais ce que l'autre partie pense à ce sujet ». Si l'autre partie pense effectivement quelque chose sur un sujet donné, elle l'exprimera elle-même. Elle le fera mieux que vous. Ses perceptions ne sont pas les vôtres.
- Par ailleurs, même si cela peut par moment être difficile en raison du caractère émotionnel ou en raison du caractère que vous jugeriez outrageant des propos que vous entendrez, tentez d'éviter les invectives et les noms d'oiseaux. Cela n'ajoutera rien de bon à la recherche d'une solution harmonieuse convenant à tout le monde. Chaque partie aura l'occasion de s'exprimer pleinement et entièrement sur ce qu'elle a à dire, même si ce qui est exprimé par l'autre n'a pas l'air de lui plaire. C'est normal : chacun a son point de vue ; s'ils étaient les mêmes, vous ne seriez pas ici ! Chacun aura en tout cas amplement l'occasion de répondre et d'expliquer son propre point de vue et de rectifier ce qu'il considérerait comme des inexactitudes exprimées par l'autre.
- Je vous demande également de faire un effort tout particulier en matière d'écoute. La médiation est peut-être la seule (ou la dernière) occasion que vous aurez d'entendre et de tenter de comprendre la position et le point de vue de l'autre partie. Profitez-en ! Essayez de vous mettre, même si cela vous est difficile, dans la position de l'autre et posez-vous la question de savoir ce que vous auriez fait si vous aviez été à sa place. Je vous demande d'essayer de comprendre. Je ne vous demande pas nécessairement d'admettre le bien fondé du point de vue de l'autre. Comprendre peut engendrer un état d'esprit propice à la recherche de solutions convenant à chacun. Faites preuve à ce sujet de ce qu'on appelle « l'écoute active ».
- Tentez de ne pas interrompre les autres. Je sais que cela vous sera parfois difficile. Je vous demande toutefois de respecter cette règle.

Sommes-nous bien d'accord ? Pensez-vous pouvoir fonctionner de cette manière ? »

2.9. POSITION ET RÔLE DES AVOCATS

199. « Je m'adresse maintenant aux avocats spécifiquement, parce que je tiens à expliquer ce que je conçois personnellement comme étant le rôle d'un avocat qui accompagne son client dans une médiation. C'est un exercice quelque peu difficile pour moi : je n'ai pas à dire à mes confrères comment ils doivent se comporter et comment ils doivent assister leurs clients. Néanmoins, je crois utile de le faire pour que tout le monde perçoive le mieux possible dans quel processus nous sommes embarqués.

Si nous sommes réunis aujourd'hui, mes chers confrères, c'est, je le suppose, en grande partie grâce à vous. C'est vous qui avez recommandé à vos clients de tenter une médiation ou d'accepter un processus de médiation qui était proposé par l'autre partie. Ce faisant, vous avez fait ce que tout avocat qui comprend bien son métier se doit de faire, c'est d'examiner toujours, à tout moment, avec son client et avec l'avocat de l'autre partie s'il existe des moyens pour résoudre un différend à l'amiable plutôt que par la voie contentieuse. C'est une ancienne juge de la cour suprême des États-Unis qui a dit que les tribunaux étaient le dernier lieu dans lequel les parties devaient se rencontrer après avoir tenté, sans y aboutir, toutes les autres voies de résolution amiable des conflits. C'est manifestement ce que vous avez fait. Je vous en félicite.

Ceci dit, je vous demande de ne pas oublier tout au long du processus de médiation, qu'aujourd'hui vos clients sont là pour tenter de résoudre le conflit à l'amiable. Leur but est donc de rechercher une solution et non pas de s'affronter. Le corollaire pour ce qui concerne le rôle des avocats en est que j'attends de ceux-ci une attitude et une démarche basée sur la collaboration et non pas sur l'affrontement. Sans vouloir verser dans le paternalisme – je n'ai évidemment pas à vous dire comment vous devez exercer votre métier – je n'attends pas de vous, et je crois que vos clients n'attendent pas de vous aujourd'hui que vous endossiez votre toge et preniez votre sabre pour aller « pourfendre le vilain » comme vous le feriez devant un juge ou un arbitre. Ils attendent, je pense, que vous fassiez preuve d'un esprit constructif dans la recherche d'une solution. Votre rôle est celui de conseillers utiles et efficaces, qui ont pour mission d'assister leurs clients dans ce qu'ils ont décidé de tenter de faire : trouver une solution qui convienne aux deux parties.

Tel que je le conçois, votre rôle aujourd'hui est donc surtout celui d'un conseiller, d'un assistant de vos clients dans l'expression, l'analyse et la synthèse, et, bien entendu, celui d'un conseiller juridique qui verra et comprendra les problèmes juridiques qui pourraient se poser et qui envisagera tous les moyens disponibles pour les rencontrer et pour éviter dans toute la mesure du possible les risques qui pourraient être associés aux solutions mises en place. Je vous demande donc, comme je le demande à vos clients, de faire preuve d'une grande ouverture d'esprit et d'une imagination sans bornes pour surmonter les divergences et pour que nous puissions élaborer, tous ensemble, une sortie à la crise qui oppose vos clients.

Dans votre rôle de conseiller, vous avez bien entendu le droit, sinon le devoir, de dire « non » si vous estimez que les droits, les besoins ou les prérogatives de vos clients sont insuffisamment pris en compte ou rencontrés. Dans l'exercice de ce rôle, il va de soi

qu'il ne peut exister aucun frein dans les conseils que vous donnerez à vos clients, en votre âme et conscience. N'hésitez pas à demander une interruption de séance si vous souhaitez vous entretenir en particulier avec eux. Vous m'indiquerez si vous souhaitez, ou non, que je participe à ces entretiens.

Enfin, sachez que je considère que le rôle des avocats dans une médiation commerciale est essentiel. Je n'en ai jamais fait hors la présence des avocats. Cela tient notamment au fait que je n'entends pas être le conseil des parties. Il ne m'appartient pas de leur donner un avis : d'une part parce que je ne maîtriserai jamais tous les tenants et aboutissants des différends ; d'autre part parce que je risquerais d'y perdre ma neutralité, ce que je veux éviter à tout prix. Votre avis sera du reste toujours bien plus éclairé que le mien, vous qui connaissez vos clients, leurs affaires et leurs dossiers bien mieux que je ne pourrais jamais les connaître moi-même.

Voilà : fin de mon discours quelque peu paternaliste à l'égard de mes confrères, que je remercie pour leur indulgence. En m'exprimant de la sorte, j'ai aussi pour but d'indiquer aux représentants des parties la manière dont je conçois le rôle, l'utilité et le mode de fonctionnement d'un avocat qui accompagne son client en médiation ; qui n'est pas le même rôle que celui d'un avocat qui plaide un dossier pour défendre les intérêts son client en justice. »

81

LE PROCESSUS DE MEDIATION : UN EXEMPLE D'EXPOSE D'ENTAME DU MEDIATEUR

2.10. PROTOCOLE DE MEDIATION ⁽¹⁾

200. « Dernier point dans cette étape numéro 1 de ce processus de médiation : le protocole de médiation.

J'ai fait circuler via les avocats le texte du protocole-type que j'utilise systématiquement pour ce genre de mission. Vous avez eu l'occasion d'en prendre connaissance et de me faire part de vos commentaires. Il convient encore de le signer.

Vous aurez compris que ce protocole est important pour diverses raisons :

- *il rappelle le cadre et établit contractuellement les règles de base de la médiation ;*
- *il rappelle que, conformément à la loi, les parties peuvent interrompre la médiation à tout moment si « elles n'y croient plus » ;*
- *il contient l'engagement des parties de ne pas entamer de démarches judiciaires pendant la médiation ou de « mettre entre parenthèses celles qui auraient déjà été entamées » ;*
- *il contient l'engagement des parties de respecter la plus stricte confidentialité du processus ;*
- *il règle la répartition des honoraires du médiateur ;*

⁽¹⁾ Un exemple-type de protocole de médiation est joint comme annexe.

S'il n'a pas encore été signé à ce stade, il convient de le faire immédiatement, après quoi nous nous embarquerons dans le processus de médiation proprement dit, en commençant par l'étape numéro 2 : l'analyse des faits et des positions.

J'en ai assez dit. À moins que vous n'ayez encore des questions ou des commentaires au sujet du processus proprement dit, je propose que nous commençons.

Qui souhaite entamer la description du différend ? J'ai besoin de le comprendre... »

CHAPITRE 3

CHANGEMENT D'ETAT D'ESPRIT FACE AU CONFLIT

Louise-Marie HENRION

Présidente, Tribunal de Commerce de Namur

3.1. INTRODUCTION

201. Vos clients vivent des conflits.

Que ce soit à l'intérieur de l'entreprise, entre associés ou avec le personnel, ou à l'extérieur avec les fournisseurs, les clients, les voisins, les concurrents, les diverses administrations, et que sais-je encore.

Ces conflits, s'ils ne sont pas bien gérés, mèneront au litige et la plupart du temps au procès. Comment ces conflits se produisent-ils ? Qu'en fait-on ?

Quels sont les besoins de vos clients ?

La Justice répond-t-elle à leurs attentes ?

Une autre voie ne serait-elle pas plus efficace ?

La médiation peut-elle être une solution ?

Voici, me semble-t-il, toutes les questions que je me poserais si j'avais une mission de conseil auprès d'une entreprise.

Je vous propose de les parcourir ensemble.

3.2. VOS CLIENTS VIVENT DES CONFLITS. QU'EN FONT-ILS ?

202. Le conflit est une bonne chose. Il fait partie de la vie. Il est nécessaire pour évoluer. Les personnes qui évitent le conflit ne font en général que le repousser un peu plus loin dans le temps. Mais le conflit ne veut pas dire combat. Il peut parfaitement se résoudre par une bonne communication. C'est là que se situe tout le changement d'état d'esprit à acquérir.

203. Tous les conflits ont une source émotionnelle liée à notre humanité. A chaque problème sont associées des personnes avec leurs différences, leur manière de penser, de parler, de se comporter, de ressentir et d'exprimer ce qu'elles éprouvent, leur vision du monde, leurs valeurs, leur histoire.

Et c'est là que tout se complique. La solution ne sera donc pas purement technique. Elle devra nécessairement prendre en compte les humains que nous sommes pour que la paix soit réelle et durable. Lorsque le conflit dégénère, il se concrétise dans un litige, focalisé sur une contestation précise qui deviendra l'objet du combat. Cette contestation n'est qu'un élément du conflit. La solution « technique » de la contestation va rarement résoudre le conflit.

Exemple : l'histoire de Mr X. qui vend l'entreprise qu'il a créée il y a 30 ans.

204. La plupart des litiges portés devant le judiciaire proviennent :

- *d'une mauvaise communication*, qui engendre des incompréhensions, tant au départ des relations qu'au cours de l'exécution d'un contrat.
- *d'un manque d'information* et de connaissance du fond.
Les professions deviennent de plus en plus sophistiquées. On ne connaît pas le métier de l'autre, ou rarement.
Nous faisons des suppositions qui n'ont pas lieu d'être.
Tout cela génère des sentiments de frustration, de non-reconnaissance, des jugements de valeurs, etc.
Nous allons cogiter dans notre bulle et nous convaincre du bien-fondé de notre mécontentement.
- *une fois que le conflit est né, d'une mauvaise communication dans la gestion du conflit.*

85

CHANGEMENT D'ÉTAT D'ESPRIT FACE AU CONFLIT

205. Que font les entreprises lorsque le conflit se concrétise ?

Elles choisissent généralement la voie judiciaire pour le solutionner.

Il ressort de plusieurs enquêtes menées auprès d'entreprises et de juristes d'entreprises qu'elles connaissent encore mal aujourd'hui les modes alternatifs de résolution de conflits (Marc's) et qu'elles en ont fait très peu l'expérience - mise à part l'arbitrage, particulièrement dans des créneaux spécifiques de contrats internationaux et de contrats complexes liant des entreprises d'une certaine envergure.

Les grandes entreprises voient dans les Marc's des procédures accessoires et ne leur donnent pas, sauf pour certaines questions particulières, une véritable place aux côtés du judiciaire. (Sondage de l'Ordre du Barreau francophone de Bruxelles auprès des juristes d'entreprises en été 2011 pour la 22^{ème} journée du Juriste d'entreprise, le 17 novembre 2011).

De manière plus générale, les entreprises, petites et grandes, bien qu'elles soient nombreuses à estimer que beaucoup d'affaires pourraient être réglées en dehors du tribunal, ne recourent que très rarement à une solution non judiciaire, notamment en raison d'une méconnaissance des voies alternatives. (Enquête de Promethee Consulting en mai 2005 pour la CCIB).

3.3. QUELS SONT LES BESOINS DES ENTREPRISES ?

206. a) La rapidité

Les gens n'ont pas de temps à perdre. Tout va de plus en plus vite. Mais la justice reste très lente, et paraît de plus en plus lente par rapport au rythme général.

b) Besoin de compréhension de ce qui se passe :

- du conflit
- de sa gestion et de son évolution
- de la décision. Combien de fois n'entend-t-on pas « le juge n'a rien compris ! »
La manière de résoudre les litiges dans le judiciaire génère de l'incompréhension :
 - Les gens sont généralement absents des prétoires. Ils n'auront pas pu écouter l'autre ni être entendus.
Au niveau émotionnel, le résultat sera essentiellement négatif. Le conflit aura été attisé par des écrits en conclusions partisans. L'émotion de base qui a généré le conflit ne trouvera pas sa place dans le règlement du litige. Elle n'aura pas pu être exprimée, ni entendue, ni reconnue par l'autre.
 - Les constructions juridiques et les raisonnements de leurs avocats échapperont généralement aux personnes. Tout ce qui est procédural leur échappe complètement.
Les procédures judiciaires sont vécues comme très complexes, sans utilité.

c) Une solution qui rencontre les besoins et les intérêts des personnes, et donc qui fait sens pour elles.

Une solution qui soit exécutée. Autrement dit : une solution efficace.

d) Un coût moins élevé, mieux proportionné au résultat.

« L'histoire de l'entrepreneur qui a gagné tous ses procès et qui au final a perdu de l'argent. »

3.4. LA JUSTICE RENCONTRE-T-ELLE LES BESOINS DES ENTREPRISES ?

207. Pour plus de 50% des litiges portés devant les chambres de plaidoiries des tribunaux de commerce, les parties au procès auraient eu tout intérêt à recourir à la médiation ou à une autre technique de communication susceptible d'aboutir à un accord, comme la conciliation, la négociation raisonnée, et bien d'autres.

Il n'y a en réalité pas plus de 25% des dossiers dans lesquels se pose un véritable problème de droit.

Et les 25% restants concernent des actions en récupération à l'égard de débiteurs impécunieux, vis-à-vis desquels le seul intérêt est d'obtenir un titre ou une preuve d'irrecouvrabilité.

Le judiciaire est loin de satisfaire les entreprises.

208. Les sondages d'opinion menés par la CCIB et par la FEB dans les années 2004-2005 montrent que celles-ci ont une perception négative de la justice, qui est vue comme trop lente, trop chère et trop complexe.

Par ailleurs, les entrepreneurs ont une confiance limitée dans les tribunaux.

209. Une enquête menée par Test-Achats en décembre 2011 par rapport à la Justice en général fait ressortir trois points importants :

- une confiance limitée des justiciables dans les avocats ;
- un pourcentage élevé (36%) de jugements inexécutés, en tout ou en partie ;
- une déception du résultat pour les 2/3 des protagonistes, ce qui implique que même une partie des gagnants ne soient pas satisfaits.

210. Le judiciaire théâtralise le conflit par la mise en scène de ses acteurs avec des rituels d'audience et de plaidoiries. Cela amplifie la charge émotionnelle et dramatise le conflit qui au fil des conclusions échangées prend une autonomie propre. L'adversaire n'est plus un simple acteur. Il devient l'objet du conflit.

Nous sommes loin d'un contexte apaisant menant à une solution acceptable si pas acceptée et qui sera donc exécutée.

211. Le juge a pour fonction et n'a les moyens que de mettre fin au litige.

Il ne résout pas le conflit.

Il met fin au combat de manière autoritaire, en imposant une solution, dans un contexte qu'il ne connaît que très partiellement.

Il est circonscrit à ce qu'on lui demande et par ce qu'on lui dit et ne fera dans ce contexte restreint que donner une solution technique à l'objet du litige sur lequel se sont focalisées les parties en conflit.

Il ne réglera pas les situations au mieux.

C'est pourquoi sa décision tombera souvent comme un emplâtre sur une jambe de bois et sera parfois incomprise par ceux qu'elle concerne.

3.5. RECHERCHE D'AUTRES VOIES DE RESOLUTION DES CONFLITS

212. Les conflits peuvent être résolus efficacement et de manière compréhensible pour les personnes, avec des solutions qui rencontrent leurs intérêts et leurs besoins et selon un coût proportionné au résultat.

213. On peut distinguer deux grands axes de modes de résolution :

- *l'axe classique ou « d'autorité »* qui regroupe le judiciaire et l'arbitrage, les deux donnant lieu à une décision dotée de l'autorité de la chose jugée ; et
- *l'axe de la communication*, dans lequel se retrouvent les différents types de négociations, la conciliation, la médiation, la tierce décision obligatoire, le droit collaboratif et d'autres techniques encore menant à un accord, avec la collaboration active des parties.

214. Généralement, ceux qui choisissent délibérément la voie classique ont une approche individualiste.

Ils ont raison, l'autre a tort, et le juge ou l'arbitre va le leur confirmer.

Ils sont dans la recherche de la culpabilité. L'analyse et la solution sont tournées vers le passé.

Une fois la citation lancée ou la procédure arbitrale engagée, ils se déchargeront en grande partie ou en totalité de l'évolution du litige sur leur avocat, et attendront la solution.

215. La voie de la communication nécessite une toute autre approche. L'état d'esprit peut être résumé à ceci :

- il y a un problème ;
- je cherche une solution ;
- peu importe qui a tort ou raison ;
- peu important mes droits ou ce que je pense avoir comme droits ;
- je recherche la paix et donc la résolution du conflit ;
- très prosaïquement, j'ai envie de mieux dormir et de passer à autre chose ; et
- et pour ce faire je cherche la communication.

C'est une démarche tournée vers l'avenir, dans une attitude de recherche d'une solution commune et de retour au lien, en s'investissant personnellement dans la recherche de solution, en toute responsabilité.

Il s'agit d'un véritable changement de culture qui s'opère doucement mais sûrement parce qu'il répond aux attentes des gens.

C'est en s'investissant dans les conflits dans cet état d'esprit d'ouverture et en communiquant mieux, grâce à l'aide de professionnels comme les médiateurs que les entreprises rencontreront leurs besoins d'efficacité et de rapidité.

3.6. POURQUOI LA MEDIATION ?

216. Il existe aujourd'hui un éventail assez large de modes de résolution de conflits. Il s'agit en premier lieu de choisir le mode le plus approprié aux besoins des parties.

217. Dans ce choix, la médiation occupe pour moi une place privilégiée, grâce à la présence d'un tiers neutre, bienveillant, maîtrisant les techniques de communication et facilitant ainsi l'émergence d'une solution que seules les parties en litige sont capables d'imaginer.

Les avantages sont multiples :

- la médiation est généralement plus rapide et plus efficace que les autres modes de résolution des conflits (1 séance, 3 mois, parfois plus). Il y a en tout cas un apaisement rapide, même si la solution n'est pas tout de suite trouvée ;
- dans cette mesure notamment, elle coûte moins cher ;
- d'un point de vue général, le processus de médiation permet à chacun de se sentir écouté et d'écouter activement l'autre partie, ce qui permet de mettre fin à des problèmes de communication, à des insuffisances d'information, aux incompréhensions et à diverses difficultés psychologiques. Cela aboutit à un apaisement qui permet alors une ouverture et la recherche de solutions ;
- le processus est très souple et informel, ce qui permet une meilleure compréhension de ce qui se passe entre les parties et génère un stress moins important ;
- les parties ont une emprise sur le processus, sur son coût et sur le temps, ainsi que sur la solution du litige ;
- la médiation a l'avantage de la confidentialité. Ça reste privé. Ce n'est pas divulgué dans le public ;
- elle préserve les relations entre les parties et la qualité des rapports humains, tant au niveau interne en assurant une meilleure motivation qu'au niveau externe en permettant de conserver les clients ;
- la solution adoptée conviendra aux deux parties, mettant l'accent sur les valeurs, les besoins et intérêts de celles-ci ;
- la solution sera généralement plus créative et adaptée à ce que vivent les personnes, collant mieux à la spécificité des affaires, étant moins tranchée que ce que donnerait une solution avant tout juridique ;
- la solution sera exécutée, parce que provenant d'un accord en profondeur, alors que vous avez au moins un tiers des jugements en matière commerciale qui sont inexécutés ;
- la médiation aboutit à une réduction du coût psychologique dû au stress qu'engendre un procès ; et
- même si la médiation n'aboutit pas à un accord, les parties sont souvent plus loin dans la compréhension et la gestion du litige et elles ciblent mieux ce sur quoi elles n'arrivent pas à s'accorder.

La médiation est utilisée en matières commerciales et sociales, particulièrement dans :

- les conflits d'associés ;
- les contrats commerciaux en général ;

- les contrats d'entreprises de construction ;
- le droit de la distribution : conflits dans les contrats de concession, d'agence, de franchise ;
- les contrats complexes, liant un nombre important d'intervenants ;
- les contrats internationaux ;
- les contrats dans des domaines technologiques à évolution rapide (*ex. : Siemens*) ;
- les conflits de voisinage ;
- les baux ;
- le droit de la concurrence ;
- certains contrats d'assurance ; et
- les conflits liés au contrat d'emploi : en cours d'exécution du contrat ou en cas de rupture.

90

3.7. LE PARADOXE

218. Tout le monde ou presque se plaint du judiciaire, que ce soit vis-à-vis des tribunaux dans lesquels les entreprises ont une confiance très relative ou vis-à-vis des avocats. (Voir les sondages de la CCIB, Mai 2005, et de Test-Achats, décembre 2011).

Il y a d'autres voies, comme celle de la médiation, qui répondent aux griefs exprimés. Mais les gens ne prennent pas ou peu, sous divers prétextes.

Où est la cohérence ?

De deux choses l'une : ou ils restent dans le choix judiciaire et ils se taisent, ou ils osent faire le choix de la communication et ils s'investissent dans cette toute autre dynamique.

219. Je terminerai par cette petite histoire que je vous invite à méditer.

Un entrepreneur dans la construction me dit un jour :

« Madame, j'ai fait de nombreux procès dans ma vie professionnelle. Je les ai tous gagnés. Et au final, j'ai perdu de l'argent. »

Quel est le sens ?

220. La médiation est un processus de qualité qui marche et qui répond aux besoins des gens dans un monde où nous vivons tous une accélération du mouvement de nos vies et où on n'a pas le temps de se faire des guerres.

Ce n'est pas une panacée universelle mais elle devrait pouvoir être efficace dans au moins un tiers des litiges, ce qui est le cas dans certains pays.

L'appel aux tribunaux doit devenir la solution ultime, quand il n'y a vraiment plus d'autre chose à faire, ou pour affiner des approches strictement juridiques.

ANNEXES

PROTOCOLE DE MEDIATION

ENTRE : XXX
et YYY

ci-après appelés « les Parties »

ET

Patrick VAN LEYNSEELE
Avenue Louise, 81
1050 Bruxelles
Tél.: 32 2 627 10 32
Fax: 32 2 627 10 50
E-mail: pvl@dalvel.com

ci-après appelé « le Médiateur »

FAIT FOI DE CE QUI SUIVIT :

ATTENDU QU'il existe un différend entre les Parties relativement à [_____]

ATTENDU QUE les Parties désirent régler leur différend; qu'elles souhaitent à ce sujet confier au Médiateur une mission de médiation;

EN CONSEQUENCE, LES PARTIES CONVIENNENT DE CE QUI SUIVIT :

1. Processus volontaire

Les Parties désirent se concerter, sans aucune reconnaissance préjudiciable pour elles, dans le but d'en arriver à un règlement. Chaque Partie peut se retirer et mettre fin au processus de médiation unilatéralement à sa discrétion. Le processus est volontaire et chaque Partie consent librement à y participer de façon active. Les Parties conservent et réservent leurs droits de recourir aux procédures judiciaires ou arbitrales si elles le jugent opportun. Toutefois toutes les procédures (hormis celles revêtant un caractère purement conservatoire) seront suspendues jusqu'à ce qu'une entente soit conclue ou jusqu'à ce qu'une des Parties ou le Médiateur déclare mettre fin au processus de médiation.

91

ANNEXE – PROTOCOLE DE MEDIATION

2. Rôle du Médiateur

Le Médiateur agit comme intervenant neutre, en vue de favoriser une entente à l'amiable. A cette fin, il s'emploie à créer des conditions qui facilitent et permettent :

- l'information et la compréhension des parties sur leur situation respective;
- la communication entre elles au sujet de leurs difficultés et leurs attentes réciproques;
- la recherche de solutions permettant de répondre aux attentes et difficultés manifestées;
- la négociation efficace et franche;
- la conclusion par les Parties, sur la base d'un libre consentement, d'une transaction donnant effet, le cas échéant, aux solutions identifiées.

3. Impartialité

Le Médiateur agira en tout temps de façon neutre et impartiale. Il ne donnera pas d'avis juridique aux Parties. S'il en exprime, ses avis n'auront qu'une valeur indicative. Les Parties marquent d'ores et déjà leur accord pour n'y attribuer aucune conséquence juridique.

4. Présences à la séance de médiation

Les Parties seront présentes à la rencontre de médiation, le cas échéant accompagnées de leurs avocats. Chaque Partie doit s'assurer :

- que les personnes ayant qualité pour conclure un accord soient présentes à la rencontre de médiation; et
- que les personnes ayant une connaissance personnelle des faits pertinents au litige soient présentes afin de permettre une discussion utile de tout le dossier.

Le Médiateur peut inviter une personne de son choix comme observateur à la médiation dans le but de permettre à cette personne d'assister, en tant que (au choix du médiateur) témoin passif ou comédiateur non rémunéré. Cette personne signera un engagement suivant le modèle joint comme annexe 1.

5. Confidentialité

Tout ce qui est dit ou écrit au cours du processus de médiation est formulé sous toutes réserves. Les Parties et le Médiateur s'engagent à n'en rien invoquer ou dévoiler dans le cadre d'une procédure judiciaire ou arbitrale existante ou future. Le Médiateur et les Parties (qui s'engagent à ce sujet pour elles-mêmes et qui se portent fort pour leurs conseils, leurs représentants et toutes personnes les accompagnant), veilleront à préserver la confidentialité de l'ensemble du processus de médiation ainsi que de tout document établi en vue de ou au cours de processus de médiation pour les besoins de celle-ci. Le Médiateur peut, s'il le juge opportun faire signer à toute personne qui participe au processus de médiation un engagement suivant le modèle joint comme annexe 1.

Toutefois, rien dans le présent protocole ne peut compromettre de quelque façon que ce soit le droit des Parties d'utiliser dans le cadre d'une procédure (judiciaire ou autre) les documents touchant au dossier concerné qui auront été échangés dans le courant du processus de médiation, lorsqu'elles détenaient déjà ces documents auparavant ou lorsqu'elles auraient eu la possibilité de les obtenir par ailleurs et qu'elles avaient ou auraient eu le droit de les utiliser ou d'y faire référence.

Le Médiateur ne sera pas assigné à comparaître pour témoigner dans une procédure judiciaire ou autre. Les Parties lui reconnaissent le droit de se taire.

Les Parties conviennent par ailleurs que la ou les conventions qui pourraient être conclues au terme du processus de médiation n'existeront que lorsqu'elles seront signées par chacune des Parties. Elles acceptent de considérer qu'il n'y aura pas de convention entre elles tant que les accords qui pourraient être conclus ne seront pas confirmés dans une convention écrite et signée par chacune d'elles.

Le présent protocole de médiation, la ou les conventions qui pourraient être conclues au terme du processus de médiation ainsi qu'un éventuel document émanant du Médiateur constatant l'échec de la médiation, ne sont pas visés par la présente obligation de confidentialité.

6. Apartés ou «caucus»

Le Médiateur peut, quand il le juge utile, avoir des apartés («caucus») avec l'une ou l'autre des Parties, lesquelles peuvent aussi, à tout moment, demander à s'entretenir en aparté et confidentiellement avec lui.

7. Valeur de l'accord

Il n'appartient pas, en principe, au Médiateur de juger de la valeur ou de l'opportunité de l'entente qui doit demeurer l'expression de la volonté des Parties et leur «propriété».

Néanmoins, s'il est d'avis, s'inspirant en cela de sa propre expérience professionnelle et de sa faculté de jugement et d'analyse, que la poursuite du processus de médiation risque de causer un préjudice grave à l'une ou l'autre des Parties ou de créer une situation de net déséquilibre ou d'injustice manifeste pour une Partie, il doit en informer les Parties, les inviter s'il y a lieu à prendre les mesures nécessaires pour remédier à la situation ou, s'il l'estime nécessaire à des fins d'intégrité, il peut suspendre le processus de médiation ou y mettre fin. Le Médiateur agira en ce en toute indépendance en ne se laissant guider que par sa conscience professionnelle.

8. Durée du processus

Les Parties s'entendent sur le processus suivant et s'engagent à tenter de le réaliser, dans la mesure du possible, à l'intérieur d'un laps de temps limité de sorte que les Parties s'attendent à ce que le processus de médiation se termine le ou vers le [_____ 20 ____].

9. Honoraires

Les Parties paieront chacune à parts égales les honoraires et frais du Médiateur. Les honoraires sont déterminés sur base d'un tarif horaire de EUR [] plus frais de secrétariat s'il y a lieu et des débours éventuels, pour toute démarche faite avant, pendant ou après la rencontre de médiation. Les honoraires comprennent toute démarche visant à amener les Parties à participer activement au processus de médiation. Des avances pour honoraires et frais pourront être demandées au cours du processus.

Le Médiateur pourra suspendre ou interrompre le processus de médiation au cas où une des Parties ne procéderait pas au règlement des frais et honoraires qui sont dus.

Fait à [] en 3 exemplaires, chaque partie et le médiateur reconnaissant avoir reçu le sien.

94

ANNEXE – PROTOCOLE DE MEDIATION

XXX

YYY.

Patrick VAN LEYNSEELE

ENGAGEMENT

(à signer par les conseils et toute autre personne participant au processus de médiation)

1. Je soussigné, _____, reconnais avoir été informé que XXX et YYY. ont décidé d'avoir recours aux services de Me Patrick VAN LEYNSEELE comme médiateur, dont le rôle est de les aider à régler un différend survenu entre elles.
2. Étant donné que le soussigné va participer au processus de médiation, il s'engage à garder le processus confidentiel. Il reconnaît que les déclarations verbales et écrites faites dans le cadre du processus de médiation sont faites sous toutes réserves et ne pourront pas être invoquées à titre de preuve dans une procédure judiciaire, arbitrale ou autre. Il s'interdit de les divulguer à un tiers.

Fait à [_____] le [_____].

95

ANNEXE – ENGAGEMENT

DEEL 3

CONTINUITEIT VAN DE ONDERNEMINGEN

Bijdrage van:

Thierry VAN LOOCKE
Bedrijfsrevisor ⁽¹⁾

⁽¹⁾ Deze tekst werd nagelezen en van bijhorende commentaar voorzien door Frank TAILDEMAN, Rechter in handelszaken in de rechtbank van koophandel te Brussel, door Bart DE MOOR, Advocaat bij de balie te Brussel en door Glenn HANSEN, Advocaat.

Algemene inleiding

De wet continuïteit ondernemingen ⁽²⁾ in een oogopslag ⁽³⁾

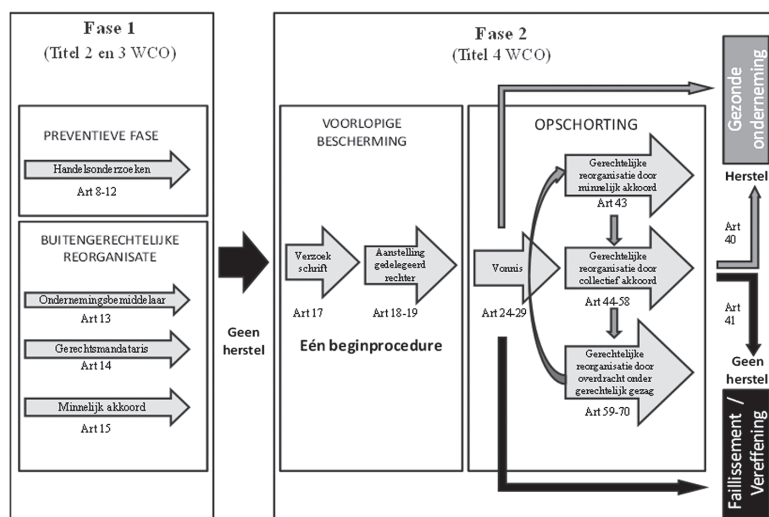
221. Bedrijven die het tijdelijk moeilijk hebben, kunnen sinds 1 april 2009 gebruik maken van de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen (WCO). Die moet hen helpen een doorstart te maken via een afbetalingsplan met de schuldeisers of de verkoop van bedrijfsactiviteiten. Het doel is om banenverlies te voorkomen, het financieel verlies van schuldeisers te beperken en de negatieve gevolgen van een faillissement te vermijden en maximaal economische activiteiten te behouden.

98

ALGEMENE INLEIDING

De redding van een onderneming in moeilijkheden is echter een hele uitdaging, omdat vele, uiteenlopende belangen moeten worden afgewogen. Daarom is de WCO een wet van evenwicht en compromis, waarin de verschillende belangen elk een plaats krijgen binnen het geheel.

222. De volledige WCO-procedure kan schematisch als volgt worden voorgesteld ⁽⁴⁾:



⁽²⁾ De wet van 31 maart 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen is gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad (*BS*) van 9 februari 2009 en werd gewijzigd door:

- wet van 28 april 2010 (*BS* 10 mei 2010); en
- wet van 2 juni 2010 (*BS* 14 juni 2010).

Er zijn tot op vandaag drie uitvoeringsbesluiten:

- koninklijk besluit van 27 maart 2009 tot vaststelling van de inwerkingtreding van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen (*BS* 31 maart 2009);
- koninklijk besluit van 30 september 2009 houdende vaststelling van de regels en barema's betreffende de erelonen en de kosten van de gerechtsmandatarissen en van de voorlopige bestuurders (*BS* 16 oktober 2009); en
- koninklijk besluit van 3 maart 2011 tot intrekking van de artikelen 9, 10, 23, 30 tot 34, 77 en 78 van het koninklijk besluit van 19 december 2010 tot uitvoering van artikel 84 van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen (*BS* van 17 maart 2011).

⁽³⁾ Gebaseerd op: vbo-feb.be/media/uploads/public/_custom/press/28_03_WCO_Cap_Vlaanderen.pdf.

⁽⁴⁾ Gebaseerd op de inzichten van Bart DE MOOR, Advocaat van het kantoor Taylor WESSING.

Binnen de WCO zijn er twee fasen te onderscheiden:

I. Preventieve fase en “Buitengerechtelijke” reorganisatie (Titel 2 en Titel 3 WCO)

- *Gegevensverzameling en handelsonderzoek* (art 8-12 WCO): de rechtbank van koophandel spoort schuldenaars in moeilijkheden op en probeert hen aan te zetten om een oplossing te vinden. Het doel is de schuldenaar bewustmaken van zijn problemen. Het gevoerde handelsonderzoek is vertrouwelijk;
- *Buitengerechtelijk minnelijk akkoord* (art. 15 WCO): de WCO biedt de mogelijkheid om op een informele wijze een akkoord te sluiten met de schuldeisers. De schuldenaar kiest vrij met wie hij een akkoord sluit (min. 2 schuldeisers) en welke afspraken worden gemaakt. Indien dit akkoord wordt neergelegd ter griffie, zullen de afspraken inzake betalingen in beginsel niet kunnen worden aangevochten door de curator, op grond van de artikelen 17, tweede lid en 18 van de Faillissementswet, in een eventueel navolgend faillissement. Het minnelijk akkoord is vertrouwelijk, niemand krijgt hiervan inzage, tenzij met toestemming van de schuldenaar. De rechtbank komt niet tussen bij dit akkoord, voor eventuele bijstand kan de schuldenaar beroep doen op een ondernemingsbemiddelaar. Voordelen zijn: vrijheid, vertrouwelijkheid, goedkoop;
- Een *ondernemingsbemiddelaar* (art. 13 WCO) kan worden aangesteld op verzoek van de schuldenaar om bijstand te verlenen bij het realiseren van de herstelmaatregelen (bv. het onderhandelen van een buitengerechtelijk minnelijk akkoord). De schuldenaar bepaalt de omvang en de duur van zijn opdracht in samenspraak met de rechtbank. Het gaat om een informele maatregel, die niet wordt gepubliceerd. De voordelen zijn: gezag en kennis van de bemiddelaar, vertrouwelijkheid, geringe kosten wegens gecibleerde opdracht; en
- De *gerechtsmandataris* aangesteld op grond van artikel 14 WCO kan worden beschouwd als een soort dringende voorlopige maatregel. Hij wordt aangesteld op verzoek van elke belanghebbende in geval van kennelijk grove fout van de schuldenaar of van zijn organen die de continuïteit van de onderneming in gevaar brengt. De opdracht van de gerechtsmandataris wordt bepaald door de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel en is gericht op de vrijwaring van de continuïteit van de onderneming.

II. Gerechtelijke reorganisatie (Titel 4 WCO)

De procedure van gerechtelijke reorganisatie wordt gekenmerkt door een opschorting van betaling voor welbepaalde periode (maximum 6 maanden, verlengbaar tot 18 maanden te rekenen vanaf opening procedure). Opschorting van betaling betekent dat de onderneming gedurende de procedure niet gedwongen kan worden om al bestaande schulden (= schulden die ontstaan zijn voor de opening van de procedure = schuldvorderingen in de opschorting) te betalen. De rechten van de schuldeisers worden dus sterk aan banden gelegd (*cf.* art. 30-37 WCO). De schuldenaar behoudt

wel de vrijheid om vrijwillig betalingen te doen, die eveneens noodzakelijk kunnen zijn voor de continuïteit van de onderneming ⁽⁵⁾.

223. De centrale doelstelling van de procedure van gerechtelijke reorganisatie is het waarborgen van de continuïteit van de onderneming of de ondernemingsactiviteit (art. 16 WCO).

Tijdens de opschortingsperiode worden de schuldenaar *drie alternatieven* geboden:

- *Gerechtelijk minnelijk akkoord* (art. 43 WCO): deze mogelijkheid lijkt sterk op het buitengerechtelijk minnelijk akkoord. De schuldenaar kiest vrij met wie hij een akkoord sluit (min. 2 schuldeisers) en welke afspraken worden gemaakt. Afspraken met betrekking tot betalingen kunnen niet in vraag worden gesteld door de curator, op grond van de artikelen 17, tweede lid en 18 van de faillissementswet, in een eventueel navolgend faillissement. Het hele proces verloopt echter onder toezicht van de rechtbank die het akkoord uiteindelijk ook vaststelt. De verschillen situeren zich bovendien op de mogelijkheid om uitsteltermijnen te laten opleggen door de rechtbank en de fiscale behandeling van kwijtscheldingen;
- *Collectief akkoord* (te vergelijken met het vroegere “gerechtelijk akkoord”, maar nu sterk versoepeld) (art. 44-58 WCO): bij een collectief akkoord dient de schuldenaar een reorganisatieplan op te stellen. Alle schuldeisers die worden geraakt door het reorganisatieplan, mogen over dit plan stemmen. Indien de meerderheid van de schuldeisers, die samen de meerderheid van de schuldvorderingen vertegenwoordigen, het reorganisatieplan goedkeurt en het reorganisatieplan door de rechtbank wordt gehomologeerd, is dit plan bindend voor alle schuldeisers. Deze herstelmaatregel maakt het mogelijk om bepaalde afspraken op te leggen aan de schuldeisers, die hier niet persoonlijk mee instemmen; en
- *Overdracht onder gerechtelijk gezag* (art. 59-70 WCO): Dit alternatief kan met instemming van de schuldenaar of op initiatief van de procureur des Konings, een schuldeiser of een belanghebbende worden aangewend. In beide gevallen wordt een gerechtsmandataris belast met de overdracht van (een deel van) de onderneming. De overdracht gebeurt zonder wezenlijke inspraak van de schuldenaar, het is de rechtbank die beslist aan wie en tegen welke prijs de overdracht zal plaatsvinden. Deze optie wordt algemeen beschouwd als een alternatief voor het faillissement, de schuldenaar zal in principe vereffend of failliet worden verklaard na de overdracht van (een gedeelte van) de onderneming.

224. Het is de bedoeling van de wetgever om de procedure van gerechtelijke reorganisatie toegankelijker te maken voor alle schuldenaars in moeilijkheden. De voorwaarden om de procedure te kunnen openen, zijn bijgevolg zeer soepel. Het volstaat dat er sprake is van een (toekomstige) bedreiging van continuïteit, bovendien is het feit dat men aan de faillissementsvoorwaarden voldoet geen bezwaar (art. 23 WCO). Om te kunnen gebruik maken van de procedure van gerechtelijke reorganisatie, dient de schuldenaar een verzoekschrift met een aantal stukken neer te leggen op de griffie van de rechtbank van koophandel.

⁽⁵⁾ Noot: Het is belangrijk te weten dat de curator **wel nog handelingen kan aanvechten op grond van artikel 17,1°, 17, 3° en artikel 20 van de Faillissementswet.**

Wanneer de procedure van gerechtelijke reorganisatie wordt geopend, blijft de schuldenaar in beginsel volledig beschikkingsbevoegd (tenzij er sprake is van een overdracht onder gerechtelijk gezag, de gerechtsmandataris is bevoegd voor de overdracht). Dit betekent dat in beginsel niemand in de plaats van of naast het bestuur van de schuldenaar komt te staan. Er is wel een algemene controle naar de gang van zaken en de correcte naleving van de procedurevoorschriften door de gedelegeerd rechter. De gedelegeerd rechter is een rechter (veelal een rechter in handelszaken) die wordt aangesteld door de rechtbank om verslag uit te brengen over het verloop van de procedure (art. 18-19 WCO).

225. Optioneel kan een gerechtsmandataris (art. 27 WCO) worden aangesteld die de schuldenaar bijstaat tijdens de procedure. In geval van overdracht onder gerechtelijk gezag wordt verplicht een gerechtsmandataris aangesteld (art. 60 WCO). In uitzonderlijke gevallen (bij kennelijk grove fout of kennelijk kwade trouw) kan de rechtbank beslissen om een voorlopige bestuurder aan te stellen; in dat geval is de schuldenaar niet meer beschikkingsbevoegd (art. 28 WCO).

HOOFDSTUK 1

INLEIDING

226. Het openbaar ministerie heeft heel wat kanalen om te weten welke ondernemingen het moeilijk hebben. De artikelen 8-12 wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen voorziet op het niveau van de rechtbank van koophandel het bestaan van *kamers voor handelsonderzoek* ⁽¹⁾.

Deze kamers volgen de toestand van de schuldenaren in moeilijkheden om de continuïteit van hun onderneming of hun activiteiten te bewerkstelligen en de bescherming van de rechten van de schuldeisers te verzekeren. Deze kamers organiseren de zogenaamde *knipperlichtprocedures*, wat er op neerkomt dat ze de probleembedrijven tijdig proberen op te sporen.

104

INLEIDING

227. Het is echter niet de bedoeling dat de rechtbank van koophandel als het ware detective speelt en naar eigen believen het doen en laten van iedere handelaar of vennootschap uitpluist ⁽²⁾. Mede daarom heeft de wetgever duidelijk omschreven welke informatie kan ingewonnen en verzameld worden en op welke wijze dat dient te gebeuren (artikel 9 tot en met 11 WCO).

Welke informatie wordt ingezameld? (De Koning kan deze lijst uitbreiden):

- de geprotesteerde wissels en orderbriefjes;
- verstekvonnissen lastens de schuldenaar;
- tegensprekelijke vonnissen waarbij de schuldenaar de hoofdsom niet betwist heeft;
- vonnissen waarbij de handelshuurovereenkomst wordt ontbonden lastens de huurder;
- RSZ achterstallen;
- BTW achterstallen; en
- achterstallige bedrijfsvoorheffing.

Het vergaren van deze informatie gebeurt door de griffie van de rechtbank van koophandel van het arrondissement waarin de schuldenaar zijn hoofdinrichting of maatschappelijke zetel heeft.

228. Indien uit de vergaarde gegevens voldoende signalen blijken dat de betrokken handelaar of vennootschap blijkbaar betalingsmoeilijkheden heeft, dan kan deze schriftelijk worden uitgenodigd om te verschijnen op een bepaalde dag (en uur) in de raadkamer voor een onderzoekend rechter (meestal een rechter in handelszaken,) voor een *handelsonderzoek* (art. 12 WCO). Dan wordt samen gezocht naar een realistische oplossing voor de problemen van betrokkene. Hij zal dan uitleg moeten verschaffen – uitleg die gestaafd moet worden door documenten – over het financiële reilen en zeilen van de onderneming. De betrokkene kan zich laten bijstaan door zijn advocaat en/of boekhouder.

Na deze uitleg te hebben gehoord, kan de onderzoekende rechter van oordeel zijn dat:

- er niets aan de hand is. Het dossier wordt (voorlopig) gesloten;

⁽¹⁾ Cf. www.tussenstap.be: “Ondernemers op een kruispunt”.

⁽²⁾ Cf. www.koophandelontgereg.be/html/handelsonderzoeken.html.

- het dossier moet opgevolgd worden. Hij stelt de zaak naar een latere datum teneinde betrokkene toe te laten bijkomende informatie te verschaffen, afbetalingsregelingen bij te brengen, enz.; en
- de situatie hopeloos is en dat betrokkene in staking van betaling verkeert. Hij zal betrokkene de raad geven de boeken neer te leggen of een verslag opstellen ten behoeve van de kamer voor handelonderzoek. Daar kan dan worden beslist dat het dossier aan de procureur des Konings moet worden overgemaakt teneinde een dagvaarding in faillissement uit te vaardigen.

Indien de oproepene echter niet komt opdagen en/of zich niet verantwoordt, kan het dossier uiteindelijk worden overgemaakt aan de procureur des Konings die vervolgens kan overgaan tot dagvaarding in faillissement.

229. Belangrijk om weten is dat dit handelonderzoek volledig geheim is. Dit wil zeggen dat enerzijds in principe niemand (behalve de procureur des Konings, betrokkene zelf en diens raadsman) inzage krijgt en/of kennis kan nemen van het eventueel bestaan van een dossier en anderzijds dat elke oproepene onder uitsluiting van enig publiek zal gehoord worden.

De procureur des Konings heeft toegang tot deze gegevens en krijgt een verslag van het handelonderzoek gevoerd door deze kamers. Hij kan op basis daarvan in actie komen. Ondernemers in moeilijkheden kunnen oproepen worden door die kamers om uitleg te verschaffen.

De criteria die deze kamers gebruiken voor de opsporing zijn bij elke rechtbank van koophandel anders. Zo zijn er sommige rechtbanken die intensief gebruik maken van de gegevens van het financieel informatiebureau Graydon en andere helemaal niet.

Het is wel officieel bepaald dat de griffie van de rechtbank van koophandel automatisch op de hoogte wordt gebracht van:

- veroordelende vonnissen waarbij de handelaar de gevorderde hoofdsom niet heeft betwist;
- handelaren die reeds twee kwartalen geen RSZ bijdragen, BTW of bedrijfsvoorheffing meer betaald hebben;
- beslissingen waarbij aannemers hun erkenning wordt geschorst, waardoor ze niet meer mogen meedoen aan overheidsopdrachten;
- onbetaalde of geprotesteerde wissels of orderbriefjes; en
- vonnissen die een einde maken aan een handelshuur of aan het beheer van een onderneming.

De gegevens worden bijgehouden ter griffie van de rechtbank van koophandel. Zelfstandigen kunnen er op elk ogenblik ter plaatse kennis van nemen. Schuldeisers kunnen foutieve gegevens over zichzelf laten corrigeren.

230. De wet *continuïteit ondernemingen (WCO)* van 30 januari 2009 beoogt ondernemingen in moeilijkheden maximale kansen te geven om de moeilijkheden te overwinnen en de onderneming of een onderdeel ervan te redden en het faillissement te vermijden ⁽³⁾.

De wet op de continuïteit van de ondernemingen is vanaf 1 april 2009 in de plaats gekomen van de wet op het gerechtelijk akkoord. De oude wet op het gerechtelijk akkoord bleek geen oplossing te bieden, aangezien deze te duur en te log was. Eén van de punten van kritiek op de wet op het gerechtelijk akkoord (de voorganger van de WCO) was immers dat de kosten van de commissaris inzake opschorting moesten worden gedragen door de onderneming in moeilijkheden. De figuur van de commissaris inzake opschorting bestaat niet meer in de WCO en is vervangen door een gedelegeerd rechter die optreedt tijdens de gerechtelijke reorganisatie en betaald wordt door Justitie (en dus niet door de onderneming). Voor kleine ondernemingen was de commissaris inzake opschorting ondraaglijk duur, voor grote ondernemingen was hij onvoldoende nuttig.

Er is lang gewerkt aan de wetgeving en er werd rekening gehouden met enkele onopgeloste kwesties van de wet op het gerechtelijk akkoord. Die wet op het gerechtelijk akkoord bestond vanaf 1998 en had eigenlijk dezelfde bedoeling als de wet op de continuïteit van de ondernemingen, maar werd nooit als een succes beschouwd ⁽⁴⁾.

231. De nieuwe WCO is een stuk laagdrempeliger en vergemakkelijkt bijvoorbeeld:

- de mogelijkheden om tot een akkoord te komen met de schuldeisers;
- zo kan er relatief eenvoudig een periode van enkele maanden (maximum 6 maanden ⁽⁵⁾, verlengbaar tot 18 maanden) bescherming tegen de schuldeisers bekomen worden. Tijdens die ‘opschorting van betaling’ kan men verder werken aan het herstel van de onderneming, zonder het voortdurend dreigende gevaar van een dagvaarding, beslag of faillissement. Door de opschorting van betaling moet men de schuldeisers niet meer betalen (men kan dat vrijwillig wel nog doen), terwijl de schuldeisers niet kunnen overgaan tot uitvoering van hun vordering (via beslag, enz.). Er is dus een tijdelijke bescherming tegen de schuldeisers. Voor gezonde ondernemingen betekent dat heel concreet een aanzienlijk grotere overlevingskans; en
- de overdracht van ondernemingen in moeilijkheden “*in going concern*”, dus als draaiende economische entiteit, wat een hogere waarde oplevert en minder schade veroorzaakt.

⁽³⁾ Overgenomen van de Rechtbank van Koophandel Dendermonde: zie website: <http://www.rechtbankkoopchandeldendermonde.be/wco.html>

⁽⁴⁾ Het ontwerp van WCO werd definitief goedgekeurd op 15 januari 2009. De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen werd op 9 februari 2009 in het Belgisch Staatsblad gepubliceerd en trad op 1 april van hetzelfde jaar in werking. “*Uiteindelijk waren er twee regeerperiodes, drie expertgroepen en drie ministers van Justitie nodig om het gerechtelijk akkoord te hervormen*”, dixit Stefaan DE CLERCQ, minister van Justitie toen de WCO werd goedgekeurd. Dit bewijst het weloverwogen evenwicht tussen de verschillende belangen, waarop de WCO steunt.

⁽⁵⁾ In de praktijk meestal minder dan 6 maanden.

232. De WCO valt uiteen in *twee mogelijke procedures*:1) *Gerechtelijke procedure*

De gerechtelijke procedure, ook wel ‘*gerechtelijke reorganisatie*’ genoemd, valt uiteen in drie mogelijkheden:

- het sluiten van een *minnelijk akkoord* met één of meerdere schuldeisers;
- het sluiten van een *collectief akkoord*; en
- de *overdracht* van het geheel of een deel van de onderneming *onder rechterlijk gezag*.

2) *Buitengerechtelijke procedure*

De WCO laat toe om een *minnelijk akkoord* te zoeken met de schuldeisers zonder dat de rechter er bij betrokken is.

233. Deze verschillende scenario’s zijn in vergelijking met een faillissement per definitie voordeliger. In elk geval krijgen zowel ondernemers als de rechtbank meer speelruimte om bedrijven in nood te redden.

Als ondernemer van een bedrijf in moeilijkheden moet je ook met deze nieuwe wet een aantal innerlijke drempels overwinnen. Je moet vooreerst inzien dat je bedrijf er slecht aan toe is en ten slotte aanvaarden dat anderen merken dat je onderneming dreigt te mislukken. In bepaalde scenario’s moet je aanvaarden dat de rechtbank over de schouder meekijkt als een onderneming in de problemen zit.

Al deze mogelijkheden komen verder uitgebreider aan bod.

HOOFDSTUK 2

WIE KAN GEBRUIK MAKEN VAN DE WCO?⁽¹⁾

⁽¹⁾ Cf. www.tussenstap.be: “Ondernemers op een kruispunt”.

234. De wet staat zowel open voor natuurljke personen als voor rechtspersonen (vennootschappen).

Toch zijn er vele uitzonderingen.

Binnen de *natuurljke personen* staat de wet enkel open voor natuurljke personen die handelaar zijn (de zogenaamde 'eenmanszaken'). De volgende categorieën van natuurljke personen kunnen dus geen gebruik maken van de wet, ook al hebben ze zware financiële problemen, omdat ze juridisch gezien geen 'handelaar' zijn:

- vrije beroepers (advocaten, geneesheren, enz.); en
- landbouwers (dit ligt wel ter discussie).

Indien zij geconfronteerd worden met onoverkomelijke schulden, kunnen ze eventueel een beroep doen op de collectieve schuldenregeling.

Binnen de *vennootschappen* staat de wet open voor:

- vennootschappen met een commercieel doel (zogenaamde "handelsvennootschappen");
- burgerlijke vennootschappen met een handelsvorm; en
- landbouwvennootschappen.

Enkel de vrije beroepen die uitgeoefend worden onder de vorm van een burgerlijke vennootschap (bijvoorbeeld een dokter, apotheker, advocaat, enz. die zijn activiteiten in een BVBA heeft ondergebracht) komen niet in aanmerking.

HOOFDSTUK 3

DE GERECHTELIJKE PROCEDURE

3.1. ALGEMEEN

235. De procedure gerechtelijke reorganisatie werd door de wetgever opgevat vanuit de optiek dat bij de opening van de procedure de ondernemer *verschillende keuzes* kan maken en de overschakeling van de ene keuze naar de andere vlot moet verlopen ⁽¹⁾.

De doelstelling van de procedure rechterlijke reorganisatie kan zijn:

- *minnelijk akkoord* bereiken met de schuldeisers (= optie 1);
- *collectief akkoord* of ‘reorganisatieplan’ bereiken (over maximaal 5 jaar) (= optie 2); en
- een gehele of gedeeltelijke *overdracht onder gerechtelijk gezag* van de onderneming of haar activiteiten aan een derde (= optie 3).

236. De keuze van het doel van de procedure dient niet van bij de aanvraag te gebeuren. Als de aanvraag dringend is, kan men ze eerst indienen en pas vervolgens, met kennis van zaken, een keuze doen voor het verdere verloop ⁽²⁾.

Het is ook mogelijk één of meerdere van de drie opties te combineren. Zo kan men bijvoorbeeld voor de ene bedrijfsactiviteit kiezen voor een overdracht en voor de andere een reorganisatieplan.

Tijdens de opschorting kan men ook veranderen van de ene optie naar een andere ⁽³⁾. Het is wel de rechtbank die toestemming moet geven om door te gaan met een andere optie. Indien de rechtbank akkoord is kan men bijvoorbeeld na het mislukken om tot een “minnelijk akkoord” te komen een reorganisatieplan of een overdracht proberen.

237. In tegenstelling tot het vroegere gerechtelijk akkoord en het faillissement, blijft het bestuur van de vennootschap onverminderd in functie. De rechtbank stelt geen mandataris (curator, commissaris inzake opschorting of bewindvoerder) aan die zich actief met het bestuur van de vennootschap inlaat. De wetgever heeft het “*debtor in possession*” – principe gehuldigd waarbij de vennootschap haar eigen boontjes blijft doppen en zelf haar verantwoordelijkheden moet opnemen ⁽⁴⁾. De rechtbank kent de opschorting toe, maar de reorganisatie gebeurt door de schuldenaar. Slechts in uitzonderlijke gevallen of indien de vennootschap het zelf vraagt, stelt de rechtbank een gerechtsmandataris aan.

Wie de voorbije drie jaar ook al eens naar de rechtbank stapte, kan onder de gerechtelijke procedure enkel nog aan een overdracht werken.

⁽¹⁾ D. CALLENS, “Nieuwe wet continuïteit van de ondernemingen”, in *Polsslag*, VKW Metena, 19 maart 2009.

⁽²⁾ B. DE MOOR, Ph. DE WULF, S. DIELS en V. VAN STEENKISTE, “Aandachts- en actiepunten voor het bestuur van een onderneming bij dreigende insolventie”, *DAOR* 2010, p. 125.

⁽³⁾ Bijvoorbeeld van een minnelijk naar een collectief akkoord, maar niet van een collectief naar een minnelijk akkoord.

⁽⁴⁾ B. DE MOOR, Ph. DE WULF, S. DIELS en V. VAN STEENKISTE, “Aandachts- en actiepunten voor het bestuur van een onderneming bij dreigende insolventie”, *DAOR* 2010, p. 125.

238. De procedure is dus opgevat als een portaal waarbij aan de ondernemer verschillende opties ter beschikking worden gesteld voor het doorvoeren van een reorganisatie. Eens de procedure geopend, kan er niet meer worden uitgevoerd voor schulden ontstaan vóór het openen van de procedure. Maar een reële executie blijft nog steeds mogelijk (bijvoorbeeld de uitdrijving van een huurder).

