

Joeri Vananroye

Bestuursaansprakelijkheid: een overzicht

versie 16 december 2019

inhoud

1	Overzicht en ratio van bestuursaansprakelijkheid	2
2	Bepalingen gemeen aan interne en externe bestuursaansprakelijkheid	13
3	Interne bestuursaansprakelijkheid	21
4	Externe bestuursaansprakelijkheid	30
5	Bestuursaansprakelijkheid na faillissement	35
5.1	Enkele gronden van bijzondere faillissements- aansprakelijkheid	36
5.2	Vorderingen van de boedel en van individuele schuldeisers ..	46
6	Beperkingen op en matiging van bestuursaansprakelijkheid ..	53

citeerwijze: J. Vananroye, “Bestuursaansprakelijkheid: een overzicht”, corpo-
ratefinancelab.org/bestuur, 16 december 2019

Bibliografie. G. Lindemans, *Schuldeiser & Rechtspersoon: actio pauliana en aansprakelijkheid wegens ongeoorloofde benadeling van schuldeisers van vennootschappen en verenigingen*, Intersentia, 2019, xx + 596 blz; J. Vananroye en G. Lindemans, “Schuldeisersbescherming tegen misbruik van rechtspersonen: het insolventierecht geeft en het vennootschapsrecht neemt?”, *DAOR* 2017, 15 e.v.; J.. Vananroye, G. Lindemans, R. Verheyden, “Vorderingen tot reconstructie van de boedel: (bestuurs)aansprakelijkheid en actio pauliana”, in *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen IV*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 111 – 156; S. De Dier, *Nietigheid van bestuursbesluiten in een vennootschap*, Roeselare, Roularta, 2016; M. Vandenboogaerde, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Intersentia, 2009; J.F. Goffin, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Larcier, 2004; J. Vananroye, “Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid”, in *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Intersentia, 2006, 261-302; K. Geens en J. Vananroye, “Bestuursaansprakelijkheid in NV en BVBA”, in *Vennootschaps- en financieel recht*, K. Geens (ed.), in *Vennootschaps- en financieel recht*, Themis-cahiers, Die Keure, 2002, 5-26; J. Vananroye, “Enkele recente evoluties inzake bestuursaansprakelijkheid”, in *Vennootschaps- en financieel recht*, Themis-cahier, Die Keure, 2005, 77-100; M. Wauters, “Nieuwe ontwikkelingen inzake aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders”, in *Vennootschaps- en Financieel recht*, Themis-cahier, Die Keure, 2008, 53-76; M. Wyckaert en F. Parrein, “Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid?”, in *Vennootschaps- en Financieel recht*, Themis-cahier, Die Keure, 2011; S. De Geyter, *Organisatieaansprakelijkheid. Bestuurdersaansprakelijkheid, corporate governance en risicomanagement*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 518 p.

1 Overzicht en ratio van bestuursaansprakelijkheid

- (1) **Summa divisio burgerrechtelijke bestuursaansprakelijkheid.** Traditioneel wordt als grote breuklijn in de bestuursaansprakelijkheid het onderscheid naar voren geschoven tussen:
- gewone bestuursfouten; en
 - overtredingen van het WVV of de statuten.

Helemaal verhelderend is dat niet altijd, al was het maar omdat de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad die geen overtreding is van het WVV of de statuten hierin geen plaats vindt. Een relevantere *summa divisio* is die tussen:

- interne aansprakelijkheid (contractueel - t.a.v. de vennootschap); en
- externe aansprakelijkheid (buitencontractueel - t.a.v. derden).

Voor tekortkomingen die een overtreding vormen van de vennootschapswetgeving of de statuten is er een bijzonder aansprakelijkheidsregime dat zowel geldt voor interne als externe aansprakelijkheid (zie verder nr. (10)). Dit bijzonder regime verandert niets aan de contractuele dan wel quasi-delictuele aard van de aansprakelijkheid.

Dit onderscheid wordt duidelijk gemaakt in de aanhef van art. 2:56 WVV:

- Intern: “De in artikel 2:51 bedoelde personen en alle andere personen die ten aanzien van de rechtspersoon werkelijke bestuursbevoegdheid hebben of hebben gehad zijn jegens de rechtspersoon aansprakelijk voor fouten begaan in de uitoefening van hun opdracht.”
- Extern: “Dit geldt ook jegens derden voor zover de begane fout een buitencontractuele fout is.”

Intern kunnen bestuurders door de rechtspersoon aansprakelijk worden gesteld voor bestuursfouten. Deze interne aansprakelijkheid is in de regel contractueel. Omdat de analogie met het lastgevingscontract vaak wordt gemaakt, heet de aansprakelijkheidsvordering ook wel de *actio mandati*.

T.a.v. derden kunnen bestuurders of zaakvoerders extern aansprakelijk gesteld worden voor onrechtmatige daden die ze begaan, zelfs al doen ze dit binnen hun bestuurstaak. Deze aansprakelijkheid kan zowel bestaan in (i) een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm of (ii) de schending van een specifieke wettelijke of reglementaire regel. De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent – geen vennootschapsrechtelijke regel, maar een regel van gemeen verbintenissenrecht – vormt een belangrijke grens op deze aansprakelijkheid t.a.v. de vrijwillige schuldeisers van de rechtspersoon.

Externe bestuursaansprakelijkheid kan bestaan in een onrechtmatige daad die ieder rechtssubject kan plegen maar die ‘toevallig’ door een bestuurder tijdens de uitoefening van zijn taak wordt gepleegd, als in een onrechtmatige daad die enkel door een bestuurder kan worden gepleegd.

Voorbeelden van die laatste functionele aansprakelijkheid zijn de bestuurder die de alarmbelprocedure niet naleeft, de jaarrekening te laat neerlegt of aan *wrongful trading* doet. Voorbeelden van gemeenrechtelijke aansprakelijkheid zijn de bestuurder die milieu-overtredingen begaat of door onzorgvuldigheden schade veroorzaakt. Dit onderscheid komt verder aan bod bij de bevoegde rechtbank (nr. (14) en verjaring (nr. (15))).

Dit onderscheid tussen externe en interne aansprakelijkheid is belangrijk voor de invulling van de toetsingsstandaard, de vorderingsgerechtigden in en buiten faillissement, de voorwaarden voor een deskundigenonderzoek, het effect van de kwijting, de mogelijkheid van exoneration, de bevoegde rechtbank ...

Binnen externe aansprakelijkheid kan een onderscheid worden gemaakt tussen aansprakelijkheid t.a.v. individuele schuldeisers en aansprakelijkheid t.a.v. de gezamenlijke schuldeisers. Dat onderscheid komt vooral aan de orde na faillissement, wanneer de rechten van de gezamenlijke schuldeisers in de faillissementsboedel zijn gebundeld. Het onderscheid is in het insolventierecht gekend als het onderscheid tussen individuele en collectieve schade. Vóór het faillissement kunnen individuele schuldeisers hun 'deel' in de collectieve schade individueel vorderen. Na een faillissement wordt er best een onderscheid gemaakt tussen:

- interne aansprakelijkheid t.a.v. de vennootschap;
- externe aansprakelijkheid t.a.v. individuele derden; en
- externe aansprakelijkheid t.a.v. de gezamenlijke schuldeisers ('boedel-schade').

De curator zal in de regel zowel de interne aansprakelijkheidsvorderingen kunnen uitoefenen als de externe aansprakelijkheidsvordering voor boedelschade. Het voorwerp van beide vorderingen wordt collectieve schade genoemd.

- (2) **Vindplaats van burgerrechtelijke aansprakelijkheid.** In Boek 2 staat een hoofdstuk over bestuurdersaansprakelijkheid. Deze regels zijn van toepassing op alle rechtspersonen (vennootschappen, VZW's, stichtingen) geregeld in het WVV.

Het is een betwistbare optie de rechtspersoon als aanknopingspunt te nemen voor deze regels. Er is immers geen overtuigende reden om bv. de aansprakelijkheid van de zaakvoerder van een maatschap anders te regelen dan de aansprakelijkheid van de zaakvoerder van VOF. Zie ook S. De Dier, "Mandatarisaansprakelijkheid: gemener dan gedacht", TRV 2015, 241-242: heel wat regels die zijn geëxpliciteerd voor de rechtspersonen gelden ook onverkort voor de maatschap (en de feitelijke vereniging), nl. dat de zaakvoerder zich niet persoonlijk verbindt voor de rechtshandelingen die

aan de organisatie kunnen worden toegerekend; dat de zaakvoerder t.a.v. de organisaties aansprakelijk is voor de behoorlijke vervulling van zijn mandaat; en dat de zaakvoerder t.a.v. derden aansprakelijk is voor een buitencontractuele fout. Ook van de 'marginale toetsing' kan wellicht worden aangenomen dat dit de uitdrukking vormt van een algemene regel die ook van toepassing is op bestuurders van vennootschappen en verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid. Hetzelfde geldt voor bestuurders van privaatrechtelijke rechtspersonen die niet worden geregeld door het WVV (bv. onderlinge verzekeringsverenigingen of rechtspersonen zoals de KU Leuven of de ULB opgericht bij aparte wet).

De belangrijkste regel van Boek 2 i.v.m. bestuursaansprakelijkheid die niet kan worden begrepen als de uitdrukking van gemeen recht is de kwantitatieve beperking van de bestuursaansprakelijkheid in art. 2:57. Die is niet van toepassing op bestuurders van organisaties zonder rechtspersoonlijkheid noch op rechtspersonen die niet door het WVV worden geregeld. Dit is een verschil in behandeling waarvoor geen goede verantwoording voorhanden is.

Daarnaast bevatten de meeste boeken voor de afzonderlijke rechtsvormen bepalingen die gelden voor de leden van het bestuursorgaan van de betrokken boeken.

Zie voor de BV bij wijze van voorbeeld: art. 5:103 e.v. over de vennootschapsvordering en de minderheidsvordering; art. 5:138 over de aansprakelijkheid bij kapitaalverhogingen; art. 5:144 over de aansprakelijkheid indien komt vast te staan dat de bestuurders bij een beslissing tot uitkering wisten of, gezien de omstandigheden, behoorden te weten dat de vennootschap ten gevolge van de uitkering kennelijk niet meer in staat zou zijn haar schulden te voldoen zoals bepaald in artikel 5:143.

Sinds de invoering van Boek XX WER door de Wet van 11 augustus 2017 werden per 1 mei 2018 de faillissementsaansprakelijkheden uit het W.Venn. (oud art. 265, 409 en 530) opgegeven en vervangen door art. XX.225-226 WER (dat overigens geen identieke kopie is van de voorgangers in het W.Venn.).

Dat deze aansprakelijkheden onderdak kregen in het insolventierecht is vooral ingegeven door IPR-overwegingen. De insolventiewetgever reageert hiermee op de vrije keuze van het toepasselijk vennootschapsrecht die de Europese rechtspraak promoot en anticipeerde de vrije rechtskeuze in het WVV. Vrije keuze in het vennootschapsrecht kan gepaard gaan met adequate schuldeisersbescherming, mits die bescherming zit in een regel met een objectieve aanknopingsfactor, zoals het insolventie-

recht. Het toepasselijke insolventierecht is dat van de plaats waar de insolvente schuldenaar het centrum van zijn voornaamste belangen (*centre of main interests*, COMI) heeft. Dit is een aanknopingspunt dat niet louter afhangt van de wilsautonomie van de schuldenaar. Doordat deze bestuursaansprakelijkheden nu in het insolventierecht zitten, volstaat een loutere keuze voor buitenlands vennootschapsrecht niet om er automatisch aan te ontsnappen. Ook in het Verenigd Koninkrijk bevinden regels inzake faillissementsaansprakelijkheid zich traditioneel in het insolventierecht. Duitsland heeft regels rond bestuursaansprakelijkheid, waaronder de *Insolvenzverschleppungshaftung* voor voortzetting van een reddeloze onderneming, verscheept naar het insolventierecht. Het arrest Kornhaas leert dat dit verzoenbaar is met de Europese regels inzake vrijheid van vestiging (HvJ 10 december 2015, C-594/14, Kornhaas, ECLI:EU:C:2015:806. Zie hierover G. Lindemans, “The Walls Have Fallen, Run for the Keep: Insolvency Law as the New Company Law for Third Parties”, *ERPL* 2016, 888-889, nr. 24-25).

Het toepassingsgebied *ratione societatis* van de faillissementsaansprakelijkheden in Boek XX is ruimer dan de gemene bepalingen van Boek 2 WVV. Zij gelden luidens art. XX.224 voor alle ondernemingen in formele zin met uitzondering van natuurlijke personen, d.w.z. onder meer alle rechtspersonen van privaatrecht en maatschappen. De afbakening van dit toepassingsgebied lijkt meer verantwoord dan dat van Boek 2 WVV.

Bij een schuldenaar-natuurlijke persoon heeft het weinig zin om onrechtmatigheden die hebben bijgedragen tot de insolventie recht te zetten door middel van een aansprakelijkheidsvordering. Dat is als een hond die in zijn eigen staart wil bijten: de remedie wordt door de onrechtmatigheid zelf nutteloos gemaakt en verergert er zelfs de gevolgen van. Net daarom worden de organisatie van het bedrieglijk onvermogen (art. 490 *bis* Sw.) en gelijkaardige faillissementsmisdrijven strafrechtelijk gesanctioneerd; het civielrechtelijke apparaat schrikt de natuurlijke persoon immers niet voldoende af. En uiteraard daarom is de *actio pauliana* in de eerste plaats ontwikkeld als een zakenrechtelijke remedie. De functie van bestuursaansprakelijkheid bij ondernemingen die geen natuurlijke persoon zijn, wordt bij natuurlijke personen vervuld door de gehele of gedeeltelijke weigering van kwijtschelding bij faillissement. Zie J. Vananroye, “Aansprakelijkheid en insolventierecht: delven in de rijke groeve”, in *Vraagpunten op de grens van het insolventierecht, goederenrecht en verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 177 e.v.

- (3) **Vaste vertegenwoordiger van rechtspersoon-bestuurder: doorbraakregel.** Rechtspersonen die een bestuursmandaat (met inbegrip van het mandaat van

zaakvoerder of lid van de directieraad) bekleden moeten een vaste vertegenwoordiger aanstellen voor de uitvoering van de bestuurstaak. Deze vertegenwoordiger is persoonlijk aansprakelijk, zowel op burgerrechtelijk als strafrechtelijk vlak, als zou hij het mandaat in eigen naam en voor eigen rekening vervullen (art. 2:55, eerste lid WVV). Uiteraard blijft ook de bestuurder-rechtspersoon zelf onverkort instaan voor de aansprakelijkheid die wordt opgelopen naar aanleiding van de uitvoering van het bestuursmandaat.

Voor de aansprakelijkheid t.a.v. de bestuurde rechtspersoon is dit een wettelijke uitzondering op de immuniteit van de uitvoeringsagent. Het is daarmee een vorm van ‘doorbraak’ van de gewone regel van niet-aansprakelijkheid bij de rechtspersoon.

Deze doorbraak is nodig. Het probleem bij een opportunistisch misbruik van de rechtspersoon is dat iemand zijn aansprakelijkheid kan proberen te ontlopen, hetzij door die aansprakelijkheid bij een rechtspersoon te leggen (‘beperkte’ aansprakelijkheid), hetzij door aan persoonlijke aansprakelijkheid te ontkomen door het onderpand in een rechtspersoon onder te brengen (afgescheiden vermogen). Die ontwijking van aansprakelijkheid d.m.v. nieuwe aansprakelijkheidsremedies werkt niet als die aansprakelijkheid op haar beurt d.m.v. een rechtspersoon kan worden ontweken. Voor bestuursaansprakelijkheid is er daarom altijd minstens één concrete natuurlijke persoon wiens persoonlijk vermogen mee op het spel staat. Daarmee is bestuursaansprakelijkheid een betere remedie dan oprichtersaansprakelijkheid waar zo’n doorbraakregel niet bestaat. Wat betekent oprichtersaansprakelijkheid indien die oprichter een andere kapitaalame rechtspersoon kan zijn?

Enigszins ten overvloede preciseert de wet dat de aansprakelijkheid van de vaste vertegenwoordiger zich niet uitstrekt tot de persoonlijke gehoudenheid voor de vennootschapsschulden die in de vennootschappen met onvolkomen rechtspersoonlijkheid op de zaakvoerder-vennoot rust. Enkel de rechtspersoon-zaakvoerder-vennoot staat met zijn volledige vermogen in voor de schulden van de VOF of CommV. De vaste vertegenwoordiger is echter wel mee aansprakelijk voor de goede uitoefening van het mandaat als zaakvoerder.

- (4) **Welke organen?** De bepalingen inzake bestuursaansprakelijkheid van Boek 2 gelden voor de leden van het bestuursorgaan, het dagelijks bestuur én de feitelijke bestuurders. Dit toepassingsgebied lijkt vooral geschreven met het oog op de kwantitatieve beperking van de bestuursaansprakelijkheid in art. 2:57 WVV.

In de NV kan men een duaal bestuur inrichten (art. 7:104 WVV). De aansprakelijkheid van de leden van de directieraad wordt onderworpen aan dezelfde regels als deze van de leden van de raad van toezicht (art. 2:56-2:58 WVV).

Daarnaast kan het dagelijks bestuur van de rechtspersoon, alsook de vertegenwoordiging van de vennootschap wat dat bestuur aangaat, in de meeste vormen worden opgedragen aan een of meer personen (art. 5:79, 6:67, 7:121, 9:10, 10:10, 11:14, 15:18, 15:21, 16:14 en 16:17 WVV). Het dagelijks bestuur omvat zowel de handelingen en de beslissingen die niet verder reiken dan de behoeften van het dagelijks leven van de rechtspersoon, als de handelingen en de beslissingen die, ofwel om reden van hun minder belang dat ze vertonen ofwel omwille van hun spoedeisend karakter, de tussenkomst van het bestuursorgaan niet rechtvaardigen.

De delegatie inzake dagelijks bestuur kan zowel worden uitgeoefend op basis van een contractuele relatie geënt op de lastgeving, als onder arbeidsovereenkomst. De aard van deze rechtsverhouding is uiteraard van belang bij de beoordeling van het aansprakelijkheidsregime.

De bijzondere faillissementsaansprakelijkheden van art. XX.225-227 WER gelden voor huidige of gewezen bestuurders, zaakvoerders, dagelijkse bestuurders, leden van een directieraad of van een raad van toezicht en feitelijke bestuurders ("alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de onderneming werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad").

Hierna bespreken we vooral de aansprakelijkheid van de leden van het bestuursorgaan.

- (5) **Strafrechtelijke aansprakelijkheid.** De aansprakelijkheid van de bestuurders kan ook strafrechtelijk zijn.
- Bepaalde strafbepalingen, vnl. in het WVV, richten zich expliciet naar bestuurders. Met de Faillissementswet van 1997 is ook het misbruik van vennootschapsgoederen strafbaar gesteld (art. 492bis Sw). Deze bepalingen richten zich ook naar de bestuurders in feite.
 - Daarnaast is een bestuurder (of een andere natuurlijke persoon in de schoot van de rechtspersoon) natuurlijk ook strafrechtelijk verantwoordelijk indien hij een "gemeen" misdrijf pleegt. Ook indien het misdrijf in de eerste plaats als een misdrijf van de rechtspersoon geldt (wat o.a. het geval is als de de-

lictsomschrijving een hoedanigheid omvat die enkel de vennootschap bezit), kunnen de bestuurders of andere natuurlijke personen binnen de vennootschap hiervoor strafrechtelijk verantwoordelijk worden gesteld. Dit vergt wel een soms moeilijke toewijzingsoefening binnen de rechtspersoon.

Ten overvloede bevestigt art. 5 al. 2 Sw. dat de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon die van de natuurlijke personen, die daders zijn van dezelfde feiten of eraan hebben deelgenomen, niet uitsluit.

Tot de Wet van 11 juli 2018 tot wijziging van het Strafwetboek en de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering wat de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen betreft, voorzag art. 5 al. 2 Sw. onder bepaalde voorwaarden voor nalatigheidsmisdrijven wel een strafuitsluitende verschoningsgrond (zie J. Vananroye en S. Vandyck, "Burgerrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersoon en natuurlijke persoon bij de 'decumul' van art. 5 tweede lid SW", *TRV* 2003, 441 – 466). Deze verschoningsgrond werd opgeheven.

