



ANNICK ALDERS EN
DAVE PARDO
CRIVITS & PERSYN
BRUGGE

VENNOOTSCHAP EN AANSPRAKELIJKHEID: NIET BEPAALD BEPERKT!

Wanneer een onderneming in moeilijk vaarwater terechtkomt, bestaat de primaire bezorgdheid van het bestuur erin om die al dan niet tijdelijke financiële problemen te verhelpen. Wat bestuurders hierbij vaak uit het oog verliezen, is het feit dat in deze kritieke fase hun aansprakelijkheid meer dan ooit in het gedrang kan komen en dat bij een eventueel navolgend faillissement hun doen en laten nauwgezet onder de loep zal worden genomen. Een bestuurder aan het roer van een onderneming in moeilijkheden wacht dan ook een delicate evenwichtsoefening tussen de redding van de onderneming en de betrachting om zelf niet te worden meegeslept bij een eventueel falen. Op welke sleutelmomenten van een onderneming in moeilijkheden moet een bestuurder zich goed bewust zijn van zijn (verhoogde) aansprakelijkheid?

De financiële moeilijkheden zullen in de meeste gevallen het eigen vermogen van de vennootschap aantasten. Als het nettoactief op een gegeven moment tot de helft (of een vierde) van het maatschappelijke kapitaal is gedaald, is actie vanwege het bestuur vereist en moet het bestuur de zogenaamde 'alarmbelprocedure' toepassen (artikel 633 W. Venn. voor de nv en artikel 332 W. Venn. voor de bvba). Dat houdt in dat het bestuur een Algemene Vergadering dient bijeen te roepen waarop de ontbinding van de vennootschap uitdrukkelijk op de agenda staat. Die algemene vergadering moet worden gehouden binnen de twee maanden nadat het verlies is vastgesteld of had moeten zijn vastgesteld. Bovendien dient het bestuur een bijzonder verslag te voorzien waarin het stelling inneemt omtrent de mogelijke ontbinding van de vennootschap en de eventuele herstelmaatregelen uitzenzet.

Laat het bestuur na de Algemene Vergadering tijdig bijeen te roepen of een bijzonder verslag te voorzien, maakt dit onmiskenbaar een bestuursfout in hun hoofde uit (artikel 528 W. Venn.). Artikel 332 en 633 W. Venn. gaan nog een stap verder en houden een wettelijk vermoeden in dat de door derden geleden schade geacht wordt voort te vloeien uit het nalaten van de bestuurders. Een gelijkaardig vermoeden geldt eveneens in geval van niet of niet-tijdige neerlegging van de jaarrekening (artikel 98, lid 3 W. Venn.). De rechtspraak neemt aan dat de naderhand ontstane en, bij een navolgend faillissement, onbetaald gebleven schulden van

de vennootschap de geleden schade uitmaken. Voormeld wettelijk vermoeden is weerlegbaar, doch in de praktijk blijkt dat vaak geen sinecure. In elk geval sanctioneren artikel 332 en 633 W. Venn. enkel het formele aspect van de alarmbelprocedure (meer bepaald werd de algemene vergadering tijdig bijeengeroepen en ligt een bijzonder verslag voor) en kan daarmee niet de opportuniteit van de voorgestelde maatregelen worden geïspiceerd (vgl. Gent 17 maart 2008, R.W., 2010-11, p. 878).

VOORTZETTING VAN EEN DEFICITAIRE ACTIVITEIT

Het voorgaande betekent uiteraard niet dat het bestuur zich ertoe kan beperken enkele vage, nietszeggende maatregelen voor te stellen – zoals in de praktijk helaas al te vaak gebeurt – en vervolgens de zaken op hun beloop te laten. Tal van wettelijke bepalingen (onderschreven door de rechtspraak) zijn er immers op gericht om 'verloren' ondernemingen tijdig uit het handelsverkeer te weren. Zo schrijft artikel 7 Faillissementswet de verplichting voor om binnen de maand nadat men heeft opgehouden te betalen, aangifte van faillissement te doen. Het voortzetten of in stand houden van een deficitaire toestand wordt in de rechtspraak *unisono* als een bestuursfout (artikel 527 W. Venn.), en in bepaalde gevallen zelfs als een kennelijke grove fout (artikel 530 W. Venn.), bestempeld (Gent 29 juni 2009, T.R.V., 2010, p. 430; Brussel 15 november 2007, J.L.M.B., 2009, p. 305.). In 2006 werd verder ook de aansprakelijkheid van bestuurders in