239. Eén van de voornaamste oorzaken van het dalende aantal aanvragen in de oude wetgeving van het gerechtelijk akkoord bleken de fiscale onzekerheden te zijn. Teneinde deze regeling van gerechtelijke procedures te doen bijdragen tot de succesvolle herstructurering van bedrijven heeft de wetgever deze *fiscaal neutraal*⁽⁵⁾ gemaakt. Een schuldvermindering in hoofde van de schuldenaar wordt immers normaal gezien als een opbrengst aangemerkt en bijgevolg opgenomen in de belastbare basis. Nu wordt een fiscale vrijstelling ingevoerd voor de opbrengst die een onderneming in moeilijkheden realiseert wanneer haar schuld wordt verminderd in het kader van een gerechtelijke procedure.

113

DE GERECHTELIJKE PROCEDURE

3.2. DE VERSCHILLENDE FASEN VAN DE GERECHTELIJKE PROCEDURE

240. *Opening van de procedure* is mogelijk zodra de continuïteit van de onderneming onmiddellijk of op termijn bedreigd is. Een oplossing dient er nog niet te zijn. De goede trouw is niet langer een voorwaarde voor de procedure te openen. De staat van virtueel faillissement sluit niet uit dat de procedure kan worden geopend. Vanuit het oogpunt van waardebehoud kan men dus ook een virtueel failliete onderneming toelaten tot de reorganisatie, al was het maar om een onderdeel ervan via overdracht in *going concern* te behouden. Het is de schuldenaar die de leefbaarheid van een economische activiteit (door hem zelf of door een derde) moet aantonen. Daarbij moet niet diepgaand worden geanalyseerd of de onderneming leefbaar is, maar moet wel nagekeken worden of er een minimale kans blijft om de activiteit opnieuw op te starten.

241. De procedure wordt ingeleid door een *verzoekschrift* om een gerechtelijke reorganisatie te vragen aan de rechtbank ondertekend door de schuldenaar of door zijn advocaat. De wetgever somt de stukken op die bij het verzoekschrift dienen te worden gevoegd. Bij het verzoekschrift moeten alle documenten worden gevoegd die de rechtbank een zicht verschaffen over de financiële toestand (balans, jaarrekening, enz.).

Hoewel de wetgever inzake de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen niet overdreven formalistisch heeft willen zijn, neemt dit niet weg dat de jaarrekeningen, die de werkelijke spiegel van de vennootschap zijn, deel uitmaken van de onontbeerlijke stukken die moeten worden gevoegd bij de neerlegging van het verzoekschrift tot gerechtelijke reorganisatie. Bij ontstentenis van deze rekeningen is elke

⁽⁵⁾ D. CALLENS, “Nieuwe wet continuïteit van de ondernemingen”, in *Polsslag*, VKW Metena, 19 maart 2009.

oplossing voor de moeilijkheden van de onderneming in het kader van een reorganisatie illusoir en is het verzoek tot gerechtelijke reorganisatie niet ontvankelijk ⁽⁶⁾.

Om te verhinderen dat ondernemingen moeten wachten tot zij alle documenten hebben verzameld, krijgen zij voor documenten die meer tijd vragen (overzicht van alle schuldeisers, enz.) een extra termijn van veertien dagen. Wanneer deze stukken evenwel binnen deze termijn niet ingediend worden, kan de rechtbank de procedure stopzetten.

242. De voorzitter van de rechtbank wijst onmiddellijk na de neerlegging van het verzoekschrift *een gedelegeerd rechter* aan: een beroepsmagistraat, de Voorzitter uitgezonderd of een rechter in handelszaken. De eerste opdracht van deze rechter bestaat erin om bij de rechtbank verslag uit te brengen over de ontvankelijkheid en de gegrondheid van het verzoekschrift, toezien op de procedure en de toestand van de onderneming in moeilijkheden en over elk element dat nuttig is voor de beoordeling. De gedelegeerd rechter wordt vergoed door Justitie (en dus niet door de onderneming in moeilijkheden).

De rechtbank behandelt de zaak in raadkamer binnen de 10 dagen na neerlegging van het verzoek. Een vonnis komt er binnen de acht dagen. Tijdens die periode van maximaal achttien dagen, ben je als ondernemer beschermd tegen een faillissement, tegen beslagen en tegen je schuldeisers.

243. De rechtbank zal de opschorting maar toekennen indien aan twee voorwaarden is voldaan:

- de continuïteit van de onderneming is in het gevaar (heden) of dreigt te komen (op termijn) ⁽⁷⁾;
- de neerlegging van een verzoekschrift met de vereiste bijlagen.

Om gebruik te maken van een procedure van gerechtelijke reorganisatie volstaat het dat *de continuïteit van de onderneming, onmiddellijk of op termijn, bedreigd is*, volgens de beoordeling van de schuldenaar en dat de procedure een element van oplossing kan aanreiken voor het behoud of de (volledige of gedeeltelijke) heropstart van de economische activiteit.

De beoordelingsbevoegdheid van de rechter is dan ook beperkt tot het louter vaststellen van de continuïteitsbedreiging. De rechtbank moet geen beoordeling geven over het vermogen van de schuldenaar om de continuïteit van zijn onderneming tijdens de opschortingsperiode concreet te kunnen waarborgen. De rechtspraak is op dat punt redelijk unaniem.

⁽⁶⁾ M. VANMEENEN, “Wet continuïteit ondernemingen – 30 maanden praktijkervaring: overzicht van rechtspraak”, oktober 2011, 18 p.

⁽⁷⁾ Dit wil zeggen:

- a) de onderneming is in staat van continuïteit. Het weze duidelijk dat indien er geen continuïteit is, deze ook niet kan bedreigd zijn; en
- b) de continuïteit is bedreigd.

Cf. F. TAILDEMAN, *Handleiding van de gedelegeerd rechter*, Editie 2011, Brussel, Unixel NV, 2011, p. 24-27.

In praktijk, door deze beperkte appreciatiemarge van de rechtbank, blijkt meer dan 90 % van de verzoeken als gegrond wordt beoordeeld ⁽⁸⁾.

244. Indien deze voorwaarden tot opening van de procedure vervuld zijn, verklaart de rechtbank *procedure van gerechtelijke reorganisatie geopend* en bepaalt ze de duur van de opschorting, die niet langer mag zijn dan zes maanden (uitzonderlijk verlengbaar tot 18 maanden).

In praktijk is deze termijn veelal korter (twee tot vier maanden). De mediaan ligt voor alle vonnissen van opschorting die vielen in 2009 op 172 dagen, voor de vonnissen in 2010 ligt de mediaan op 151 dagen en voor de vonnissen in 2011 daalde de mediaan verder tot 122 dagen. Voor wat betreft de 356 cases waarvan een eerste vonnis van opschorting viel voor einde maart 2012, ligt diezelfde mediaan op 119 dagen ⁽⁹⁾. Deze trend is aanwezig in alle regio's, maar vooral de Vlaamse rechtbanken blijken zeer kort op de bal te spelen. Deze waarnemingen bevestigen duidelijk een tendens waarbij de rechtbanken – in het bijzonder voor minder degelijke dossiers – invloed proberen uit te oefenen op het verloop ervan, door de betrokkenen kortere opschortingsperiodes toe te kennen.

245. In de periode van gerechtelijke reorganisatie is de *schuldenaar beschermd tegen de schuldeisers*, dit wil zeggen:

- er kan geen enkele tenuitvoerlegging (beslag en openbare verkoop) worden gestart of voortgezet, noch op de roerende noch op de onroerende goederen;
- de onderneming kan niet failliet verklaard worden;
- een vennootschap kan gerechtelijk niet worden ontbonden en vereffend.

246. De wetgever heeft rekening gehouden met de *rechten van de schuldeisers* door de schuldenaar en de griffie te verplichten om hen in diverse stadia van de procedure op de hoogte te brengen (opening, wijzigingen van de doelstelling, oproeping voor de stemmingsvergadering van schuldeisers, enz.), hetzij door een kennisgeving, hetzij door publicaties in de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad.

247. De onderneming dient binnen de 14 dagen na het vonnis alle schuldeisers individueel op de hoogte te brengen van de opening van de gerechtelijke procedure, met vermelding van volgende gegevens:

- a. de naam
 - *indien een natuurlijke persoon*: de naam, de voornamen, de plaats en datum van geboorte, de aard van de voornaamste handelsactiviteit evenals de benaming waaronder die activiteit wordt uitgeoefend, het adres evenals de plaats van de hoofdinrichting en het ondernemingsnummer van de schuldenaar in de Kruispuntbank van ondernemingen;

⁽⁸⁾ “Enkele praktijk problemen met betrekking tot ondernemingen in moeilijkheden”, 16 december 2009, Studieavond gepresenteerd door de master studenten Grondige studie Insolventierecht, Universiteit Antwerpen.

⁽⁹⁾ GRAYDON BELGIUM, “Wet op de continuïteit van de ondernemingen: *round-up* na 3 jaar werking” in *Foro Unie der Rechteren in Handelszaken van België*, 2012/2, p. 5-17.

- *indien een vennootschap*: de naam, de rechtsvorm, de aard van de uitgeoefende handelsactiviteit alsmede de benaming waaronder die activiteit wordt uitgeoefend, de zetel van de vennootschap alsmede de plaats van de hoofdinrichting en het ondernemingsnummer.
- b. de datum van het vonnis dat de procedure van gerechtelijke reorganisatie opent en de rechtbank die het heeft gewezen;
- c. de naam en de voornamen van de gedelegeerd rechter en in voorkomend geval, van de gerechtsmandataris die de schuldenaar bijstaat of van de voorlopige bestuurder, met hun adres;
- d. de einddatum van de opschorting en in voorkomend geval, de plaats, dag en uur bepaald om uitspraak te doen over een verlenging ervan; en
- e. in voorkomend geval en indien de rechtbank ze al kan vaststellen, de voor de stemming en de beslissing over het reorganisatieplan vastgestelde plaats, dag en uur.

248. Merk op, dat door de aanvang van de gerechtelijke procedure, alle lopende overeenkomsten verder blijven bestaan. Toch kan een onderneming beslissen om lopende overeenkomsten niet meer uit te voeren ($\neq$ verbreken) tijdens de opschorting indien ze oordeelt dat dit nodig is in functie van het herstel of de overdracht van de onderneming. Die schuldeisers moeten dan wel behoorlijk worden verwittigd en hebben eventueel recht op een schadevergoeding. De schuldeisers kunnen ook het contract eventueel zelf verbreken.

249. Indien de aanvraag tot *gerechtelijke reorganisatie wordt geweigerd*, kan men hoger beroep instellen (verzet aantekenen is echter niet mogelijk). Er is wel een bindende termijn van acht dagen (vanaf de kennisgeving van de afgewezen vordering) waarbinnen dit moet gebeuren. Tot aan de uitspraak in hoger beroep blijft de onderneming beschermd tegen de schuldeisers.

3.3. GERECHTELIJKE REORGANISATIE DOOR EEN MINNELIJK AKKOORD (OPTIE 1) ⁽¹⁰⁾

250. De ondernemer kan er voor opteren om onder toezicht van de gedelegeerd rechter een minnelijk akkoord te bereiken met minstens twee schuldeisers. Indien men effectief tot een akkoord komt, zal de rechtbank vervolgens de sluiting van de gerechtelijke reorganisatie bevelen. Het bereikte akkoord is bindend zolang het niet volgens het algemeen verbintenissenrecht beëindigd is.

251. Volgende *stappen in een minnelijk akkoord* zijn gebruikelijk:

- de schuldenaar bepaalt dus zelf met welke schuldeisers hij een minnelijk akkoord wil nastreven/afsluiten;
- de schuldenaar legt een (betalend) verzoekschrift neer bij de bevoegde rechtbank van koophandel om het minnelijk akkoord met zijn schuldeisers te laten bekrachtigen (= bevestigen);

⁽¹⁰⁾ Art. 43 WCO.

- de rechtbank benoemt meteen een gedelegeerd rechter. Deze zal een verslag opstellen ten behoeve van de rechtbank waarin hij een economisch-juridische analyse maakt met betrekking tot de aanvraag van het bedrijf;
- de schuldenaar wordt uitgenodigd om ter zitting zijn verzoek toe te lichten;
- de rechtbank onderzoekt de regelmatigheid van het verzoek van de schuldenaar. Zij kan de aanvraag inwilligen (zij kent dan een opschorting van doorgaans drie tot vier maanden tot maximaal zes maanden toe) of verwerpen;
- de schuldenaar wordt door de rechtbank in kennis gesteld van de uitspraak (= het vonnis). Veelal zal het vonnis (bij uittreksel = in verkorte versie) niet alleen in het Belgisch Staatsblad gepubliceerd worden maar ook door de schuldenaar ter kennis worden gebracht aan zijn schuldeisers;
- de schuldenaar kan de rechtbank door middel van een nieuw (betalend) verzoekschrift vragen om een eerder toegekende opschorting te verlengen. De rechtbank spreekt zich daarover uit in een vonnis. In geval van een verlenging heeft de rechtbank een volledig toetsingsrecht. Zij is niet langer gehouden te oordelen op basis van de kadering van de continuïteit;
- wanneer geen verlenging wordt gevraagd, komt in principe een einde aan de procedure door het verstrijken van de toegekende termijn (= opschorting).

117

DE GERECHTELIJKE PROCEDURE

252. De *voordelen* van een gerechtelijke reorganisatie door minnelijk akkoord zijn de volgende ⁽¹¹⁾:

- de ondernemer blijft beschikkingsbevoegd en behoudt dus het beheer van de onderneming. De rechtbank houdt wel een oogje in het zeil en controleert;
- de rechtbank kan je te hulp komen door “gematigde betalingstermijnen” (art. 1244 B.W.) te verlenen. Deze toegestane termijnen verbinden de schuldeisers die partij zijn bij het minnelijk akkoord. De rechtbank kan schuldeisers die aanvankelijk niet zo meegaand zijn dwingen wat uitstel te verlenen aan de ondernemer;
- de start van de gerechtelijke reorganisatie zorgt ervoor dat je voor maximaal zes maanden (verlengbaar tot achttien maanden) bescherming geniet tegen de schuldeisers. Door de opschorting van betaling moet je de schuldeisers niet meer betalen (je mag dat wel vrijwillig doen), terwijl de schuldeisers niet kunnen overgaan tot uitvoering van hun vordering (via beslag, enz.);
- nieuwe schuldvorderingen in het kader van een minnelijk akkoord, worden later boedelschulden in een faillissement (art. 37 WCO); en
- vrijheid.

253. De *nadelen* van een gerechtelijke reorganisatie door minnelijk akkoord zijn de volgende:

- publiciteitsvereiste: er is een publicatie voorzien in het Belgisch Staatsblad, dus iedereen (klanten, kredietverstrekkers, enz.) kan te weten komen dat er een gerechtelijke reorganisatie werd aangevraagd;

⁽¹¹⁾ “Enkele praktijk problemen m.b.t. ondernemingen in moeilijkheden”, 16 december 2009, Studieavond gepresenteerd door de master studenten Grondige studie Insolventierecht, Universiteit Antwerpen.

- je bent afhankelijk bent van de goede wil van je schuldeisers. Met deze optie is er, in tegenstelling tot optie 2, het collectief akkoord, geen druk mogelijk om de schuldeisers te verplichten een deel van hun vordering te laten vallen; en
- procedurekosten.

3.4. GERECHTELIJKE REORGANISATIE DOOR EEN COLLECTIEF AKKOORD (OPTIE 2) ⁽¹²⁾

254. De ondernemer kan ervoor opteren om onder toezicht van de gedelegeerd rechter een akkoord te bereiken met al haar schuldeisers. Als ondernemer moet je een (*reorganisatie*)plan opstellen om binnen maximaal vijf jaar de schulden geheel of gedeeltelijk af te betalen. Dat plan kan je opstellen tijdens de periode dat je opschorting van betaling hebt bekomen. Als dat plan wordt aanvaard en uitgevoerd, blijft de onderneming bestaan en worden de eventuele resterende schulden kwijgescholden.

255. Minstens veertien dagen vóór die stemmingszitting moet de onderneming dat reorganisatieplan ter griffie neerleggen. Het plan wordt door de schuldenaar opgemaakt en omvat twee gedeelten: een beschrijvend en een bepalend gedeelte.

a) *het beschrijvend gedeelte*

- beschrijft de staat van de onderneming;
- de moeilijkheden die ze ondervindt en de middelen waarmee zij deze wil verhelpen;
- het bevat een verslag over de betwistingen van schuldvorderingen dat opgesteld wordt door de schuldenaar en dat de belanghebbenden kan inlichten over de omvang en hun grondslag ervan; en
- het omschrijft nader hoe de schuldenaar de rendabiliteit van de onderneming zal herstellen.

b) *het bepalend gedeelte*

- de maatregelen om de schuldeisers (gedeeltelijk) te voldoen, met de betalingstermijnen en de voorgestelde verminderingen op de schuldvorderingen (in kapitaal en interest).

Voor de uitwerking van het bepalend gedeelte van het plan, wilde de wetgever een grote vrijheid laten met betrekking tot de inhoud en de voorstellen die aan de schuldeisers kunnen worden voorgelegd. Bij het uitwerken van het plan wil de schuldenaar immers proberen de voorwaarden te scheppen om de onderneming te redden, de schuldeisers te voldoen, tegemoet te komen aan de verwachtingen van het personeel, van de aandeelhouders, van de leveranciers.

⁽¹²⁾ Art. 44 e.v. WCO.

256. De rechtbank zal een datum vastleggen wanneer er moet *gestemd* worden over het reorganisatieplan. Het plan zal goedgekeurd zijn als de meerderheid van de aanwezige schuldeisers die met hun onbetwiste of voorlopig aanvaarde schuldvorderingen (minstens) de helft van alle in hoofdsom verschuldigde bedragen vertegenwoordigen, hun akkoord geeft. Schuldeisers (en hun schuldvorderingen) die niet aan de stemming deelnemen, komen niet in aanmerking voor de berekening van de meerderheden.

Een reorganisatieplan wordt goedgekeurd bij stemming tijdens de zitting. Schuldeisers dienen in persoon of bij advocaat aanwezig te zijn of door een geldige volmacht te worden vertegenwoordigd. Een akkoordverklaring *inter partes* ⁽¹³⁾ geldt niet als een geldige stem ter zitting. Er zijn geen twee stembeurten voor hetzelfde reorganisatieplan ⁽¹⁴⁾.

257. Bij een gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord wordt elke schuldeiser door de schuldenaar op de hoogte gebracht van het bedrag van zijn schuldvordering en van de hoedanigheid ervan. Wanneer de schuldeiser niet akkoord is met deze informatie, moet hij zelf het initiatief nemen om de betwisting voor de rechtbank te brengen. De WCO bepaalt niet binnen welke termijn die betwisting moet worden ingediend. Het is dus in het belang van de schuldeisers na te gaan of de lijst met schuldvorderingen in de opschorting correct is. Immers, alle schuldeisers op wie het plan een weerslag heeft, hebben stemrecht en hun schuldvordering wordt gebruikt voor de berekening van de meerderheden die vereist zijn om het reorganisatieplan goed te keuren.

Artikel 53 WCO voorziet dat de griffie de schuldeisers inlicht en oproept, maar de termijn om het reorganisatieplan te raadplegen is veel te kort en men stelt dat de informatie die aan de schuldeisers wordt bezorgd en de wijze van de oproeping die naar hen wordt gestuurd, niet doeltreffend genoeg zijn.

258. Een bijkomende bezorgdheid van de schuldeisers betreft de juistheid van het reorganisatieplan dat de schuldenaar ter beschikking stelt. De schuldeisers moeten de zekerheid krijgen dat het plan dat de schuldenaar naar hen stuurt, wel degelijk hetzelfde is als het plan dat hij op de griffie heeft neergelegd. Op dat punt is er een controle nodig. Mogelijk zou de gedelegeerd rechter een dergelijke controle kunnen uitvoeren. Hoe dit echter dient te worden gecontroleerd, blijft op heden onduidelijk.

259. In geval van *aanhoudende onenigheid* over het bedrag van de schuldvorderingen wordt het bedrag dat door de schuldenaar wordt opgegeven, in het reorganisatieplan opgenomen, tenzij de schuldeiser dit in rechte betwist. De schuldeisers zouden hierover duidelijk moeten worden geïnformeerd.

De WCO stelt geen gelijke behandeling van de schuldeisers in, maar voorziet wel in een gelijke behandeling per categorie van schuldeisers. Strikte gelijkheid is niet op haar plaats in de WCO, aangezien het de bedoeling is een faillissement te voorkomen, wat bij een strikte gelijkheid niet zou kunnen.

⁽¹³⁾ *inter partes* : tussen partijen.

⁽¹⁴⁾ M. VANMEENEN, “Wet continuïteit ondernemingen – 30 maanden praktijkervaring: overzicht van rechtspraak”, oktober 2011, 18 p.

Ten slotte worden de schuldvorderingen opgenomen zonder intresten of schadebedingen. De schuldeisers weten dat vaak niet en het is nergens vermeld.

260. Na de goedkeuring door de schuldeisers moet de rechtbank het *plan homologeren* binnen de veertien dagen na de zitting en in elk geval voor de vervaldag van de opschorting. Na de homologatie is de reorganisatieprocedure afgesloten en is het plan bindend voor alle schuldeisers, dus ook zij die niet aan de stemming hebben deelgenomen of tegen hebben gestemd.

Er is geen reden om de homologatie van een plan te weigeren wanneer het onderscheid tussen categorieën van schuldeisers berust op een niet-arbitrair criterium en het plan geen onevenredige en abusieve differentiatie verwezenlijkt. Strategische schuldeisers voorrang geven maakt op zich geen misbruik uit ⁽¹⁵⁾. Het gelijkheidsbeginsel tussen de schuldeisers is van dwingend recht, doch niet van openbare orde. Een herstelplan kan en mag dus in een gedifferentieerde regeling voorzien van bepaalde categorieën van schulden, inzonderheid op grond van hun omvang en hun aard. Hoewel dus principieel verdedigbaar, kan men zich soms vragen stellen bij de soms wel zeer verregaande benadeling van de ene groep schuldeisers ten opzichte van de andere.

Artikel 55 WCO luidt: *“De homologatie kan slechts geweigerd worden in geval van niet-naleving van de pleegvormen door deze wet opgelegd of wegens schending van de openbare orde. Ze kan niet aan enige voorwaarde onderworpen worden die niet in het plan vervat is noch er enige wijziging in aanbrengen”*. De wetgever heeft dus gemeend dat het niet wenselijk is dat de rechtbank de economische leefbaarheid van het reorganisatieplan beoordeelt en bijgevolg is het enkel aan de schuldeisers om zich bij de stemming over dit punt uit te spreken.

De rechtbank van koophandel te Tongeren ⁽¹⁶⁾ heeft geweigerd om het plan van een vennootschap te homologeren omdat de lijst van schuldeisers in de opschorting onvolledig en onjuist was, zodat er geen enkele waarborg was dat alle schuldeisers wel waren opgeroepen; de onjuistheid van het bedrag van de schuldvordering dat in het plan is opgenomen, is daarentegen geen grond om het plan niet te homologeren wegens schending van de WCO.

261. Het vonnis wordt bij uittreksel in het Belgisch Staatsblad binnen een termijn van 5 dagen bekendgemaakt door toedoen van de griffier (art. 26, §1).

262. Elke schuldeiser kan de *intrekking van het reorganisatieplan* vorderen wanneer het niet stipt wordt uitgevoerd. Indien het plan niet correct wordt uitgevoerd en wanneer hij kan aantonen dat hij hierdoor schade lijdt, kan elke schuldeiser vragen om het plan in te trekken.

⁽¹⁵⁾ M. VANMEENEN, “Wet continuïteit ondernemingen – 30 maanden praktijkervaring: overzicht van rechtspraak”, oktober 2011, 18 p.

⁽¹⁶⁾ Kh. Tongeren, 15 maart 2010, *TBH* 2010/6 met noot M. VANMEENEN “Communicatie- en informatietekorten binnen de wet continuïteit ondernemingen: de schuldeisers blijven te vaak in de kou staan”, p. 551.

De procureur des Konings kan eveneens de intrekking vorderen wanneer hij de niet-uitvoering van het geheel of een gedeelte van het plan vaststelt.

Het vonnis dat het plan intrekt, wordt bij uittreksel bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad door toedoen van de griffier. De schuldenaar deelt de inhoud van dit uittreksel mee aan al zijn schuldeisers.

De intrekking van het reorganisatieplan ontnemt het elke uitwerking, behoudens wat betreft de reeds uitgevoerde betalingen en verrichtingen, onder meer de reeds verrichte overdracht van het geheel of een gedeelte van de onderneming of van haar activiteiten.

263. De *voordelen* van een gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord zijn de volgende:

- bepaalde schuldeisers die niet toegeeflijk zijn, kunnen worden weggestemd en zodoende toch gebonden zijn aan het plan;
- de ondernemer blijft beschikkingsbevoegd en behoudt dus de controle van de onderneming;
- de start van de gerechtelijke reorganisatie zorgt er voor dat men voor maximaal zes maanden (verlengbaar tot 18 maanden) bescherming geniet tegen de schuldeisers. Door de opschorting van betaling moet men de schuldeisers niet meer betalen (je mag dat wel vrijwillig doen), terwijl de schuldeisers niet kunnen overgaan tot uitvoering van hun vordering (via beslag, enz.); en
- het plan kan een heel uiteenlopende resem maatregelen bevatten: verminderingen van schuldvorderingen, omzetting van schuldvorderingen in aandelen, een verschil in behandeling tussen de verschillende soorten schuldvorderingen, opschorting van de uitoefening van bepaalde rechten, enz.

264. De *nadelen* van een gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord zijn de volgende ⁽¹⁷⁾:

- het stemgedrag van de schuldeisers over het plan valt soms voorafgaandelijk moeilijk in te schatten. In de praktijk echter, beschikt de schuldenaar over de nodige meerderheid door bekomen volmachten;
- publiciteitsvereiste: er is een publicatie voorzien in het Belgisch Staatsblad, dus iedereen (klanten, kredietverstrekkers, enz.) kan te weten komen dat er een gerechtelijke reorganisatie werd aangevraagd;
- formelere procedure; en
- procedurekosten.

⁽¹⁷⁾ “Enkele praktijk problemen m.b.t. ondernemingen in moeilijkheden”, 16 december 2009, Studieavond gepresenteerd door de master studenten Grondige studie Insolventierecht, Universiteit Antwerpen.

3.5. GERECHTELIJKE REORGANISATIE DOOR EEN OVERDRACHT VAN DE ONDERNEMING ONDER GERECHTELIJK GEZAG (OPTIE 3) ⁽¹⁸⁾

265. De ondernemer kan ervoor opteren om onder toezicht van de gedelegeerd rechter een akkoord te bereiken voor de overdracht van de onderneming of haar activiteiten (geheel of gedeeltelijk). Het kan gaan zowel om een bedrijfstak of een activiteit als zelfs om één machine met gekwalificeerd operationeel personeel.

De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen gaat uit van het beginsel dat het verzekeren van een redelijke continuïteit van de onderneming positief is voor de economie en dat men bijgevolg de mogelijkheid moet bieden om de continuïteit van de onderneming (geheel of gedeeltelijk) of van de activiteiten (of van een deel ervan) te waarborgen. De moeilijkheid bestaat erin een evenwicht te vinden tussen de onmiddellijke belangen van de schuldeisers, die van de werknemers en die van de economie in de ruimere zin van het woord, die uiteraard erg uiteenlopend kunnen zijn.

266. In het kader van een dergelijke gerechtelijke reorganisatie onder gerechtelijk gezag wordt een *gerechtsmandataris* aangesteld die instaat voor de organisatie en realisatie van de overdracht van de onderneming. De gerechtsmandataris is de centrale figuur. Hij zal de overdracht realiseren in naam en voor rekening van de onderneming. Zijn taak bestaat erin kopers te zoeken, de overeenkomsten voor te bereiden en finaal zal hij aan de rechtbank de toestemming voor de overdracht vragen en de overdracht uitvoeren.

De machtiging tot verkoop is –in tegenstelling tot de oude wet van 1997 – nooit onderworpen aan enige stemming onder schuldeisers.

In elk geval wordt de prijs voor de overdracht van zowel roerende als onroerende goederen geïnd door de aangestelde gerechtsmandataris en gaan de rechten van de schuldeisers over op de prijs ⁽¹⁹⁾.

267. De overdracht onder gerechtelijk gezag kan *in de praktijk op 2 manieren gebeuren*:

- op vraag van de ondernemer zelf (in het begin of tijdens de procedure) ⁽²⁰⁾; en
- de *gedwongen overdracht*, op vraag van (1) de procureur des Konings, (2) een schuldeiser of (3) elke partij die belang heeft om het geheel of een gedeelte van de onderneming te verwerven. Een concurrent kan zich zo opwerpen als verkrijger. In de praktijk zijn er vier gevallen ⁽²¹⁾ mogelijk waarin een gedwongen overdracht wordt bevolen:
 - 1 de onderneming voldoet aan de voorwaarden van een faillissement en heeft nog geen gerechtelijke reorganisatie aangevraagd. De rechtbank stelt dus “de staat van faillissement” vast, zonder het faillissement uit te spreken;

⁽¹⁸⁾ Art 59 e.v. WCO.

⁽¹⁹⁾ “Continuïteit van ondernemingen: de wet van 31 januari 2009 – een overzicht”, Eubelius *client alert*, maart 2009.

⁽²⁰⁾ Dit mag niet verward worden met de “vrijwillige overdracht, niet onder gerechtelijk gezag”.

⁽²¹⁾ “Continuïteit van ondernemingen: de wet van 31 januari 2009 – een overzicht”, Eubelius *client alert*, maart 2009.

- 2 het gerechtelijke reorganisatieplan wordt aangevraagd, maar geweigerd door de rechtbank of wordt na de goedkeuring herroepen door de rechtbank of vroegtijdig beëindigd;
- 3 de schuldeisers verwerpen het reorganisatieplan; en
- 4 de rechtbank wil het reorganisatieplan niet homologeren.

268. De procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht is een alternatief voor een faillissement. Het is enkel in een uitzichtloze situatie dat de schuldenaar, die zijn activa verliest, zal instemmen met een dergelijke overdracht die hij steeds veeleer zal “ondergaan” dan dat hij ertoe zelf besluit. De overdracht van zijn volledige of gedeeltelijke activiteiten vormt in vele gevallen de beste oplossing om het doel van de wet te waarborgen: het behoud van een economische activiteit en van een zekere tewerkstelling.

Dat is het geval wanneer het niet mogelijk is om een procedure voor een minnelijk akkoord of een collectief akkoord op te starten, of wanneer die voorgaande procedures mislukt zijn.

Een overdracht van een onderneming die wordt beoogd met een procedure gerechtelijke reorganisatie in het raam van de WCO, dient betrekking te hebben op de overdracht van een entiteit in *going concern*. Deze procedure kan niet worden aangewend voor een overdracht van een onroerend goed zonder dat hiermee enig behoud van activiteiten of de onderneming kan worden gerealiseerd ⁽²²⁾.

269. De *voordelen* van de gerechtelijke reorganisatie door overdracht zijn de volgende:

- (een deel van) de activiteiten van de onderneming kan / kunnen zo gered worden zonder dat de onderneming eerst failliet moet gaan;
- de overdrachtsprocedure heeft zowel op sociaal vlak als voor de schuldeisers diverse voordelen: het cliënteel blijft behouden, de lopende contracten worden voortgezet, er zijn betere omstandigheden om de activa te realiseren, het passief van het faillissement wordt beperkt, er is een nieuwe solvabele partner, enz.; en
- de start van de gerechtelijke reorganisatie zorgt er voor dat men voor maximaal zes maanden (verlengbaar tot achttien maanden) bescherming geniet tegen de schuldeisers. Door de opschorting van betaling moet men de schuldeisers niet meer betalen (men mag dat vrijwillig wel nog doen), terwijl de schuldeisers niet kunnen overgaan tot uitvoering van hun vordering (via beslag, enz.).

270. De *nadelen* van de gerechtelijke reorganisatie door overdracht zijn de volgende:

- de ondernemer heeft geen inspraak en is niet meer beschikkingsbevoegd, de overdracht van de onderneming gebeurt onder gerechtelijk gezag aan de gerechtelijk mandataris;

⁽²²⁾ M. VANMEENEN, “Wet continuïteit ondernemingen – 30 maanden praktijkervaring: overzicht van rechtspraak”, oktober 2011, 18 p.

- publiciteitsvereiste: er is een publicatie voorzien in het Belgisch Staatsblad, dus iedereen (klanten, kredietverstrekkers, enz.) kan het te weten komen dat er een gerechtelijke reorganisatie werd aangevraagd; en
- summier geregeld binnen de WCO.

Ten slotte, bij de overdracht van een onderneming rijst soms de vraag of de verlieslatende activiteiten moeten worden voortgezet. Er is een beperkend mechanisme nodig om te vermijden dat verlieslatende activiteiten worden verder gezet. Als dat het geval is, moet de gedelegeerd rechter de rechtbank daarvan op de hoogte brengen. Er kan ook worden overwogen aan de rechtsmandataris de bevoegdheid te verlenen om het verlieslatende karakter van de voortzetting van de activiteiten te controleren.

124

3.6. DE ROL VAN DE GEDELEGEERD RECHTER ⁽²³⁾

271. De rol van de gedelegeerde rechter is zeer belangrijk in het kader van de WCO. Zijn rol wordt beschreven in de WCO op alle niveaus van de procedure van gerechtelijke reorganisatie. De voornaamste taak van de gedelegeerd rechter staat beschreven in art. 19 van de WCO: “*De gedelegeerd rechter waakt over de naleving van deze wet en licht de rechtbank in over de evolutie van de toestand van de schuldenaar.*” ⁽²⁴⁾.

Deze rol moet volgens de VBO-studie echter nog worden uitgebreid, versterkt (voorkoming van proceduremisbruik, informatie van de schuldeisers, enz.) en in sommige gevallen moet opleiding kunnen worden voorgesteld.

Ook de kwestie van de financiering van de gedelegeerde rechters is cruciaal. Controle op activiteiten van de gedelegeerde rechter kan ook nuttig zijn. Er moeten hem eenvormige procedures ter beschikking worden gesteld met modeldocumenten, zoals al het geval is in sommige rechtbanken, met behoud van de nodige door de wet voorgeschreven soepelheid. In dat opzicht is het vademecum ten behoeve van de gedelegeerde rechters erg nuttig.

⁽²³⁾ vbo-feb.be/media/uploads/public/_custom/press/28_03_rapport_NL.pdf, p. 23.

⁽²⁴⁾ F. TAILDEMAN, *Handleiding van de gedelegeerd rechter*, Editie 2011, Brussel, Unixel, 2011, p. 7-14.

3.7. DE AANSTELLING VAN DE GERECHTSMANDATARIS

272. Wanneer kennelijke en grove tekortkomingen van de schuldenaar of van zijn organen de continuïteit van de onderneming in gevaar brengen en de gevraagde maatregel van die aard is dat ze de continuïteit kan vrijwaren, kan de voorzitter van de rechtbank op verzoek van elke belanghebbende (de onderneming in moeilijkheden of een schuldeiser), ingesteld volgens de vormen van het kortgeding één of meer *gerechtsmandatarissen* ⁽²⁵⁾ aanstellen.

Die aanstelling kan zowel bij het begin als in de loop van de procedure van de gerechtelijke reorganisatie. In principe heeft de gerechtelijk mandataris een bijstandsfunctie, maar het is nog onduidelijk hoe dat precies zal worden ingevuld en wat zijn meerwaarde kan zijn. Enkel bij de overdracht onder gerechtelijk gezag is het wettelijk verplicht een gerechtelijk mandataris aan te stellen. De gerechtelijk mandataris wordt betaald door de persoon die zijn aanstelling vraagt.

273. De gerechtsmandataris ⁽²⁶⁾ is te vergelijken met de ondernemingsbemiddelaar, zij het dat de gerechtelijk mandataris enkel kan optreden in de gerechtelijke fase (gerechtelijke reorganisatie) en de ondernemingsbemiddelaar enkel in de buitengerechtelijke fase (zoeken naar minnelijk akkoord). De ondernemingsbemiddelaar heeft dus een beperktere rol van louter bijstand aan de schuldenaar, de gerechtsmandataris daarentegen kan in de plaats treden van de schuldenaar ⁽²⁷⁾.

Niettegenstaande het belang van de rol van de gerechtsmandataris in het kader van de overdracht onder gerechtelijk gezag. Hij is namelijk een spilfiguur in het kader van deze procedure. Toch zou de rol van de gerechtsmandataris in het kader van de overdrachtsprocedure nader moeten worden toegelicht, uitgebreid en actiever gemaakt ⁽²⁸⁾.

Er wordt een grote verscheidenheid vastgesteld in de wijze waarop de dossiers in het kader van een overdrachtsprocedure door de mandatarissen worden beheerd. De mandatarissen zorgen voor de transparantie van de procedure ten aanzien van derden en van de rechtbank. Er zouden ook voldoende aandacht moeten gaan naar

⁽²⁵⁾ Zoals bedoeld in art. 14 WCO: dit betreft de “niet-gerechtelijke” gerechtsmandataris.

⁽²⁶⁾ Zoals bedoeld in art. 27 WCO: dit betreft de “gerechtelijke” gerechtsmandataris. Dit onderscheid tussen voorgaande twee voetnoten is belangrijk. Bijhorend overzicht brengt meer verduidelijking:

- a) de ondernemingsbemiddelaar, buitengerechtelijk (art. 13 WCO): om de reorganisatie van de onderneming te vergemakkelijken;
- b) de gerechtsmandataris, buitengerechtelijk (art. 14 WCO): bij kennelijke en grove tekortkomingen van de schuldenaar;
- c) de gerechtsmandataris, gerechtelijk (art. 27 WCO): de schuldenaar bijstaan in de gerechtelijke reorganisatie en (art 60 e.v. WCO): overdracht onder gerechtelijk gezag;
- d) de voorlopig bestuurder in de gerechtelijke procedure (art. 28 WCO): bij kennelijke grove fout of kennelijke kwade trouw van de schuldenaar.

⁽²⁷⁾ “Continuïteit van ondernemingen: de wet van 31 januari 2009 – een overzicht”, Eubelius *client alert*, maart 2009.

⁽²⁸⁾ vbo-feb.be/media/uploads/public/_custom/press/28_03_rapport_NL.pdf, p. 24.

de keuze van de mandatarissen. De gedelegeerd rechter kan deze keuze desgevallend suggereren.

274. Net zoals voor de gedelegeerd rechter, zou voor een gerechtsmandataris een vademecum zijn functie, zijn taken en de op hem betrekking hebbende procedures nader moeten aangeven. De mandataris moet onder meer een rol spelen bij het meedelen van informatie aan de griffie.

Er kan ook worden overwogen aan de gerechtsmandataris de bevoegdheid te geven om het verlieslatende karakter van de voortzetting van de activiteiten te controleren in het kader van een bedrijfsoverdracht om het ontstaan van boedelschulden te voorkomen. De mandataris moet er ook mee belast worden de overdrachtprijs te verdelen bij een overdracht onder gerechtelijk gezag.

126

DE GERECHTELIJKE PROCEDURE

3.8. WAT IS DE KOSTPRIJS VAN DE WCO?

275. De wetgever had de bedoeling om de toepassing van de WCO goedkoper te maken dan de vroegere regeling. Hoewel er inderdaad een laagdrempelige instap is, blijkt dit op termijn een illusie, omdat een bedrijf dat de procedure succesvol wil doorlopen veelal professionele bijstand nodig heeft.

De toepassing van de WCO heeft dus een kostenplaatje.

- vooreerst zijn er de *gerechtskosten*. Zo moet er een rolrecht betaald worden van 52 euro. Daarnaast zijn er nog wat kosten zoals de publicaties in het Belgisch Staatsblad die door de rechtbank (meestal) worden doorgerekend aan de onderneming. Verschillende rechtbanken vragen bij het starten van de WCO provisies (voorschotten) op die gerechtskosten. Die provisies variëren van 0 tot 1.000 euro, afhankelijk van onder welk gerechtelijk arrondissement de onderneming ressorteert. De rechtbanken van Kortrijk, Veurne, Ieper en Dendermonde vragen dergelijke provisie⁽²⁹⁾. Deze provisies zijn echter illegaal;
- de kosten van de *gerechtsmandataris*;
- vervolgens zijn er *adviseurkosten*. Hoewel bijstand niet verplicht is, is het toch aan te raden dat de ondernemer zich laat bijstaan zowel op juridisch vlak als op het vlak van boekhouding om begeleid te worden en de juiste keuzes te maken. In de praktijk blijkt dat externe hulp (advocaat, accountant, bedrijfsconsulent, enz.) noodzakelijk is. Het redden van een bedrijf is ingewikkeld, want je moet aan een rechtscollege kunnen bewijzen dat de onderneming binnen een redelijke termijn te redden is; en
- ten slotte zijn er een aantal *administratieve kosten* waarmee rekening dient te worden gehouden. De WCO brengt voor de onderneming enkele typische verplichtingen met zich mee, zoals bijvoorbeeld het aangetekend aanschrijven van alle schuldeisers wanneer de gerechtelijke bescherming werd bekomen.

⁽²⁹⁾ Overgenomen van <http://www.tussenstap.be/>: "Ondernemers op een kruispunt".

HOOFDSTUK 4

DE BUITENGERECHTELIJKE PROCEDURE

4.1. DE AANSTELLING VAN EEN ONDERNEMINGSBEMIDDELAAR

276. Buiten elke procedure om heeft de nieuwe wet ook nog andere mogelijkheden ingevoerd om de redding van de onderneming in moeilijkheden te vergemakkelijken.

Een in het oog springende nieuwigheid in de WCO – die tegemoet komt aan een in de praktijk bestaande vraag naar “een minder formalistische aanpak waarbij een mediator in vertrouwelijkheid op zoek gaat naar oplossingen en akkoorden met schuldeisers” – is de voortaan wettelijk voorziene mogelijkheid om een *ondernemingsbemiddelaar* aan te stellen “om de reorganisatie van de onderneming te vergemakkelijken” ⁽¹⁾.

128

DE BUITENGERECHTELIIKE PROCEDURE

Op verzoek van de schuldenaar kan de voorzitter van de rechtbank een ondernemingsbemiddelaar aanstellen, om de reorganisatie van de onderneming te vergemakkelijken. Deze aanvraag voor een ondernemingsbemiddelaar is zowel mogelijk voor ondernemers:

- van wie hun dossier hangende is bij de “kamers voor handelonderzoek” en dus geen gebruik maken van de gerechtelijke reorganisatie; en
- die gebruik maken van de mogelijkheid voorzien in de WCO om te streven naar een minnelijk akkoord met de schuldeisers buiten een gerechtelijke procedure.

De ondernemingsbemiddelaar heeft als taak om de ondernemer te helpen bij het ontwikkelen van een nieuwe ondernemingsstrategie, maar ook om als tussenpersoon te functioneren in de gesprekken tussen schuldenaars en schuldeisers.

277. Het *verzoek tot aanduiding van een ondernemingsbemiddelaar* moet gebeuren bij de kamer voor handelonderzoek als het dossier daar hangende is of bij de voorzitter van de rechtbank van koophandel als men werkt via een minnelijk akkoord. Specifieke vormvereisten voor het verzoek tot aanduiding zijn er niet, het kan dus zelfs mondeling.

Iedereen kan in principe de taak van ondernemingsbemiddelaar op zich nemen. De rechtbank moet wel zijn goedkeuring geven.

De ondernemingsbemiddelaar is één van de grote nieuwigheden die de WCO biedt. Hij vormt de tussenschakel tussen het werk van de rechter belast met het handelonderzoek en de eigenlijke reorganisatie. Hij zal de debiteur adviseren, wat de rechter niet mag doen en hem “coachen” om hem te helpen bij zijn reorganisatie.

De bemiddelaar zal de ondernemer vaak moeten helpen om zijn situatie te verduidelijken en oplossingen te zoeken een bemiddelende rol spelen ten aanzien van bepaalde schuldeisers door samen met hen mogelijke oplossingen te zoeken.

278. De bemiddelaar is een onafhankelijke adviseur (meestal is dit een advocaat, boekhouder, iemand met praktijkervaring met ondernemingen in moeilijkheden, enz.) die de onderneming niet vertegenwoordigt, geen beslissingsbevoegdheid heeft en niet bestuurt. De bemiddelaar vormt, volgens een aantal visies, een instrument dat

⁽¹⁾ Ph. MULLIEZ, D. DE MAREZ, I. DE LEENHEER, “De nieuwe wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen: juridische en fiscale aspecten”, *Accountancy & Tax*, 2009, nr. 2.

vooral is bedoeld voor (zeer) kleine KMO's, die vaak geen beroep kunnen doen op gespecialiseerde professionals. Met deze laatste visie is echter niet iedereen akkoord.

279. De voornaamste reden waarom geen ondernemingsbemiddelaar onder de arm wordt genomen, is de moeilijkheid om de juiste persoon te vinden tegen een redelijke prijs. Samenwerken met “Senior consultants” zou een mogelijkheid zijn. In sommige arrondissementen wordt hun optreden actief gepromoot door de kamers voor handelsonderzoek. Maar tot nu toe wordt dit instrument nog maar al te zelden gebruikt, vooral in vergelijking met het succes dat de *ad hoc* mandataris in Frankrijk kent sinds de “*loi de sauvegarde*” er in 2005 van kracht werd.

280. Wettelijk is er echter niets geregeld over de *vergoeding van de ondernemingsbemiddelaar*. De eventuele vergoeding zal dus in onderling overleg moeten afgesproken worden. De vergoeding valt ten laste van de ondernemer die de ondernemingsbemiddelaar gevraagd heeft.

129

DE BUITENGERECHTELIJKE PROCEDURE

4.2. HET MINNELIJK AKKOORD ⁽²⁾

281. De schuldenaar kan ook aan al zijn schuldeisers of aan twee of meer onder hen een *minnelijk akkoord* voorstellen met het oog op de gezondmaking van zijn financiële toestand of de reorganisatie van zijn onderneming en dit buiten elke gerechtelijke procedure om.

Het mag dus duidelijk zijn dat een dergelijk minnelijk akkoord volledig buiten de rechtbank om tot stand komt. De rechtbank heeft geen enkele inspraak over het tot stand komen, noch over de inhoud ervan. Zij oefent evenmin enige controle of toezicht uit op de naleving ervan.

Als ondernemer in moeilijkheden kan je proberen een minnelijk akkoord te bereiken met twee/meerdere/alle schuldeisers over de afbetaling van hun vordering. Bovendien kan men als ondernemer vragen om bij het onderhandelen over dat minnelijk akkoord te worden bijstaan door een ondernemingsbemiddelaar.

De contracterende partijen bepalen vrij de inhoud van het minnelijk akkoord. Maar schuldeisers die niet betrokken zijn in het akkoord zijn er niet door gebonden. De neerlegging van dergelijk akkoord ter griffie van de rechtbank beschermt het in zekere mate bij een later faillissement.

282. Indien het akkoord aan de volgende voorwaarden voldoet, dan blijven de gedane betalingen geldig bij een later faillissement (en zal de curator ze dus niet ongedaan kunnen maken als ze in de verdachte periode van 6 maanden vallen) ⁽³⁾:

⁽²⁾ Art. 15 WCO.

⁽³⁾ “Continuïteit van ondernemingen: de wet van 31 januari 2009 – een overzicht”, Eubelius *client alert*, maart 2009.

- het akkoord is gesloten met tenminste twee schuldeisers;
- het akkoord bepaalt uitdrukkelijk dat het werd gesloten om de onderneming weer financieel gezond te maken of te reorganiseren; en
- het akkoord werd neergelegd op de griffie van de rechtbank van koophandel, waar het wordt bewaard in een register.

283. De *voordelen* van het minnelijk akkoord zijn o.a. de volgende ⁽⁴⁾:

- vrijheid: je kan zelf kiezen met welke schuldeisers (minimum 2) je onderhandelt, zonder dat je er de andere schuldeisers moet bij betrekken;
- discretie: het akkoord moet wel worden neergelegd in een register op de griffie van de rechtbank, maar het akkoord blijft geheim voor derden. Enkel die schuldeisers waar je mee onderhandelt zijn op de hoogte (er is geen publicatie meer in het Staatsblad, zodat de klanten, leveranciers, etc. er niet van op de hoogte zijn);
- geen (procedure)kosten, want het is geen gerechtelijke procedure;
- de rechtbank oefent geen controle uit op u (ook niet op de eventueel aangestelde ondernemingsbemiddelaar); en
- interessante mogelijkheid voor schuldeisers: de schuldeisers hebben er belang bij om mee te werken, want als het tot een gerechtelijke reorganisatie komt, kunnen ze hun schuldvordering voor minstens zes maanden niet afdwingen (“opschorting van betaling”). Als het tot een falings zou komen gaan ze vaak nog minder krijgen.

284. Het minnelijk akkoord heeft ook een aantal belangrijke *nadelen* ⁽⁵⁾:

- je bent volledig afhankelijk van de goede wil van je schuldeisers. Met deze optie is er geen druk mogelijk om de schuldeisers te verplichten een deel van hun vordering te laten vallen;
- er is tijdens het onderhandelen over het minnelijk akkoord geen bescherming tegen de andere schuldeisers (in tegenstelling tot wanneer men gebruik maakt van de gerechtelijke reorganisatie). Het minnelijk akkoord is immers enkel bindend voor de partijen die het minnelijk akkoord aanvaard hebben. De overige schuldeisers kunnen dus bijvoorbeeld beslag leggen of het faillissement vorderen;
- de rechtbank oefent geen controle uit, dus misbruiken zijn mogelijk ten nadele van andere (niet betrokken) schuldeisers; en
- een kwijtschelding is fiscaal niet interessant voor schuldeisers en schuldenaar (het fiscaal gunstige regime ⁽⁶⁾ geldt enkel voor het minnelijk akkoord of het collectief akkoord binnen een gerechtelijke reorganisatie) ⁽⁷⁾.

⁽⁴⁾ Overgenomen van <http://www.tussenstap.be/>: “Ondernemers op een kruispunt”.

⁽⁵⁾ “Enkele praktijk problemen m.b.t. ondernemingen in moeilijkheden”, 16 december 2009, Studieavond gepresenteerd door de master studenten Grondige studie Insolventierecht, Universiteit Antwerpen.

⁽⁶⁾ Inzake inkomstenbelastingen geldt volgend regime: 1) in hoofde van de onderneming in moeilijkheden: vrijstelling winst wegens toegestane schuldvermindering (nieuw art. 48/1 WIB 92) en 2) in hoofde van de onbetaalde schuldeiser: waardevermindering op schuldvordering als vrijgestelde reserve (art. 48 WIB 92 *j°* en art. 22-27 KB/WIB).

⁽⁷⁾ K. DEWAGTERE, “Wet continuïteit ondernemingen: fiscale vrijstelling (gedeeltelijke) kwijtschelding van schuldvorderingen mogelijk in hoofde van schuldenaars in financiële moeilijkheden”, *Fiduciaire Actualiteiten*, Deloitte Fiduciaire, 2012, nr. 6, p. 3.

HOOFDSTUK 5

CAPITA SELECTA

5.1. VERLIEST DE ONDERNEMER HET BEHEER VAN ZIJN ONDERNEMING BIJ WCO?

285. Het principe is dat de ondernemer steeds aan het hoofd blijft van de onderneming en dus verder het beheer waarneemt. Dit betekent dat in beginsel niemand in de plaats van of naast de schuldenaar komt te staan. Er is wel een algemene controle naar de gang van zaken en de correcte naleving van de procedurevoorschriften door de gedelegeerd rechter. De gedelegeerd rechter is een rechter (veelal een lekenrechter) die wordt aangesteld door de rechtbank om verslag uit te brengen over het verloop van de procedure (art. 18-19 WCO).

132

CAPITA SELECTA

Toch heeft de wet in 2 *uitzonderingen* voorzien:

- in de *buitengerechtelijke* fase kunnen belanghebbende derden die oordelen dat de continuïteit van de onderneming ernstig bedreigd wordt door kennelijk grove tekortkomingen van de ondernemer aan de rechtbank de aanstelling vragen van een *gerechtsmandataris* ⁽¹⁾. Indien de rechtbank dat toestaat, kan die gerechtsmandataris het beheer overnemen; en
- in de *gerechtelijke* fase kan elke belanghebbende derde en het openbaar ministerie in het geval van een “kennelijk grove fout” of “kennelijk kwade trouw” bij de ondernemer de aanstelling vragen van een *voorlopige bestuurder* ⁽²⁾. Die voorlopige bestuurder kan voor de duur van de opschorting van betaling het beheer overnemen van de ondernemer.

5.2. KAN EEN LOPENDE WCO PROCEDURE WORDEN STOPGEZET?

286. Het is mogelijk nadat er opschorting van betaling werd bekomen, dat na verloop van tijd er wordt vastgesteld dat het toch niet mogelijk is de onderneming te redden. Of er kan worden vastgesteld dat het opnieuw beter gaat met de schuldenaar zodat de procedure niet langer nodig is.

Een voortijdige beëindiging is mogelijk en kan zowel door de ondernemer zelf, het openbaar ministerie als elke belanghebbende derde worden aangevraagd bij de rechtbank. De rechtbank zal dan de gedelegeerde rechter horen en de knoop doorhakken.

⁽¹⁾ Art. 14 WCO.

⁽²⁾ Art. 28 WCO.

5.3. WIE BESLIST BIJ EEN OVERDRACHT VAN EEN ONDERNEMING WELK PERSONEELSLID WORDT OVERGENOMEN EN TEGEN WELKE VOORWAARDEN?

287. De arbeidsovereenkomsten gaan over op de verkrijger (art. 61, §1), zonder afbreuk te doen aan de eventuele overeengekomen aanpassingen. Daarom bepaalt de WCO dat, in het raam van een collectieve onderhandelingsprocedure gevoerd tussen de overdrager of de gerechtsmandataris, de overnemer en de werknemersvertegenwoordigers, de arbeidsvoorwaarden kunnen worden gewijzigd teneinde de werkgelegenheid veilig te stellen door het voortbestaan van de onderneming of van haar activiteiten te verzekeren (art. 61, §2).

Bij overdracht van het bedrijf in moeilijkheden, kan de overnemer dus de arbeidsvoorwaarden van het personeel heronderhandelen met de vakbonden.

288. De overnemer mag ook beslissen welke werknemers hij overneemt. De keuze van de werknemers die hij wenst over te nemen berust bij de verkrijger, maar moet worden ingegeven door *“technische, economische en organisatorische redenen en gebeuren zonder verboden differentiatie, inzonderheid ingegeven door de activiteit uitgeoefend als vertegenwoordiger van het personeel in de overgedragen onderneming of het overgedragen deel van de onderneming”*.

De rechtbank laat de personeelsafgevaardigden eerst hun opmerkingen overmaken.

5.4. KUNNEN SOCIALE EN FISCALE SCHULDEN WORDEN KWIJTGESCHOLDEN OMWILLE VAN DE GOEDKEURING VAN EEN AANVRAAG TOT GERECHTELIJKE REORGANISATIE?

289. Naast de schuldkwijtschelding die je overeenkomt in een minnelijk of een collectief akkoord voorziet met name de sociale zekerheid nog in:

- een kwijtschelding van de *sociale zekerheidsbijdragen van vennootschappen* in gerechtelijke reorganisatie; en
- een algemene mogelijkheid, los van de gerechtelijke reorganisatie, om *persoonlijke sociale zekerheidsbijdragen* kwijt te schelden omwille van je behoefte.

Deze sociale procedures hebben als voordeel dat de totale schuld daalt en dat er nog rechten uit kunnen voortkomen. De sociale zekerheid mag trouwens in de gerechtelijke reorganisatie geen akkoord geven om vorderingen te laten vallen, dus is de procedure via het sociaal verzekeringsfonds een uitweg als de onderneming er niet in slaagt deze vordering via een akkoord met andere schuldeisers te laten verminderen.

290. Ook de *inkomstenbelastingen* hebben eveneens een kwijtscheldingsprocedure voor belastingplichtigen die zich in een gerechtelijke reorganisatie bevinden.

Inzake *BTW* is geen kwijtschelding in hoofdsom mogelijk ⁽³⁾, maar er bestaan wel diverse andere tegemoetkomingen zoals: (tijdelijke) herstelmaatregelen en de meer traditionele tegemoetkomingen zoals afbetalingsplannen, kwijtschelding en vermindering van geldboetes en nalatigheidsintresten.

5.5. MOETEN VOOR EEN AANNEMER, TIJDENS ZIJN GERECHTELIJKE REORGANISATIE, INHOUDINGEN GEBEUREN OP ZIJN FACTUREN?

134

CAPITA SELECTA

291. Ondernemers die facturen ontvangen van een aannemer van bouwwerken zijn wettelijk verplicht na te zien of die aannemer fiscale of sociale schulden heeft. Dat kan via een speciale online site (Deze verplichting geldt niet voor opdrachtgevers die als natuurlijke persoon louter voor privé doeleinden laten bouwen.).

Blijkt dat er geen schulden zijn, dan kan de factuur volledig betaald worden.

292. Zijn er sociale schulden, dan moet er 35% op de factuur zonder BTW ingehouden worden en doorgestort naar de RSZ. Zijn er fiscale schulden, dan moet er 15% op de factuur zonder BTW worden ingehouden en doorgestort naar de fiscus. Wie niet controleert of er schulden zijn en vervolgens de nodige inhoudingen en doorstortingen verricht kan hoofdelijk aansprakelijk gesteld worden voor de fiscale en of sociale schulden van de aannemer.

In de wet ⁽⁴⁾ is bepaald dat vanaf 16 mei 2011 een medecontractant van een onderneming die in een procedure gerechtelijke reorganisatie zit, nog steeds de nodige inhoudingen en doorstortingen moet doen, indien op de portaalsite van de RSZ aangegeven wordt dat er sociale of fiscale schulden zijn. Heeft de onderneming in moeilijkheden echter een afbetalingsplan met de RSZ of fiscus, dat correct nageleefd wordt, dan moeten er *geen* inhoudingen gebeuren.

⁽³⁾ “Enkele praktijk problemen m.b.t. ondernemingen in moeilijkheden”, 16 december 2009, Studieavond gepresenteerd door de master studenten Grondige studie Insolventierecht, Universiteit Antwerpen.

⁽⁴⁾ Met de wet is hier bedoeld de wet van 14 april 2011 houdende diverse bepalingen, *BS* 6 mei 2011, inwerkingtreding op 16 mei 2011.