- (6) **Het maatschappelijk belang van bestuursaansprakelijkheid.** Bestuursaansprakelijkheid is één van de belangrijkste – zo niet hét belangrijkste – middelen om de negatieve gevolgen van beperkte aansprakelijkheid te verzachten. Bestuursaansprakelijkheid beschermt aandeelhouders, maar ook derden. Door bestuursaansprakelijkheid zorgt de rechtsorde ervoor dat bestuurders niet ten volle de wensen van aandeelhouders uitvoeren. Bestuursaansprakelijkheid is daarmee, misschien wat tegenintuïtief, een belangrijke remedie in het *agency conflict* tussen aandeelhouders en schuldeisers.

Door de techniek van bestuursaansprakelijkheid verschaft het vennootschapsrecht de voordelen van beperkte aansprakelijkheid voor aandeelhouders (vnl. mogelijkheid om grote kapitalen bijeen te brengen bij vele financiers, mogelijkheid voor financiers om te diversifiëren over veel projecten, mogelijkheid voor financiers om bestuur te delegeren aan specialisten), terwijl de negatieve gevolgen daarvan (excessief risicogedrag) worden afgevlakt.

Een beperkt aansprakelijke aandeelhouder zal immers zeer risicominnend zijn. Een hoog risico betekent immers een hogere opbrengst. Via zijn winstrechten strijkt de aandeelhouder die hogere opbrengsten op, terwijl het verhoogde risico in belangrijke mate op schuldeisers wordt afgewenteld. Indien het misloopt laat de aandeelhouder de vennootschap failliet gaan, zonder te moeten opdraaien voor het netto-passief. Welnu, zulk roekeloos gedrag wordt afgeremd

doordat de aandeelhouders ook bestuurders moeten vinden die daarin mee willen gaan. Bestuursaansprakelijkheid leidt ertoe dat bestuurders in belangrijke mate de belangen van derden internaliseren; indien ze dat niet doen riskeren ze immers door of ten behoeve van die derden aansprakelijk te worden gesteld.

Het voordeel van bestuursaansprakelijkheid vergeleken met oprichters- of aandeelhoudersaansprakelijkheid, is dat bij bestuursaansprakelijkheid altijd een natuurlijke persoon mee aansprakelijk is (zie artikel 2:55 WVv over de vaste vertegenwoordiger). De sanctie op misbruik van de rechtspersoonstechniek kan dus niet worden ontlopen door diezelfde rechtspersoonstechniek te hanteren.

Bovendien is die aansprakelijkheid, anders dan bijvoorbeeld oprichtersaansprakelijkheid, niet beperkt in de tijd. Integendeel: de aansprakelijkheid hangt steeds als een donkere wolk aan de horizon, hoe lang de vennootschap ook blijft bestaan.

- (7) **Onderscheid tussen vrijwillige en onvrijwillige schuldeisers.** Dat bestuursaansprakelijkheid derden beschermt, is evident bij de externe bestuursaansprakelijkheid. Dat is de aansprakelijkheid die de bestuurder oploopt ten aanzien van derden bij onrechtmatige daden die hij begaat in zijn hoedanigheid.

Het mooie aan de Belgische regels inzake externe bestuursaansprakelijkheid is dat ze differentiëren tussen vrijwillige schuldeisers (bv. op grond van een overeenkomst) en onvrijwillige schuldeisers (bv. slachtoffer van een onrechtmatige daad).

Beperkte aansprakelijkheid is immers veel minder evident bij onvrijwillige schuldeisers: die schuldeisers hebben niet vrijwillig een band met een entiteit met beperkte aansprakelijkheid. De regels inzake externe bestuursaansprakelijkheid reflecteren dat verschil:

- **Contractuele aansprakelijkheid** geldt enkel voor de partijen bij het contract (met uitsluiting van anderen). Als de bestuurder in eigen naam handelt, heeft de tegenpartij enkel een vordering tegen die bestuurder zelf. Als de bestuurder in hoedanigheid handelt, heeft de tegenpartij enkel een vordering tegen de vennootschap. Indien de schuldeiser daar niet tevreden mee is, dan moet hij maar onderhandelen dat anderen zich ook als partij verbinden of moet hij geen contract sluiten.

De agent die een contract uitvoert van een organisatie wordt bovendien beschermd door de verregaande “immunité van de uitvoeringsagent” tegen

buitencontractuele aansprakelijkheid voor fouten die hij begaat bij de uitvoering van het contract van de organisatie. Die immuniteit is een praetoriaanse uitzondering op de regel dat een onrechtmatige daad begaan “in hoedanigheid” eigen aansprakelijkheid oplevert. Die uitzondering is verantwoord: de schuldeiser heeft vrijwillig een contract afgesloten met de vennootschap en kan die afspraken niet omzeilen door een buitencontractuele vordering tegen de agent van de vennootschap.

- **Buitencontractuele aansprakelijkheid** t.a.v. onvrijwillige schuldeisers, daarentegen, kan automatisch uitdijen naar een ruimere kring. Zo is iedereen die een onrechtmatige daad begaat in principe daarvoor aansprakelijk, ook als die onrechtmatige daad wordt begaan “in hoedanigheid”, voor rekening van een andere (rechts)persoon (Cass. 20 juni 2005, *TBH* 2006, 416). Wettelijke uitzonderingen zoals de immuniteit van art. 18 Wet Arbeidsovereenkomsten bevestigen hier de algemene regel. Buitencontractuele aansprakelijkheid van een vennootschap sluit de buitencontractuele aansprakelijkheid van de bestuurders die de schade veroorzaakt hebben niet uit, ook al traden zij op in naam van en/of voor rekening van de rechtspersoon. Organisatie en agent kunnen samen aansprakelijk zijn.

De immuniteit van de uitvoeringsagent geldt enkel ten aanzien van contractuele schuldeisers van de organisatie, niet voor andere, onvrijwillige, schuldeisers. Zij hebben immers niet noodzakelijk vrijwillig kunnen kiezen om enkel een vordering op de organisatie te hebben.

Opnieuw geldt dat onvrijwillige schuldeisers ruimere aanspraken hebben dan vrijwillige.

- (8) **Ook interne bestuursaansprakelijkheid is in doorslaggevende mate derdenbeschermend.** Zoals gezegd is het evident dat externe bestuursaansprakelijkheid derden beschermt. Wat minder wordt erkend is dat ook interne bestuursaansprakelijkheid in belangrijke – en we durven te stellen: doorslaggevende – mate derdenbeschermend is.

Interne bestuursaansprakelijkheid is de contractuele aansprakelijkheid die bestuurders oplopen ten aanzien van de vennootschap zelf. De aansprakelijkheid wordt door de *actio mandati* of vennootschapsvordering afgedwongen. Wie aan de *actio mandati* denkt, denkt spontaan aan het belang van aandeelhouders; niet aan schuldeisers of andere derden. Contractuele aansprakelijkheid beschermt typisch partijen, niet derden. Toch beschermt deze vordering ook schuldeisers.

Het schuldeisersbelang krijgt alvast procedureel gestalte bij insolventie of nakende insolventie doordat schuldeisers inspraak in of controle over de interne vorderingen kunnen krijgen. Dat kan o.a. door de vorderingen zelf zijdelings uit te oefenen of door de vennootschapsorganen onbevoegd te maken en een neutraal bewindvoerder te laten aanstellen (bv. bij faillissement). Daarnaast hebben schuldeisers ook eigen actiemogelijkheden voor een benadeling van het vennootschapsvermogen, zoals bijzondere faillissements-aansprakelijkheden (o.a. art. XX.225-226 WER) en de *actio pauliana*.

Na faillissement kan de *actio mandati*, op grond van de buitenbezitstelling, worden uitgeoefend door de curator. Ook een *actio mandati* die ontstond op het ogenblik dat de vennootschap “onder water is”, is een recht dat door de curator te gelde kan worden gemaakt. Met andere woorden: een benadeling van de schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden wordt afgedwongen door middel van een interne vennootschapsvordering.

Een interne aansprakelijkheidsvordering komt de schuldeisers ook ten goede als op het ogenblik van de schending van het vennootschapsbelang insolventie nog veraf was. Vennootschapsrechtelijke actiemiddelen wegens een nadeel aan de vennootschap bieden schuldeisers daarom soms herstel waar ze dat niet zouden krijgen door een *actio pauliana*; die vereist immers bedrog of minstens wetenschap van de benadeling op het ogenblik van de benadelende handeling.

Een mooi symptoom van hoe schuldeisers ook het vennootschapsbelang kleuren, is dat ook in een éénpersoonsvennootschap het handelen van de enige bestuurder en aandeelhouder nuttig aan die norm kan worden getoetst. De bestuurder is t.a.v. de vennootschap persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk voor de schade geleden door de vennootschap of door derden ten gevolge van beslissingen of verrichtingen die hebben plaatsgevonden met inachtneming van de belangenconflictenprocedure, indien die beslissing of verrichting aan hem een onrechtmatig financieel voordeel heeft bezorgd ten nadele van de vennootschap (art. 5:78 WVV bij de BV). Ook een enige vennoot kan het misdrijf van misbruik van vennootschapsgoederen plegen (B. Tillemans en Ph. Traest, “Misbruik van vennootschapsgoederen”, in *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Intersentia, Antwerpen, 2006, 955, nr. 25.). De éénpersoonsvennootschap kan zich daarbij, middels de curator, als een monster van Frankenstein tegen haar schepper keren. Art. 492bis Sw. verduidelijkt dan ook terecht het vermogensbelang van een rechtspersoon door te verwijzen naar “zijn schuldeisers en vennoten”.

De praktijk in de meeste volkomen rechtspersonen is zelfs dat de *actio mandati* enkel na faillissement door een curator wordt ingesteld, waarbij de opbrengst bijna altijd volledig en enkel ten goede komt aan de schuldeisers: immers, de schuldenaar van de interne aansprakelijkheid is in volkomen rechtspersonen doorgaans iemand die de controle heeft over de vennootschap als schuldeiser (of die nauw verbonden is met de controlerende aandeelhouders). Weinig personen zijn zo schizofreen of scrupuleus dat ze initiatief nemen om zichzelf aansprakelijk te laten stellen. Het is maar op het ogenblik dat de curator als een neutrale persoon de controle krijgt over de *actio mandati*, dat de theoretische bestuursaansprakelijkheid ook in de praktijk wordt afgedwongen. De opbrengst daarvan is zelden voldoende om het eigen vermogen weer “boven water” te brengen, zodat die vordering enkel de schuldeisers ten goede komt.

Met andere woorden: de zogenaamde interne aansprakelijkheid beschermt ook derden (naast aandeelhouders) en beschermt derden zelfs in doorslaggevende mate.

2 Bepalingen gemeen aan interne en externe bestuursaansprakelijkheid

- (9) **“Marginale toetsing”**. Bestuurders zijn 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 (art. 2:56 al. 1 WVV).

Volgens de Memorie van Toelichting bij het WVV (*Parl. St.* 2017-18, doc 54 3119/001, p. 59) is dit de “wettelijke formulering van het beginsel van de marginale toetsing. Hoewel enkele rechtsgeleerden kritiek op dit leerstuk hebben uitgeoefend vanuit een theoretisch perspectief, was het leerstuk reeds decennialang algemeen aanvaard in de praktijk. In werkelijkheid wijkt dit beginsel geenszins af van het gemeen recht. Er wordt rekening gehouden met het feit dat twee normaliter voorzichtige en toegewijde personen redelijkerwijs een andere houding kunnen aannemen. Dat is in het bijzonder het geval bij het bestuur van een rechtspersoon, dat onder meer inhoudt dat men risicovolle beslissingen neemt. Bovendien moeten de bestuursorganen vaak beslissingen nemen in grote onzekerheid, in omstandigheden waarin niemand op het moment van de beslissing kan bepalen welke beslissing een voorzichtig en zorgvuldig persoon in dezelfde om-

standigheden zou hebben genomen. Veel van de belangrijkste bestuursbeslissingen, bijvoorbeeld over strategische investeringen of desinvesteringen, behoren tot deze categorie, waarbij het bestuursorgaan over een ruime beleidsmarge beschikt. Hetzelfde geldt voor de wijze waarop het toezichtsorgaan toezicht houdt op de directieraad, of de wijze waarop beide organen toezicht houden op en waken over de uitbouw van een behoorlijk systeem van interne controle en risicomanagement en dienovereenkomstig hun controle uitoefenen. Men moet vermijden dat rechters aan wie wordt gevraagd te oordelen over bestuurdersaansprakelijkheid, op de stoel van het bestuursorgaan gaan zitten door opportuniteitsoordelen te vellen over de genomen beslissing. Minstens even belangrijk is *hindsight bias* te vermijden, dat wil zeggen wijsheid na de feiten waarbij uit de negatieve gevolgen van een bestuursbeslissing wordt afgeleid dat de beslissing als dusdanig onzorgvuldig was. Een wettelijke formulering van het beginsel van marginale toetsing kan tot de correcte beoordeling van bestuursbeslissingen bijdragen.”

Marginale toetsing erkent de beleidsvrijheid van de bestuurder en wil voorkomen dat bestuurders uit vrees voor aansprakelijkheid bij elk mislukt project enkel risicoloze beslissingen nemen waardoor waardevolle projecten niet zouden worden gerealiseerd. Deze rechterlijke terughoudendheid wordt evenzeer bereikt door de concretisering van het algemene foutbegrip naar de bijzondere situatie van de bestuurder.

Marginale toetsing wordt meestal gebruikt in de context van interne bestuursaansprakelijkheid. Uit de formulering van deze regel in het WVV kan echter worden afgeleid dat deze regel nu ook van toepassing is op externe bestuursaansprakelijkheid.

Over marginale toetsing stelt de Memorie verder (p. 60): “Vanzelfsprekend kan het beginsel van marginale toetsing enkel worden toegepast in die gevallen wanneer het bestuursorgaan over beleidsvrijheid beschikt. Dit zal niet het geval zijn als de wet, de statuten of een andere norm een specifiek gedrag voorschrijven.” Dit moet o.i. begrepen worden als : “... aan de bestuurder een specifiek gedrag voorschrijven.” De bestuurder heeft wel beleidsvrijheid indien een specifieke regel zich enkel richt naar de bestuurde rechtspersoon (bv. omdat enkel die rechtspersoon valt onder de toepassingsvoorwaarden van deze regel).

- (10) **Meerhoofdige organen: collegiale vs. concurrentiële bevoegdheid.** Volgens de gemene regels van aansprakelijkheidsrecht zou een lid van een collegiaal bestuursorgaan individueel aansprakelijk zijn, tenzij een samenlopende of een gemeenschappelijk fout. Dan geldt respectievelijk de aansprakelijkheid *in solidum*

en de hoofdelijke aansprakelijkheid. Het WVV is hier echter strenger dan het gemeen recht.

Indien het bestuursorgaan een college vormt (bv. raad van bestuur in de NV, in de BV indien dit statutair is voorzien), is hun aansprakelijkheid voor de beslissingen of nalatigheden van dit college hoofdelijk (art. 2:56 al. 2 WVV). Dit is een uitbreiding van aansprakelijkheid vergeleken met het W.Venn.

De hoofdelijkheid is hier méér dan een zekerheidsmechanisme. Het zorgt ervoor dat de derde niet in bewijsnood komt, doordat hij bij een collegiaal orgaan individuele verantwoordelijkheid zou moeten aantonen, zonder dat er noodzakelijk een spoor is van het individueel (stem)gedrag.

De Memorie van Toelichting bij het WVV (*Parl. St.* 2017-18, doc 54 3119/001, p. 59) schrijft hierover: “Onder het [W.Venn.] is dit niet in de wet bepaald, zodat men op basis van het gemeen recht aanneemt dat de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor hun gemeenschappelijke fouten of *in solidum* aansprakelijk zijn voor hun samenlopende fouten die oorzaak zijn van dezelfde schade. Het onderscheid tussen gemeenschappelijke en samenlopende fouten is in de praktijk evenwel niet steeds duidelijk. Bovendien zal de aansprakelijkheid van de leden van het bestuursorgaan meestal een aansprakelijkheid in *solidum* zijn. De aansprakelijkheid in *solidum* heeft echter grotendeels dezelfde gevolgen als de hoofdelijke aansprakelijkheid behalve wat de secundaire gevolgen van de solidariteit en met name de regresmogelijkheden betreft. Het komt daarom opportuun voor deze visie te vervangen door de hoofdelijke aansprakelijkheid op te leggen voor alle bestuursfouten.”

Deze hoofdelijke aansprakelijkheid geldt steeds slechts binnen éénzelfde bestuursniveau. Zo is de raad van toezicht niet hoofdelijk aansprakelijk voor beslissingen van de directieraad, noch de raad van bestuur voor beslissingen van het dagelijks bestuur. Uiteraard kan dit op grond van gemene verbintenissenrechtelijke regels wel het geval zijn bij een samenlopende of gemeenschappelijk fout van verschillende bestuursniveaus. Het is dan wel aan de eiser om zo’n fout aan te tonen. Op dezelfde manier kan in een meerhoofdig orgaan met concurrentiële bevoegdheid tot gezamenlijke aansprakelijkheid worden gekomen.

Zie hierna nr. (13) over de mogelijkheid om aan deze hoofdelijkheid te ontsnappen.

- (11) **Hoofdelijk aansprakelijkheid bij collegiale organen: enkel voor interne aansprakelijkheid?** Hoewel dit er niet met zoveel woorden staat (vgl. hierna het derde lid

bij overtredingen van het WVV of de statuten), kan worden aangenomen dat deze regel van hoofdelijkheid bij collegiale organen zowel geldt t.a.v. de rechtspersoon zelf als t.a.v. derden.

De Memorie van Toelichting bij het WVV (*Parl. St.* 2017-18, doc 54 3119/001, p. 59) kan hier echter over doen twijfelen. Bij de bespreking van het derde lid (hoofdelijkheid bij overtreding van WVV wordt immers gesteld: “Deze aansprakelijkheid geldt, in tegenstelling tot de aansprakelijkheid voor gewone bestuursfouten, niet enkel ten aanzien van de rechtspersoon, maar ook ten aanzien van derden.” Dit suggereert dat de hoofdelijkheid van art. 2:56 al. 2 niet zou gelden t.a.v. derden.

Het komt me voor dat de Memorie hier twee dingen verwacht. Enerzijds is er de vraag of bestuurders aansprakelijk zijn voor een gewone bestuursfout. Dat is niet het geval, tenzij die bestuursfout ook een onrechtmatige daad vormt. Anderzijds is er de vraag of, als bestuurders als college een beslissing nemen (of verzuimen om een beslissing te nemen) die een onrechtmatige daad vormt, derden de bestuurders hoofdelijk kunnen aanspreken. Hier antwoorden we positief op, omdat net hier de regel van hoofdelijkheid beantwoordt aan een reële bewijsnood (zie hiervoor).

De verwarrende formulering van de Memorie kan enkel begrepen worden van de oude formulering van bestuursaansprakelijkheid in art. 527- 528 W.Venn. Art. 527 sprak enkel over “tekortkomingen in het bestuur” en betrof de interne aansprakelijkheid. Art. 528 W.Venn. over overtredingen van het W.Venn. of statuten en betrof expliciet de interne en externe aansprakelijkheid. Het W.Venn. had hiermee een belangrijke leemte doordat volledig gezwegen werd over externe aansprakelijkheid voor gewone onrechtmatige daden. Lange tijd was er zelfs discussie of bestuurders t.a.v. derden überhaupt aansprakelijk konden zijn. De laatste decennia was dit echter niet langer een twistpunt.

Het WVV remedieert dit hiaat door in de tweede zin van art. 2:56 al. 2 expliciet te verwijzen naar de gemeenrechtelijke buitencontractuele aansprakelijkheid. Bij de bespreking van het twee lid, lijkt dit te zijn uit het oog verloren. We durven dan ook niet te veel gewicht hechten aan de Memorie en ook bij buitencontractuele aansprakelijkheid uit te gaan van hoofdelijkheid bij collegiale organen.

- (12) **Overtredingen van het WVV of van de statuten.** Zelfs indien het bestuursorgaan geen college vormt, zijn de leden zowel jegens de rechtspersoon als jegens derden hoofdelijk aansprakelijk voor alle schade die het gevolg is van overtredingen

van de bepalingen van het WVV of van de statuten van de rechtspersoon (art. 2:56 al. 3).