geval van niet-doorstorting van bedrijfsvoorheffing (artikel 442^{quater} WIB), btw (artikel 93^{undecies} WBTW) en RSZ-bijdragen (artikel 530 W. Venn.) aangescherpt. Al die elementen verplichten de bestuurders, die binnen hun vennootschap worden geconfronteerd met financiële moeilijkheden, uiterst omzichtig te handelen. Zo verdient het in elk geval aanbeveling om de ondernomen stappen voor het herstel of de redding van de onderneming goed te documenteren. Bovendien loont het, als het voortbestaan van de vennootschap in het gedrang lijkt, tijdig actie te ondernemen. Een dergelijke actie kan erin bestaan om het faillissement aan te vragen, doch dit is allerminst de enige optie.

Evenzeer kan worden overwogen om de vennootschap te ontbinden en te vereffenen. Op die manier wordt de vennootschap eveneens geliquideerd, zij het dat het op een meer gecontroleerde manier en zonder het negatieve odium van een faillissement kan gebeuren. Het feit dat de vereffening deficitair is, hoeft in principe zelfs geen beletsel te zijn (zie R. Crivits, Deficitair is niet failliet, CFO Magazine, september 2010).

Een ander alternatief bestaat erin om de procedure van gerechtelijke reorganisatie op te starten. De procedure van gerechtelijke reorganisatie is er immers op gericht om economische activiteit (en, eraan gekoppeld, tewerkstelling) te redden, desnoods los van de rechtspersoon waarbinnen deze activiteiten werden gevoerd. De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen (WCO) erkent bovendien uitdrukkelijk dat het feit dat de voorwaarden voor faillissement zouden zijn vervuld, geen beletsel vormt voor het opstarten van de gerechtelijke reorganisatie. Een tijdig handelen van het bestuur zal de bestuurders alvast op dit punt van mogelijke aansprakelijkheid kunnen vrijwaren.

PERSOONLIJK VERMOGEN IN GEVAAR

Hoewel de rechtspersoonlijkheid in theorie een strikte scheiding impliceert tussen het persoonlijk vermogen van de bestuurders en het vermogen van de vennootschap, kan de (nakende) insolventie van

‘De staat van faillissement van de schuldenaar sluit op zich niet uit dat een procedure van gerechtelijke organisatie kan worden geopend of voortgezet.’

(Artikel 23 in fine WCO)

de vennootschap de bestuursleden duur te staan komen.

Een alerte curator zal steeds de betalingen die kort voor faillissement zijn gebeurd aan een grondig onderzoek onderwerpen. Betaling van bestuursvergoedingen of terugbetaling van vorderingen in rekening-courant kort voorafgaand aan een situatie van samenloop, springen daarbij onmiddellijk in het oog en kunnen voor de ontvanger ervan problematisch zijn. De Faillissementswet voorziet immers in de mogelijkheid om de betalingen die zijn gebeurd op het ogenblik dat de vennootschap zich al in een toestand van staking van betaling bevond aan degene die hiervan kennis had, niet tegenwerpelijk te laten verklaren aan de boedel (Art. 18 Faill. W.). Het bestuur dat zichzelf nog heeft vergoed, kan in deze context bezwaarlijk voorhouden dat het niet op de hoogte was van de staking van betaling, gezien de bestuurder per definitie als eerste dergelijke toestand dient vast te stellen. De gevolgen van die niet-tegenwerpelijke zijn niet miniem. Niet enkel kan de betaling worden teruggevorderd, bovendien kan de beslissing tot betaling aan zichzelf op het ogenblik dat het spreekwoordelijke kalf al verdrongen was, mogelijk een ‘kennelijk grove fout’ (artikel 530 W. Venn.) impliceren. Wanneer de rechtbank immers van oordeel is dat een foutief gedrag van de bestuurders heeft bijgedragen tot het fail-

lissement, kan de betrokken bestuurder aansprakelijk worden gehouden voor een deel of zelfs het geheel van de schulden van de failliete vennootschap. Daarmee is de doorbraak van de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap compleet.