5.6. WAT ZIJN DE GEVOLGEN VAN DE BESLISSING TOT OPENING VAN EEN GERECHTELIJKE REORGANISATIE? ⁽⁵⁾

293. Het openen van de procedure van gerechtelijke reorganisatie heeft tot gevolg dat er een periode van opschorting begint te lopen, waarvan de duur in het vonnis wordt bepaald ⁽⁶⁾. Deze periode van opschorting is een door de rechtbank aan de schuldenaar toegekend moratorium, dat de schuldenaar moet toelaten één van de door de wet voorziene doelstellingen te realiseren, met name:

- het bewerkstelligen van een minnelijk akkoord;
- het tot stand brengen van een collectief akkoord; en
- het realiseren van de overdracht onder gerechtelijk gezag aan één of meer derde(n) van het geheel of gedeelte van de onderneming of haar activiteiten.

294. *Deze opschorting schorst:*

- de middelen van tenuitvoerlegging van de schuldvorderingen in de opschorting op de roerende en onroerende goederen (schuldvorderingen in de opschorting zijn *“schuldvorderingen ontstaan vóór het vonnis dat de procedure van gerechtelijke reorganisatie opent of die uit het verzoekschrift of beslissingen genomen in het kader van de procedure vonnis volgen”*);
- de beslagen die werden gelegd vóór de opschorting, die echter hun bewarend karakter behouden. De wet laat de rechtbank bovendien toe handlichting van het beslag te geven in zoverre dat *“geen beduidend nadeel veroorzaakt aan de schuldeiser”* (art. 31, tweede lid);
- de mogelijkheid om de schuldenaar failliet te verklaren of om de gerechtelijke ontbinding van een vennootschap - schuldenaar uit te spreken (art. 30);
- het recht om, ook bewarend, beslag te leggen voor schuldvorderingen in de opschorting (art. 31, al. 1); en
- de strafbedingen en de bedingen tot verhoging van de rentevoet die ertoe strekken op forfaitaire wijze de schade te dekken geleden door de niet-nakoming van de hoofdverbintenis. De schuldeiser mag de werkelijk geleden schade wel opnemen in zijn schuldvordering in de opschorting, waarmee hij dan weliswaar definitief verzaakt aan de toepassing van het strafbeding, zelfs na de integrale uitvoering van het reorganisatieplan.

295. *De opschorting beïnvloedt echter niet:*

- de specifiek ten gunste van derden in pand gegeven schuldvorderingen (art. 32);
- de vrijwillige betaling van schuldvorderingen in de opschorting door de schuldenaar. De betalingen gedaan tijdens de periode van opschorting kunnen aan de boedel worden tegengeworpen (dit in afwijking van art. 17,2° en 18 van de faillissementswet met betrekking tot betalingen gedaan in de verdachte periode);

⁽⁵⁾ Overgenomen van: “Continuïteit van ondernemingen: de wet van 31 januari 2009 – een overzicht”, Eubelius *client alert*, maart 2009.

⁽⁶⁾ Ph. MULLIEZ, D. DE MAREZ, en I. DE LEENHEER, “De nieuwe wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen: juridische en fiscale aspecten”, *Accountancy & Tax*, 2009/2.

- de schuldvergelijking tussen schuldvorderingen in de opschorting en schuldvorderingen die zijn ontstaan tijdens de opschorting, indien deze verknocht zijn (art. 34); en
- de lopende overeenkomsten en de modaliteiten van hun uitvoering (art. 35, §1).

296. *Het lot van lopende overeenkomsten en schuldvorderingen voor prestaties gedurende de reorganisatie:*

Artikel 35, §1 van de nieuwe wet verbiedt aan de schuldeiser om een einde te stellen aan lopende overeenkomsten. Dit geldt zelfs in geval van contractuele wanprestatie door de schuldenaar vóór de opschorting, indien hij binnen de vijftien dagen na zijn ingebrekestelling, de wanprestatie ongedaan maakt. Het continuïteitsprincipe krijgt hier duidelijk voorrang.

Behalve voor arbeidsovereenkomsten laat de wetgever de schuldenaar toe te beslissen om het contract niet uit te voeren voor de duur van de opschorting, op voorwaarde dat deze maatregel noodzakelijk is om een reorganisatie te kunnen voorstellen of de overdracht onder gerechtelijk gezag mogelijk te maken (art. 35, §2).

297. *Co-existentie van de WCO en de wet van 15 december 2004 betreffende financiële zekerheden:*

“Niettegenstaande enige andersluidende contractuele bepaling maakt de aanvraag of opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie geen einde aan de lopende overeenkomsten noch aan de modaliteiten van hun uitvoering”, aldus artikel 35 van de WCO.

Artikel 34 bepaalt uitdrukkelijk dat het verbod op schuldvergelijking waarin de WCO voorziet, geen afbreuk doet aan de toepassing van de wet van 15 december 2004 betreffende financiële zekerheden, terwijl artikel 35 WCO deze precisering niet vermeldt. Door deze dubbelzinnige benadering kan niet worden uitgesloten dat een rechtbank de toepassing zou weigeren van *close-out netting* clauses indien en omdat een onderneming opschorting bekwam in het kader van de WCO. De wet van 15 december 2004 betreffende financiële zekerheden primeert op de WCO (art. 7 WCO). Wij zijn echter van oordeel dat er beslissende argumenten voorhanden zijn om dergelijke clauses ook in geval van opschorting onverkort toe te passen. Deze juridische onzekerheid wordt toch best weggewerkt door een snelle aanpassing van de WCO.

HOOFDSTUK 6

BEOORDELING VAN DE HUIDIGE SITUATIE: WCO POTENTIEEL EN KNELPUNTEN

6.1. INLEIDING

298. De wet op de continuïteit van de onderneming is na drie jaar een succes ⁽¹⁾. Alleen grijpen vele bedrijven deze reddingsboei als het al te laat is. De WCO heeft een groot potentieel, maar heeft natuurlijk ook zijn zwaktes.

6.2. HET WCO POTENTIEEL IN ENKELE STATISTISCHE DATA

299. Uit een gedetailleerde statistische studie van Graydon ⁽²⁾ blijkt dat de nieuwe procedure voor gerechtelijke reorganisatie steeds meer succes heeft: in de eerste drie jaar na de inwerkingtreding van de WCO werden bijna 3.500 vonnissen uitgesproken, waarin de procedure voor gerechtelijke reorganisatie werd toegekend. Op 31 maart 2012 hadden 3.630 ondernemingen een vonnis verkregen waardoor hen opschorting werd toegekend op basis van artikel 24 WCO.

Dit cijfer is gestaag verder gegroeid:

- op 31 december 2009 hadden 633 ondernemingen opschorting verkregen (periode april tot december);
- op 31 december 2010 hadden 1.252 ondernemingen opschorting verkregen;
- op 31 december 2011 hadden 1.398 ondernemingen opschorting verkregen; en
- op 31 maart 2012 hadden 356 ondernemingen opschorting verkregen ⁽³⁾.

Vanaf de tweede jaarhelft 2011 lijkt de verdere groei van het aantal gevallen afgevlakt. Vooral het eerste kwartaal 2012 worden er in vergelijking met dat van 2011 zelfs iets minder opschortingen uitgesproken ⁽⁴⁾.

300. Het onderzoek van de rechtsvorm van de ondernemingen, die een beroep doen op gerechtelijke reorganisatie, levert bijzonder interessante informatie op. Zo doen heel wat naamloze vennootschappen een beroep op de procedure, maar in de meeste gevallen gaat het toch om eenmanszaken en BVBA's. Dit wordt bevestigd, als het aantal werknemers wordt onderzocht van de ondernemingen die een verzoekschrift tot gerechtelijke reorganisatie neerleggen: 25% heeft geen werknemers, 54% heeft minder dan tien medewerkers en slechts 18% van deze ondernemingen telt tussen tien en vijftien personeelsleden.

Deze cijfers zijn bijzonder veelbetekenend als ze worden vergeleken met die van de vroegere wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord. Zo waren er onder de regeling van deze vroegere wet slechts 1.397 akkoordprocedures over een periode

⁽¹⁾ *Doorstartwet boert goed, maar het kan nog beter, De Tijd*, 29 maart 2011.

⁽²⁾ www.graydon.be, Academy/Pers (Studies/persberichten).

⁽³⁾ GRAYDON BELGIUM, "Wet op de continuïteit van de ondernemingen: *round-up* na 3 jaar werking" in *Foro Unie der Rechteren in Handelszaken van België*, 2012/2, p. 5-17.

⁽⁴⁾ GRAYDON BELGIUM, "Wet op de continuïteit van de ondernemingen: *round-up* na 3 jaar werking" in *Foro Unie der Rechteren in Handelszaken van België*, 2012/2, p. 5-17.

van tien jaar, waarvan 78 in 2008, het laatste jaar waarin de wet werd toegepast. Volgens Eric VANDEN BROELE van het handelsinformatiebedrijf Graydon “Was de vroegere wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord eigenlijk niet meer dan een reanimatiekamer voor bedrijven die toch ten dode waren opgeschreven”.

301. De soepele en relatief goedkope WCO bereikt veel meer bedrijven, ook de kleinere. Helaas kampt de Belgische variant van *Chapter 11* nog met groeipijnen. Bedrijven talmen te lang voor ze naar de reddingsboei grijpen. Uit de studie ⁽⁵⁾ blijkt duidelijk dat vele ondernemingen die van de WCO willen gebruik maken, al virtueel failliet zijn en dat ongeveer 70 % van de ondernemingen die een beroep hebben gedaan op de procedure voor gerechtelijke reorganisatie failliet wordt verklaard binnen twee jaar na de indiening van hun verzoek.

302. De WCO levert dus duidelijk meer resultaat op dan het vroegere gerechtelijk akkoord:

- er wordt opschorting verleend in een toenemend aantal gevallen;
- het succespercentage is verbeterd; en
- alle bedrijfstakken zijn betrokken en kmo's maken er gebruik van.

Dit statistische succes mag de knelpunten die bij de uitvoering van de WCO rijzen echter niet verdoezelen.

6.3. HET WCO POTENTIEEL IN KWALITATIEVE FACTOREN

303. Wat de sterke punten betreft, komen drie essentiële kwaliteiten van de WCO duidelijk naar voren:

- de soepelheid van het systeem;
- het aantal instrumenten ter beschikking van ondernemingen in moeilijkheden; en
- de potentieel lage kostprijs (zeker in vergelijking met de vroegere akkoordprocedure en de honoraria van de commissaris van opschorting die ze automatisch tot gevolg had).

⁽⁵⁾ VBO-Réseau CAP-CAP Netwerk Vlaanderen, *Evaluatierapport over de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, maart 2012, 56 p.

6.4. ENKELE WCO KNELPUNTEN

6.4.1. WCO blijft relatief onbekend

304. Niettegenstaande de vaststelling dat het aantal bedrijven dat een oplossing voor zijn problemen zoekt via de WCO-procedure meer dan vertienvoudig is in vergelijking met de vroegere wetgeving, is enige nuancering wenselijk. In vergelijking met de 10.528 uitgesproken faillissementen in 2011 is dit nog steeds een peulschil en een uiterst klein fragment in vergelijking met de ongeveer 50.000 ondernemingen die op dit ogenblik in zware moeilijkheden verkeren ⁽⁶⁾.

Een belangrijk WCO pijnpunt is dat de reddingsmogelijkheden voorzien in de WCO nog altijd onderbenut worden, precies omdat ze onvoldoende bekend zijn. Uit een studie die Graydon in 2011 uitvoerde ⁽⁷⁾, bleek dat slechts 12% van de ondervraagde bedrijfsleiders aangaf de WCO te kennen. Bovendien blijken slechts 2 % van de bedrijven die kenmerken vertonen van een bedrijf in zware moeilijkheden zich op de mogelijkheden die de wet hen biedt beroepen ⁽⁸⁾.

In het kader van preventie is de ondernemingsbemiddelaar zeker heel nuttig voor kleine, slecht begeleide ondernemingen. Op deze bemiddelaar wordt echter nog te weinig een beroep gedaan en hij geniet onvoldoende bekendheid.

Ook in dat kader moeten de boekhouders, accountants en bedrijfsrevisoren optreden; ze moeten de ondernemingen meer bewust maken van de WCO procedure en hen sensibiliseren. De aanvragen van de ondernemingen komen te laat binnen, omdat ze de instrumenten die de procedure van gerechtelijke reorganisatie hen aanreikt, onvoldoende kennen.

6.4.2. WCO werkt mogelijk concurrentieverstorend ⁽⁹⁾

305. Het voornaamste verwijt dat aan de WCO wordt gemaakt in een recente VBO studie, is dat ze risico's van concurrentieverstoring met zich kan brengen, dat wil zeggen, risico's dat ondernemingen de anderen oneerlijke concurrentie aandoen dankzij de voordelen die de opschorting hen verschaft.

Het nagenoeg automatisch karakter van de opening van de procedure creëert een risico van oneerlijke concurrentie in het nadeel van de ondernemingen die hun verbintenissen nakomen. De rechtbank moet controle uitoefenen op proceduremisbruik.

⁽⁶⁾ GRAYDON BELGIUM, "Wet op de continuïteit van de ondernemingen: *round-up* na 3 jaar werking" in *Foro Unie der Rechten in Handelszaken van België*, 2012/2, p. 5-17.

⁽⁷⁾ www.graydon.be, Academy/Pers (Studies/persberichten).

⁽⁸⁾ GRAYDON BELGIUM, "Wet op de continuïteit van de ondernemingen: *round-up* na 3 jaar werking" in *Foro Unie der Rechten in Handelszaken van België*, 2012/2, p. 5-17.

⁽⁹⁾ vbo-feb.be/media/uploads/public/_custom/press/28_03_rapport_NL.pdf, p. 28.

De WCO heeft als doel de continuïteit van een onderneming of van haar activiteiten geheel of gedeeltelijk, onder toezicht van de afgevaardigde rechter, te bewaren. Zelfs een onderneming die in virtuele staat van faillissement is kan het genot ervan verzoeken.

306. De wet kan echter niet tot gevolg hebben dat een bedrijf in virtuele staat van faillissement en er niet in slaagt binnen een redelijke termijn zijn gestelde doelen te bereiken op de been wordt gehouden door middel van een kunstmatig krediet (*in casu* onder meer het niet-betalen van de RSZ sinds meer dan zes maanden) ⁽¹⁰⁾.

De WCO behartigt niet uitsluitend de belangen van de schuldenaar en zijn schuldeisers, maar ook deze van de economie in een ruimer perspectief. Er moet worden vermeden dat het tot elke prijs in stand houden van een onderneming het marktevenwicht en de concurrentie zou verstoren. Ook concurrenten kunnen vrezen dat zij in hun normale handelsactiviteit worden gestoord.

Een mogelijke oplossing zou erin kunnen bestaan om de bevoegdheden van de gedelegeerd rechter in het kader van artikel 41 WCO uit te breiden. De wetgever zou hem de mogelijkheid kunnen geven op eigen initiatief het parket in te schakelen om een einde te maken aan proceduremisbruik.

6.4.3. WCO laat malafide praktijken toe

307. Na 36 maanden werking van de wet rijzen er steeds meer ernstige vragen bij de leveranciers en andere schuldeisers van de betrokken bedrijven. Guido DE CROOCK, voorzitter van de rechtbank van koophandel van Dendermonde, heeft zijn bedenkingen bij de wet op de continuïteit van ondernemingen: “Malafide ondernemers misbruiken de wet om ondernemingen snel te ontmantelen ⁽¹¹⁾”.

Zodra de rechtbank in het bezit is van het verzoekschrift, van de onontbeerlijke stukken en wanneer de continuïteit van de onderneming wordt bedreigd, wordt de controle van de rechtbank puur formeel. De rechtbank heeft geen andere keuze dan het openen van de procedure te bevelen.

308. Het behoud van de continuïteit mag weliswaar geen absoluut doel van de procedure zijn en de procedures mogen niet als doelstelling hebben ervoor te zorgen dat alle ondernemingen die een verzoek tot reorganisatie indienen de goedkeuring van een, zelfs onrealistisch, herstelplan krijgen. De wetgever heeft echter niet gewild dat een filtering van de leefbaarheid van de ondernemingen gebeurt bij de aanvang van de reorganisatieprocedure, maar heeft eerder gekozen voor een filtering tijdens de opschortingsprocedure ⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ M. VANMEENEN, “Wet continuïteit ondernemingen – 30 maanden praktijkervaring: overzicht van rechtspraak”, oktober 2011, 18 p.

⁽¹¹⁾ H. BROCKMANS, *Rechter Guido DE CROOCK: “België wordt een no-go zone voor schuldeisers”*, in Trends, 8 september 2011.

⁽¹²⁾ M. VANMEENEN, “Wet continuïteit ondernemingen – 30 maanden praktijkervaring: overzicht van rechtspraak”, oktober 2011, 18 p.

Hoewel de deur niet geopend mag worden voor proceduremisbruiken en voor een excessief beroep op de reorganisatieprocedure, blijkt dat de rechtbank door de wet, in de interactieve fase van de procedure, de grondige controle van de gegrondheid van het verzoek wordt ontnomen en dat zij hiertoe niet mag overgaan onder het voorwendsel van een beweerd misbruik. Hoogstens mag zij een marginale en beperkte controle uitoefenen ten aanzien van het bestaan van een duidelijk misbruik.

309. Heel wat rechtbanken van koophandel weigeren bijgevolg de procedure op te starten als ze vaststellen dat er geen kans is op slagen. Dikwijls wordt hun vonnis hervormd omdat het Hof van Beroep stelt dat een redelijke kans op overleving geen wettelijke voorwaarde is om de reorganisatie op te starten. De rechtbank kan op korte termijn niet optreden tegen misbruiken.

DE CROOCK: “De rechtbank moet lijdzaam toezien hoe malafide ondernemers van de WCO gebruik maken om ondernemingen te ontmantelen in de opschortingsperiode. Schuldeisers staan te ver van de operatie om in te grijpen. Als er geen einde komt aan misbruiken in het kader van de WCO, dreigt België een *no-go* zone voor schuldeisers te worden.” ⁽¹³⁾.

“Te veel ondernemingen die al op sterven na dood zijn, gebruiken de WCO. Vele kleine ondernemingen gebruiken de wet aan de vooravond van een onvermijdelijk faillissement, om dit alsnog uit te stellen. De gerechtsdeurwaarder betekent een beslag en de eigenaar snelt naar onze rechtbank om de openbare verkoop vermijden. Ze schuiven de problemen voor zich uit.” “Nu probeert men bedrijven te redden die het niet verdienen of die niet langer levensvatbaar zijn. Er zijn misbruiken allerhande. Toch blijft de wetgever in de dwaasheid volharden. Kritiek leveren op de WCO is politiek niet correct omdat ze de tewerkstelling beoogt te behouden. Maar in werkelijkheid is het een mislukking. (...) Het is verontrustend dat de wet een toenemend aantal ondernemingen aantrekt die menen zo aan hun betalingsverplichtingen te kunnen ontsnappen. Wat men ook beweert, op het terrein zijn misbruiken schering en inslag. Leveranciers vissen achter het net en blijven maanden, soms jaren in de kou staan. (...) Zo dreigt de beoogde continuïteit van de ene onderneming uit te monden in de discontinuïteit of ondergang van een andere.” ⁽¹⁴⁾.

In praktijk kennen de meeste rechtbanken nu kortere initiële opschortingsperiodes toe. Dit reduceert het bovenstaande probleem.

Excessen moeten bestreden worden. Zo bijvoorbeeld kan men bezwaarlijk beweren dat de WCO is opgesteld ter bescherming van de schuldeiser-aandeelhouder, de familie of de dochteronderneming die via de procedure de eigen (achtergestelde) lening of vordering probeert veilig te stellen en dit ten nadele van de externe schuldeisers ⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ H. BROCKMANS, *Rechter Guido De Croock: “België wordt een no-go zone voor schuldeisers”*, Trends, 8 september 2011.

⁽¹⁴⁾ E. VAN CAMP, *Misbruiken kelderen reddingswet voor bedrijven* in De Tijd, 15 juni 2012.

⁽¹⁵⁾ GRAYDON BELGIUM, “Wet op de continuïteit van de ondernemingen: *round-up* na 3 jaar werking” in *Foro Unie der Rechteren in Handelszaken van België*, 2012/2, p. 5-17.

6.4.4. WCO toepassingsgebied is te eng

310. Een opmerkelijke suggestie van een team van experts ⁽¹⁶⁾, bestaande uit een veertigtal professoren, advocaten en rechters is dat de WCO ook best toegankelijk wordt gemaakt voor vrije beroepen en grote vzw's zoals ziekenhuizen en hogescholen. Ook zij hebben een economische activiteit en moeten van een procedure van gerechtelijke reorganisatie gebruik kunnen maken.

6.4.5. Te weinig nadruk op faillissementspreventie

311. Het belangrijkste instrument in het kader van de WCO is preventie maar aan doeltreffende preventie is er een schrijnend gebrek. Het is duidelijk dat hoe eerder een onderneming zich bewust wordt van haar moeilijkheden, hoe beter ze kan reageren om opnieuw erbovenop te komen. De meeste bedrijven die uitstel van betaling vragen, doen dit veel te laat. Ze zijn meestal al virtueel failliet. De WCO is er niet om te reanimeren, maar om een reddingsboei te gooien ⁽¹⁷⁾. Door die late aanvragen is de procedure WCO zeker geen garantie op succes. 70 % van de bedrijven die betalingsuitstel kregen, gaat alsnog failliet ⁽¹⁸⁾. In de VS is het slaagpercentage (onder *Chapter 11*) dubbel zo hoog.

De huidige regelgeving, onder meer op het vlak van toegang tot het beroep, het minimumkapitaal voor vennootschappen en het financieel plan, is niet altijd voldoende. De WCO biedt veelal geen oplossing voor interne bedrijfsproblemen zoals ondercapitalisatie en mismanagement.

312. Het is hierbij belangrijk om het onderscheid te maken tussen faillissementspredictie waarbij wordt gewerkt aan de hand van statistische modellen en faillissementspreventie waarbij wordt gefocust op de oorzaken, de processen en de oplossingen om een faillissement af te wenden.

De voornaamste oorzaken van het mislukken van een nieuwe onderneming de volgende zijn:

- het gebrek aan eigen vermogen;
- het gebrek aan kennis van bedrijfsbeheer (zoals onvoldoende kasplanning voor de eerste exploitatiemaanden, onderschatting van bepaalde kosten, onderschatting van de personeelskosten, enz.); en
- het gebrek aan technische kennis.

⁽¹⁶⁾ VBO-Réseau CAP-CAP Netwerk Vlaanderen, *Evaluatierapport over de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, maart 2012, 56 p.

⁽¹⁷⁾ E. VAN DEN BROELE in *Reddingsboei voor bedrijven werkt*, De Standaard, 29 maart 2012.

⁽¹⁸⁾ E. VAN CAMP, *Misbruiken kelderen reddingswet voor bedrijven* in De Tijd, 15 juni 2012.

6.4.6. Huidige rol voor de rechtbank van koophandel is te passief

313. Volgens Alain ZENNER, de voorzitter van het CAP-netwerk ⁽¹⁹⁾ dat alle WCO kennis verzamelt in het Franstalige landsgedeelte, kunnen de rechtbanken van koophandel een actievere rol spelen. De kamers voor handelsonderzoek roepen bedrijven, volgens hem, nu pas op het matje als alle knipperlichten al flikkeren. Zij zouden wankelende bedrijven al eerder aan de tand kunnen voelen op basis van de beschikbare handelsinformatie. Deze visie van Alain ZENNER wordt, vanuit de praktijk, niet door iedereen gedeeld.

6.4.7. Schuldeisers worden slecht geïnformeerd

314. De schuldeisers zijn weinig of slecht ingelicht, wanneer de schuldenaar de opening van een procedure van gerechtelijke reorganisatie vraagt. Het Belgisch Staatsblad is als informatiemiddel voorbijgestreefd en veel te beperkt. Zo vernemen we voortdurend grote onzekerheid over de te volgen weg om de rechten van de schuldeiser te vrijwaren: de mogelijke pistes (minnelijke reorganisatie, collectief of overdracht) worden niet eenduidig gepubliceerd, waardoor het voor de schuldeisers inderdaad koffiedik kijken is ⁽²⁰⁾.

De invoering van elektronische dossiers op het gebied van continuïteit (en ook van faillissement) zou een ruimere verspreiding van de informatie en een vereenvoudiging voor de schuldeisers mogelijk maken. Met informatiepagina over de geopende procedures op de site van de rechtbank van koophandel zouden ook de schuldeisers gemakkelijk geïnformeerd kunnen worden. De rechtbank van koophandel te Tongeren, bijvoorbeeld, heeft een dergelijke pagina op haar website ⁽²¹⁾.

Het gebrek aan reactie van de schuldeisers, doordat ze de procedure niet kennen, vanwege de moeilijkheid om zich te informeren en om op te treden, is een reëel probleem in het kader van de goede werking van de procedure van gerechtelijke reorganisatie. We stellen immers vast dat de schuldeisers zelden vrijwillig optreden. Is het fatalisme tegenover het verlies van hun schuldvordering? Een mentaliteitsverandering is bijgevolg wenselijk.

6.4.8. Bedrijven worden soms verkocht aan spotprijzen ⁽²²⁾

315. Nog een probleem is dat van de criteria die de rechtbank gebruiken bij het toestaan van een overdracht: wat is een aanvaardbare prijs ten opzichte van het belang van het redden van de werkgelegenheid? De overdrachtprijs is immers een belangrijk element bij een overdracht. Sommige schuldeisers, zoals de banken, staan ongewapend tegenover de spotprijzen die voor de overdracht worden voorgesteld. Welke waarde hebben hun

⁽¹⁹⁾ CAP staat voor "Continuïteit, Assistentie, Preventie" en werd oorspronkelijk gelanceerd als "Réseau CAP" door Mr. Alain ZENNER. Op voorstel van Dhr. ZENNER werd langs Vlaamse zijde een eigen CAP-netwerk opgericht met steun van de Federatie voor Vrije en Intellectuele Beroepen (FVIB). Het CAP-netwerk Vlaanderen werd in 2010 opgericht om de evoluties met betrekking tot de Wet betreffende de Continuïteit van Ondernemingen (WCO) op te volgen.

⁽²⁰⁾ GRAYDON BELGIUM, "Wet op de continuïteit van de ondernemingen: *round-up* na 3 jaar werking" in *Foro Unie der Rechters in Handelszaken van België*, 2012/2, p. 5-17.

⁽²¹⁾ www.koophandel.tongeren.be/html/wco.html.

⁽²²⁾ vbo-feb.be/media/uploads/public/_custom/press/28_03_rapport_NL.pdf, p. 22.

zekerheden nog in dat kader? Rechtvaardigt de vrijwaring van de werkgelegenheid dat activa en activiteiten kunnen worden overgelaten voor een waarde beneden hun liquidatiewaarde?

Bijvoorbeeld, de rechtbank van koophandel te Oudenaarde heeft op 16 september 2011 beslist dat de rechten van de schuldeisers niet opwegen tegen een overdacht aan een prijs die minder bedraagt dan de helft van de liquidatiewaarde. De rechtbank kon enkel vaststellen dat hoewel de bemerkingen van de banken en de concurrent met betrekking tot de lage overnameprijs ernstig zijn, deze toch niet opwegen tegen de redding van 195 arbeidsplaatsen met behoud van bestaande loonsvoorwaarden die de gerechtsmandatarissen met alle in de vakbondsafvaardiging vertegenwoordigde organisaties en de overnemer hebben genegotieerd ⁽²³⁾.

316. De WCO (art. 62, WCO) voorziet volgende evaluatiecriteria voor de gerechtsmandataris belast met de overdracht. Deze grote gedragslijnen kunnen als volgt worden samengevat ⁽²⁴⁾:

- het criterium van de beste offerte is dat van de gewaarborgde werkgelegenheid;
- bij gelijkwaardige offertes moet bij voorrang worden geopteerd voor het criterium van de werkgelegenheid; en
- de eerbied voor het recht van de schuldeisers en de regels van economische mededinging verbieden de onderneming en haar activiteiten tegen elke willekeurige prijs te verkopen.

317. Er moet een zeker respect zijn, een evenwicht tussen de werkgelegenheid en de activa van de onderneming. De doelstelling van de wet is het veiligstellen van de onderneming bij vergelijkbare prijs of offertes (art. 62 WCO). Toch is het soms moeilijk om de waarde van de onderneming te ramen. Bovendien is er soms tijd nodig om de activa te valoriseren, wat ingaat tegen de doelstelling van de snelle overdracht om verliezen te vermijden. Als de mandataris expertises eist om zich in te dekken, zal dat duur zijn en tijd vergen.

Een objectiveerbare limiet vaststellen om die prijs te bepalen, zou bijgevolg een oplossing bieden: de overdrachtswaarde zou minstens gelijk moeten zijn aan de liquidatiewaarde van de activiteiten/activa.

318. De meeste procedures van gerechtelijke reorganisatie worden meteen gevolgd door een vonnis van faillietverklaring, dat volgt uit de financiële situatie van de onderneming na reorganisatie of overdracht: de activa zijn geheel of gedeeltelijk overgedragen, de vennootschap is ontdaan van haar financiële inkomsten, de vennootschap blijft meestal achter met een aanzienlijk passief, het lot van de niet overgenomen werknemers wordt geregeld door de curator die na de procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht is aangesteld. In dat kader is het goed om te voorzien dat de overdracht tegenstelbaar is aan de curator.

⁽²³⁾ M. VANMEENEN, “Wet continuïteit ondernemingen – 30 maanden praktijkervaring: overzicht van rechtspraak”, oktober 2011, 18 p.

⁽²⁴⁾ M. VANMEENEN, “Wet continuïteit ondernemingen – 30 maanden praktijkervaring: overzicht van rechtspraak”, oktober 2011, 18 p.

Geraadpleegde bronnen

Wettekst

- De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad (BS) van 9 februari 2009.

Publicaties

- D. CALLENS, *Nieuwe wet continuïteit van de ondernemingen* in Polsslag, VKW Metena, 19 maart 2009.
- Commissie voor Boekhoudkundige Normen, CBN-advies 2011/9 – *Invloed van het buitengerechtelijk minnelijk akkoord en de gerechtelijke reorganisatie op de schulden en vorderingen*, 6 april 2011.
- *Continuïteit van ondernemingen: de wet van 31 januari 2009 – een overzicht*, Eubelius client alert, maart 2009.
- G. DE CROOCK, *De wet continuïteit ondernemingen: De rol van de rechtbank in het filteren van levensvatbare en niet levensvatbare ondernemingen*, 23 p.
- B. DE MOOR, Ph. DE WULF, S. DIELS en V. VAN STEENKISTE, *Aandachts- en actiepunten voor het bestuur van een onderneming bij dreigende insolventie*, DAOR 2010/94, p. 119-148.
- K. DEWAGTERE, “Wet continuïteit ondernemingen: fiscale vrijstelling (gedeeltelijke) kwijtschelding van schuldvorderingen mogelijk in hoofde van schuldenaars in financiële moeilijkheden”, *Fiduciaire Actualiteiten*, Deloitte Fiduciaire, 2012, nr. 6, p. 3.
- FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER, *Van gerechtelijk akkoord naar continuïteit van de ondernemingen: commentaar van het wetsontwerp continuïteit*: januari 2007, 89 p.
- GRAYDON BELGIUM, “Wet op de continuïteit van de ondernemingen: round-up na 3 jaar werking” in *Foro Unie der Rechters in Handelszaken van België*, 2012/2, p. 5-17.
- IAB/IEC, *Wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen: zegen of vloek? De instituten van de economische beroepen en de CAP-Netwerken maken de balans op IBR/IRE, IPCF/BIBF*, Persbericht, 26 september 2011.
- Kh. Tongeren, *Communicatie- en informatiekorten binnen de wet continuïteit ondernemingen: de schuldeisers blijven te vaak in de kou staan*, 15 maart 2010, TBH 2010/6 met noot M. VANMEENEN, p. 551.
- Ph. MULLIEZ, D. DE MAREZ, en I. DE LEENHEER, “De nieuwe wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen: juridische en fiscale aspecten”, *Accountancy & Tax*, 2009/2.
- G. RULKIN, “De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen”, *Pacioli* 274, 27 april – 10 mei 2009.
- L. STOLLE, *Wet Continuïteit Ondernemingen: 2 jaar verder*, Meritius Advocaten, newsletter Juli 2011.
- F. TAILDEMAN JANSSENS CASTEELS, *Handleiding van de gedelegeerd rechter – Editie 2011*, Brussel, Unixel NV, 2011, 143 p.

146

BEORDELING VAN DE HUIDIGE SITUATIE: WCO POTENTIEEL EN KNELPUNTEN

- W. VAN LEMBERGEN, J. EGGER en A. DE LAMINNE DE BEX, *The new federal law on the continuity of undertakings*, Laga Newsflash, 10 april 2009.
- M. VANMEENEN, *De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van ondernemingen*, *RW* 2009, p. 128.
- M. VANMEENEN, *Wet continuïteit ondernemingen – 30 maanden praktijkervaring: overzicht van rechtspraak*, oktober 2011, 18 p.
- S. VAN WAEYENBERGHE en Ph. HINNEKENS, *Wet Continuïteit Ondernemingen: enkele nieuwe fiscale aandachtspunten*, Eubelius Spotlight 03/2011.
- VBO-Réseau CAP-CAP Netwerk Vlaanderen, *Evaluatierapport over de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, maart 2012, 56 p.
- A. ZENNER, *Wet continuïteit Ondernemingen De Eerste commentaar*, Antwerpen, Intersentia 2009, 221 p.

147

GERAADPLEEGDE BRONNEN

Seminariepapers

- J.M. CONTER, M. VANMEENEN, *De Wet betreffende de Continuïteit van de ondernemingen: De economische beroepsbeoefenaars wijzen ondernemingen in moeilijkheden de weg*, 26 september 2011.
- G. DE CROOCK, *Ondernemingen in moeilijkheden*, ICCI-seminarie, 27 juni 2012.
- *Enkele praktijk problemen m.b.t. ondernemingen in moeilijkheden*, 16 december 2009, Studieavond gepresenteerd door de master studenten Grondige studie Insolventierecht, Universiteit Antwerpen.
- M. VANMEENEN, *De wet betreffende de continuïteit van ondernemingen*, Universiteit Antwerpen, *Forum for the future*, 1 december 2010.

Kranten- en tijdschriftartikels

- H. BROCKMANS, *Rechter Guido DE CROOCK: “België wordt een no-go zone voor schuldeisers”*, Trends, 8 september 2011.
- *Doorstartwet boert goed, maar het kan nog beter*, De Tijd, 29 maart 2012.
- *Reddingsboei voor bedrijven werkt*, De Standaard, 29 maart 2012.
- E. VAN CAMP, *Misbruiken kelderen reddingswet voor bedrijven*, De Tijd, 15 juni 2012.

Websites

- vbo-feb.be/media/uploads/public/_custom/press/28_03_WCO_Cap_Vlaanderen.pdf
- www.elfri.be/WCO
- www.graydon.be/Academy/Pers (Studies/persberichten)
- www.koophandeltongeren.be/html/wco.html
- www.rechtbankkoophandeldendermonde.be/wco.html
- www.tussenstap.be/ “Ondernemers op een kruispunt”
- www.wco.be

PARTIE 4

LES RAPPORTS ENTRE LE JUGE ET LES MANDATAIRES DE JUSTICE : L'EVOLUTION DES RAPPORTS

Contributions de :

Marc-Olivier PARIS

Président, Tribunal de Commerce de Dinant et de Marche-en-Famenne

Gérard DELVAUX

Réviseur d'entreprises honoraire, Expert comptable IEC et expert auprès des tribunaux, Past-Président de l'IEC et Co-fondateur du Réseau CAP (Continuité – Accompagnement et Prévention)

Guy HORMANS

Avocat au Barreau de Bruxelles, Professeur émérite, Université catholique de Louvain

CHAPITRE 1^{ER}

LE DIALOGUE DELICAT ENTRE LE JUGE ET LE MANDATAIRE JUDICIAIRE

Marc-Olivier PARIS

Président, Tribunal de Commerce de Dinant et de Marche-en-Famenne

1.1. INTRODUCTION

319. Si l'article 11 du Code judiciaire rappelle que le juge ne peut déléguer sa juridiction, en réalité, nombreuses sont les situations dans lesquelles le juge se voit dans l'obligation de recourir au service de tiers. Dans certains cas, il s'agit d'éclairer le tribunal sur des questions techniques. Dans d'autres circonstances – et c'est de celles-ci qu'il sera question –, il s'agit d'accomplir des missions de gestion, d'administration ou de réalisation de biens.

De longue date, le tribunal de commerce est habitué à désigner des administrateurs provisoires⁽¹⁾, des liquidateurs, des curateurs ou des mandataires judiciaires. Le tribunal de commerce ne jouit toutefois pas d'un monopole en la matière : le juge de paix désigne, par exemple des tuteurs⁽²⁾, des administrateurs provisoires⁽³⁾ ; le tribunal du travail, des médiateurs de dettes⁽⁴⁾ ; le tribunal de première instance, *etc.* Arrêtons ici l'énumération, car l'objectif n'est pas de dresser une liste exhaustive des différentes missions qu'un juge peut confier à un tiers, mais de réfléchir à ces missions elles-mêmes.

1.2. LE MANDATAIRE JUDICIAIRE

320. Traditionnellement, on qualifie de « *mandataires judiciaires* » les personnes ainsi désignées par le tribunal. Le terme mandataire est-il bien choisi ? De manière classique⁵, le mandataire est une personne chargée par un mandant d'accomplir des actes juridiques pour ce dernier et au nom de celui-ci. Il est clair que le mandataire judiciaire n'est pas le mandataire du juge, au sens juridique du terme. Le choix de l'expression n'est pas pour autant absurde. Un mandataire doit remplir sa mission selon les instructions reçues du mandant et il en va ainsi du mandataire judiciaire. Le mandataire doit en principe exécuter lui-même sa mission et ne peut pas se faire substituer par un tiers : c'est également le cas pour le mandataire judiciaire. Enfin, le mandataire doit faire rapport au mandant à l'issue de sa mission ; c'est le plus souvent le cas pour le mandataire judiciaire.

En réalité, l'idée qui sous-tend l'appellation de mandataire judiciaire est que la personne ainsi désignée ne répond pas de sa mission devant la partie qui en a demandé la désignation, mais bien devant le tribunal.

Dans l'esprit des juges, dans celui des avocats et plus généralement des juristes, « devant le tribunal » signifie essentiellement dans le respect de ce qui caractérise le fonctionnement de la justice : impartialité, indépendance à l'égard des parties et respect du contradictoire.

⁽¹⁾ Voir même d'office : v. article 8 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

⁽²⁾ Art. 393 C. civ.

⁽³⁾ Art. 488*bis*-B C. civ.

⁽⁴⁾ Art. 578, 14° C. jud.

⁽⁵⁾ Art. 1984 C. civ. ; v. aussi Cass., 27 mars 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 916.

Dans l'esprit des parties ou du citoyen, les choses sont probablement moins claires. Créanciers, débiteurs ou plus simplement cocontractants ont le sentiment que le tribunal exerce un contrôle effectif sur la mission du mandataire de justice. Spontanément, ils s'adresseront au tribunal s'ils estiment être en situation de se plaindre d'erreurs ou de fautes commises par le mandataire judiciaire. De même, c'est au tribunal qu'ils s'adresseront le plus souvent s'ils sont détenteurs d'informations qui pourraient être utiles au mandataire.

1.3. L'HOMME DERRIÈRE LA FONCTION

1.3.1. Généralités

321. Pendant longtemps, l'avocat s'est vu reconnaître un quasi-monopole dans l'exercice des mandats judiciaires. Exerçant une profession libérale inspirant le respect, soumis à une déontologie sourcilleuse, l'avocat peut mettre en avant sa connaissance du droit et son habitude de fréquenter les juges. Le plus souvent, les avocats choisis étaient même juges suppléants, ce qui renforçait d'autant leur respectabilité et leur connaissance des contraintes du métier de juge. Ils savaient jusqu'où ils pouvaient aller pour ne pas placer le juge dans l'embarras.

En outre, ils bénéficiaient, tout comme le juge, d'un prestige suffisant pour dissuader les parties ou les tiers de se poser ou de leur poser trop de questions. Les temps ont changé aujourd'hui. L'avocat comme le juge ne bénéficient plus de la même autorité. Les parties, les tiers, voire un confrère peu confraternel, n'hésitent plus à poser les questions qui dérangent ou à demander au mandataire, comme au juge, de rendre des comptes.

322. De plus, la technicité qui caractérise notre société fait que la compétence juridique ne suffit plus à garantir un exercice paisible de sa mission au mandataire judiciaire. Des compétences et des connaissances extérieures au droit sont aujourd'hui souvent requises, des compétences de gestion notamment. Désormais, la justice se voit amenée à confier de plus en plus souvent des missions à d'autres professions libérales que le barreau. Si la loi sur les faillites garantit toujours un monopole aux avocats dans la désignation comme curateur ⁽⁶⁾, elle permet néanmoins d'adjoindre d'autres personnes en qualité de curateur, en raison de compétences particulières, lorsque la nature et l'importance d'une faillite le commandent.

Quant au règlement collectif de dettes, si la loi désigne l'avocat comme faisant partie des personnes pouvant être désignées médiateurs de dettes, c'est parmi d'autres professions notamment juridiques ⁽⁷⁾. Ne parlons pas de la loi sur la continuité des entreprises :

⁽⁶⁾ Art. 27 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

⁽⁷⁾ Art. 1675/17 C. jud.

celle-ci n'accorde aucun statut préférentiel aux avocats dans la désignation comme mandataire de justice ⁽⁸⁾ ou comme médiateur d'entreprise ⁽⁹⁾.

323. Comptable, expert-comptable, réviseur d'entreprises sont des professions libérales, soumises elles aussi à une déontologie rigoureuse et souvent plus proche des besoins de terrain des entreprises que le titulaire d'un diplôme de droit. Il n'est donc pas étonnant que la justice, principalement commerciale, réserve désormais une place de choix à ces professions au sein de la famille des mandataires judiciaires.

Performants sur le terrain, grâce à leurs compétences techniques, ces nouveaux collaborateurs de la justice se sentent parfois moins à l'aise par rapport aux règles de procédure et à la complexité de l'appareil judiciaire. Plus que l'avocat, ils auront tendance à faire rapport au juge qui les a désignés, à interpellier celui-ci et à s'étonner du manque de répondant de celui-ci.

1.3.2. Le désarroi du juge

324. Les tribunaux sont-ils armés pour répondre aux attentes des justiciables et des nouveaux mandataires judiciaires ? Le plus souvent, le juge ne trouvera que peu de réponses dans la loi. Celle-ci se préoccupera principalement des conditions à remplir pour demander ou obtenir la désignation d'un mandataire judiciaire. Elle ne détaillera guère le contenu de la mission. Elle ne se préoccupera absolument pas des incidents susceptibles de se poser au quotidien et des solutions à leur trouver.

La doctrine elle-même sera le plus souvent vaporeuse. Elle examinera avec soin les questions juridiques susceptibles de se poser à l'audience, mais ne donnera que peu d'indications pratiques sur les rapports que le mandataire peut entretenir avec le juge.

325. En réalité, la seule exception au flou général concerne la mission de curateur de faillite. La loi sur les faillites ⁽¹⁰⁾, les ouvrages de doctrine ⁽¹¹⁾ abordent de nombreux aspects du quotidien du curateur. Un juge, appelé juge-commissaire, est chargé par la loi de surveiller les opérations, la gestion et la liquidation de la faillite par le curateur ⁽¹²⁾ ; il est reconnu au président du tribunal une mission générale de contrôle sur l'ensemble des mandats ouverts dans son arrondissement ⁽¹³⁾.

On pourrait également évoquer la loi sur la continuité des entreprises, qui prévoit la nomination d'un juge délégué chargé de veiller au respect de la loi et d'informer

⁽⁸⁾ Art. 71 § 1^{er} de la loi du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises : « les mandataires de justice désignés en vertu de la présente loi sont choisis en fonction de leurs qualités et selon les nécessités de l'espèce. Ils doivent offrir des garanties de compétence, d'expérience, d'indépendance et d'impartialité. »

⁽⁹⁾ Art. 13 de la loi du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises.

⁽¹⁰⁾ Loi du 8 août 1997 sur les faillites.

⁽¹¹⁾ Pendant longtemps, un des ouvrages de base de la matière s'est même intitulé *Manuel du curateur de la faillite*.

⁽¹²⁾ Art. 35 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

⁽¹³⁾ I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, n° 3.10.1.3.

le tribunal de l'évolution de la situation du débiteur ⁽¹⁴⁾. Toutefois, la loi ne confère guère de pouvoir de contrainte à ce juge ou, plus largement, au tribunal. Il n'empêche la loi prévoit explicitement, en matière de faillite ou de réorganisation judiciaire, un contrôle c'est-à-dire un dialogue entre le juge et les organes chargés par la justice d'une mission ⁽¹⁵⁾. Ce n'est pas le cas pour les autres mandats judiciaires conférés par un tribunal ⁽¹⁶⁾.

Encore faut-il observer que le brouillard s'épaissit à nouveau, même en matière de faillite, dès que les questions posées deviennent terre-à-terre : avant le prononcé du jugement, le juge peut-il prendre contact avec la personne qu'il envisage de désigner ? Que peut-il dévoiler du jugement non encore prononcé ? Que peut-il donner comme informations au mandataire pressenti par lui ? On chercherait vainement dans les textes des réponses précises à de telles questions. Si l'on considère en général que de tels contacts, opérés en dehors du champ de toute contradiction avec les parties, sont licites, les justifications données sont en général douteuses. Certains ont évoqué un concept de secret partagé, mais d'autres ⁽¹⁷⁾ ont montré les limites de tels concepts.

326. Le vague règne donc le plus souvent lorsque des questions pratiques ou concrètes se posent au mandataire judiciaire en cours d'exécution de sa mission. Sauf dans les cas où la loi elle-même confère un pouvoir de surveillance au juge, on considère généralement que des contacts avec celui-ci sont à proscrire, au nom du respect du principe du contradictoire. Même dans le cas où la loi confère un pouvoir de contrôle au juge, ce dernier l'exercera le plus souvent avec une grande prudence, au nom du même principe. On ne peut guère blâmer le juge. Celui-ci ne peut oublier que si c'est lui qui désigne le mandataire, c'est lui aussi, le plus souvent, qui aura à vider à l'audience les incidents susceptibles d'opposer celui-ci aux parties ou à des tiers. En particulier, le juge aura à connaître de la question des honoraires, ce qui pourra l'amener à porter une appréciation sur la façon dont le mandataire s'est acquitté de sa mission. Instinctivement, le juge aura donc tendance à se garder de tout ce qui pourrait apparaître comme indice de rapports privilégiés avec le mandataire. S'il se garde de donner le moindre conseil, c'est parce qu'il risque de devoir se prononcer ultérieurement, par jugement, sur le bien-fondé dudit conseil.

Confronté au dépôt d'un rapport sur les difficultés rencontrées par le mandataire judiciaire, le juge sera le plus souvent démuni. La loi lui confère rarement le droit de se saisir d'office voire même, plus modestement, de prendre l'initiative de faire fixer l'affaire à l'audience. Le cas de la réorganisation judiciaire est frappant, à cet égard. Recevant un rapport du mandataire de justice ou du juge délégué constatant des dérapages importants, sauf le recours à la mesure exceptionnelle que constitue un

⁽¹⁴⁾ Art. 19 de la loi du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises.

⁽¹⁵⁾ Dans le cas d'une réorganisation judiciaire, la personne chargée d'une mission sous le contrôle du tribunal de commerce est appelée mandataire de justice.

⁽¹⁶⁾ Dans la matière de l'expertise, qui échappe au thème de la présente contribution, un mécanisme proche est également instauré, avec la désignation d'un juge chargé du contrôle de l'expertise (v. art. 972 sv. C. jud.).

⁽¹⁷⁾ J. ENGLEBERT, « Le secret du délibéré : rappel de quelques principes à l'usage des délibérants », *DAOR*, 2009, p. 283.

dessaisissement ⁽¹⁸⁾, le juge n'aura d'autre ressource que d'espérer qu'un vent favorable porte le document vers le ministère public, qui dispose lui d'un droit d'initiative, ou vers un créancier belliqueux. Il en va de même lorsqu'un créancier porte des faits graves à la connaissance du tribunal : celui-ci ne peut qu'espérer que le même vent favorable se lèvera à nouveau – le paradoxe étant que le tiers, qui dénonce les faits, dispose lui du pouvoir d'agir, en tant que personne intéressée, mais pas le tribunal.

1.3.3. Un nouvel équilibre

327. Les parties, les citoyens ne sont pas dupes. Ils se doutent que la nécessité conduit malgré tout, dans certains cas, le juge et le mandataire à se rencontrer. Ils soupçonnent que ces contacts sont discrets, *off record*, pour ne pas dire clandestins. Une telle perception des rapports entre le juge et le mandataire judiciaire, qu'elle soit exacte ou non, ne contribue ni à grandir la justice ni à restaurer la confiance en celle-ci. Au contraire, elle renforce les contempteurs de la justice ou les tenants des théories du complot.

Il est probablement temps de se demander si la vision habituelle du rôle du juge n'est pas tout simplement rétrograde ou inadaptée à notre monde moderne. Le monde anglo-saxon nous a montré depuis longtemps que des visions plus pragmatiques du rôle du juge sont possibles. La question d'une redéfinition du rôle du juge doit être posée, à l'heure où notre vision du droit se trouve bouleversée par une lecture des traités européens ou de la Convention européenne des droits de l'homme selon des grilles de lecture parfois étrangères à nos concepts juridiques traditionnels.

De nouveaux équilibres doivent être trouvés, dans les rapports entre le juge et les mandataires désignés par lui. À l'image des systèmes de *common law*, ils doivent être caractérisés par une plus grande confiance dans la personne du juge, en raison de la fonction que celui-ci remplit.

328. L'évolution semble en marche. Des lois, comme la loi sur la continuité des entreprises, ont apporté des solutions nouvelles à des problèmes anciens. Le code judiciaire, lui-même frémuit. Il permet au juge, de sa propre initiative, de suggérer aux parties d'opter pour une médiation ⁽¹⁹⁾. Il permet au juge de se départir à l'audience de son rôle passif pour remplacer les plaidoiries par un débat interactif ⁽²⁰⁾. Il invite le juge à accompagner activement les mesures d'instruction. Le temps n'est plus où le juge était condamné à rester cantonné dans une tour d'ivoire dont il ne pouvait sortir que le temps de l'audience.

⁽¹⁸⁾ Art. 8 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites : « *lorsqu'il existe des indices graves, précis et concordants que les conditions de la faillite sont réunies, et qu'il y a urgence, le président du tribunal de commerce peut dessaisir en tout ou en partie le commerçant ou la société de commerce de la gestion de tout ou partie de ses biens. Le président statue, soit sur requête unilatérale de tout intéressé, soit d'office. Le président désigne un ou plusieurs administrateurs provisoires ayant de l'expérience en matière de gestion d'entreprise et de comptabilité et précise leurs pouvoirs. Ceux-ci ne comprennent pas celui de faire l'aveu de la faillite ni celui de représenter le commerçant ou la société de commerce dans une procédure en faillite* ».

⁽¹⁹⁾ Art. 1734 § 1^{er} C. jud.

⁽²⁰⁾ Art. 756ter C. jud.

CHAPITRE 2

UNE APPROCHE NOVATRICE : LA LOI SUR LA CONTINUITE DES ENTREPRISES

Gérard DELVAUX

Réviseur d'entreprises honoraire, Expert compable IEC et expert auprès des tribunaux, Past-Président de l'IEC et Co-fondateur du Réseau CAP (Continuité – Accompagnement et Prévention)

2.1. OBSERVATION LIMINAIRE

2.1.1. Généralités

329. L'objectif de la présente réflexion est de présenter le rôle du professionnel du chiffre dans ses rapports avec les avocats dans le cadre des missions de mandataire de justice, d'administrateur judiciaire données à ces acteurs de justice par les tribunaux.

Nous mettrons principalement en évidence l'expérience acquise dans le cadre de la procédure en réorganisation judiciaire réformant la loi de 1997 sur le concordat par la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises (A.R. du 27 mars 2009 – M.B. du 31 mars 2009).

Le dialogue bien compris est nécessaire entre les parties en présence que sont les hommes du droit, du chiffre et les tribunaux de commerce concourant incontestablement au sauvetage d'entreprises en difficultés.

L'avocat, le réviseur d'entreprises, l'expert-comptable, le comptable, le juge sont en effet les accompagnateurs de solutions.

330. Depuis 1997, le traitement des entreprises en difficultés a évolué en tentant d'abolir les difficultés rencontrées et de rétablir la pérennité de l'entreprise par un redressement durable permettant un développement futur harmonieux et profitable de ses activités. L'harmonisation du tribunal de commerce, par la réforme de la faillite et la nouvelle procédure du concordat, a contribué largement au dialogue entre les différents acteurs du terrain pour le redémarrage des entreprises en difficultés passagères.

En 1999, la réforme de la loi de 1997 sur le concordat judiciaire s'inscrit dans un ensemble de mesures plus larges améliorant, avec une plus grande souplesse, la législation en vigueur.

331. La présente étude permettra de présenter de manière concrète les actions menées entre professionnel du chiffre du droit et les juges afin d'améliorer le cadre législatif de prévention dans une période inégalée de crise depuis 2008.

En complément aux problèmes juridiques rencontrés qui seront traités par les avocats associés à l'expert-comptable, au réviseur d'entreprises, au comptable, les outils de prévention, que sont la comptabilité analytique, le business plan, permettront d'apprécier la continuité d'exploitation.

Nous aborderons également l'utilité des chambres d'enquête commerciale en réfléchissant sur de nouveaux équilibres permettant d'accroître des rapports nouveaux de la justice avec les entreprises.

2.1.2. Réflexion sur la loi sur la continuité des entreprises

332. Malgré la souplesse souhaitée par le législateur, il reste nécessaire que le débiteur se trouve dans une situation économique préoccupante car il ressort comme

anti-concurrentiel de tirer profit d'une protection judiciaire plaçant l'entreprise en difficultés à l'abri de ses créanciers sans avoir épuisé toutes les formes classiques de réorganisation et de redressement.

333. A ce titre, le professionnel comptable est le premier acteur de prévention des signaux d'alarme.

Le réviseur d'entreprises doit s'appuyer notamment sur les dispositions du Code des sociétés (art.138 – art.96) lorsqu'il constatera des faits graves et concordants menaçant la continuité de l'exploitation de la société dans laquelle il exerce la fonction de commissaire.

Associé au réviseur d'entreprises, le comptable, l'expert-comptable doit quant à lui attirer l'attention de l'entreprise lorsque ses résultats altèrent à court terme sa capacité financière et lorsque les pertes entament ses capitaux propres (art. 633/634 C. Soc.).

Cette loi est nécessaire dans la période de crise économique que nous traversons mais elle doit être appliquée avec réflexion de manière telle à ne pas mettre en péril, dans des effets de dominos les entreprises créancières qui en conséquence se trouveraient elles-mêmes en difficultés.

C'est ainsi que par expérience, il serait souhaitable de renforcer la loi sur la faillite et l'efficacité des chambres d'enquête commerciale afin d'éliminer rapidement les entreprises qui ne seraient plus en situation de *going concern*.

2.1.3. Le réseau CAP

334. Dans le cadre du dialogue bien compris et d'une volonté de démarche citoyenne, Maître Alain ZENNER et moi-même, ainsi que l'Ordre Royal des Experts-Comptables et Comptables brevetés de Belgique avons créé le *réseau CAP* (Continuité – Accompagnement – Prévention). Avec les chambres de commerce de Wallonie et de Bruxelles, l'agence de stimulation économique wallonne, les rédacteurs de la loi, la plupart des juges, présidents des tribunaux de commerce, les avocats spécialisés, les professionnels du chiffre, *etc.* le *réseau CAP* a entamé un nouveau dialogue entre partenaires professionnels par l'échange d'idées constructives et des débats ayant pour objectif d'aboutir à un recueil de cas de jurisprudence afin de faire évoluer positivement la loi.

Le *réseau CAP Vlaanderen* a vu le jour et complète aujourd'hui notre action sur l'ensemble du territoire dans un même esprit, notre initiative.

La création de ce réseau permet d'établir de nouvelles relations et des rapports nouveaux entre les tribunaux de commerce et les mandataires de justice, les hommes du droit et du chiffre : « *Une autre manière de collaborer* ».

2.2. LES VERTUS DE LA MULTIDISCIPLINARITE

335. Dans le cadre d'une entreprise en difficultés, les avocats, les professionnels du chiffre, le tribunal de commerce, les administrateurs provisoires devront travailler de concert, suivant les qualifications de chacun afin de trouver les solutions adéquates préservant à la fois les intérêts du débiteur et des créanciers.

L'association entre les hommes du droit et du chiffre permet de mener à bien l'ensemble des opérations de restructuration envisagées. La complémentarité de compétences permet d'établir une compréhension mutuelle des tâches à accomplir sur base d'une feuille de route à rédiger dès le départ d'une mission donnée par le tribunal et d'un procès-verbal des activités du collège des mandataires à établir chaque semaine.

336. Par expérience, lors d'une nomination comme administrateur provisoire, il y a lieu d'établir, en premier lieu, un diagnostic permettant d'appréhender les causes des difficultés. Une répartition des tâches est nécessaire dans le domaine de compétence de chaque acteur.

Le tribunal doit être informé régulièrement, par un rapport hebdomadaire des travaux exécutés à adresser au juge délégué.

La clé de la réussite est de cadrer l'intervention de chacun suivant sa spécialité car nul ne peut faire le métier d'un autre.

Lors du premier contact avec l'entreprise il faudra entendre :

- les représentants du conseil d'administration afin qu'ils exposent les causes des difficultés rencontrées et les solutions ébauchées. Le rôle du professionnel du chiffre, administrateur judiciaire, sera par la suite et dans un délai très court, de vérifier les constatations formulées par les administrateurs ;
- les représentants des travailleurs car dans la plupart des cas, ceux-ci auront perdu confiance dans la direction de la société en difficultés.

