



## Bestuurdersaansprakelijkheid: wrongful trading als paradepaard?

Thomas Vandenberghe – Pro Mandato – april 2020

eubelius

advocaten avocats attorneys

# Overzicht

1. (n)iets nieuws onder de zon?
2. kennelijk grove fout
3. wrongful trading
4. RSZ en fiscus

# Overzicht

1. (n)iets nieuws onder de zon?

2. kennelijk grove fout

3. wrongful trading

4. RSZ en fiscus

# Burgerrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid bij insolventie

- kennelijk grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement (artikel XX.224 WER);
- *wrongful trading* inbreuken (artikel XX.227 WER);
- fiscale en sociale zekerheidsschulden (art. 442quater WIB (bedrijfsvoorheffing) en artikel 93undecies C WBTW (BTW), beiden vervangen door artikel 51 Fiscaal Invorderingswetboek) en artikel XX.226 WER;
- laattijdige aangifte van het faillissement (artikel XX.102 WER);
- de alarmbelprocedure (artikel 633 W.Venn., artikel 332 W.Venn. en artikel 431 W.Venn., dan wel artikel 7:228 WVV, artikel 5:153 WVV en artikel 6:119 WVV);
- oprichtersaansprakelijkheid (artikel 456 W.Venn., artikel 229, lid 1 W.Venn. en artikel 405, W.Venn., equivalent in artikel 7:18, 2° WVV, artikel 5:16, 2° WVV en artikel 6:17, 2° WVV);
- gewone bestuursfout (artikel 527 W. Venn en art. 262-263 W. Venn, artikel 2:56 WVV);
- overtredingen van de statuten en/of het W.Venn. / WVV (artikel 528 W. Venn.; artikel 263 W. Venn. en nu inbegrepen in artikel 2:56 WVV);
- overtredingen van de algemene zorgvuldigheidsnorm (artikel 1382 BW).

# Het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen

- Naar een éénvormige regeling voor alle rechtspersonen geregeld door het Wetboek
    - Boek 2: vennootschappen en verenigingen
    - gelijkschakeling:
      - lid van een bestuursorgaan (dus ook vereffenaar)
      - dagelijks bestuurders
      - feitelijke bestuurders (“werkelijke bestuursbevoegdheid hebben”)
        - impact op feitelijke adviseurs?
- => Impact van notulering!

# Het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen

- Artikel 2:51 WVV / 2:56 – 2:58 WVV
  - Positieve verplichting tot behoorlijk bestuur:
    - *Elk lid van een bestuursorgaan of dagelijks bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak.*
  - Wettelijke verankering van marginale toetsingsrecht bij gewone bestuursfout:
    - *Deze personen zijn evenwel slechts aansprakelijk voor beslissingen, daden of gedragingen die zich kennelijk buiten de marge bevinden waarbinnen normaal voorzichtige en zorgvuldige bestuurders, geplaatst in dezelfde omstandigheden, redelijkerwijze van mening kunnen verschillen.*
    - “bestuurders” als norm
    - enkel van toepassing als er beleidsvrijheid is, dus niet bij overtreding wet / statuten
    - enkel manifeste fouten? => “*hindsight bias*”

# Het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen

- Hindsight bias: quid?

# Het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen

- Artikel 2:51 WVV / 2:56 – 2:58 WVV
  - Gewone bestuursfout – hoofdelijkheid bij en binnen collegiaal orgaan
    - *Indien het bestuursorgaan een college vormt, is hun aansprakelijkheid voor de beslissingen of nalatigheden van dit college hoofdelijk.*
      - ⇔ W. Venn.: statuten/wet
  - Schending van het wetboek of van de statuten – altijd hoofdelijk
    - *Zelfs indien het bestuursorgaan geen college vormt, zijn diens leden zowel jegens de rechtspersoon als jegens derden hoofdelijk aansprakelijk voor alle schade die het gevolg is van overtredingen van de bepalingen van dit wetboek of van de statuten van de rechtspersoon.*



# Het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen

- Artikel 2:51 WVV / 2:56 – 2:58 WVV
  - Ontheven van (hoofdelijke) ASP? => notuleren!
    - *Wat fouten bedoeld in het tweede en derde lid betreft waaraan zij **geen deel hebben** gehad, zijn zij evenwel van hun aansprakelijkheid ontheven indien zij de beweerde fout hebben **gemeld** aan **alle** andere leden van het bestuursorgaan, of, in voorkomend geval, aan het collegiaal bestuursorgaan en aan de raad van toezicht. Indien zij gebeurt aan een collegiaal bestuurs- of toezichtorgaan, wordt deze melding, evenals de bespreking waartoe zij aanleiding geeft, opgenomen in de **notulen**.*