Behoudens deze afwijkingen, blijft de aansprakelijkheid er een van gemeen recht zodat de eiser niet ontslagen is van de verplichting om het oorzakelijk verband aan te tonen tussen fout en schade (zie verder).

Zie hierna nr. (13) over de mogelijkheid om aan deze hoofdelijkheid te ontsnappen.

Voor de BV, CV, NV en VZW is bovendien bepaald dat overtredingen van het WVV of de statuten enkel gedekt worden door de kwijting indien deze fouten “*bepaaldelijk zijn aangegeven in de oproeping*” Zie 5:98, 6:83, 7:149 en 9:20. (Bij de NV: “*wanneer de bestuurders of de leden van de raad van toezicht deze schendingen uitdrukkelijk hebben opgenomen in de agenda van de algemene vergadering*”). In een NV met duaal bestuur is vereist dat de directieraad deze schendingen uitdrukkelijk heeft meegedeeld aan de raad van toezicht (art. 7:109 § 3).

- (13) **Disculpatie bij hoofdelijke aansprakelijkheid.** Bestuurders kunnen ontsnappen aan de hoofdelijke aansprakelijkheid (i) bij collegiale organen en (ii) bij overtredingen van het WVV of de statuten 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 toezichtsgaan, wordt deze melding, evenals de bespreking waartoe zij aanleiding geeft, opgenomen in de notulen.

De Memorie van Toelichting bij het WVV (*Parl. St.* 2017-18, doc 54 3119/001, p. 61) schrijft hierover:

“Het lid van een bestuurs- of toezichtsgaan dat niet persoonlijk aan de fout heeft meegewerkt – bijvoorbeeld omdat hij tegen de foute beslissing heeft geprotesteerd en dit aan de hand van de notulen kan bewijzen, of omdat hij gerechtvaardigd afwezig was op de vergadering waarop de beslissing is genomen, kan aan aansprakelijkheid ontsnappen door de (be-
weerde) fout te melden aan het relevante bestuursniveau, dat wil zeggen aan zijn collega-bestuurders. Is er een raad van toezicht dan moet deze melding bovendien steeds aan die raad gebeuren. Dit betekent bijvoorbeeld dat een lid van een collegiale raad van bestuur de handelingen of beslissingen die volgens hem een fout vormen met de nodige toelichting over zijn visie zal moeten melden aan de andere leden van die raad. De meldingsplicht bestaat in zulk geval niet alleen voor beslissingen van de

raad van bestuur, maar ook voor handelingen die buiten de raadsvergadering zijn begaan, bijvoorbeeld door een bestuurder aan wie overeenkomstig artikel 7:93, § 2, vertegenwoordigingsbevoegdheid werd verleend. In een BV met meerdere bestuurders die geen college vormen, rust op een bestuurder de plicht zijn collega-bestuurders in te lichten. Indien een lid van de directieraad vaststelt dat er een fout is begaan op het niveau van de directieraad, dan moet er een melding gebeuren aan de andere leden van de directieraad, en aan de raad van toezicht. De melding kan ook de vorm aannemen van een gemotiveerd protest op de bestuursvergadering waarop de beslissing die de beweerde fout uitmaakt wordt genomen. Indien de melding gebeurt aan een collegiaal bestuurs- of toezichtsgaan, wordt de melding, evenals de bespreking waartoe zij aanleiding geeft, opgenomen in de notulen. Het lid van een bestuursorgaan dat een melding doet buiten een vergadering (bijvoorbeeld een bestuurder meldt aan een collega-bestuurder of aan de raad van bestuur dat een andere bestuurder of de gedelegeerd bestuurder een fout heeft gemaakt), heeft er om bewijsredenen belang bij die melding schriftelijk te doen.

Deze mogelijkheid om zich van aansprakelijkheid te bevrijden geldt ook voor het geval van schending van het wetboek of de statuten. Wat deze hypothese betreft, is de nieuwe wettekst een verlichting van de disculpatiemogelijkheid waarin onder het huidige recht in artikel 528 W.Venn. is voorzien. Onder het huidige recht moet een bestuurder die aan hoofdelijke aansprakelijkheid wil ontsnappen niet alleen aantonen dat hij geen deel heeft genomen aan de fout en dat hem daarbij geen fout treft, maar moet hij de fout ook aanklagen op de eerstvolgende algemene vergadering van aandeelhouders. Dit laatste element was een onredelijk strenge vereiste, omdat het bestuurders die lid zijn van een collegiaal orgaan, doorgaans in een onmogelijke positie bracht. Men kan immers niet meer behoorlijk functioneren als lid van een collegiaal orgaan nadat men zijn collega's of een aantal onder hen tegenover de aandeelhouders ervan heeft beticht een fout te hebben begaan. Het ontwerp schaft deze verplichting daarom af en vervangt deze door de hierboven toegelichte meldingsplicht.”

De vraag kan gesteld worden of deze disculpatie misschien geen te lage drempel heeft. De oude regeling voor overtredingen van het W.Venn. of de statuten waarbij de bestuurder klokkenluider behoorde te zijn op de algemene vergadering was, zoals de Memorie stelt, inderdaad een strenge drempel. Het verplichtte de disculperende bestuurder echter om niet lichtzinnig hier mee om te gaan. Een melding had reële consequenties, zowel voor de vennootschap (in een AV gelden geen discretieplicht) als voor de meldende bestuurder. Die laatste riskeerde bij een lichtzinnige melding te worden ontslagen of zelfs aansprakelijk te zijn.

- (14) **Bevoegdheid.** Op grond van art. 574, 1° neemt de ondernemingsrechtbank kennis van geschillen ter zake van een vereniging met rechtspersoonlijkheid, stichting of vennootschap, met uitzondering van een vereniging van mede-eigenaars, evenals van geschillen die ontstaan tussen hun voormalige, actuele of toekomstige vennoten of leden met betrekking tot de betrokken vennootschap, stichting of vereniging. Deze bevoegdheidsgrond omvat in ieder geval alle gevallen van interne aansprakelijkheid alsook de functionele externe aansprakelijkheid (die haar oorsprong vindt in regels die specifiek voor bestuurders gelden en meestal hun oorsprong vinden in het WWV). Op grond van art. 574, 2° is de ondernemingsrechtbank ook bevoegd voor de faillissementsaansprakelijkheden in Boek XX WER. Zie ook XX.228 WER: de insolventierechtbank is bevoegd. Dit is deels dubbelop met het Ger.W., deels een bepaling inzake territoriale bevoegdheid.

Meer twijfel kan er bestaan over de bevoegde rechtbank bij gemeenrechtelijke externe aansprakelijkheid, waar de aansprakelijkheidsgrond niet intrinsiek verweven is met de bestuursfunctie. Art. 574, 1° of 2° gelden hier niet. Indien de bestuurder echter als een 'onderneming' wordt beschouwd is de ondernemingsrechtbank wel bevoegd op grond van de algemene bevoegdheidsgrond van art. 573 Ger.W.

- (15) **Verjaring.** Op grond van art. 2:143, § 1 WWV verjaren alle rechtsvorderingen tegen leden van het bestuursorgaan, dagelijks bestuurders, commissarissen, vereffenaars, tegen de vaste vertegenwoordigers van rechtspersonen die één van de voornoemde functies bekleden, of tegen alle andere personen die ten aanzien van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad wegens verrichtingen in verband met hun taak, door verloop van vijf jaar te rekenen van die verrichtingen of, indien ze met opzet verborgen zijn gehouden, te rekenen van de ontdekking.

Deze verjaringstermijn wijkt af van de gemeenrechtelijke verjaringstermijn die sinds de Wet van 10 juni 1998 tien jaar bedraagt, tenzij voor rechtsvorderingen tot schadevergoeding op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid. Voor die laatste rechtsvorderingen geldt in het gemeen recht een dubbele termijn:

- van vijf jaar vanaf de kennisname door de benadeelde van de schade of van de verzwarende ervan en van de identiteit van de daarvoor aansprakelijke, en
- van twintig jaar vanaf het schadeveroorzakende feit.

In een arrest van 27 mei 1994 heeft het Hof van Cassatie gesteld dat “de wetgever, door een van het gemene recht afwijkende verjaringstermijn op te leggen in een algemene en imperatieve bepaling die wordt geacht te voldoen in alle gevallen, de privébelangen van de schuldeisers ondergeschikt heeft gemaakt aan de hogere belangen van het handelsverkeer” (Cass. 27 mei 1994 *TRV* 1995, 54, noot M. Wyckaert, *TBH* 1994, 1011, noot, *RW* 1994-95, 673, *RPS* 1994, 291, *AC* 1994, 544, *Pas.* 1994, I, 522).

Het Hof leidt hieruit af dat de verkorte termijn ook geldt voor de externe aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, zelfs als deze geen gevolg is van een overtreding van het WVV of de statuten. Uiteraard moet de onrechtmatige daad wel verband houden met de bestuurstaak. Er moet bij verjaring, anders dan bij bevoegdheid, evenmin onderscheid gemaakt worden tussen functionele en gemeenrechtelijke aansprakelijkheid.

Dat de verjaringstermijn aanvangt vanaf de fout (tenzij zij opzettelijk verborgen werd gehouden), en niet eerst vanaf de kennisname ervan door het slachtoffer, is eveneens een onderscheid dat door het Grondwettelijk Hof aanvaardbaar werd geacht (G.W.Hof 21 maart 2007, *TBH* 2007, 732).

- (16) **Art. 26 V.T.Sv. (pro memorie).** Het Hof van Cassatie maakt in het genoemde arrest enkel een voorbehoud voor vorderingen tot herstel van schade die volgen uit een overtreding van de strafwet. In dat geval geldt op grond van art. 26 V.T.Sv., zoals gewijzigd in 1998, dat de rechtsvordering niet kan verjaren vóór de strafvordering.

Dit impliceert dat de burgerlijke partij er voordeel bij heeft om haar vordering voor de burgerlijke rechter te baseren op het misdrijf in die gevallen waarin zij aldus, bijvoorbeeld omdat de strafvordering voor een misdaad (10j.) nog niet verjaard is, de burgerlijke verjaringsexceptie zou kunnen anticiperen. Het volstaat dan dat de burgerlijke rechter de constitutieve bestanddelen van het misdrijf vaststelt, om de verjaringstermijn van de strafvordering te laten gelden (Cass. 19 oktober 1992, *RCJB* 1995, 229, noot A. De Nauw). Anderzijds, zelfs indien een contractuele fout een misdrijf uitmaakt, dan nog speelt de strafrechtelijke verjaring niet indien de vordering enkel gebaseerd is op de contractuele grondslag (Cass. 17 januari 1991, *Pas.* 1991, 459).

De verjaringstermijn van art. 26 V.T.Sv. blijft van toepassing indien er een strafuitsluitende verschoningsgrond aanwezig is, omdat dit het gepleegde feit niet het karakter van misdrijf ontnemt.

3 Interne bestuursaansprakelijkheid

- (17) **Interne aansprakelijkheid in de regel contractueel.** De bestuurders of zaakvoerders staan in een contractuele verhouding met de vennootschap; ook hun aansprakelijkheid zal in de regel contractueel zijn.

De vennootschap kan de bestuurders of zaakvoerders enkel buitencontractueel aanspreken binnen de grenzen van de verbintenisrechtelijke samenloopleer. Dit veronderstelt dat de fout van de bestuurder een tekortkoming uitmaakt, niet aan zijn contractuele verbintenis, maar aan de algemene zorgvuldigheidsplicht van eenieder, en dat deze fout andere dan aan de slechte uitvoering van het contract te wijten schade heeft veroorzaakt. Ook wanneer zij op buitencontractuele grondslag is gevestigd, blijft de vordering door de vennootschap tegen haar bestuurders een interne aansprakelijkheidsvordering die aan de regels voor de *actio mandati* is onderworpen.

- (18) **Belangenconflicten.** Bijzondere aansprakelijkheden gelden in de BV, CV en NV in geval van miskennen van de belangenconflictenregeling. De aansprakelijkheidsregeling bevindt zich in art. 5:78 (BV), art. 6:66 (CV) en art. 7:122 (NV).

Onverminderd de gewone aansprakelijkheidsgrond van art. 2:56 zijn de bestuurders persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk voor de schade geleden door de vennootschap of door derden ten gevolge van beslissingen of verrichtingen die hebben plaatsgevonden overeenkomstig de belangenconflictenregeling, indien die beslissing of verrichting aan hen of aan een van hen een onrechtmatig financieel voordeel heeft bezorgd ten nadele van de vennootschap.

Vanzelfsprekend zijn bestuurders ook aansprakelijk indien ze de belangenconflictenregeling niet naleven en een onrechtmatig financieel voordeel aan een van hen bezorgen ten nadele van de vennootschap. De schending zal daarnaast tevens een inbreuk uitmaken op het Wetboek van vennootschappen en verenigingen. De wetgever wenst twee dingen te bereiken met deze aansprakelijkheidsregel.

Vooreerst wordt in herinnering gebracht dat de belangenconflictenregeling niet dient om verrichtingen goed te keuren die niet in het belang van de vennootschap zijn. Dat is uiteraard evident, maar in de praktijk wordt als argument tegen de toepassing van de belangenconflictenregeling wel eens gehoord: “De verrichting is in het belang van de vennootschap”. Dat moet uiteraard altijd het geval zijn. De drempel voor de toepasselijkheid van de belangenconflictenregeling ligt lager.

Verder geldt de regel als een herinnering aan de andere bestuurders dat ze door de melding van het belangenconflict met bijzondere zorg naar het financieel voordeel van de vennootschap bij de betrokken verrichting moeten kijken.

In de NV gelden ook bijzondere aansprakelijkheden voor onrechtmatige financiële voordelen die ten nadele van de vennootschap zijn bezorgd aan groepsvennootschappen (art. 7:122 al. 2). De bestuurders zijn persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk voor de schade geleden door de vennootschap of door derden ten gevolge van beslissingen of verrichtingen waarmee zij hebben ingestemd, zelfs met inachtneming van de belangenconflictenregeling (art. 7:97 of 7:116), voor zover deze beslissingen of verrichtingen een onrechtmatig financieel nadeel hebben bezorgd aan de vennootschap ten voordele van een vennootschap van de groep.

De aansprakelijkheden in het kader van de belangenconflictenregeling zijn ook van toepassing op de leden van de directieraad van een NV die hebben verzuimd een beslissing of een verrichting door te verwijzen naar de raad van toezicht, zoals opgelegd door artikel 7:117 WvV.

In de praktijk zal de rechterlijke toetsing van het doen of nalaten van een bestuurder strenger zijn indien de bestuurder een belang heeft of vertegenwoordigt dat tegengesteld is aan het vennootschapsbelang, zelfs indien de belangenconflictenregeling formeel niet van toepassing is of correct is nageleefd.

- (19) **Wie stelt vordering in? verplichte tussenkomst AV.** Het WvV stelt net zoals voorheen het W.Venn. een beslissing van de algemene vergadering (AV) verplicht, alvorens het bestuursorgaan van een BV, CV of NV zittende of voormalige bestuurders in rechte kan aanspreken voor hun interne aansprakelijkheid (art. 5:103, 6:88 en 7:156 WvV). De AV kan beslissen de uitoefening van deze *actio mandati* toe te vertrouwen aan een bijzondere lasthebber.

Het Hof van Cassatie diende hieraan te herinneren in een arrest van 25 september 2003: Een NV die een bestuurder in rechte aanspreekt zonder beslissing van de AV treedt onbevoegd op, aangezien de AV exclusief bevoegd is om te beslissen de *actio mandati* in te stellen. Omdat het hier een wettelijke bevoegdheidsbeperking van de raad van bestuur betreft, heeft deze exclusieve bevoegdheid externe werking: deze beperking kan zowel door als tegen de vennootschap worden ingeroepen. Zoals bekend zijn

louter statutaire beperkingen aan de bevoegdheid van de raad van bestuur daarentegen niet tegenwerpelijk door of tegen de vennootschap (art. 7:93, § 1, al. 2 WVV).

Hierbij past wel een belangrijke kanttekening. Indien de vennootschap door een advocaat wordt vertegenwoordigd, wordt er vermoed dat de AV een geldige beslissing heeft genomen, totdat de verwerende bestuurder of zaakvoerder hiervan het tegenbewijs levert. Dit volgt uit de interpretatie die het Hof van Cassatie geeft aan het “vermoeden van mandaat” van art 440, al. 2 Ger.W. bij de advocaat die optreedt namens een rechtspersoon, en daarbij enkel vermeldt op te treden namens een regelmatig geïdentificeerde rechtspersoon. In dit geval volgt uit vaste rechtspraak dat de advocaat vermoed wordt zijn opdracht te hebben gekregen van een bevoegd orgaan van de rechtspersoon. De aangesproken bestuurder of zaakvoerder kan dan ook geen overlegging vragen van stukken waaruit een geldige beslissing van de AV blijkt.

Het vereiste van een beslissing door de AV geldt enkel voor een *actio mandati* ingesteld vóór ontbinding of faillissement. Na ontbinding of vereffening zijn de vereffenaar of de curator bevoegd voor het instellen van de *actio mandati*, zonder dat een beslissing van de AV is vereist.

(20) **Verplichte tussenkomst AV: toepassingsgebied.** Een beslissing van de AV is vereist voor vorderingen tegen bestuurders, vereffenaars en commissarissen:

- Deze verplichting geldt voor vorderingen tegen zowel zittende als gewezen mandatarissen.
- De vordering tegen de vaste vertegenwoordiger door de bestuurdde vennootschap is aan dezelfde voorwaarden onderworpen als die tegen de bestuurder-rechtspersoon; een beslissing van de AV is dus vereist (M. Wauters, "De bestuurder-rechtspersoon en zijn vaste vertegenwoordiger", in *Nieuw vennootschapsrecht* 2002. *Wet Corporate Governance*, Biblo, 2003, 86, nr. 77).
- Voor de leden van het dagelijks bestuur is een beslissing door de AV dan weer niet nodig; het bestuursorgaan dat het orgaan van dagelijks bestuur heeft aangesteld kan zelf beslissen om de dagelijks bestuurder in rechte aan te spreken.
- In een NV met dual bestuursorgaan beslist de raad van toezicht of tegen de leden van de directieraad een vennootschapsvordering wordt ingesteld. Niettegenstaande artikel 7:110, tweede lid, is de raad van toezicht bevoegd om al het nodige te doen om namens de vennootschap deze vennootschapsvordering in te stellen.

- Een aansprakelijkheidsvordering tegen een “feitelijke bestuurder” kan volgens de normale regels van bestuur en vertegenwoordiging worden ingesteld, zonder dat een beslissing van de AV is vereist. De “feitelijke bestuurder” staat immers per definitie niet in een bestuursverhouding met de vennootschap, zodat het bijzonder stelsel voor organen niet van toepassing is.
- Een beslissing van de AV is evenmin vereist voor een vordering tegen een derde, die “medeplichtigheid” aan een bestuursfout wordt verweten.

De beslissing van de AV is enkel vereist voor het afdwingen in rechte van de aansprakelijkheid van het orgaan t.a.v. de vennootschap, zowel in het geval van contractuele als van buitencontractuele aansprakelijkheid:

- Een vordering met een andere oorsprong dan de bestuurstaak is niet onderworpen aan het bijzonder stelsel. Denk aan een bestuurder die als klant de vennootschap een som verschuldigd is.
- Ook de eventuele regresvordering tegen een orgaan van een rechtspersoon, die zelf door een derde uit onrechtmatige daad is aangesproken, vereist een beslissing van de AV.
- Hetzelfde geldt voor een aansprakelijkheidsvordering die de vennootschap als burgerlijke partij instelt voor de strafrechter tegen een bestuurder. Een voorbeeld hiervan is de burgerlijke partijstelling voor misbruik van vennootschapsgoederen. Een gewone klacht zonder eis tot schadevergoeding vereist uiteraard geen beslissing van de AV.

- (21) **Verzuim: mogelijkheid van bekrachtiging.** Het Hof van Cassatie kreeg in het arrest van 25 september 2003 niet de kans zich uit te spreken over de mogelijkheid en de voorwaarden van een bekrachtiging van een zonder machtiging van de AV ingestelde of gelaste *actio mandati*.

Bekrachtiging van proceshandelingen is principieel mogelijk, ook nadat de vordering reeds is ingesteld.