Les administrateurs judiciaires devront avoir un langage sincère, ferme et sans équivoque et chaque fois qu'ils découvrent un élément important susceptible d'influencer ultérieurement l'emploi, ils devront alors réunir le conseil d'entreprise afin de tenir informé ses membres.

La collaboration de transparence avec les organisations syndicales permettra de mieux faire comprendre le changement de structure qui dans la plupart des cas sera douloureux afin de ramener l'ensemble des charges de l'entreprise, y compris le personnel à son niveau adéquat.

Un redressement de société passe par une réorganisation fondamentale des activités de l'entreprise.

Il s'agit d'un acte à double effet identique à celui du chirurgien qui doit enlever l'organe malade du patient.

Dans le cadre d'une nouvelle organisation d'entreprise, les administrateurs provisoires désignés devront notamment (suivant leur compétence) :

- faire l'inventaire des difficultés de l'entreprise ;
- vérifier les possibilités d'abandon des activités non rentables en chiffrant le coût de cet abandon ;
- vérifier les possibilités de diminuer les services et biens divers (analyse juridique des contrats) ;
- voir l'impact de la réduction de personnel ;
- établir un business plan comprenant :
 - une projection de la trésorerie nécessaire permettant de continuer les activités durant la période de sursis donnée ;
 - une projection des résultats car la difficulté réside dans le fait qu'il faut veiller à ne pas accroître le passif de la société ;
 - répondre et rassurer autant que faire se peut les créanciers de l'entreprise ;
 - résoudre les problèmes juridiques, sociaux, les litiges.

161

UNE APPROCHE NOVATRICE : LA LOI SUR LA CONTINUITE DES ENTREPRISES

Un seul langage est possible et chacun doit être à l'écoute de l'autre.

La communication financière matérialisée dans un business plan bien compris par le personnel permettra de réorganiser et de concentrer les énergies vers la réussite du redressement entamé.

La phase de restructuration dans le cadre d'une procédure en réorganisation judiciaire doit être courte, rapide, précise et mise en œuvre immédiatement après sa conception.

L'information au tribunal de commerce doit être permanente en-dehors des rapports intermédiaires prévus dans le jugement de désignation des administrateurs provisoires ou des mandataires de justice accompagnant une P.R.J. ⁽¹⁾. Le juge délégué joue le rôle important de lien permanent entre les administrateurs provisoires et le tribunal. Il fera rapport au tribunal.

337. Lorsque les professionnels du chiffre et du droit assistent l'entreprise dans son redressement sans dessaisissement du conseil d'administration, la nouvelle loi sur la continuité renforce le rôle de ces professionnels dans le conseil qu'ils doivent prodiguer à l'organe de gestion d'une société qui se trouve dans la zone dangereuse de discontinuité :

- l'avocat sera le gardien du respect des lois en veillant à préserver les dirigeants et de les assister dans la procédure ;
- le réviseur, l'expert-comptable ou le comptable se basera essentiellement sur les techniques qui sont les siennes afin de prendre les décisions adéquates.

Une entente parfaite de ces deux professionnels permettra d'augurer favorablement au redressement de l'entreprise dans le cadre de la procédure qui doit rester l'outil de pérennité de l'entreprise et du maintien de son tissu économique.

⁽¹⁾ Procédure en Réorganisation judiciaire.

2.3. LE ROLE DES CHAMBRES D'ENQUETE COMMERCIALE

2.3.1. Utilité des chambres d'enquête commerciale

338. Les chambres d'enquête commerciale ont pour mission d'identifier et de suivre la situation des entreprises en difficultés, en se basant sur un certain nombre de « clignotants » reconnus comme étant des éléments conduisant à la discontinuité. Elles sont organisées par l'article 12 de la loi avec une double fonction :

- assurer la continuité de l'entreprise ;
- protéger les créanciers.

162

UNE APPROCHE NOVATRICE : LA LOI SUR LA CONTINUITE DES ENTREPRISES

« CHAPITRE 2. - Les chambres d'enquête commerciale

Art. 12. § 1er. Les chambres d'enquête commerciale, visées à l'article 84, alinéa 3, du Code judiciaire, suivent la situation des débiteurs en difficultés en vue de favoriser la continuité de leur entreprise ou de leurs activités et d'assurer la protection des droits des créanciers.

Dans les chambres d'enquête commerciale, l'examen est confié soit à un juge au tribunal, le président excepté, soit à un juge consulaire.

Lorsque le juge estime que la continuité de l'entreprise d'un débiteur est menacée, il peut appeler et entendre le débiteur afin d'obtenir toute information relative à l'état de ses affaires et au sujet des mesures de réorganisation éventuelles.

La convocation est adressée, à la diligence du greffier, au domicile du débiteur ou à son siège social. L'enquête a lieu à huis clos. Le débiteur comparaît en personne, éventuellement assisté des personnes de son choix.

En outre, il est loisible au juge de rassembler d'office toutes les données nécessaires à son enquête. Il peut entendre toute personne dont il estime l'audition nécessaire, même hors de la présence du débiteur, et ordonner la production de tous documents utiles. Le débiteur peut produire tous autres documents de son choix.

Le juge peut également descendre d'office sur les lieux de l'établissement principal ou du siège social, si le débiteur omet par deux fois de comparaître.

§ 2. Le procureur du Roi et le débiteur peuvent à tout moment obtenir communication des données recueillies durant l'enquête ainsi que du rapport visé au paragraphe 4.

Dans les dix premiers jours de chaque mois, une liste des examens entamés sur la base du présent article est communiquée au procureur du Roi, à la diligence du greffier.

§ 3. Conformément aux modalités fixées par le Roi, le tribunal peut échanger les données recueillies avec les organismes publics ou privés désignés ou agréés par l'autorité compétente pour assister les entreprises en difficultés.

§ 4. Lorsque le juge a terminé l'examen de la situation du débiteur, il rédige un rapport contenant les opérations accomplies lors de cet examen, ainsi que ses conclusions. Ce rapport est joint aux données recueillies.

§ 5. S'il ressort de l'examen de la situation du débiteur que ce dernier est en état de faillite ou qu'il réunit les conditions d'application de l'article 182 du Code des sociétés, la chambre d'enquête commerciale peut communiquer le dossier au procureur du Roi.

§ 6. Les membres de la chambre d'enquête commerciale qui ont procédé à l'examen de la situation du débiteur ne siègent pas dans le cadre d'une procédure de faillite, de réorganisation judiciaire ou de liquidation judiciaire qui concernerait ce débiteur. »

Les chambres peuvent convoquer les responsables des entreprises, qui doivent comparaître personnellement assistés éventuellement par les personnes de leur choix (avocat, réviseur, expert-comptable, comptable).

2.3.2. Le dépistage, clef de voute de la continuité

339. Monsieur Jean-Louis DUPLAT, qui fut successivement président du tribunal de commerce de Bruxelles et président de la Commission bancaire, financière et des assurances, indique que les meilleurs clignotants sont ceux qui figurent aux comptes annuels des entreprises. Ces derniers, nous rappelle-t-il, comportent trois éléments : le bilan, le compte de résultat et les annexes, auxquels s'ajoutent le rapport de gestion et le rapport du commissaire. Encore faut-il savoir les lire !

La clef de voûte de la continuité, c'est évidemment la prévention des faillites, et pour commencer le dépistage des entreprises menacées de discontinuité. A ce sujet Monsieur DUPLAT souligne « *que les services de dépistage ont pour vocation, lorsqu'un redressement s'avère impossible, de veiller à ce que la faillite soit prononcée SANS RETARD et ce pour éviter de porter préjudice aux créanciers et (ou) aux concurrents* ». Et, disant les choses telles qu'elles sont, il ajoute :

« J'ai le sentiment que l'on ne tient pas suffisamment compte des intérêts légitimes des créanciers et concurrents lorsqu'une entreprise n'a guère de chances de se redresser. Nos tribunaux ne tardent-ils pas à prononcer des faillites alors même que la situation est sans issue (accumulation retards ONSS et fisc, pertes de plus de 50 % du capital sans espoir de recapitalisation, etc., ...) ? Le régime de la continuité ne peut s'appliquer que si les chances de succès sont réelles ».

340. Monsieur DUPLAT a plus que raison : sans mettre en cause le dévouement de ceux qui y consacrent leur temps, à commencer par les juges consulaires, plus de trente années de pratique l'ont amené à penser qu'actuellement ce dépistage ne remplit pas adéquatement son office. A l'occasion d'un échange de vues avec Madame Melissa VANMEENEN, professeur à l'université d'Anvers et auteur d'une thèse récente sur les chambres d'enquête commerciale, il a constaté qu'elle partageait ce point de vue. La plupart des entreprises dont les chambres d'enquête commerciale connaissent les dossiers sont déjà virtuellement en faillite au moment où elles sont convoquées. Il se souvient par ailleurs d'un séminaire consacré le 2 décembre 1993 aux projets de loi de l'époque sur les faillites et concordats ⁽²⁾ où les participants – avocats, experts-comptables, réviseurs, banquiers, tous familiers des difficultés d'entreprise, furent sondés : fallait-il plus ou moins de rigueur dans l'appréciation des conditions de la faillite ? Plus de 95 % des répondants jugèrent que les tribunaux tardent généralement trop à déclarer les faillites !

Il n'est dès lors pas étonnant que les tribunaux de commerce ne soient pas encore le moteur de la réorganisation judiciaire, comme ils devraient l'être, et qu'il est souvent trop tard quand les entreprises en difficultés recourent à la procédure. Chaque abus dans

⁽²⁾ Séminaire organisé le 2 décembre 1993 à Bruxelles par VanHam & VanHam Seminars sur « La réforme des faillites et du concordat ».

le recours à la procédure par des entreprises en faillite virtuelle sans aucune chance de continuité ne signe-t-il pas un échec du dépistage ?

Il est à noter que les chambres d'enquête commerciale peuvent également entendre toutes personnes qu'elles estiment nécessaires en-dehors du débiteur.

2.3.3. Nécessité de déclarer les faillites sans retard

341. Les chambres d'enquête commerciale ont un rôle préventif important. La réflexion partagée par le réseau CAP est d'indiquer qu'afin d'éviter les abus possibles de la loi, l'appréciation des conditions de la faillite se fasse avec une rigueur renouvelée et que le débiteur soit rapidement confronté à son choix de déclaration de faillite ou de recours à une PRJ. Le rôle du juge enquêteur devrait être plus « pro-actif » car il peut attirer l'attention du débiteur sur les possibilités et l'intérêt de la loi relative à la continuité et – à défaut d'une telle issue – d'envisager sans délai une déclaration de faillite lorsque l'entreprise ne peut plus faire face avec des moyens normaux d'apurement de l'ensemble de son passif.

A titre d'exemple, le tribunal de commerce de Charleroi impose à ses juges enquêteurs un délai d'examen, maximum de quatre mois avant qu'il ne soit fait rapport à la chambre d'enquête composée de trois juges qui décide alors de la suite à réserver au dossier (soit dessaisissement par application de l'article 8 de la loi sur les faillites ou communication du dossier au Ministère public ou prorogation de l'enquête ou classement du dossier).

Maîtres ZENNER et ALTER, Monsieur le Président LEBEAU considèrent qu'il se justifierait que tout débiteur en difficultés, convoqué devant un juge enquêteur soit averti qu'il s'expose à la nomination d'un administrateur judiciaire (art. 8) s'il n'apure pas l'ensemble de son passif ou s'il ne dépose par une requête en désignation d'un médiateur d'entreprise ou d'un dépôt en réorganisation judiciaire.

La réflexion donnée par le réseau CAP peut se résumer comme suit :

342. Il paraît essentiel de doter les tribunaux de moyens afin d'être saisi plus rapidement des difficultés de l'entreprise. Serait-il impossible de recourir à des clignotants plus rapides ?

Ne faudrait-il pas étendre l'obligation pour le débiteur de faire l'aveu des difficultés de l'entreprise en liant celle-ci à des retards de paiements significatifs (par exemple tout retard de paiement de sécurité sociale, de précompte, de TVA excédent un délai donné) ?

Il nous est avis qu'il faut plus de rigueur dans le cadre de la prévention des entreprises en difficultés.

Le rôle du professionnel comptable doit être complété à cet égard car on ne peut accepter trop de tolérance à l'égard de faillis virtuels en acceptant trop de retard dans la déclaration des faillites. A cet égard, les chambres d'enquête commerciale doivent être attentives aux comptes courants débiteurs des associés qui peuvent être constitutifs d'abus de biens sociaux.

Les tribunaux doivent garder l'initiative en matière de déclaration de faillite.

2.3.4. Loyauté du barreau et des professionnels du chiffre

343. Maître M. DAL, lors des Etats généraux de la continuité des entreprises, rappelle l'obligation de loyauté incombant à l'avocat.

« L'avocat qui intervient dans une procédure de réorganisation judiciaire respectera scrupuleusement l'obligation de loyauté dans tous actes qu'il posera. Il vérifiera notamment la réalité et le caractère complet des informations qu'il communiquera au juge délégué. Cette obligation liminaire tombe sous le sens. La pratique montre toutefois que rappeler l'existence du devoir de loyauté ne peut nuire. »

En effet, assister, conseiller un client, ce n'est pas tirer sans discernement toutes les ficelles judiciaires pour lui faire gagner du temps ou de l'argent ou faire triompher ses prétentions. L'avocat doit rester le premier juge de son client. Il faut qu'il conserve un regard lucide. Au risque de décevoir le client, il doit l'éclairer objectivement sur les forces et les faiblesses de son dossier.

Les mêmes considérations peuvent être évoquées « mutatis mutandis » à l'égard des professionnels du chiffre.

2.3.5. Mise en garde sur la sincérité des techniques employées

344. Dans les entreprises dont la continuité est en péril, les évaluations arrêtées par l'organe d'administration causent généralement des problèmes et en particulier les évaluations qui ne sont pas confortées par la rentabilité et par les perspectives de l'entreprise. Généralement, des techniques financières, comptables irrégulières sont mises en œuvre, comme par exemple des réévaluations d'actifs qui ne tiennent pas compte de la rentabilité ou de la valeur du marché.

En effet, lorsqu'une entreprise a perdu partie ou totalité de ses fonds propres, il sera généralement facile pour l'organe de gestion de trouver une justification afin de réévaluer les immobilisations corporelles de l'entreprise de manière à présenter des capitaux propres positifs aux comptes annuels de la société.

Nous rappelons que cette technique est *dangereuse et doit être proscrite* car, non seulement la réévaluation doit être fondée sur la valeur présentant un excédent certain et durable par rapport à la valeur comptable, mais les critères d'expression de plus-values doivent être renforcés par la possibilité de supporter l'accroissement de charges résultant des amortissements complémentaires à devoir acter en conséquence de la réévaluation effectuée (voir article 57 de l'A.R. du 30 janvier 2001 en matière de droit comptable).

345. D'autres techniques fallacieuses sont parfois utilisées de manière à améliorer la présentation du bilan et des résultats, comme par exemple :

- surévaluation des stocks en modifiant les règles d'évaluation ;
- abandon de la politique de réduction de valeur sur créances ;
- prise en résultats des écarts de conversion de devises sur créances et dettes améliorant la situation financière ;
- prise anticipée de résultats sur commandes (de manière exagérée) ;
- non-indication aux comptes annuels des amendes, intérêts de retard (ONSS, précompte, fournisseurs, *etc.*) ;
- oubli de comptabiliser certaines charges et produits périodisés ;
- transfert à l'actif de frais de restructuration non justifiés ;
- modification de la politique d'amortissements de l'entreprise ;
- prélèvements importants d'associés portés à l'actif du bilan ;
- acquisition à prix surfait d'immobilisations financières sur des entreprises liées afin d'annuler les comptes courants des associés ;
- non-comptabilisation des provisions pour risques et charges à caractère certain ;
- non-comptabilisation des intérêts non échus sur emprunts et prise de résultats anticipés sur contrats périodisés ;
- *etc.*

Toutes ces opérations n'ont pas pour but de présenter les comptes annuels suivant l'image fidèle mais permettent, dans bien des cas, de prolonger fictivement la vie d'une société moribonde et d'aggraver les pertes de l'entreprise.

Le rôle du professionnel comptable est essentiel dans le conseil à donner à l'organe de gestion afin de prendre l'ensemble des mesures légales qui s'imposent lorsqu'une entreprise se situe dans la zone dangereuse de pertes entamant les fonds propres de l'entreprise, jusqu'à la perte de moitié de son capital social (art. 633/634 du C. Soc.).

Nous rappelons que les fonds propres sont constitués du capital, des primes d'émission, des plus-values de réévaluation, des réserves, des bénéfices ou pertes reportées, des subsides en capital.

Les fonds propres représentent les moyens financiers dont dispose l'entreprise de façon durable.

2.3.6. Responsabilité des administrateurs

346. Rappelons que la responsabilité des administrateurs est *solidaire* et que chacun est tenu de la totalité du dommage. L'administrateur qui se prétend innocent doit, pour se disculper, prouver qu'il n'a pas participé à l'*infraction*, qu'il n'a pas commis de faute et qu'il a dénoncé les faits à la plus prochaine assemblée.

Si la société tombe en faillite et qu'il est établi qu'une faute grave et caractérisée d'un administrateur dirigeant de fait, a contribué à la faillite, tout ou partie des dettes sociales peut être mis en charge du ou des administrateurs responsables et lorsque les agissements violant le droit des sociétés et le droit comptable sont constatés par le juge, les condamnations peuvent être la banqueroute simple ou frauduleuse (art. 530 du C. Soc.).

LE PROFESSIONNEL COMPTABLE / L'AVOCAT DOIVENT VEILLER AU RESPECT DE L'ENSEMBLE DE TOUTES LES LEGISLATIONS.

2.4. LES ABUS DU RECOURS A LA LOI SUR LA CONTINUITE DES ENTREPRISES

2.4.1. Les abus de recours

347. Les abus de recours à la procédure en réorganisation judiciaire doivent être tués dans l'œuf.

L'article 8 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, tel qu'amendé par l'article 76 de la loi du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises (LCE) pour en faciliter l'application indique en son commentaire :

« Cet article a pour but de rendre plus flexible la disposition de l'article 8 de la loi sur les faillites. Le bon fonctionnement de cette disposition est capital pour éviter des abus éventuels commis dans le cadre de la procédure de réorganisation. Ils doivent être arrêtés de manière adéquate et rapide » ⁽³⁾.

L'article 8 permet au président du tribunal de commerce, lorsqu'il existe des indices graves, précis et concordants que les conditions de la faillite sont réunies de dessaisir en tout ou en partie le commerçant de la gestion de tout ou partie de ses biens. Par suite d'un malentendu qui avait entaché certaines interventions sur le sujet lors des débats parlementaires relatifs au projet de loi sur les faillites du 7 août 1997, cette désignation était jusque-là subordonnée à l'absolue nécessité.

En adoptant l'article 76 de la loi nouvelle, le législateur a voulu simplifier la désignation d'administrateurs ou dessaisissement provisoire en remplaçant cette condition d'absolue nécessité par celle de l'urgence. La preuve de l'existence d'un risque d'organisation d'insolvabilité du débiteur ou de mauvaise foi de sa part n'est donc plus requise. De la sorte, le recours facilité à l'article 8 LF ⁽⁴⁾ met les tribunaux de commerce, nonobstant la suppression de la faillite d'office depuis 1998, en mesure de conserver l'initiative dans la déclaration des faillites.

Or, lorsqu'une entreprise sollicite ou a obtenu un sursis à l'égard des créanciers qu'elle ne peut plus payer et qui ne lui font plus crédit, et particulièrement lorsque le recours à la procédure ou sa poursuite ne permettent aucun espoir sérieux de continuité et sont dès lors jugés purement dilatoires ou abusifs, les conditions de la faillite sont manifestement réunies et il y a urgence à ne pas tarder davantage à la déclarer, de sorte que le président du tribunal peut recourir sans difficulté à l'article 8.

Il s'observe cependant que les désignations par application de cet article 8 LF demeurent trop rares au regard des abus allégués. La cause semble en résider dans la considération que le recours à cet article ne serait pas possible après dépôt d'une requête en réorganisation ou pendant le cours de la procédure au regard des articles 22 et 30 de

⁽³⁾ *Doc. Parl.*, Ch. Repr., 2008-2009, n° 160/002, p. 79 ; à ce sujet, Cf. A. ZENNER, J. Ph. LEBEAU et C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 31, n° 19.

⁽⁴⁾ LF : Loi sur les Faillites.

la loi, ce qui est inexact : ces dispositions prohibent la déclaration de la faillite aussi longtemps que la procédure est en cours, mais ne font pas obstacle à la désignation d'un administrateur au dessaisissement provisoire qui, pour accomplir sa mission consistant à faire prononcer la faillite, s'il échet, peut, aussi longtemps que le plan de réorganisation n'a pas été déposé au dossier de la procédure, parfaitement requérir, en même temps que le jugement déclaratif, la fin anticipée de la procédure par application de l'article 41 LF.

2.4.2. Application pratique en synthèse

- Par ordonnance du 15 novembre 2010, prise en application de l'article 8 de la loi sur les faillites, la Présidente du tribunal de commerce de Bruxelles, a dessaisi les organes de gestion de « BRINK'S BELGIUM » de son administration et a désigné deux administrateurs provisoires (judiciaires) ;
- Le 19 novembre 2010, les administrateurs judiciaires ont obtenu un accord social qui fut voté et signé le lendemain, par l'ensemble du personnel en vue de reprendre le travail ;
- Rapport au tribunal (art. 8) – Nomination (art. 28) ;
- Un accord amiable est intervenu en réparation du dommage subi par la société du fait de la cession (quelques jours avant le dépôt de bilan par l'ancien conseil) à un prix inférieur du marché d'une division rentable de l'entreprise à une société filiale a permis l'indemnisation du personnel ; et
- Dépôt d'une requête en réorganisation judiciaire.

Celle-ci a échoué en conséquence de l'absence de repreneur suite au désistement de dernière minute d'un client important ne voulant plus contracter avec le repreneur potentiel malgré la signature de son Vice-Président sous condition suspensive d'accord du conseil d'administration du groupe acquéreur.

2.5. LES MANDATS DE JUSTICE EN REGARD DE LA LOI SUR LA CONTINUITE DES ENTREPRISES

2.5.1. L'article 14

348. Lorsque des manquements graves et caractérisés du débiteur ou de ses organes menacent la continuité de l'entreprise en difficultés et que la mesure sollicitée est de nature à préserver cette continuité, le président du tribunal, saisi par tout intéressé selon les formes du référé peut désigner à cet effet un ou plusieurs mandataires de justice. L'ordonnance qui désigne le mandataire de justice justifie et détermine de manière précise l'étendue et la durée de la mission de celui-ci.

Il faut signaler que la notion de manquement grave et caractérisé ne consiste pas nécessairement en une faute. Quelques exemples différents peuvent être mentionnés comme par exemple en cas de paralysie des organes sociaux, une dissension ou une mésentente grave entre associés.

2.5.2. L'article 28 indique

349. « Art. 28. § 1er. En cas de faute grave et caractérisée ou de mauvaise foi manifeste du débiteur ou d'un de ses organes, le tribunal peut, à la demande de tout intéressé ou du ministère public et dans le jugement qui ouvre la procédure de réorganisation judiciaire ou dans un jugement ultérieur, le débiteur entendu et le juge délégué entendu dans son rapport, leur substituer pour la durée du sursis un administrateur provisoire chargé d'administrer l'entreprise de la personne physique ou de la personne morale. A tout moment pendant la période de sursis, le tribunal, saisi de la même manière et après avoir entendu le débiteur en ses dires, le juge délégué en son rapport, et l'administrateur provisoire, peut retirer la décision prise par application du premier alinéa ou du présent alinéa, ou modifier les pouvoirs de l'administrateur provisoire. Ces décisions sont publiées conformément à l'article 26, § 1^{er}, et notifiées conformément à l'article 26, § 3.

§ 2. Les jugements rendus par application du paragraphe 1er ne sont pas susceptibles d'opposition.

§ 3. L'appel en est formé par requête déposée au greffe de la cour d'appel dans les huit jours de la notification du jugement. Le greffier de la cour d'appel notifie la requête sous pli judiciaire à l'éventuelle partie intimée et, le cas échéant, par pli ordinaire à son avocat, au plus tard le premier jour ouvrable qui suit le dépôt de la requête. »

L'article 28 LCE en cas de faute grave et caractérisée substitue les organes sociaux par un administrateur provisoire (affaire BRINK'S après rapport sur l'article 28 prévu suivant nomination en vertu de la LF).

2.5.3. Le médiateur d'entreprises

350. L'article 13 prévoit notamment ce qui suit :

« Art. 13. Lorsque le débiteur le demande, le président du tribunal peut désigner un médiateur d'entreprise, en vue de faciliter la réorganisation de l'entreprise. Si le débiteur fait l'objet d'une enquête commerciale et a été convoqué par le juge conformément à l'article 12, § 1er, la demande est adressée à la chambre d'enquête commerciale. La demande de désignation d'un médiateur n'est soumise à aucune règle de forme et peut être formulée oralement.

Le président du tribunal ou la chambre d'enquête commerciale qui accède à la demande du débiteur, fixe par ordonnance donnée en chambre du conseil l'étendue et la durée de la mission de médiation dans les limites de la demande du débiteur. La mission du médiateur d'entreprise prend fin lorsque le débiteur ou le médiateur le décide. La partie la plus diligente informe le président du tribunal que la mission a pris fin. »

Le médiateur d'entreprise est un homme d'expérience tenu au secret professionnel nommé par le tribunal à la demande du débiteur en difficultés pour amener les parties à trouver ensemble de leur plein gré et en pleine connaissance des mesures de réorganisation ou de réaménagement du passif.

« **Art. 14.** Lorsque des manquements graves et caractérisés du débiteur ou de ses organes menacent la continuité de l'entreprise en difficultés et que la mesure sollicitée est de nature à préserver cette continuité, le président du tribunal, saisi par tout intéressé selon les formes du référé, peut désigner à cet effet un ou plusieurs mandataires de justice. L'ordonnance qui désigne le mandataire de justice justifie et détermine de manière précise l'étendue et la durée de la mission de celui-ci. »

2.5.4. Le mandataire de justice

351. Il est souhaitable que celui-ci soit un avocat pour les PME (s'il est désigné seul).

170

S'il échet, il peut faire appel comme expert à un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable.

Dans le cadre d'une grande entreprise, le mandataire de justice formera généralement un collège composé des deux professionnels complémentaires que sont les avocats, les experts-comptables et/ou les réviseurs d'entreprises.

Le mandataire de justice intervient lors d'un dysfonctionnement dans l'administration ou la gestion de l'entreprise qui met sa pérennité en péril. Le juge apprécie librement l'étendue de la mission des mandataires qu'il désigne. Il peut leur confier une mission générale ne les substituant pas aux dirigeants et les autorisant à prendre toutes les mesures nécessaires pour permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise.

Il peut aussi les cantonner à des missions spécifiques comme la recherche d'informations et la conciliation, l'intervention dans une action judiciaire, la présidence d'une assemblée ou d'un conseil, voire une enquête ou une mission de recherche d'informations, dans le cadre d'un conflit touchant l'entreprise.

2.6. LA PREVENTION HORS JUDICIAIRE

2.6.1. Généralités

352. Dans le cadre de leurs missions, le comptable, l'expert-comptable, le réviseur d'entreprises ont un rôle préventif important afin que l'entreprise puisse prendre les bonnes décisions à temps.

Au plus tôt les solutions de redressement seront trouvées, au plus vite l'entreprise a de la chance de réussir sa réorganisation.

Il est cependant difficile d'établir le diagnostic permettant de démontrer les difficultés récurrentes d'une entreprise. C'est ainsi que le professionnel comptable a un rôle important à jouer. Il devra mettre en garde les dirigeants et les assister à établir les simulations nécessaires qui permettront de vérifier les chances de survie de l'entreprise

et de déterminer la solution la plus adéquate dans l'intérêt social et des tiers concernés par l'entreprise.

Le rôle du commissaire est plus délicat car il doit s'interroger sur le caractère approprié du postulat de continuité de l'exploitation en fonction des responsabilités qui lui incombent dans le cadre du code des sociétés en mettant en œuvre la procédure d'alerte au conseil d'administration et d'information au tribunal de commerce lorsqu'il constate des faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise (art. 138 du code des sociétés).

2.6.2. Avis du groupe de travail Prévention FEB

353. Le groupe de travail « Prévention » à la Fédération des Entreprises de Belgique met en évidence certaines recommandations d'accompagnement et d'analyse pendant la période de lancement et pendant la croissance des entreprises.

Celles-ci peuvent se résumer comme suit (suivant mémo du groupe de travail) :

A. Accompagnement et analyse pendant la période de lancement et pendant la croissance

354. Un certain nombre de causes des faillites d'entreprises débutantes sont :

- un planning de caisse insuffisant pour les premiers mois de l'exploitation ;*
- la sous-estimation de certains coûts ;*
- la prise en compte de frais à caractère privé, comme les besoins personnels ;*
- des déclarations insuffisantes à la TVA et aux impôts entraînant une cascade de redressements ;*
- la sous-estimation du coût du personnel.*

Un encadrement de qualité fait défaut tant pendant la préparation que lors de la création de l'entreprise. Le rôle des professions économiques est essentiel. Les manquements parfois constatés dans le chef de certains comptables, experts-comptables, réviseurs, etc. ne sont certainement pas la seule cause d'échec, mais ici aussi un contrôle plus strict se révèle nécessaire tant sur le plan de la déontologie que sur celui de la qualité de l'avis. Une Commission disciplinaire devrait sanctionner ceux qui cachent « frauduleusement » les difficultés d'entreprises.

La période de lancement de l'entreprise est la plus difficile. Tous les six mois, il faut comparer les données réelles au business plan et établir un planning de caisse pour les six mois suivants. Les organes des sociétés doivent être responsables du suivi de ces données.

Il semble souhaitable de renforcer l'accompagnement des nouveaux entrepreneurs grâce à des mesures publiques comme la création de services publics ou la limitation de la déductibilité fiscale de certains frais. La Communauté flamande a lancé des projets intéressants pour accompagner les start-ups. Ce type de soutien doit encore être renforcé.

Enfin, on constate que, même dans une économie de marché, il faut faire comprendre à certains entrepreneurs qu'ils ne sont pas aptes à diriger leur propre entreprise.

B. Entreprise en difficultés

355. De nombreuses entreprises perçoivent trop tard qu'elles vont se trouver en difficultés. La cause en est, surtout chez les PME, l'absence de comptabilité et d'utilisation efficace de celle-ci. Une mauvaise perception de sa situation uniquement axée sur les aspects fiscaux et du manque de distinction entre les coûts de l'entreprise proprement dite et ceux des besoins personnels du chef d'entreprise.

172

UNE APPROCHE NOVATRICE : LA LOI SUR LA CONTINUITE DES ENTREPRISES

Lorsque les difficultés commencent, il n'est pas facile de renverser la vapeur. Les restructurations destinées à rétablir la rentabilité de l'activité nécessitent du temps et de l'argent. Le déclin s'accélère et des digues successives doivent être construites pour l'arrêter. Augmentation de capital (ou injection de fonds propres), nouveaux crédits, apport de capitaux par des tiers, fusion, reprise par des tiers, dissolution, faillite. La LCE se situe entre ces deux dernières situations.

Les indicateurs classiques, comme les difficultés de paiement aux fournisseurs, à l'ONSS, à la TVA et au fisc, se manifestent trop tard. Ils sont un élément de prévision et non de prévention.

Dans cette phase, l'assistance de l'expert-comptable ou du comptable est essentielle, de même de la collaboration avec les banquiers. Souvent, les moyens font défaut pour un bon accompagnement. On peut s'interroger sur la nécessité d'un système pro-deo.

En Région bruxelloise et en Brabant flamand, des projets intéressants de soutien aux entreprises en difficultés ont été mis en place.

A Bruxelles, la CED (Centre des Entreprises en Difficultés) collabore avec le barreau, les professions du chiffre (un comptable) et une caisse d'indépendants pour conseiller les entreprises en difficultés, éventuellement les accompagner devant la chambre d'enquête commerciale. Ce sont des conseils gratuits mais aucune aide financière n'est octroyée. Les entrepreneurs en difficultés sont orientés par diverses instances comme les hôpitaux, les médiateurs de dettes, les CPAS, etc. vers le CED avec qui ils collaborent.

Le projet du Brabant flamand est moins ambitieux. On y collabore avec les banquiers et les chambres d'enquête commerciale. Alors qu'en Flandre on craint que cette initiative puisse être sanctionnée au titre d'aide publique, cela semble moins poser problème à Bruxelles.

Il semble souhaitable de permettre, en concertation entre les gouvernements régionaux, un système d'accompagnement s'appliquant dans les trois régions (fin de la citation FEB).

Soulignons que l'article 138 du Code des sociétés doit être révisé. L'objectif du législateur n'a pas été atteint en raison de l'application limitée de cet article par les réviseurs d'entreprises.

2.6.3. Article 138 du Code des sociétés et extension aux experts-comptables et comptables

356. Une réforme à introduire est certainement celle de l'article 138 du Code des sociétés. En vertu de l'article 137, les commissaires reçoivent chaque semestre au moins de l'organe de gestion un état comptable établi selon le schéma du bilan et du compte de résultats (une obligation trop souvent méconnue). L'article 138 oblige les commissaires qui constatent, au cours de leurs contrôles, des faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise, de veiller à ce que l'organe de gestion prenne les mesures nécessaires pour assurer la continuité pendant un délai raisonnable. A défaut, précise la disposition qui les délie à cet effet du secret professionnel, « *ils peuvent communiquer leurs constatations au président du tribunal de commerce* »⁽⁵⁾. Si la loi fait de cette communication une faculté, il va de soi que la responsabilité du commissaire-réviseur peut être engagée si, par suite de son inertie ou de son impéritie, survient une faillite dont les effets auraient pu être évités en tout ou en partie en cas de dénonciation. Dans la pratique cependant les communications de ce type sont exceptionnelles. Nous les avons interrogés sur leur expérience en la matière et nous avons pu constater que, sur des dizaines d'années de carrière cumulées, seuls quelques cas pouvaient être rapportés.

Avec Monsieur DUPLAT, avec le professeur Madame Melissa VANMEENEN, avec Monsieur Gérard DELVAUX, ancien président de l'Institut des experts-comptables et des conseils fiscaux, réviseur d'entreprises honoraire, Maître Alain ZENNER défend l'idée que la modification de cette disposition s'impose certainement, dans le but de généraliser les délibérations des organes sociaux sur les menaces de discontinuité, d'en imposer des rapports spéciaux (tellement plus importants que d'autres prévus actuellement, comme sur certaines évaluations) et de rendre la communication de menaces de discontinuité obligatoire par les réviseurs et par les experts-comptables et les comptables.

357. Nous ajoutons que les juges enquêteurs, ou à défaut les curateurs en cas de faillite, pourraient déjà, par une lettre standardisée, être invités à interroger systématiquement

⁽⁵⁾ Pour couvrir leur responsabilité, les commissaires-réviseurs sollicitent souvent des lettres de confort. La portée de celle-ci varie beaucoup d'un cas à l'autre ; les uns permettent de dormir sur les deux oreilles, d'autres sur une oreille, d'autres encore pas du tout. La défaillance de la s.a. Brink's Belgium illustre que la continuité d'une société peut rester menacée nonobstant la lettre de confort émise par sa maison-mère, qui, en l'espèce, garantissait cependant le paiement du passif pendant l'exercice. Pour considérer qu'il n'y a pas lieu à application de l'article 138 du Code des sociétés, les réviseurs d'entreprises doivent exiger que la lettre soit « béton » : elle doit comporter une obligation de résultat précise, de durée déterminée, non révocable, subsistant à toute situation d'insolvabilité ou de défaillance, et être souscrite au bénéfice de la société visée et de ses créanciers actuels et futurs, connus ou inconnus (y compris pour le passif social). Elle doit aussi être non confidentielle, assortie d'une élection de domicile non rétractable en Belgique et soumise au droit belge, de manière à conférer à l'engagement toute l'efficacité nécessaire. Dans l'alternative, comme l'a montré le dossier Brink's, la lettre risque d'être sans effet, et le commissaire-réviseur de voir engagée sa responsabilité. Dans sa contribution M. DUPLAT confirme que « *Il est indispensable que toute émission d'une lettre de confort ou de patronage soit révélée au service de dépistage ET que le(s) commissaire(s) des sociétés émettrice et bénéficiaire ou (s'il n'y a pas de commissaire(s) l'expert-comptable) soit avisé de l'existence de ces lettres, prennent connaissance de leur contenu ET veillent au correct traitement comptable dans les annexes des comptes annuels* ».

les experts-comptables, les comptables ou les commissaires-réviseurs des débiteurs en difficultés sur la situation de l'entreprise au cours des douze ou quinze mois écoulés et sur leurs recommandations quant aux mesures à prendre pour assurer la continuité. Nous pensons qu'une pratique de ce genre aurait un effet bénéfique immédiat sur le comportement des professionnels du chiffre et sur celui de leurs clients.

2.7. FAIRE EVOLUER LA LOI

358. Une amélioration de la LCE pourrait reprendre et ajouter en ces articles ce qui suit :

« Les comptables fiscalistes agréés externes, les experts-comptables externes et les réviseurs d'entreprises, qui constatent dans l'exercice de leur fonction de conseiller des faits graves et concordants, susceptibles de menacer la continuité de l'entreprise en tout ou en partie en INFORMENT l'organe de gestion, qui est tenu de délibérer sur ce point dans le mois de l'information donnée par le professionnel. SI dans un délai d'un mois à dater de l'information faite à l'organe de gestion, ce dernier ne délibère pas sur les mesures prises pour assurer la continuité de l'entreprise sur une période minimale de 12 mois, le professionnel, conseiller de l'entreprise, INFORME le Président du tribunal de commerce en vue de lui présenter, dans un délai raisonnable, un budget prévisionnel de minimum 12 mois. »

L'obligation de la part du professionnel du chiffre paraît indispensable.

Une modification du Code des sociétés dans le même sens paraît cohérente.

- Le juge peut s'enquérir auprès du comptable- fiscaliste agréé externe, de l'expert-comptable externe, du réviseur d'entreprises, conseiller du débiteur des recommandations et des mesures prises le cas échéant pour assurer la continuité de l'entreprise. A cet effet, le débiteur est assisté par un comptable fiscaliste agréé externe ou un expert-comptable externe ou un réviseur d'entreprises ou un avocat.
- Le juge termine l'examen de la situation du débiteur dans les quatre mois. Lorsque cet examen est terminé, il rédige un rapport exposant les opérations accomplies en reprenant ses conclusions. Ce rapport est joint aux données recueillies et communiquées à la chambre d'enquête, au Président du tribunal de commerce et au ministère public. La chambre d'enquête peut décider de proroger l'examen pour une durée maximale de quatre mois ou de classer le dossier.
- A l'article 17 de la LCE le débiteur qui sollicite une procédure en réorganisation judiciaire adresse une requête au tribunal.
- Il joint à sa requête au sursis une situation comptable de son actif et de son passif et un compte de résultats ne remontant pas à plus de 3 mois de la date du dépôt de requête. Les petites sociétés visées à l'article 15 du code des sociétés communiquent leur compte de résultats selon le schéma complet.

Il faudrait modifier comme suit l'article 17 de la LCE :

- Le texte de l'article 17 5° devient: « 5° un état comptable résumant une situation active passive et un compte de résultats, arrêté à une date ne remontant pas à plus de trois mois de la date du dépôt de la requête. L'expert-comptable externe ou le réviseur externe – à défaut de commissaire – fait rapport sur cet état comptable et indique, notamment, s'il reflète correctement la situation de la société. Cette mission d'attestation n'est pas soumise aux conditions des créances sursitaires. Les petites sociétés visées à l'article 15 du Code des sociétés communiquent un compte de résultats selon le schéma complet ».

Il faudrait dans ce cadre privilégier une mission de contrôle limité en raison des impératifs de temps à disposition du professionnel qui contrôle.

- L'article 17, § 2, 6° devient : « un budget prévisionnel, établi par le débiteur assisté par un comptable fiscaliste agréé externe ou un expert-comptable externe, comportant une estimation des recettes et dépenses sur la durée minimale du sursis demandé ou prorogé. Ce budget prévisionnel est établi par arrêté royal, après avis de la Commission des Normes Comptables. Cette mission de concertation et conseil à la gestion assumée par le professionnel comptable n'est pas soumise aux conditions des créances sursitaires. »

Il convient donc de mettre en exergue la mission contractuelle de prévention (pas de prévision) du comptable-fiscaliste agréé externe et de l'expert-comptable externe.

CHAPITRE 3

LE MANDATAIRE DE JUSTICE ET L'ADMINISTRATEUR DE JUSTICE EN GENERAL

Guy HORMANS

Avocat au Barreau de Bruxelles, Professeur émérite, Université catholique de
Louvain

3.1. GENERALITES

359. Dans son Vocabulaire juridique, notre éminent et regretté collègue Gérard CORNU définit le mandataire comme celui qui, dans le mandat, reçoit du mandant, pouvoir et mission d'agir au nom de ce dernier et sous la qualification de « mandataire de justice », il renvoie à l'administrateur judiciaire, au curateur et au syndic.

L'administrateur judiciaire est défini, quant à lui, dans un sens général et dans la perspective du redressement judiciaire. La première définition précise qu'il est un mandataire de justice chargé, pour un temps, de l'administration d'un bien, d'une masse de biens ou d'un patrimoine.

La seconde définition est libellée comme suit : Mandataire chargé par décision de justice d'administrer les biens d'autrui (gestion directe) ou d'exercer les fonctions d'assistance ou de surveillance de la gestion de ces biens ; spécialement dans le redressement judiciaire, organe clé de la gestion de l'entreprise dont les attributions essentielles sont de dresser, dans un rapport, le bilan économique et social de l'entreprise et de proposer soit un plan de redressement, soit la liquidation judiciaire.

360. L'expression générique serait ainsi celle de mandataire de justice et l'administrateur de justice n'en serait qu'une espèce dont la détermination et la spécificité résulteraient de la mission impartie par le juge.

La seule identité certaine de l'un et de l'autre se retrouve dans la décision de justice qui leur confère leur qualification et les obligations et les pouvoirs qui y sont définis et précisés. Il s'agit, dans les deux cas et dans tous ceux qui s'en rapprochent ou qui y participent, comme ceux des experts ou des curateurs, de personnes nommées par le pouvoir judiciaire et qui deviennent, par le fait de cette nomination, non des acteurs de justice mais *des auxiliaires de justice*.

361. La nomination judiciaire ne leur confère, en effet, aucune parcelle quelconque du pouvoir juridictionnel. Celui-ci est et demeure entièrement dans les mains du juge qui ne peut le déléguer en tout ou en partie mais qui peut estimer et décider que le plein accomplissement de sa mission juridictionnelle implique et requiert une aide et une assistance dont il détermine, dans le respect des dispositions légales, les conditions, les modalités et les formes.

Si la qualification de mandataire, qui est traditionnellement attribuée à ces personnes, se comprend dans la mesure où le juge leur confère, comme le mandat l'implique, mission et pouvoir d'agir en son nom, cette qualification peut engendrer des équivoques dans la mesure où, contrairement aux principes et aux conséquences naturelles et légales qui régissent le contrat de mandat, le mandant qu'est le juge, n'est pas tenu, contrairement à l'article 1998 du Code civil, d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné.

Toutes les équivoques sont-elles levées si la référence à l'article 1998 du Code civil et à ses termes liminaires, (le mandant est tenu d'exécuter), et à ses termes finaux,

(conformément au pouvoir qui lui (le mandataire) a été donné) sont situés, interprétés et appliqués sous le couvert de l'œuvre juridictionnelle et de l'exercice du pouvoir juridictionnel.

La nature, l'essence et la finalité de la mission et du pouvoir de juger limitent, en effet, la portée et l'étendue des pouvoirs qui peuvent être conférés aux auxiliaires de justice et empêchent qu'une obligation quelconque de respect et de suivi, qui s'imposerait au mandant qu'est le juge, réduise, d'une manière quelconque, la plénitude de son pouvoir juridictionnel et les opérations de contrôle, de modification et de créativité qui participent de son exercice.

362. Mais toute nomination d'un mandataire de justice ou d'un administrateur de justice s'inscrit-elle dans l'accomplissement de la fonction de juger ? Qu'en est-il notamment, sans préjudice des questions relatives à la portée et à la finalité de leur mandat, des mandataires dont la loi elle-même définit, arrête, précise ou évoque simplement la désignation et le statut ? Et qu'en est-il lorsque les parties sollicitent conjointement, de la part du juge, la désignation d'un mandataire ou d'un administrateur dont elles déterminent elles-mêmes les conditions, la portée et l'étendue de la mission qu'elles entendent lui confier ? Jusqu'où ces données modifient-elles la problématique juridictionnelle ? En ces cas, qui est le véritable mandant et quel est le caractère plus ou moins définitif des devoirs et des prestations de ceux qui sont toujours qualifiés de mandataires malgré les doutes que l'on peut émettre sur une telle qualification dans les circonstances évoquées ?

363. La variété des missions confiées à ceux qui sont qualifiés de mandataires ou d'administrateurs de justice et la diversité des espérances attendues de leur part font aussi douter de l'unité de leur statut et de leur régime ainsi que de l'identité de la qualification qui leur est traditionnellement attribuée.

Ces missions peuvent être ponctuelles ou plus ou moins larges et étendues. Elles peuvent se limiter à l'accomplissement d'un acte déterminé ou d'une opération spécifique ou comporter une intervention d'envergure. Les référés commerciaux et sociétaires en offrent de nombreux exemples soit pour écarter un acte irrégulier et remédier à ses conséquences, soit pour assurer la protection de droits gravement compromis ou pour protéger une société paralysée par l'inaction de ses organes ou par des disputes et des conflits en leur sein. De nombreux mandataires et administrateurs de justice ont promu, à ces occasions, une politique de conciliation à laquelle les juges les invitent généralement de manière explicite ou implicite.

Cette politique de conciliation a plus ou moins souvent consisté non pas à rapprocher des points de vue antagonistes mais à résoudre les difficultés et les différends en faisant preuve d'imagination et de créativité. Il ne s'agissait plus de s'en tenir à l'attitude statique du respect du droit mais de privilégier une dynamique créative en vue de promouvoir la meilleure efficience possible.

La loi du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises s'inscrit dans cette voie de conviction et d'espérance.

Mais la créativité a-t-elle sa place dans le donné juridique et dans la sécurité qu'il assure, au-delà de celle dont font preuve les juges dans l'interprétation des lois et des règlements ?

Si le droit connaît bien la créativité, c'est dans la mesure où les parties y adhèrent et y consentent. Le droit peut-il leur imposer cette créativité ? Les mandataires et les administrateurs de justice d'une part et les juges d'autre part peuvent-ils, d'une manière ou de l'autre, forcer les parties à y adhérer pour leur bien personnel et pour celui de l'ensemble de la collectivité ? Le refus des parties pourrait-il constituer un abus de leur part ?

180

LE MANDATAIRE DE JUSTICE ET L'ADMINISTRATEUR DE JUSTICE EN GENERAL

Si ces propos sont sans doute iconoclastes, le souhait du plus grand nombre n'est-il pas déjà, trois ans après la promulgation de la loi sur la continuité des entreprises, que le médiateur soit davantage un médiateur créatif qu'un médiateur juridique ?

364. Toutes et chacune de ces considérations peuvent faire l'objet aussi bien d'approbation des uns ou d'opposition des autres, sinon d'hésitations, de réserves ou de nuances. Elles paraissent en tout cas conduire, avec les réactions qu'elles provoquent ou qu'elles peuvent provoquer, à la nécessité d'une étude approfondie de l'œuvre de justice dans les exigences démocratiques qui sont attendues de sa part et partant, dans le concours que devraient ou que pourraient y apporter ceux auxquels je préfère, pour éviter toute équivoque, attribuer la qualification d'auxiliaires de justice plutôt que celle de mandataires ou d'administrateurs de justice.

Une brève allusion aux pratiques suivies (I) ; aux interrogations qu'elles suscitent (II) et aux suggestions qu'elles évoquent (III) pourra peut-être contribuer à amorcer cette étude fondamentale dans la conjonction et la convergence de toutes les contributions qu'elle requiert.

3.2. LES PRATIQUES

365. On a l'impression, sinon la conviction, que seuls des relevés systématiques, détaillés et précis, pourraient confirmer ou infirmer, que la problématique des mandataires et des administrateurs de justice n'a cessé de prendre de plus en plus d'importance et d'ampleur dans la seconde moitié du siècle dernier. Le sentiment général semble celui de la satisfaction même si certaines demandes relèvent davantage d'une stratégie de tactique judiciaire que d'une politique de pertinence et d'utilité et que, par pusillanimité ou par excès, certaines décisions judiciaires étonnent et déçoivent par rapport à ce qui est attendu de leur part.

Cette appréciation généralement positive va-t-elle se poursuivre et l'intervention des mandataires et des administrateurs de justice continuera-t-elle à répondre adéquatement aux problèmes et aux difficultés auxquels ils sont appelés à porter remède ? Les heureuses tendances et les bons résultats de ces pratiques jurisprudentielles apporteront-elles une

contribution de choix dans la mise en œuvre de la loi du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises et dans le relèvement des défis qu'elle comporte ?

366. On peut en douter à la lumière des pratiques suivies sous l'égide des mouvements jurisprudentiels et des législations qui ont précédé la loi susdite du 31 janvier 2009.

Les interpellations prétorienne des entreprises en difficulté et, à leur suite, les convocations des services légaux d'enquêtes commerciales n'ont généralement pas donné lieu, pour lever les inquiétudes que suscitait la situation déficitaire de l'entreprise interpellée et pour y remédier dans la mesure du possible, à la désignation de mandataires ou d'administrateurs de justice.

Cette situation résultait-elle de ce que les entreprises commerciales convoquées par la juridiction commerciale ne demandaient habituellement pas une intervention tierce qu'elles ne souhaitaient pas et qu'elles redoutaient en général ? Pourquoi, au demeurant, les juges auraient-ils songé à nommer un tiers pour procéder à des opérations de vérification et de contrôle auxquelles ils entendaient veiller eux-mêmes dans leur sphère de compétence et d'autorité ? Telle était en effet, la finalité initiale du mouvement prétorien, consacré ensuite par la loi. Il s'agissait, avant tout, d'un contrôle de régularité légale et comptable et partant, de la vérification de la situation des entreprises interpellées qui devaient apporter la preuve de ce qu'en dépit des apparences et des « clignotants » qui en étaient le signe, elles avaient suffisamment de fonds et de moyens et ne remplissaient donc pas les conditions de la faillite sous la menace de laquelle elles étaient convoquées.

L'espoir était de prévenir les faillites par la mise en garde des entreprises qui paraissaient inattentives ou insuffisamment conscientes de leurs obligations et par l'invitation pressante qui leur était faite de se mettre en ordre au plus tôt sous peine d'être immédiatement déclarées en faillite lorsque les conditions de cette dernière étaient réunies.

Cette finalité de contrôle de régularité et de moyens a évolué au fil du temps et lentement mais sûrement se sont précisés et développés, au sein des services d'enquêtes commerciales, un esprit et une politique d'assistance et de sauvetage au bénéfice des entreprises en difficulté. La loi du 31 janvier 2009 a consacré ces initiatives et ces intentions et a fait désormais de la recherche de la continuité des entreprises un axe fondamental de la politique économique.

Les premières applications de cette loi donnent à penser que les parties et les juges envisagent de solliciter le concours de mandataires et d'administrateurs judiciaires à ces fins.

367. Peu ou pas de mandataires et d'administrateurs de justice dans la pratique, jusqu'à la loi du 31 janvier 2009, des services d'enquête commerciale.

On en retrouve évidemment un certain nombre dans l'application des dispositions légales qui prévoient expressément leur nomination et les pouvoirs qui leur sont conférés pour l'exécution de leur mission. On songe notamment, à titre d'exemple, aux tuteurs, aux curateurs, aux liquidateurs et aux médiateurs de dettes.

Les mandataires et les administrateurs de justice apparaissent aussi, en plus ou moins grand nombre, dans les procédures, en référé et au fond, relatives à des conflits sociétaires et même à des difficultés surgies dans l'exécution de contrats de longue durée. Il est ainsi devenu banal de relever qu'à côté de la justice contentieuse et de la justice gracieuse, on a vu apparaître et se préciser, au courant de ces dernières décennies, dans l'exercice de l'appréciation souveraine du pouvoir des juges, une justice d'assistance et d'intervention ponctuelle qu'en général, les agents économiques apprécient au plus haut point.

On peut se réjouir de cette évolution ou émettre des réserves à son encontre en estimant que les agents économiques devraient négocier, entre eux, le règlement des problèmes et des difficultés qu'ils rencontrent dans les structures qu'ils ont organisées et dans les engagements qu'ils ont contractés. Le droit des sociétés et l'organisation, plus ou moins hiérarchique, des organes sociétaires tendent à répondre à ce souhait, sinon à cette préoccupation de règlement, interne et privé, des conflits comme le comportent aussi la procédure arbitrale et les modes alternatifs de règlement des litiges au-delà des critiques, justifiées ou injustifiées, dont l'une et les autres peuvent être porteuses à l'encontre de la justice publique.

L'apparent succès de cette justice publique d'assistance et d'intervention ponctuelle résulte sans doute de la permanence de sa structure qui en permet l'accès de manière aussi aisée que rapide ; de l'autorité du juge et de la contrainte naturellement attachée à l'exercice de son pouvoir. Si certaines décisions font l'objet de critiques plus ou moins sévères, la majorité de cette jurisprudence paraît judicieuse, pertinente et adéquate au plus grand nombre.

368. Les désignations de mandataires et d'administrateurs de justice, que les juges nomment dans les demandes et les conflits qui leur sont soumis, s'introduisent et se déroulent dans un esprit et selon des caractéristiques qui, sans être trop schématique, paraissent pouvoir être brièvement résumés en quelques traits dont certains se retrouvent toutefois dans chaque situation ou dans certaines d'entre elles.

La démarche juridique démocratique privilégie toujours l'accord unanime des parties intéressées : y a-t-il parfois des raisons, pour le juge, de ne pas donner suite, parce qu'il estimerait la mesure inappropriée, inutile ou trop coûteuse, aux demandes conjointes de toutes les parties intéressées qui souhaitent et entendent que, pour accomplir la mission qu'elles ont définie de concert, un tiers soit nommé par le juge et agisse en conséquence sous ce couvert et dans ce cadre ?

Quel est, par ailleurs, le juge qui n'est pas naturellement enclin à intervenir, sans trop de contrôle objectif, lorsque, en toute sincérité ou en subtile habileté, une partie le convainc, d'entrée de jeu, que les apparences de la situation démontreraient, à elles seules, une violation flagrante de la loi ou de la moralité publique ou de l'éthique des affaires ? La mesure est d'autant plus facilement accordée en ces cas qu'elle l'est au provisoire et que, dans l'esprit du juge, son accomplissement, mené et poursuivi sans préjudice au fond, doit apporter ou contribuer à apporter les données objectives nécessaires à l'appréciation définitive des arguments invoqués initialement et à l'analyse définitive de leur bien-fondé ou de leur manque de fondement.

L'esprit de compréhension et de protection anime, de plus en plus et de mieux en mieux, le monde judiciaire en général et les juges en particulier. La désignation d'un mandataire ou d'un administrateur de justice semble, dans cette perspective, la voie opportune pour remédier à des situations de paralysie et d'inaction pour les raisons les plus diverses ou prévenir des dérives qui semblent pouvoir se produire au détriment de certains. La loi du 31 janvier 2009 s'inscrit parfaitement dans ce courant qu'elle consacre et qu'elle invite à promouvoir.

Cette justice d'assistance et d'aide est ainsi invitée à trouver ses marques au-delà de sa tâche traditionnelle de déterminer, de reconnaître et de proclamer la légitimité de droits et d'intérêts dans la mesure où il s'agit, dans cette nouvelle perspective, de protéger certains droits sans en léser d'autres et de chercher ensemble à cette fin de nouveaux moyens et des fonds supplémentaires ainsi que de nouvelles voies et de nouvelles possibilités d'efficience et de rentabilité. Les parties y veillent souvent elles-mêmes dans l'exercice de la liberté qui leur est reconnue et dans l'autonomie qui est la leur.

Dans un certain nombre de situations difficiles ou conflictuelles, elles ont besoin, pour y veiller, de l'intervention d'un juge et en ces cas, les parties et le juge ont intérêt à solliciter le concours d'un tiers pour contribuer, autant que faire se peut, à la découverte et à la mise au point des idées et des voies, plus ou moins créatrices et novatrices, susceptibles de résoudre les problèmes et, grâce à elles, de procéder aux aménagements et aux modifications nécessaires ; de trouver, si nécessaire, de nouvelles sources de fonds et de moyens et d'opérer en conséquence un redémarrage aussi adéquat et efficient que possible.

Si cette recherche se fait dans un contexte juridique et dans son langage, elle dépasse largement la connaissance du droit et de la comptabilité et il est dès lors surprenant que le mandataire et l'administrateur de justice appelé à apporter cette collaboration innovante et créatrice soit choisi et désigné dans les seuls mondes des avocats, des réviseurs d'entreprises et des comptables.

369. Si les situations qui donnent lieu à de telles nominations de mandataire ou d'administrateur de justice peuvent ainsi faire l'objet de classifications qui pourraient être élargies et nuancées au-delà de celles proposées ci-dessus, l'uniformité caractérise, en effet, le choix actuel des personnes investies de ces missions judiciaires.

Ce ne sont quasi exclusivement que des juristes ou des réviseurs ou des comptables comme si tous les besoins de la vie économique et sociale étaient rencontrés par les professionnels de ces disciplines et qu'il ne s'agissait, en somme, pour résoudre les difficultés et demain, pour assurer la continuité des entreprises, que de veiller au respect du droit et des normes comptables !

Sans méconnaître les talents des uns et des autres et en reconnaissant les résultats remarquables obtenus par certains, il demeure que l'action économique et sociale et les initiatives et les risques qu'elle implique ne sont pas au cœur des disciplines des juristes, des réviseurs et des comptables et que la mission des mandataires et des administrateurs de justice a changé d'âme et de perspective. Hier, le monde juridique avait tendance

à croire que protéger signifiait maintenir en l'état et ne pas agir alors qu'aujourd'hui, l'on est ou l'on devrait être conscient que protéger requiert l'action, le dynamisme et les prises de risques innovantes et créatrices.