De (deficitaire) vereffening als alternatief voor het faillissement verhindert niet noodzakelijk dat rampscenario. Hoewel de vereffenaar in het wetboek van vennootschappen geen rechtsgrond ter beschikking heeft om betaling van het volledige passief te vorderen, zal ook hij het gedrag van het bestuur tegen het licht houden en mogelijks de schade die de vennootschap heeft geleden door ondoordachte bestuurshandelingen, trachten te recupereren.

Wat evenmin uit het oog mag worden verloren, is dat ook de persoonlijke zekerheidsstellingen die – zelfs in een ver verleden – door de bestuurders werden aangegaan ten aanzien van de kredietverstrekkers van de vennootschap, in geval van insolventie kunnen worden aangesproken. Hoewel de faillissementswet voorziet in een mogelijkheid tot vrijstelling van al wie zich kosteloos persoonlijk zeker heeft gesteld voor de schulden van de (op dat ogenblik failliete) vennootschap (Art. 72bis, 72ter en 80,3° Faill.W.), maakte het Hof van Cassatie in 2008 al duidelijk dat de mogelijkheid tot vrijstelling niet openstaat voor bestuurders. Het Hof oordeelde dat

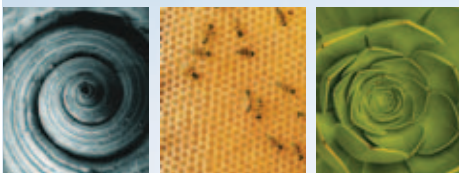
het nastreven van elk direct of indirect economisch voordeel volstaat om het kosteloze karakter van de zekerheidsstelling teniet te doen. Een bestuurder streeft per definitie een economisch voordeel (bestuursvergoedingen) na, zodat er van kosteloosheid geen sprake kan zijn. Hoewel reeds talloze keren werd getracht het gebrek aan werkelijk betaalde bestuursvergoedingen aan te grijpen om de kosteloosheid van de borgstelling aan te tonen, wordt in de rechtspraak algemeen aangenomen dat eens de bestuurder zich borg heeft gesteld, hij zal moeten opdraaien voor de kredietschuld van de vennootschap. Dat dit dramatische gevolgen kan hebben voor het persoonlijk vermogen van de bestuurder, hoeft weinig kanttenuing.

CONCLUSIE

Slotsom blijft dat de bestuurder aan het roer van een op drift geraakte vennootschap bijzonder waakzaam moet blijven en moet schipperen tussen het belang van de vennootschap *an sich*, haar aandeelhouders en de belangrijkste schuldeisers. Het is van het grootste belang dat het bestuur daadkrachtig optreedt vanaf het ogenblik dat de eerste structurele problemen opduiken. De zaken op hun beloop laten heeft doorgaans geen enkel positief gevolg voor de vennootschap, maar zal – voor zover het tot een insolventieprocedure komt – zo goed als zeker nefaste financiële gevolgen hebben voor de bestuurders zelf. Het nog steeds veelgebruikte argument van sommige bestuursleden dat zij niet wisten dat de situatie maatregelen noodzakelijk maakte of dat zij niet meewerkten aan de gewraakte bestuursbeslissingen – behalve wanneer degelijk bewijs bestaat van het verzet in hoofde van de bestuurder – heeft geen enkele zin en is bijzonder riskant. Het niet uitoefenen van het bestuur maakt per definitie een bestuursfout uit. Waakzaamheid blijft steeds geboden. ■

Reeds 25 jaar uw partner in Consolidatie en Rapportering

Advies | Analyse Procedures | Interim | Outsourcing | IFRS migraties | Opleidingen | Software



SigmaConso
Make figures talk.

Info? Contacteer dorien.roes@sigmaconso.eu of bel nr 02 456 8960

BRUSSELS | LUXEMBURG | SINGAPORE | WARSAW