Het arrest *a quo* van het Hof van Beroep van Antwerpen oordeelde hier ten onrechte anders over, met als argument dat de hoedanigheid van een partij beoordeeld moet worden op het ogenblik van het instellen van de vordering (Antwerpen 1 maart 1999, TRV 2000, (181) 182). Het behoort echter tot het kenmerk van een geldige bekrachtiging dat deze terugwerkt tot op het ogenblik dat de vertegenwoordigingshandeling werd gesteld, *in casu* het instellen van de vordering.

Deze bekrachtiging moet gebeuren:

- door het bevoegde orgaan;
- binnen de oorspronkelijke verjaringstermijn van de *actio mandati*; en
- vóór er een vonnis is over de ontvankelijkheid van de vordering.

Bekrachtiging is ook nog mogelijk nadat de tegenpartij tijdens het geding de afwezigheid van een beslissing van de AV heeft opgeworpen, al moet de bekrachtiging dan binnen een redelijke termijn gebeuren (in de praktijk: vóór het sluiten van de debatten).

(22) **Wie stelt vordering in? "Minderheidsvordering".** Sinds 1991 heeft in de NV, BV en CV de algemene vergadering niet langer het monopolie om de aansprakelijkheidsvordering tegen bestuurders op grond van hun interne aansprakelijkheid op gang te trekken. Ook een aandeelhouder kan voor rekening van de vennootschap de bestuurders aanspreken via de minderheidsvordering (art. 5:104, 6:89 en 7:157 WvV).

- Aandeelhouders die de kwijting hebben goedgekeurd kunnen de minderheidsvordering niet meer instellen, tenzij die kwijting 'op een ongeldige wijze' is goedgekeurd.

Het doel van deze voorwaarde is te voorkomen dat een aandeelhouder de kwijting goedkeurt en daarna opportunistisch terugkomt op het eerder comfort dat aan de bestuurders werd gegeven. We zien het goedkeuren van de kwijting dan ook als een exceptie die de verwerende bestuurder kan inroepen tegen een eisende aandeelhouder.

Uit deze voorwaarde mag o.i. niet worden afgeleid dat de aandeelhouders moeten wachten tot een stemming over de kwijting m.b.t. de aangevoerde fouten alvorens ze een minderheidsvordering kunnen instellen. Dit is een onzinnige interpretatie. Vóór de goedkeuring van een kwijting kan er van deze exceptie geen sprake zijn.

De 'ongeldigheid' van de kwijting moet zo begrepen worden dat de kwijting geen exceptie vormt indien de minderheidsvordering betrekking heeft op fouten die niet gedekt worden door de kwijting (bv. omdat de jaarrekening geen getrouw beeld gaf of omdat het overtredingen van het WvV of de statuten betreft die niet bepaaldelijk werden opgenomen in de uitnodiging tot de AV). Indien de verwerende bestuurder inroept dat de eisende aandeelhouder de kwijting heeft aangetoond, dient die laatste aan te tonen dat de aangevoerde fouten niet onder die kwijting vallen. Het is opnieuw onzinnig om te eisen dat de eisende aandeelhouders in een aparte procedure de 'nietigheid' zouden vragen van die kwijting.

- De aandeelhouder dient verder alleen of in groep op de dag waarop de algemene vergadering zich uitspreekt over de kwijting effecten te bezitten die tenminste 1% van de stemmen (NV) of 10% van de uitgegeven aandelen (BV en CV) vertegenwoordigen. In de NV volstaat het ook als de eisers op diezelfde dag effecten bezitten met een kapitaalvertegenwoordigende waarde van ten minste 1.250.000 €. De peildatum hiervoor is de dag waarop de algemene vergadering zich uitspreekt over de kwijting.

Hiervoor verdedigden we dat ook vóór die dag de minderheidsvordering kan worden ingesteld. In dat geval is het de dag van het instellen van de vordering die relevante peildatum is (per de gemeenrechtelijke regels van procesrecht over hoedanigheid).

Merk op dat voor de NV een breukdeel van het totaal aantal stemmen relevant is, terwijl voor BV en CV een breukdeel van het totaal aantal uitgegeven aandelen telt. Nu ook in BV en CV inbreng, aandeel en stemrecht in zeer verregaande mate kunnen worden losgekoppeld, kan men zich de vraag stellen of een breukdeel van het aantal aandelen wel een relevante graadmeter is. Dit lijkt een overblijfsel van het oude recht voor de BVBA, waar maar één soort aandelen kon worden uitgegeven en elk aandeel één stem had. Dit probleem stelt zich doorheen het WVV.

De houders van certificaten hebben geen recht om de minderheidsvordering in te stellen, ook niet wanneer de certificaten zijn uitgegeven met medewerking van de vennootschap; dit recht komt toe aan het administratiekantoor.

- Ondanks haar naam is de minderheidsvordering niet voorbehouden voor minderheidsaandeelhouders, een begrip dat overigens niet gedefinieerd is in het WVV. De wetgever gaat er gewoon vanuit dat wie tegen de kwijting stemt tot de minderheid behoort. Dit is echter geen aparte toepassingsvoorwaarde.

Een vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Kortrijk was het gevolg van wederzijdse minderheidsvorderingen van twee aandeelhouders-bestuurders met elk 50% van de stemmen (Kh. Kortrijk 19 februari 2003, *TRV* 2003, 417, noot J. Vananroye, “De minderheidsvordering: onterecht onbebind?”).

- Naar heersende mening kan de minderheidsvordering na faillissement niet meer worden ingesteld (zie de verwijzingen bij F. Helsen, “Het actief van het

faillissement: de aansprakelijkheid tegen bestuurders/zaakvoerders na discontinuïteit” in *Faillissement & Reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, losbl., 2017, (II.G.20-1) II.G.20-13.). Zelfs indien de aandeelhouder met succes een minderheidsvordering zou kunnen instellen, is de kans klein dat er nog wat overblijft voor de aandeelhouders nadat alle schuldeisers zijn bedeed.

- (23) **Minderheidsvordering is “afgeleide vordering”.** De aandeelhouders oefenen de *actio mandati* uit voor rekening van de vennootschap. Een eventuele schadevergoeding komt dan ook aan de vennootschap toe. Excepties tegen de vennootschap belemmeren ook de minderheidsvordering.

Een belangrijke uitzondering hierop is dat de, zelfs geldige, kwijting geen verweer vormt tegen een minderheidsvordering. Zoals boven aangegeven kan de minderheidsvordering echter niet worden ingesteld door een aandeelhouder die de betrokken bestuurder kwijting heeft gegeven, behoudens wanneer de ongeldigheid van de kwijting kan worden aangetoond.

De minderheidsvordering kan enkel worden ingesteld tegen bestuurders en leden van de raad van toezicht, al moet daar ook de vaste vertegenwoordiger van een rechtspersoon-bestuurder onder worden begrepen.

De aansprakelijkheidsvorderingen tegen leden van het dagelijks bestuur of de directieraad kunnen niet d.m.v. de minderheidsvordering worden ingesteld. Daarvoor is respectievelijk de raad van bestuur/directieraad of de raad van toezicht bevoegd.

- (24) **Individuele vorderingen van aandeelhouders.** Indien bestuursdaden schade veroorzaken aan de vennootschap, zullen aandeelhouders daar ook de weerslag van ondergaan in de waarde van hun aandelen. Toch heeft de aandeelhouder geen individuele vordering voor schade aan zijn aandelen die louter is afgeleid van de schade aan het vennootschapsvermogen.

De regels inzake afgeleide schade worden vaak gezien als een verbintenisrechtelijk probleem, een vraag die te maken heeft met de aard van de schade (schade door weerkaatsing, reflexschade). Deze tweedimensionale verbintenisrechtelijke benadering verleidt sommige auteurs om de regels inzake afgeleide schade voor aandeelhouders of collectieve schade voor schuldeisers te betwisten (in het bijzonder D. De Marez, *De afgeleide schade van aandeelhouders van een naamloze vennootschap*, proefschrift, KU Leuven, 2004; L. Cornelis, "Persoonlijk: over schade en de aansprakelijkheidsvordering van de curator" in *Liber amicorum Y. Merchiers*, Brugge, die Keure, 2002, 61 e.v.). Vooral bij afgeleide schade is enkele keren het

argument gemaakt dat deze regel een toepassing is van de algemene verbintenisrechtelijke regels inzake schade door weerkaatsing. Deze schade is enkel vergoedbaar op het ogenblik dat ze zeker wordt. Dit zou dan betekenen dat indien de afgeleide schade van de aandeelhouders zeker wordt – met name indien de rechtspersoon te kennen geeft geen vergoeding te zullen vorderen – de aandeelhouders een eigen vorderingsrecht krijgen voor hun deel in de vennootschapsschade.

Een driedimensionale insolventierechtelijke benadering toont aan waarom dit onwenselijk is. Insolventierecht is, net als goederenrecht, altijd derdenrecht. Bekeken door een insolventierechtelijke lens, staan niet enkel de belangen van de schadelijder en de schadeveroorzaker op het spel, maar ook die van andere schuldeisers en aandeelhouders met een claim op de vennootschap. Een eigen aansprakelijkheidsvordering van de aandeelhouder voor afgeleide schade zou erop neerkomen dat een aandeelhouder een vennootschapsactief kan “privatiseren” en zo de normale rangorde kan doorbreken. Dit is onwenselijk omdat daardoor de aandeelhouder zou kunnen vóórsteken in de uitkeringsrij, zijn achterstelling aan de kant schuiven en een vennootschapsactief aan de schuldeisers onttrekken.

De regel inzake afgeleide schade kan daarom gezien worden als een klem op het vermogen van de vennootschap, niet erg verschillend van de regels inzake dividenden en andere uitkeringen in het vennootschapsrecht. De regel verplicht aandeelhouders om de vennootschapsvordering op het niveau van het vennootschapsvermogen af te wikkelen en daarmee de rechten van de vennootschapsschuldeisers te respecteren.

Ook schuldeisers kunnen een gelijkaardige patrimoniale reflexschade lijden doordat hun onderpand in waarde vermindert, waarvoor zij evenmin de bestuurders kunnen aanspreken (zie verder).

Een aandeelhouder heeft wel een eigen vorderingsrecht (voor eigen rekening) voor ‘persoonlijke schade’: dat is schade die een andere oorzaak heeft dan louter de waardevermindering van zijn aandelen ten gevolge van schade aan het vennootschapsvermogen. Het typische voorbeeld betreft net een aandeelhouder die aandelen heeft gekocht of erop heeft ingeschreven, afgaande op valse financiële informatie (Cass. 26 januari 1922, *Pas.* 1922, I, 143).

Persoonlijke versus afgeleide schade betreft de aandeelhouders. Een gelijkaardig *distinguo* bestaat voor schuldeisers na faillissement en staat bekend als het onderscheid tussen individuele en collectieve schade. Schuldeisers hebben geen eigen schadevergoedingsaanspraak voor hun ‘aandeel’ in de collectieve schade:

dat is schade die de boedel lijdt door een vermindering van het actief of een vermeerdering van het passief (Cass. 17 januari 2008, *Pas.* 2008, 130, *TBH* 2008, 321, noot.).

- (25) **Vennootschapsrechtelijk deskundigenonderzoek.** Ter voorbereiding of ondersteuning van een minderheidsvordering kunnen één of meer aandeelhouders die ten minste 10% vertegenwoordigen van het aantal uitgegeven aandelen in een BV of CV (ten minste 1% hebben van de stemmen of 1.250.000 € van het kapitaal in een NV), de aanstelling vorderen van deskundigen, indien er aanwijzingen zijn dat de belangen van de vennootschap op ernstige wijze in gevaar komen of dreigen te komen (art. 5:106, 6:91, 7:160 WvV).

Het vennootschapsrechtelijk deskundigenonderzoek van art. 168 W.Venn. was geschreven als een procedure ten gronde. Het vennootschapsrechtelijk onderzoek in het WvV verwijst daarentegen expliciet naar de procedure in kort geding. De nieuwe regels gaan daarmee terecht in tegen een bepaalde tendens in de rechtspraak over art. 168 W.Venn. om een vennootschapsrechtelijk deskundigenonderzoek in kort geding toe te staan zonder dat er voldaan is aan de wettelijke voorwaarden (zie kritisch over die tendens: J. Vananroye, “De vordering van een aandeelhouder tot aanstelling van een deskundige”, *TRV* 2001, 50-51).

De Memorie van Toelichting bij het WvV (*Parl. St.* 2017-18, doc 54 3119/001, p. 166) maakt terecht ook duidelijk dat die wettelijke voorwaarden niet gelden als een aandeelhouder een gemeenrechtelijk deskundigenonderzoek vordert voor persoonlijke schade die hij beweert te lijden:

“Deze procedure tot de aanstelling van deskundigen staat er niet aan in de weg dat een of meer aandeelhouders die een eigen belang hebben als bedoeld in de artikelen 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek, bijvoorbeeld omdat zij een eigen schade hebben geleden die niet door alle aandeelhouders in verhouding tot hun aandelenbezit werd geleden ten gevolge van een aantasting van het vennootschapsvermogen, een deskundigenonderzoek voor de voorzitter zetelend in kort geding kunnen vorderen, indien de voorwaarden daartoe zijn vervuld. In dat geval gelden de hier bepaalde drempels niet.”

Zie eerder in die zin voor art. 168 W.Venn.: J. Vananroye, “De vordering van een aandeelhouder tot aanstelling van een deskundige”, *TRV* 2001, 52.

Zo’n gemeenrechtelijk deskundigenonderzoek zal in de regel een beperktere draagwijdte hebben dan een vennootschapsrechtelijk deskundigenonderzoek.

Het WWV maakt het zeer duidelijk dat een vennootschapsrechtelijk deskundigenonderzoek in kort geding kan worden gevraagd. Die duidelijkheid doet echter de vraag rijzen of het deskundigenonderzoek nog wel ten gronde kan worden gevorderd. Een letterlijke lezing van de artikels zou kunnen doen denken van niet: de verwijzing naar kort geding lijkt beperkend. Een vennootschapsrechtelijk deskundigen onderzoek moet in die lezing volgens de procedure in kort geding. De praktische relevantie daarvan is dat het dan ook nodig is om de urgentie aan te tonen.

Dit lijkt niet de bedoeling te zijn geweest van de wetgever van 2019. De memorie van toelichting (p. 166) stelt: “Voorts wordt de vordering mogelijk voor de voorzitter van de ondernemingsrechtbank, zetelend in kort geding. Algemeen werd aangenomen dat de procedure voor de gewone rechtbank, die in de artikelen 168 en 169 W.Venn. werd voorgeschreven, niet meer aan de hedendaagse behoeften van het bedrijfsleven beantwoordt en overigens is achterhaald door de evolutie van de rechtspraak van de voorzitters in kort geding.”

De nadruk ligt op het mogelijk maken van de procedure in kort geding zonder een procedure ten gronde uit te sluiten. De bedoeling lijkt te zijn geweest om de eiser te faciliteren, zonder dat ergens blijkt dat de urgentie een bijkomende voorwaarde is. De wetgever had er beter aan gedaan om te bepalen dat de vordering **zoals** in kort geding kan worden ingesteld. Dan heb je de procedureregels van kort geding, zonder de vereiste van urgentie. Intussen kan aan dit punt tegemoet worden gekomen door de voorwaarde van urgentie coulant in te vullen. Men zou kunnen argumenten dat de vereiste van “aanwijzingen dat de belangen van de vennootschap op ernstige wijze in gevaar komen of dreigen te komen” die geldt voor de gegrondheid van een vennootschapsrechtelijk deskundigenonderzoek *ipso facto* urgentie veronderstelt.

4 Externe bestuursaansprakelijkheid

- (26) **Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.** Bestuurders die een onrechtmatige daad plegen t.a.v. derden zijn hiervoor aansprakelijk. Dat deze onrechtmatige daad eventueel ook aan de vennootschap wordt toegerekend betekent niet dat de bestuurders van aansprakelijkheid worden ontheven.

Externe bestuursaansprakelijkheid kan bestaan in een onrechtmatige daad die ieder rechtssubject kan plegen maar die ‘toevallig’ door een bestuurder tijdens de uitoefening van zijn taak wordt gepleegd (gemeenschappelijke externe bestuursaansprakelijkheid, als in een onrechtmatige daad die enkel door een bestuurder kan worden gepleegd (functionele aansprakelijkheid). Voorbeelden van dat laatste zijn de bestuurder die de alarmbelprocedure niet naleeft, de jaarrekening te laat neerlegt of aan *wrongful trading* doet. Voorbeelden van gemeenschappelijke aansprakelijkheid zijn de bestuurder die milieu-overtredingen begaat of door onzorgvuldigheden schade veroorzaakt.

De regels van de *actio mandati* zijn niet van toepassing op vorderingen op grond van de externe aansprakelijkheid van bestuurders. Voor de externe aansprakelijkheid geldt wel het bijzondere regime voor overtredingen van het WVV of de statuten.

Ook aandeelhouders kunnen een vordering uit onrechtmatige daad hebben tegen bestuurders voor schade die niet louter bestaat in de waardevermindering van hun aandelen t.g.v. een bestuursfout. Dit is bv. het geval voor een aandeelhouder die zijn aandelen aan een te hoge prijs heeft gekocht, afgaande op een verkeerde balans.

- (27) **Immunititeit als uitvoeringsagent t.a.v. contractuele schuldeisers.** Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 7 november 1997 de leer van de quasi-immunititeit van de uitvoeringsagent van toepassing verklaard op bestuurders van vennootschappen en hiermee een extra rem op hun externe aansprakelijkheid geplaatst (Cass. 7 november 1997, TRV 1998, 284, noot I. Claeys, RCJB 1999, noot V. Simonart).

De toepassing van de leer van de uitvoeringsagent op het bestuursorgaan van een vennootschap impliceert dat een orgaan, net zoals een aangestelde of een zelfstandige agent, dat een contractuele verbintenis van de vennootschap uitvoert, zelf niet buitencontractueel aansprakelijk kan worden gesteld, tenzij:

- hem een schending kan worden aangewreven van een algemene zorgvuldigheidsplicht (en niet louter van de contractuele verbintenis); en
- deze fout een andere schade heeft veroorzaakt dan deze die aan de slechte uitvoering van het contract te wijten is.

Praktisch zal dit enkel het geval zijn indien het gedrag van het uitvoeringsorgaan ook strafrechtelijk wordt gesanctioneerd.

Belangrijk: deze quasi-immuniteit is beperkt tot derden die een contractuele relatie hebben met de vennootschap en die de bestuurder willen aanspreken voor een foutieve uitvoering door de vennootschap van haar contractuele verbintenissen.

De immuniteit van de uitvoeringsagent heeft een sterkte allocatieve functie, die vooral relevant wordt bij de insolventie van de opdrachtgever (de bestuurdde vennootschap) van de uitvoeringsagent (bestuurder). De regel alloceert goederen en verbintenissen aan de betrokken partijen (E. Dirix, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, 1984, 271, nr. 359.). De regel van de immuniteit van de uitvoeringsagent brengt mee dat de schuldeisers van de vennootschap enkel een schuldvordering zullen kunnen indienen in het faillissement van de vennootschap. Het ligt op de weg van de curator om eventueel de bestuurder aan te spreken. Indien dit met succes gebeurt, zal de vennootschapsschuldeiser eventueel daarin delen, op voorwaarde dat die aan bod komt volgens zijn rang in de boedel. Wat níét kan, is dat de schuldeiser de samenloop omzeilt door een eigen vordering tegen de bestuurder zelf in te stellen. Wie vrijwillig een contractueel risico opneemt, kan dit later niet via een onrechtmatige-daadvordering afwentelen. Deze ratio geeft ook de grens aan van de immuniteit van de uitvoeringsagent. Deze immuniteit van de uitvoeringsagent geldt enkel ten aanzien van contractuele schuldeisers van de organisatie, niet voor andere, onvrijwillige, schuldeisers (I. Claeys, “Het bestuursorgaan als uitvoeringsagent: een verregaande beperking van aansprakelijkheid?”, *TRV* 1998, 288, nr. 9.). Zij hebben immers niet noodzakelijk kunnen kiezen om enkel een vordering op de organisatie te hebben.