Ce monopole ou ce quasi-monopole des mondes, qui sont conviés à ce colloque, se retrouve dans la désignation des mandataires et des administrateurs de justice. Il marque aussi généralement la détermination de la nature et de l'étendue des missions qui leur sont confiées. Il est assurément normal, au-delà des réserves qu'entraînent parfois la rédaction insuffisamment précise de l'objet de la mission comme du calendrier de son exécution, que le droit et/ou la comptabilité dominant, de manière exclusive, la description et la portée de la mission lorsque celle-ci tend à maintenir les choses en leur état, à recueillir toutes informations sur leur réalité objective ou à mettre fin au plus tôt à des méconnaissances ou à des violations de dispositions légales ou réglementaires.

En revanche, on ne comprend pas ou on comprend mal que tel soit le cas lorsque l'intervention du médiateur ou de l'administrateur s'apparente ou s'identifie même à celle d'un conciliateur ou d'un médiateur en comportant, en outre et de manière plus ou moins impérative, la formulation et l'indication de possibilités ou de voies nouvelles pour remédier aux difficultés et permettre la sortie espérée du tunnel des problèmes et des difficultés.

3.3. LES INTERROGATIONS

370. La satisfaction des pratiques ne signifie pas que celles-ci ne posent pas de questions et qu'il ne faut pas soulever des interrogations susceptibles de remédier ou de prévenir certaines dérives et certaines insuffisances et d'améliorer encore la qualité et l'efficacité de ces pratiques.

Au pourquoi des demandes injustifiées que les juges refusent font écho les interrogations que les juges se posent dans leur délibéré : Faut-il nommer un mandataire ou un administrateur dans les circonstances de l'espèce ? Quelle mission faut-il lui confier ? Qui faut-il nommer ? Comment dialoguer avec cet auxiliaire et veiller avec lui, au moindre coût, à la meilleure efficacité possible de sa mission ?

371. Il s'impose, avant de stigmatiser les demandes injustifiées et abusives, de se consacrer à la délicate question du moment auquel les entreprises en difficulté devraient introduire leur demande d'assistance et d'intervention judiciaire. Les doléances de la tardiveté de ces demandes sont multiples et répétées. Comment y remédier en étant conscient que l'anticipation des demandes n'est pas et ne peut être, à elle seule, la clé de la réussite même si elle augmente sans conteste le champ de vision nécessaire et les perspectives éventuelles de solution utile ?

Au-delà de ceux qui ne sont pas conscients de leurs difficultés ou qui ne veulent pas en prendre conscience, la majorité des autres a tendance à se replier sur eux-mêmes ; à faire de la discrétion la plus grande la règle de leurs comportements et à éviter, autant

que possible, l'intrusion d'autrui dans leurs affaires. Ils hésitent même à consulter des avocats ou des conseillers et s'ils le font, ce dialogue manque plus ou moins souvent, les professionnels consultés devant défendre subjectivement les intérêts de ceux qui les consultent, de l'objectivité requise.

La question est délicate. Elle ne se résout pas par une multiplicité de contrôle et par un excès de gestion assistée. Elle implique une évolution des idées et des possibilités, structurelles et concrètes, aux fins d'assurer, aux entreprises qui le souhaitent, une écoute confidentielle et une analyse objective de leur situation. La convergence des collaborations efficaces entre les mondes qui participent à ce colloque et qu'il faut souhaiter étendre à tous les mondes professionnels concernés pourrait heureusement y contribuer et approfondir, à tous les niveaux et notamment au sein des services d'enquêtes commerciales, la volonté constructive et efficace de la meilleure aide et assistance possibles aux entreprises en difficulté au bénéfice, si besoin en est, d'une recherche réellement créative et innovante.

372. Ce souhait ne comporte, en aucune façon, celui d'une multiplication des demandes de désignation de mandataires ou d'administrateurs de justice. Chaque situation requiert, à cette fin, un examen spécifique et une analyse objective de la nécessité et de l'utilité d'une telle mesure. Il faut, pour éviter les demandes injustifiées et abusives et toute manœuvre tactique d'occupation du terrain juridique par l'introduction de semblable demande, promouvoir la bonne gouvernance judiciaire des agents économiques et l'éthique de leurs conseillers. La bonne gouvernance judiciaire des agents économiques implique qu'ils ne manipulent pas à leur guise les faits de l'espèce et n'introduisent pas de demande dont ils n'accepteraient pas qu'elle soit introduite à leur charge.

Quant à l'éthique des conseillers, elle se forge et s'accomplit par des attitudes et des avis inspirés de ce qu'ils feraient s'ils devaient statuer, comme juge ou comme arbitre, sur la demande que leurs clients souhaitent introduire.

La vigilance s'impose en toute hypothèse dans l'introduction des demandes de désignation de mandataires ou d'administrateurs de justice car leur succès crée une mode et une facilité de prétendre que dans tel ou tel cas déterminé, il y a autant de raison d'y faire droit que dans la majorité des autres, la mesure sollicitée étant et devant être, de toute manière, incolore dans l'examen des droits respectifs des parties et pouvant comporter, dans le conflit et pour le conflit, des effets bénéfiques plus ou moins appréciables.

373. Quand et pourquoi faut-il demander la désignation d'un mandataire ou d'un administrateur de justice ? Quand et pourquoi faut-il accepter ou refuser une telle demande ? La question est importante au niveau de la demande. Elle est cruciale au stade de la décision.

Trois critères principaux doivent retenir l'attention du juge qui est, par formation et par tradition, très attaché au premier. Il s'agit de la légitimité de la mesure. Mais les deux autres critères, étant celui de l'utilité de la mesure et de son coût participent de la même importance.

La légitimité est bien connue et dépend, dans l'octroi de la mesure sollicitée, de la réalité et de l'apparence des droits qui l'invoquent ou qui s'y opposent. L'utilité doit recevoir, de la part du juge, une attention plus précise et une considération plus grande dans toutes ses données et dans toutes ses exigences sociales, économiques, environnementales et autres. Il en est de même du coût de la mesure qui doit être envisagé et fixé dans chaque d'espèce au terme d'une analyse prévisionnelle raisonnable de l'efficacité de la mesure par rapport à la charge qu'elle représente.

374. La détermination de la mission du mandataire ou de l'administrateur de justice et le choix de sa personne sont aussi importants que l'acceptation de la mesure.

186

LE MANDATAIRE DE JUSTICE ET L'ADMINISTRATEUR DE JUSTICE EN GENERAL

La toile de fond juridique traditionnelle est celle que l'auxiliaire de justice maintienne les choses en leur état durant le temps du conflit et de la procédure, qu'il les garde et les administre mais que l'accomplissement de sa mission n'entraîne pas de changement possible ou alors, le moins possible. La perspective de ces missions est statique et légaliste, sinon même hyper légaliste. La prise de risques en est généralement absente. Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que ces missions sont dès lors confiées, essentiellement, sinon exclusivement, à des femmes ou à des hommes de loi ou du chiffre.

Cette tendance se justifie et doit être maintenue dans certaines situations mais dans d'autres, comme celles que comportent les entreprises en difficulté, les sociétés en butte à des conflits en leur sein ou des partenaires contractuels en profonde dispute, il faut définir et déterminer des missions actives susceptibles de trouver et de gérer, à la faveur de changements et d'innovations, le meilleur avenir possible de l'entreprise concernée.

Cette nécessité en appelle, dans ces hypothèses qui se multiplient, à la détermination et à la définition, la plus pertinente et la plus adéquate possible, de la mission de l'auxiliaire de justice par rapport à de tels objectifs. Il s'agit, sans en méconnaître l'importance, à ne pas se satisfaire uniquement de la bonne volonté de ceux qui acceptent ces missions et à mettre davantage l'accent sur les compétences et les techniques que celles-ci requièrent tant pour arrêter objectivement les devoirs et les prestations indispensables, nécessaires et utiles que pour choisir la ou les personnes les plus qualifiées pour les accomplir.

Ces exigences d'action, de prise de risques et d'innovation conduisent à la mise en cause, sinon à la fin du monopole ou du quasi-monopole des femmes et des hommes de loi et du chiffre à être désignés comme mandataires ou administrateurs de justice sur la foi de leur seule qualification légale ou comptable. D'autres qualifications sont requises qu'avec le monde des entreprises et tous les milieux concernés, le monde judiciaire doit rechercher, définir et arrêter au fil de ses interventions et de ses décisions.

375. Les analyses et les études que requièrent la mise en évidence des aptitudes nécessaires à l'accomplissement des missions de mandataire et d'administrateur de justice s'accompagneront inévitablement de la question de savoir si, à l'exemple de ce que le législateur a cru devoir exiger des médiateurs, les personnes ne pourront être désignées comme mandataires et administrateurs de justice que si elles justifient du label, du diplôme ou du certificat qu'elles auraient acquis à cette fin selon les procédures

légalement établies ou si elles ne devront pas se soumettre à une telle exigence à l'exemple des arbitres qui peuvent être choisis et désignés sans la moindre exigence formelle d'aptitude ou de compétence.

On peut aussi se demander si l'on croit à l'utilité des mandataires et des administrateurs de justice et si leur besoin s'accroît, si l'on ne pourrait pas et même si l'on ne devrait pas créer une institution centralisatrice d'information, de renseignement et de suivi, voire de surveillance au profit des juges qui désignent des mandataires et des administrateurs de justice et de ceux qui acceptent d'accomplir ces missions. Est-il judicieux et utile d'envisager cette voie de professionnalisation des auxiliaires de justice et de clarifier notamment, de cette manière, la question de savoir si, en dehors de l'autorité du juge qui l'a nommé, l'avocat, le réviseur ou le comptable, qui accomplit une mission d'auxiliaire de justice, demeure aussi soumis à l'autorité de son Ordre ou de son Institut.

187

376. Au-delà des questions susdites que pose la désignation des mandataires et des administrateurs de justice aux niveaux des demandes et des décisions et plus précisément à ceux de la détermination des missions et du choix de ces auxiliaires, la situation la plus étonnante et la plus paradoxale est celle que dans la politique d'assistance et d'aide, à laquelle le monde judiciaire se prête de plus en plus souvent de manière aussi utile que pertinente, le juge n'a pas ou a, en tout cas, très peu de dialogue avec l'auxiliaire qu'il désigne !

Il ne s'agit pas de souhaiter, comme en matière d'expertise, que le législateur arrête des dispositions pour réaffirmer le contrôle du juge sur l'entame de la mission d'expertise et sur le contrôle de son accomplissement dans les délais fixés, outre celui relatif à la constitution des provisions et au règlement des états.

La préoccupation est d'un autre ordre et à un autre niveau. Elle est consubstantielle à l'œuvre de justice qui est et doit être commune lorsque le ou les juges estiment qu'ils ont besoin d'un tiers pour l'accomplir. N'est-il pas naturel et normal qu'à tout instant, un auxiliaire puisse s'adresser à celui qui l'a nommé et que celui-ci puisse faire de même non seulement pour être tenu au courant des devoirs accomplis mais pour discuter ensemble de ce qui a été fait et de ce qui doit ou peut encore être fait dans l'accomplissement de la mission et partant, de tous les aménagements et modifications que celle-ci pourrait ou devrait éventuellement connaître en fonction des circonstances et des impératifs d'utilité et de moindre coût qui doivent sans cesse en gouverner l'exercice ?

L'impératif de la contradiction entraîne-t-il que ce dialogue ne pourrait avoir lieu qu'à la faveur de rapports complets et dans le cadre d'audiences formelles ? Jusqu'où et comment la voie de l'informatique pourrait-elle assurer, à l'instar de ce qui peut être fait informellement en chambre du conseil, un dialogue contradictoire entre le juge, son auxiliaire et les parties intéressées ? Qu'en est-il, par ailleurs, du dialogue et de la concertation entre le juge et son auxiliaire en dehors de la présence des parties ? N'est-ce pas souhaitable et utile mais est-ce possible et légitime et dans l'affirmative, à quelles conditions et de quelle manière ?

Une justice d'assistance et d'appui requiert, pour atteindre pleinement ses finalités, une collaboration permanente du juge qui s'y prête et de l'auxiliaire qu'il désigne. Comment y veiller de la manière la plus simple et la plus directe sans formalisme inapproprié et au moindre coût aux fins de répondre au mieux, dans le respect des principes qui gouvernent l'œuvre judiciaire, aux légitimes attentes de chacun ? Le défi est de taille et mérite que tous les milieux collaborent pour le relever.

377. Deux impératifs, étant ceux de la simplicité et de l'efficience, doivent dominer cette recherche qui est de tous les instants puisqu'elle comporte la gouvernance judiciaire au quotidien dans la situation difficile qui est actuellement la nôtre. Si les valeurs que sont l'autorité du juge, la liberté des parties et l'aptitude de l'auxiliaire sont certaines et souvent rencontrées et accomplies, il demeure que la convergence, concrète et suivie, de ces valeurs suppose de s'interroger, à intervalles réguliers, sur les conditions et les modalités sous lesquelles elles s'expriment et sur le dogmatisme et la rigidité dont elles se drapent parfois à mauvais escient.

CHAPITRE 4

CONCLUSIONS

Guy HORMANS

Avocat au Barreau de Bruxelles, Professeur émérite, Université catholique de Louvain

378. Des suggestions pour aider le juge dans sa prise de décision et dans son suivi. D'autres pour assurer et enrichir le dialogue entre le juge et l'auxiliaire qu'il a nommé dans l'intérêt des parties concernées. Certaines enfin pour esquisser les termes d'une collaboration nouvelle entre les différents pouvoirs et leurs destinataires. Toutes et chacune pour valoriser au mieux la nomination des mandataires et des administrateurs de justice et leur apport à l'œuvre de justice.

379. La meilleure aide et assistance possible devrait être organisée au profit de ceux qui, avec compétence et dévouement, veillent à la réussite de la justice d'aide, d'assistance et de support. Cette aide pourrait être interne et même institutionnelle. Elle peut aussi être externe et rejoindre éventuellement intrinsèquement l'œuvre de justice.

L'aide interne peut être de documentation, d'information et de consultation. Elle peut aussi être institutionnelle et de compétence.

Chaque juridiction organise, en son sein, la documentation et l'information qui complètent celles que, par formation, par expérience professionnelle et par exigence personnelle, chaque juge maîtrise et enrichit à l'écoute des parties qui le sollicitent et à l'examen des procédures qui lui sont soumises. Le pouvoir judiciaire ne devrait-il pas faire davantage lorsqu'il s'engage résolument dans des procédures d'assistance, d'appui et de support ? Ne devrait-il pas constituer, au niveau du pays ou dans le ressort de chaque Cour d'appel, une cellule qui recevrait sur le champ toute information relative aux procédures aboutissant à la désignation de mandataires et d'administrateurs de justice et qui répondrait immédiatement à toute demande d'information et de documentation à ce propos de la part d'un juge saisi d'une demande d'intervention en ce sens.

380. Est-il inconcevable de réfléchir à une aide interne institutionnelle qui résulterait d'une centralisation de cette compétence juridictionnelle d'aide et d'assistance et d'en réserver en conséquence la compétence à certaines juridictions ?

La justice de proximité a de nombreux et indéniables avantages mais les compétences exclusives n'en sont pas dépourvues surtout lorsqu'il faut construire, dans les difficultés actuelles et dans la crise à laquelle nous sommes confrontés, une jurisprudence forte et claire dans le meilleur alliage possible de la stabilité du droit et de la mouvance des faits.

La technique de la question préjudicielle peut aussi contribuer à réduire les délais et les coûts des hésitations et des incertitudes dans les applications jurisprudentielles de cette justice qui se cherche et qu'à tort, d'aucuns assimilent encore à la juridiction gracieuse alors que dans la majorité des cas, la nature et les finalités en sont différentes. Dans les situations qui retiennent notre attention et spécialement dans celles qu'évoque la loi du 31 janvier 2009, il s'agit, en effet, de trouver, grâce à la collaboration de tous et sous l'égide des Cours et Tribunaux, des solutions de sauvetage, de redressement et de continuité qui sont espérées et attendues par les parties directement impliquées mais aussi en faveur de l'ensemble de notre tissu économique et social, spécialement au niveau de l'emploi et de l'accès aux ressources et aussi à celui, qui est actuellement primordial dans tous les esprits et qui comporte l'arrêt des dépenses inutiles, la maîtrise des coûts et le renouveau des bénéfices.

381. L'aide interne, qu'il s'impose d'apporter au juge dans l'accomplissement de cette nouvelle mission, qui prend de plus en plus d'ampleur et d'importance au bénéfice tant des intérêts privés que de l'intérêt général, dépend, avant tout, de la conscience qu'en prend le pouvoir judiciaire et de la politique qu'il entend mener dans ses tâches nouvelles attendues de sa part.

Cette mission nouvelle se démarque de la mission traditionnelle du juge qui est de trancher entre des thèses contraires, de proclamer les principes qu'il retient et applique et de prononcer les condamnations qui en résultent.

Cette mission nouvelle est différente mais n'est pas limitée comme certains ont tendance à le croire. Elle dépasse le stade du refus de la désignation d'un mandataire ou d'un administrateur de justice ou de son acceptation et comporte, en ce dernier cas, non l'attente de la fin de cette mission pour en déduire les conséquences qui s'imposent mais son suivi et partant, la participation active et constructive du juge, avec l'autorité qui est la sienne, chaque fois qu'elle s'avère nécessaire ou utile au bon déroulement et au succès de cette mesure.

382. La procédure de désignation de mandataire ou d'administrateur de justice pourrait aussi bénéficier d'aides extérieures si les esprits étaient prêts à en accepter le principe et à en arrêter les formes, les conditions et les modalités.

Dans les temps anciens, on produisait parfois, devant les Tribunaux de commerce, des parères que le Littré définit comme les sentiments et avis de négociants sur des questions de commerce. Nos amis français connaissent encore aujourd'hui la pratique des consultations professorales que les parties déposent à l'appui de leur thèse.

De telles aides extérieures sont-elles utiles ? Sont-elles souhaitables ? Faut-il en préconiser et en promouvoir le recours ? On incline à y songer dans la mesure où il ne s'agit pas, en l'espèce, de préciser le droit applicable mais d'élargir les informations relatives à ce qui pourrait être tenté pour résoudre les difficultés et le conflit de l'espèce grâce à des témoignages d'associations, de chambres de commerce, de fédérations, de syndicats et de personnes qualifiées quant aux expériences dont les uns ou les autres ont connaissance ou auxquelles ils auraient participé et quant aux idées et suggestions qui pourraient éventuellement en être déduites et être appliquées pour la solution recherchée des difficultés et des conflits dont le juge est saisi.

De telles informations et de tels témoignages pourraient être soumis au juge par écrit ou faire l'objet, à la faveur d'une procédure la plus simple, d'une comparution à l'audience de ce « sachant » de solutions pragmatiques dont l'on peut même rêver que sa seule audition résoudrait le problème !

383. On peut élargir le rêve en s'inspirant, en toute liberté et en dépassant sa portée spécifique, de la problématique américaine de l'Ami de la Cour. Cet élargissement pourrait conduire à suggérer au juge d'inviter celle ou celui à qui, en prenant connaissance de la demande et à la condition, bien entendu, qu'à première vue, celle-ci lui paraisse raisonnable, il songe à confier la mission de mandataire ou d'administrateur de

justice, à prendre part à l'audience d'introduction pour y faire part de ses observations et commentaires et répondre à ses questions ainsi qu'à celles des parties. Cette participation active, qui anticiperait sur celle qu'implique, en cas d'acceptation de la demande par le juge à l'issue de cette audience, l'accomplissement de la mission de mandataire ou d'administrateur de justice, pourrait contribuer grandement à l'établissement d'un premier « diagnostic » sur la nature et l'étendue des difficultés et des problèmes et faciliterait la détermination de la nature et de l'étendue de la mission susceptible d'aider à y porter remède et à les résoudre.

Les exigences d'efficacité et de maîtrise des coûts impliquent de procéder à ce diagnostic avec le maximum de célérité possible et à ne pas attendre, comme le monde juridique a parfois tendance à le faire, l'issue de longues procédures d'analyse, d'examen ou d'expertise. Celles-ci peuvent être utiles dans des cas particuliers mais dans de très nombreux cas, le diagnostic peut être assez rapidement posé par des gens qui se consacrent, à l'un ou l'autre titre, aux domaines et aux matières concernés.

Le monde juridique doit y réserver une attention accrue à la faveur et au-delà de celle qu'il a réservée à l'urgence dans le cadre des procédures de référé.

384. On peut aussi s'interroger, dans la même perspective qui, au demeurant, rejoint celle de la participation des juges consulaires à l'œuvre de justice, sur l'efficacité et la réduction des coûts qui pourraient résulter de l'invitation qui serait faite à une personne qualifiée, par formation, par profession ou par expérience, de participer à une audience ponctuelle qui traiterait de questions bien précises et bien déterminées. Cette présence active, à l'audience, de cet Ami de la Cour, permettrait-elle ou ne permettrait-elle pas d'éviter, plus ou moins souvent, la longue liturgie que connaissent presque inévitablement toutes les mesures d'expertise et autres qui sont ordonnées par le juge pour les besoins de la cause ?

385. Cette présence ponctuelle d'un Ami de la Cour pourrait, en tout cas, contribuer à donner force et vigueur à la problématique des audiences interactives pratiquées de longue date dans les procédures arbitrales et consacrées récemment de manière expresse par le législateur au niveau de la justice publique.

En attendant des études et des analyses théoriques et pratiques plus approfondies, la suggestion du concours ponctuel de personnes qui peuvent être qualifiées aussi bien d'auxiliaires de justice que d'Amis de la Cour, porte l'espoir d'améliorer et de renforcer, par cette voie, le dynamisme, l'efficacité et la maîtrise des coûts de l'œuvre de justice au bénéfice de tous ceux qui ont besoin de son intervention d'aide et d'assistance.

386. Il en est de même de la suggestion d'un véritable dialogue permanent entre l'auxiliaire de justice et le juge qui l'a nommé.

Comment assurer ce dialogue indispensable pour que l'accomplissement de la mission se fasse constamment à la faveur de l'action de l'auxiliaire et de la compétence et de l'autorité du juge. L'auxiliaire doit pouvoir, à tout instant, faire rapport au juge et solliciter de sa part les conseils, les avis et les décisions dont il a besoin et le juge doit

aussi veiller en permanence à ce que la mission qu'il a ordonnée et qui s'accomplit sous son autorité réponde toujours, dans les meilleures conditions, aux objectifs et aux finalités qu'il lui a assignés.

L'œuvre de justice implique et requiert une collaboration suivie du juge et de son auxiliaire et partant, un dialogue constructif dans l'exécution de leurs rôles respectifs sans multiplier, à cette fin et à prétexte de respecter le principe du contradictoire de tous les débats et entretiens judiciaires, les formalités, les rapports, les audiences, les décisions et les ordonnances et les coûts.

Comment y veiller de la manière la plus simple et la plus efficace ?

Avant tout, en prenant conscience de l'importance de ce dialogue et de l'impérieuse nécessité de pouvoir l'établir à tout instant de la manière la plus simple et la plus directe.

Songer ensuite aux conditions et aux modalités concrètes de ce dialogue. Celles-ci peuvent être spécifiques à chaque niveau de juridiction et varier au gré de la nature et de l'étendue des missions confiées à des mandataires et à des administrateurs de justice.

PARTIE 5

SECRET PROFESSIONNEL, DEONTOLOGIE ET ANTIBLANCHIMENT

Contributions de :

Thierry DUPONT

Réviseur d'entreprises, membre du Conseil de l'IRE

Jean-Philippe LEBEAU

Président, Tribunal de Commerce de Charleroi

Didier MATRAY

Avocat au Barreau de Liège, ancien Bâtonnier

CHAPITRE 1^{ER}

LA DEONTOLOGIE

INTRODUCTION

387. Le rapport n'analysera pas de façon exhaustive les trois thèmes retenus, à savoir la déontologie (chapitre 1^{er}), le secret professionnel (chapitre 2) et la prévention du blanchiment (chapitre 3). Il abordera seulement quelques questions qui, choisies arbitrairement, ont retenu l'attention des rapporteurs ⁽¹⁾.

1.1. LA DEONTOLOGIE : DE NOUVELLES REFERENCES POUR LES MAGISTRATS

198

LA DEONTOLOGIE

388. Magistrats, réviseurs d'entreprises et avocats exercent une profession dans laquelle les exigences d'ordre moral sont élevées, qu'elles soient traduites dans des règles déontologiques au sens strict ou qu'elles trouvent leur source dans des règles professionnelles, ou de façon plus indirecte, dans des dispositions disciplinaires ⁽²⁾.

389. Le Conseil consultatif de la magistrature et le Conseil supérieur de la Justice ont approuvé, au cours de leur assemblée générale tenue respectivement le 25 et le 27 juin 2012 un Guide pour les Magistrats. Ce Guide a notamment pour objectif d'aider « *de manière positive le magistrat qui s'interroge sur la conduite à adopter dans une certaine situation* » et de fournir « à l'institution judiciaire un cadre permettant de mieux appréhender sa déontologie ». Les lignes de conduite qu'il énonce « *s'inspirent du texte approuvé en 2010 par le Réseau européen des Conseils de la Justice (RECJ) et d'autres recueils déontologiques de différents pays* ».

Le Guide a été rédigé par et pour les juges et, sous réserve des règles propres à leur fonction particulière, les principes qu'il énonce valent aussi pour les stagiaires judiciaires, les juges consulaires, les conseillers et juges sociaux ainsi que les magistrats suppléants. La plupart des règles sont également applicables aux magistrats du ministère public sous réserve des adaptations ou ajouts rendus nécessaires par la spécificité de la fonction.

390. La Ministre de la Justice a annoncé son intention de présenter officiellement, avant le 1^{er} septembre, un nouveau Code de déontologie des magistrats. Ce Code s'appliquerait également aux juges suppléants et il prévoirait notamment ce qui suit :

⁽¹⁾ Les auteurs remercient Maître T. MATRAY et G. GAILLET pour l'aide qu'ils ont fournie pour la préparation de ce texte.

⁽²⁾ Dans le cadre de cet exposé et pour des raisons de facilité, nous assimilerons déontologie et exigence d'ordre moral. Ce manque de rigueur n'est pas conforme à la conception de Bentham, selon laquelle la déontologie est la connaissance de ce qui est juste et convenable, le terme visant, selon lui l'ensemble des règles morales qui régissent une profession, c'est-à-dire cette partie du domaine des actions qui ne tombe pas sous l'empire de la législation (cf. sur la notion de déontologie (J. MATRAY, La déontologie : quelques observations générales, in *Regards sur les règles déontologiques et professionnelles de l'avocat*, Editions du Jeune barreau de Liège, 2001, p. 17 et ss.).

- dans leur vie privée, les magistrats peuvent exprimer leur opinion mais « de façon modérée et nuancée » ;
- le fait d'être membre d'associations ne peut mettre en péril leur image d'impartialité ;
- les magistrats doivent s'abstenir d'avoir des contacts qui pourraient faire peser des doutes sur leur indépendance ;
- la présence des magistrats sur des réseaux sociaux tels que Facebook exige « une grande prudence » ; et
- toute forme de comportement indélicat sera proscrite, et en particulier le fait d'obtenir quelque avantage que ce soit pour soi-même ou autrui.

Au moment où nous achevons la rédaction de ce rapport, la présentation officielle n'a pas encore eu lieu.

199

LA DEONTOLOGIE

1.2. LA DEONTOLOGIE : QUELQUES DIFFERENCES ET BEAUCOUP DE CONVERGENCE

391. Les valeurs qui doivent être respectées dans les différentes professions ne sont pas identiques, compte tenu de la spécificité du rôle de chacun.

Par exemple, le Guide du Conseil consultatif de la magistrature et du Conseil supérieur de la Justice définit la déontologie « à partir des valeurs fondamentales du pouvoir judiciaire » que sont « *l'indépendance, l'impartialité, l'intégrité, la réserve et la discrétion, la diligence, le respect et la capacité d'écoute, l'égalité de traitement et la compétence* ». A ces valeurs doivent s'ajouter les qualités requises des magistrats, à savoir « *la sagesse, la loyauté, l'humanité, le courage, le sérieux, la prudence, la capacité de travail, l'écoute, la communication et l'ouverture d'esprit* » ⁽³⁾.

Dans l'exercice de sa mission traditionnelle de conseil et de représentation en justice et à la différence du magistrat, l'avocat ne doit pas être impartial puisqu'il défend la cause et les intérêts de son client. Il prend donc position et continue de le faire tout au long du débat qui s'instaure, le cas échéant, avec la partie adverse, que ce débat soit ou non judiciaire. L'impartialité objective et subjective du juge est au contraire essentielle pour que le procès soit équitable et la règle est consacrée par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ⁽⁴⁾.

392. Mais à nos yeux, les différences constituent des exceptions et la plupart des valeurs sont communes ⁽⁵⁾. Pour les réviseurs d'entreprises comme pour les avocats, dignité, probité et délicatesse sont des valeurs essentielles que citent expressément les textes

⁽³⁾ Guide disponible notamment sur le site du Conseil supérieur de la Justice, p. IX et X.

⁽⁴⁾ Art. 6 § 1.

⁽⁵⁾ L'égalité de traitement que vise le Guide du Conseil consultatif de la magistrature et du Conseil supérieur de la Justice oblige le magistrat à exercer ses fonctions à l'égard de toutes les parties dans le respect des personnes et sans discrimination. Entendue en ce sens, l'égalité de traitement est une norme de conduite que l'avocat doit aussi prendre en considération.

légaux ou réglementaires ⁽⁶⁾. Pour les deux professions, il faut ajouter la compétence dont le maintien peut supposer une obligation de formation permanente ⁽⁷⁾ et surtout l'indépendance ⁽⁸⁾ qui, comme l'intégrité ou la dignité ⁽⁹⁾, sont aussi au cœur des normes de conduite imposées aux magistrats.

393. L'exigence d'indépendance des juges est même constitutionnelle : notre loi fondamentale souligne que « *les juges sont indépendants dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles* » et que « *le Ministère public est indépendant dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles, sans préjudice du droit du Ministre compétent d'ordonner des poursuites et d'arrêter des directives contraignantes de politique criminelle, y compris en matière de politique de recherche et de poursuite* » ⁽¹⁰⁾. Lorsqu'il exerce ses fonctions, le Conseil supérieur de la justice est lui-même tenu de respecter l'indépendance des magistrats ⁽¹¹⁾.

L'exposé des motifs de la Recommandation R(94) 12 du Conseil de l'Europe sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges, souligne que « *la portée de la notion d'indépendance des juges ne se limite pas aux juges eux-mêmes mais s'étend au système judiciaire dans son ensemble* ». Il en résulte que deux exigences se cumulent : l'indépendance institutionnelle est liée à la place de l'institution judiciaire au sein de l'Etat et l'indépendance fonctionnelle concerne l'exercice du pouvoir de juger ou de décider ⁽¹²⁾.

1.3. LA DEONTOLOGIE, UNE REGLE FONDAMENTALE

394. Ne peut-on insister sur une règle fondamentale, commune aux trois professions ?

Non seulement dans l'exercice de leur fonction, mais aussi dans leur vie privée, magistrats, réviseurs d'entreprises et avocats doivent s'abstenir de tout acte ou comportement de nature à ébranler la confiance de ceux qui doivent s'adresser à eux. Pour les

⁽⁶⁾ Art. 3 et art. 72, § 1^{er}, 2^o de la loi du 22 juillet 1953 créant un Institut des Réviseurs d'Entreprises et organisant la supervision publique de la profession de réviseur d'entreprises ; article 3 de l'A.R. du 10 janvier 1994 relatif aux obligations du réviseur d'entreprises ; art. 456 du C. jud.

⁽⁷⁾ Art. 1.3 al. 2, 3 et 4 du règlement intérieur national et des règles déontologiques connexes du barreau de Paris est à la fois explicite et complet :

« *L'avocat exerce ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité, dans le respect des termes de son serment.*

Il respecte en outre, dans cet exercice, les principes d'honneur, de loyauté, de désintéressement, de confraternité, de délicatesse, de modération et de courtoisie.

Il fait preuve, à l'égard de ses clients, de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence ».

⁽⁸⁾ Art. 32, § 1^{er} de la loi du 22 juillet 1953 créant un Institut des Réviseurs d'Entreprises et organisant la supervision publique de la profession de réviseur d'entreprises ; art. 3 de l'A.R. du 10 janvier 1994 relatif aux obligations du réviseur d'entreprises.

⁽⁹⁾ Art. 404 C. jud.

⁽¹⁰⁾ Art. 151 § 1^{er} de la Constitution.

⁽¹¹⁾ Art. 151 § 2 de la Constitution.

⁽¹²⁾ Ph. EVRARD, « Le tribunal de commerce : une brève présentation », in *Tribunaux de commerce et réviseurs d'entreprises : quelle collaboration*, Bruylant, Bruxelles 2003 p. 31.

juges, on résume souvent cette exigence par une formule brève et un peu familière : « *les magistrats doivent être au-dessus de tout soupçon* ». Le législateur permet de sanctionner le manquement qu'ils commettraient à la dignité, la négligence des tâches de la charge ou encore l'atteinte au bon fonctionnement de la justice ⁽¹³⁾. L'idée que la confiance doit être méritée est présente dans les trois professions.

Le degré d'exigence progresse au fil du temps. Par exemple, c'est un truisme d'énoncer que juges, réviseurs d'entreprises et avocats doivent faire preuve des qualités requises à tout moment et à tout point de vue. Par exemple, le juge doit être indépendant ou impartial à tout moment de la procédure et jusqu'au prononcé de sa décision. Mais en outre et de plus en plus, il ne suffit pas de répondre aux exigences posées par les règles déontologiques ou professionnelles ; il faut en outre donner l'apparence qu'il en va bien ainsi. Par exemple, le juge ne doit plus se contenter d'être fondamentalement impartial et indépendant ; il doit encore en donner l'apparence ⁽¹⁴⁾. D'autres applications de la règle de l'apparence seront mentionnées ci-après.

1.4. DES VALEURS SIMILAIRES MAIS DES APPLICATIONS SPECIFIQUES

395. Les valeurs que traduisent les règles déontologiques sensu lato sont en général similaires et parfois identiques. Mais leur application aux différentes professions ne l'est pas.

1.5. PREMIER EXEMPLE: L'INTERET PERSONNEL, L'INTERET GENERAL ET LES EXIGENCES DE LA FONCTION

396. Dans les trois professions, l'intérêt personnel doit toujours céder face aux exigences de la fonction. Et l'intérêt général ne peut jamais être totalement oublié. Mais les principes connaissent-ils le même champ d'application dans les trois professions ? Ils doivent notamment se combiner avec les autres valeurs qui sous-tendent l'exercice de la fonction.

397. L'avocat doit faire prévaloir l'intérêt du client ou du justiciable sur les siens propres. Mais l'indépendance de l'avocat lui interdit d'être soumis à son client ou de s'identifier à lui. « *L'écoute attentive qu'il accorde à son client et l'engagement qu'il prend de le défendre ne le dispensent pas de garder de la distance par rapport à la cause qu'il défend. S'il est d'abord dévoué à son client, l'avocat est aussi dévoué à la justice* » ⁽¹⁵⁾. Bien entendu, l'avocat engage sa responsabilité civile et s'exposera à des sanctions disciplinaires s'il introduit des recours voués à l'échec en violation des principes d'indépendance, de loyauté ou de délicatesse. Un avocat qui ne chercherait que la satisfaction de ses intérêts personnels en introduisant des

⁽¹³⁾ Art. 404 C. jud.

⁽¹⁴⁾ Selon la formule anglaise bien connue, "*Justice must not only be done, but must also be seen to be done*".

⁽¹⁵⁾ Barreau de Bruxelles, *Recueil des règles professionnelles*, 2011, n° 210-3 p. 245.

recours de pure forme commettrait un manquement passible de sanction ⁽¹⁶⁾. Pourtant, des considérations humanitaires ou les effets juridiques liés à l'engagement d'une procédure peuvent justifier qu'un recours soit introduit indépendamment de ses chances d'aboutir. Les devoirs de loyauté, de délicatesse, de probité et de désintéressement encadrent évidemment des situations qui sont nécessairement exceptionnelles. La limite entre la priorité à donner à l'intérêt du client ou à l'intérêt général peut exposer l'avocat à des cas de conscience difficiles à trancher car ils se poseront en terme de conflits de valeur.

398. Pour les réviseurs d'entreprises, le conflit entre l'intérêt du client et l'intérêt général doit être tranché en faveur de l'intérêt général. Ainsi, pour le réviseur d'entreprises, l'intérêt du client est-il subordonné au respect de l'intérêt général tandis que pour l'avocat, les rapports entre intérêt du client et intérêt de la justice ne peuvent-ils être exprimés en termes aussi nets.

399. La possibilité d'un conflit entre l'intérêt du justiciable, l'intérêt du magistrat et l'intérêt de la justice se conçoit-elle ? Peu adaptée à la fonction de magistrat, cette idée doit être appréhendée en tenant compte du fait que les prérogatives des juges et les spécificités de leur statut leur sont attribuées, non à titre de privilège mais pour garantir le bon exercice de leur fonction. Par exemple, l'indépendance évoquée ci-dessus est le privilège non du juge mais du justiciable. Elle est le droit reconnu à chaque citoyen dans une société démocratique de bénéficier d'un pouvoir judiciaire indépendant (et considéré comme tel) des pouvoirs législatif et exécutif, et constitué pour sauvegarder la liberté et les droits des citoyens dans le cadre de l'Etat de droit ⁽¹⁷⁾. Elle n'accorde pas non plus un espace infini de liberté donnée au juge qui est tenu de respecter la loi, doit l'interpréter ⁽¹⁸⁾ et ne peut la faire, la défaire ou la refaire (...) au nom de son éthique personnelle ⁽¹⁹⁾.

1.6. DEUXIEME EXEMPLE : L'INDEPENDANCE ET LES CONFLITS D'INTERET

400. Valeur commune à toutes les professions libérales, l'indépendance a des corollaires spécifiques dans les différentes professions. Par exemple, les avocats ne peuvent prendre en charge des intérêts en conflit les uns avec les autres. Mais est-il certain que les avocats et les réviseurs d'entreprises établissent les mêmes critères de définition du conflit d'intérêt alors que pourtant, l'obligation d'éviter le conflit d'intérêt repose sur une valeur commune, l'indépendance et, en outre pour les avocats, sur la loyauté et le secret professionnel ?

401. Pour l'avocat, le conflit d'intérêt se définit, selon le degré d'exigence, comme la contrariété, la divergence, la discordance ou l'opposition d'intérêts que l'avocat rencontre dans une opération pour laquelle il serait consulté par plus d'une partie : il

⁽¹⁶⁾ Barreau de Bruxelles, *Recueil des règles professionnelles*, 2011, n° 210-4 p. 247.

⁽¹⁷⁾ Art. 6 CEDH ; art. 151, § 1^{er} de la Constitution.

⁽¹⁸⁾ Ph. EVRARD, *loc. cit* p.33.

⁽¹⁹⁾ G. DE LEVAL, *Institutions judiciaires, Introduction au droit judiciaire privé*, Ed. Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, Liège, 1992, p. 34, n° 19, note 63.

est alors empêché de représenter ou d'assister une autre partie que celle qui l'a consulté en premier ⁽²⁰⁾, et ce, qu'il s'agisse de mener une procédure, de rédiger un contrat ou même de donner simplement un avis sur une situation déterminée. Qu'il agisse comme conseil ou comme chargé d'une défense ou d'une représentation en justice, l'avocat ne peut accepter un dossier dans lequel il pourrait adopter une position différente de celle qu'il aurait choisie s'il n'avait en charge d'autres intérêts, en ce compris les siens propres. En d'autres termes encore, l'avocat ne peut intervenir pour un client que si son action ne peut être affectée par d'autres considérations que l'intérêt de son client.

L'interdiction de se placer en situation de conflit d'intérêt n'est pas propre aux avocats belges. Elle est consacrée à des degrés divers par les barreaux d'autres pays. Dans l'ordre international, le Code de déontologie des avocats européens, qui ne s'applique qu'à l'activité transfrontalière, impose à l'avocat de s'abstenir « *lorsque surgit entre [deux ou plusieurs clients] un conflit d'intérêts, lorsque le secret professionnel risque d'être violé ou lorsque son indépendance risque de ne plus être entière* » ⁽²¹⁾. L'avocat ne peut davantage accepter l'affaire d'un nouveau client « *si le secret des informations données par un ancien client risque d'être violé ou lorsque la connaissance par l'avocat des affaires de l'ancien client favoriserait le nouveau client de façon injustifiée* » ⁽²²⁾.

Des prises de position ont parfois été adoptées dans certains secteurs d'activité particuliers. C'est ainsi que l'*International Bar Association* (IBA) a adopté le 22 mai 2004 des lignes directrices sur les conflits d'intérêt dans l'arbitrage international. Ces lignes directrices n'ont pas de valeur obligatoire et n'ont pas vocation à prévaloir sur les lois nationales éventuellement applicables ni sur les règlements d'arbitrage choisis par les parties. Mais elles sont l'expression d'un consensus dont ont voulu rendre compte les auteurs du texte, dix-neuf experts du droit de l'arbitrage international originaires de quatorze pays.

Pour notre propos, on peut tirer de ces règles quelques enseignements. D'abord, l'apparence est privilégiée lorsqu'il s'agit d'apprécier l'impact d'un conflit d'intérêt au regard de l'indépendance et de l'impartialité dont doit faire preuve un arbitre. Ensuite, la rigueur est de mise. L'arbitre doit s'abstenir dès qu'il a un doute quelconque sur sa capacité à agir de manière impartiale et indépendante ⁽²³⁾ ; mais même s'il n'a lui-même aucune hésitation, il doit révéler les faits ou circonstances susceptibles de faire naître

⁽²⁰⁾ Cf. notamment P. PICHIAULT, Petite typologie des conflits d'intérêts, in *L'avocat et les conflits d'intérêts, actes du colloque du 18 novembre 2011*, OBFG Collection et Anthémis, Limal 2011 n° 7 p. 13 ; celui-ci cite aussi plusieurs références intéressantes sur le sujet.

⁽²¹⁾ Art. 3.2.2 du Code de déontologie des avocats européens.

⁽²²⁾ Art. 3.2.3 du Code de déontologie des avocats européens.

⁽²³⁾ (2) Conflits d'intérêt :

(a) *L'arbitre doit refuser sa nomination ou, si l'arbitrage a déjà commencé, refuser de continuer à siéger comme arbitre, s'il a un doute quelconque sur sa capacité à agir de manière impartiale et indépendante.*

(b) *Le même principe s'applique s'il existe, ou s'il survient après la nomination de l'arbitre, des faits ou des circonstances de nature à faire naître, dans l'esprit d'un tiers raisonnable ayant connaissance des faits de l'espèce, des doutes légitimes quant à l'impartialité ou à l'indépendance de l'arbitre, à moins que les parties aient accepté la nomination de l'arbitre en application de la Règle Générale n°4.*

chez les tiers des doutes quant à son indépendance et à son impartialité et, en cas de doute, c'est l'obligation de révélation qui prime.

402. En vertu de l'article 7 de l'arrêté royal relatif aux obligations des réviseurs d'entreprises, le réviseur d'entreprises *ne peut accepter ou poursuivre une mission, une fonction ou un mandat lorsque son accomplissement pourrait le placer dans une situation de conflit d'intérêts susceptible de porter atteinte à son indépendance dans l'opinion qu'il doit émettre*. C'est donc la notion d'indépendance qui justifie les règles relatives aux conflits d'intérêt et l'indépendance comporte deux aspects indissociables :

- « *L'indépendance d'esprit, c'est-à-dire l'état d'esprit qui vise à ce que seules les considérations en rapport avec la tâche confiée sont prises en compte dans les décisions à prendre dans le cadre de l'exercice du mandat ;*
- *L'indépendance d'apparence, c'est-à-dire la nécessité d'éviter les situations et les faits matériels qui, de par leur importance, amèneraient un tiers raisonnable et informé à remettre en question la capacité du réviseur d'entreprises à agir d'une façon objective* » ⁽²⁴⁾.

Exprimée en ces termes, cette double exigence n'est-elle davantage destinée à garantir l'objectivité, la pureté et l'intégrité de l'opinion du réviseur d'entreprises qu'à préserver un client de toute atteinte à ses intérêts ?

403. En résumé, pour les avocats, ce n'est pas seulement le principe d'indépendance mais aussi et surtout les exigences de loyauté et de secret qui déterminent le champ d'application du conflit d'intérêt. Ces deux dernières exigences sont moins présentes dans l'appréciation de la conduite du réviseur d'entreprises. Et pour le magistrat, c'est le besoin absolu d'impartialité qui conduit le débat ⁽²⁵⁾. Pour les juges, le fait d'avoir un intérêt personnel à la contestation dont il est saisi est une cause de récusation ⁽²⁶⁾. Or, « *la récusation est l'acte par lequel un plaideur refuse d'être par ou en présence d'un magistrat (...) dont il conteste l'impartialité (...). Une telle demande doit être admise lorsqu'elle se fonde sur l'une des causes déterminées par la loi* ».

(c) *Un tel doute existe légitimement lorsqu'un tiers raisonnable et averti estimerait que l'arbitre pourrait être influencé, dans sa prise de décision, par des éléments autres que le bien-fondé des demandes des parties.*

(d) *Il y a nécessairement doute légitime sur l'indépendance et l'impartialité d'un arbitre lorsqu'il y a identité entre l'arbitre et une partie, lorsque l'arbitre est le représentant légal d'une personne morale partie à l'arbitrage, ou lorsque l'arbitre a un intérêt financier ou personnel significatif dans l'issue de la procédure.*

⁽²⁴⁾ Code of Ethics IFAC section 220.

⁽²⁵⁾ G. DE LEVAL, *Institutions judiciaires, Introduction au droit judiciaire privé*, Ed. Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, Liège 1992 note 129, n° 35 p. 62 et les références citées.

⁽²⁶⁾ Art. 828 C. jud., en particulier art.828 2°.

1.7. TROISIEME EXEMPLE : L'INDEPENDANCE ET LA STABILITE DU MANDAT

404. L'indépendance est une valeur commune aux trois professions. Les moyens utilisés par le législateur pour la protéger ne sont pas transposables d'une fonction à l'autre.

405. En vertu du droit de défense, le client peut mettre fin à tout moment à la mission de l'avocat. Toute forme de protection contre une résiliation anticipée est exclue. Par un arrêt rendu le 17 février 2011, la Cour de cassation a confirmé l'importance et l'étendue du principe dans les termes suivants :

« La confiance est le fondement nécessaire de la convention conclue entre un avocat et son client. Celui-ci peut, dès lors, mettre fin à la convention à tout moment et sans indemnité pour les profits escomptés des services futurs, sous réserve de l'abus de droit et du principe de l'exécution de bonne foi des conventions. Cette faculté ressortit à la liberté du choix de l'avocat, c'est-à-dire à l'exercice des droits de la défense. »

Le client peut mettre fin dans ces conditions, non seulement à la convention par laquelle il confie à un avocat sa défense dans une contestation déterminée, mais aussi à son engagement de lui confier cette défense lors des contestations futures, pour un montant d'honoraires déterminé, dans le cadre d'un abonnement. Pareil engagement suppose en effet la même confiance ».

Examinant la décision qui lui est soumise, la Cour de cassation continue dans les termes suivants : *« l'arrêt considère que la relation entre les parties découlait d'un contrat-cadre par lequel le demandeur s'était engagé à confier sa défense au défendeur, qui est avocat, dans des contestations futures, pour un montant d'honoraires établi d'avance et par année, et que le demandeur a mis fin à ce contrat avant son terme. »*

En condamnant le demandeur à payer au défendeur une indemnité pour les bénéfices que ce dernier pouvait escompter de la poursuite de contrat jusqu'à son terme, l'arrêt viole le droit de défense du demandeur » ⁽²⁷⁾.

L'indépendance de l'avocat vis-à-vis du client ne peut donc être protégée par une stabilisation du mandat qui lui a été donné. Quand ils s'opposent au droit de défense, les meilleurs arguments économiques ne peuvent recevoir aucun écho.

L'article unique d'un règlement de l'Ordre des barreaux flamands (OVB) relatif au statut de l'avocat, adopté le 8 juin 2005, prévoit que *l'avocat exerce sa profession en tant qu'indépendant, à l'exclusion de tout lien de subordination*. Saisie d'un recours en annulation, la Cour a décidé dans un arrêt du 6 octobre 2006 que les *« articles 437, alinéa 1er, 4° et 477 ter, ' 3 du Code judiciaire n'interdisent pas qu'un Ordre décide que les avocats ne peuvent pas être engagés dans les liens d'un contrat d'emploi et qu'ils doivent exercer leur profession sans lien de subordination. Une marge de liberté raisonnable est laissée aux Ordres lors de l'accomplissement de leur tâche. Il n'est pas »*

⁽²⁷⁾ Cass., 17 février 2011, F.10.0019.F/10.

déraisonnable, vu le but de garantir l'indépendance de l'avocat et la confiance du juge dans l'avocat, et il est justifié par le texte de la loi même et par les travaux préparatoires, de décider que les avocats ne peuvent exercer leur profession principale dans un lien de subordination et qu'ils ne peuvent le faire qu'en tant qu'indépendants. » ⁽²⁸⁾.

La Cour de cassation a donc confirmé que le Code judiciaire permettait d'imposer aux avocats d'être indépendants. Elle a validé l'interprétation traditionnelle du texte légal et a rejeté l'argument tiré de la comparaison avec la situation d'autres membres des professions libérales, comme par exemple les médecins ⁽²⁹⁾.

En revanche, l'indépendance du réviseur d'entreprises qui exerce la fonction de commissaire est garantie par une stabilité relative du mandat qui lui est confié.

206

LA DEONTOLOGIE

406. Le réviseur d'entreprises est nommé commissaire par l'assemblée générale ⁽³⁰⁾ pour une durée de trois ans ⁽³¹⁾. Le mandat est renouvelable ⁽³²⁾, et, sous peine de dommages et intérêts, il ne peut être révoqué en cours de route que pour juste motif. Dans les sociétés où il existe un conseil d'entreprise, le commissaire ne peut être révoqué en cours de mandat que sur proposition ou sur avis conforme de ce conseil statuant à la majorité des voix émises par ses membres et à la majorité des voix émises par les membres nommés par les travailleurs ⁽³³⁾. Si elle est décidée par l'assemblée générale, la révocation doit être portée à la connaissance du Conseil supérieur des professions économiques visées à l'article 54 de la loi du 22 avril 1999 relative aux professions comptables et fiscales et ce Conseil doit transmettre, dans le mois, cette information aux différentes composantes du système de supervision publique belge ⁽³⁴⁾.

L'indépendance du commissaire est donc fortement protégée contre la forme de pression ou d'intimidation que pourrait être la menace de révocation de son mandat ⁽³⁵⁾.

407. L'indépendance du magistrat est garantie par l'article 152 de la Constitution. Les juges sont nommés à vie. Ils sont mis à la retraite à un âge déterminé par la loi et bénéficient de la pension prévue par la loi. Aucun juge ne peut être privé de sa place ni suspendu que par un jugement et le déplacement d'un juge ne peut avoir lieu que par une nomination nouvelle et son consentement.

⁽²⁸⁾ Cass., 6 octobre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 31.

⁽²⁹⁾ C.-E. CLESSE, « L'Ordre des avocats peut-il imposer une relation de travail indépendante malgré des dispositions impératives et d'ordre public », obs. sous Cass., 6 octobre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 32 et s.

⁽³⁰⁾ Art. 130 C. Soc.

⁽³¹⁾ C'est-à-dire pour 3 exercices comptables (Cass. 5 juin 2008).

⁽³²⁾ Art. 135 C. Soc.

⁽³³⁾ Art. 159 C. Soc.

⁽³⁴⁾ Enumérées à l'article 43 de la loi du 22 juillet 1953 créant l'Institut des Réviseurs d'Entreprises et organisant la supervision publique de la profession de réviseur d'entreprises.

⁽³⁵⁾ L'interprétation de la notion de justes motifs empêche tout abus. Par exemple, ne sont pas des justes motifs de révocation une divergence d'opinion sur un traitement comptable ou une procédure de contrôle, la modification de l'actionnariat de la société ou son inclusion dans le périmètre de consolidation d'une autre société, la transformation de la société, le fait pour société ne n'être plus soumise à l'obligation de nommer un commissaire, etc.

L'inamovibilité et l'irrévocabilité sont des garanties d'indépendance du pouvoir judiciaire, « l'irrévocabilité (...) constitue moins un privilège pour le juge que la garantie d'une bonne justice » ⁽³⁶⁾.

Le statut des magistrats du ministère public n'est toutefois pas identique à celui des magistrats du siège. Il ne bénéficie ni de l'irrévocabilité ni de l'inamovibilité de l'article 152 de la Constitution : « lorsqu'un magistrat (du siège) est nommé, sa fonction judiciaire ne peut prendre fin que par une mise à la retraite, une démission ou une révocation. Dans ce dernier cas, le prescrit constitutionnel exige qu'un jugement soit prononcé à cette fin, mais l'irrévocabilité ne vise pas les fonctions de chef de corps. Elle protège cependant les magistrats pendant la durée d'une fonction limitée dans le temps ».

207

LA DEONTOLOGIE

1.8. L'INDEPENDANCE DES AVOCATS N'EST PAS QU'UN PROBLEME BELGE

408. Le 14 septembre 2010, par l'arrêt Akzo Nobel, la Cour de justice de l'Union européenne a subordonné à deux conditions cumulatives la protection de la confidentialité des communications entre avocat et clients. D'abord, l'échange avec l'avocat « doit être lié à l'exercice du droit de défense du client ». Ensuite, la communication doit émaner « d'avocats indépendants, c'est-à-dire d'avocats non liés aux clients par un rapport d'emploi » ⁽³⁷⁾. Cette exigence d'indépendance procède « d'une conception du rôle de l'avocat, considéré comme collaborateur de la justice et appelé à fournir, en toute indépendance et dans l'intérêt supérieur de celle-ci, l'assistance légale dont le client a besoin. Cette protection a pour contrepartie la discipline professionnelle, imposée et contrôlée dans l'intérêt général ».

409. Les juristes d'entreprise, notamment parce qu'ils se trouvent dans les liens d'un contrat d'emploi, ne peuvent invoquer la confidentialité de leurs échanges avec la direction de la firme qui les emploie. Les avocats salariés font l'objet de la même exclusion.

Analysant la portée de cet arrêt, R. DE BAERDEMAEKER et L. EVRARD soulignent cependant que l'« on ne saurait exclure que la Cour se soit réservée la possibilité (de priver du bénéfice de la confidentialité) la correspondance échangée entre des avocats qui dépendraient économiquement de leur client, auraient des liens étroits avec lui ou

⁽³⁶⁾ G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Précis de droit judiciaire, Tome I, Les Institutions judiciaires: organisation et éléments de compétence*, collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Editions Larcier, Groupe Deboeck, Bruxelles 2010, n° 93, p.80.

⁽³⁷⁾ Dans une ordonnance du 29 septembre 2010, la Cour de Justice de l'Union européenne rappelle que l'exigence d'indépendance de l'avocat implique l'absence de tout rapport d'emploi entre ce dernier et son client (CJUE (ord.), 29 septembre 2010, EREF/Commission, C-74/10, non encore publié au recueil).

risqueraient de s'identifier à lui ». La question se pose pour les avocats détachés au sein d'entreprises, même s'ils conservent un statut d'indépendant ⁽³⁸⁾.

1.9. L'INDEPENDANCE ET LES HONORAIRES

410. Voilà un sujet d'une grande sensibilité pour les réviseurs d'entreprises, qui n'a guère de réelle équivalence ni dans la profession d'avocat ni dans celle de juge. Le rapport entre l'indépendance du réviseur d'entreprises et sa rémunération tient en effet du paradoxe : comment assurer que le réviseur d'entreprises formule un avis indépendant sur la situation de son client alors qu'il est payé par celui-là même qu'il doit contrôler ?

De nombreuses règles ont été édictées en vue de rendre inopérante toute tentative de pression d'un client sur son commissaire en recourant à l'arme des honoraires : honoraires fixés à l'avance pour la durée du mandat, qui est elle-même de trois ans, normes d'exercice professionnel strictes, surveillance périodique de la qualité du travail du réviseur d'entreprises, limitation des honoraires « non audits », *etc.* Mais en outre, une règle qui semble spécifique à la profession de réviseur d'entreprises et qui s'applique avec force lorsque le réviseur d'entreprises exerce la fonction de commissaire interdit à celui-ci de se trouver en état de dépendance financière.

Par définition, une dépendance financière du réviseur d'entreprises à l'égard de ses clients est incompatible avec le prescrit général d'indépendance ; elle risque d'apparaître principalement dans les deux circonstances suivantes: lorsqu'une part trop importante des honoraires totaux du réviseur d'entreprises provient d'un seul client ou groupe de clients, et lorsque des services sont fournis à un client en complément du mandat de commissaire et que les honoraires perçus pour ces services sont disproportionnés par rapport à la rémunération du mandat de commissaire ⁽³⁹⁾.

411. Les normes de l'IRE ⁽⁴⁰⁾ précisent qu'il y aura dépendance financière dès lors qu'un réviseur d'entreprises ou, le cas échéant, son cabinet, perçoivent d'un client ou d'un groupe de clients ⁽⁴¹⁾ des honoraires qui représentent, en moyenne sur trois ans, 20% ou plus de leurs honoraires totaux ; il en est de même lorsque cette situation se présente au niveau du réseau dont fait partie le réviseur d'entreprises.

⁽³⁸⁾ R. DE BAERDEMAEKER et L. EVRARD, « Arrêt Akzo Nobel : la confidentialité des abus juridiques internes à une entreprise – analyse d'un avocat », *JDE* 2010, p. 304; voir aussi, sur le commentaire de cet arrêt, Philippe MARCHANDISE, « Arrêt Akzo Nobel : la confidentialité des abus juridiques internes à une entreprise – analyse d'un juriste d'entreprise », *JDE* 2010, p. 300 et suivantes.

⁽³⁹⁾ On relèvera également que l'existence d'une créance d'honoraires peut tout autant relever de la dépendance financière.

