

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

nr. van 18 september 2014
in de zaak

In zake : de
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat
kantoor houdend te

bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat
kantoor houdend te

tegen :

het INSTITUUT VAN DE BEDRIJFSREVISOREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten
kantoor houdend te

bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 10 april 2013, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de Raad van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren van 11 januari 2013 waarbij aan de
wordt opgelegd “om onmiddellijk een einde te maken aan de omstreden toestand door [haar] ontslag als commissaris van de
te geven”, alsook “om binnen de maand een einde te maken aan de omstreden toestand door de aanvaardingsprocedure van het bedrijfsrevisorenkantoor aan te passen zodat de commissaris (zowel het kantoor als de vaste vertegenwoordiger) van de vennootschap die het voorwerp is van de bijkomende opdracht alle gegevens hieromtrent ontvangt teneinde te kunnen

onderzoeken of bij het vervullen van de opdracht door een lid van het netwerk of het bedrijfsrevisorenkantoor zelf, zijn onafhankelijkheid bij het uitvoeren van zijn commissarismandaat niet in het gedrang komt”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest van 7 maart 2013 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing ingewilligd.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend. De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 mei 2014.

Staatsraad heeft verslag uitgebracht.

Advocaten en die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat , die loco advocaten en verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3. Voor de weergave van de feiten wordt verwezen naar 's Raads tussenarres van 7 maart 2013, waarmee de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing werd bevolen.

Vervolgens heeft de verzoekende partij met een brief van 21 maart 2013 met betrekking tot de opgelegde aanpassing van haar aanvaardingsprocedure aan de Raad van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren of de Commissie van Toezicht een onderzoek gevraagd “opdat deze zich opnieuw van de conformiteit van onze systemen en procedures kan vergewissen”.

Er vindt enige verdere briefwisseling plaats waarbij stukken worden opgevraagd en meegedeeld en op 31 mei 2013 brengen twee door de Commissie van Toezicht aangestelde bedrijfsrevisoren een bezoek aan de kantoren van de verzoekende partij waarbij de aanvaardingsprocedure wordt onderzocht. Deze bedrijfsrevisoren besluiten in een verslag aan de Commissie van Toezicht, ontvangen door de verzoekende partij op 14 augustus 2013, “dat er geen structurele gebreken zijn die nopen tot een aanpassing van de bestaande procedures” en zij stellen voor het “opheffen van de injunctie en het dossier t.a.v
zonder verder gevolg te klasseren”.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Standpunt van de partijen

4. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift tot nietigverklaring aan een rechtstreeks en persoonlijk belang te hebben bij de

aanvechting van de bestreden beslissing waarmee haar wordt opgelegd om onmiddellijk haar ontslag als commissaris van de te geven en waarmee haar wordt opgelegd om haar interne aanvaardingsprocedure aan te passen. Tegen deze twee injuncties is geen interne beroepsmogelijkheid voorzien en zij hebben ernstige financiële en morele nadelige gevolgen voor de verzoekende partij.

Door het bestreden ontslag zal de een andere revisor moeten aanstellen, waardoor de verzoekende partij voorhoudt een financieel nadeel van ongeveer 45.000 euro per jaar te lijden.

De opgelegde aanpassing van de aanvaardingsprocedure houdt volgens de verzoekende partij een definitieve veroordeling van haar interne procedures in en heeft een algemene draagwijdte die veel verder gaat dan wat enige wet of bepaling voorschrijft. Die aanpassing houdt de verplichting in tot goedkeuring van opdrachten voor elke derde, zowel een binnenlandse als een buitenlandse partij en inclusief minderheidsaandeelhouders, waarbij als enig criterium geldt dat het voorwerp van de opdracht betrekking heeft op de vennootschap waarvan men als commissaris is aangesteld. Hierdoor wordt de smetteloze reputatie van de verzoekende partij onherstelbaar beschadigd en lijdt de verzoekende partij een onrechtmatig en buitenproportioneel concurrentieel nadeel. In de meerderheid van de kleine, middelgrote en grote ondernemingen zijn geen gegevens van aandeelhouders voorhanden, laat staan van minderheidsaandeelhouders. De complexiteit bij het identificeren van minderheidsaandeelhouders wordt beduidend groter, hetgeen een bijzondere meerkost en extra personeel vereist terwijl de concurrenten van de verzoekende partij dergelijke investering niet hoeven te doen. De verzoekende partij is van oordeel dat haar bestaande systemen voldoen aan de wetten en normen die op haar van toepassing zijn.