De sterke insolventierechtelijke verantwoording van de immuniteit van de uitvoeringsagent belet niet dat deze regel aan een zijden draadje hangt. De Memorie van toelichting van het voorontwerp van wet houdende invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het nieuw Burgerlijk Wetboek (p. 32) stelt:

“Het voorontwerp neemt afstand van de hiervoor besproken rechtspraak die het voor een contractpartij in de regel onmogelijk maakt om een buitencontractuele vordering in te stellen tegen een hulp-persoon van een medecontractant. Zij kunnen voortaan dus ook buitencontractueel aangesproken worden door de benadeelde medecontractant van hun opdrachtgever. In dit verband moet er echter op gewezen worden dat hulppersonen zich op grond van art. 5.92, § 2, van deze titel zullen kunnen beroepen op de eventuele beperkingsbedingen in de hoofdovereenkomst: ‘Doet de schuldenaar voor de nakoming van het contract een beroep op hulppersonen, dan kunnen zij tegen de hoofdschuldeiser het bevrijdingsbeding inroepen dat is overeengekomen tussen hem en de schuldenaar.’”

Deze hervorming van het BW zou een spectaculaire uitbreiding van de externe bestuursaansprakelijkheid vormen. Eentje die bovendien vrijwillige schuldeisers toelaat om de samenloop te ondermijnen.

- (28) **Precontractuele fouten.** Traditioneel leert men dat de schadevergoeding voor een pre-contractuele fout op buitencontractuele grondslag moet worden gevorderd. De fout is immers niet begaan bij de uitvoering van de overeenkomst. Men nam dan ook aan dat de leer van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent geen toepassing kon vinden bij pre-contractuele aansprakelijkheid. Toegepast op de bestuurder betekent dit dat de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent er niet aan in de weg staat dat de bestuurder op buitencontractuele grondslag wordt aangesproken voor de precontractuele fout die door zijn toedoen is begaan naar aanleiding van de totstandkoming van een overeenkomst die hij in naam van de vennootschap heeft gesloten.

Een cassatiearrest van 16 februari 2001 (RW 2002-03, 340, TBH 2002, 703, noot C. Geys) verwierp deze klassieke oplossing, stellende:

"dat als een orgaan van een vennootschap of een lasthebber in de uitvoering van zijn mandaat bij besprekingen die tot een overeenkomst hebben geleid een fout begaat die geen misdrijf uitmaakt, die fout niet de bestuurder of de mandataris tot vergoeding verplicht, maar wel de vennootschap of de lastgever."

De juiste draagwijdte van deze uitspraak was erg omstreden. Een later arrest maakte evenwel een einde aan deze discussie. Op 20 juni 2005 (JLMB 2005, 1199, met andersluidende conclusie J.F. Leclercq, TBH 2006, 418, RPS 2005, 183, TBBR 2005, 473) kwam het Hof van Cassatie terug op zijn eerder arrest zodat de rechtspraak opnieuw aansluiting vindt bij de klassieke regels. Het Hof oordeelde dat:

"si la faute commise par l'organe d'une société au cours de négociations préalables à la conclusion d'un contrat engage la responsabilité directe de cette personne morale, cette responsabilité n'exclut pas, en règle, la responsabilité personnelle de l'organe mais coexiste avec celle-ci"

De bestuurder (of enige andere vertegenwoordiger van de vennootschap – voorbehoud gemaakt voor de toepassing van art. 18 WAO) die een precontractuele fout begaat zal daarvoor zelf aansprakelijk zijn, in de regel samen met de vennootschap. Het klassieke voorbeeld is de bestuurder die met bedrog een schuldeiser doet contracteren met de vennootschap.

De immuniteit van de *uitvoeringsagent* geldt voor het uitvoeren van overeenkomsten, niet voor het *aangaan* van overeenkomsten. Het is verantwoord dat de aanspraak van de schuldeiser hier niet beperkt is tot de vennootschap zelf. De schuldeiser is weliswaar vrijwillig, maar net o.w.v. de precontractuele fout is zijn wilsvorming gebrekkig gebeurd.

- (29) **"Toerekening van onrechtmatige daden aan bestuurders"**. Elke onrechtmatige daad van een orgaan verricht binnen zijn bevoegdheid geldt als een onrechtmatige daad van de rechtspersoon; het omgekeerde is echter niet noodzakelijk waar. Bestuurders of zaakvoerders zijn niet automatisch aansprakelijk voor elke overtreding door de vennootschap van een wettelijke of reglementaire regel.

Bestuurders zijn slechts aansprakelijk voor de onrechtmatige daad van de vennootschap indien die hen feitelijk en moreel kan worden toegerekend.

Bestuurders of zaakvoerder zijn enkel uit onrechtmatige daad aansprakelijk t.a.v. derden bij schending van verplichtingen (volgend uit een specifieke regel of de algemene zorgvuldigheidsplicht) die persoonlijk op hen rusten (zie I. Corbisier, "Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu'a connus le droit de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale", RPS 1994, 81).

De beoordeling van de onrechtmatigheid op het niveau van de rechtspersoon en op het niveau van de bestuurder kan anders gebeuren. Niet elke specifieke regel die op de rechtspersoon rust, zal ook vanuit het standpunt van de bestuurder een specifieke regel zijn. Dit geldt met name voor aansprakelijkheidsgronden die een bepaalde hoedanigheid veronderstellen die de rechtspersoon wel heeft, maar de bestuurder niet (bv. plichtig zijn om de vennootschap te betalen, werkgever zijn, een bepaalde activiteit voeren, ...). Bij schending van zo'n specifieke regel zal de vennootschap automatisch aansprakelijk zijn, terwijl voor de bestuurder zal moeten worden aangetoond dat hij de algemene zorgvuldigheidsplicht heeft geschonden. Zie hierna nr. (38) voor een voorbeeld bij een latijndige aanvraag van het faillissement.

Dat het WWV 'marginale toetsing' ook van toepassing lijkt te maken op externe bestuursaansprakelijkheid (zie hoger nr. (9)), lijkt te bevestigen dat beide aansprakelijkheden autonoom moeten worden beoordeeld.

Dit is het spiegelbeeld van toerekening van onrechtmatige daden aan de rechtspersoon, besproken in Les 2. Doordat we niet elke aansprakelijk afleiden van een

fout van een natuurlijk persoon, bestaat ook de ruimte om de aansprakelijkheid van bestuurder en rechtspersoon op een andere wijze te beoordelen.

- (30) **Kan een bestuurder bewust de rechtspersoon een onrechtmatige daad laten plegen zonder zelf automatisch aansprakelijk te zijn?** De lakmoesproef van de afzonderlijke beoordeling van de rechtmatigheid van rechtspersoon en bestuurder is deze: zijn er gevallen waar de bestuurder bewust de rechtspersoon een specifieke regel laat schenden, en toch niet *ipso facto* zelf aansprakelijk is?

Het antwoord hierop is positief. Zelfs bij de bijzondere aansprakelijkheidsgronden voor het niet of laattijdig doorstorten van bedrijfsvoorheffing (art. 442 *quater* W.I.B.) of BTW (art. 93 *undecies* C BTW-Wetboek) wordt aangenomen dat er gevallen zijn waarin een bestuurder dit verzuimt te doen en niet aansprakelijk is. Een makkelijk voorbeeld hiervan is een nieuwe bestuurder, die dit niet kan doen o.w.v. financiële problemen waaraan hij geen schuld heeft. Een moeilijker voorbeeld is een bestuurder die de doorstorting uitstelt om voorrang te geven aan schuldeisers die noodzakelijk zijn voor de continuïteit van de vennootschap.

5 Bestuursaansprakelijkheid na faillissement

- (31) **Overzicht.** Na faillissement blijven de bovenvermelde aansprakelijkheidsgronden gelden. De interne aansprakelijkheidsvordering door de vennootschap wordt dan uitgeoefend door de curator (die een van de aandeelhouders en bestuurders onafhankelijke persoon is). De curator heeft geen machtiging nodig van de algemene vergadering voor het instellen van de *actio mandati*. Derden zullen vooral na faillissement hun externe aansprakelijkheidsvordering “ontdekken”: ze geven dan immers de hoop op dat de vennootschap zelf haar schuld zal nakomen en gaan op zoek naar andere aansprakelijke personen.

Een hele polemiek is ontstaan rond de vraag of alleen maar de curator dan wel ook de individuele schuldeisers na faillissement een gewone aansprakelijkheidsvordering kunnen inleiden tegen de bestuurders (zie o.a. het Unac-arrest: Cass. 12 februari 1981, *RCJB* 1983, 29 e.v., en latere arresten). Er is in elk geval eenstemmigheid over het feit dat alleen de boedel kan vorderen in de mate waarin de schuldeisers enkel collectieve schade lijden, d.w.z. schade die geen andere oorzaak heeft dan de vermindering van het vermogen van de rechtspersoon door een vermindering van de activa of een vermeerdering van de passiva.

De vordering wegens collectieve schade betreft ‘boedelschade’: de boedel kan hier schade vorderen die de gefailleerde zelf buiten faillissement niet zou kunnen vorderen. Traditioneel kon enkel de curator namens de boedel optreden. Voor de aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout (art. XX.225 WER) bestaat sinds 2018 ook de mogelijkheid voor een schuldeiser om voor rekening van de boedel te vorderen (‘afgeleide boedelvordering’).

Na het faillissement komen er ook bijzondere faillissementsaansprakelijkheden die boedelschade betreffen: de aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout (art. XX.225 WER), wegens herhaaldelijk onbetaalde RSZ-schulden (art. XX.226 en de aansprakelijkheid wegens het kennelijk onredelijk verderzetten van de activiteit (‘*wrongful trading*’, art. XX.227 WER). De aansprakelijkheid van art. XX.226 is ook een individuele vorm van faillissementsaansprakelijkheid t.a.v. de RSZ (zie wel de eigenaardige laatste zin van art. XX.226).

Hoewel de aansprakelijkheid van bestuurders wegens niet-naleven van de alarmbelprocedure theoretisch niet is beperkt tot de hypothese van het faillissement, komt deze aansprakelijkheid vooral dan in het gedrang. Deze aansprakelijkheidsgrond, die gezien kan worden als een bijzonder geval van het kennelijk onredelijk verzetten van de activiteit, wordt hier dan ook bij de faillissementsaansprakelijkheden besproken.

We bespreken eerst de gronden van faillissementsaansprakelijkheid, om vervolgens de vorderingsrechten van de boedel en de schuldeisers te bespreken. Bij dit laatste hoofdstuk wordt ook de ‘afgeleide boedelvordering’ van art. XX.225 bij de aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout besproken.

5.1 Enkele gronden van bijzondere faillissementsaansprakelijkheid

- (32) **Art. XX.225 WER (kennelijk grove fout): verschil met *actio mandati*.** Deze bijzondere faillissementsaansprakelijkheid stond tot 1 mei 2018 voor de in art. 265, 409 en 530 W.Venn. verhuisden per 1 mei 2018 naar art. XX.225-226 WER. Daarmee werd ook het toepassingsgebied uitgebreid tot alle ondernemingen (met uitzondering van natuurlijke personen).

Op grond hiervan kunnen bestuurders persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk worden verklaard voor het geheel of een deel van de schulden van de

onderneming ten belope van het tekort, indien komt vast te staan dat een door hen begane, kennelijk grove fout heeft bijgedragen tot het faillissement.

De aansprakelijk wegens kennelijk grove fout wijkt op enkele punten fundamenteel af van de gemeenrechtelijke interne aansprakelijkheid:

- Vooreerst kan er enkel gevorderd worden na het faillissement van de vennootschap. Verder dient er een grove fout te worden bewezen die heeft bijgedragen tot het faillissement. Klassiek wordt dit omschreven als een overtreding van een norm die belangrijk, zo niet essentieel is voor de handhaving en het bestaan van de vennootschap. Daar staat tegenover dat er geen causaal verband tussen de fout en de schade dient te worden aangetoond.
- Kenmerkend is eveneens dat de schadevergoedingsaanspraak is beperkt tot het netto-passief, waar normalerwijze een bestuurder aansprakelijk kan worden gesteld voor elke schade ten gevolge van een fout ongeacht de vermogenstoestand van de vennootschap. De rechter heeft een discretionaire bevoegdheid om de bestuurders te veroordelen tot het geheel of slechts een gedeelte van het netto-passief.
- Het “bijdragen tot het faillissement” is daarbij een lichtere voorwaarde dan het klassieke causaal verband.
- De kwijting is niet tegenwerpelijk bij deze vordering.

Door de hoge drempel en omwille van de rechterlijke discretionaire bevoegdheid, kan het voor de curator interessant zijn om naast deze vordering ook een *actio mandati* in te stellen.

Zie verder nr. (48) - (50) voor de bijzondere regels voor de vorderingsbevoegdheid en de verdeling van de opbrengsten bij deze aansprakelijkheidsgrond.

- (33) **Art. XX.225 WER (kennelijk grove fout): feitelijke bestuurders, in het bijzonder de controlerende aandeelhouder.** Deze bijzondere faillissementsaansprakelijkheid geldt ook voor feitelijke bestuurders. De feitelijke bestuurder werd bij deze aansprakelijkheidsgrond voor het eerst vermeld. Intussen staat de feitelijke bestuurder ook bij de andere faillissementsaansprakelijkheden van Boek XX en in Boek 2 WVV (vooral om ook de kwantitatieve aansprakelijkheidsbeperking op de feitelijke bestuurder van toepassing te verklaren).

De rechtsleer focust daarbij gebruikelijk nogal op wat een feitelijk bestuurder is. Deze hoedanigheid veronderstelt dat de betrokkene “in volle onafhankelijkheid positieve daden van bestuur kan stellen.” Dat lijkt ons geen nuttige manier om

deze aansprakelijkheidsgrond te benaderen. Wie een kennelijk grove fout pleegt die het faillissement van een vennootschap veroorzaakt, zal in ieder geval aansprakelijk zijn, ongeacht of die schadeveroorzaker feitelijk bestuurder, insider of complete buitenstaander is.

We begrijpen deze aansprakelijkheidsgrond dan ook als volgt. Als een insider met controle over de rechtspersoon schade veroorzaakt, dan zal zijn aansprakelijkheid groter zijn dan die voor een schadeveroorzaker *at arm's length*. Onrechtmatige handelingen zijn immers periculeuzer als de schade wordt veroorzaakt door een controlerende insider. Deze schadeveroorzaker kan immers verhinderen dat het slachtoffer – de rechtspersoon – normale remedies gebruikt en heeft hij tijd en de opportuniteit om de sporen van zijn onrechtmatig handelen te verbergen. Bijgevolg leiden de gewone regels inzake aansprakelijkheid en herstel hier niet tot de gewenste afschrikking.

Dit brengt ons bij wat art. XX.225 WER onderscheidt: de rechter heeft bij de bijzondere faillissementsaansprakelijkheid de volledige discretie om een bestuurder of feitelijke bestuurder aansprakelijk te houden voor het geheel of een deel van het netto-actief, zonder zich zorgen te moeten maken over de normale regels inzake causaliteit. Gecamoufleerd als een bewijsregel, schuilt hier een lokale variëteit van de *punitive damages*.

Tegelijk leert art XX.225 dat voor wie niet formeel bestuurder is, waaronder aandeelhouders, de lat hoogligt voor aansprakelijkheid.

Aandeelhouders hebben in beginsel geen andere positieve verplichting dan de inbreng, waarop ze hebben ingeschreven, te volstorten. Dit gaat zelfs zo ver dat bij de concretisering van de 'bonus pater familias' norm bij de beoordeling van aansprakelijkheid van aandeelhouders geen rekening wordt gehouden met de omstandigheid dat iemand aandeelhouder is, zelfs niet als deze een controlerende participatie heeft. Het aandeelhouderschap brengt geen bijzondere zorgplichten met zich mee t.a.v. outsiders, behalve enkele uitdrukkelijke wettelijke verplichtingen. Deze misschien verrassende regel, die afwijkt van een te verwachten toepassing van artikel 1382 BW, staat als dusdanig nergens expliciet geschreven in de rechtsleer of rechterlijke uitspraken, maar geeft ons inziens wel het positieve recht weer.

Dit alles betekent uiteraard niet dat een aandeelhouder nooit aansprakelijk is t.a.v. de vennootschap maar de norm voor de aandeelhouder is niet zwaarder dan die voor buitenstaanders. Als de aandeelhouder (of andere insiders met controle) echter fouten begaat, zal de sanctionering op grond van art. XX.225 strenger kunnen gebeuren dan bij outsiders.

(34) **Art. XX.225 WER (kennelijk grove fout): uitzondering voor “kleine” onderneming.** Deze aansprakelijkheidsgrond is niet van toepassing:

- wanneer de gefailleerde onderneming over de drie boekjaren voor het faillissement, of, indien de onderneming sedert minder dan drie jaar is opgericht, alle boekjaren voor het faillissement, een gemiddelde omzet van minder dan 620 000 euro, buiten de belasting over de toegevoegde waarde, heeft verwezenlijkt en wanneer het totaal van de balans bij het einde van het laatste boekjaar niet hoger was dan 370 000 euro;
- of wanneer het een VZW, IVZW of stichting betreft die een vereenvoudigde boekhouding voert.

Het WER hernam hiermee mee de uitzondering voor kleine BVBA's en CVBA's uit het W.Venn. en vergrootte het toepassingsgebied tot alle ondernemingen, inclusief de NV.

De kring van uitzonderingen bij aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout is ruimer dan bij aansprakelijkheid voor *wrongful trading* (zie hierna nr. (37)). Dit is niet logisch. De standaarden voor aansprakelijkheid bij *wrongful trading* (“weten of behoren te weten” en “een normaal voorzichtig en zorgvuldig bestuurder in dezelfde omstandigheden”) zijn strenger dan de “kennelijk grove fout”. Geens & Laga beschrijven in hun “Overzicht van rechtspraak” uit 1993 een grove fout als “een verregaande, onvergeeflijke onzorgvuldigheid of lichtzinnigheid die aan het opzet grenst” (TPR 1993, 1067, nr. 156). En die fout moet dan ook nog eens “kennelijk” zijn.

Het zou dan ook logischer zijn om een ruimere kring van uitzonderingen te voorzien bij de *wrongful trading*-aansprakelijkheid, die louter onzorgvuldigheid vereist, dan bij een aansprakelijkheid wegens een “kennelijk grove fout”, die toch tegen opzet en kwade trouw aanschurkt.

Het komt me zelfs voor dat het moeilijk te verantwoorden valt dat een “kennelijk grove fout” zonder gevolgen blijft bij kleine ondernemingen. Wordt het onvergeeflijke toch vergeeflijk omdat het in een kleine onderneming gebeurt? Voor een loutere onzorgvuldigheid ligt dat wellicht anders.

(35) **Art. XX.226 WER (onbetaalde RSZ).** Bestuurders kunnen t.a.v. de RSZ en de boedel hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor het geheel of een deel van alle op het ogenblik van de uitspraak van het faillissement verschuldigde sociale bijdragen (met inbegrip van de verwijlinteressen),

- indien zij, in de loop van de periode van vijf jaar voorafgaand aan de faillietverklaring, betrokken zijn geweest bij minstens twee faillissementen of vereffeningen van ondernemingen
- waarbij schulden ten aanzien van een inningsorganisme van de sociale zekerheidsbijdragen onbetaald zijn gebleven,
- voor zover zij bij die eerder failliet verklaarde of vereffende ondernemingen ten tijde van de faillietverklaring, ontbinding of aanvang van de vereffening tevens bestuurder, gewezen bestuurder, lid of gewezen lid van de directieraad of van de raad van toezicht waren of ten aanzien van de zaken van de onderneming werkelijke bestuursbevoegdheid hadden of hebben gehad.

Dit moet begrepen worden als een vermoeden van fout, waarbij meteen ook boedelschade wordt verondersteld, zonder dat concrete schade of een oorzakelijk verband moet worden bewezen. Aangezien de trigger van dit vermoeden zelf niet noodzakelijk wijst op foutief gedrag, gaat dit aansprakelijkheidsvermoeden zeer ver. Dit wordt slechts gedeeltelijk gecompenseerd doordat dit een facultatieve aansprakelijkheidsgrond is, waarbij de rechtbank een discretionaire bevoegdheid heeft.

Ondanks het drastisch en objectief karakter van deze aansprakelijkheid achtte het Grondwettelijk Hof haar verenigbaar met het gelijkheidsbeginsel (Grondwettelijk Hof 17 september 2009, TRV 2010, 52).

- (36) **Wrongful trading (art. XX.227 WER).** Met art. XX.227 WER is er voor het eerst een expliciete wetsbepaling rond 'wrongful trading'. Ook de invoering van deze aansprakelijkheidsgrond in het WER hangt samen met de verhuis van de bijzondere faillissementsaansprakelijkheid van het vennootschapsrecht naar het insolventierecht.