⁽⁴⁰⁾ Par. 5.2. des Normes de l'IRE relatives à certains aspects liés à l'indépendance du commissaire du 30 août 2007.

⁽⁴¹⁾ La personne morale contrôlée, les entités belges qui la contrôlent ainsi que de ses filiales, belges ou étrangères.

412. Le Code des sociétés ⁽⁴²⁾ interdit tant au commissaire d'une société cotée ⁽⁴³⁾ ou d'une société qui fait partie d'un groupe tenu d'établir et de publier des comptes annuels consolidés, qu'aux personnes auxquelles il est lié, de percevoir des honoraires auprès de la même société, pour des missions autres que celles qui lui sont confiées par la loi, qui seraient supérieurs à ceux de son mandat ⁽⁴⁴⁾. Dans les autres sociétés, les normes de l'IRE imposent au commissaire qui se trouverait dans cette situation d'évaluer le risque de dépendance financière et, si ce risque est significatif, de prendre des mesures de sauvegarde pour réduire ce risque à un niveau acceptable ⁽⁴⁵⁾.

413. En vertu de l'article 14, § 3, 1° à 3°, de la loi du 22 juillet 1953, le réviseur d'entreprises ne peut accepter de missions dans des conditions susceptibles de mettre en cause l'objectivité de leur exercice. Selon l'article 23 de l'arrêté royal du 10 janvier 1994 relatif aux obligations des réviseurs d'entreprises, « *le montant des honoraires du réviseur d'entreprises doit être déterminé en fonction de la complexité de la mission, de la nature, de l'étendue et de l'importance des prestations requises dans le respect des normes de l'Institut* ». Sans tarifier les prestations du réviseur d'entreprises dans l'exercice de ses missions révisorales, l'article 23 exige cependant que Conseil de l'Institut et, le cas échéant, les instances disciplinaires, vérifient au cas par cas le si le montant des honoraires permet le respect des normes de l'Institut. Pour apporter des précisions, l'IRE a émis en 2011 une circulaire « *concernant le caractère approprié des honoraires pour le contrôle légal des comptes annuels – déclaration immédiate des mandats* » ⁽⁴⁶⁾.

Ce document énonce que « *un réviseur d'entreprises ne peut accepter aucune mission à des conditions financières telles qu'elles mettraient en péril le bon exercice de cette mission, considérée isolément. La rémunération du réviseur d'entreprises doit donc être suffisante afin de permettre de couvrir le coût du contrôle effectué, de fournir un travail de qualité et de garantir l'indépendance et l'intégrité du professionnel. Les instances disciplinaires ont conclu que la mission de contrôle ne pouvait manifestement être exercée de manière convenable dans la mesure où l'offre se basait sur un tarif horaire largement inférieur au prix de revient* ».

Cette circulaire rappelle également que le Conseil de l'IRE a décidé de rendre à nouveau obligatoire la déclaration des missions de contrôle permanent. Parmi les données devant être renseignées lors d'une déclaration de mandat, figurent notamment les honoraires et le « budget temps annuel » du réviseur d'entreprises ou du collège de réviseurs d'entreprises.

⁽⁴²⁾ Art. 133, §§ 5 à 7 C. Soc.

⁽⁴³⁾ Sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé.

⁽⁴⁴⁾ Cette règle fait l'objet de nombreux aménagements détaillés par l'article 133, §§ 5 à 7 du Code des sociétés.

⁽⁴⁵⁾ Par. 5.3 des Normes de l'IRE relatives à certains aspects liés à l'indépendance du commissaire ; les mesures de sauvegarde peuvent être, par exemple, la revue des travaux par un autre réviseur et la mise en place d'un contrôle interne de qualité renforcé.

⁽⁴⁶⁾ Circulaire 2011/11 de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises, www.ibr-ire.be/fr/reglementation/doctrine/circulaires/Pages/Circulaire-2011-11-Character-approprie-des-honoraires-pour-le-contr%C3%B4le-legal-des-comptes-annuel.aspx.

Et la circulaire de préciser :

« Les honoraires et/ou les heures budgétées indiqués par le biais des déclarations de mandat seront comparés aux données de marché disponibles de l'entité auprès de laquelle la mission est exercée (par exemple, le total du bilan, le chiffre d'affaires et le nombre de travailleurs). Les missions révélant des ratios anormaux seront susceptibles de faire l'objet d'un examen approfondi par la Commission de surveillance.

(...)

Les réviseurs d'entreprises dont les honoraires et/ou les heures budgétées font partie de la zone à risque seront invités à fournir des informations concernant l'acceptation de la mission, et/ou seront informés de l'identification des mandats concernés. Des honoraires et/ou des budgets temps anormalement bas constituent en effet des signaux d'alerte pour l'identification de risques de qualité insuffisante des travaux d'audit. Les dossiers et/ou confrères à risque feront l'objet d'un suivi par la Commission de surveillance ou par la Commission Contrôle de qualité.

Les Commissions prendront également en considération le nombre de dossiers à risque identifiés au sein d'un même cabinet de révision. Le cas échéant, l'examen pourra s'étendre au cabinet dans son ensemble ».

Quant aux mesures pouvant être prises par le Conseil de l'IRE dans l'hypothèse où il serait constaté que les honoraires ne suffisent pas à garantir le respect des normes générales de révision, la circulaire énonce que le Conseil de l'IRE pourrait imposer une injonction, conformément à l'article 36 de la loi du 22 juillet 1953, « *afin de mettre un terme à la situation contestée* » et que pour remédier à la situation contestée, le commissaire pourrait être amené à remettre sa démission.

414. La fondation privée Centre d'information du révisorat d'entreprises (ICCI) a lancé en janvier 2012 un appel d'offres pour la réalisation d'une « étude empirique scientifique concernant les honoraires du commissaire et l'impact sur la qualité d'audit ». L'ICCI a exposé à cette occasion notamment que « *l'audit est une fonction d'intérêt public, dont la qualité d'exercice est un facteur-clé. Une tarification des honoraires du commissaire constituerait une infraction aux principes généraux de la concurrence* ». Il constate également que l'audit est de plus en plus soumis aux pratiques du marché et à la concurrence, ce qui provoque une diminution des honoraires et le « *risque que les réviseurs d'entreprises obtiennent des honoraires insuffisants pour exécuter leurs travaux conformément aux Normes générales de révision* ». Et de constater que la diminution des honoraires va à l'encontre de l'augmentation des obligations faites aux commissaires.

1.10. L'AVANT-PROJET DE CODE DE DEONTOLOGIE DES REVISEURS D'ENTREPRISES

415. L'arrêté royal du 10 janvier 1994 relatif aux obligations des réviseurs d'entreprises devrait être remplacé par un Code de déontologie des réviseurs d'entreprises, actuellement à l'état d'avant-projet. Le document contient diverses dispositions relatives aux honoraires et à l'indépendance financière.

Dans son point 19, le Code pose d'abord le principe selon lequel : « *Le montant des honoraires (...) liés à l'exercice d'une mission révisoriale est déterminé, en fonction notamment de la complexité de celle-ci, de la nature, de l'étendue et de l'importance des prestations requises dans le respect des dispositions légales et réglementaires, ainsi que des normes et recommandations. Le montant des honoraires garantit le respect des normes et recommandations* » ⁽⁴⁷⁾.

Dans son avis sur cet avant-projet, le Conseil Central de l'Economie a souligné que le montant des honoraires devait aussi garantir « *la qualité du travail et de l'indépendance du réviseur d'entreprises* » ⁽⁴⁸⁾.

Le Comité belge de concertation des réviseurs d'entreprises (CBCR) ⁽⁴⁹⁾ a regretté l'imprécision de la référence « à un *montant d'honoraires garantissant le respect des normes et recommandations* ». Il a indiqué que la garantie donnée devait concerner tant la qualité que la quantité des prestations et qu'en conséquence, le montant des honoraires devait couvrir au minimum le coût des prestations établi à un taux horaire et qu'à défaut de calcul plus précis, il fallait déterminer un coût horaire moyen tenant compte des frais de personnel, des frais de sous-traitants et des rémunérations attribuées aux membres de l'organe de gestion et du nombre d'heures prestées. Pour le CBCR, toute offre de service pour l'exercice d'une mission révisoriale devrait être comprendre une déclaration confirmant que « le prix demandé respecte les conditions édictées en matière de couverture du prix de revient ».

Alors qu'ils sont aujourd'hui fixés respectivement à 20 % et trois années, l'avant-projet de Code abaisse à 15 % des honoraires perçus à charge de même client et de ses entités liées pendant deux années consécutives le seuil à partir duquel le titulaire d'une mission légalement réservée doit appliquer des mesures de sauvegarde, ou, à défaut, refuser d'exécuter la mission. Certains membres du CBCR ont souligné notamment que (i) ces chiffres sont plus stricts que ceux d'aujourd'hui même s'ils n'imposent plus nécessairement une interdiction d'exécuter la mission mais permettent des mesures de sauvegardes adéquates et que (ii) la nouvelle disposition va également au-delà de ce qu'exige le *Code of Ethics* de l'IFAC. Celui-ci ne prévoit cette règle particulière que pour le contrôle des *Public Interest Entities* (PIEs) ; le contrôle des autres entités est soumis à la règle générale de l'évaluation des menaces pouvant compromettre l'indépendance du réviseur d'entreprises et conduit, en cas de constatation d'un risque de dépendance, à l'adoption de mesures de sauvegarde ou à défaut, au refus d'exécuter la mission.

⁽⁴⁷⁾ Point 19 de l'avant-projet.

⁽⁴⁸⁾ Avis CCE – 2012-0046.

⁽⁴⁹⁾ L'ASBL constituée pour représenter et défendre les petits et moyens cabinets de réviseurs d'entreprises.

1.11. LE PLAFOND D'HONORAIRES POUR LES MISSIONS AUTRES QUE CELLES CONFIEES AU COMMISSAIRE

416. En dehors de sa mission de contrôle légal, le commissaire peut exécuter au sein de la société ou d'une société qui lui est liée au sens de l'article 11 du Code deux types de tâches :

- des prestations exceptionnelles pour des missions qui peuvent lui être confiées en vertu du Code des sociétés ; et
- des prestations pour des missions particulières, c'est à dire des missions qui, bien que n'étant pas prévues par le Code des sociétés, sont compatibles avec la fonction de commissaire.

Les émoluments auxquels ces missions donnent droit doivent être mentionnés en annexe aux comptes annuels ⁽⁵⁰⁾. En outre, les honoraires relatifs aux prestations autres que l'audit ne peuvent excéder les honoraires dus dans le cadre de la mission de contrôle légal ⁽⁵¹⁾.

Cette règle, appelée *one to one*, ne concerne que les sociétés cotées ou les sociétés qui font partie d'un groupe tenu d'établir et de publier des comptes annuels consolidés ⁽⁵²⁾ ⁽⁵³⁾.

212

LA DEONTOLOGIE

⁽⁵⁰⁾ Art. 134, § 3 C. Soc. ; voir aussi art. 134, § 5.

⁽⁵¹⁾ Art. 134, § 5 C. Soc.

⁽⁵²⁾ Voyez également au sujet de la règle « *one to one* » D. SZAFRAN, « Commentaar bij art. 133 W. Venn. », in X., Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Wetboek van vennootschappen, Livre II, Titre VII, Chap. I, Section. I, Organes, p. 1-35.

⁽⁵³⁾ M. CALUWAERTS, « De la rémunération du commissaire, *J.D.S.C.*, 2006, p. 158-159.

CHAPITRE 2

LE SECRET PROFESSIONNEL

2.1. LE SECRET PROFESSIONNEL : GENERALITES

417. Les personnes qui, par état ou par profession, sont dépositaires des secrets qu'on leur confie, sont soumises au secret professionnel ⁽¹⁾. Il leur est donc interdit de divulguer ces secrets et la violation de cette obligation est pénalement sanctionnée.

Le secret professionnel se distingue de l'obligation de discrétion dont le fondement est contractuel ou déontologique et qui ne permet de communiquer les secrets que dans certaines circonstances et à des personnes qui peuvent légitimement en prendre connaissance ⁽²⁾. Il se différencie aussi du secret de fonction ou de service qui comprend deux aspects : les secrets dont un fonctionnaire ou un service public prend connaissance dans l'exercice de sa mission d'intérêt général et ceux qui sont propres à l'administration ou au service public. Visé également par l'article 458 du Code pénal, ce secret a une spécificité qui tient compte de l'organisation d'un service public. Le fonctionnaire peut ou doit communiquer les secrets dont il apprend l'existence à sa hiérarchie et celle-ci peut autoriser une divulgation qui lui paraît utile ou nécessaire ⁽³⁾.

Faut-il considérer que, des trois professions de réviseur d'entreprises, d'avocat et de magistrat, la dernière est soumise plus absolument que les autres au secret professionnel ?

A la différence des avocats et des réviseurs d'entreprises qui sont des confidentiels librement choisis, les magistrats sont des confidentiels nécessaires, dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie ⁽⁴⁾⁽⁵⁾. Ils sont donc tenus individuellement au respect du secret professionnel. Mais ils doivent aussi respecter les secrets de service, ceux qui concernent par exemple les opérations de police. Par ailleurs, ils sont soumis à l'article 29 du Code d'instruction criminelle qui les oblige à donner avis au Procureur du Roi de tout crime ou délit dont ils acquerraient la connaissance dans l'exercice de leurs fonctions.

Les avocats sont attachés à la défense du secret professionnel pour deux motifs principaux. D'abord, le secret est indispensable pour assurer la confiance qui s'impose dans l'exercice de leur profession. Ensuite, le secret justifie une série de règles telles que le caractère confidentiel de la correspondance entre avocats ou entre avocat et client, la spécificité des mesures à prendre en cas de visite domiciliaire du juge d'instruction dans le cabinet d'un avocat ou la possibilité de refuser de témoigner ou de produire un document ⁽⁶⁾.

Par certains aspects, le secret professionnel du réviseur d'entreprises et de l'avocat sont proches. L'objet du secret professionnel du réviseur d'entreprises « *couvre tous les faits*

⁽¹⁾ Art. 458 du C. pén.

⁽²⁾ L. HUYBRECHTS, "Notities betreffende het gerechtelijk beroepsgeheim", *N.C.*, 2012, p. 272.

⁽³⁾ L. HUYBRECHTS, "Notities betreffende het gerechtelijk beroepsgeheim", *N.C.*, 2012, p. 273.

⁽⁴⁾ Article 458 du Code pénal.

⁽⁵⁾ Il en va du reste de même des arbitres (en ce sens, voir notamment J. ENGLEBERT, « Le secret du délibéré : rappel de quelques principes à l'usage des délibérants », *DAOR* 2009 p. 277 ; P. LAMBERT, « Secret professionnel », in R.P.D.B. Complément X, Bruylant 2007, p. 721, n° 328.

⁽⁶⁾ Voir notamment G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Précis de droit judiciaire ? TI, Les institutions judiciaires : organisation et éléments de compétence*, Editions Larcier, p. 295, n° 497.

et informations de nature confidentielle dont le réviseur d'entreprises a connaissance du fait de sa profession ou à l'occasion de l'exercice de celle-ci. Il ne porte pas sur des informations dont la publication est requise par la loi. En outre, il doit exister un lien de causalité entre la profession et les données confidentielles » ⁽⁷⁾. Le réviseur d'entreprises ne peut révéler les infractions qu'il découvre au cours de l'exercice de sa profession, sauf celles que la loi lui impose expressément de dénoncer ⁽⁸⁾. Mais il ne peut évidemment s'en rendre complice ou coauteur. La Cour de cassation a consacré le caractère relatif du secret professionnel du réviseur d'entreprises ⁽⁹⁾.

Toutefois, le secret professionnel du réviseur d'entreprises connaît des spécificités dues aux caractéristiques de certaines missions que la loi lui confie. Il arrive en effet que la loi impose au réviseur d'entreprises soit une obligation de révélation dans des circonstances déterminées soit l'établissement d'un rapport précis et complet destiné à éclairer le public sur des faits déterminés.

Nous examinerons ci-dessous plus en détails quelques aspects du secret professionnel. Les différences d'approche entre les professions sont moins importantes qu'intuitivement, on pourrait l'imaginer. Pour le réviseur d'entreprises par exemple, le principe reste celui du secret et il n'y est dérogé que dans la stricte mesure où la loi l'oblige ou lui permet de révéler ce qui est parvenu à sa connaissance. Pour l'avocat, le secret professionnel *« est d'une nature particulière en ce qu'il participe à l'œuvre de justice »* ⁽¹⁰⁾. Mais il n'a *« pas un fondement différent des autres secrets professionnels »* ⁽¹¹⁾. Du reste, il connaît les mêmes exceptions que celles prévues pour les autres professions : *« L'avocat ne se trouve pas, à cet égard, dans une situation différente de celle des (autres) praticiens (...), et les conflits de valeurs qui peuvent se présenter dans l'exercice quotidien de son activité (...) ne se résolvent pas d'une manière différente »* ⁽¹²⁾.

⁽⁷⁾ B. DE KLERCK, « Généralités », in *Le secret professionnel du réviseur d'entreprises*, ICCI, Bruges, la Charte, 2009, p. 9.

⁽⁸⁾ B. DE KLERCK, « Généralités », in *Le secret professionnel du réviseur d'entreprises*, ICCI, Bruges, la Charte, 2009, p. 10, n° 19.

⁽⁹⁾ Cf. notamment Cass., 19 janvier 2001, Pas., 2001, I, p. 138, Cass., 7 mars 2002, J.T. 2003, p. 290, cités par B. DE KLERCK, « Généralités », in *Le secret professionnel du réviseur d'entreprises*, ICCI, Bruges, la Charte, 2009, p. 11, n° 24.

⁽¹⁰⁾ P. LAMBERT, « Secret professionnel », R.P.D.B., comp., t. X, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 706, n°280.

⁽¹¹⁾ P. LAMBERT, « Secret professionnel », R.P.D.B., comp., t. X, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 706, n°280.

⁽¹²⁾ P. LAMBERT, « Secret professionnel », R.P.D.B., comp., t. X, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 706, n°281.

2.2. LA PROTECTION DU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT PAR LA COUR CONSTITUTIONNELLE

418. La Cour constitutionnelle a conquis le cœur des avocats lorsqu'à plusieurs reprises, elle a protégé leur secret professionnel contre les tentatives d'une remise en cause par le législateur. Elle n'a pas permis que les avocats soient instrumentalisés et qu'ils soient tenus de dénoncer ceux qui leur ont fait confiance, sauf circonstances particulières.

Dans un premier arrêt, rendu le 3 mai 2000 ⁽¹³⁾, la Cour constitutionnelle a jugé que « *s'il est vrai que la règle du secret professionnel doit céder lorsqu'une nécessité l'impose ou lorsqu'une valeur jugée supérieure entre en conflit avec elle, une renonciation au secret professionnel, présumée, anticipée, et accomplie sans que celui qui la fait ne puisse évaluer sur quel objet précis elle portera et si elle n'est pas, éventuellement, contraire à ses intérêts, ne saurait justifier, au même titre que la théorie de l'état de nécessité ou du conflit de valeurs, une atteinte de cette ampleur à la garantie que représente pour le débiteur et pour son avocat, le secret professionnel* ⁽¹⁴⁾ ».

Dans un arrêt du 13 juillet 2005 ⁽¹⁵⁾, la Cour a relevé que la relation de confiance qui doit nécessairement exister entre tout justiciable et l'avocat qui le conseille ou le défend ne peut être établie et maintenue que si le justiciable a la garantie que ce qu'il confiera à son avocat ne sera pas divulgué par celui-ci. Elle a ajouté que la règle du secret professionnel, dont la violation est sanctionnée notamment par l'article 458 du Code pénal, est un élément fondamental des droits de la défense. Et s'il est vrai que la règle du secret professionnel doit céder lorsqu'une nécessité l'impose ou lorsqu'une valeur jugée supérieure entre en conflit avec elle, la levée du secret professionnel de l'avocat doit toujours, pour rester compatible avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique belge, être justifiée par un motif impérieux et être strictement proportionnée ⁽¹⁶⁾.

Dans un arrêt du 28 juillet 2006, la Cour a considéré que « *le droit du créancier à la transparence du patrimoine de son débiteur dans la procédure de règlement collectif de dettes ne saurait être considéré comme une valeur supérieure devant laquelle le secret professionnel de l'avocat devrait s'effacer* ⁽¹⁷⁾ ».

Enfin, dans un arrêt du 23 janvier 2008, la Cour constitutionnelle a précisé que « *le secret professionnel de l'avocat ne peut être limité à sa seule activité de défense et de représentation en justice, mais qu'il s'étend également aux informations portées à la connaissance de l'avocat lors de l'évaluation de la situation juridique du client. Ce n'est que lorsque l'avocat exerce une activité en dehors de cette mission spécifique de défense et de représentation en justice et de celle de conseil juridique, qu'il peut être*

⁽¹³⁾ En matière de règlement collectif de dettes à propos du nouvel article 1675/8 inséré dans le Code judiciaire par la loi du 5 juillet 1998.

⁽¹⁴⁾ Cour Const., 3 mai 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 868 et s., sp. p. 870.

⁽¹⁵⁾ Rendu à propos de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

⁽¹⁶⁾ Cour Const., 13 juillet 2005, *J.T.*, 2005 787.

⁽¹⁷⁾ Cour Const., n° 129/2006, *J.T.*, 2006, 792.

soumis à une obligation de porter à la connaissance des autorités les informations connues de l'avocat à l'occasion de l'exercice d'autres activités ».

A plusieurs reprises, la Cour a donc annulé des dispositions que le législateur avait adoptées en vue d'affaiblir le secret professionnel de l'avocat.

Nous examinerons ci-dessous quelques particularités du secret professionnel de l'avocat.

2.3. LE SECRET PROFESSIONNEL EST LIMITE AUX CONFIDENCES REÇUES PAR L'AVOCAT DANS L'ACCOMPLISSEMENT DE SA MISSION

217

LE SECRET PROFESSIONNEL

419. Le secret professionnel ne peut être invoqué dans n'importe quelle circonstance. La Cour de Cassation et les juridictions de fond se réservent d'en contrôler le champ d'application.

D'abord, le secret professionnel ne concerne que les confidences reçues par l'avocat. C'est ainsi que, par exemple, la Cour de cassation a jugé que *« lorsque la mesure de mise sur écoute concerne exclusivement le téléphone portable d'un prévenu et qu'il ressort de la retranscription de la communication passée entre lui et un cabinet d'avocats que l'entretien a eu lieu avec un préposé, que sa teneur est étrangère aux faits dont il était soupçonné être l'auteur et qu'aucune confidence en relation avec ces faits n'a été livrée à cette occasion, le juge peut légalement décider que le fait de prendre connaissance du nom sous lequel le prévenu se présentait grâce à cette retranscription de la conversation tenue avec le secrétariat d'un cabinet d'avocats afin de prendre un rendez-vous pour son frère, ne constitue pas une violation du secret professionnel »* ⁽¹⁸⁾.

Ensuite, le secret professionnel ne couvre que les faits confiés ou appris par l'avocat dans l'exercice de sa profession ⁽¹⁹⁾. Il ne s'applique ni aux faits que l'avocat a connus en dehors de sa qualité de confident, par exemple ceux dont il a été informé avant même d'avoir été consulté, ni aux actes accomplis par l'avocat en dehors de ses attributions normales ⁽²⁰⁾.

La définition de ce qui ressort de ces attributions normales est cependant difficile à tracer. Par exemple, la réception d'une somme d'argent avec instruction de donner aux fonds une destination déterminée est-elle un corollaire de l'activité de conseil ou de défense ? Ou doit-elle s'analyser en un dépôt ou un mandat ne rentrant dans l'exercice habituel de la profession ? Les décisions rendues sur le sujet font preuve d'une très grande réserve ⁽²¹⁾ : il a déjà été jugé qu'en représentant son client à une vente publique,

⁽¹⁸⁾ Cass., 14 octobre 2009, n° P.09.1279.F.

⁽¹⁹⁾ P. LAMBERT, « Secret professionnel », R.P.D.B., comp., t. X, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 706, n° 281.

⁽²⁰⁾ P. LAMBERT, « Secret professionnel », R.P.D.B., comp., t. X, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 707, n° 285.

⁽²¹⁾ Voir à ce sujet la jurisprudence citée par P. LAMBERT, R.P.D.B., comp., t. X, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 706 et 707, nos 285 et 286.

l'avocat n'avait pas accompli un acte relevant, même occasionnellement, de sa profession d'avocat. A nos yeux, tout dépend des circonstances et aussi de la personne à qui le secret devrait être opposé. Par exemple, le secret ne sera pas opposé de la même façon aux héritiers d'un client décédé et à un tiers non lié personnellement au défunt.

2.4. L'AVOCAT, LA PERQUISITION ET LA SAISIE

420. Le cabinet de l'avocat n'est pas à l'abri des perquisitions. Le principe n'est pas contestable, mais il n'est pas non plus absolu. La Cour européenne des droits de l'homme a en effet jugé que des perquisitions faites dans le cabinet d'un avocat constituent une ingérence au droit au respect de la vie privée et que la fouille opérée dans un cabinet d'avocat et la saisie d'un document relatif au dossier d'un client portent atteinte à la protection de la vie privée garantie par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ⁽²²⁾.

Les exceptions à cette protection doivent recevoir une interprétation étroite. Il faut n'y recourir qu'en cas de nécessité établie de façon convaincante ⁽²³⁾.

Si la perquisition a quand même lieu, les difficultés commencent. Il est acquis que les pièces confidentielles, notamment les correspondances échangées entre l'avocat et son client et les notes personnelles de l'avocat ne peuvent être saisies. Il est tout aussi certain que l'avocat ne peut cacher dans son cabinet des pièces à conviction que recherche le juge d'instruction ⁽²⁴⁾ et que la remise par un client d'une pièce que l'avocat conserve ne relève pas nécessairement du secret professionnel de l'avocat. Mais comment déterminer les pièces à saisir ?

La perquisition au cabinet d'un avocat se fait en présence du bâtonnier ou son délégué. Le but de cette présence n'est pas de protéger l'avocat, mais de garantir le respect du secret professionnel.

Faut-il permettre au juge d'instruction de saisir tout ce qu'il juge utile à la manifestation de la vérité, un contrôle judiciaire n'étant effectué qu'*a posteriori* par la juridiction d'instruction dans un premier temps et par le juge du fond ensuite ? S'il devait être constaté lors de ce contrôle que des pièces couvertes par le secret professionnel ont été saisies, elles devraient alors être écartées des débats, même si au moment de la perquisition le bâtonnier ne s'était opposé à la saisie de ces pièces.

Ou faut-il réserver au bâtonnier le soin de procéder à l'ouverture d'un dossier d'avocat et à l'examen des pièces qu'il contient ? De cette façon, le respect des confidences faites à l'avocat d'une part et les droits de la défense d'autre part seraient sauvegardés.

⁽²²⁾ Cour. eur. Dr. H. NIEMITZ c. Allemagne, 16 déc. 1992, *Journ. Trib.*, 1994, p. 65, cité par P. LAMBERT, « Secret professionnel », R.P.D.B., comp., t. X, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 711, n° 267.

⁽²³⁾ Cf. à ce sujet P. LAMBERT, R.P.D.B., comp., t. X, Bruylant, 2007, p. 711, n° 297.

⁽²⁴⁾ P. LAMBERT, « Secret professionnel », R.P.D.B., comp., t. X, Bruylant, 2007, p. 706, n°285 et p. 711, n° 298.

Chaque méthode présente un inconvénient. Organiser le contrôle *a posteriori* permet à la juridiction de fond de connaître le contenu de documents que, en raison du secret professionnel, elle n'aurait dû ni lire, ni analyser, pas même apercevoir. Mais les adversaires du rôle premier donné au bâtonnier font valoir que la loi ne consacre pas en termes exprès une telle prérogative. La Cour d'appel de Bruxelles a déjà jugé que « *la présence d'un représentant qualifié de la profession exercée par la personne chez qui a lieu la visite domiciliaire peut certes paraître souhaitable mais ne relève que d'un usage non expressément consacré par la loi et dont la méconnaissance ne constitue, en soi, ni irrégularité, ni cause de nullité* » ⁽²⁵⁾.

421. La Cour de cassation a abordé la question à deux reprises. Dans un arrêt du 2 novembre 2011 ⁽²⁶⁾, elle a jugé qu'« *il appartient au juge d'instruction, sous le contrôle des juridictions d'instruction et de jugement, d'apprécier en fait si, d'après les éléments propres à la cause, une pièce est couverte par le secret professionnel* ». Dans un second arrêt du 24 avril 2012 ⁽²⁷⁾, elle a d'abord reconnu l'existence de l'usage établi qui veut que le bâtonnier (ou un membre du Conseil de l'Ordre désigné par ce dernier) soit présent lors d'une perquisition menée au cabinet d'un avocat afin de veiller à ce que l'enquête et l'éventuelle saisie ne portent pas sur des pièces pour lesquelles le secret professionnel est applicable. Mais elle a ajouté que le bâtonnier ne peut donner qu'un avis non contraignant sur le fait que celles-ci relèvent ou non du secret professionnel. C'est donc le juge d'instruction qui décide en dernière instance si un document est saisi ou non.

On notera que l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 24 avril 2012 se présentait sous un jour inhabituel. Le juge d'instruction n'avait sollicité l'avis du bâtonnier qu'après la perquisition. Il avait saisi toutes les pièces sans tenir compte de l'avis négatif qu'avait donné le bâtonnier. Mais c'est l'avocat chez qui la perquisition avait eu lieu qui était lui-même le suspect.

2.5. L'AVOCAT ET LE CONTROLE FISCAL

422. L'avocat a l'obligation fiscale de tenir une comptabilité et il doit présenter ses livres et documents au contrôleur. Il doit cependant veiller à ce que, dans les données qu'il doit obligatoirement présenter, l'identité de ses clients soit suffisamment protégée.

L'article 334 du Code des impôts sur les revenus dispose que lorsqu'une personne entend opposer le secret professionnel à une demande de renseignements ou de production de livres et documents, l'administration sollicite l'intervention de l'autorité disciplinaire territorialement compétente afin d'apprécier si et éventuellement dans quelle mesure sa demande se concilie ou non avec le respect du secret professionnel.

⁽²⁵⁾ Bruxelles, 26 février 2004, *Journ. proc.*, 16 avril 2004, p. 19, note d'Orazio, « Cabinet d'avocat... asile sacré ou banque d'information ? », cité par P. LAMBERT, « Secret professionnel », R.P.D.B., comp., t. X, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 712, n° 299.

⁽²⁶⁾ Cass., 2 novembre 2011, *Rev. Dr. Pén.* 2012, liv. 2, p. 208.

⁽²⁷⁾ Cass. 24 avril 2012, *R. G. P.* 12.0064.N, www.cass.be.

Le vent du Nord attise-t-il le feu secret qui anime la volonté de respecter la tradition ? La Cour du travail de Gand a jugé le 15 juin 2010 que l'autorité disciplinaire (en l'espèce le bâtonnier) émet dans ce cas une décision contraignante pour l'administration fiscale et que le juge judiciaire ne dispose que d'un droit de contrôle marginal sur cette décision.

Le pouvoir du bâtonnier est donc bien plus étendu dans cette hypothèse que dans celle d'une perquisition ordonnée par un juge d'instruction.

2.6. LE SECRET PROFESSIONNEL DU REVISEUR D'ENTREPRISES SE CONCILIE-T-IL AVEC SON OBLIGATION DE REVELATION ?

220

LE SECRET PROFESSIONNEL

423. Pour les réviseurs d'entreprises, l'obligation de respecter le secret professionnel est prévue par l'article 79 de la loi du 22 juillet 1953 créant un Institut des Réviseurs d'Entreprises et organisant la supervision publique de la profession de réviseur d'entreprises et ce sous la forme d'une déclaration d'application de l'article 458 du Code pénal.

Toutefois, compte tenu des missions que la loi lui confie, « *(le réviseur d'entreprises) se profile comme étant l'homme de la transparence de l'information financière des entreprises et le garant d'une loyauté économique* ». Il doit en effet « *certifier à l'égard de la collectivité en général ou à l'égard des tiers intéressés les informations et documents comptables des entreprises et à leur conférer de ce fait, le crédit qui s'attache à une certification par un professionnel assermenté* »⁽²⁸⁾. Les obligations auxquelles le réviseur est soumis sont-elles difficiles à concilier parce qu'elles consistent parfois à garder le secret et parfois à révéler des informations ?

La contradiction n'est qu'apparente. Le réviseur d'entreprises ne pourra évidemment être accusé de violer le secret professionnel lorsque la loi lui impose une obligation de révélation ou d'alerte dans des circonstances déterminées ou encore lorsque la loi requiert de lui l'établissement d'un rapport précis et complet destiné à éclairer le public sur des faits déterminés. Il en va ainsi dans les cas où il y a lieu de protéger un intérêt social considéré comme supérieur à celui du secret professionnel⁽²⁹⁾. C'est donc la théorie du caractère relatif du secret professionnel qui est ainsi appliquée. On en citera quelques exemples tirés du Code des sociétés.

La fonction de commissaire est réservée aux professionnels indépendants et spécialisés que sont les réviseurs d'entreprises⁽³⁰⁾. C'est le commissaire que l'article 138 du Code des sociétés a chargé d'alerter le président du tribunal de commerce du fait que la continuité d'une société qu'il contrôle est menacée lorsque certaines conditions sont

⁽²⁸⁾ P. BERGER, Avant-propos in *Le secret professionnel du réviseur d'entreprise*, ICCI, Bruges, la Charte, 2009, p.VII, citant notamment le rapport de M. VERHAEGEN, *Doc. parl.*, Ch. Repr., 1982-1983, n° 552/35 p. 83.

⁽²⁹⁾ E. VANDERSTAPPEN, « Exceptions au secret professionnel », in *Le secret professionnel du réviseur d'entreprises*, ICCI, Bruges, la Charte, 2009, p. 31.

⁽³⁰⁾ Art. 130 C. Soc.

réunies et qu'en dépit des interpellations dont il fait l'objet, l'organe de gestion de la société ne réagit pas ou ne réagit pas de façon appropriée.

De même, les commissaires répondent solidairement tant envers la société qu'envers les tiers de tout dommage résultant d'infractions aux dispositions du Code des sociétés ou des statuts. S'ils veulent être déchargés de leur responsabilité pour les infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, ils doivent prouver qu'ils ont accompli les diligences normales de leur fonction et qu'ils ont dénoncé ces infractions à l'organe de gestion et, le cas échéant, s'il n'y a pas été remédié de façon adéquate, à l'assemblée générale ⁽³¹⁾. Toutefois, même dans cette hypothèse, « le réviseur d'entreprises doit se tenir aux informations qui sont requises par la loi. Mentionner des renseignements complémentaires qui n'ont pas trait avec le rapport spécifique exigé par la loi devrait être considéré comme une infraction à l'obligation au secret professionnel » ⁽³²⁾.

De même encore, à l'assemblée générale, les commissaires doivent répondre aux questions qui leur sont posées par les actionnaires mais seulement à la condition que ces questions portent sur leur rapport. Ils ont le droit de prendre la parole à l'assemblée générale mais leurs propos doivent être en relation avec l'accomplissement de leur fonction et leur communication ne peut être de nature à porter préjudice aux intérêts commerciaux de la société ou à des engagements de confidentialité ⁽³³⁾.

De même enfin, dans les sociétés dans lesquelles il existe un conseil d'entreprise, un ou plusieurs réviseurs d'entreprises reçoivent pour mission « de certifier le caractère fidèle et complet des informations économiques et financières que l'organe de gestion transmet au conseil d'entreprise, pour autant que ces informations résultent de la comptabilité, des comptes annuels de la société ou d'autres documents vérifiables ». Mais s'il estime ne pas pouvoir donner cette certification ou s'il constate des lacunes dans les informations économiques et financières qui ont été transmises au conseil d'entreprise, le réviseur d'entreprises doit « saisir l'organe de gestion et, si celui-ci n'y donne pas suite dans le mois qui suit son intervention, d'en informer d'initiative le conseil d'entreprise » ⁽³⁴⁾.

La spécificité de la fonction de commissaire justifie que nous examinions ci-dessous de façon générale l'étendue du secret dans les différentes missions qui sont habituellement confiées à des réviseurs d'entreprises. Nous n'aborderons pas les réglementations particulières ⁽³⁵⁾.

⁽³¹⁾ Art. 140 et 144 8° C. Soc.

⁽³²⁾ E. VANDERSTAPPEN, « Exceptions au secret professionnel », in *Le secret professionnel du réviseur d'entreprises*, ICCI, Bruges, la Charte, 2009, p. 31.

⁽³³⁾ Art. 540 C. Soc.

⁽³⁴⁾ Art. 151 2° C. Soc.

⁽³⁵⁾ Notamment, nous n'aborderons pas les dispositions suivantes : la loi du 22 mars 1993 relative aux statuts et au contrôle des établissements de crédit (art. 55, 4°) ; l'article 40 de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurance. ; l'article 101, 4° de la loi du 6 avril 1995 relative aux statuts et au contrôle des entreprises d'investissements. Nous n'aborderons pas non plus la problématique fiscale et la portée de l'article 334 du CIR, ainsi que les articles 316 et 334 du Code des Impôts sur les Revenus qui prévoient que lorsque la personne requise de fournir des

Mais nous pouvons d'ores et déjà souligner l'importance d'un principe que nous avons déjà évoqué ci-dessus et dont la portée est générale : comme il est soumis au secret professionnel, le réviseur d'entreprises doit être attentif dans chaque cas à la définition de la tâche que la loi lui confie. Il ne doit pas divulguer plus d'informations que la loi ne le prévoit.

2.7. LE SECRET PROFESSIONNEL ET LES DIFFERENTES MISSIONS DU REVISEUR D'ENTREPRISES : LE MANDAT DE COMMISSAIRE ⁽³⁶⁾

222

LE SECRET PROFESSIONNEL

424. Le réviseur d'entreprises a essentiellement pour mission de certifier à l'égard de la collectivité en général ou à l'égard de tiers déterminés les documents comptables des entreprises. Il doit contrôler et certifier les comptes annuels et l'information remise à l'assemblée générale et au conseil d'entreprise. L'exécution de la mission débouche sur un rapport écrit et circonstancié. Mais c'est la loi qui détermine les éléments que doit comprendre le rapport ⁽³⁷⁾. Et ce n'est pas le réviseur d'entreprises qui transmet directement les informations aux actionnaires ou au conseil d'entreprise. L'obligation d'information existe dans le chef du conseil d'administration. Le réviseur d'entreprises contrôle l'information fournie et celle récoltée ⁽³⁸⁾.

2.8. LE SECRET PROFESSIONNEL DU REVISEUR D'ENTREPRISES ET LES AUTRES MISSIONS EXERCEES EN VERTU DE LA LOI

425. Pour les autres missions de contrôle que la loi prévoit lors de diverses opérations, comme par exemple l'apport en nature, le quasi-rapport, la fusion, la modification de l'objet social, Le principe reste le même : le réviseur d'entreprises doit donner à ses rapports le contenu que la loi prévoit, mais pour le surplus, il reste tenu au secret professionnel ⁽³⁹⁾.

renseignements au fisc se prévaut du secret professionnel, l'administration sollicite l'intervention de l'autorité disciplinaire territorialement compétente à l'effet d'apprécier si et éventuellement dans quelle mesure la demande de renseignements ou de production de livres et documents se concilie avec le respect du secret professionnel.

⁽³⁶⁾ B. DE KLERCK, « Généralités », in *Le secret professionnel du réviseur d'entreprises*, ICCI, Bruges, la Charte, 2009, p. 13, n° 26 e.s.

⁽³⁷⁾ Art. 144, 151 à 160 et 164 C. Soc.

⁽³⁸⁾ B. DE KLERCK, « Généralités », in *Le secret professionnel du réviseur d'entreprises*, ICCI, Bruges, la Charte, 2009, p. 14-15, n° 29.

⁽³⁹⁾ B. DE KLERCK, « Généralités », in *Le secret professionnel du réviseur d'entreprises*, ICCI, Bruges, la Charte, 2009, p. 18, n° 37.

2.9. LE SECRET PROFESSIONNEL DU REVISEUR D'ENTREPRISES ET LES MISSIONS COMPATIBLES

426. Pour ces missions, comme par exemple la tenue de comptabilité de tiers, le réviseur d'entreprises intervient en tant que conseiller de l'entreprise. Il est, dans ce cadre, tenu de respecter le secret professionnel ordinaire : « *en dehors de toute relation tripartite où le réviseur d'entreprises fonctionne comme une sorte de cloison de discrétion compétente et objective, il joue ici un rôle plus partial qui, mutatis mutandis, peut être comparé à celui de l'avocat qui conseille* » ⁽⁴⁰⁾.

2.10. LE SECRET PARTAGE

427. L'article 79 de la loi du 22 juillet 1953 créant un Institut des Réviseurs d'Entreprises et organisant la supervision publique de la profession de réviseur d'entreprises précise que le secret professionnel auquel est tenu le réviseur d'entreprises n'empêche pas :

- a) *la communication d'attestations ou de confirmations* ⁽⁴¹⁾ *opérée avec l'accord écrit de l'entreprise auprès de laquelle ils exercent leur fonction;*
- b) *la communication d'attestations ou de confirmations adressée à un commissaire ou à une personne exerçant dans une entreprise de droit étranger une fonction similaire à celle de commissaire, dans le cadre du contrôle des comptes annuels ou des comptes consolidés d'une entreprise dont ils sont chargés;*
- c) *la consultation par un réviseur d'entreprises, dans le cadre de la succession dans une mission révisoriale, des documents de travail d'un réviseur d'entreprises qui exerçait la même mission révisoriale au préalable;*
- d) *le contact d'un réviseur d'entreprises avec un autre réviseur d'entreprises, lorsque le premier est amené à mettre en cause le travail ou l'attestation du second, sauf en cas d'opposition de la personne qui a confié la mission au premier réviseur d'entreprises;*
- e) *le contact entre un réviseur d'entreprises et l'Institut, ses organes et en particulier les organes chargés de l'organisation de la surveillance et du contrôle de qualité ;*
- f) *la communication d'informations, y compris confidentielles, demandées par un organe de supervision publique dans le cadre de ses missions et de la coopération nationale et internationale, conformément aux conditions fixées par le chapitre IX et aux mesures prises en exécution de celui-ci* ⁽⁴²⁾.

⁽⁴⁰⁾ B. DE KLERCK, « Généralités », in *Le secret professionnel du réviseur d'entreprises*, ICCI, Bruges, la Charte, 2009, p. 23, n° 45.

⁽⁴¹⁾ Il s'agit donc d'attester ou de confirmer des informations qui sont déjà en possession d'un destinataire qui demande une garantie supplémentaire à propos de leur exactitude. A noter également que l'autorisation de parler donnée par le client n'oblige pas le réviseur à s'exécuter : celui-ci est seul juge de l'attitude à adopter. Cf. E. VANDERSTAPPEN, « Exceptions au secret professionnel », in *Le secret professionnel du réviseur d'entreprises*, ICCI, Bruges, la Charte, 2009, p. 43.

⁽⁴²⁾ Article 79 de la loi du 22 juillet 1953 créant un institut des réviseurs d'entreprises.

Par ailleurs, lorsqu'une personne morale établit des comptes consolidés, le commissaire de la personne morale consolidante et les commissaires des personnes morales consolidées sont, les uns à l'égard des autres, libérés du secret professionnel, dans le cadre du contrôle des comptes consolidés d'une entreprise dont ils sont chargés ⁽⁴³⁾.

Il résulte donc de l'article 79 que le réviseur d'entreprises est autorisé à communiquer certaines informations à d'autres réviseurs d'entreprises ⁽⁴⁴⁾. En dehors de ces exceptions, les réviseurs d'entreprises sont liés entre eux par le secret professionnel comme ils le seraient vis-à-vis de tiers.

Toutefois, ce principe n'est pas absolu. « Une dérogation est (...) admise par la jurisprudence lorsque des professionnels, de même discipline ou non, concourent à sauvegarder les intérêts d'une même personne et remplissent la même mission vis-à-vis d'un même client. On parle alors de secret partagé (secret collectif). Il faut souligner que le secret partagé n'est concevable qu'entre professionnels également tenus au secret et ne peut se justifier que par l'intérêt du client » ⁽⁴⁵⁾.

Quatre conditions sont requises pour qu'il puisse être question de secret partagé ⁽⁴⁶⁾ :

- a) La communication se fait à un autre professionnel tenu également au secret professionnel ;
- b) Le partage se fait dans l'intérêt de la personne habilitée à connaître du secret ;
- c) Le partage n'a lieu que dans la mesure où il est nécessaire dans l'intérêt de cette personne habilitée à connaître du secret ; et
- d) La personne habilitée à connaître du secret est consentante.

2.11. LE CAS PARTICULIER DE L'ECHANGE D'INFORMATION ENTRE REVISEURS D'ENTREPRISES ET AVOCATS

428. Les réviseurs d'entreprises et avocats sont fréquemment en contacts professionnels. Les conditions énoncées ci-dessus sont-elles non seulement nécessaires mais aussi suffisantes pour autoriser le libre échange des informations ?

Ecartons d'abord deux objections.

La première est que le secret professionnel de l'avocat et du réviseur d'entreprises n'ont pas les mêmes caractéristiques : « le secret n'est, en effet, pas confié au réviseur d'entreprises en tant que personne, comme c'est le cas pour le médecin ou l'avocat,

⁽⁴³⁾ Article 79 § 2 de la loi du 22 juillet 1953 créant un institut des réviseurs d'entreprises.

⁽⁴⁴⁾ B. DE KLERCK et V. YANGANDI, « Secret professionnel partagé (collectif) », in *Le secret professionnel du réviseur d'entreprises*, ICCI, Bruges, la Charte, 2009 p. 49 e.s.

⁽⁴⁵⁾ B. DE KLERCK et V. YANGANDI, « Secret professionnel partagé (collectif) », in *Le secret professionnel du réviseur d'entreprises*, ICCI, Bruges, la Charte, 2009 p. 51.

⁽⁴⁶⁾ B. DE KLERCK et V. YANGANDI, « Secret professionnel partagé (collectif) », in *Le secret professionnel du réviseur d'entreprises*, ICCI, Bruges, la Charte, 2009 p. 52.

mais bien au représentant du corps des professionnels dont il fait partie, ce qui implique que le secret est confié à la fonction » ⁽⁴⁷⁾. Cette différence ne crée pas une objection péremptoire puisque, comme l'avocat, le réviseur d'entreprises reste tenu de garder le secret aussi longtemps que la loi ne l'oblige pas à parler. Encore l'avocat doit-il vérifier, avant de confier au réviseur d'entreprises un secret qu'il aurait l'obligation de respecter, si le réviseur d'entreprises n'a pas l'obligation de le révéler.

La seconde est que, dans la plupart de ses missions, l'intervention du réviseur d'entreprises est connue du public et destinée à rassurer les tiers sur la qualité des informations diffusées et le respect par l'entreprise du Code des sociétés et des statuts de la société concernée, alors que l'intervention de l'avocat est a priori discrète et est conçue pour satisfaire les intérêts du client et non pour rassurer les tiers. Cette situation ne crée pas en elle-même d'incompatibilité : il arrive aussi que l'intervention de l'avocat soit portée publiquement à la connaissance des tiers et soit destinée à rassurer le public sur la qualité de l'assistance juridique donnée au client. Par exemple, la directive prospectus ⁽⁴⁸⁾ et le règlement qui en précise les modalités de mise en œuvre ⁽⁴⁹⁾ détaillent pour différentes catégories de valeurs mobilières, les informations à inclure dans le prospectus aux fins de satisfaire à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2003/71/CE. L'identité des avocats qui conseillent les parties à une opération donnant lieu à la préparation et à la diffusion d'un prospectus doit être mentionnée.

Il est vrai que la mention du nom d'un avocat dans un prospectus est un peu à un rebours du souci de discrétion des avocats belges. Mais elle n'est pas contraire au secret professionnel. Sans doute, elle peut être de nature à affaiblir la résistance de l'avocat à des demandes d'information ou de production de pièces relatives à son intervention. Mais elle est admise par la réglementation ⁽⁵⁰⁾ et ne pourrait justifier un obstacle au partage d'un secret. Il reste cependant vrai que lorsqu'ils exercent des missions qui leur sont confiées par la loi et qui se concrétisent par une publicité donnée à leur intervention, réviseurs d'entreprises et avocats voient leur secret professionnel plus facilement menacé que lorsqu'ils accomplissent des tâches dans la discrétion de leur cabinet, à la demande de leur client.

⁽⁴⁷⁾ B. DE KLERCK, « Généralités », in *Le secret professionnel du réviseur d'entreprises*, ICCI, Bruges, la Charte, 2009, p. 12, n° 24.

⁽⁴⁸⁾ Directive 2003/71/CE du Parlement et du Conseil du 4 novembre 2003.

⁽⁴⁹⁾ Règlement (CE) n° 809/2004 de la Commission du 29 avril 2004 mettant en œuvre la directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les informations contenues dans les prospectus, la structure des prospectus, l'inclusion d'informations par référence, la publication des prospectus et la diffusion des communications à caractère promotionnel, modifié par le Règlement délégué (UE) n° 486/2012 de la Commission du 30 mars 2012.

⁽⁵⁰⁾ « (dans un tel cas, un) tribunal étranger, hypothèse probable s'agissant du secteur des marchés des capitaux, forcera sans difficulté un avocat belge à violer son secret. Un tribunal belge risque lui aussi d'être influencé par la pratique étrangère (qui consiste, dans le conflit de valeur entre secret professionnel et intérêt de l'investisseur public, à trancher en défaveur du secret) et par l'affaiblissement subi par le secret professionnel dans d'autres domaines du droit touchant aussi à l'ordre public (par exemple en matière de blanchiment de capitaux)(...). Il devrait résister à cette tentation sauf dans l'hypothèse où l'avocat est aussi partie à la cause » G. JAKHIAN, « Secret professionnel de l'avocat et droit des affaires », in *Pourquoi Antigone ? Liber Amicorum Edouard JAKHIAN*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 230, n° 6.

Ces objections écartées, on peut rappeler que les réviseurs d'entreprises demandent souvent aux avocats des renseignements sur les litiges auxquels leurs clients sont partie, et ce dans l'optique du contrôle de leurs comptes annuels. Le point de vue du barreau est qu'il n'y a pas d'inconvénient d'ordre déontologique à ce qu'un avocat réponde aux questions qui lui sont adressées par un réviseur d'entreprises au sujet des litiges en cours dont il aurait connaissance ou dont il serait chargé, pour autant qu'il agisse à la requête expresse de ses clients. Mais « *l'attention des avocats est attirée sur la prudence dont il convient de faire preuve dans les attestations délivrées en ce domaine* »⁽⁵¹⁾.

Cette prudence doit se manifester de plusieurs façons.

226

LE SECRET PROFESSIONNEL

D'abord, l'avocat doit s'assurer que son client est d'accord sur deux éléments : (i) le réviseur d'entreprises interroge l'avocat et (ii) l'avocat répond aux questions du réviseur d'entreprises.

Ensuite, l'avocat doit déterminer sans équivoque le périmètre de la demande et de sa réponse. Par exemple, et sous réserve de circonstances exceptionnelles, il ne doit fournir au réviseur d'entreprises que les informations nécessaires à l'accomplissement de la mission de celui-ci. S'il est interrogé sur les litiges en cours, il ne doit révéler ni l'objet des avis qui lui ont été demandés, ni le contenu des consultations qu'il a adressées et qui ne concernent pas les litiges dont il décrit par ailleurs les enjeux. En revanche, *la pratique pour les avocats – courante dans les pays anglo-saxons – de délivrer des attestations relatives à la bonne tenue de la comptabilité ou de la sincérité d'un bilan, n'est pas conforme aux usages professionnels des avocats*⁽⁵²⁾.

2.12. LE SECRET PROFESSIONNEL DU MAGISTRAT : GENERALITES

429. Le magistrat est tenu d'une obligation de discrétion. Il est soumis au secret de service ou de fonction et il doit en outre respecter le secret professionnel⁽⁵³⁾ en sa qualité de confident nécessaire, l'avocat étant, quant à lui, un confident choisi.

Les magistrats ne peuvent donc révéler *les renseignements qu'ils recueillent dans l'exercice de leur mission, et ce quel que soit le but qu'ils puissent poursuivre*⁽⁵⁴⁾. L'obligation concerne tant les faits révélés lors des audiences publiques que ceux divulgués lors des audiences tenues en chambre du conseil⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵¹⁾ Recueil des règles professionnelles de l'Ordre français du Barreau de Bruxelles 2011 n° 227 p. 280 et n° 460 pp. 493 et 494.

⁽⁵²⁾ Recueil des règles professionnelles de l'Ordre français du Barreau de Bruxelles 2011 n° 460 p. 494.

⁽⁵³⁾ X. DE RIEMAECKER, « Les magistrats » in *Le secret professionnel*, Bruges, la Charte, 2002, p. 153.

⁽⁵⁴⁾ E. KRINGS, « Devoirs et servitudes des membres du pouvoir judiciaire », Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 7 et 8, cité par X. DE RIEMAECKER, « Les magistrats » in *Le secret professionnel*, Bruges, la Charte, 2002, p. 154.

⁽⁵⁵⁾ P. LAMBERT, « Secret professionnel », R.P.D.B., comp., t. X, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 721, n°331.

2.13. LE SECRET DU DELIBERE

430. Le secret du délibéré est une des applications du secret professionnel. Il ne porte pas sur des faits mais sur les opinions émises par les différents magistrats au cours de la délibération, le processus décisionnel (questions discutées, ordre de résolution de ces questions, éventuels revirements, projets examinés ...) et le contenu de la décision à intervenir avant qu'elle ne soit prononcée ⁽⁵⁶⁾. Il permet aux juges d'échanger librement leurs points de vue.

Le secret du délibéré n'est pas vraiment le même avant ou après le prononcé de la décision. Une violation du secret en cours du délibéré pourrait donner l'impression qu'un tiers influence la décision des magistrats et, qu'en conséquence, leur indépendance peut être mise en cause. Si elle intervient après le prononcé du jugement, une violation du secret du délibéré ne présente pas le même risque et il n'a en tout cas pas d'effet sur la validité de la décision rendue ⁽⁵⁷⁾.

La règle du secret et son étendue ne peuvent cependant être ignorées. La Cour de cassation a jugé que « *La seule circonstance qu'un juge fasse connaître publiquement son désaccord à un jugement par le refus de le signer implique une violation du secret professionnel, (...)* » ⁽⁵⁸⁾. La pratique des opinions dissidentes ou de minorité, utilisée par des juridictions internationales ou des tribunaux anglo-saxons n'est pas admise dans notre pays en sorte que l'opinion individuelle des juges demeure confidentielle ⁽⁵⁹⁾.

La Cour d'appel de Gand a dû connaître d'une affaire dans laquelle un conseiller appartenant à une autre Cour avait transmis des extraits d'un e-mail à un magistrat honoraire. Cet extrait mentionnait : « *la dernière chose à faire dans un référé c'est de s'agripper aux règles de droit. On n'est pas dans le droit et la Cour de la cassation n'a cessé de le répéter.* ».

Dans un arrêt rendu le 14 septembre 2011, la Cour d'appel de Gand a jugé que ni ce courriel, ni l'extrait transmis, n'étaient couverts par le secret professionnel, et ce même dans l'hypothèse où le destinataire pouvait identifier la cause. Ces informations ne concernaient en effet que l'indignation du magistrat concernant le point de vue d'un collègue sur le cadre juridique dans lequel un juge de référé doit agir.

Dans le même arrêt, la Cour a constaté que la transmission d'informations par un magistrat au secrétariat de son époux dans le seul but de les imprimer et de les conserver au titre d'archives ne violait pas le secret professionnel en l'absence d'élément moral.

⁽⁵⁶⁾ P. LAMBERT, « Secret professionnel », R.P.D.B., comp., t. X, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 721, n° 329, cité par J. ENGLEBERT, « Le secret du délibéré : rappel de quelques principes à l'usage des délibérants », *DAOR*, 2009, p. 277 et 282.

⁽⁵⁷⁾ J. ENGLEBERT, « Le secret du délibéré : rappel de quelques principes à l'usage des délibérants », *DAOR*, 2009, p. 280 et références citées.

⁽⁵⁸⁾ Cass. 24 janvier 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 167.

⁽⁵⁹⁾ P. LAMBERT, « Secret professionnel », R.P.D.B., comp., t. X, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 721, n° 329.

Le Conseiller en question avait en outre transmis un projet d'arrêt à un magistrat émérite pour que celui-ci en vérifie la correction linguistique. La Cour d'appel de Gand a constaté la violation du secret professionnel et suspendu le prononcé de sa décision. Statuant sur le pourvoi introduit par le Conseiller, la Cour de cassation décida que « *les projets de décision rédigés et les points de vue adoptés par les juges concernant la décision à prendre relèvent du secret du délibéré, même s'ils n'ont pas encore été collégialement tenus en délibéré. (...). En considérant que le fait de transmettre à un magistrat émérite un projet de texte d'une partie d'un arrêt rédigé par la demanderesse en vue d'une révision linguistique et de faire part à ce magistrat du point de vue personnel adoptée par la demanderesse en cours de délibéré, relève de son secret professionnel, l'arrêt justifie légalement sa décision* ».

228

LE SECRET PROFESSIONNEL

2.14. LE SECRET PARTAGE

431. Le magistrat tenu au secret professionnel « *n'enfreint pas l'article 458 du Code pénal s'il communique des informations relevant du secret professionnel à des tiers mus par le même objectif et pour le compte du même mandant et si cette communication est par ailleurs nécessaire et pertinente dans le cadre de la mission du dépositaire du secret* » ⁽⁶⁰⁾.

Selon J. ENGLEBERT, « *Le « partage » du secret avec un tiers n'est concevable qu'avec d'autres professionnels également tenus au même secret (ce qui n'est évidemment pas le cas entre magistrats et avocats, pas plus qu'entre un magistrat et un membre de sa famille. (...). La notion de 'secret partagé' ne pourra jamais justifier qu'un magistrat confie, sous le sceau de la confiance, tout ou partie du secret des délibérations, ni – c'est une évidence – à un avocat, mais pas non plus à un autre magistrat qui ne participe pas à la cause débattue* » ⁽⁶¹⁾. L'auteur admet cependant qu'en pratique il serait malheureux de se priver de ces « *caucus singuliers* », qui permettent d'échanger enseignements, idées et savoirs, particulièrement en ce qui concerne le magistrat qui siège seul.