5. De verwerende partij stelt in de memorie van antwoord dat het door de verzoekende partij opgegeven financieel en moreel nadeel kennelijk

overdreven is en dat het enkel de verzoekende partij zelf toekomt om de plicht van onafhankelijkheid te behartigen. Het financiële nadeel van 45.000 euro per jaar is zeer miniem, gelet op de jaaromzet van de verzoekende partij. Wat de voorgehouden reputatieschade betreft, is noch de bestreden beslissing noch de inhoud ervan bekendgemaakt. Het ontslag en/of de verandering van bedrijfsrevisor behoort tot het dagelijkse bedrijfsleven. Verder houdt de bestreden beslissing volgens de verwerende partij slechts een zeer eenvoudige verificatie in bij elke transactie, om na te gaan of zich al dan niet een belangenconflict in hoofde van de bedrijfsrevisor voordoet. De tot heden gevolgde procedures blijken immers niet correct te hebben gewerkt. De verwerende partij ziet niet in hoe deze beslissing negatieve gevolgen zou kunnen hebben voor de reputatie van de verzoekende partij waardoor deze laatste zou kunnen worden benadeeld ten opzichte van haar concurrenten. De controleprocedures van de concurrenten laten blijkbaar wel toe om situaties zoals de voorliggende zaak te vermijden. De implementatie van dergelijke controle is niet bijzonder complex, de verzoekende partij hoeft zich slechts bij haar cliënt te bevragen over de achterliggende economische voordelen. Dit gaat niet gepaard met bijkomende kosten of personeel dat moet worden aangeworven.

6. In de memorie van wederantwoord voegt de verzoekende partij toe dat een publicatie van de bestreden beslissing in de toekomst niet uitgesloten is en dat de pers na het schorsingsarrest wel degelijk over het verlies van haar mandaat heeft bericht. Het financiële nadeel van de eerste injunctie volstaat om het belang van de verzoekende partij aan te tonen en omwille van de tuchtrechtelijke aard van die injunctie is er ook een moreel belang.

Volgens de verzoekende partij geeft de verwerende partij een eigen, enge interpretatie aan de opgelegde aanpassing van de aanvaardingsprocedure, hetgeen niet strookt met de algemene draagwijdte van die beslissing.

7. In haar laatste memorie wijst de verwerende partij erop dat de verzoekende partij haar mandaat van commissaris van de : ter

beschikking heeft gesteld en dat een nieuwe revisor werd aangeduid. De injunctie om het mandaat van commissaris bij de [redacted] te stoppen heeft geen voorwerp meer en de verzoekende partij heeft geen belang meer bij de nietigverklaring van die injunctie.

8. De verzoekende partij haalt in haar laatste memorie onder meer aan dat de vernietiging van de beslissing waarmee haar wordt opgelegd ontslag als commissaris van de [redacted] te geven, haar onmiskenbaar een voordeel zal opleveren. De verzoekende partij zal daardoor immers in de parallelle tuchtprocedure van de verwerende partij tegen de verzoekende partij kunnen volhouden dat de injunctie om ontslag te nemen onwettig was. Overigens heeft de verzoekende partij geen ontslag als commissaris genomen in uitvoering van de kwestieuze injunctie. Zij was slechts bereid om op een tijdstip dat niet schadeverwekkend voor haar opdrachtgeefster of voor derden kon zijn haar mandaat zonder erkenning van schuld, in eigen beheer en niet omwille van een negatieve beoordeling door haar beroepsgroep, ter beschikking te stellen en dit in een streven de relatie met de verwerende partij te normaliseren en haar opdrachtgeefster te behoeden voor de negatieve gevolgen van een ontijdige verbreking van de samenwerking.

Beoordeling

9.1. De bestreden beslissing waarmee aan de verzoekende partij wordt opgelegd haar ontslag als commissaris van de [redacted] te geven, kan, zoals hierna uit de behandeling van het eerste onderdeel van het eerste middel zal blijken, als een verholen tuchtsanctie worden beschouwd. Derhalve beschikt de verzoekende partij over een afdoende moreel belang, hetgeen reeds volstaat om wat dat betreft de nietigverklaring van de bestreden beslissing te vorderen.