Indien bij faillissement van een onderneming, de schulden de baten overtreffen, kunnen de bestuurders persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk worden verklaard voor het geheel of een deel van de schulden van de onderneming ten belope van het tekort jegens de boedel, indien:

- a) op een gegeven ogenblik voorafgaand aan het faillissement, de betrokken persoon wist of behoorde te weten dat er kennelijk geen redelijk vooruitzicht was om de onderneming of haar activiteiten te behouden en een faillissement te vermijden;
- b) de betrokken persoon op dat ogenblik één van de hierboven vermelde hoedanigheden had; en

- c) de betrokken persoon vanaf het ogenblik bedoeld in a) niet heeft gehandeld zoals een normaal voorzichtig en zorgvuldig bestuurder in dezelfde omstandigheden zou hebben gehandeld.

Met art. XX.227 krijgt *wrongful trading* voor het eerst in het Belgisch recht een specifieke wetsbepaling. De standaard van aansprakelijkheid in deze bepaling is duidelijk geïnspireerd op de *wrongful trading*-bepaling van Section 214 van de *Insolvency Act* in het Verenigd Koninkrijk (overigens zonder er een kopie van te zijn).

Dat betekent geenszins dat deze aansprakelijkheidsgrond een novum is in het Belgisch recht. Deze bestond reeds vóór de inwerkingtreding van Boek XX als een toepassing van de algemene buitencontractuele zorgvuldigheidsnorm van art. 1382 BW. De Memorie van Toelichting van de invoeringswet van Boek XX zegt over art. XX.227 WER : *“Deze bepaling herneemt en bevestigt de geldende rechtspraak inzake de aansprakelijkheid van bestuurders en feitelijke bestuurders die een reddeloos verloren onderneming verder voeren”*. Deze aansprakelijkheidsgrond werd regelmatig door rechtbanken toegepast.

Nieuw is dat de eiser geen concrete schade in oorzakelijk verband met de onredelijke verderzetting moet bewijzen. Zoals bij XX.225 heeft de rechter hier een discretionaire bevoegdheid om de bestuurder te veroordelen tot het netto-pas-sief.

- (37) **Art. XX.227 WER (*wrongful trading*): uitzondering voor “kleine” onderneming.** Deze aansprakelijkheidsgrond is niet van toepassing wanneer het een VZW, IVZW of stichting betreft die een vereenvoudigde boekhouding voert.
- (38) **Verplichting om het faillissement aan te vragen.** Een onderneming die binnen het toepassingsgebied van Boek XX WER valt, is verplicht om binnen een maand nadat zij heeft opgehouden te betalen, daarvan aangifte te doen (art. XX.102 WER). De vraag rijst hier of de bestuurders of zaakvoerders van een rechtspersoon automatisch aansprakelijk zijn indien er geen aangifte wordt gedaan van het faillissement van de rechtspersoon binnen de wettelijke termijn.

Het Hof van Cassatie heeft onder de oude faillissementswetgeving in een reeks van drie arresten gesteld dat het niet aangeven van het faillissement binnen de drie dagen na de datum van staking van betaling niet automatisch een onrechtmatige daad in hoofde van de leden van de bestuursorganen vormt (zie K. Geens en H. Laga, "Vennootschappen. Overzicht van rechtspraak (1986-91)", TPR 1993,

1058, nr. 144). De bestuurder is pas aansprakelijk indien hij wist of had moeten weten dat de vennootschap zich in staat van faillissement bevond. Dit maakt van de aansprakelijkheid van de bestuurder voor de laattijdige indiening van het faillissement louter een toepassing van het meer algemene leerstuk van de aansprakelijkheid van een reddeloos verloren deficitaire activiteit.

Vele commentatoren hebben de genoemde cassatierechtspraak bekritiseerd omdat ze zou afwijken van de regel dat bij de schending van een specifieke norm de onrechtmatigheid van de gedraging wordt vermoed, tenzij de dader zelf aantoonde dat de overtreding te wijten is aan omstandigheden buiten zijn wil. Er werd hierbij gesuggereerd dat deze rechtspraak enkel te verklaren viel doordat onder de oude wetgeving de verdachte periode bijna automatisch zes maanden vóór het faillissementsvonnis werd geplaatst (vgl. nu art. XX.105 WER) en de verplichting om het faillissement aan te vragen reeds gold na 3 dagen (nu: 1 maand) na de staking van betaling.

Deze rechtspraak is nochtans louter een toepassing van de regel dat een orgaan slechts aansprakelijk is voor een onrechtmatige daad van de vennootschap, indien die onrechtmatige daad hem kan worden toegerekend (zie hoger). De verplichting om het faillissement aan te vragen legt de wet op de rechtspersoon en is geen specifieke verplichting in hoofde van de bestuurders. Er dient daarom een 'sprong' te worden gemaakt van de rechtspersoon naar de natuurlijke persoon door kennis (weten) of nalatigheid (behoorde te weten) in zijn hoofde.

- (39) **Niet-naleving alarmbelprocedure.** Art. 5:153, 6:119 en 7:228 WVV leggen aan de bestuurders van een BV, CV en NV de verplichting op om de algemene vergadering samen te roepen volgens een bijzondere procedure om te besluiten over de ontbinding van de vennootschap, indien het nettoactief negatief dreigt te worden (in BV en CV) of indien ten gevolge van geleden verlies het netto-actief is gedaald tot minder dan de helft van het maatschappelijk kapitaal (NV).

Het zelfde geldt in de BV en de CV wanneer het bestuursorgaan vaststelt dat het niet langer vaststaat dat de vennootschap, volgens redelijkerwijs te verwachten ontwikkelingen, in staat zal zijn om gedurende minstens de twaalf volgende maanden haar schulden te voldoen naarmate deze opeisbaar worden.

Er is geen goede reden waarom deze nieuwe grond niet geldt in de NV. De aanwezigheid van kapitaalbescherming heeft weinig uitstaans met liquiditeitsproblemen. Let wel: voortzetten bij voorzienbare liquiditeitsproblemen kan bij de NV wel tot aansprakelijkheid leiden op grond van art. XX.227 WER (net zoals dat het geval is in de BV en CV ondanks het naleven van de alarmbelprocedure).

Derden kunnen schade lijden door het verzuim de procedure na te leven, doordat ze een niet-verhaalbare vordering krijgen op de vennootschap die niet ontstaan zou zijn indien de vennootschap ontbonden was. Dit leidt tot externe schadevergoedingsaanspraken die ook na het faillissement van de vennootschap door individuele schuldeisers van de bestuurders kunnen worden gevorderd.

Daarnaast kan ook de vennootschap zelf schade lijden doordat haar netto-passief vergroot. Deze interne aansprakelijkheidsvordering kan na faillissement enkel door de curator worden ingesteld. In beide gevallen geldt de bijzondere solidaire aansprakelijkheid wegens overtreding van het WVV.

De alarmbelprocedure is oorspronkelijk uitgedacht om aandeelhouders te beschermen. De procedure gaf hen de mogelijkheid de stekker eruit te trekken op het ogenblik dat hun inbreng nog niet volledig was opgegeten door de schulden van de vennootschap. Dat deze procedure ook werd gebruikt om schuldeisers te beschermen is vooral een ontwikkeling van eind jaren '70 – begin jaren '80 van vorige eeuw. Bestuursaansprakelijkheid t.a.v. derden was toen niet algemeen aanvaard. Een gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsgrond wegens het kennelijk onredelijk verderzetten van een verlieslatende activiteit was omstreden; pas begin jaren '80 kreeg dit een voorzichtige (en nog lang betwiste) erkenning in de bekende *Unac*-zaak. Het niet-naleven van de alarmbelprocedure leek daarom een interessante haak om de bescherming van de schuldeisers aan vast te hangen.

Dat is het nochtans *niet*. Deze aansprakelijkheid reikt te ver: de loutere niet-naleving van een weinig zinvolle formaliteit vormt een genadeloze hakbijl voor de betrokken bestuurders. Dat is vooral nijpend in de BV en de CV waar het startpunt van de procedure ('dreigen negatief te worden') niet met zekerheid kan worden vastgesteld.

Moeilijk punt bij de aansprakelijkheidsstelling van de bestuurders is het causale verband tussen de schade en het verzuim om de algemene vergadering bijeen te roepen. Art. 5:153, §3, 6:119, §3 en art. 7:228 al. 5 WVV bevatten daarom de regel dat de schade door derden geleden vermoed wordt uit het ontbreken van de bijeenroeping voort te vloeien, behoudens tegenvoer.

Meestal wordt het bewijs dat de algemene vergadering niet tot de ontbinding zou hebben besloten principieel uitgesloten. Het causaliteitsvermoeden zou dan enkel nog kunnen worden omgekeerd door bv. te bewijzen dat de vordering ook zou zijn ontstaan bij de ontbinding van de vennootschap of dat de vordering is ontstaan vóórdat de algemene vergadering diende te zijn samengeroepen. Dit gaat te ver. Uit de tekst van de wet en uit de parlementaire voorbereiding kan

enkel worden afgeleid dat de wetgever alle elementen van de causaliteitsband, behoudens tegenbewijs, onder het vermoeden wilde laten vallen. Nergens blijkt dat voor één element van de causaliteitsband, nl. de beslissing van de algemene vergadering tot ontbinding, het tegenbewijs uitgesloten zou zijn. De wetgever wilde enkel de bewijslast wijzigen, niet de materiële regels inzake causaliteit.

Wel is het moeilijk om te bewijzen dat een algemene vergadering niet beslist zou hebben om de vennootschap te ontbinden. De loutere vaststelling dat de voorstanders van een voortzetting een meerderheid van de stemmen bezitten volstaat niet; het concrete stemgedrag van aandeelhouders geconfronteerd met andere aandeelhouders binnen het kader van het sérieux van een alarmbelprocedure is niet noodzakelijk hetzelfde als hun mening daarbuiten. Indien de bestuurders echter kunnen aantonen dat de voorstanders van een voortzetting een meerderheid bezitten én dat ze overtuigende argumenten hadden pro de voortzetting, moet een weerlegging van het causaliteitsvermoeden mogelijk zijn.

Dit maakt ook van de aansprakelijkheid wegens niet-naleving van de alarmbelprocedure een toepassing van de aansprakelijkheid voor het verderzetten van een reddeloos verloren deficitaire activiteit, zij het dat de bewijslast hier in het voordeel van derden is verschoven.

Overigens immuniseert een naleving van de alarmbelprocedure de bestuurders niet tegen aansprakelijkheid op grond van art. XX.227.

Dat is terecht: het is volledig onzinnig om bij een negatief eigen vermogen de beslissing om al dan niet verder te zetten bij de algemene vergadering te leggen: aandeelhouders hebben immers in die hypothese niks meer te verliezen.

- (40) **De *actio pauliana* als bron van rechtsvinding voor aansprakelijkheidsvorderingen gebaseerd op schuldeisersbenadeling.** De constitutieve bestanddelen die aan de *actio pauliana* invulling geven, kunnen dan ook de basis vormen voor een schadevergoedingsvordering. Zo'n pauliaanse onrechtmatige daadsvordering kan naast of in de plaats van de eigenlijke *actio pauliana* worden ingesteld. Deze vordering biedt schuldeisers (en de curator) immers vorderingsmogelijkheden waar de schuldenaar die zelf niet zou hebben.

Deze vordering biedt in het ondernemingsrecht een uitweg waar de traditionele *actio pauliana* geen remedie biedt omdat de verarming in bedrijfseconomische

zin geen goed in de zakenrechtelijke zin betreft. Dit is het geval indien het cliëntèle van een onderneming werd afgeleid. Een benadeelde schuldeiser kan op dit “goed in bedrijfseconomische zin” geen beslag leggen. Een onrechtmatige daadsvordering biedt hier een welkom alternatief.

Een natuurlijke persoon zal wellicht zelf niet echt wakker liggen van de burgerrechtelijke gevolgen van de pauliaanse vordering: hij is immers per hypothese insolvent zodat een aansprakelijkheidsvordering weinig afschrikt. Deze vordering “raakt” daarom vooral de medeplichtige tegenpartij en niet de schuldenaar zelf. Bij een rechtspersoon wordt het vermogen beheerd door andere natuurlijke personen. Deze zullen echter wel bezorgd zijn om een aanvechting van de handelingen die ze stelden voor rekening van de rechtspersoon. Dit kan immers hun eigen aansprakelijkheid ten aanzien van de rechtspersoon zelf en ten aanzien van derden in het gedrang brengen. In het bijzonder bij insolventie van de rechtspersoon zal deze persoonlijke aansprakelijkheid als een aantrekkelijke actiemogelijkheid in het vizier komen.

Zo’n pauliaanse schadevergoeding is collectieve schade die de boedel kan vorderen waar de gefailleerde rechtspersoon zelf niet zou hebben kunnen vorderen. Zie hierna. Heel wat gevallen van bestuursaansprakelijkheid, aandeelhoudersaansprakelijkheid of kredietaansprakelijkheid na faillissement komen eigenlijk neer op een toepassing van het criterium van de “benadeling van de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers”. Een hernieuwde lectuur door de vennootschapsjuristen van de materiële en morele toepassingsvoorwaarden van de *actio pauliana* laat hier toe om het criterium van de “goede huisvader” (art. 1382 BW of de contractuele zorgplicht ten aanzien van de vennootschap) of de “kennelijk grove fout” (art. XX.225 WER) concreter in te vullen. Zie daarvoor in het bijzonder het proefschrift van G. Lindemans, *Schuldeiser & Rechtspersoon: actio pauliana en aansprakelijkheid wegens ongeoorloofde benadeling van schuldeisers van vennootschappen en verenigingen*, Intersentia, 2019, xx + 596 blz

- (41) **Voorbeeld: selectieve betalingen voorafgaand aan het faillissement.** Net zoals bij de *actio pauliana* is het bij bestuursaansprakelijkheid nuttig een onderscheid te maken tussen schuldeisersbenadeling ten gevolge van een verarming in bedrijfseconomische zin en schuldeisersbenadeling die bestaat in een doorbraak van de rangorde tussen schuldeisers (bv. door selectieve betalingen). De drempel voor aansprakelijkheid ligt hoger in het tweede geval.

Het uitgangspunt is dat tot aan het “fatitieke moment” waarop bestuurders de activiteiten moeten stoppen (bv. de staking van betaling of het moment waarop

duidelijk moest zijn voor bestuurders dat staking van betaling redelijkerwijze onafwendbaar wordt), zij het recht hebben om opeisbare schulden te betalen. Ze moeten daarbij de rangorde van de schuldeisers niet respecteren; ze mogen dus bepaalde opeisbare schulden wel betalen en andere niet.

Vanaf het “fatitieke moment” kunnen bestuurders wél aansprakelijk worden gesteld voor betaling van opeisbare schulden. Vanaf dat ogenblik dienen de bestuurders de rangorde tussen de schuldeisers immers te respecteren.

Voorafgaand aan het “fatitieke moment” kunnen bestuurders uitzonderlijk toch aansprakelijk worden gesteld voor betalingen, zelfs van opeisbare schulden, die zij verrichten. Dit zal met name het geval zijn als ze niet alle opeisbare schulden betalen en hun keuze niet verantwoord kan worden op bedrijfseconomische gronden. Dit zal vaak het geval zijn als bestuurders zichzelf of andere “insiders” en verbonden personen betalen en andere schuldeisers niet. Ook de vrijheid om te kiezen wie betaald wordt, is een vrijheid die misbruikt kan worden (E. Dirix, “Grenzen van de wilsautonomie inzake zakelijke zekerheidsrechten” in Bijzondere overeenkomsten, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008, Kluwer, 2008, 148-149.).

5.2 Vordering van de boedel en van individuele schuldeisers

- (42) **Boedelvorderingen voor ‘collectieve schade’.** Alle aan de gefailleerde verschuldigde schadevergoedingen (bv. vergoedingen ten laste van bestuurders, zaakvoerders of kredietverstrekkers wegens professionele fouten) maken, als onlichamelijke goederen van de gefailleerde, deel uit van de boedel.

Daarnaast heeft de boedel aansprakelijkheidsvorderingen die de gefailleerde zelf niet zou hebben: boedelvorderingen (net zoals er boedelschulden zijn). Indien de boedel onrechtmatig wordt benadeeld heeft de boedel zelf hiervoor een boedelvordering. Doorgaans geldt dit voor handelingen die de gezamenlijke verhaalsrechten van de schuldeisers treffen en die ook het voorwerp uitmaken van de pauliaanse vordering (zie hoger nr. (40)). De gefailleerde die aan een pauliaanse handeling meewerkt, heeft zelf uiteraard geen vordering; de boedel echter wel omdat er sprake is van schade aan de boedel (Cass. 24 oktober 2002, RW 2002-03, 902 met concl. G. Dubrulle; Cass. 17 januari 2008 *Pas.* 2008, 130, *TBH* 2008, 321; 10 december 2008 *Pas.* 2008, 2907, concl. D. Vandermeersch; Cass. 4 februari 2011, RW 2011-12, 370, noot J. Vananroye).

Traditioneel wordt in beide gevallen (vordering die de gefailleerde zelf had en vordering die enkel de boedel heeft) gesproken van “vorderingen voor collectieve schade”. Beide types vorderingen strekken tot herstel van schade aan de boedel en komen na faillissement in beginsel enkel toe aan de curator als orgaan van de boedel.

Deze collectieve schade neemt in de regel de vorm aan van een daling van de nettowaarde van het boedelvermogen, doordat het boedelactief afneemt of het boedelpassief toeneemt. De boedel lijdt dus schade wanneer het vermogen van de gefailleerde in bedrijfseconomische zin verarmt. Na vereffening zal het saldo minder batig zijn (afname nettoactief) of zal het deficit vergroten (toename nettopassief). Dat kan doordat de activa van de boedel verminderen of doordat de schulden van de boedel toenemen. De schade is dus collectief wanneer de fout ertoe leidt dat de faillissementsboedel in economische termen “krimpt”: het overschot verkleint of het deficit vergroot.

- (43) **Geen individuele vordering voor collectieve schade.** Het feit dat schade collectief is, zoals hiervoor gedefinieerd, belet niet dat die schade ook tot individueel nadeel bij de schuldeisers kan leiden. Hun verhaalspositie zal immers verslechteren, doordat hun onderpand in waarde vermindert of doordat hun onderlinge rangorde wordt verstoord. Schuldeisers hebben voor dat nadeel, d.i. hun ‘aandeel’ in de collectieve schade, géén schadevergoedingsaanspraak tegen de verantwoordelijke derden. Enkel de boedel als onmiddellijke schadelijder heeft een rechtsvordering tot vergoeding van de schade.

Deze regel is verwant aan de regel dat aandeelhouders geen eigen vordering hebben voor het herstel van ‘afgeleide schade’ (nr. (24)). ‘Collectieve schade’ van de schuldeisers in de boedel is wat ‘afgeleide schade’ is voor aandeelhouders in de vennootschap.

- (44) **Individuele vordering voor individuele schade.** Collectieve schade staat in tegenstelling tot individuele schade: dit is schade die een of meer schuldeisers lijden met een andere oorzaak dan een waardevermindering van het vermogen van hun debiteur. Deze individuele schade kunnen schuldeisers ook tijdens het faillissement zelf nog vorderen.

Een typisch voorbeeld is een schuldeiser, die na faillissement een bestuurder aanspreekt omdat hij door hem werd misleid om met de vennootschap te contracteren.