# Het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen

- Artikel 2:51 WVV / 2:56 – 2:58 WVV
  - Bestuurder – rechtspersoon en vaste vertegenwoordiger
    - altijd hoofdelijk
    - VV altijd NP
    - Slechts één pet toegelaten
  - Geen exoneratie of vrijwaring a priori
    - *De rechtspersoon, zijn dochtervennootschappen of de door hem gecontroleerde entiteiten mogen de in het eerste lid vermelde personen niet vooraf exonereren of vrijwaren voor hun aansprakelijkheid jegens de vennootschap of jegens derden.*

# Het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen

- Aansprakelijkheidsbeperking?
  - bedoeling vs realiteit
  - enkel bij toevallige lichte fout
  - *de facto* uitgeholde regel

# Het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen

- Inwerkingtreding?
  - dwingend recht vanaf 01 januari 2020 of opt-in
    - verplichte conformering bij statutenwijziging
  - feiten dateren van na inwerkingtreding
  
- Verjaring?

# Het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen

- Insolventie?
  - kennelijk grove fout nu in WER in plaats van W. Venn. (zie verder)
  - wel impliciete wrongful trading regels (zie verder)
    - alarmbelprocedure
    - doorlopende financiële monitoring
    - liquiditeitstest bij uitkering
    - oprichtersaansprakelijkheid

# De “nieuwe” aansprakelijkheidsregels uit Boek XX

- Boek XX:
  - 1 mei 2018
  - enkel op insolventieprocedures geopend vanaf de datum van inwerkingtreding
- Ratio legis: lex societatis / COMI
  - geen escape voor buitenlandse vennootschappen
- Verruimd toepassingsgebied
  - XX.224 WER: aansprakelijkheidsvorderingen voor alle ondernemingen, uitgezonderd natuurlijke personen die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefenen

# De “nieuwe” aansprakelijkheidsregels uit Boek XX

- Verruimd toepassingsgebied
  - XX.224 WER: aansprakelijkheidsvorderingen voor alle ondernemingen, uitgezonderd natuurlijke personen die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefenen
    - Ondernemingen = RP en geen RP (uitz: geen RP en geen uitkeringen / de Staat / publiekrechtelijke RP die niet op de markt actief zijn)
    - quid natuurlijke personen die “*zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefenen*”
      - geen definitie
      - duurzaam karakter en niet in dienstverband
      - NP bestuurder kan onderneming zijn
        - => verschoonbaar faillissement kan verhaalsobject bij bestuurdersaansprakelijkheid inperken

# Overzicht

1. (n)iets nieuws onder de zon?

2. kennelijk grove fout

3. wrongful trading

4. RSZ en fiscus



# De kennelijk grove fout (XX.225 WER)

- Alle ondernemingen, behalve voor natuurlijke personen die een zelfstandige beroepsactiviteit uitoefenen
  - uitzondering voor de kleine ondernemingen (vennootschappen en VZW's) (gemiddelde omzet < 620.000 (excl. BTW) in de drie jaar voor het faillissement, balanstotaal laatste boekjaar < 370.000)
  - ruime uitbreiding toepassingsgebied in vergelijking met CVBA, BVBA en NV
- Vorderingsrecht
  - curator
  - schuldeiser bij stilzitten (met toe-eigeningsrecht curator)

# De kennelijk grove fout (XX.225 WER)

- Tegen wie?
  - huidige of gewezen bestuurders in de ruime zin
- Wat? Netto-passief
  - Matigingsrecht rechter
    - geheel of gedeeltelijk
    - verschillende onderlinge behandeling
  - Cap on liability ontzenuwd

# De kennelijk grove fout (XX.225 WER)

- Grondslag:
  - faillissement met (duidelijk) netto-passief
  - kennelijk grove fout die bijgedragen heeft tot het faillissement
    - kennelijk
      - marginaal toetsingsrecht WVV
      - hindsight bias
    - grof
      - Exceptioneel karakter

# De kennelijk grove fout (XX.225 WER)

- Casuïstiek blijft overeind:
  - miskenning boekhoudkundige / wettelijke verplichtingen
  - financieel ondoordacht beleid
  - passieve bestuurders en gebrek aan controle
  - miskenning vennootschapsbelang
  - frauduleuze systemen en phoenixing
  - bevoordeling van de bestuurder