Dans son arrêt du 14 septembre 2011 cité ci-dessus, la Cour d'appel de Gand n'a pas remis en cause la possibilité théorique offerte à un magistrat de contacter un collègue ou un juriste spécialisé pour échanger des idées abstraites sur des questions juridiques, même lorsque celles-ci se posent dans des dossiers concrets. Mais elle a insisté sur le fait qu'à cette occasion, le magistrat ne pouvait dévoiler aucun élément couvert par le secret professionnel. Or, la communication d'un projet d'arrêt y portait atteinte, alors que la communication du projet n'était pas nécessaire pour l'exercice de la mission du Conseiller. La Cour de cassation n'a pu vérifier s'il en allait bien ainsi, car c'est souverainement que le juge du fond apprécie si la communication d'informations relevant du secret professionnel est nécessaire et pertinente dans le cadre de la mission du dépositaire du secret.

⁽⁶⁰⁾ Cass. 13 mars 2012, p. 11.1750 N.

⁽⁶¹⁾ J. ENGLEBERT, « Le secret du délibéré : rappel de quelques principes à l'usage des délibérants », *DAOR*, 2009, p. 283 et référence citée.

CHAPITRE 3

LE BLANCHIMENT ET LA PREVENTION DU BLANCHIMENT

3.1. GENERALITES

432. A peine de s'exposer à des sanctions pénales, nul ne peut recevoir les avantages patrimoniaux tirés d'une infraction, les biens et valeurs qui leur sont substitués ou les revenus qu'ils produisent. Nul ne peut davantage acheter, recevoir en échange, posséder ou garder ces avantages lorsque leur origine illicite est connue ou aurait dû l'être. Nul ne peut non plus ni convertir ou transférer ces avantages dans le but de dissimuler leur origine illicite ni aider une personne impliquée dans la réalisation de l'infraction d'où proviennent ces choses à échapper aux conséquences juridiques de ses actes ⁽¹⁾.

230

LE BLANCHIMENT ET LA PREVENTION DU BLANCHIMENT

Telle est la définition des faits de blanchiment donnée par le Code pénal. En bref, blanchir des fonds consiste à donner une apparence honorable à de l'argent provenant d'une infraction. Le délit de blanchiment (le recel élargi) est prévu à l'article 505 du Code pénal.

Le texte a-t-il une portée trop générale ? Il permet par exemple de sanctionner tous ceux qui participent à un montage de sociétés permettant le recyclage de fonds illicites ou de jouer le rôle d'exécuteur testamentaire d'une succession de fonds blanchis. Qui pourrait contester l'opportunité de punir les comportements illégaux dans de telles circonstances ? Pourtant, on peut-on présenter trois observations ?

D'abord, le texte vise tout avantage patrimonial dérivant de n'importe quelle infraction et pas simplement les faits les plus graves, comme le banditisme ou l'atteinte à l'intégrité physique des personnes.

Ensuite, les avocats ne peuvent compter que sur leur expérience professionnelle pour déceler l'existence d'une infraction commise avant leur intervention ou au cours de celle-ci. La loi ne leur accorde aucun moyen spécifique d'investigation. Déceler l'origine illicite de fonds n'est pas toujours aisé lorsqu'il s'agit de construire une relation de confiance avec un client. Et l'infraction de blanchiment est au moins en partie une infraction de négligence : l'achat, l'échange, la possession ou la garde sont punissables non seulement lorsque l'origine illicite des fonds, biens, valeurs ou revenus était connue mais encore lorsqu'elle aurait dû l'être.

Enfin, les avocats pénalistes seront particulièrement exposés. Car la Cour de cassation a jugé que s'il a perçu des fonds pour la défense d'un prévenu, qui correspondent à des avantages patrimoniaux provenant d'une infraction, l'avocat peut être condamné. D'abord, et c'est une évidence, l'avocat ne jouit pas d'une quelconque immunité pénale pour les faits de blanchiment. Ensuite, la portée ainsi donnée à l'infraction de blanchiment ne constitue pas une violation des droits de la défense, du droit à un procès équitable ou de la présomption d'innocence du prévenu en question ⁽²⁾.

Par ailleurs, lorsqu'ils assistent leurs clients dans la préparation ou la réalisation d'opérations concernant l'achat ou la vente de biens immeubles ou d'entreprises

⁽¹⁾ Art. 505 2°, 3° et 4° C. pén.

⁽²⁾ Cass. 18 janvier 2005, P. 04.1225.N.

commerciales, la gestion de fonds, de titres ou d'autres actifs appartenant au client, l'ouverture ou la gestion de comptes bancaires ou d'épargne ou de portefeuilles, l'organisation des apports nécessaires à la constitution, à la gestion ou à la direction de sociétés, la constitution, la gestion ou la direction de sociétés, de trust, de fiducies ou de constructions juridiques similaires ou lorsqu'ils agissent au nom de leur client et pour le compte de celui-ci dans toute transaction financière ou immobilière, les avocats sont soumis à la loi relative à la prévention du blanchiment ⁽³⁾. Ils doivent alors exécuter une série d'obligations :

- l'identification de ses clients ;
- l'obligation de vigilance ;
- l'obligation de conservation des données ;
- l'obligation de formation du personnel ;
- la dénonciation des soupçons de blanchiment ;
- l'obligation de fournir des renseignements complémentaires ; et
- l'obligation de secret à l'égard du client.

Nous n'aborderons pas toutes ces obligations et nous nous bornerons à aborder seulement quelques questions particulières.

3.2. LA MANIFESTATION DU SOUPÇON

433. L'article 26, § 1^{er} de la loi du 11 janvier 1993, qui impose aux réviseurs d'entreprises ⁽⁴⁾ d'informer la Cellule des Traitements des Informations Financières (CTIF) de tout soupçon de blanchiment ou de financement de terrorisme, est libellé de la manière suivante :

« Les personnes visées à l'article 3, 1° à 4° qui dans l'exercice de leur profession, constatent des faits qu'elles savent ou soupçonnent être liés au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme sont tenues d'en informer immédiatement par écrit ou par voie électronique la Cellule de traitement des informations financières. »

Le paragraphe 3 du même article contient une disposition comparable pour les avocats, sauf en ce qui concerne le destinataire de la déclaration de soupçon, qui est en l'occurrence le bâtonnier de l'Ordre dont ils relèvent, chargé quant à lui de transmettre cette déclaration à la CTIF après avoir vérifié le respect des conditions énumérées aux articles 3, 5° et 26, § 3, alinéa 2 de la même loi.

L'article 28 de cette loi impose une procédure similaire en cas de soupçon qu'un fait ou une opération est susceptible d'être lié au blanchiment de capitaux provenant de la

⁽³⁾ Loi du 18 janvier 2010 modifiant la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier au fin de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

⁽⁴⁾ Ainsi qu'aux notaires, aux huissiers et aux membres des autres professions économiques.

fraude fiscale grave et organisée qui met en œuvre des mécanismes complexes ou qui use de procédés à dimension internationale.

Le soupçon qui justifie la communication est qualifié de « simple ». Il doit donc être distingué du « soupçon renforcé » qui caractérisait le devoir de dénonciation fait aux réviseurs d'entreprises entre 1998 et 2004 ⁽⁵⁾. D'après les travaux parlementaires, la notion de « simple soupçon » vise la circonstance où l'on ne peut exclure que le fait ou l'opération dont on a connaissance soit lié à un blanchiment de capitaux ; la notion de « soupçon renforcé » vise quant à elle le cas où, sur la base d'un faisceau concordant de faits ou d'éléments, l'explication la plus vraisemblable de ces faits est qu'il s'agit d'un cas de blanchiment de capitaux ⁽⁶⁾.

232

LE BLANCHIMENT ET LA PREVENTION DU BLANCHIMENT

L'article 14, § 1^{er}, alinéa 2 de la loi du 11 janvier 1993 laisse entendre que la manifestation du soupçon résultera de l'examen attentif qu'il convient de faire de toute opération ou tout fait considéré comme particulièrement susceptible d'être lié au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme et ce, en raison de sa nature ou de son caractère inhabituel par rapport aux activités du client ou en raison des circonstances qui l'entourent ou de par la qualité des personnes impliquées. Cet examen devra faire l'objet d'un rapport écrit ⁽⁷⁾, destiné à servir de base à la déclaration de soupçon.

Préalablement à la rédaction de ce rapport, l'avocat ou le réviseur d'entreprises devra donc décider (1) s'il se trouve confronté à une opération ou un fait qui est d'une nature particulière ou qui est inhabituel en fonction des critères de l'article 14 § 1^{er} précité, et (2) si cette opération ou ce fait doit être considéré comme particulièrement susceptible d'être lié au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme.

Cette procédure appelle deux interrogations.

La première vise le cas de l'avocat ou du réviseur d'entreprises qui, relevant une opération inhabituelle, considère qu'elle n'est pas particulièrement susceptible d'être liée au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme, et qu'en conséquence il n'y a pas lieu de rédiger un rapport écrit et d'examiner la nécessité de procéder à une déclaration de soupçon : doit-il conserver la trace de sa décision, par exemple à l'aide d'un mémo consigné dans le dossier ?

La réponse dépendra des circonstances. Toutefois, à supposer qu'une enquête judiciaire soit diligentée ultérieurement à propos des mêmes faits, une note interne gardera le souvenir des raisons pour lesquelles aucune suite n'a été donnée aux constatations faites et justifiera la bonne foi du professionnel concerné. Mais comme aucune solution n'offre des avantages sans présenter des inconvénients, on aura à l'esprit que les autorités de poursuite invoqueront sans doute la seule existence du mémo en question comme preuve du soupçon. Le défaut de déclaration pourrait alors déboucher sur l'affirmation

⁽⁵⁾ Art. 14bis de la loi du 11 janvier 1993 tel qu'inséré par l'article 17 de la loi du 10 août 1998.

⁽⁶⁾ *Doc. parl.*, Ch. Repr., 1997-1998, n° 1335/1, p. 18.

⁽⁷⁾ Art. 14, § 2 de la loi du 11 janvier 1993.

selon laquelle le professionnel concerné a participé à l'infraction à titre de complice ou de co-auteur ⁽⁸⁾.

La seconde question porte sur la distinction que semble faire la loi entre (i) la considération qu'une opération serait *particulièrement susceptible d'être liée au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme*, qui, en application de l'article 14, § 2 de la loi du 11 janvier 1993, doit conduire à la rédaction du rapport écrit sur base duquel il doit être décidé s'il existe un soupçon de blanchiment à dénoncer, et (ii) la réelle manifestation de ce soupçon telle que visée aux articles 26, § 1^{er} et 28 de la même loi. Le premier cas ne serait-il que l'expression d'un doute – et non d'un soupçon – devant conduire à s'interroger sur l'existence d'un soupçon ? Le temps qui passe permettra sans doute d'affiner la réflexion sur base de l'expérience qui nous éclairera peut-être, mais force est de constater qu'aujourd'hui, les professionnels concernés peuvent légitimement s'interroger sur la portée des textes qui définissent leurs obligations.

233

LE BLANCHIMENT ET LA PREVENTION DU BLANCHIMENT

3.3. LA PREVENTION DU BLANCHIMENT, LE PARAGRAPHE 2 DE L'ARTICLE 30 ET LA PROBLEMATIQUE DES DIVULGATIONS EFFECTUEES « A DES FINS REPRESSIVES »

434. L'article 30 de la loi du 11 janvier 1993 énonce ce qui suit ⁽⁹⁾ :

« § 1^{er} : Les organismes et les personnes visés aux articles 2, § 1^{er}, 3 et 4 et leurs dirigeants et employés ainsi que le bâtonnier visé à l'article 26, § 3, ne peuvent en aucun cas porter à la connaissance du client concerné ou de personnes tierces que des informations ont été transmises à la Cellule de traitement des informations financières en application des articles 20 ou 23 à 28 ou qu'une information du chef de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme est en cours ou pourrait être ouverte.

Lorsque les personnes visées à l'article 3, 1^o et 3^o à 5^o, s'efforcent de dissuader un client de prendre part à une activité illégale, il n'y a pas de divulgation au sens de l'alinéa 1^{er}.

§ 2. L'interdiction énoncée au § 1^{er} ne s'applique ni à la divulgation aux autorités compétentes visées à l'article 39 ni à la divulgation à des fins répressives, ni en cas d'opposition après expiration de deux jours ouvrables du délai visé à l'article 23, § 2, alinéa 3 ⁽¹⁰⁾. ».

⁽⁸⁾ Les notions de co-auteur et de complice sont définies aux articles 66 et 67 du Code pénal : est notamment co-auteur celui qui aura coopéré directement à l'exécution d'un crime ou d'un délit, ou sans l'assistance duquel le crime ou le délit n'eût pu être commis, ou encore aura directement provoqué à un crime ou un délit ; est complice, celui qui aura donné des instructions pour commettre un crime ou un délit, ou procuré tout moyen qui a servi à ce crime ou délit, ou a, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur d'un crime ou d'un délit dans les faits qui l'ont préparé ou facilité.

⁽⁹⁾ Ancien article 19.

⁽¹⁰⁾ Version en vigueur à partir depuis le 16 avril 2012.

Le paragraphe 2 de l'actuel article 30 apparaît, pour la première fois, avec la loi du 18 janvier 2010, modifiant la loi du 11 janvier 1993. Il trouve son origine dans l'article 28.2 de la directive 2005/60 du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme ⁽¹¹⁾.

L'analyse des travaux préparatoires de cette loi du 18 janvier 2010 renseigne ce qui suit.

Dans le projet de loi initial, c'est à l'article 22 que figurent les modifications envisagées à l'ancien article 19 (actuel article 30) de la loi du 11 janvier 1993 ⁽¹²⁾. L'objectif du législateur est d'introduire « *des dérogations à l'interdiction d'informer le client ou des tiers que des informations ont été transmises à la Cellule ou qu'une enquête sur le blanchiment de capitaux ou le financement du terrorisme est en cours ou pourrait être ouverte* » ⁽¹³⁾.

En ce qui concerne plus particulièrement la raison d'être du paragraphe 2, les travaux préparatoires précisent ce qui suit :

« Le § 2 du projet d'article 30 de la loi précise, conformément à l'article 28.2 de la directive, que l'interdiction ne s'applique ni aux communications adressées aux autorités de contrôle compétentes, ni aux divulgations à des fins répressives. Cette dernière exception confirme que le secret qui s'attache à la déclaration de soupçons transmise à la Cellule ne peut pas être opposé par le déclarant pour refuser sa coopération aux enquêtes judiciaires résultant ou non de la déclaration de soupçons et concernant les personnes faisant l'objet de cette déclaration ou leurs opérations » ⁽¹⁴⁾.

En d'autres termes, après avoir affirmé que son objectif était de créer des exceptions à l'interdiction (précédemment absolue ⁽¹⁵⁾) d'informer le client et/ou des tiers de la transmission d'informations à la CTIF, le législateur, par le passage examiné, renforce les obligations de dénonciation à charge des déclarants en confirmant que ces derniers ne pourraient, en invoquant le caractère secret de leur déclaration, refuser de communiquer avec le Ministère public ou le Juge d'instruction dans le cadre d'une enquête pénale concernant les personnes ou les opérations visées par la déclaration, et ce même si cette enquête ne résulte pas de la déclaration effectuée.

⁽¹¹⁾ Article 28 de la directive 2005/60 :

« 1. Les établissements et les personnes soumis à la présente directive, ainsi que leurs dirigeants et employés, ne révèlent ni au client concerné ni à des tiers que des informations ont été transmises à la CRF en application des articles 22 et 23 ou qu'une enquête sur le blanchiment de capitaux ou le financement du terrorisme est en cours ou pourrait être ouverte.

2. L'interdiction énoncée au paragraphe 1 ne concerne pas la divulgation aux autorités compétentes visées à l'article 37, y compris les organismes d'autorégulation, ou la divulgation à des fins répressives.

⁽¹²⁾ Suite à l'adoption de plusieurs amendements, l'article 22 du projet de loi initial est devenu l'article 35 du même projet.

⁽¹³⁾ *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2008-2009, n° 1988/001, p. 57.

⁽¹⁴⁾ *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2008-2009, n° 1988/001, p. 58.

⁽¹⁵⁾ *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2008-2009, n° 1988/001, p. 58.

3.4. L'INTERDICTION DE DIVULGATION

435. La personne qui effectue une dénonciation à la CTIF est dans l'interdiction d'en informer, non seulement son client, mais également tout tiers que ce soit.

Cette interdiction est prévue à l'article 30 de la loi du 11 janvier 1993, qui fait écho à l'article 28.1 de la Directive ⁽¹⁶⁾ :

« Les organismes et les personnes visés aux articles 2, § 1er, 3 et 4 et leurs dirigeants et employés ainsi que le bâtonnier visé à l'article 26, § 3, ne peuvent en aucun cas porter à la connaissance du client concerné ou de personnes tierces que des informations ont été transmises à la Cellule de traitement des informations financières en application des articles 20 ou 23 à 28 ou qu'une information du chef de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme est en cours ou pourrait être ouverte. »

Le champ d'application de cette interdiction de divulgation est donc particulièrement large, puisque le déclarant doit non seulement s'abstenir de faire état de sa dénonciation, mais également de la possibilité qu'une information du chef de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme soit ouverte.

Fort heureusement, la loi du 18 janvier 2010 a introduit quelques exceptions à cette interdiction. L'on ne peut également que se réjouir de lire désormais dans la loi que le fait, pour un avocat, un notaire, un expert-comptable, un réviseur d'entreprises, un huissier ou un conseil fiscal de s'efforcer de dissuader un client de prendre part à une activité illégale ne constitue pas une divulgation au sens de la disposition examinée ci-dessus ⁽¹⁷⁾.

Cette disposition ne concerne que les personnes visées à l'article 3 de la loi. Celles visées à l'article 2 ne sont, en revanche, pas concernées. A suivre la lettre de la loi du 11 janvier 1993, un agent immobilier, un géomètre-expert, un diamantaire, ou un bailleur en leasing ne peuvent tenter de dissuader leurs clients de prendre part à une opération susceptible de constitution de blanchiment de capitaux, sous peine de se rendre coupable d'une divulgation prohibée. Le même régime s'applique à la Banque Nationale de Belgique, à la Caisse des Dépôts et Consignations ou à la Banque de la Poste, etc.

Ne serait-il pas curieux que, sous le couvert d'une loi supposée organiser une lutte préventive contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, des acteurs du monde économique, commercial et financier soient empêchés, sous peine de sanctions administratives et pénales, de dissuader leurs interlocuteurs de réaliser des opérations susceptibles de constituer de tels faits ?

⁽¹⁶⁾ Par comparaison, l'article 28.1 de la Directive énonce ce qui suit : « Les établissements et les personnes soumis à la présente directive, ainsi que leurs dirigeants et employés, ne révèlent ni au client concerné ni à des tiers que des informations ont été transmises à la CRF en application des articles 22 et 23 ou qu'une enquête sur le blanchiment de capitaux ou le financement du terrorisme est en cours ou pourrait être ouverte ».

⁽¹⁷⁾ Art. 30, § 1^{er}, al. 3 de la loi du 11 janvier 1993.

3.5. LA DIVULGATION AUX PERSONNES VISEES A L'ARTICLE 30, § 3, 3° DE LA LOI DU 11 JANVIER 1993

436. Dans sa version actuellement en vigueur, l'article 30, § 3, 3° du 11 janvier 1993 énonce ce qui suit :

« § 3. L'interdiction énoncée au paragraphe 1er ne s'applique pas à la divulgation d'informations :

3° entre les personnes visées à l'article 2, § 1^{er}, 3), a) et b), de la Directive 2005/60/CE, établies dans l'Espace économique européen ou entre ces personnes et des personnes exerçant les mêmes professions dans des pays tiers désignés par le Roi en vertu de l'article 37, § 2, alinéa 1^{er}, 4°, dont la législation impose des obligations et un contrôle équivalents à ceux prévus par la directive,

a. lorsqu'elles exercent leurs activités professionnelles dans la même entité juridique ou dans le même réseau c'est-à-dire une structure plus large à laquelle les personnes appartiennent et qui en partagent la propriété de même qu'une gestion commune y compris au niveau du contrôle du respect des obligations partagées; ou

b. lorsqu'elles interviennent en relation avec un même client et dans le cadre d'une même transaction, à condition que les informations échangées concernent ce client ou cette transaction, qu'elles soient utilisées exclusivement à des fins de prévention du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme et que le destinataire des informations soit soumis à des obligations équivalentes en matière de secret professionnel et de protection des données à caractère personnel. ».

437. Cette disposition a donc pour effet de lever l'obligation de non divulgation au bénéfice de certains déclarants et dans certaines hypothèses déterminées.

En premier lieu, cette exception ne concerne que les personnes visées à l'article 2, § 1^{er}, 3) a) et b) de la directive 2005/60, à savoir :

« a) les commissaires aux comptes, experts-comptables externes et conseillers fiscaux;

b) les notaires et autres membres de professions juridiques indépendantes, lorsqu'ils participent, au nom de leur client et pour le compte de celui-ci, à toute transaction financière ou immobilière ou lorsqu'ils assistent leur client dans la préparation ou la réalisation de transactions portant sur:

i) l'achat et la vente de biens immeubles ou d'entreprises commerciales ;

ii) la gestion de fonds, de titres ou d'autres actifs appartenant au client ;

iii) l'ouverture ou la gestion de comptes bancaires, d'épargne ou de portefeuilles ;

iv) l'organisation des apports nécessaires à la constitution, à la gestion ou à la direction de sociétés ;

v) la constitution, la gestion ou la direction de fiducies (trusts), de sociétés ou de structures similaires ; »

438. *A contrario*, l'article 30, § 3, 3° ne bénéficie pas à d'autres personnes amenées à intervenir dans des opérations immobilières, comme les agents immobiliers. Cette limitation s'applique tant pour l'émetteur de l'information que pour son récepteur.

Par ailleurs, il est requis que les personnes échangeant les informations en application de la disposition analysée exercent leur profession sur le territoire (i) de l'Espace Economique Européen ou (ii) d'un pays tiers, à condition cependant que la législation de ce pays impose des obligations et un contrôle équivalent à celui mis en place par la directive européenne 2005/60.

D'autre part, l'exception à l'interdiction de divulgation ne peut trouver application que dans certaines circonstances.

Le premier cas de figure permettant à l'exception de trouver application est celui où les personnes visées par la disposition examinées exercent leurs activités professionnelles au sein de la même entité juridique ou du même réseau.

Par réseau, le législateur entend « *une structure plus large à laquelle les personnes appartiennent et qui en partagent la propriété de même qu'une gestion commune y compris au niveau du contrôle du respect des obligations partagées* ».

Selon les travaux préparatoires de la loi du 18 janvier 2010, « *il sera possible, par exemple, pour des avocats exerçant leurs activités professionnelles au sein d'une structure transfrontalière d'échanger des informations au sujet de déclarations qu'ils auraient réalisées auprès de leur cellule de renseignement financier nationale* ⁽¹⁸⁾ ».

Le second cas de figure mis en œuvre par l'article 30, § 3, 3° est celui où plusieurs personnes visées sont amenées à intervenir pour compte d'un client commun et dans le cadre d'une transaction commune.

Selon les travaux préparatoires, « *il sera possible, par exemple, pour un notaire et pour un avocat, intervenant pour la même transaction et pour le même client, d'échanger des informations au sujet de déclarations que l'un d'eux aurait réalisées auprès de l'unité de renseignement financier* ⁽¹⁹⁾ ».

Toutefois, pour que cette exception puisse trouver application, il est requis que les informations échangées (i) concernent le client ou la transaction communs et (ii) qu'elles servent exclusivement à des fins de prévention du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme.

Enfin, la communication des informations ne peut avoir lieu que si leur destinataire est soumis « *à des obligations équivalentes en matière de secret professionnel et de protection des données à caractère personnel* ». En pratique, cette dernière exigence ne devrait, dans la majorité des cas, guère poser de difficulté, puisque les personnes

⁽¹⁸⁾ *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2008-2009, n° 1988/001, p. 59.

⁽¹⁹⁾ *Ibid.*

susceptibles de recevoir ces informations seront, très souvent, assujetties au secret professionnel.

Pourrait-il être soutenu qu'une personne destinataire d'une communication, effectuée sur pied de l'article 30, § 3, 3°, devient, à son tour, titulaire d'une obligation de dénonciation auprès de son autorité nationale de contrôle ? A nos yeux, cette question est susceptible de recevoir, en certaines occasions, une réponse positive, compte tenu des termes larges de l'article 26 de la loi du 11 janvier 1993.

Cette disposition impose en effet à plusieurs catégories de professionnels, dont les notaires, les huissiers de justice, les réviseurs d'entreprises, les experts comptables, les conseils fiscaux externes et les comptables fiscalistes agréés ⁽²⁰⁾, lorsqu'ils constatent des faits qu'ils savent ou soupçonnent être liés au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme, d'en informer immédiatement et par écrit la Cellule de traitement des informations financières.

Prenons l'exemple d'une opération immobilière internationale suivie, pour le compte d'un client déterminé, par un notaire belge. Ce même client a, par ailleurs, recours aux services d'un expert-comptable établi en France,

Imaginons que le notaire nourrisse un doute quant à la régularité de l'opération immobilière envisagée. Conformément à l'article 26 de la loi du 11 janvier 1993, il lui appartient de procéder à une dénonciation à la CTIF.

En application des dispositions examinées ci-dessus, le notaire est alors autorisé à en informer l'expert-comptable français du client commun. Or, sur base des informations ainsi transmises, l'expert-comptable français pourrait également acquérir la conviction que l'opération immobilière envisagée est de nature à constituer des faits de blanchiment sur le territoire français et être ainsi soumis à l'obligation de dénonciation.

Précisons encore que, dans la mesure où c'est la Directive 2006/50 qui instaure, dans le chef du professionnel, une interdiction de divulgation, l'expert-comptable français serait, dans notre exemple, dans l'interdiction de dévoiler au client (i) que le notaire belge a effectué une dénonciation à la CTIF et (ii) qu'il effectue, lui-même, une dénonciation auprès de son autorité de contrôle ⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ Soit des personnes visées à l'article 2, § 1^{er}, 3) a) et b) de la directive 2005/60, et donc concernées par l'article 30, § 3, 3°.

⁽²¹⁾ Cf. l'article 28.1 de la Directive 2006/50 : « Les établissements et les personnes soumis à la présente directive, ainsi que leurs dirigeants et employés, ne révèlent ni au client concerné ni à des tiers que des informations ont été transmises à la CRF en application des articles 22 et 23 ou qu'une enquête sur le blanchiment de capitaux ou le financement du terrorisme est en cours ou pourrait être ouverte ».

3.6. LA RELATION AVEC LE CLIENT APRES UNE DECLARATION DE SOUPCON

439. Une déclaration de soupçon entraînera très souvent une modification de la relation avec le client, si ce n'est dans ses modalités pratiques, dans son esprit tout au moins.

Une réévaluation de la relation client s'imposera en effet; le client devra désormais être considéré comme présentant un risque élevé de blanchiment ; une vigilance accrue sera requise, tant en matière d'identification que de suivi de ses opérations ; l'acceptation du client devra recueillir l'approbation, le cas échéant, à un niveau élevé de la hiérarchie du cabinet.

Cette révision de la relation client pourrait conduire à sa rupture, soit parce que le risque de récurrence de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme est trop élevé, soit parce que le client ne répond plus aux critères d'acceptation du client fixés par le cabinet ⁽²²⁾.

Cette rupture de la relation client sera cependant pratiquement impossible pour le commissaire d'une société, alors même qu'elle s'avèrera inévitable à la suite d'une déclaration de soupçon, tant les circonstances rendront impossible l'exercice du mandat : problèmes d'éthique liés notamment au risque couru par le commissaire de se voir associé à un délit alors même que le silence lui est imposé, perte de confiance dans le client, difficultés – souvent insurmontables – à résoudre les problèmes posés par l'impact des infractions commises ⁽²³⁾ sur les comptes annuels, *etc.*

L'impossibilité pour le commissaire de rompre la relation client après une déclaration de soupçon tient à la procédure qui lui est imposée par le Code des sociétés ; en effet, il lui faudra dans pareil cas présenter sa démission lors d'une assemblée, après lui avoir fait rapport par écrit sur les raisons de sa démission ⁽²⁴⁾ ; il lui est cependant fait interdiction par l'article 30 de la loi du 11 janvier 1993 de donner ces raisons, qui en l'occurrence tiennent à la révélation d'un soupçon de blanchiment, révélation que le commissaire est tenu de cacher à son client. Il est vrai que le Code des sociétés l'exonère de cette formalité de rapport sur les raisons de sa démission si elles consistent en des motifs personnels graves, mais un problème d'éthique ou des divergences d'audit n'en sont pas ⁽²⁵⁾.

Le commissaire pourrait être tenté d'indiquer dans son rapport des raisons autres que les problèmes liés à la déclaration de soupçon – faisant de la sorte une déclaration mensongère aux actionnaires – mais il convient de garder à l'esprit que (i) les actionnaires

239

LE BLANCHIMENT ET LA PREVENTION DU BLANCHIMENT

⁽²²⁾ La Norme de l'IRE du 4 février 2011 relative à l'application de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme demande aux réviseurs d'arrêter et de mettre en œuvre une politique d'acceptation et de suivi des clients appropriée aux activités qu'ils exercent, permettant de soumettre l'entrée en relation d'affaires ou la prestation de services à un examen préalable des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme associés au profil du client et à la nature de la relation d'affaires, ou de l'opération envisagée.

⁽²³⁾ A titre d'exemple, on relèvera que le rapport 2011 de la CTIF indique que la fraude fiscale grave et organisée (pp. 37 et ss.) et l'abus de biens sociaux sont parmi les délits les plus fréquemment à l'origine de blanchiment de capitaux (pp. 49 et ss.).

⁽²⁴⁾ Art. 135, § 1^{er}, al. 3 C. Soc.

⁽²⁵⁾ Cf. Communiqué de l'IRE du 13 mai 2011 « Démission et nomination du commissaire ».

pourraient ultérieurement invoquer sa responsabilité professionnelle, et (ii) qu'il lui revient, tout autant qu'à son client, de communiquer les motifs de sa démission au Conseil supérieur des Professions économiques, qui à son tour transmet cette information aux différentes composantes du système de supervision publique belge, au rang desquelles se trouvent notamment Ministre en charge de l'Economie et le Procureur général. On comprendra aisément qu'il s'agit donc d'une voie sans issue.

3.7. LE TIERS INTRODUCTEUR

240

440. L'article 10 de la loi du 11 janvier 1993 permet aux personnes citées aux articles 2, § 1^{er}, 3 et 4 de loi d'avoir recours, pour l'exécution de leur devoir de vigilance, aux services d'un tiers introducteur d'affaires.

Ce tiers introducteur doit nécessairement être (i) un commissaire aux comptes, (ii) un expert-comptable externe, (iii) un conseil fiscal externe, (iv) un comptable agréé, (v) un comptable-fiscaliste agréé, (vi) un notaire, (vii) un membre d'une profession juridique indépendante, (viii) un établissement de crédit ou (ix) un établissement financier, au sens de l'article 2 de la Directive 2006/50.

Ce tiers doit être établi sur le territoire de l'Espace Economique Européen.

Il peut également être établi dans un Etat tiers, à la triple condition cependant (i) que cet Etat tiers ait au préalable été désigné par le Roi, (ii) que cet établissement soit soumis à une législation comparable à celle de la Directive 2006/50 et (iii) qu'il soit soumis à une obligation d'enregistrement professionnel reconnu par la loi.

Le recours au tiers introducteur d'affaires permet à la personne tenue, en vertu de la loi, à un devoir de vigilance, d'accepter les résultats des investigations exécutées par un tiers introducteur d'affaires situé dans un pays de l'Espace Economique Européen ou dans un pays tiers et ce, même si les données ou documents probants sur lesquels portent l'identification ou la vérification de celle-ci diffèrent de ceux requis par la présente loi ou par les mesures prises en exécution de la présente loi.

Si ce système peut paraître confortable, il convient cependant de ne pas perdre de vue que la responsabilité de la bonne exécution des obligations repose, non pas sur le tiers introducteur, mais uniquement sur son donneur d'ordre ⁽²⁶⁾.

La Directive 2006/50 rappelle également, dans son considérant 27, que le tiers demeure responsable « *de toutes les obligations prévues dans la présente directive, dans la mesure où il entretient avec le client une relation couverte par la présente directive, y compris de l'obligation de déclarer les transactions suspectes et de conserver les documents.* »

⁽²⁶⁾ Article, § 1^{er}, *in fine*, de la loi du 11 janvier 1993.

Dans l'hypothèse où une personne astreinte à des obligations de vérification et de dénonciation en vertu de la loi du 11 janvier 1993 a recours aux services d'un tiers introducteur d'affaires, cette personne peut-elle informer le tiers du fait qu'elle effectue une dénonciation à la CTIF ?

A notre estime, une réponse positive s'impose, pour autant qu'il soit satisfait aux conditions des dispositions de l'article 30, § 3, permettant une levée de l'interdiction de divulgation.

3.8. LA RESPONSABILITE DU DECLARANT

241

441. L'article 32 de la loi du 11 janvier 1993 instaure une immunité pénale, civile, disciplinaire et professionnelle en faveur du déclarant :

« Aucune action civile, pénale ou disciplinaire ne peut être intentée ni aucune sanction professionnelle prononcée contre les organismes ou les personnes visés aux articles 2, § 1er; 3 et 4, leurs dirigeants, leurs employés ou leurs représentants, le bâtonnier visé à l'article 26, § 3, ainsi que les dirigeants ou les membres du personnel des autorités visées à l'article 39 du chef d'une déclaration de soupçon effectuée de bonne foi, conformément aux articles 20, 23 à 28 ou 31. »

Cette immunité n'est soumise qu'à une condition, à savoir la bonne foi du déclarant ⁽²⁷⁾.

Elle permet à tout déclarant qui effectue, de bonne foi, une déclaration erronée ou qui commet une erreur d'appréciation dans les critères d'application de la loi, d'être à l'abri de toute forme sanction ou de responsabilité.

S'il peut aisément être admis que cette immunité complète et générale constitue la conséquence nécessaire d'un système reposant sur des obligations de délation, sa mise en œuvre pose cependant la question de la prise de connaissance, par un tiers susceptible de mettre en cause la responsabilité du déclarant, de la dénonciation effectuée.

En effet, au vu (i) des mesures de confidentialité imposées par le législateur en vue de protéger l'identité du déclarant et (ii) du secret imposé à ce dernier, les cas de mise en œuvre de cette disposition d'immunité seront sans doute peu fréquents.

442. Signalons toutefois que cette discrétion connaît certaines limites, car l'article 39, § 2 de la loi du 11 janvier 1993 donne le droit aux « autorités de contrôle ou de tutelle » et aux autorités disciplinaires des avocats et des réviseurs d'entreprises de se faire communiquer par ces derniers tous les renseignements qu'elles jugent utiles concernant la manière dont ils mettent en œuvre la majeure partie de dispositions de

⁽²⁷⁾ En ce sens, X. GILLOT et S. SCARNA, « Blanchiment, infractions graves et fraude fiscale », *R.G.F.*, 2004, n° 10, p. 11.

la loi du 11 janvier 1993. En l'occurrence, les « autorités de contrôle » sont le barreau compétent en ce qui concerne les avocats et l'Institut des Réviseurs d'Entreprises pour les réviseurs d'entreprises. Pour ces derniers, l'autorité de supervision est le Conseil Supérieur des Professions économiques, mais ce dernier n'est pas compétent pour les dossiers individuels, et la Chambre de Renvoi et de Mise en Etat, chargée de la supervision publique.

Cette exception complémentaire à l'interdiction de divulgation d'une déclaration de soupçon permet aux autorités concernées de demander à l'avocat ou au réviseur d'entreprises si, dans un dossier déterminé, ils ont procédé à une déclaration de soupçon, voire même de leur communiquer la liste ou une copie des déclarations de soupçon effectuées. Dès lors que ces autorités sont informées qu'une déclaration de soupçon a été faite, aucune sanction disciplinaire ni professionnelle ne peut être infligée.

242

LE BLANCHIMENT ET LA PREVENTION DU BLANCHIMENT

L'examen de cette disposition suscite également l'occasion de s'interroger sur la possibilité, pour le déclarant, de divulguer, dans le cadre d'une procédure tendant à mettre en cause sa responsabilité, (i) le principe et (ii) le contenu de sa dénonciation, afin de bénéficier de l'immunité qui s'y attache.

Ce cas de figure ne semble pas avoir été envisagé par le législateur, puisque la loi du 11 janvier 1993 n'autorise le déclarant à faire état de sa dénonciation que dans les limites posées à l'article 30.

La contradiction est pourtant flagrante : comment permettre au déclarant de bénéficier de l'immunité prévue à l'article 32 s'il n'est pas autorisé à faire état non seulement de sa démarche mais également du contenu de sa déclaration ? Or, dans la mesure où l'immunité n'est prévue qu'en cas de déclaration de bonne foi, l'appréciation, par le tribunal, du contenu de la dénonciation jouera nécessairement un rôle primordial.

Ce silence du législateur est donc inquiétant.

L'on répondra sans doute à ce qui précède que le problème que nous soulevons n'en est pas un et que si la responsabilité d'un déclarant est mise en cause, à l'initiative d'un tiers ou d'un client, en raison d'une dénonciation, ce dernier serait alors nécessairement tenu d'en dévoiler le contenu litigieux, permettant, de ce fait, au déclarant, d'invoquer le bénéfice de l'article 32 sans avoir, pour autant, à violer son obligation de secret.

Cette objection est certainement pertinente, mais elle ne permet pas de résoudre toutes les difficultés.

443. Un tribunal chargé d'un tel litige pourrait-il, afin de prendre connaissance de l'entière des documents litigieux de dénonciation, adopter une mesure d'instruction et ordonner ainsi au déclarant ou à la CTIF elle-même, de procéder à leur dépôt ou de venir témoigner ?

La loi astreint les membres de la CTIF au secret professionnel. En son article 35, elle leur fait interdiction de « *divulguer, même dans le cas visé par l'article 29 du Code*

d'instruction criminelle et nonobstant toute disposition contraire, les informations recueillies dans l'exercice de leurs fonctions ». Cette interdiction est assortie des peines visées à l'article 458 du Code pénal.

La loi réserve cependant « *le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice* ». En conséquence, il semble possible, pour le tribunal, d'obtenir, directement d'un membre de la CTIF, des précisions quant au contenu d'une dénonciation.

En ce qui concerne la production de documents, la jurisprudence récente permet de se forger une opinion sur l'arbitrage effectué entre, d'une part, la nécessité de préserver le secret professionnel et, d'autre part, la manifestation de la vérité judiciaire :

- la Cour d'appel de Mons a jugé qu'un fonctionnaire tenu au secret professionnel pouvait en être délié par le juge sur pied de l'article 877 du Code judiciaire ⁽²⁸⁾ ;
- cette même Cour d'appel a également considéré que la correspondance entre un avocat et son client pouvait, sur pied de l'article 877 du Code judiciaire, être versée aux débats dans la stricte limite de ce qui est nécessaire à la défense des droits de l'avocat dont la responsabilité était mise en cause ⁽²⁹⁾ ;
- la Cour d'appel de Bruxelles a jugé que le jugement ordonnant une production de document devait être assimilée à l'appel à témoigner en justice, de sorte que le médecin qui s'y confirmait n'était pas condamnable sur pied de l'article 458 du Code pénal ⁽³⁰⁾ ;
- la Cour de cassation a considéré qu'une demande de production sur pied de l'article 877 ne pouvait être rejetée qu'au seul motif que le détenteur de l'information était tenu au secret professionnel ⁽³¹⁾.

A suivre ce courant jurisprudentiel, une réponse favorable paraît s'imposer.

Une nuance doit cependant être immédiatement apportée. En effet, l'article 35 de la loi fait interdiction aux membres de la CTIF de divulguer les informations qu'ils ont recueillies, hors le cas du témoignage en justice, on l'a vu, « nonobstant toute disposition contraire ».

Il pourrait donc être soutenu que ces mots s'opposent à ce que le mécanisme de l'article 877 prime sur le secret imposé aux membres de la CTIF.

⁽²⁸⁾ Mons, 10 décembre 2008, *R.G.C.F.*, 2009, p. 434.

⁽²⁹⁾ Mons, 14 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1423.

⁽³⁰⁾ Bruxelles, 14 mars 2007, *Rev. Dr. Santé*, p. 304.

⁽³¹⁾ Cass., 19 décembre 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 1207.

DEEL 6

DE INTERNATIONALISERING VAN HET NORMATIEF KADER VOOR DE OPSTELLING EN DE CONTROLE VAN JAARREKENINGEN

Bijdragen van:

Lieven ACKE

Bedrijfsrevisor, Raadslid IBR

Luc VANHEESWIJCK

Advocaat bij de Balie te Brussel

André BUYSSE

Rechter, Rechtbank van Koophandel te Antwerpen

INLEIDING

De revisorale opdrachten ⁽¹⁾ dienen te worden uitgevoerd binnen welbepaalde referentiekaders: enerzijds voert de bedrijfsrevisor zijn controle uit overeenkomstig een normatief kader (*Generally Accepted Auditing Standards*, kortweg GAAS); anderzijds bestaat de controle van de bedrijfsrevisor erin na te gaan of de gecontroleerde entiteit het op haar toepasselijke referentiekader heeft nageleefd bij het opstellen van de jaarrekening (*Generally Accepted Accounting Principles* of GAAP).

Omdat entiteiten meer en meer internationaal actief zijn en vaker werken met internationale *stakeholders* (aandeelhouders, banken, cliënten), ontstond de noodzaak om tot internationaal aanvaarde en uniform toegepaste accounting- en auditregels te komen. Ook de in België van toepassing zijnde referentiekaders (Belgian GAAS en GAAP) werden meer geïnternationaliseerd om aldus te komen tot een op uniforme wijze opgestelde en gecontroleerde financiële verslaggeving. Deze internationalisering heeft echter niet alleen tot doel te streven naar internationaal erkende en toegepaste standaarden (harmonisatie), maar wil ook de kwaliteit van de financiële verslaggeving en de controle hierop verbeteren. Een aantal schandalen (denken we maar aan Enron, Lernout & Hauspie, enz.) en de huidige bancaire crisis zijn uiteraard niet vreemd aan deze evolutie.

In deze bijdrage zullen wij het in hoofdzaak hebben over de voor de Belgische auditpraktijk belangrijkste internationale referentiekaders ⁽²⁾, namelijk:

- de *International Standards on Auditing* (ISA's), die de toepasselijke GAAS vormen; en
- de *International Financial Reporting Standards* (IFRS); die – voor een aantal ondernemingen althans – de toepasselijke GAAP zijn.

Om de juridische draagwijdte van een norm te beoordelen, is het voor juristen van belang te weten welke overheid, welke “wetgevende macht”, de norm heeft uitgevaardigd of opgelegd. Om de afdwingbaarheid te verzekeren dient er eveneens een overheid, de “rechterlijke macht”, te zijn waarbij men hiervoor terecht kan. Wanneer het, zoals het geval is bij de IFRS- en ISA-standaarden, gaat om normen die bedoeld zijn om op internationaal vlak een uniformiteit te realiseren, dan rijst tevens de vraag naar de instantie die een uniforme interpretatie en toepassing over de landsgrenzen heen waarborgt.

⁽¹⁾ Artikel 2, 17° van de wet van 22 juli 1953 houdende oprichting van een Instituut van de Bedrijfsrevisoren en organisatie van het publiek toezicht op het beroep van bedrijfsrevisor, *B.S.* 24 mei 2007, p. 27958, omschrijft de revisorale opdracht als: “*elke opdracht die ertoe strekt een deskundig oordeel te geven over de getrouwheid en de waarachtigheid van een jaarrekening, van een tussentijdse financiële staat, van een waardering of van andere economische en financiële informatie, verschaft door een onderneming of instelling; dit begrip omvat eveneens de ontleding en de verklaring van de economische en financiële inlichtingen aan de leden van de ondernemingsraad*”.

⁽²⁾ Er wordt op gewezen dat in deze bijdrage de term “norm” wordt gehanteerd voor de verwijzing naar een algeheel normatief kader of naar een Belgische norm uitgevaardigd door het IBR. De term “standaard” wordt telkens gebruikt in een internationale context.

Dat normen die het economisch leven regelen, worden uitgevaardigd op een niveau dat de nationale wetgevers overstijgt, is niet nieuw. Denken we maar aan de vele richtlijnen en verordeningen ⁽³⁾ van de Europese instellingen aangaande het vennootschapsrecht, de BTW, de belastingen op het aantrekken van kapitaal, het jaarrekeningenrecht, enz.

Opvallend bij de totstandkoming van de IFRS- en ISA-standaarden is echter de grote inbreng van de “privé-sector”. Het lijkt erop alsof de nationale en *supranationale* overheden een deel van het wetgevend werk hebben uitbesteed aan niet-gouvernementele organisaties. Dit kan problemen stellen, niet alleen op het vlak van de afdwingbaarheid van de norm, maar ook op het gebied van de interpretatie ervan. Wordt ook de bewaking van de uniforme toepassing en interpretatie gedelegeerd aan een privé-instelling of kan iedere overheid na de uitvaardiging van de norm zijn eigen interpretatie lanceren?

Het mogelijk verschil in bindende kracht tussen standaard en duiding (aanwijzingen), de toepasbaarheid van de regelgeving op kleinere entiteiten, de interpretatie van begrippen waarvoor in het Nederlands of in het Frans geen eenduidige vertaling bestaat (en dit zijn dan nog maar enkele al duidelijk waarneembare moeilijkheden) staan borg voor tal van discussies waarbij wellicht zelfs prejudiciële vragen niet zullen geschuwd worden.

Diegene die derhalve iets zinnig wenst te zeggen of schrijven over de verantwoordelijkheid van de bedrijfsrevisor na de invoering van de nieuwe internationale referentiekaders dient eigenlijk te beschikken over visionaire gaven en het is algemeen bekend dat deze – behalve in de politiek – aan weinigen gegeven zijn.

In deze bijdrage schetst Lieven ACKE de doelstelling, de oorsprong en de kenmerken van de internationale referentiekaders, alsook overloopt hij enkele overwegingen ten aanzien van de internationale referentiekaders. Luc VANHEESWIJCK gaat dieper in op de instanties die verantwoordelijk zijn voor het opstellen enerzijds en het opleggen anderzijds van de standaarden en onderzoekt de handhavingsmechanismen, zowel op internationaal en Europees vlak als op nationaal niveau. André BUYSSE bestudeert daarbij de gevolgen van het implementeren van het internationaal referentiekader in het Belgisch recht voor de aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor in het licht van het “goede huisvader”-concept.

⁽³⁾ Een verordening heeft directe werking en is onmiddellijk verbindend in alle Lidstaten, in tegenstelling tot een richtlijn die door de nationale wetgevers moet worden omgezet in nationaal recht.

HOOFDSTUK 1

IFRS- EN ISA-STANDAARDEN

1.1. GAAP VERSUS GAAS

444. De referentiekaders waarbinnen de revisorale opdrachten dienen te worden uitgevoerd situeren zich op een dubbel niveau:

- enerzijds voert de bedrijfsrevisor zijn controle uit overeenkomstig een normatief kader. Naleving van dit normatief kader is een noodzakelijke voorwaarde om te kunnen spreken van een volkomen controle die tot een oordeel in het controleverslag leidt. Naar dit normatief kader wordt gerefereerd middels het begrip GAAS (*Generally Accepted Auditing Standards*);
- anderzijds bestaat de controle van de bedrijfsrevisor erin na te gaan of de gecontroleerde entiteit het op haar toepasselijk referentiekader heeft nageleefd. In België bestaat dit referentiekader in eerste instantie uit het Wetboek van vennootschappen, maar onder andere (en bovenal) ook uit het boekhoudkundig referentiekader. Naar dit Belgisch referentiekader wordt verwezen met de term Belgian GAAP (*Generally Accepted Accounting Principles*).

Tot voor kort werden beide referentiekaders louter op nationaal niveau geregeld. De toenemende globalisering van de bedrijfswereld heeft er echter toe geleid dat beide kaders een internationaal karakter hebben gekregen. Voor België heeft dit volgende concrete repercussies.

445. De Belgische Algemene controlenormen van het IBR (Belgian GAAS) worden geleidelijk vervangen door de *International Standards on Auditing* (ISA's). De norm van 10 november 2009 betreffende de toepassing in België van de ISA's ⁽¹⁾ stelt een dubbele toepassingsdatum in:

- met betrekking tot de organisaties van openbaar belang, voor de controle van financiële overzichten en beperkt nazicht van de financiële informatie zijn de ISA's van toepassing voor de boekjaren afgesloten vanaf 15 december 2012; concreet betekent dit dat de commissarisverslagen met betrekking tot deze organisaties van openbaar belang uitgebracht in 2013 zullen moeten zijn opgesteld conform de ISA's; en
- met betrekking tot de andere entiteiten, voor de controle van financiële overzichten en het beperkt nazicht van de financiële informatie zullen de ISA's van toepassing zijn voor de boekjaren afgesloten vanaf 15 december 2014.

446. De *Belgian* GAAP bestaat uit het Wetboek van vennootschappen en het boekhoudkundig referentiekader. Sinds 2005 zijn beursgenoteerde entiteiten verplicht om hun geconsolideerde jaarrekening op te stellen overeenkomstig *International Financial Reporting Standards* (IFRS) zoals goedgekeurd door de Europese Unie ⁽²⁾. Niet-beursgenoteerde entiteiten baseren zich voor de opstelling van hun jaarrekening

⁽¹⁾ Het bericht van de Minister bevoegd voor Economie die deze norm goedkeurt, werd in het *Belgisch Staatsblad* gepubliceerd op 16 april 2010, p. 21774.

⁽²⁾ K.B. van 18 januari 2005 houdende toepassing van de internationale boekhoudnormen, *BS* 9 februari 2005, p. 4476.

op de Belgische wet- en regelgeving terzake, maar kunnen beslissen het geheel van de IFRS vrijwillig toe te passen (*cf. infra*, nr. 457).

1.2. DOELSTELLING EN OORSPRONG VAN DE INTERNATIONALE STANDAARDEN

1.2.1. Doelstelling

447. De algemene doelstelling van de toepassing van internationale controle- en financiële waarderingsstandaarden is het harmoniseren enerzijds van de controle op de financiële staten en anderzijds van de waarderingsprincipes die worden gehanteerd bij het opstellen van die financiële staten.

De harmonisering van *accounting standards* heeft tot groot voordeel dat zowel de entiteiten zelf als de belanghebbenden (zijnde voornamelijk beleggers) de prestaties van verschillende entiteiten onderling kunnen beoordelen doordat de vergelijkbaarheid wordt verbeterd.

De internationalisering van de controlestandaarden leidt ongetwijfeld tot een verhoogde kwaliteit van de controle, hetgeen op haar beurt de betrouwbaarheid van financiële staten doet toenemen. Dit zou dan uiteindelijk moeten resulteren in de verwezenlijking van de ultieme doelstelling, met name een betere globale economie.

1.2.2. Oorsprong

A. Ontwikkeling van ISA's

448. Het initiatief voor de ontwikkeling van een wereldwijde standaard gaat uit van een privé organisatie, de *International Federation of Accountants* (IFAC), waarvan zowel het IBR als het IAB lid zijn. Binnen de IFAC houdt de *International Auditing and Assurance Standards Board* (IAASB) zich bezig met het ontwikkelen van controlenormen en het promoten van hun toepassing om controlewerkzaamheden wereldwijd zo uniform mogelijk te maken. De meerderheid van de leden worden aangeduid door het IFAC. Daarnaast zijn er ook een aantal waarnemers, o.m. van de Europese Commissie. Deze Board wordt bijgestaan door een raadgevende commissie, de *IAASB Consultative Advisory Group*.

449. Op nationaal niveau moeten de ISA's door wet- of regelgeving opgenomen worden. In België is dit gebeurd krachtens de norm houdende de toepassing van de ISA's in België aangenomen door de Raad van het IBR op 10 november 2009 (*cf. supra* nr. 445). Binnen de Europese Commissie wordt momenteel onderzocht of en op welke manier deze ISA's op Europees niveau geïmplementeerd kunnen worden. (*cf. infra*, nr. 492).

B. Ontwikkeling van IFRS-standaarden

450. De *International Accounting Standards Board* (IASB) is een orgaan van de IFRS *Foundation*, een particuliere, onafhankelijke *non profit* organisatie opgericht door verschillende internationale accountantsorganisaties. De leden van de IASB worden aangesteld door de *Trustees* van de IFRS Foundation. De *Trustees* worden, pas sinds 2009, benoemd door een Monitoring Board waaraan ze verantwoording verschuldigd zijn. In de *Monitoring Board* zijn ook een aantal overheden vertegenwoordigd, zoals de Europese Commissie, de Amerikaanse SEC, de Japanse tegenhanger JFSA e.a.

451. Een standaard wordt aangenomen als hij de goedkeuring krijgt van een meerderheid van de leden van de IASB. Leden met een afwijkende mening kunnen een *dissenting opinion* uitbrengen.

452. Binnen deze structuren is ook het IFRS *Interpretation Committee* actief, waarvan de leden eveneens worden aangesteld door de *Trustees*. Dit Committee bestudeert toepassingsproblemen inzake IFRS en verstrekt '*authoritative guidance*', gezaghebbende interpretaties (IFRIC's), die eveneens bij meerderheid goedgekeurd worden na een publieke consultatieprocedure.

453. Alle IAS/IFRS ⁽³⁾ (met uitzondering van de *carve out* voor IAS 39, waarover verder meer) en IFRIC's zijn door de Europese Commissie aangenomen en goedgekeurd middels de Verordening (EG) 1606/2002 van 19 juli 2002 betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen ⁽⁴⁾ en 1126/2008 van 3 november 2008 tot goedkeuring van bepaalde internationale standaarden voor jaarrekeningen ⁽⁵⁾.

1.3. TOEPASSING VAN DE INTERNATIONALE STANDAARDEN IN BELGIË

1.3.1. ISA's

454. Op 10 november 2009 heeft de Raad van het IBR de "Norm inzake de toepassing van de ISA's in België" aangenomen. Deze norm heeft tot gevolg dat de Algemene controlenormen en -aanbevelingen geformuleerd door het IBR vervangen worden door de ISA's voor de audit van alle entiteiten voor de boekjaren afgesloten vanaf 15 december 2014.

⁽³⁾ IFRS omvat de IAS-Standaarden die tot 2001 werden ontwikkeld en die na 2001 werden uitgebreid met IFRS-Standaarden (*cf. infra*, nr. 469 e.v.)

⁽⁴⁾ *Pb.* L 243 van 11 september 2002, p. 1.

⁽⁵⁾ *Pb.* L 320 van 29 november 2008, p. 1.

455. Deze norm heeft bindende kracht voor de leden van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren krachtens artikel 2 van het koninklijk besluit van 10 januari 1994 betreffende de plichten van de bedrijfsrevisoren ⁽⁶⁾.

1.3.2. IFRS-standaarden

456. Zoals gezegd, verplicht de Europese regelgeving de toepassing van de IFRS-standaarden vanaf 1 januari 2005 voor de geconsolideerde financiële staten die door beursgenoteerde entiteiten worden gepubliceerd. In België werd de toepassing verplicht krachtens het koninklijk besluit van 18 januari 2005 houdende toepassing van de internationale boekhoudnormen, dat het toepassingsgebied uitbreidt tot de geconsolideerde jaarrekeningen van financiële instellingen ⁽⁷⁾.

457. Het staat andere Belgische entiteiten vrij om eveneens de IFRS-standaarden toe te passen op hun geconsolideerde jaarrekeningen. Hierbij dienen evenwel een aantal voorwaarden te worden vervuld. Ten eerste moet een entiteit die ervoor kiest om haar geconsolideerde jaarrekening op te stellen volgens de IFRS-standaarden, deze keuze in de toelichting van de jaarrekening vermelden. Ten tweede is de beslissing om IFRS te hanteren onomkeerbaar. Ten derde zullen de financiële staten slechts IFRS-compliant zijn wanneer zowel de balans, de resultatenrekening als de toelichting opgesteld zijn volgens deze internationale standaarden.

253

IFRS- EN ISA-STANDAARDEN

1.4. RECHTSKRACHT VAN DE INTERNATIONALE STANDAARDEN IN BELGIE

1.4.1. ISA's

458. Elke ISA heeft dezelfde opbouw en bestaat uit een inleiding, de doelstelling, de definities en de vereisten. Dit vormt de eigenlijke standaard. Bij elke standaard worden er bijkomend ook aanwijzingen of duiding gegeven (onder de hoofding “*Toepassingsgerichte en overige verklarende teksten*”) omtrent de praktische toepassingsmodaliteiten van de standaard.

459. De Belgische norm van 10 november 2010 bepaalt niet uitdrukkelijk of de verplichte toepassing van de ISA's eveneens betrekking heeft op de duiding. In de literatuur wordt echter gesteld dat de ISA's geen onderscheid maken tussen enerzijds de standaard zelf en anderzijds de verklarende teksten. Er wordt hiervoor verwezen naar de

⁽⁶⁾ Art. 2 K.B. 10 januari 1994, *BS* 18 januari 1994, p. 940, bepaalt: “*De bedrijfsrevisor moet de wettelijke en reglementaire bepalingen naleven, evenals de gebruikelijke controlenormen van het Instituut. Naargelang de omstandigheden zal hij ook rekening houden met de aanbevelingen, uitgevaardigd door de Raad van het Instituut.*”.

⁽⁷⁾ K.B. 18 januari 2005, *BS* 9 februari 2005, p. 04476.

ationale controle-normen waarbij wel een onderscheid wordt gemaakt tussen beide en waarbij de richtlijnen of aanbevelingen geen verplichtend karakter toebedeeld krijgen ⁽⁸⁾.