9.2. In de mate dat met de bestreden beslissing aan de verzoekende partij wordt opgelegd de aanvaardingsprocedure aan te passen, betwist de

Bedrijfsrevisoren te buiten gaat. Dit gebod is immers niet in de tijd beperkt en maakt niet het voorwerp uit van een bezwaarprocedure of een intern beroep, doch beantwoordt aan alle kenmerken van een tuchtsanctie. Door onder het mom van een injunctie een tuchtsanctie op te leggen die in artikel 73 van de wet van 22 juli 1953 is voorzien, zijn de artikelen 36, 37, 38 en 39 van die wet geschonden.

De verzoekende partij verwijst eveneens naar het tussenarrest van 7 maart 2013 waarin de Raad van State heeft geoordeeld dat de opgelegde maatregel tuchtrechtelijk van aard is en overeenkomt met een tuchtsanctie waardoor sprake is van een ernstig middel. Volgens de verzoekende partij legt de huidige zaak een praktijk bloot waarbij de Raad van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren verkapte tuchtsancties neemt met volledige miskennis van het recht van verdediging.

10.3. De verzoekende partij voert in hetgeen als een tweede onderdeel kan worden beschouwd “met betrekking tot de tweede bestreden beslissing” aan dat het bewijs van een verkapte tuchtstraf kan worden geleverd door aan te tonen dat het berokkende nadeel groter is dan nodig om de goede werking van de dienst te herstellen, te dezen ingevolge de voorgehouden schending van de onafhankelijkheidsvereisten.

De bestreden beslissing beperkt zich wat de aanpassing van de aanvaardingsprocedure betreft niet tot een opdracht voor de vennootschap waar men commissaris is of voor een controlerende aandeelhouder, maar houdt de verplichting in tot goedkeuring van opdrachten voor elke derde, zowel binnenlandse als buitenlandse partijen, inclusief minderheidsaandeelhouders, met als enig criterium dat het voorwerp van de opdracht betrekking heeft op de vennootschap waarvan men als commissaris is aangesteld. De verzoekende partij lijdt een concurrentieel nadeel doordat zij haar interne procedures moet aanpassen terwijl dit niet uit de regelgeving voortvloeit zodat haar concurrenten daar niet toe zijn gehouden. Het identificeren van minderheidsaandeelhouders (internationaal)

bezoldiging die zou kunnen leiden tot een totaal budget dat aanzienlijk hoger is dan het bedrag van de honoraria van de commissaris. Volgens de verwerende partij was het van meet af aan duidelijk dat de bijstandsoopdracht die de verzoekende partij op zich had genomen, de verkoop van (quasi) alle aandelen van de

betrof, hetgeen een duidelijk belangenconflict inhoudt waardoor de onafhankelijkheid van de commissaris in het gedrang kan komen. Bij de hernieuwing van het mandaat als commissaris was er een duidelijk probleem van onafhankelijkheid in hoofde van de verzoekende partij vermits niet valt in te zien hoe men als commissaris onafhankelijk over de cijfers van een vennootschap kan oordelen terwijl het netwerk van de commissaris diezelfde vennootschap zo aantrekkelijk mogelijk tracht voor te stellen. Deze toestand is bovendien van voortdurende aard, in die zin dat hij slechts wordt beëindigd wanneer de onafhankelijkheid opnieuw wordt gerespecteerd. Anders dan het schorsingsarrest lijkt in te houden, leidde de volledige uitvoering van de bijstandsoopdracht niet tot het verdwijnen van het onafhankelijkheidsprobleem. Volgens de verwerende partij heeft de Raad van het Instituut aldus binnen het kader van zijn wettelijke toezichtsoopdracht aan de verzoekende partij een injunctie opgelegd om onmiddellijk een einde te stellen aan de omstreden toestand door haar ontslag te geven als commissaris van de ; dit overeenkomstig artikel 36, § 1, van de wet van 22 juli 1953. Om een einde te maken aan de omstreden toestand kan tot een injunctie worden overgegaan indien een bedrijfsrevisor zich gedraagt op een wijze die in strijd is met de onafhankelijkheidsregels zoals onder meer vervat in artikel 14, § 3, van de voornoemde wet.

De verwerende partij betwist dat deze injunctie een tuchtmaatregel zou inhouden. Ze beoogt immers geen sanctie op te leggen, maar de maatregel strekt tot de beëindiging van een omstreden toestand. Omwille van deze bevoegdheid van de Raad van het Instituut heeft het geen belang of de injunctie vooraf werd aangekondigd of niet en is het irrelevant dat de Raad in zijn brief van 10 juli 2012 gewag maakte van een terechtwijzing maar uiteindelijk tot een injunctie is overgegaan. De verwerende partij benadrukt dat dezelfde feiten die

aanleiding hebben gegeven tot de injunctie, eveneens kunnen leiden tot een verwijzing van de bedrijfsrevisor naar de tuchtinstanties. Injuncties enerzijds en tuchtsancties anderzijds dienen volgens haar evenwel van elkaar te worden onderscheiden.