# De kennelijk grove fout (XX.225 WER)

- Voor wie? Afhankelijk van vordering:
  - bij vermindering actief: opbrengst wordt verdeeld met inachtneming van de wettige redenen van voorrang
  - bij vermeerdering passief: opbrengst wordt evenredig verdeeld over alle schuldeisers
  - praktijk: schier onmogelijk?
- Kosten?
  - curator betrokken = kosten SE terugbetaald
  - curator niet betrokken = kosten SE enkel indien voordeel aan boedel heeft opgeleverd

# De kennelijk grove fout (XX.225 WER)

- Nut van de bepaling?
    - kennelijk => algemene verankering in WVV
    - grof => meerdere fouten maken het grove karakter
- => impact van wrongful trading?

# Overzicht

1. (n)iets nieuws onder de zon?

2. kennelijk grove fout

3. wrongful trading

4. RSZ en fiscus

# Wrongful trading: het nieuwe paradepaardje

- Schuldeiserbescherming
  - Ex ante: kapitaal als achterhaalde maatregel
  - Ex post: bestuurdersaansprakelijkheid als het nieuwe paradepaardje



# Het continuüm van bestuurdersverplichtingen

- Drie categorieën van bestuurdersverplichtingen...
  - CAT 1: algemene monitoring van (financiële) toestand onderneming
  - CAT 2: verscherpte aandacht voor de belangen van SE vs AH
  - CAT 3: faillissement

# Het continuüm van bestuurdersverplichtingen

- ... op een continuüm

Winst = CAT1

? CAT 2 ?

CAT 3 = Failliet



# Het continuüm van bestuurdersverplichtingen

- principaal-agent probleem
  - bestuurders = (beschermde vazal van de) (beperkt aansprakelijke) aandeelhouders
  - risico-appetijt aandeelhouders ten nadele van schuldeisers
    - aansprakelijkheidsvorderingen? Derde-inmenging
  - Angelsaksische papieren tijger als oplossing?
    - “moment of truth” = wisten of hadden moeten weten dat vanaf punt X de vennootschap redelijkerwijze te verwachten het faillissement niet meer zou kunnen afwenden

# Het continuüm van bestuurdersverplichtingen

- CAT 2: aanpakken van het principaal – agent probleem = wrongful trading
  - Vorderingsrecht van derden?
    - samenloopverbod en quasi-immuniteit
    - onredelijke verderzetting van reddeloos verloren onderneming
      - maakt een buitencontractuele fout op basis van artikel 1382
      - bestuurders aansprakelijk indien fout, schade en causaal verband

# Het continuüm van bestuurdersverplichtingen

- CAT 2: aanpakken van het principaal – agent probleem
  - Wrongful trading als wettelijke regel
    - XX.227 WER
    - MvT: codificatie van ontwikkelde rechtspraak => NEEN

# Wrongful trading (XX.227 WER)

- Welke ondernemingen?
  - alle ondernemingen
  - uitzondering voor vzw's, ivzw's en stichtingen die een vereenvoudigde boekhouding voeren (XX.227 § 5) maar niet voor alle kleine ondernemingen
- Wie?
  - alléén de curator
  - “*complexe appreciatie en diepgaande kennis van het verleden van de vennootschap vereist*”
  - vordering op basis van 1382 BW blijft mogelijk
- Tegen wie?
  - Huidige of gewezen bestuurders in de ruime zin

# Wrongful trading (XX.227 WER)

- Grondslag:

- het bestaan van een faillissement
- het bestaan van een netto-passief
- het bestaan van een fout die beantwoordt aan de volgende voorwaarden:
  - op enig ogenblik voor het faillissement weten (of moeten weten) dat er kennelijk geen redelijk vooruitzicht is om de onderneming of haar activiteiten te behouden en een faillissement te vermijden
  - hoedanigheid van bestuurder in de ruime zin hebben
  - vanaf het ogenblik van die (vermoede) kennis niet handelen zoals een normaal voorzichtig en zorgvuldig bestuurder in dezelfde omstandigheden zou hebben gehandeld

# Wrongful trading (XX.227 WER)

- Grondslag:
  - Causaal verband tussen fout en schade (netto-passief) is NIET VEREIST
    - geen codificatie bestaande regel
    - gelijkheidsbeginsel?
      - gewone fout zonder causaal verband ⇔ kennelijk grove fout met causaal verband