De definitie van het begrip internationale controlestandaarden die in de Auditrichtlijn ⁽⁹⁾ wordt gegeven, lijkt dit te bevestigen: “*de International Standards on Auditing (ISA) en de daarmee verband houdende Statements en standaarden, voor zover deze voor de wettelijke controle van jaarrekeningen van belang zijn*”. Er wordt aldus geen beperkende definitie van internationale controlestandaarden gehanteerd, waardoor we inderdaad kunnen aannemen dat de duiding die bij de standaarden wordt geformuleerd eveneens bindend is voor de bedrijfsrevisor.

254

IFRS- EN ISA-STANDAARDEN

460. Er moet worden opgemerkt dat de IAASB ook praktische handleidingen publiceert, zoals de gids “*Guide to Using International Standards on Auditing in the Audits of Small- and Medium-Sized Entities*” ⁽¹⁰⁾, die door de revisoren (auditors) gebruikt kan worden bij de toepassing van de internationale controlestandaarden tijdens de audit van kleine en middelgrote ondernemingen. Deze hebben echter geen enkele rechtskracht in België.

1.4.2. IFRS-standaarden

461. Dat de internationale accounting standaarden (IAS/IFRS) rechtskracht hebben voor de geconsolideerde jaarrekeningen van Belgische beursgenoteerde en financiële entiteiten hoeft geen verder betoog. Dit blijkt, zoals besproken in randnummer 453 en 456, uit zowel de Europese als de Belgische wetgeving.

462. De vraag inzake de bindende kracht stelt zich evenwel voor de IFRIC's. Het antwoord daarop is eenvoudig en kan gevonden worden in artikel 2 van de Europese Verordening 1606/2002, dat bepaalt: “*In deze verordening wordt onder “internationale standaarden voor jaarrekeningen” verstaan: de International Accounting Standards (IAS), de International Financial Reporting Standards (IFRS) en de daarmee verband houdende interpretaties (SIC/IFRIC interpretations), [...] die worden vastgesteld of goedgekeurd door de International Accounting Standards Board.*” Deze definitie wordt bovendien herhaald in artikel 2 van de Auditrichtlijn.

463. Naar analogie met de IAASB, heeft de IASB een standaard gepubliceerd “IFRS for SMEs” ⁽¹¹⁾, een “light versie” van IFRS die gebruikt kan worden door kleine en middelgrote

⁽⁸⁾ D. SCHOCKAERT en N. HOUYOX, “International Standards on Auditing within the European Union”, *Revue bancaire et financière / Bank- en financieuzen*, 2007, p. 528; C. VERVAET, De invoering van de International Standards on Auditing en hun impact op de Belgische auditregeling, (scriptie) UGent, 2006, p. 16.

⁽⁹⁾ Art. 2 van de Richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2006 betreffende de wettelijke controles van jaarrekeningen en geconsolideerde jaarrekeningen, tot wijzigingen van de Richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 84/253/EEG van de Raad, PL 157 van 9 juni 2006, p. 87.

⁽¹⁰⁾ IFAC, www.ifac.org/publications-resources/guide-using-international-standards-auditing-audits-small-and-medium-sized-en.

⁽¹¹⁾ IASB, www.ifrs.org/IFRS-for-SMEs/Pages/IFRS-for-SMEs.aspx.

ondernemingen ⁽¹²⁾. Zoals eerder aangegeven, kunnen ook Belgische niet-beursgenoteerde en niet-financiële entiteiten opteren om zich op IFRS te baseren in hun geconsolideerde jaarrekening. De toepassing op zich is dus geen verplichting, maar zodra de onderneming beslist om IFRS te hanteren, moet dit wel volledig en consequent gebeuren. De Belgische wetgever heeft echter niet uitdrukkelijk bepaald of KMO's ook de "light versie" mogen dan wel moeten toepassen, terwijl in de inleiding van de standaard wel gesteld wordt dat het de nationale jurisdicties toekomt om te oordelen of dit moet of mag worden toegepast.

1.5. ENKELE KENMERKEN VAN DE INTERNATIONALE REFERENTIEKADERS

255

IFRS- EN ISA-STANDAARDEN

1.5.1. ISA's

464. De ISA's hebben tot doel een algemene methodologie te beschrijven die door alle auditkantoren gevolgd moet worden opdat er meer consistentie is. In tegenstelling tot de nationale controlenormen, die "principle-based" zijn, zijn de ISA's geëvolueerd naar "rule-based" standaarden. De laatste trachten door zoveel mogelijk regels het gewenste gedrag te bevorderen, de eerste juist door weinig regels maar met focus op relevante principes ⁽¹³⁾. Zo wordt er veel belang gehecht aan de documentatie van de planning van de audit en aan de auditprocedures zelf. De ISA's stellen een controleaanpak voor waarbij vertrokken wordt vanuit een uitgebreide risicoanalyse die men maakt op basis van de kennis van de klant en diens activiteiten ("risk based approach"). Belangrijk bij de ISA's is het professioneel oordeel (subjectief element) van de revisor dat hij doorheen de audit dient toe te passen.

465. Het is duidelijk dat de ISA's uitgebreider en gedetailleerder zijn dan de Algemene controlenormen van het IBR die voorheen van toepassing waren (en op heden overeenkomstig de norm van 10 november 2009 nog steeds van toepassing zijn voor de controle van andere entiteiten dan organisaties van openbaar belang). Met het verdwijnen van de Algemene controlenormen van het IBR, zal de revisor zich bijgevolg moeten houden aan een complexer referentiekader, zijnde de ISA's.

1.5.2. IFRS-standaarden

466. In dit onderdeel staan we kort stil bij de voornaamste kwalitatieve en inhoudelijke kenmerken van IFRS.

⁽¹²⁾ Een SME wordt in Section 1 als volgt gedefinieerd: "Small and medium-sized entities are entities that: (a) do not have public accountability, and (b) publish general purpose financial statements for external users."

⁽¹³⁾ Cf. over deze principes A. SCHILDER, "Rule-based versus principle-based: het perspectief van de toezichthouder", in Ed., *Regels voor de toekomst: Kansen voor een duurzaam ondernemend Nederland*, Schiedam, Scriptum, 2008, p. 178-185.

We onderscheiden vier kwalitatieve kenmerken, met name betrouwbaarheid, relevantie, vergelijkbaarheid en begrijpelijkheid ⁽¹⁴⁾. Betrouwbaarheid houdt in dat de jaarrekening vrij is van wezenlijke onjuistheden en vooroordelen en dat de gebruikers mogen uitgaan van de getrouwe weergave van de informatie. In de jaarrekening opgenomen informatie is relevant als deze de economische beslissingen van de gebruikers beïnvloedt door hen als hulpmiddel te dienen bij de beoordeling van vroegere, huidige of toekomstige gebeurtenissen of bij de bevestiging of het corrigeren van vroegere beoordelingen. Om vergelijkbaar te zijn, moeten de gebruikers in staat zijn de jaarrekeningen van een entiteit te vergelijken teneinde de ontwikkelingen in diens financiële positie en de resultaten te onderkennen, alsook de jaarrekeningen van verschillende entiteiten onderling te vergelijken. Tot slot is informatie begrijpelijk als deze gemakkelijk te begrijpen is door de gebruikers, hetgeen veronderstelt dat deze een redelijke kennis hebben van het bedrijfsleven, van het economisch leven en van verslaggeving ⁽¹⁵⁾.

467. Tussen de kenmerken “betrouwbaarheid” en “relevantie” bestaat er duidelijk een spanningsveld. Een waardering tegen historische kostprijs bijvoorbeeld kan wel betrouwbaar zijn, maar zal in veel gevallen niet meer relevant zijn. Daarentegen is een *fair value*-waardering wel relevant, maar minder betrouwbaar gezien de moeilijkheidsgraad om de *fair value* te bepalen ⁽¹⁶⁾.

Wat de vergelijkbaarheid betreft dient te worden gewezen op het feit dat de IASB geen model van financiële staten voorschrijft. De vorm van de jaarrekening is bijgevolg vrij te bepalen door de entiteit, maar de gekozen vorm moet wel aangehouden blijven in de jaren erna. Dit gebrek aan een algemeen model bemoeilijkt de vergelijkbaarheid van financiële staten van verschillende entiteiten.

468. Op inhoudelijk vlak is het belangrijkste kenmerk van de IFRS-standaarden dat de waarderingsregels beter de economische werkelijkheid weerspiegelen. Het begrip “*fair value*” ⁽¹⁷⁾ is hierbij de rode draad doorheen de verschillende standaarden. Daarnaast wordt de transparantie van de financiële staten verhoogd door het groot aantal toelichtingen dat vereist wordt door de standaarden.

⁽¹⁴⁾ Art. 3, § 2 Verordening (EG) 1606/2002 van 19 juli 2002 betreffende de toepassing van internationale standaarden voor de jaarrekening, *Pb. L* 243 van 11/09/2002, p. 1.

⁽¹⁵⁾ Cf. H. OOGHE en C. VAN WYMEERSCH, *Handboek financiële analyse van de onderneming*, Antwerpen, Intersentia, 2008, p. 411-413.

⁽¹⁶⁾ G.-J. JORDAAN, “Kwalitatieve kenmerken en de gevolgen voor IFRS en haar gebruikers”, *Fiducie* 2004, (23) 24.

⁽¹⁷⁾ De “reële waarde” of *fair value* verwijst naar een marktwaarde. Een eenduidige definitie van dit begrip is nochtans niet voorhanden. Het begrip reële waarde wordt toegelicht in artikel 42^{ter} van de Vierde Richtlijn 78/660/EEG van 25 juli 1978, *Publicatieblad L* 222 van 14 augustus 1978, zoals gewijzigd door de Richtlijn 2001/65/EEG van 27 september 2001, *Publicatieblad L* 283 van 27 oktober 2001, p. 28, de zogenaamde “reële waarderichtlijn”. Door deze Richtlijn worden financiële instrumenten niet langer tegen historische kostprijs, maar veeleer tegen reële waarde gewaardeerd. Zie over dit begrip I. RICHELLE, “Het begrip “reële waarde”: gevolgen van de invoering van de IAS/IFRS-standaarden op de statutaire rekening en vaststelling van de belastbare grondslag in de vennootschapsbelasting”, *Accountancy & Tax*, nr. 4, p. 27.

HOOFDSTUK 2

VASTSTELLEN, OPLEGGEN EN INTERPRETEREN VAN IFRS- EN ISA- STANDAARDEN

2.1. IAS EN IFRS

2.1.1. Het opstellen van de standaard

469. Zoals hierboven gesteld, worden de *International Accounting Standards* (IAS, tot 2001) en de *International Financial Reporting Standards* (IFRS, vanaf 2001) ontwikkeld door de *International Accounting Standards Board* (IASB), een orgaan van de IFRS Foundation.

470. De financiële middelen voor de werking van deze organisatie komen van de accountingsector, financiële instellingen, centrale banken en internationale en professionele organisaties. Deze privaatrechtelijke, hoofdzakelijk door private fondsen gefinancierde organisatie heeft op deze manier een aantal standaarden opgesteld en van interpretatie voorzien die van aard kunnen zijn om de internationale vergelijkbaarheid van jaarrekeningen en financiële verslagen te bevorderen. Deze normen zijn echter als dusdanig juridisch niet verbindend. Daarvoor is een overheidsoptreden noodzakelijk.

2.1.2. Het opleggen van de standaard

471. Het spreekt voor zich dat het realiseren van vergelijkbaarheid op het vlak van cijfers en rapportering een absolute noodzakelijkheid is om de vrijheid van kapitaalverkeer te realiseren en de belegger hierbij een minimum aan zekerheid te bieden. In plaats van een eigen set van standaarden te ontwikkelen, koos de Europese Unie ervoor om een reeds bestaand geheel van standaarden over te nemen. Verordening 1606/2002 verplichtte ondernemingen die genoteerd zijn op een Europese beurs bij het opstellen van hun geconsolideerde jaarrekening gebruik te maken van IFRS. Daarnaast hadden de Lidstaten de mogelijkheid om deze verplichting uit te breiden naar niet-beursgenoteerde ondernemingen en naar de individuele jaarrekeningen.

472. Door deze verordening werden de IFRS-standaarden als dusdanig niet ingevoerd, maar werd een institutioneel kader gecreërd en een procedure vastgelegd voor de invoering van de IAS-/IFRS-standaarden door middel van invoeringsverordeningen ⁽¹⁾.

473. De internationale standaarden voor de jaarrekeningen kunnen enkel worden goedgekeurd indien zij in overeenstemming zijn met de vereiste van het getrouw beeld zoals voorzien in de jaarrekeningenrichtlijnen, het Europees openbaar belang dienen en beantwoorden aan de criteria van begrijpelijkheid, relevantie, betrouwbaarheid en vergelijkbaarheid (cf. *supra* nrs. 466-468), waaraan financiële informatie moet voldoen om economische beslissingen mogelijk te maken en het management te kunnen beoordelen.

Bij de goedkeuringsprocedure zijn diverse instanties betrokken. Het *Accounting Regulatory Committee* (ARC), een comité onder voorzitterschap van de Commissie, beslist welke standaarden verplicht zullen worden gemaakt voor de Europese ondernemingen.

⁽¹⁾ Voor een uitvoeriger beschrijving, Cf. T. CARLIER e.a., *Aan de slag met IFRS*, Mechelen, Kluwer, 2011, p. 33 e.v.

Het ARC wordt technisch bijgestaan door de *European Financial Reporting Advisory Group* (EFRAG), bestaande uit vertegenwoordigers van de belangrijkste betrokkenen bij de financiële verslaggeving in Europa en de privésector.

Het voorstel van de Commissie wordt voor advies voorgelegd aan het *Regulatory Procedure with Scrutiny Committee*, een comité van het Europees Parlement. Afhankelijk van dat advies wordt het voorstel dan doorgezonden naar het Parlement en de Raad voor goedkeuring of, bij negatief advies, naar de Raad.

474. Elke standaard moet afzonderlijk goedgekeurd worden, evenals, in voorkomend geval, de interpretaties ervan (IFRIC). In principe heeft de Commissie niet de bevoegdheid om een internationale standaard te veranderen of aan te passen ⁽²⁾. Toch is dit reeds één keer gebeurd, met name bij de invoering van IAS 39 (de zogenaamde “*carve out*”). Theoretisch zou dit enkel mogelijk zijn indien de desbetreffende onderdelen strijdig zouden zijn met het Europees openbaar belang of de vereiste van het getrouw beeld.

475. Het door de IASB uitgewerkte Raamwerk (*Conceptual Framework*) is op zich geen standaard, noch een interpretatie. Het werd niet formeel ingevoerd in het Europees recht, maar wel door de diensten van de Commissie vertaald. Ondernemingen worden geacht zich te laten leiden door de beginselen vastgelegd in dit Raamwerk bij het ontwikkelen van een passende boekingswijze voor transacties waarvoor geen bijzondere regels voorzien zijn in de ingevoerde IAS-/IFRS-standaarden. De juridische waarde hiervan kan ons inziens niet meer zijn dan een gezaghebbende aanwijzing.

476. Een door de Commissie goedgekeurde standaard moet worden toegepast vanaf het begin van het boekjaar dat aanvangt na de datum van inwerkingtreding van de verordening. Wijzigingen door de IASB van een bestaande standaard of de interpretatie ervan dienen eveneens te worden goedgekeurd. Een nog niet door de Commissie goedgekeurde standaard mag slechts worden toegepast op voorwaarde dat hij niet strijdig is met een eerdere norm.

477. Alhoewel de desbetreffende verordeningen aanleiding hebben gegeven tot een aantal Belgische koninklijke besluiten tot aanpassing van het nationale boekhoudrecht, kunnen de Lidstaten geen wijzigingen aanbrengen aan de bij verordening opgelegde standaarden. Zij kunnen ook geen beperkingen opleggen aan de keuzemogelijkheden die hierin geboden worden.

478. De werkwijze van de Commissie leidt ertoe dat een geheel van regels ontwikkeld door een private organisatie als bindende normen wordt opgelegd aan een groep van ondernemingen. Opvallend is ook dat het vertaalwerk door de Commissie wordt uitbesteed aan de IFRS Foundation ⁽³⁾.

Dit verschilt niet zoveel met de situatie in de Verenigde Staten. De SEC legt het gebruik van US GAAP, de Amerikaanse tegenhanger van de IFRS, op aan genoteerde

⁽²⁾ Zie dienaangaande : K. VAN HULLE, e.a., *Handboek Boekhoud- en Jaarrekeningenrecht*, Brugge, die Keure, 2010, p. 147 en p. 159-161.

⁽³⁾ K. VAN HULLE, o.c., p. 159.

ondernemingen, maar noch de Amerikaanse overheid, noch de SEC zelf stellen deze normen op. De SEC heeft de *Financial Accounting Standards Board* (FASB) aangeduid als zijnde verantwoordelijk voor het uitwerken van algemeen aanvaarde standaarden voor de rekeningen van genoteerde bedrijven. Ook de FASB is een private *non profit* organisatie.

479. Het bestaan van verschillende internationale standaarden heeft tot gevolg dat ondernemingen uit de ene jurisdictie (bv. Europa) waarvan de aandelen genoteerd zijn in een andere jurisdictie (bv. de Verenigde Staten) hun jaarrekeningen op basis van twee verschillende standaarden dienen op te stellen. Om dit te vermijden heeft er internationaal overleg plaatsgevonden en heeft de Europese Commissie onder meer de standaarden van de Verenigde Staten, Canada en Japan erkend als zijnde gelijkwaardig met de Europese IFRS en heeft de SEC aanvaard dat de op de New York Stock Exchange genoteerde Europese bedrijven niet langer verplicht zijn hun geconsolideerde jaarrekening te herwerken naar of in overeenstemming te brengen met US GAAP ⁽⁴⁾. Op deze manier blijven echter meerdere standaarden van toepassing binnen eenzelfde jurisdictie.

2.1.3. De handhaving en interpretatie van de standaard

480. De Europese Verordening 1606/2002 bevat zelf geen sanctioneringsmechanisme voor de naleving van de IAS-/IFRS-standaarden. Overweging 16 stelt dat het behoort aan de Lidstaten om de passende maatregelen te treffen om de nakoming van de internationale standaarden voor jaarrekeningen te waarborgen. Verder voorziet deze bepaling: “*De Commissie is voornemens samen met de Lidstaten, met name via het Comité van Europese Effectenregelgevers (CESR) een gemeenschappelijke aanpak op het vlak van handhaving te ontwikkelen.*”

481. De Lidstaten hebben ieder op eigen wijze een nationale toezichthouder aangewezen die de naleving van de financiële verslaggevingsverplichtingen moet handhaven. Voor België was dit aanvankelijk de CBFA ⁽⁵⁾. Deze is bij koninklijk besluit van 3 maart 2011 omgevormd in de FSMA, waarbij eveneens bepaalde toezichtsbevoegdheden over banken, verzekeringsmaatschappijen en andere financiële instellingen werden overgeheveld naar de Nationale Bank.

Ook de Commissie voor Boekhoudkundige Normen (CBN) mengt zich in het debat en publiceerde onder meer “*Voorstellen van de Commissie voor Boekhoudkundige Normen betreffende het Belgisch beleid inzake IAS/IFRS-normen voor de handels- en industriële ondernemingen*”, wijdde commentaren aan voorstellen tot wijziging van IAS-standaarden en invoering van IFRS-standaarden. De Commissie verstrekt dienaangaande echter geen adviezen. Adviezen van de CBN worden door de rechtspraak trouwens niet aanvaard als juridisch bindend. Zij hebben een waarde die vergelijkbaar is met deze van de rechtsleer ⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ K. VAN HULLE, *o.c.*, p. 138 en 141.

⁽⁵⁾ *Ibid.*, p. 166.

⁽⁶⁾ *Cf.* Brussel, 31 maart 2010, *FJF* 2012/75; zie ook CBN-advies 14-1 – adviesbevoegdheid.

482. Om uiteenlopende nationale interpretaties en toepassingen te vermijden is er een coördinatie georganiseerd tussen de Europese toezichthouders, momenteel via de *European Securities and Markets Authority* (ESMA). Binnen het ESMA gebeurt deze coördinatie door de *European Enforcers Coordination Sessions* (EECS). De beslissingen van de nationale handhavingsautoriteiten met betrekking tot de financiële verslaggeving door genoteerde bedrijven gebaseerd op IFRS worden hier besproken en geanalyseerd met de bedoeling te komen tot een uniforme handhaving.

483. Geschillen in verband met de concrete toepassing behoren echter tot de bevoegdheid van de nationale rechtbanken. Zo kunnen individuele beslissingen van de FSMA worden aangevochten via een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State. Het is evenmin ondenkbaar dat discussies over de draagwijdte en toepassing van de IFRS-standaarden voor de gewone rechtbanken worden gebracht ⁽⁷⁾. Vanzelfsprekend houdt dit een risico in van uiteenlopende nationale interpretaties.

484. Omdat in de Europese Unie de desbetreffende regels zijn ingevoerd door middel van Europese verordeningen, is het Europees Hof van Justitie de hoogste instantie om deze regels te interpreteren. Het Hof kan door de nationale rechtscollages gevat worden via een prejudiciële vraag naar aanleiding van een concreet geschil.

485. Het is dan nog niet uitgesloten dat er verschillende interpretaties ontstaan tussen verschillende jurisdicties waar deze standaarden aanvaard worden, bijvoorbeeld tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten. Om dit te vermijden vindt er overleg plaats en worden afspraken gemaakt tussen de Europese organisatie van toezichthouders ESMA en de SEC. Deze afspraken voorzien onder meer in een uitwisseling van informatie, waarvoor de Belgische CBFA (FSMA) een protocol heeft afgesloten met de SEC ⁽⁸⁾. Deze akkoorden en protocollen dragen weliswaar bij tot een uniformering van de handhaving en het toezicht, maar leiden niet tot de creatie van een inter- of *supranationaal* orgaan dat in geval van betwisting een bindend oordeel kan vellen.

486. Belangrijk om weten is ook dat sommige normen of standaarden een optie toelaten. Nationale rechtscollages kunnen eveneens geconfronteerd worden met de – mogelijk negatieve – gevolgen van een toegelaten keuze. In dergelijk geval gaat het niet om de interpretatie of toepassing van de standaard, maar om de beoordeling van de in concrete omstandigheden gemaakte keuze. De rechtbanken zullen dan dienen uit te maken of een normaal voorzichtig bedrijfsleider in de gegeven omstandigheden in alle redelijkheid deze keuze had kunnen maken. Hiervoor is als dusdanig geen beroep op enige internationale rechtsinstantie mogelijk.

⁽⁷⁾ Bv. vorderingen tot schadevergoeding van mogelijk benadeelde beleggers.

⁽⁸⁾ K. VAN HULLE, o.c., p. 167.

2.2. ISA'S

2.2.1. Het opstellen van de standaard

487. Waar de IFRS-standaarden betrekking hebben op de financiële verslaggeving, betreffen de *International Standards on Auditing* (ISA's) de controle van de jaarrekeningen. Voor ondernemingen die internationaal actief zijn, is het van belang dat de resultaten van een controle in één land ook in andere landen kunnen aanvaard worden.

488. Zoals reeds eerder vermeld, gaat een ISA-standaard uit van de IFAC, waarbinnen de IAASB zich bezighoudt met het ontwikkelen van de controlestandaarden. Bij het opstellen van ISA-standaarden volgt de IAASB een procedure waarbij een groot aantal *stakeholders* betrokken wordt. Om het algemeen belang niet uit het oog te verliezen wordt de werking van de diverse instanties gesuperviseerd door een *Public Interest Oversight Board*. De tot stand gebrachte standaarden zijn op zich niet bindend. Zij dienen door de bevoegde overheden te worden opgelegd.

489. Tussen 2003 en 2009 werkte de IAASB aan het zogenaamde *Clarity Project*. De bedoeling hiervan was de bestaande standaarden te verduidelijken teneinde te komen tot een beter begrip bij de auditors en bij de regelgevende en toezichthoudende instanties over de manier waarop een controle op basis van de ISA's diende te gebeuren.

2.2.2. Het opleggen van de standaard

490. De Vierde Richtlijn verplichtte vennootschappen, met uitzondering van kleine vennootschappen die hiervan konden ontslagen worden, hun jaarrekening te laten controleren door een gekwalificeerd beroepsbeoefenaar. De Achtste Richtlijn bevatte de minimum kwalificaties voor de externe auditors. De Auditrichtlijn 2006/43/EG van 17 mei 2006 voert de mogelijkheid in voor de Europese Commissie om internationale controlenormen goed te keuren voor de wettelijke controles op de jaarrekeningen.

491. De voorgenomen werkwijze is vergelijkbaar met deze voor de invoering van de IFRS-standaarden. De Commissie kan internationale controlestandaarden goedkeuren indien deze volgens geijkte procedures onder publiek toezicht en op transparante wijze zijn opgesteld, internationaal algemeen aanvaard zijn, bijdragen tot een grote geloofwaardigheid en hoge kwaliteit van de jaarrekeningen in overeenstemming met het beginsel van het getrouw beeld en, tenslotte, bevorderlijk zijn voor het Europees algemeen belang ⁽⁹⁾.

492. Ondanks deze principebeslissing is de Europese Commissie echter nog niet verder geraakt dan het laten uitvoeren van een kosten-batenanalyse over de invoering van de ISA's, een studie over de verschillen tussen de ISA's en de Amerikaanse controlestandaarden, een brede openbare raadpleging en de publicatie van een Groenboek "*Beleid inzake controle van financiële overzichten: lessen uit de crisis*" dat op 13 oktober 2010 voor advies werd overgelegd aan het Europees Economisch en Sociaal Comité, dat

⁽⁹⁾ K. VAN HULLE, o.c., p. 184.

hierover op 16 juni 2011 advies heeft uitgebracht. De allereerste conclusie van dit advies verdient het om integraal te worden weergegeven:

*“Het Groenboek heeft als titel „Beleid inzake controle van financiële overzichten: lessen uit de crisis”. De omvang van die crisis wijt het EESC aan het feit dat geen van de betrokken partijen deden wat ze moesten doen, en nog in het minst de directies van heel wat banken. Aangezien de bestuurders van de banken faalden, **hadden regelgevers, toezichthouders en de met de wettelijke controle belaste auditors de problemen die tot de crisis hebben geleid, moeten detecteren.** Dat hebben ze niet gedaan. Op het gebied van reglementering en toezicht heeft de EU al stappen ondernomen. **Een herziening van de rol van de wettelijke auditor dringt zich op** – het EESC heeft al opgeroepen tot een dergelijke herziening in zijn advies uit 2009 over het verslag-de Larosiere (1). In het groenboek wordt niet enkel de auditfunctie beschouwd, ook punten als governance, toezicht en concentratie komen aan de orde. Uiteraard hebben die elementen een invloed op de prestaties van auditors tijdens de crisis.”* (eigen nadruk in het vet).

493. Onder meer over het toepassingsgebied van de ISA's bestaat discussie; blijven ze beperkt tot de wettelijke controle van genoteerde bedrijven, bedrijven van openbaar belang of gelden ze ook voor de controle van kleinere entiteiten (*“an audit is an audit”*)?

De leden van de IFAC hebben echter de verbintenis aangegaan zich in te spannen om de standaarden van de IAASB te incorporeren in hun nationaal normatief kader. Zo verscheen in het Belgisch Staatsblad van 16 april 2010 het “Bericht met betrekking tot de goedkeuring van de norm inzake de toepassing van de ISA's in België”. Deze norm werd aangenomen door de Raad van het IBR op 10 november 2009 en goedgekeurd door de Hoge Raad voor de Economische Beroepen en door de Minister bevoegd voor de Economie.

2.2.3. De handhaving en interpretatie van de norm van 10 november 2009 en van de standaarden

494. Op grond van de wet van 22 juli 1953 kan de Raad van het IBR de gebruikelijke controlenormen bepalen voor het vervullen van de wettelijke controleopdrachten. Artikel 2 van het koninklijk besluit van 10 januari 1994 betreffende de plichten van de bedrijfsrevisor verplicht de bedrijfsrevisor de wettelijke en reglementaire bepalingen na te leven, evenals de gebruikelijke controlenormen van het IBR en, naargelang de omstandigheden, ook rekening te houden met de aanbevelingen uitgevaardigd door de Raad van het Instituut. Hieruit leidt het Hof van Cassatie af dat de algemene controle-normen van het Instituut van verordenende aard zijn ⁽¹⁰⁾.

In deze zin zijn die normen aan te merken als wetten, zoals de reglementen van de OVB en de OBFG die ingevolge artikel 498 van het Gerechtelijk wetboek verbindend zijn voor alle advocaten van de balies die eronder ressorteren ⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ Cass. 24 mei 2007, D.06.0007.F, p. 12.

⁽¹¹⁾ Cass. 12 december 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 462.

495. Of deze wetten zich ook opdringen aan derden die geen lid zijn van het IBR, zoals de gecontroleerde onderneming, is minder duidelijk. Hiervoor zal alleszins een “kapstok” moeten gevonden worden in andere wetgeving. Het IBR is immers niet bevoegd om regels uit te vaardigen die gelden voor niet-revisoren.

De enige verwijzing naar controlenormen die terug te vinden is in het Wetboek van vennootschappen, is artikel 134 § 2, dat bepaalt dat bij de aanvang van de opdracht van de commissarissen hun bezoldiging wordt vastgesteld door de algemene vergadering en dat deze bezoldiging bestaat uit een vast bedrag dat “*de naleving van de controlenormen uitgevaardigd door het Instituut van de Bedrijfsrevisoren waarborgt.*” Dit dient ons inziens zo te worden geïnterpreteerd dat de bezoldiging de revisor moet toelaten zijn controleopdracht uit te voeren met naleving van de door het IBR uitgevaardigde controlenormen, maar houdt niet noodzakelijk in dat ook de onderneming gebonden is door deze controlenormen. Niet-naleving van deze normen door de onderneming kan ons inziens enkel gesanctioneerd worden door een onthoudende verklaring of een voorbehoud.

496. Zelfs indien deze normen niet gelden als wet in hoofde van niet-revisoren, belet dit niet dat zij een rol kunnen spelen bij de beoordeling van het gedrag van rechtsonderhorigen en, meer bepaald, bij de invulling van het gedrag van de “goede huisvader”. Omdat het gedrag van de goede huisvader *in concreto* moet beoordeeld worden, laat dit aan derden echter meer mogelijkheden om deze normen met redelijkheid toe te passen, in functie van het belang en de omvang van de zaak. Het credo “*an audit is an audit*” dringt zich (momenteel) naar onze mening niet op aan niet-revisoren.

497. Wat er ook van zij, voor wat de toepassing van de ISA's betreft is het IBR momenteel de enige instantie die instaat voor de uniforme toepassing ervan. Indien de normen van het IBR worden aangevochten voor nationale rechtbanken, bijvoorbeeld naar aanleiding van de betwisting van een tuchtsanctie door een bedrijfsrevisor of een schadeclaim van een gedupeerde belegger die de revisor een gebrek aan controle verwijt, dan kan deze niet terecht bij een internationale instantie die zorgt voor een uniforme interpretatie op internationaal niveau. Dit zal pas het geval zijn indien de ISA's door de Europese Commissie bindend worden opgelegd. Tot dan bestaat het risico van uiteenlopende nationale interpretaties ⁽¹²⁾.

⁽¹²⁾ Dat risico wordt zelfs groter doordat elke nationale organisatie zelf zorgt voor een vertaling van de oorspronkelijk Engelstalige standaarden.

2.3. AANSPRAKELIJKHEID VAN DE BEDRIJFSREVISOR: DE GOEDE HUISVADER

2.3.1. Strafrechtelijke aansprakelijkheid

498. Tot voor kort waren de standpunten duidelijk. Om na te gaan of de commissaris-revisor zijn taak naar behoren vervuld had, moest de marginale toetsing van de zorgvuldig handelend commissaris-revisor (de aloude goede huisvader uit het Burgerlijk Wetboek) worden doorgevoerd. Zijn taak is immers van openbare orde en hij dient bedacht te zijn op fraude. Als hij dus gedurende jaren het bestaan van fraudesignalen niet heeft opgemerkt, geen afdoende antwoorden heeft verkregen op de door hem gestelde vragen en toch de rekeningen heeft goedgekeurd, maakt hij zich schuldig aan intellectuele valsheid in geschrifte ⁽¹³⁾.

499. Dat gaandeweg ook de beoordeling van buitenlandse financiële constructies binnensloop ⁽¹⁴⁾, is enkel normaal te noemen. Meest geruchtmakend was, naast een vooralsnog principiële procedure omtrent kasgeldvennootschappen, de uitspraak in *Lernout & Hauspie*, waar de vennootschap buiten zake werd gesteld en enkel de onachtzaamheid van de natuurlijke persoon als vaste vertegenwoordiger werd weerhouden ⁽¹⁵⁾.

500. Veelbetekenend (en enigszins onderschat) was echter het seminarie dat op 8 oktober 2003 in Brussel gegeven werd ⁽¹⁶⁾ en waarbij op minutieuze wijze werd aangegeven dat een jaarrekening die op 23 posten ogenschijnlijk aanvaardbare interpretaties inhield, die echter steeds in dezelfde richting gingen, toch in haar totaliteit als frauduleus diende aangezien te worden.

501. Hieruit blijkt dat, hoe gedetailleerd ook, de nieuwe regelgeving niet steeds borg staat voor veiligheid, integendeel, dat elk detail nauwkeurig dient bekeken te worden.

502. Overigens weze terloops opgemerkt dat het Wetboek van vennootschappen wellicht één van de meest verraderlijke stukken van wetgeving uitmaakt. Op niet minder dan 11 plaatsen worden strafbepalingen voorzien, waarvan 5 rechtstreeks betrekking hebben op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris (art. 170, 171, 387, 647 en 648 W. Venn.).

503. Ter afsluiting van dit strafrechtelijk gedeelte, dient toch zijdelings verwezen te worden naar een problematiek die de laatste jaren steeds vaker wordt aangetroffen, met name deze van de vestiging van de maatschappelijke zetel op het adres van de cijferbeoefenaar en dit door vennootschappen met veelal buitenlandse roots. Uiteraard is verworven dat een onderneming haar maatschappelijke zetel vestigt in de staat die

⁽¹³⁾ Corr. Brussel 29 juni 2007, *TBH* 2008, p. 182.

⁽¹⁴⁾ Zie de beoordeling van een financiële portage-overeenkomst naar Luxemburgs recht in verband met witwassen in Cass. 13 december 2006, *RW* 2008-2009, p. 748.

⁽¹⁵⁾ Zie ook Corr. Brussel 29 juni 2007, *NJW* 2008, p. 182.

⁽¹⁶⁾ L. TOELEN, *Waar bevindt zich de fraude bij de analyse van de jaarrekening en toepassingsgevallen?*, www.ibr-ire.be/nl/vorming_events/agenda/seminaries/Pages/Waar-bevindt-zich-de-fraude-bij-de-analyse-van-de-jaarrekening-en-toepassingsgevallen.aspx.

haar de meeste fiscale voordelen biedt terwijl ze haar activiteiten uitoefent in een andere staat ⁽¹⁷⁾. Omzichtigheid is wel geboden in die zin dat men dan ook zeker is voldoende toezicht en controle over de vennootschap in kwestie te kunnen uitoefenen. Reden daartoe is dat de inschrijving op een brievenbusadres als een omstandigheid kan beschouwd worden die wijst op medeplichtigheid bij het bewerken van het onvermogen in de zin van artikel 490bis, alinea 1, tweede lid van het Strafwetboek ⁽¹⁸⁾, zeker wanneer deze vennootschappen bovendien tekort komen aan hun controleverplichtingen in welk geval haast als vanzelfsprekend wordt aangenomen dat hiervoor de cijferbeoefenaar, op wiens kantooradres de vestiging wordt getolereerd, verantwoordelijk is.

504. Voortgaande op deze beginselen, maar meer in de richting van valsheid in geschrifte, heeft de Correctionele Rechtbank van Antwerpen op 28 maart en 25 april 2012 twee vonnissen geveld waarin enkele handelaars in fictieve adressen en vennootschappen tot ernstige gevangenisstraffen werden veroordeeld.

In een aanbeveling van februari 2005 heeft het BIBF al gesteld dat de praktijk van het domiciliëren van vennootschappen op het adres van de boekhouder ongunstig wordt geadviseerd maar niet verboden wordt. Iets minder dubbelzinnig is het standpunt van het IAB dat dergelijke domiciliëring tot 9 oktober 1999 verboden heeft, maar sinds die dag zijn standpunt gewijzigd heeft “*ten gevolge van de geëvolueerde behoeften van het bedrijfsleven*”. Het IBR is genuanceerder (ook geëvolueerd na het verslag 1992) en beveelt omzichtigheid en terughoudendheid aan ⁽¹⁹⁾.

Enkel wanneer het gaat om vennootschappen in vereffening, schijnt het onvoorwaardelijk te kunnen, maar ook dan is het opletten geblazen aangezien het verzuim van bepaalde vereffeningformaliteiten (publicatievoorschriften bij buitenlandse vennootschappen, bijeenroepen algemene vergadering, voorlegging jaarrekening, neerlegging vereffeningverslagen) strafrechtelijke gevolgen kan hebben (art. 196 W. Venn.).

505. Zo al bij al de gevallen waarin de bedrijfsrevisor strafrechtelijk aansprakelijk wordt gesteld, gelukkig zeer beperkt zijn, laat het zich aanzien dat dit onder het nieuw normatief kader niet anders zal zijn. De omvang ervan biedt immers een houvast die weinig ruimte overlaat en, laat het zijn dat er interpretatie mogelijk is, dan zal deze interpretatie doorgaans niet van dien aard zijn dat zij een strafrechtelijke verantwoordelijkheid met zich meebrengt.

⁽¹⁷⁾ Hof van Justitie 30 september 2003, *TRV* 2006, p. 673.

⁽¹⁸⁾ Cass. 23 mei 1995, *Arr. Cass.* 1995, p. 508.

⁽¹⁹⁾ IBR, *Vademecum, Deel I: Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2009, p. 396.

2.3.2. Contractuele aansprakelijkheid

506. Anders ligt het uiteraard bij de contractuele aansprakelijkheid ⁽²⁰⁾.

Op zich schijnt deze aansprakelijkheid geen aanleiding te geven tot spraakmakende – en gelukkig eerder uitzonderlijke – veroordelingen en deze vinden hun oorsprong stevast in het verwijt van stereotiepe verslagen, geen opmerkingen over noodzakelijke afschrijvingen en RSZ-schulden, herwaarderingen en verlies maatschappelijk kapitaal ⁽²¹⁾. Merkwaardig is in dit verband is een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 11 februari 2009 ⁽²²⁾ dat vaststelde niet over de nodige technische kennis te beschikken om na te gaan of een commissaris-revisor een geval van fraude had moeten en kunnen ontwaren en zodoende een deskundige aanstelde die als vanzelfsprekend ... een bedrijfsrevisor was.

507. Ook hier laat het zich aanzien dat de invoering van het nieuw normatief kader geen noemenswaardige aangroei van aansprakelijkheidsbetwistingen met zich mee zal brengen.

2.3.3. Deontologische aspecten

508. Wat het deontologische aspect van de zaak betreft, kunnen we kort zijn. Er is immers geen enkel vrij beroep waar de deontologische normen zo identiek zijn aan de technische normen als bij de bedrijfsrevisoren. Een blik op de geanonimiseerde tuchtrechtspraak in beroep op de website van het IBR maakt dit meteen duidelijk ⁽²³⁾.

267

VASTSTELLEN, OPLEGGEN EN INTERPRETEREN VAN IFRS- EN ISA-STANDAARDEN

⁽²⁰⁾ Hierbij moet vooreerst opgemerkt worden dat het in het bestek van deze bijdrage onmogelijk is om volledigheid te betrachten. Voor uitvoerige omschrijvingen van de taak en de verantwoordelijkheid van de commissaris-revisor kan best verwezen worden naar twee uitstekende werken die recent het licht hebben gezien: K. GEENS en M. WYCKAERT, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht IV, Verenigingen en vennootschappen*, Deel II, De vennootschap, Algemeen deel, Mechelen, Kluwer, 2011, nrs. 309-315, p. 569-581; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 723-756, nrs. 1367-1405.

⁽²¹⁾ Antwerpen, 19 april 2005, *TRV* 2005, p. 338; Bergen, 16 mei 1974, *R.P.S.* 1974, nr. 6023, p. 158; Kh. Charleroi, 12 oktober 1976, *RPS* 1976, nr.5907, p. 143; Kh. Hasselt, 25 juni 2002, *TRV* 2003, p. 81.

⁽²²⁾ Brussel, 11 februari 2009, *NJW* 2009, p. 852.

⁽²³⁾ www.ibr-ire.be/nl/het_beroep/publiek_toezicht/tuchtuitspraken/Pages/default.aspx.

HOOFDSTUK 3

ENKELE OVERWEGINGEN TEN AANZIEN VAN DE INTERNATIONALE REFERENTIEKADERS

3.1. INLEIDING

509. Dat de invoering van internationale referentiekaders in de Belgische normatieve context onontbeerlijk is, werd reeds in de voorgaande hoofdstukken aangetoond. Toch willen wij nog enkele bedenkingen meegeven met betrekking tot de invoering van deze internationale referentiekaders in het Belgisch normatief kader met het oog op verdere reflectie.

3.2. UITDAGINGEN MET BETREKKING TOT DE INVOERING VAN DE TOEPASSING VAN DE ISA'S

270

ENKELE OVERWEGINGEN TEN AANZIEN VAN DE INTERNATIONALE REFERENTIEKADERS

3.2.1. “Rule based”

510. Het risico van een *rule-based* benadering van controlenormen bestaat in een foutief begrepen toepassing van het normatief kader door de audit te reduceren tot het formeel afwerken van de opgelegde regels, het zogenaamde “*box ticking*” (afvinkgedrag). Dergelijke werkwijze gaat uiteraard voorbij aan de essentie van de audit. Men kan zich inderdaad de vraag stellen of een *rule-based* benadering toepasbaar is gezien de complexiteit van een audit, mede door de veelheid en de verscheidenheid van de omgevingen waarin audits worden uitgevoerd.

Dergelijke benadering leidt wel tot een betere vergelijkbaarheid en geeft veel richting aan de auditors. De ISA's hebben dus onmiskenbaar een toegevoegde waarde, maar de toepassing ervan mag niet verglijden tot een louter “afvinkgedrag”. Dit zou bovendien afbreuk doen aan de onmiskenbare kwaliteitsverbetering van het auditreferentiekader waar de ISA's voor staan.

3.2.2. “An audit is an audit”

511. Zowel nationaal als internationaal wordt de stelling “*an audit is an audit*” verdedigd. Dit houdt in dat alle verklaringen van commissarissen, afgelegd naar aanleiding van een volkomen controle (die leidt tot een oordeel over het getrouw beeld van de financiële overzichten), eenzelfde draagkracht en betekenis hebben, ongeacht of het nu gaat om de jaarrekening van een beursgenoteerde multinational dan wel om een lokale KMO. Deze flexibiliteit in de toepassing van de ISA's wordt bekomen door uit te gaan van de premisse dat het normatief kader, *in casu* de ISA's, “*scalable*” zijn, of, anders gezegd, aanpasbaar zijn aan de complexiteit en de kenmerken van de omgeving waarin gecontroleerd wordt. De norm van het IBR van 10 november 2009 stelt in dat verband dat “*de ISA's voorzien dat de concrete toepassing daarvan aangepast is aan de eigenschappen van elke aan een controle onderworpen entiteit, meer bepaald: de omvang (KMO), de complexiteit en de aard daarvan (verenigingen)*”.

512. Toch is het voor eenieder duidelijk dat de uit te voeren controles in beide gevallen fundamenteel verschillend zullen zijn, niet in het minst naar uitgebreidheid toe. Hoe die flexibiliteit *in concreto* moet worden ingevuld is niet steeds even duidelijk. Sommigen

stellen dat een groot deel van die onduidelijkheid voortvloeit uit het feit dat de ISA's zouden zijn uitgewerkt voor grote, complexe entiteiten, de zogenaamde entiteiten van openbaar belang, en dat het pas is nadat dit normatief kader werd uitgetekend dat het bestaan van kleinere entiteiten werd herontdekt.

513. De vragen die hieromtrent kunnen rijzen, hebben in ieder geval geleid tot initiatieven, zowel op nationaal als op internationaal niveau, waarbij richtlijnen worden gegeven bij de toepassing van het zogenaamde “*scalability*”-principe. We denken hierbij onder andere aan de Practice Note 26 “*Guidance on Smaller Entity Audit Documentation*” ontwikkeld door de IAASB, aan de door het ICCI ontwikkelde illustratieve checklists en templates, waarvan het gebruik wordt aanbevolen bij de controles van kleine en middelgrote ondernemingen, en in het bijzonder aan de IFAC-publicatie “*Guide to Using ISA's in the Audits of Small- and Medium-Sized Entities*”.

271

Toch moet er opnieuw op gewezen worden dat voornoemde publicaties, zelfs deze van de IFAC, niet dezelfde rechtskracht hebben als de ISA's zelf, wel integendeel. Meer dan richtinggevend zijn zij niet. Dit houdt in dat de ISA's en de hierin zeer gedetailleerd beschreven uit te voeren en te documenteren controles, onverminderd en onverkort van kracht blijven.

514. De meeste van voornoemde richtlijnen concentreren zich bovendien op het documentatie-vraagstuk. Dit bevestigt hetgeen hiervoor gezegd werd: de kernverplichtingen van de ISA's zelf blijven onaangetast en hieruit zou men kunnen afleiden dat enkel de documentatie-modaliteiten “*scalable*” (aanpasbaar aan de context) zijn. Meteen rijst de vraag of het “*scalability*”-principe, dat vanzelfsprekend werkt in een “*principle based*”-omgeving, ook in een “*rule based*”-omgeving kan worden toegepast. Hoe meer de ISA's immers als “*rule based*” worden gekwalificeerd, hoe moeilijker ze aanpasbaar worden.

515. Dat ditzelfde conceptueel kader ook van toepassing is op kleinere, minder complexe entiteiten, bevestigt ons inziens het spanningsveld tussen enerzijds de auditbehoeften van laatstgenoemde entiteiten (en hun bereidheid om hiervoor te betalen) en anderzijds het ISA normatief kader. De genomen initiatieven, onder andere van de IFAC, waren noodzakelijk en zijn zeker lovenswaardig, maar kunnen in hoofde van de beroepsbeoefenaar mogelijk een vals gevoel van veiligheid creëren.

3.2.3. Concrete toepassing van de ISA's

516. De ISA's beschrijven op gedetailleerde wijze de procedures die uitgevoerd moeten worden tijdens de planningsfase van de audit, hoe de controles moeten worden uitgevoerd en hoe en aan wie over de controlebevindingen moet gerapporteerd worden. De ISA-voorschriften en -vereisten zijn dermate talrijk en complex dat voldoende informatica-ondersteuning onontbeerlijk wordt.

517. De complexiteit van het referentiekader wordt bovendien versterkt door het feit dat, onder andere middels het “*clarity project*”⁽¹⁾, het nodig blijkt de lees- en begrijpbaarheid van het normatief kader te verbeteren.

Dat het referentiekader in een vreemde taal (het Engels) werd opgemaakt, vergroot deze complexiteit uiteraard alleen maar. Vertalingen leiden onmiskenbaar tot essentiële nuanceverschuivingen en interpretatieproblemen zijn derhalve onvermijdelijk. Hoewel gedetailleerd, bevatten de controlestandaarden bepaalde nuances die niet door iedereen op dezelfde manier worden begrepen. Er is op heden geen internationaal orgaan waar bedrijfsrevisoren vragen aan kunnen stellen over de interpretatie van de internationale controlestandaarden, hetgeen het bereiken van de doelstelling van harmonisering van de externe controles uitermate moeilijk maakt. Op Belgisch niveau kunnen bedrijfsrevisoren vragen stellen aan het Informatiecentrum voor het bedrijfsrevisoraat (het ICCI), een private stichting naar Belgisch recht. Het ICCI is een autonoom orgaan dat werd opgericht in 2006 en waaraan vragen kunnen worden gesteld over revisorale opdrachten, maar geen litigieuze vragen, vragen over boekhoudkundige of fiscale zaken, controversiële vragen of nog onduidelijke vragen.⁽²⁾ De vraag stelt zich evenwel in welke mate aan het interpretatievraagstuk een loutere nationale invulling moet gegeven worden. Dit bij uitstek internationaal referentiekader vereist een monitoring van de interpretatieproblematiek op eenzelfde niveau op het gevaar af op korte termijn geconfronteerd te worden met uiteenlopende en mogelijk zelfs tegenstrijdige interpretaties.

3.2.4. De grote illusie

518. Financiële rapportering over de prestatie van een onderneming over een bepaalde periode is geen exacte wetenschap.

De jaarrekening weerspiegelt in eerste instantie de geboekte transacties, maar diezelfde jaarrekening is op een aantal essentiële punten gebaseerd op inschattingen, beoordelingen, en dus op hoofdzakelijk subjectieve elementen. Een treffend voorbeeld hiervan is te vinden in het aanleggen van voorzieningen, waarbij het gaat om het inschatten van het risico verbonden aan een dreigend of hangend geschil. Deze zogenaamde schattingswijzigingen (“*accounting estimates*”)⁽³⁾ zijn onvermijdelijk, bepalen in belangrijke mate het resultaat van het boekjaar en de presentatie van de jaarrekeningen, en zijn sterk beïnvloedbaar.

519. De auditor zal deze inschattingen uiteraard kritisch beoordelen en zijn bevindingen rapporteren. Maar het gevaar bestaat dat een “*expectation gap*” gecreëerd wordt. Risico’s zijn onvermijdelijk en men mag niet de illusie wekken dat risicoloos ondernemen mogelijk is, noch dat de tussenkomst van de auditor garandeert dat alle gebeurlijke risico’s onder controle en afgedekt zijn. De verantwoordelijkheid voor deze “*accounting estimates*” ligt derhalve in eerste instantie bij het bestuursorgaan. Toch is het merkwaardig

⁽¹⁾ Over het *clarity project* uitgevoerd door de IAASB (IFAC), www.ifac.org/auditing-assurance/clarity-center.

⁽²⁾ ICCI, *Jaarverslag 2011*, p. 5.

⁽³⁾ IAS 8, *Grondslagen voor financiële verslaggeving, schattingswijzigingen en fouten*, Verordening 1126/2008 van 3 november 2008.

dat, behoudens een wettelijk verplichte maar summiere vermelding van risico's en onzekerheden, aan het bestuursorgaan niet wordt gevraagd te rapporteren over de wijze waarop *in concreto* invulling werd gegeven aan het vraagstuk van de inschattingen bij de opmaak van de jaarrekening.

3.3. UITDAGINGEN MET BETREKKING TOT DE INVOERING VAN DE TOEPASSING VAN DE IFRS-STANDAARDEN

3.3.1. Continue verandering

520. De waarde van een referentiekader hangt ons inziens in sterke mate af van de stabiliteit van dit kader. Stabiliteit moet alle actoren toelaten om zich het kader eigen te maken, de implicaties ervan in te schatten en in functie hiervan te ageren. Fundamentele wetgeving heeft doorgaans een lange ontstaansgeschiedenis en wordt beschermd doordat complexe procedures ondoordachte wijzigingen proberen te voorkomen. Het valt te betreuren dat dit niet zo is voor het IFRS-referentiekader, dat continu in beweging is. De wijzigingen beperken zich dan niet tot de gebruikelijke tekstverfijning, maar fundamentele keuzes worden herzien, die in een aantal gevallen het rechtstreeks gevolg zijn van specifieke voorvallen. De vraag kan gesteld worden of men überhaupt nog wel kan spreken van een referentie als het kader voortdurend aan wijzigingen onderworpen wordt.

In dit verband poneerde Henri OLIVIER: *“Sommigen leggen een verband tussen de waardering van activa op basis van de reële waarde en de financiële crisis. Zij argumenteren dat de IAS 39 betreffende financiële instrumenten en de hiermee gepaard gaande verplichte toepassing van de reële waarde, de beslissing tot waardevermindering van de financiële activa van banken hebben versneld en tevens een schadelijke vluchtigheid voor de stabiliteit van het financiële systeem in zijn geheel hebben teweeggebracht.”*⁽⁴⁾.

3.3.2. Het doel voorbij?

521. Het IFRS-referentiekader is niet alleen voortdurend in verandering, het is ook extreem complex in die mate dat IFRS meer en meer aanzien wordt als een zaak voor specialisten zonder dat de gewone gebruiker van de jaarrekening nog kan volgen. Een uitstekend voorbeeld hiervan is te vinden in IAS 39 (*Financiële instrumenten: opname en waardering*), waarvoor voor de Europese Unie een “*carve out*” werd genomen. Dit terwijl de IFRS-standaarden nu net van toepassing zijn verklaard op de geconsolideerde jaarrekeningen van beursgenoteerde ondernemingen om de vergelijkbaarheid en de transparantie van de financiële verslaggeving te vergroten. Beursgenoteerde ondernemingen worden immers gekwalificeerd als “organisaties van openbaar belang” omwille van de onder het publiek verspreide kapitaalbasis. De bestaansreden zelf van het referentiekader en of de “gewone” gebruiker van de jaarrekening (*in casu* de kleine

⁽⁴⁾ ICCI, *IFRS en de Financiële Crisis*, Antwerpen, Maklu, 2010, nr. 1, p.8.

belegger) in werkelijkheid nog over dezelfde informatie beschikt dan voorheen, kunnen minstens in vraag gesteld worden.

3.3.3. Interpreteren en toepassen

522. Uit wat voorafgaat vloeit rechtstreeks voort dat er onvermijdelijk interpretatieproblemen zullen ontstaan ⁽⁵⁾. Vaak wordt hiervoor nu reeds binnen de auditkantoren een oplossing gezocht door een “IFRS *technical desk*” op te richten die alle beschikbare competenties bundelt. Deze desk dient te verzekeren dat het kantoor in concrete dossiers op consistente wijze gelijklopende en coherente standpunten inneemt.

274

Onnodig te stellen dat het toepassen van het IFRS-referentiekader steeds een moeilijkere evenwichtsoefening wordt.

ENKELE OVERWEGINGEN TEN AANZIEN VAN DE INTERNATIONALE REFERENTIEKADERS

⁽⁵⁾ In dit kader kan tevens gewezen worden op de verschillen die ontstaan tussen de “*latest legally binding consolidated text* (17.10.2008)” en de “*consolidated text - non-legally binding* (as of 17.12.2008)”, beide beschikbaar op de website van de Europese Commissie (http://ec.europa.eu/internal_market/accounting/ias/index_en.htm).

HOOFDSTUK 4

BESLUIT

523. Voor de IFRS-standaarden bestaat er reeds een geheel van standaarden waarvan de rechtskracht duidelijk is en waar, althans voor de Europese Unie, een enkele instantie, het Europees Hof van Justitie, de uniforme interpretatie waarborgt. Het toepassingsgebied van deze standaarden is op dit ogenblik nog eerder beperkt, maar zal in de toekomst worden uitgebreid en vroeg of laat ook gelden voor de enkelvoudige jaarrekening.

524. De afdwingbaarheid van de ISA's is op dit ogenblik alleen duidelijk voor wat hun verordenend karakter ten aanzien van de bedrijfsrevisoren betreft. Of zij zich ook opdringen aan derden is minder evident. Dit laat een rechter, die eventueel geroepen wordt om zich uit te spreken over een betwisting dienaangaande, toe om bij de beoordeling van de zaak oog te hebben voor de concrete omstandigheden van het dossier, de aard en de omvang van de zaak om op deze manier, in voorkomend geval, de norm te nuanceren en een vorm van “*scalability*” in zijn oordeel in te bouwen. Deze vrijheid zal voor een deel verloren gaan indien deze standaarden algemeen verbindend worden.

525. Toch kan men, in alle voorzichtigheid, voorspellen dat de invoering van de nieuwe regelgeving geen noemenswaardige of alarmerende verschuivingen op het vlak van aansprakelijkheid met zich mee zal brengen.

Dit is overigens inherent aan de evolutie die het beroep van bedrijfsrevisor het laatste decennium heeft doorgemaakt. De wetgevende ingrepen die de rol van de commissaris-revisor voorzien hebben van een structurele onafhankelijkheid, de gedegen opleiding en de vakkennis van de beroepsbeoefenaars alsook de waakzaamheid van het IBR, de mogelijkheden tot aansprakelijkheidsbeperking en de verzekeringstechnische mogelijkheden tot bescherming daartegen, hebben geleid tot het beeld van de vakbekwame en (soms misschien iets té) zelfverzekerde bedrijfsrevisor.

526. Wie zich op de rechtbank van koophandel bezighoudt met de Kamer voor handels-onderzoek zal vastgesteld hebben dat de afgelopen jaren steeds vaker meldingen in toepassing van artikel 138 alinea 4 van het Wetboek van vennootschappen binnenkomen en wie zich mag bezighouden met de toepassing van de Wet van 2 juni 2006 ter verbetering van de vereffeningsprocedure ⁽¹⁾ zal gemerkt hebben dat de verslagen, vereist door artikel 181 § 1 van het Wetboek van vennootschappen niets aan duidelijkheid te wensen overlaten.

527. Misschien is het geen overbodige luxe om hier heel kort en bescheiden te pleiten voor een heropstart van het nadenken over de mogelijkheden tot multidisciplinaire samenwerkingsverbanden. Uiteindelijk betekent elke normering *ipso facto* juridisering. Na het *annus horribilis* 2002 is misschien nu het ogenblik gekomen om heel behoedzaam de draad terug op te nemen ⁽²⁾.

Vooraf omdat – hoe gek het ook moge klinken – de bedreiging vooral komt vanuit een onverwachte hoek, voornamelijk wat men gemeenzaam de “claimcultuur” is gaan

⁽¹⁾ Wet tot wijziging van het Wetboek van vennootschappen, teneinde de vereffeningsprocedure te verbeteren, BS 26 juni 2006, p. 32226.

⁽²⁾ Cf. C. BEVERNAGE, “De ondernemende advocaat in een advocatuur als onderneming”, in *Liber Amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, p. 53.

noemen. Als men ervan uitgaat dat de zogenaamde “claimcultuur” nog steeds niet over haar hoogtepunt heen is, wel integendeel, dan lijkt het gepast te besluiten met de woorden van Matteüs, die de bewonderenswaardige cumul van patroon van boekhouders, bankiers, douanebeambten, geldwisselaars, veiligheidsbeambten en beursmakelaars verenigt: *“Wees vredig als een duif maar voorzichtig als een slang”*.