De verwerende partij acht 's Raads arrest nr. 49.283 van 27 september 1994 te dezen niet dienstig en de aantijgingen van de verzoekende partij betreffende de miskenning van haar recht van verdediging naast de kwestie en niet gesteund op ernstige argumenten. Waar de verzoekende partij de volledige miskenning van het recht van verdediging in het verzoekschrift tot schorsing vruchteloos trachtte te staven, is dit in het verzoekschrift tot nietigverklaring zelfs niet meer het geval. Volgens de verwerende partij aanvaardt de verzoekende partij aldus minstens impliciet de weerlegging in de nota met opmerkingen.

11.2. De verwerende partij gaat er in de memorie van antwoord evenmin mee akkoord dat de bestreden beslissing houdende gebod tot het aanpassen van de aanvaardingsprocedure van de verzoekende partij een verkapte tuchtsanctie zou zijn. De kantoororganisatie van de verzoekende partij verliep mank vermits enerzijds in de toegepaste aanvaardingsprocedure het akkoord ontbrak van de commissaris van de vennootschap die het voorwerp van de bijkomende opdracht is, en anderzijds de procedure van de verzoekende partij niet het exhaustief informeren van die commissaris voorziet. Om de uit zulke omstandigheden voortvloeiende omstreden toestand te beëindigen, werd de verzoekende partij verplicht haar aanvaardingsprocedure aan te passen, zodat de kwestieuze commissaris alle gegevens ontvangt om te kunnen nagaan of zijn onafhankelijkheid als commissaris niet in het gedrang komt bij het vervullen van de bijkomende opdracht door een lid van het netwerk of het bedrijfsrevisorenkantoor zelf. De commissaris (of zijn vaste vertegenwoordiger) moet logischerwijze ook op de hoogte worden gehouden van de verdere ontwikkelingen van de bijkomende opdracht, naast het mandaat van commissaris.

De verwerende partij ziet niet in hoe deze injunctie schade of enig nadeel zou kunnen berokkenen omdat zij slechts een einde aan de omstrede toestand wenst te stellen, omdat de naleving van de onafhankelijkheidsregels in gelijke mate voor elk bedrijfsrevisorenkantoor geldt en omdat een commissaris minstens zijn eigen onafhankelijkheid moet kunnen beoordelen. Dit gaat niet verder dan wat de wettelijke bepalingen voorschrijven. Indien andere kantoren ook zouden tekortkomen aan de onafhankelijkheidsregels, zouden hen eveneens passende maatregelen worden opgelegd. Voor zover de injunctie “vaag en zeer ruim” zou zijn geformuleerd, is zij alleszins glashelder en ziet de verwerende partij er dus geen probleem in.

Wat de door de verzoekende partij aangehaalde brief van 29 maart 2013 betreft, wijst de verwerende partij erop dat de verzoekende partij zelf een (bijkomende) beoordeling van de conformiteit van haar procedures heeft gevraagd, dat de verwerende partij op dat voorstel is ingegaan en in dat kader enkele vragen heeft gesteld. De verwerende partij heeft zich constructief en flexibel willen opstellen, hetgeen echter niet betekent dat zij de opgelegde injunctie als problematisch zou aanzien.

12. In de memorie van wederantwoord voegt de verzoekende partij betreffende het eerste onderdeel toe dat het mogelijke samengaan van een injunctie en een tuchtsanctie niet tot gevolg mag hebben dat de injunctie op zichzelf al een tuchtsanctie is. Het opleggen van een verkapte tuchtsanctie heeft tot gevolg dat de procedure, en dus de noodzakelijke waarborg van het bij tuchtsancties voorziene recht van verdediging, is miskend. Het is de verzoekende partij een raadsel hoe de verwerende partij meent te moeten stellen dat de verzoekende partij zou hebben aanvaard dat haar recht van verdediging niet zou zijn miskend.

Betreffende het tweede onderdeel wijst de verzoekende partij op het op 14 augustus 2013 ontvangen verslag van de Commissie van Toezicht waarin deze “na evaluatie van de procedures die betrekking hebben op de aanvaarding en de verderzetting van een commissaris-opdracht, (...) van oordeel (is) dat er geen

structurele gebreken zijn die nopen tot een aanpassing van de bestaande procedures” en waarin wordt geadviseerd de injunctie op te heffen en het dossier ten aanzien van de verzoekende partij zonder verder gevolg te klasseren.