- (45) **Onderscheid tussen collectieve en individuele schade.** Zoals gezegd betreft “collectieve schade” schade aan de boedel. Het is niet zomaar een bundeling van individuele schadevergoedingsvorderingen van schuldeisers. Dit heeft enkele gevolgen, waarover een abundante cassatierechtspraak bestaat:
- Een boedelvordering kan bestaan tegen een schuldeiser in de boedel (‘Unac-arrest’: 12 februari 1981, *Pas.* 1981, I, 640, concl. R. Declercq, *BRH* 1981, 154).
 - Het feit dat alle schuldeisers gelijkaardige schade lijden is niet voldoende om van collectieve schade te spreken als er geen schade is op het niveau van de boedel, d.i. aan de gebundelde verhaalsrechten (Cass. 2 maart 1995, *Pas.* 1995, I, 250, concl. E. Liekendaël, *TBH* 1995, 569). Dit is bv. het geval als alle schuldeisers worden misleid vanaf de oprichting van een vennootschap.
 - Omgekeerd is het niet vereist dat alle deelgenoten nadeel lijden, opdat de boedel een vordering zou hebben. Het volstaat dat de boedel schade lijdt. De verdeling van het provenu van die vordering gebeurt binnen de boedel, volgens de geldende rangorde. Dat bepaalde schuldeisers in de boedel niet zouden delen in het provenu (bv. omdat alles toekomt aan een bevoorrechte schuldeiser), doet niets af aan het bestaan van de boedelvordering zelf.
- (46) **Ook individuele vorderingen bij art. XX.227 WER.** Art. XX.227 WER spreekt over de “uitsluitende bevoegdheid” van de curator. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat bij wrongful trading geen individuele vorderingen wegens individuele schade meer mogelijk zijn (J.F. Goffin en A. Cauwenbergh “La responsabilité des dirigeants liée à une poursuite d’activité déficitaire avant ou pendant une réorganisation judiciaire” in *Le droit de l’insolvabilité: analyse panoramique de la réforme*, 677, nr. 44.).

Het typevoorbeeld van individuele schade ligt net in de sfeer van *wrongful trading*: de vordering die een schuldeiser heeft tegen een bestuurder omdat hij met de vennootschap contracteerde op basis van verkeerde financiële informatie of omdat zijn schuldvordering is ontstaan nadat de vennootschap reeds failliet verklaard had moeten worden.

Zie onder het oude recht K. Geens, M. Denef, F. Hellemans, R. Tas en J. Vananroye, “Vennootschappen. Overzicht van rechtspraak (1992-98)”, *TPR* 2000, 322-325; M. Wywkaert en F. Parrein, “Een ongeluk komt nooit alleen.

Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid?” in *Vennootschaps- en financieel recht*, 2011, 16, 16, nr. 29.

Op dit punt heeft de wetgever niet willen innoveren: art. XX.227 WER doet geen afbreuk aan individuele vorderingsrechten van schuldeisers voor hun persoonlijke schade. De “uitsluitende bevoegdheid” van de curator verwijst enkel naar de boedelvordering, niet naar de individuele vorderingen van schuldeisers. De “uitsluitende bevoegdheid” in art. XX.227 moet begrepen worden in juxtapositie met art. XX.226 (kennelijk grove fout) waar een afgeleide boedelvordering bestaat. De wetgever wilde erop wijzen dat deze afgeleide boedelvordering niet openstaat voor art. XX.227 (zie verder voor de kritiek hierop).

Waarom regelt Boek XX enkel de boedelvordering en niet individuele vorderingen bij een kennelijk onredelijke verderzetting van activiteiten? Dit kan verklaard worden vanuit de hoger vermelde IPR-overwegingen om aansprakelijkheidsvorderingen op te nemen in Boek XX. De schade aan de boedel wordt beheerst door de *lex concursus* en hoort thuis in het insolventierecht. Dat leert het hiervóór vermelde Kornhaas-arrest (zie ook over de Franse “action en comblement de passif”: HvJ 22 februari 1979, Gourdain t/ Nadler. C-133/78; ECLI:EU:C:1979:49).

Het IPR van individuele schade is geen vanzelfsprekende vraag, maar het komt me voor dat dit vaak zal vallen onder andere verwijzigingscategorieën, zoals de *lex societatis* (bv. als de alarmbelprocedure werd geschondden), de *lex contractus* of de *lex loci delicti*. Het past daarom dat deze individuele vorderingsmogelijkheid niet in het insolventierecht wordt geregeld; dat betekent daarom uiteraard niet dat ze niet zou bestaan.

- (47) **Toepassing bij onrechtmatige verderzetting: zowel collectieve als individuele schade.** De praktische consequenties worden duidelijk bij de aansprakelijkheid voor de onrechtmatige verderzetting van een kennelijk verloren deficitaire onderneming, met als toepassingen o.a. de laattijdige aangifte van het faillissement en de alarmbelaansprakelijkheid (zie verder). Zo'n onrechtmatige verderzetting kan aanleiding geven tot zowel interne als externe aansprakelijkheid:

- De vennootschap zelf kan schade lijden doordat verder wordt ingeteerd op haar vermogen. Haar schade bestaat in beginsel uit het verschil tussen het (waarschijnlijk negatieve) eigen vermogen op het ogenblik van de werkelijke faillissementsverklaring en het eigen vermogen op het ogenblik dat het faillissement had moeten zijn aangevraagd. Dit is moeilijk te bewijzen; vandaar het schadebegrip in art. XX.227 WER.

- Derden kunnen een vorderingsrecht hebben voor de (gedeeltelijk) onbetaalde schuldvordering die zonder de fout van de bestuurder of zaakvoerder niet zou zijn ontstaan.

De schade aan het vennootschapsvermogen wordt na het faillissement uiteraard door de curator gevorderd. Dit vorderingsrecht van de curator gegrond op de interne aansprakelijkheid van bestuurders betekent niet dat de schuldeisers die een vorderingsrecht hebben gegrond op externe aansprakelijkheid dit niet meer zouden kunnen uitoefenen.

De arresten Unac uit 1981 en Sepp uit 1997 maken zeker duidelijk dat de curator niet de individuele rechten van de schuldeisers kan uitoefenen. Het arrest Sefi uit 1995 verduidelijkt dit door te stellen dat het vorderingsrecht niet kan bestaan in de cumulatie van de verschillende individuele vorderingen van de schuldeisers, ook al hebben ze alle een gelijkaardige schade als voorwerp.

Dat de aanspraak van een schuldeiser dezelfde oorsprong kent als de vordering van de curator, *in casu* de onrechtmatige verderzetting van de onderneming, kan geen bezwaar zijn tegen een individueel vorderingsrecht, zolang de schuldeiser maar individuele schade lijdt. Dat laatste wordt bevestigd door een cassatie-arrest uit 1965 (Cass. 8 maart 1965, *Pas.* 1965, I, (684) 692).

Er moet wel worden vermeden dat tweemaal dezelfde schade wordt vergoed:

- Er kan worden gewacht met het toekennen van een schadevergoeding aan de schuldeisers tot het faillissement is afgesloten. Hun vergoeding bestaat dan in de waarde van hun schuldvordering min het dividend dat ze uit het faillissement hebben ontvangen.
- Eventueel kan de rechter voor de afsluiting van het faillissement hen een provisionele schadevergoeding toekennen.

(48) **Art. XX.225: ‘afgeleide boedelvordering’ bij faillissementsaansprakelijkheid voor kennelijk grove fout.** Voor de *actio mandati* bestaat met de minderheidsvordering een afgeleide vordering voor aandeelhouders tot onrechtstreekse vergoeding van hun afgeleide schade. Dit geeft een minderheidsaandeelhouder een actiemogelijkheid indien de meerderheid in de algemene vergadering geen vordering instelt. Zie hoger nr. (22).

Hetzelfde idee zit achter de in 2017 ingevoerde vorderingsmogelijkheid in art. XX. 225 §3 en §4 WER, die enkel geldt voor de faillissementsaansprakelijkheid voor kennelijke grove fout (en niet voor andere aansprakelijkheidsgronden,

waar nochtans een schuldeiser ook geconfronteerd kan worden met collectieve schade die niet door de curator wordt benaarstigd).

Een benadeelde schuldeiser kan deze vordering alleen instellen indien de curator de vordering zelf niet instelt binnen een maand na hiertoe door de benadeelde schuldeiser te zijn aangemaand. De benadeelde schuldeiser stelt de curator daarvan in kennis. De curator kan tussenkomen in de door de schuldeiser ingestelde procedure. In dat geval komt de curator in de plaats van de schuldeiser (art. XX. 225 § 3 spreekt wat ongelukkig van “rechtsopvolger van de schuldeiser”).

De boedel dient de schuldeiser voor de door hem gemaakte uitgaven en kosten te vergoeden indien de curator tussenkomt. De schuldeiser heeft eveneens recht op vergoeding voor de gemaakte kosten indien de curator niet tussenkomt en de vordering voordeel oplevert aan de boedel.

- (49) **‘Afgeleide boedelvordering’ geldt niet voor andere aansprakelijkheidsgronden.** De afgeleide vorderingsmogelijkheid bij kennelijk grove fout (art. XX.225) bestaat niet bij andere aansprakelijkheidsgronden.

De Memorie van Toelichting van de invoeringswet van Boek XX (Parl.St. Kamer, doc 54, 2407/001, 105) verantwoordt het monopolie van de curator voor collectieve schade in het kader van art. XX.227 WER als volgt: “Dergelijk optreden behoort uitsluitend de curator toe. Het is de bedoeling te voorkomen dat welke belanghebbende dan ook op dergelijke wijze kan optreden in een domein waar een complexe appreciatie en een diepgaande kennis van het verleden van de onderneming vereist is.

Deze verantwoording overtuigt niet. De appreciatie van een onrechtmatige verderzetting is niet complexer of delicateser dan die van een kennelijk grove fout (waarbij er geen monopolie van de curator is). Het is ook eigenaardig om de complexiteit of de vereiste kennis te laten doorwegen bij de vraag wie kan vorderen: daarvoor bestaat er een rechter die de gegrondheid beoordeelt.

Het verdient voorkeur om de afgeleide vordering van individuele schuldeisers voor aansprakelijkheid wegens kennelijke grove fout (art. XX.225) uit te breiden naar collectieve schade, ongeacht wat de materieelrechtelijke grondslag is. Dus ook: bij een vordering op grond van wrongful trading, een actio mandati, een aansprakelijkheid wegens laattijdige aangifte van het faillissement of wegens schending van de alarmbelprocedure.

- (50) **Art. XX.225 en XX.227: bijzondere verdelingsregel bij vordering wegens kennelijk grove fout.** Een nieuwigheid in Boek XX is dat een bijzondere verdelingsregeling wordt ingevoerd voor de verdeling van het provenu van de aansprakelijkheidsvorderingen wegens kennelijk grove fout (art. XX.225, § 5 WER) en onredelijke voortzetting (art. XX.227, § 3 WER). De door de rechtbank toegekende vergoeding wegens vermindering of afwezigheid van activa wordt evenredig verdeeld onder de schuldeisers met inachtneming van de wettige redenen van voorrang. De door de rechtbank toegekende vergoeding wegens vermeerdering van het passief van het faillissement wordt evenredig verdeeld over alle schuldeisers zonder inachtneming van de wettige redenen van voorrang. Elke verdeling geschiedt na voorafname van de boedelschulden.

De Memorie van toelichting van de invoeringswet van Boek XX (*Parl.St. Kamer 2016-17, nr. 2407/1, 103*) stelt daarover: “Om enigszins tegemoet te komen aan het lot van de gewone schuldeisers, om zoveel mogelijk de gelijkheid tussen schuldeisers te vrijwaren en om deze ook aan te sporen deze vorderingen in te stellen, bepaalt de paragraaf dat de opbrengst van de veroordeling ten goede komt aan alle schuldeisers op volstreekte voet van evenredigheid in geval van verhoging van het passief (discontinuïteitspassief). Daarentegen voor de schadeloosstelling toegekend in geval van een vermindering of verdwijning van activa, is het gemeen recht dat van toepassing is. Bij vermindering of verdwijning van activa worden de bijzonder bevoorrechte schuldeisers immers benadeeld door dergelijke handelingen, die hun onderpand aantasten. De vordering tot vergoeding komt in de plaats van de goederen en kan dus niet onttrokken worden aan de zekerheidsrechten die rustten op de betrokken activa.”

Deze motivering hinkt op twee benen. Enerzijds bevat ze het idee van de allocatieve functie: schadevergoeding moet terechtkomen bij de schuldeisers die benadeeld werden en moet rekening houden met hun plaats in de rangorde. Anderzijds spreekt er de wens uit om de chirografaire schuldeisers een duwtje in de rug te geven, met name om hen aan te sporen deze vorderingen in te stellen. Dat laatste gaat dan enkel op voor artikel XX.225, want bij artikel XX.227 is er geen afgeleide boedelvordering ingevoerd.

Deze afwijkende verdelingsregeling lijkt vooral de positie van de schuldeisers met een algemeen voorrecht, zoals de fiscus en andere publieke schuldeisers, te benadelen (C.-A. Leunen en G. Viseur, “Questions choisies en matière de responsabilité des administrateurs dans le nouveau Code des sociétés et le Livre XX du Code de droit économique” in A. Zenner (ed.), *Le droit de l’insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2018, (725) 737.). Voor schuldeisers met een zakelijk zekerheidsrecht (bv. pand op handelszaak) lijkt de tekst van de wet integendeel net het idee te bevestigen : dat de opbrengst van een vordering op grond van kennelijk grove fout of onredelijke voortzetting

principieel deel uitmaakt van de assiette van het zekerheidsrecht. Onomstreden is dat laatste nochtans niet.

De wetgever had er beter aan gedaan om een veel eenvoudigere allocatieregel in te voeren: nl. bij deze vorderingen altijd de opbrengst *pari passu* onder de schuldeisers te verdelen. De allocatie volgens de normale volgorde in de boedel moet dan wijken voor het geven van een prikkel. Geen prikkel, anders dan de Memorie argumenteert, opdat de chirografaire schuldeisers meer vorderingen zouden instellen. Het voordeel van de nieuwe verdelingsregel is voor deze schuldeisers doorgaans immers te klein om hun rationele apathie te overwinnen. Een pondspoons wijze verdeling kan wel een prikkel vormen voor de schuldeisers met een zakelijk zekerheidsrecht opdat ze voorafgaand aan het faillissement de onderneming beter in het oog zouden houden en tijdig de stekker zouden uittrekken.

Een gesecuriseerde schuldeiser is in de regel immers een sterke schuldeiser met de economische macht en de contractuele bevoegdheid om de schuldenaar te monitoren. Tegelijkertijd speelt er moral hazard in hoofde van die gesecuriseerde schuldeiser: indien hij zijn macht niet gebruikt, zal hij daarvan niet in de eerste plaats zelf de gevolgen dragen, als gevolg van zijn zekerheidsrecht. Helemaal mooi wordt het voor de gesecuriseerde schuldeiser als hij ook nog meeprofiteert van de vordering die de onrechtmatige waardevermindering herstelt. Een verdeling *pari passu* zou ertoe leiden dat de gesecuriseerde schuldeiser de gevolgen van gebrekkig toezicht gedeeltelijk terug internaliseert.

De huidige wettekst bereikt deze responsabilisering slechts in beperkte mate. Het alternatieve voorstel zou bovendien alvast het voordeel hebben dat het in de praktijk veel makkelijker is toe te passen dan het onderscheid tussen vermeerdering van passief en vermindering van actief. De onrechtmatigheden bij de artikelen XX.225 en XX.227 strekken zich in de regel immers uit over een langere tijdsperiode; in die periode zullen activa en passiva voortdurend fluctueren. Het vereist een erg natte vinger van de rechter om die morsige evolutie in twee simpele wettelijke categorieën te duwen.

6 Beperkingen op en matiging van bestuursaansprakelijkheid

- (51) **Matigen aansprakelijkheidsrisico door kwijting (interne aansprakelijkheid).** Na de goedkeuring van de jaarrekening beslist de AV bij afzonderlijke stemming over de kwijting van bestuurders en leden van de raad van toezicht (art. 5:98,

6:83 en 7:149 WV; voor de VZW: art. 9:20 WV). Door een geldige kwijting doet de vennootschap afstand van de *actio mandati*.

Er zijn belangrijke grenzen aan het comfort dat een kwijting biedt:

- De kwijting geldt niet als verweer tegen een minderheidsvordering, die enkel kan worden ingesteld op initiatief van aandeelhouders die geen geldige kwijting hebben goedgekeurd (of voor fouten die niet door de kwijting worden gedekt).
- De afstand door de vennootschap van de interne aansprakelijkheidsvordering heeft vanzelfsprekend geen invloed op externe aansprakelijkheidsvorderingen van derden.

Soms wordt wel beweerd dat een aandeelhouder die vóór kwijting stemt ook afstand doet van eventuele individuele vorderingen die hij zou hebben voor persoonlijke schade.

- Kwijting is enkel geldig indien in de jaarrekeningen geen weglatingen of onjuistheden voorkomen die de werkelijke toestand van de vennootschap verbergen. Niettegenstaande weglatingen of onjuistheden in de jaarrekening, zal de kwijting echter geldig zijn, indien de algemene vergadering op een andere wijze kennis heeft gekregen van de werkelijke toestand van de vennootschap (zie Cass. 12 februari 1981, AC 1980-81, 662, BRH 1981, 154; zie hierover ook A. Goeminne, "Kwijting van bestuurders en zaakvoerders", RW 1995-96, 1007-1010).
- Overtredingen van de statuten en het WV zijn enkel gedekt door de kwijting indien bepaaldelijk aangegeven in de oproeping.
- Het is denkbaar dat een kwijtingsbesluit vernietigd wordt wegens misbruik van meerderheid, indien geen redelijke aandeelhouder in het licht van het vennootschapsbelang voor kwijting had kunnen stemmen.
- Het is betwist of een kwijting bestuurders ontslaat van aansprakelijkheid voor een eventuele onrechtmatige daad jegens de vennootschap. Zelfs indien we aannemen dat een kwijting niet automatisch onrechtmatige daden dekt, is er geen reden om af te wijken van de gemeenrechtelijke regel dat ook afstand kan worden gedaan van een aansprakelijkheidsvordering uit onrechtmatige daad, zelfs als die een misdrijf vormt. In het gemeen recht ver-

onderstelt een afstand wel een grotere "kennis van zaken" dan bij de vennootschapsrechtelijke kwijting. Het is nl. niet voldoende dat de jaarrekening een waarheidsgetrouw beeld geeft van de toestand van de vennootschap, maar de AV moet ook in staat zijn om uit de jaarrekening de gepleegde fouten af te leiden.

- Ook als de curator de *actio mandati* instelt, is de rechtsgeldig vóór het faillissement verleende kwijting hem tegenwerpelijk. De curator oefent immers de interne aansprakelijkheidsvordering uit, met alle excepties die daaraan kleven, op grond van het collectief faillissementsbeslag ten behoeve van de gemeenschappelijke schuldeisers. Wel kan de curator de kwijting eventueel aanvechten d.m.v. de *actio pauliana* of de herstelbevoegdheden van art. XX.111-112 WER, indien ze met bedrieglijke miskenning van de rechten van de schuldeisers is gebeurd.
- Indien de curator of een individuele schuldeiser vordert op grond van de bijzondere faillissementsaansprakelijkheid voor kennelijke grove fout is de kwijting in ieder geval niet tegenwerpelijk.

(52) **Wettelijke beperking op aansprakelijkheidsrisico: de 'cap' (interne en externe aansprakelijkheid).** Artikel 2:57 WVV beperkt tot een bepaald maximumbedrag:

- de interne aansprakelijkheid bedoeld in artikel 2:56 WVV;
- elke andere schadeaansprakelijkheid die voortvloeit uit het WVV of andere wetten of reglementen ten laste van een lid van een bestuursorgaan of dagelijks bestuurder,
- evenals de aansprakelijkheid voor de schulden van de rechtspersoon bedoeld in de artikelen XX.225 en XX.227 WER.

Deze aansprakelijkheidsbeperking (de zogenaamde 'cap') geldt daarmee zowel tegenover de rechtspersoon als tegenover derden, en ongeacht de contractuele of buitencontractuele grondslag van de aansprakelijkheidsvordering. De beperking geldt niet indien de bestuurder persoonlijk zich contractueel heeft verbonden t.a.v. derde (bv. persoonlijke zekerheid).

De bestaansreden van de 'cap' wordt soms gezocht in het verhogen van de verzekerbaarheid van bestuursaansprakelijkheid. Een verzekeraar zal inderdaad in de praktijk nooit willen een verzekering zonder limiet geven, niet voor bestuursaansprakelijkheid, niet voor andere vormen van aansprakelijkheid. Daarvoor moet de wetgever echter niet de aansprakelijkheid tot een maximum beperken. De verzekeraar lost dit zelf zeer eenvoudig zelf op

door het verzekerde bedrag in de polis tot een maximum te beperken. Een wettelijke beperking van de aansprakelijkheid van de bestuurder tot een plafond voegt voor de verzekeraar weinig toe aan het contractuele plafond dat hij zelf kan voorzien.