# Wrongful trading (XX.227 WER)

- Verdeling opbrengst: idem als bij kennelijk grove fout
- Cap on liability? Uitgehold?
  - toevallig lichte fout kan in principe voldoende zijn voor aansprakelijkheid onder XX.227 WER maar zou te verregaand zijn

# Wrongful trading (XX.227 WER)

- Beoordeling?
  - potentieel te verregaande macht voor de rechter
  - uitholling van kennelijk grove fout
  - belangrijke *ex ante* werking: regels uit het WVV worden nu impliciete wrongful trading regels:
    - alarmbelprocedure
    - positieve plicht tot voortdurende monitoring
    - beperking uitkeringsmogelijkheden

# Alarmbelprocedure

- Principe onder het W. Venn.:
  - NV (633), BVBA (322), CVBA (431))
    - wanneer ten gevolge van geleden verliezen het netto-actief daalt beneden 1/2 of 1/4 maatschappelijk kapitaal

# Alarmbelprocedure

- Principe onder het WVV
  - NV: herneming artikel 633 W. Venn.
    - inclusief gebreken en onduidelijkheden
    - louter historische balanstest is onvoldoende graadmeter voor insolventie
      - quid “recente” evoluties, risicoprofiel, inhoudelijke toetsing bijzonder verslag,...
  - BV en CV: nieuwe, niet-cumulatieve “triggers” nu kapitaal niet meer voorhanden is
    - (i) netto-actief is negatief óf dreigt negatief te worden
    - (ii) wanneer het bestuursorgaan vaststelt dat het niet langer vaststaat dat de vennootschap, volgens redelijkerwijze te verwachten ontwikkelingen, in staat zal zijn om gedurende minstens 12 maanden haar schulden te voldoen naarmate deze opeisbaar worden

# Alarmbelprocedure

- netto-actief is negatief óf dreigt negatief te worden
  - balanstest is niet louter mechanisch
  - “dreigen”?
- wanneer het bestuursorgaan vaststelt dat het niet langer vaststaat dat de vennootschap, volgens redelijkerwijze te verwachten ontwikkelingen, in staat zal zijn om gedurende minstens 12 maanden haar schulden te voldoen naarmate deze opeisbaar worden
  - liquiditeitstest als betere graadmeter voor insolventie
  - géén concrete berekeningshouvast
- Conclusie: minder formaliteit en meer subjectiviteit: de bestuurder als toekomstvoorspeller?

# Alarmbelprocedure

- Maatregelen
  - Schriftelijk verslag van de RvB
  - AV moet bijeenkomen binnen twee maanden nadat
    - verlies werd vastgesteld of
    - krachtens wettelijke en statutaire bepalingen had moeten vastgesteld worden
  - agenda AV:
    - verslag RvB (indien er geen is: nietigheid beslissing AV)
    - ontbinding én eventuele andere maatregelen

# Alarmbelprocedure

- Aansprakelijkheid bij niet naleving:
  - de door derden geleden schade wordt geacht uit het ontbreken van de bijeenroeping voort te vloeien
- weerlegbaar vermoeden
  - het vermoeden wordt **niet** weerlegd:
    - uit de beslissing van een laattijdig gehouden AV kan niet worden afgeleid dat een tijdig gehouden AV ook zou beslist hebben de activiteiten voort te zetten (
    - “*La société c’est moi*”
    - er werden herstelmaatregelen genomen ná de datum waarop de AV had moeten bijeenkomen
  - het vermoeden wordt **wel** weerlegd indien:
    - er wordt aangetoond dat de schade voortvloeit uit elementen die dateren van vóór het tijdstip waarop de algemene vergadering had moeten bijeengeroepen worden
    - de schuldeiser kon kennis nemen van de slechte financiële toestand van de vennootschap (via de neergelegde jaarrekening) en bleef toch leveren

# Alarmbelprocedure

- Schade?
  - zowel collectieve als individuele schade
  - schade is enkel deze die ontstaan is na het ogenblik waarop de AV had moeten bijeenkomen
- Dwingend recht
  - Enkel statutaire verstrenging van de criteria is mogelijk
  - WVV vanaf 01 januari 2020



# Alarmbelprocedure

- Periodieke verplichting ?
  - W. Venn.: geen verplichte jaarlijkse toepassing van de alarmbelprocedure behoudens indien het netto-actief verder daalt tot minder dan een vierde van het maatschappelijk kapitaal
  - WVV: niet gedurende 12 maanden, tenzij nieuwe redenen
- Beoordeling herstelmaatregelen ?
  - discretionaire bevoegdheid RvB
  - dus geen inhoudelijke toets noch opvolging