13. In haar laatste memorie citeert de verwerende partij uit het schorsingsarrest in de huidige zaak. Pas op het ogenblik dat het commissarismandaat werd hernieuwd, werd duidelijk dat een onafhankelijkheidsprobleem in hoofde van de verzoekende partij bestond. Het valt moeilijk in te zien hoe een commissaris in alle onafhankelijkheid kan oordelen over de jaarrekeningen enz. van een vennootschap, terwijl het netwerk van die commissaris dezelfde vennootschap zo aantrekkelijk mogelijk had trachten voor te stellen voor de verkoop ervan. Daarom behelsde het aanvaarden van het hernieuwde commissarismandaat volgens de verwerende partij een flagrante inbreuk op de onafhankelijkheidsregels. Anders dan in het schorsingsarrest wordt aangenomen, leidde de volledige uitvoering van de bijstandsoopdracht derhalve niet tot het verdwijnen van het onafhankelijkheidsprobleem. Het voorhanden zijn van de (voortdurende) omstreden toestand maakt dat de Raad van het Instituut bevoegd was om er conform artikel 36 van de wet van 22 juli 1953 een einde aan te stellen.

Voor het overige verwijst de verwerende partij naar de memorie van antwoord.

14. De verzoekende partij verwijst in haar laatste memorie naar de memorie van wederantwoord en sluit zich aan bij het auditoraatsverslag.

Beoordeling

15.1. Het eerste onderdeel van het eerste middel heeft uitsluitend betrekking op de bestreden beslissing voor zover deze de verzoekende partij oplegt onmiddellijk ontslag te geven als commissaris van de

Artikel 36 van de wet van 22 juli 1953, waarop de bestreden beslissing is gesteund, luidt als volgt luidt:

“§ 1. Indien de Raad kennis heeft van het feit dat een bedrijfsrevisor zich gedraagt op een wijze die strijdig is met het bepaalde in artikel 14, § 3, of geen passend gevolg geeft aan de bepalingen bedoeld in artikelen 32, § 2 of 33, § 5, kan deze hem, hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van de Kamer van verwijzing en instaatstelling, de verplichting opleggen binnen de door hem vastgestelde termijn en op de door hem vastgestelde wijze aan de omstreden toestand een einde te maken.

Deze injunctie kan worden opgelegd, onverminderd de eventuele verwijzing van deze bedrijfsrevisor naar de tuchtinstanties voor dezelfde feiten als deze die aan de basis liggen van de injunctie.

§ 2. Wordt hieraan door de bedrijfsrevisor binnen de hem toegemeten termijn op onvoldoende wijze gevolg gegeven, dan kan het Uitvoerend Comité voorlopige ordemaatregelen opleggen overeenkomstig artikelen 38 tot 40.

§ 3. Het niet-naleven van de injunctie bedoeld in de eerste paragraaf kan als dusdanig het voorwerp uitmaken van een tuchtsanctie”.

Artikel 36, § 1, laat de Raad van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren toe om middels een injunctie een einde te stellen aan het gedrag van een bedrijfsrevisor dat strijdig is met artikel 14, § 3, van de wet van 22 juli 1953, dat de bedrijfsrevisor onder meer verbiedt opdrachten te aanvaarden onder voorwaarden die een objectieve uitvoering daarvan in het gedrang zouden kunnen brengen (3°) en werkzaamheden uit te oefenen die onverenigbaar zijn met de onafhankelijkheid van zijn taak (4°).

In de bestreden beslissing wordt vastgesteld dat het commissarismandaat van de verzoekende partij op 13 december 2011 werd hernieuwd en dat deze hernieuwing een onafhankelijkheidsprobleem stelde in hoofde van de verzoekende partij omdat zij was tussengekomen in de verkoop van aandelen van de

Wezenlijk wordt aan de verzoekende partij verweten dat zij door het aanvaarden van de opdracht van de werkzaamheden heeft uitgeoefend die onverenigbaar zijn met de onafhankelijkheid van haar taak als commissaris van de . De bestreden beslissing vermeldt in dit verband:

“(…) de Raad (is) van mening dat het niet aanvaardbaar is dat het netwerk waartoe de commissaris van een vennootschap behoort, een opdracht aanvaardt van

bijstand in het verkoopproces van deze entiteit, middels variabele of vaste bezoldiging, die zou kunnen leiden tot een totaal budget dat aanzienlijk hoger is dan het bedrag van de honoraria van de commissaris. Het feit dat van bij de aanvang wordt overwogen dat de bijstandsoverdracht meer dan waarschijnlijk wordt uitgebreid tot de meerderheid van de aandeelhouders, is een verzwarende omstandigheid wegens een duidelijk risico van belangenconflicten die de geestelijke onafhankelijkheid van de commissaris in het gedrang kunnen brengen”.