Zullen verzekeringsnemers dan sneller een verzekering willen kopen door de invoering van een cap? Het lijkt nogal een ontra-intuïtieve claim dat als het risico op aansprakelijkheid kleiner wordt, er meer verzekering zou worden gekocht. Het ligt veel meer voor de hand dat een cap op bestuursaansprakelijkheid net het omgekeerde gevolg heeft. Als het risico op bestuursaansprakelijkheid wordt ingeperkt, zullen bestuurders (of wat meestal gebeurt: de vennootschap zelf) minder geneigd zijn om een verzekering te kopen. Gedupeerden van bestuurlijk handelen krijgen hierdoor minder verhaal: bestuurders worden minder aansprakelijk en die aansprakelijkheid is vaker onverzekerd.

Als er een cap staat op bestuursaansprakelijkheid, lijkt het bijna zeker dat de verzekeringsnemer niet zal willen betalen voor een verzekerd bedrag dat hoger ligt dan het plafond van de aansprakelijkheid. Voor de meeste bestaande polissen zou dit betekenen dat het verzekerde bedrag naar beneden zal gaan. Vanzelfsprekend is dit opnieuw nadelig voor de gedupeerden. Zij krijgen minder verhaal op de verzekeraar en geen verhaal op de bestuurder zelf.

Een beperking van aansprakelijkheid, hetzij door een cap, hetzij door een verzekering, leidt tot meer roekeloos handelen (*moral hazard*). Een verzekeraar van bestuursaansprakelijkheid wist in een systeem zonder cap dat een bestuurder nooit volledig kon vertrouwen op zijn verzekering. De aansprakelijkheid kan immers hoger liggen dan het verzekerde bedrag. De bestuurder zal dus voorzichtig blijven. Dit is anders indien de cap wordt ingevoegd. Behoudens voor de eventuele franchise weet de bestuurder dan dat hij altijd gedekt is indien het verzekerde bedrag niet lager is dan die cap (wat zeker voor kleine en middelgrote vennootschappen erg waarschijnlijk lijkt). Voor het bedrag waarvoor hij verzekerd is, wentelt hij zijn aansprakelijkheid af op de verzekeraar; voor het bedrag waarvoor hij niet verzekerd is, is hij simpelweg niet aansprakelijk. De bestuurder draait dus nooit zelf op: het gevaar van *moral hazard* wordt groter. Een verstandig verzekeraar zal hierdoor wellicht door het invoeren van een cap voorzichtiger worden bij het verstrekken van aansprakelijkheidsverzekeringen. Dat is net het omgekeerde van het gevolg dat wordt beoogd.

De maximale bedragen gelden voor alle leden van het bestuursorgaan of dagelijkse bestuurders samen. Zij gelden per feit of geheel van feiten dat aanleiding kan geven tot aansprakelijkheid, ongeacht het aantal eisers of vorderingen. Opmerkelijk is dat de beperking ook geldt voor feitelijke bestuurders.

Deze regels zorgen voor voor enkele eigenaardige discriminerende effecten t.a.v. de volgende groepen :

‘Nakomende’ slachtoffers. Jos is bestuurder in een Belgische vennootschap. De activiteiten van de vennootschap zorgen in België voor milieuschade. Ook de bestuurders worden hiervoor aansprakelijk gesteld door de slachtoffers op grond van art. 1382 BW. Bij Miet manifesteert zich de schade het eerst en ze stelt Jos met succes aansprakelijk voor 250.000 EUR. Bij Piet duurt het enkele jaren langer voor de schade zich manifesteert en hij een procedure begint tegen Jos. Jos zal echter inroepen dat de schade van Miet veroorzaakt is door hetzelfde feit of geheel van feiten als de schade van Piet. Piet is bijgevolg gesjareld: de door de ‘cap’ beschikbare ruimte voor schadevergoeding is reeds opgegeten door Miet. Het helpt niet als Piet andere bestuurders aanspreekt. Ook zij kunnen inroepen dat door de schadevergoeding van Jos aan Miet, zij niet meer kunnen worden aangesproken. Als de vennootschap insolvent is, blijft Piet zonder vergoeding achter.

Slachtoffers met outsider-status: eerst oompje, dan oompjes kinderen. Het vorige verschil in behandeling tussen ‘vroeg’ en ‘nakomende’ slachtoffers is al erg genoeg als het blind werkt. In de praktijk wordt het wellicht nog erger doordat het niet louter toeval is dat zal bepalen wie het winnend lot krijgt. Het ligt immers voor de hand dat ‘slachtoffers’ met insider-status eerst aan hun trekken zullen komen. Dat is overigens één van de redenen van het fixatiebeginsel in het insolventierecht: voorkomen dat schuldeisers met insider-status worden voorgetrokken. Bij de ‘cap’ is er geen mechanisme om de samenloop van verschillende mogelijke slachtoffers ordentelijk te regelen.

De insider par excellence is uiteraard de vennootschap zelf. Ter herinnering: de ‘cap’ dekt zowel aansprakelijkheid ten aanzien van de vennootschap als ten aanzien van derden. Als de ‘cap’ is opgegeten door een schadevergoeding aan de vennootschap, blijft er geen schadevergoeding over voor derden voor dezelfde schadeveroorzakende feiten. Er is weinig fantasie voor nodig om in te beelden hoe dit misbruikt kan worden. Bestuurders controleren doorgaans immers wat de vennootschap doet en als ze ook aandeelhouder zijn profiteren ze terug mee van een vergoeding die aan de vennootschap werd betaald.

Bestuurders die eerst in het vizier komen. In het voorbeeld van daareven werd Jos eerst aangesproken, vóór mede-bestuurder Piet werd aangesproken. Piet komt er zonder aansprakelijkheid vanaf, maar Jos is gestopt. Er is geen regresregeling voorzien tussen bestuurders.

Schadeveroorzakers zonder insider-status. De curator van een failliete vennootschap stelt huisbank A aansprakelijk wegens onrechtmatige kredietverlening- of beëindiging. De bank is onbeperkt aansprakelijk voor de schade door haar veroorzaakt. De curator van een andere failliete vennootschap stelt huisbank B aansprakelijk wegens onrechtmatige kredietverlening of -beëindiging. Huisbank B heeft zich echter verregaand bemoeid met het bestuur van de vennootschap en roept in dat ze een “feitelijk bestuurder” is. Als dit lukt, is de aansprakelijkheid van de bank beperkt tot de ‘cap’ die in de betrokken vennootschap gold. Indien er tussen de twee banken al een verschil in behandeling zou moeten zijn, zou het uiteraard net in omgekeerde richting moeten gaan. Het uitbreiden van de ‘cap’ tot feitelijke bestuurders leidt tot ongerijmde situaties. De kwalificatie als ‘feitelijk bestuurder’ is gemaakt als een grond voor aansprakelijkheid. Door de invoering van de ‘cap’ zoals nu voorgesteld, zou het label ‘feitelijk bestuurder’ een felbegeerde en redeloze grond van aansprakelijkheidsbeperking worden.

Er zijn vijf wettelijke niveaus voor het maximumbedrag in functie van de gemiddelde omzet en het gemiddelde balanstotaal van de rechtspersoon gedurende de drie boekjaren voorafgaand aan de instelling van de aansprakelijkheidsvordering of, indien er nog geen drie boekjaren zijn verlopen op het moment van de instelling van de aansprakelijkheidsvordering, gedurende de periode sinds de oprichting van de rechtspersoon:

1° 125 000 euro, in rechtspersonen die in de drie boekjaren voorafgaand aan de instelling van de aansprakelijkheidsvordering of over de periode sinds de oprichting indien er sindsdien minder dan drie boekjaren zijn verlopen, een gemiddelde omzet op jaarbasis van minder dan 350 000 EUR, exclusief de belasting over de toegevoegde waarde, hebben verwezenlijkt, en waarvan het gemiddelde balanstotaal over diezelfde periode niet hoger was dan 175 000 euro;

2° 250 000 euro, in rechtspersonen die niet onder het 1° vallen en die in de drie boekjaren voorafgaand aan de instelling van de aansprakelijkheidsvordering of over de periode sinds de oprichting indien er sindsdien minder dan drie boekjaren zijn verlopen een gemiddelde omzet op jaarbasis van minder dan 700 000 euro, exclusief de belasting over de toegevoegde waarde, hebben verwezenlijkt, en waarvan het gemiddelde balanstotaal over dezelfde periode niet hoger was dan 350 000 euro;

3° 1 miljoen euro, in rechtspersonen die niet onder het 1° en 2°, vallen en die in de drie boekjaren voorafgaand aan de instelling van de aansprakelijkheidsvordering of over de periode sinds de oprichting indien er

sindsdien minder dan drie boekjaren zijn verlopen, niet meer dan één van de volgende criteria hebben overschreden:

- gemiddelde omzet exclusief de belasting over de toegevoegde waarde op jaarbasis: 9 000 000 euro;

- gemiddeld balanstotaal: 4 500 000 euro;

4° **3 miljoen euro**, in rechtspersonen die niet onder het 1°, 2° en 3°, vallen en die in de drie boekjaren voorafgaand aan de instelling van de aansprakelijkheidsvordering of over de periode sinds de oprichting indien er sindsdien minder dan drie boekjaren zijn verlopen de grenzen vermeld in het 3°, overschreden hebben, maar geen enkele van de grenzen vermeld in het 5°, hebben bereikt of overschreden;

5° **12 miljoen euro**, in organisaties van openbaar belang en in rechtspersonen die niet onder het 1°, 2°, 3° en 4°, vallen en die in de drie boekjaren voorafgaand aan de instelling van de aansprakelijkheidsvordering of over de periode sinds de oprichting indien er sindsdien minder dan drie boekjaren zijn verlopen minstens één van volgende grenzen bereikt of overschreden hebben:

- gemiddeld balanstotaal van 43 miljoen euro;

- gemiddelde omzet exclusief de belasting over de toegevoegde waarde op jaarbasis van 50 miljoen euro.

Voor rechtspersonen die in toepassing van art. III.85 WER een vereenvoudigde boekhouding voeren, moet onder omzet worden verstaan het bedrag van de andere dan niet-recurrente ontvangsten en onder balanstotaal het grootste van de twee bedragen vermeld onder de bezittingen en de schulden.

Merk op dat de relevante referentieperiode niet bepaald wordt door de aangevoerde fout maar door de datum waarop de aansprakelijkheidsvordering wordt ingesteld. Dat is pragmatisch doordat deze datum makkelijker is vast te stellen dan de datum van de aangevoerde fout. Het is wel eigenaardig dat de omvang aansprakelijkheid van bestuurders post factum kan wijzigen.

Deze bedragen worden geïndexeerd.

Het WVV geeft geen uitsluitel over de vraag of het maximumbedrag wordt 'opgegeten' door een dading afgesloten met een bestuurder.

De *cap* is niet van toepassing:

- in geval van lichte fout die eerder gewoonlijk dan toevallig voorkomt in hoofde van de persoon die aansprakelijk wordt gesteld;

De uitzondering op de *cap* in art. 2:57, § 3, 1° WVV is het resultaat van een amendement dat te elfder ure werd ingediend in het parlement. Deze uitzondering ontzenuwt de *cap* voor het grootste deel, vermits de aansprakelijkheidsbeperking daardoor enkel nog geldt voor toevallige lichte fouten. Dergelijke kleinere zonden leiden in de praktijk zelden tot bestuursaansprakelijkheid.

- in geval van zware fout in hoofde van de persoon die aansprakelijk wordt gesteld;

Bij het invoeren van deze uitzondering in art. 2:57, § 3, 1° WVV, is men wel vergeten de verwijzingen naar art. XX.225 WER (kennelijk grove fout) en art. XX.227 WER (*wrongful trading*) te schrappen. Zeker die eerste aansprakelijkheidsgrond kan uit zijn aard niet (meer) onder de *cap* vallen. Een fout kan immers niet tegelijkertijd én kennelijk grof, én toevallig en licht zijn. Een soortgelijke redenering valt te verdedigen bij de voortzetting van een reddeloze rechtspersoon (hoewel de logische contradictie hier wat minder scherp oogt).

- in geval van bedrieglijk opzet of oogmerk om te schaden in hoofde van de persoon die aansprakelijk wordt gesteld;
- voor de verplichtingen bedoeld in art. 5:138, 1° tot 3°, 6:111, 1° tot 3°, en 7:205, 1° tot 3° WVV.

Deze bepalingen onderwerpen bestuurders bij een kapitaalverhoging aan gelijkaardige aansprakelijkheden als die van oprichters bij de oprichting. Het opmerkelijke aan deze aansprakelijkheidsgronden is dat hier vaak sprake is van een objectieve aansprakelijkheid, bv. de bestuurder is aansprakelijk ten belope van de inbrengen waarop niet geldig is ingeschreven. Voor kapitaallose vennootschappen als de BV en CV is het opmerkelijk dat deze aansprakelijkheidsgrond werd behouden. Het is al helemaal bizar dat deze foutloze aansprakelijkheid aan de *cap* wordt onttrokken.

- voor de hoofdelijke aansprakelijkheid als bedoeld in art. 442quater en 458 van het WIB 1992 en art. 73sexies en 93undeciesC van het Wetboek BTW;
- voor de hoofdelijke aansprakelijkheid als bedoeld in art. XX.226 (RSZ-schulden).

- (53) **Wettelijke matiging aansprakelijkheidsrisico: art. 18 WAO geldt niet voor bestuurders.** Een bestuurder van een vennootschap kan in zijn bestuurshoedanigheid geen werknemer zijn. De aansprakelijkheidsbeperking van art. 18 WAO geldt dan ook niet voor bestuursfouten.

Een cumulatie tussen een bestuursmandaat en een arbeidsovereenkomst met dezelfde vennootschap is wel mogelijk, in de mate waarin hij effectief onder gezag van een vennootschapsorgaan staat en het gaat om een van zijn bestuursmandaat afzonderlijke en onderscheiden functie van werknemer. Deze functie kan zelfs die van dagelijks bestuurder zijn (Cass. 28 mei 1984, RW 1984-85, 333).

- (54) **Beperking van bestuursaansprakelijkheid door regels in het insolventierecht.** Bestuursaansprakelijkheid valt onder de toepassing van aansprakelijkheidsbeperkende regels, vaak *buiten* het vennootschapsrecht.

Deze beperkingen zijn vaak typisch Belgisch en worden bv. niet of niet in dezelfde mate teruggevonden in Nederland. De opportuniteit van hun toepassing op bestuursaansprakelijkheid is verre van evident. De vennootschapsinsiders genieten hier immers van een *double indemnity*: ze zijn door de rechtspersoonstechniek niet gehouden als aandeelhouder en ontspringen via deze flankerende maatregelen ook nog eens de foutaansprakelijkheid voor bestuurders.

De belangrijkste regels met een aansprakelijkheidsbeperkend effect zijn:

- België heeft milde '*fresh start*'-regels na faillissement. De gefailleerde natuurlijke persoon wordt doorgaans kwijtgescholden. Dat is enkel anders als de gefailleerde blijkt heeft gegeven van kwade trouw. Die kwijtschelding is in Boek XX WER nog meer dan voorheen een automatisme.

Komt daarbij dat elke bestuurder als een onderneming zal worden gekwalificeerd: een bestuursmandaat is immers een zelfstandige beroepsactiviteit (art. XX.1, § 1 WER). Dus elke bestuur kan failliet worden verklaard. Dus elke bestuurder zal kunnen genieten van de kwijtschelding van schulden. Het opmerkelijke is dat de kwijtschelding ook bevrijdend werkt voor vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheden. Zo dreigt bijvoorbeeld een bestuurder die aansprakelijk is voor een bestuursfout en zelf failliet wordt verklaard, zijn verantwoordelijkheid te ontlopen.

De weerstand in bepaalde rechtspraak tegen de kwalificatie van een bestuurder als onderneming kan wellicht hierdoor worden verklaard.

- Ook de onbeslagbaarheid van de woning van de zelfstandige is een vorm van beperkte aansprakelijkheid die kan worden toegepast bij vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheid (art. 72 al. 3 wet van 25 april 2007. Zie ook: A. Cuypers, “De niet-beslagbaarheid van de hoofdverblijfplaats van de zelfstandige”, *RW* 2007, (130) 131, nr. 4; L. Vannootte en I. Verhulst, “Bescherming hoofdverblijfplaats van de zelfstandige”, *TBBR* 2007, (464) 464, nr. 3; E. Leroy, “L’insaisissabilité de la résidence principale de l’entrepreneur individuel”, *JT* 2007, (753) 755, nr. 8.

- (55) **Contractuele matiging aansprakelijkheidsrisico: verzekering.** Bestuurders kunnen hun aansprakelijkheid verzekeren en de vennootschap kan dit voor hun rekening of te hunnen gunste doen.

Daarbij is het vroeger beletsel dat een aansprakelijkheidsverzekering niet mogelijk is voor een zware fout, weggefallen ingevolge art. 8 van de nieuwe Verzekeringswet van 25 juni 1992. Voortaan is enkel die grove schuld niet verzekerd die expliciet in het verzekeringscontract is omschreven. Zelfs indien de premie in eerste instantie ten laste valt van de vennootschap, kan niet getwijfeld worden aan de legitimiteit daarvan, precies omdat het vennootschapsbelang erbij gebaat is dat te gepasten tijde, met kans op verzilvering, een aansprakelijkheidsvordering kan worden ingesteld tegen haar bestuurders.

- (56) **Wettelijke beperking op bepaalde gevallen van contractuele matiging aansprakelijkheidsrisico: exoneration (interne aansprakelijkheid) of vrijwaring (externe aansprakelijkheid).** De aansprakelijkheid van een lid van een bestuursorgaan of dagelijks bestuurder kan niet verder worden beperkt dan vermeld in artikel 2:57 WvV.

De rechtspersoon, zijn dochtervennootschappen of de door hem gecontroleerde entiteiten mogen de leden van een bestuursorgaan of dagelijks bestuurders niet vooraf exonereren of vrijwaren voor hun aansprakelijkheid jegens de vennootschap of jegens derden.

Elke bepaling in de statuten, in een overeenkomst of een eenzijdige wilsuiking die hiermee in strijd is, wordt voor niet geschreven gehouden (art. 2:58 WvV).

Het lijdt geen twijfel dat derden (bv. een aandeelhouder) – in tegenstelling tot de rechtspersoon en zijn dochters zelf (art. 2:58 WvV) – bestuurders in beginsel kunnen vrijwaren voor hun aansprakelijkheid t.a.v. derden. Dit heeft immers niet tot gevolg dat de bestuurder niet langer zelf aansprakelijk zou zijn, en evenmin

dat de vennootschap de bestuurder niet zelf zou mogen aanspreken voor enige schade die zij heeft geleden.

Deze bepalingen verzetten zich ook niet op een vrijwaring *post factum* door de vennootschap.

Vóór de inwerkingtreding van het WVV verdedigden we dat de vennootschap zelf in sommige gevallen de bestuurder moest vrijwaren voor zijn externe aansprakelijkheid, zelfs zónder dat zij een uitdrukkelijke vrijwaringsverbintenis had opgenomen. Voor de bestuursovereenkomst geldt immers art. 2000 B.W.: "De lastgever moet de lasthebber ook schadeloos stellen voor de verliezen die deze ter gelegenheid van de uitvoering van zijn opdracht geleden heeft, indien hem geen onvoorzichtigheid te verwijten valt." Deze onvoorzichtigheid diende te worden beoordeeld binnen de relatie vennootschap - bestuurder, wat maakt dat niet elke onrechtmatige daad van de bestuurder de vennootschap ontslaat van de verplichting hem schadeloos te stellen. De bestuurder kan immers zijn externe aansprakelijkheid hebben opgelopen ter behartiging van de belangen van de vennootschap of zelfs ter uitvoering van het beleid van de vennootschap.

Het is niet duidelijk hoe na de inwerkingtreding van het WVV art. 2000 BW en art. 2:58 WVV moeten worden verzoend. Op basis van de regel *lex specialis derogat legi generalis*, zou kunnen worden aangenomen dat art. 2000 BW niet meer van toepassing is op het mandaat van lid van een bestuursorgaan of dagelijks bestuurder. Een andere oplossing art. 2:58 WW is zo te interpreteren dat het enkele contractuele vrijwaringen verbiedt die verder gaan dan de wettelijke plicht van art. 2000 BW, zonder afbreuk te doen aan het laatste.

* * *