# Alarmbelprocedure

- Wrongful trading
  - alarmbelprocedure houdt een eigen regel van *wrongful trading* in nu het een mouw past aan het principaal – agent probleem tussen schuldeisers, bestuurders en aandeelhouders
  - alarmbelprocedure vormt een verdere vertaling van het kantelpunt / “*moment of truth*” en is zodoende een graadmeter voor wrongful trading en kennelijk grove fout

# Overzicht

1. (n)iets nieuws onder de zon?
2. kennelijk grove fout
3. wrongful trading
4. RSZ en fiscus

# Onbetaalde RSZ-schulden (XX.226 WER)

- Welke ondernemingen? Alle ondernemingen, géén uitzonderingen
- Wie? Curator of RSZ
- Tegen wie? Huidige of gewezen bestuurders in de ruime zin

# Onbetaalde RSZ-schulden (XX.226 WER)

- Grondslag:
  - objectieve aansprakelijkheid voor RSZ-schulden indien de bestuurder in de 5 jaar voor het faillissement betrokken geweest is bij minstens 2 faillissementen of vereffeningen waarbij RSZ-schulden onbetaald gebleven zijn, mits ook daar (gewezen) bestuurder ten tijde van faillissement
  - Vroegere subjectieve regel uit het W. Venn. wordt niet weerhouden: grove fout aan de basis van het faillissement + vermoeden van grove fout bij eerdere betrokkenheid bij 2 faillissement
- Wat?
  - RSZ-schulden, geheel of gedeeltelijk (modulering rechter)

# Aansprakelijkheid voor niet-betaling BV en BTW (artikel 51 Fiscaal Invorderingswetboek)

- Principe: fiscus moet nog steeds fout aantonen maar fout en causaal verband (?) worden in sommige gevallen vermoed (artikel 442 quater WIB – artikel 93 undecies C W.BTW)
  - Toepassingsgebied
    - bestuurder van vennootschappen en grote VZW's
    - in eerste lijn: bestuurders belast met het dagelijks bestuur, maar daarnaast ook:
      - ✓ bestuurders die een fout begaan die heeft bijgedragen tot de niet-betaling
      - ✓ feitelijke bestuurders
- NIET: gerechtsmandatarissen

# Aansprakelijkheid voor niet-betaling BV en BTW (artikel 51 Fiscaal Invorderingswetboek)

- Toepassingsvoorwaarden:
  - niet-betaling van BV / BTW
  - bewijs van een fout van de bestuurder in de zin van artikel 1382 BW
    - bewijslast bij fiscus (inclusief causaal verband)
    - maar: wettelijk vermoeden

# Aansprakelijkheid voor niet-betaling BV en BTW (artikel 51 Fiscaal Invorderingswetboek)

- Vermoeden van fout indien:
  - minstens 3 vervallen schulden niet betaald zijn binnen 1 jaar (maandelijkse betaler)
  - minstens 2 vervallen schulden niet betaald zijn binnen 1 jaar (trimestriële betaler)
- Het vermoeden is weerlegbaar: tegenbewijs te leveren door de bestuurder
- Het vermoeden is niet van toepassing indien niet-betalen het gevolg is van financiële moeilijkheden die geleid hebben tot gerechtelijke reorganisatie, faillissement of gerechtelijke ontbinding
- Vermoeden van causaal verband?
  - Cass: “van rechtswege gehoudenheid”: van zodra fout vaststaat, ontstaat een hoofdelijke betalingsverplichting tussen bestuurder en vennootschap



# Aansprakelijkheid voor niet-betaling BV en BTW (artikel 51 Fiscaal Invorderingswetboek)

- Procedure
  - aangetekende brief van de ontvanger met verzoek
    - de nodige maatregelen te treffen, of,
    - aan te tonen dat de niet-betaling niet het gevolg is van een fout
  - pas 1 maand na deze kennisgeving kan een procedure worden ingeleid (sanctie: onontvankelijkheid)
  - ondertussen kunnen wel bewarende maatregelen genomen worden

# Vragen?

Voor meer informatie, contacteer:

---

**Thomas Vandenberghe**

---

**Senior Attorney**

---

+32 56 23 51 11

---

[thomas.vandenberghe@eubelius.com](mailto:thomas.vandenberghe@eubelius.com)

---

*Deze presentatie dient louter voor informatieve  
doeleinden en kan niet beschouwd worden als een  
juridisch advies.*

[www.eubelius.com](http://www.eubelius.com)