Het gedrag dat volgens het standpunt van de verwerende partij de onafhankelijkheid van de verzoekende partij in het gedrang bracht en waaraan zij daarom middels een injunctie met toepassing van artikel 36, § 1, van de wet van 22 juli 1953 een einde zou hebben vermogen te stellen, betrof derhalve de uitvoering van deze opdracht van de _____ en niet de werkzaamheden van de verzoekende partij als commissaris van de _____ als zodanig, die zij al ononderbroken uitvoerde sinds 1999 en waarvoor haar mandaat inderdaad op 13 december 2011 formeel werd hernieuwd.

Op het ogenblik van de bestreden beslissing was de opdracht van de _____ echter sinds geruime tijd geheel uitgevoerd, zodat de Raad van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren krachtens de ingeroepen wetsbepaling geen verplichting meer kon opleggen om aan die omstreden toestand een einde te stellen. Doordat de bestreden beslissing steunt op de aanvaarding van de desbetreffende opdracht, die als een tekortkoming aan de beroepsplicht tot onafhankelijkheid wordt aangerekend, teneinde de verzoekende partij ertoe te dwingen ontslag te geven als commissaris van de _____, legt ze aan deze partij geen injunctie op die kan worden ingepast in artikel 36, § 1, van de wet van 22 juli 1953, maar veeleer een maatregel die tuchtrechtelijk van aard is en met name overeenstemt met de tuchtsanctie waarin is voorzien door artikel 73, § 1, c, van diezelfde wet - het verbod om bepaalde opdrachten te aanvaarden of verder te zetten - waarvoor de Raad van het Instituut evenwel niet bevoegd is aangezien de wet onder een hoofdstuk VIII “Beroepstucht”, andere, onafhankelijke organen daarmee heeft belast na het volgen van een procedure die de eerbiediging van de rechten van verdediging waarborgt.

Het eerste onderdeel van het eerste middel is derhalve gegrond met betrekking tot de opgelegde verplichting om ontslag te geven als commissaris van de _____ voor zover de onbevoegdheid van de Raad van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren en de schending van artikel 36 van de wet van 22 juli 1953 worden opgeworpen.

15.2. Het tweede onderdeel van het eerste middel heeft uitsluitend betrekking op de bestreden beslissing voor zover deze de verzoekende partij oplegt haar aanvaardingsprocedures aan te passen.

Een tuchtmaatregel kan van een maatregel van orde worden onderscheiden op grond van twee criteria. Vooreerst het motief, waarbij een tuchtmaatregel als voornaamste motief het straffen van een deontologische fout heeft, terwijl een ordemaatregel enkel beoogt de goede werking van de dienst te herstellen, zonder daarbij de schuldvraag te stellen. Vervolgens het schrikwekkend effect, waarbij een tuchtmaatregel als boete voor een schuldig gedrag schade wil toebrengen, terwijl een ordemaatregel niet méér lasten dan nodig voor de goede werking van de dienst wil opleggen. Bij een ordemaatregel moet het ongemak dat de maatregel kan berokkenen dus strikt beperkt blijven tot wat nodig is om de verstoring van de orde weg te nemen; alles wat daarboven gaat moet als een bestraffing en derhalve als een verkapte tuchtmaatregel worden beschouwd.

De in artikel 36, § 1, van de wet van 22 juli 1953 voorziene injuncties kunnen als ordemaatregelen worden beschouwd aangezien zij de verplichting opleggen om binnen de door de Raad van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren opgelegde termijn en op de door die Raad vastgestelde wijze een einde aan de omstreden toestand te maken.

De met de bestreden beslissing opgelegde aanpassing van de aanvaardingsprocedure strekt ertoe dat de vaste vertegenwoordigers van de verzoekende partij voldoende informatie krijgen over nieuwe opdrachten met betrekking tot de vennootschap waarin het mandaat van commissaris wordt

uitgeoeffend, zodat zij in de mogelijkheid zouden zijn hun standpunt te bepalen over de bedreiging van hun onafhankelijkheid bij de uitoefening van het voornoemde mandaat en over het gevolg dat daaraan dient te worden verbonden wat betreft het behoud van dat mandaat. De verzoekende partij toont niet aan en niets wijst erop dat het opleggen van een informatieverplichting met als bedoeling de commissaris (zowel het kantoor als de vaste vertegenwoordiger) van de vennootschap toe te laten zijn onafhankelijkheid bij het uitvoeren van zijn mandaat te beoordelen, is ingegeven door de wil om te bestraffen of méér lasten dan nodig voor het herstel van de goede werking van de dienst wil opleggen. Het valt niet in te zien hoe de opgelegde informatieplicht, die een louter interne werking heeft, het prestige van de verzoekende partij wezenlijk zou kunnen ondermijnen en haar concurrentiepositie ten aanzien van andere bedrijfsrevisoren in belangrijke mate zou kunnen ondergraven, vermits de concurrenten van de verzoekende partij dezelfde onafhankelijkheid in acht dienen te nemen. Evenmin blijkt uit de tekst van die injunctie dat ruimere verplichtingen worden opgelegd “dan wat enige wettelijke bepaling of norm voorschrijft”, zoals de verzoekende partij voorhoudt.

Op basis van de voorhanden zijnde gegevens is dan ook geen sprake van een verkapte tuchtmaatregel. Het tweede onderdeel van het eerste middel is ongegrond.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

16. De verzoekende partij werpt in een tweede middel de schending van de hoorplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, van het recht van verdediging en van de bepalingen van hoofdstuk VIII (beroepstucht) van de wet van 22 juli 1953 op.

De verzoekende partij voert in hetgeen als een tweede onderdeel van dat middel kan worden beschouwd “met betrekking tot de tweede bestreden

verzoekende partij haar mandaat als commissaris al dan niet kon voortzetten. De verzoekende partij kon dus op nuttige wijze haar argumenten geven betreffende de injunctie die haar zou worden opgelegd.

Betreffende de opgelegde aanpassing van de interne aanvaardingsprocedure stelt de verwerende partij dat de tot dan toe bestaande procedure niet naar behoren werkte gezien de voorliggende schending van de onafhankelijkheid, hetgeen ook in de samenvattende brief van 10 juli 2012 aan de verzoekende partij werd meegedeeld. Vanzelfsprekend moeten dergelijke mankementen voor de toekomst worden verholpen.

De verzoekende partij werd zowel mondeling als schriftelijk gevraagd de gegrondheid en de conformiteit van haar interne procedureregels aan te tonen, zodat het recht om te worden gehoord volledig werd nageleefd.

18. In de memorie van wederantwoord voegt de verzoekende partij toe dat de verwerende partij haar na het opleggen van het gebod om haar aanvaardingsprocedure aan te passen nog essentiële bijkomende stukken heeft gevraagd en dat twee leden van de verwerende partij haar op 31 mei 2013 bijkomende toelichting zijn komen vragen. De verzoekende partij heeft zelf per brief van 4 juni 2013 bijkomende vragen gesteld. Volgens de verzoekende partij blijkt uit de achteraf gevoerde briefwisseling dat de verwerende partij na het nemen van de bestreden beslissing nog onvoldoende kennis had van de door de verzoekende partij toegepaste aanvaardingsprocedures, hetgeen middels een correcte uitoefening van de hoorplicht had kunnen worden vermeden.

19. In haar laatste memorie laat de verwerende partij nog gelden dat aan de hoorplicht niet moet worden voldaan wanneer de betrokkene geen klaarheid in de feitelijke vaststellingen kan brengen. Vernietiging van een beslissing op grond van een schending van de hoorplicht is volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie slechts mogelijk indien wordt vastgesteld dat de procedure zonder die onregelmatigheid tot een ander resultaat zou hebben geleid. De verwerende

partij is van mening dat de verzoekende partij te dezen nuttig de gelegenheid heeft gekregen om haar standpunt uiteen te zetten en niet méér duidelijkheid in het dossier kon verschaffen.

20. De verzoekende partij verwijst in haar laatste memorie naar de memorie van wederantwoord en sluit zich aan bij het auditoraatsverslag.

Beoordeling

21.1. Uit de behandeling van het tweede onderdeel van het eerste middel blijkt dat de bestreden beslissing geen (verkapte) tuchtmaatregel inhoudt waar een aanpassing van de interne aanvaardingsprocedure van de verzoekende partij wordt opgelegd. Het recht van verdediging is bijgevolg niet van toepassing.

21.2.1. De hoorplicht heeft tot doel dat in beginsel tegen niemand een ernstige maatregel kan worden genomen die gegrond is op zijn persoonlijk gedrag en die van aard is om zijn belangen ernstig aan te tasten, zonder dat hem vooraf de gelegenheid wordt geboden zijn standpunt op een nuttige wijze te doen kennen. In dergelijk geval moet de betrokkene de gelegenheid krijgen zich uit te spreken, niet alleen over het bestaan en de ernst van de feiten die aan de basis van de voorgenomen maatregel liggen, maar ook over de noodzaak om die maatregel te nemen. Dit impliceert dat de betrokkene vooraf kan weten welke maatregel tegen hem wordt overwogen en welke feiten en grieven tegen hem worden ingebracht. De betrokkene moet een redelijke termijn krijgen om zijn verweer voor te bereiden.

21.2.2. Op 30 maart 2012 wordt de afgevaardigde van de verzoekende partij door de Commissie van Toezicht gehoord.

Met een brief van 10 juli 2012 deelt de Commissie van Toezicht het volgende mee aan de verzoekende partij:

“(…)

Bij deze komen wij terug op de overdracht van aandelen van de

Met onderhavig schrijven deelt de Commissie van Toezicht u de elementen mede op grond waarvan het kantoor . een terechtwijzing kan opgelegd worden in toepassing van artikel 37 van de wet van 22 juli 1953 of waarvoor het bedrijfsrevisorenkantoor mogelijk naar de tuchtinstanties zou kunnen worden verwezen.

(...)

Uit het geheel van bovenvermelde elementen blijkt dat het systeem van interne controle van het bedrijfsrevisorenkantoor niet op een efficiënte manier heeft gewerkt. Dit gebrek heeft geleid tot een onafhankelijkheidsprobleem in hoofde van de commissaris van de . het kantoor

(artikel 133, § 1 van het Wetboek van Vennootschappen).

(...)

Bovenvermelde vaststellingen vormen een inbreuk op artikel 458 van het Strafwetboek en op artikel 79 van de wet van 22 juli 1953 houdende oprichting van een Instituut van de Bedrijfsrevisoren en organisatie van het publiek toezicht op het beroep van bedrijfsrevisor.

(...)"

Aan de verzoekende partij werd dus de mogelijkheid van een terechtwijzing met toepassing van artikel 37 van de wet van 22 juli 1953 of een tuchtprocedure meegedeeld. Zij werd niet op de hoogte gebracht van het voornemen een injunctie op grond van artikel 36 van die wet op te leggen, meer in het bijzonder niet van het voornemen om een aanpassing van de aanvaardingsprocedure van de verzoekende partij op te leggen.

Bijgevolg heeft de verzoekende partij haar belangen niet kunnen vrijwaren door wat dat betreft haar opmerkingen te doen kennen en een voor haar ongunstige beslissing te vermijden. Dit geldt des te meer nu blijkt dat de onderzoekers van de Commissie van Toezicht in hun verslag dat op 14 augustus 2013 aan de verzoekende partij ter kennis werd gebracht, hebben geadviseerd om de injunctie op te heffen.

Het tweede onderdeel van het tweede middel is gegrond wat de opgeworpen schending van de hoorplicht betreft in de mate dat met de bestreden beslissing aan de verzoekende partij wordt opgelegd haar interne aanvaardingsprocedure aan te passen.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt “de beslissing van de Raad van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren van 11 januari 2013 waarbij aan de
 wordt opgelegd “om onmiddellijk een einde te maken aan de omstreden toestand door [haar] ontslag als commissaris van de
 te geven”, alsook “om binnen de maand een einde te maken aan de omstreden toestand door de aanvaardingsprocedure van het bedrijfsrevisorenkantoor aan te passen zodat de commissaris (zowel het kantoor als de vaste vertegenwoordiger) van de vennootschap die het voorwerp is van de bijkomende opdracht alle gegevens hieromtrent ontvangt teneinde te kunnen onderzoeken of bij het vervullen van de opdracht door een lid van het netwerk of het bedrijfsrevisorenkantoor zelf, zijn onafhankelijkheid bij het uitvoeren van zijn commissarismaandaat niet in het gedrang komt”.
2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van achttien september tweeduizend veertien door de Raad van State, XIVe kamer, samengesteld uit:

staatraad, waarnemend voorzitter,
staatsraad,
staatsraad,

bijgestaan door

toegevoegd griffier.

De griffier

De voorzitter