

INHOUD

- p. 1/ Interests tussen een bedrijfsleider en zijn vennootschap
- p. 5/ Aansprakelijkheid van bedrijfsleiders, kwijting en faillissement : een overzicht

Interests tussen een bedrijfsleider en zijn vennootschap

Vennootschapsrechtelijke en fiscale aspecten

Een bedrijfsleider kan aan zijn vennootschap interests verschuldigd zijn op een schuld, of omgekeerd, wanneer hij een vordering heeft op zijn vennootschap, kan hij van zijn vennootschap interests ontvangen. We bespreken in dit artikel de belangrijkste vennootschapsrechtelijke en fiscale aspecten van beide soorten interests, debetinteresten en creditinteresten, tussen een bedrijfsleider en zijn vennootschap.

Voorafgaande opmerking

We bedoelen in dit artikel met 'bedrijfsleider' enkel de bedrijfsleiders van de eerste categorie, dat zijn natuurlijke personen die een mandaat als zaakvoerder of bestuurder hebben¹. Niet bedoeld zijn dus de zelfstandige leidinggevende natuurlijke personen die geen bestuursmandaat hebben (bedrijfsleiders van de tweede categorie)², noch de vennootschappen die zaakvoerder of bestuurder zijn.

Vennootschapsrechtelijke aspecten

Tegenstrijdigheid van belangen

Wanneer een bedrijfsleider interests betaalt aan een vennootschap, dan wil de bedrijfsleider zo weinig mogelijk interests betalen, terwijl het in het belang van de vennootschap is om zoveel mogelijk interest te ontvangen. Moet een vennootschap interest betalen aan de bedrijfsleider, dan is het plaatje uiteraard net om-

gekeerd. De vennootschap heeft er dan belang bij om zo weinig mogelijk interests te betalen, terwijl de bedrijfsleider zoveel mogelijk interests wil ontvangen.

De bedrijfsleider heeft dus in beide gevallen een belang van vermogensrechtelijke aard dat strijdig is met de belangen van de vennootschap. Is die vennootschap een NV (Comm. VA) of BVBA dan moet in die situatie de procedure voor tegenstrijdigheid van belangen worden gevolgd³. De procedure hoeft niet elk jaar opnieuw nageleefd te worden, het is voldoende dat dit gebeurt bij het ontstaan van de vordering of de schuld. Voor andere vennootschapsvormen is er inzake belangenconflicten wettelijk niets geregeld, maar wordt algemeen aangenomen dat dit door de betrokken zaakvoerder of bestuurder niet zo maar kan worden genegeerd.

Aansprakelijkheid van de bedrijfsleider

Het bestaan van de vordering of schuld en het al dan niet aanrekenen van interests daarop kan de aansprakelijkheid van de zaakvoerder of bestuurder in het gedrang brengen. Het kan dan zowel gaan om een aansprakelijkheid wegens een gewone bestuursfout, een aansprakelijkheid voor een onrechtmatige daad als een aansprakelijkheid wegens een kennelijk grove fout bij faillissement.

Gewone bestuursfout

De zaakvoerders of bestuurders moeten hun bestuursbevoegdheden uitoefenen in het belang van de vennootschap. Wanneer zij hun bevoegdheid gebruiken om hun eigen belangen na te streven ten koste

¹ Art. 32, eerste lid, 1° WIB 1992.

² Art. 32, eerste lid, 2° WIB 1992.

³ Art. 259-261 W.Venn. (BVBA) en art. 523 W.Venn. (NV/Comm.VA).

van het belang van de vennootschap, begaan zij een bestuursfout. Indien die fout leidt tot schade voor de vennootschap, kunnen de zaakvoerders of bestuurders aansprakelijk worden gesteld. De aansprakelijkheidsvordering kan wel enkel worden ingesteld in naam en voor rekening van de vennootschap door de algemene vergadering (met een gewone meerderheid van stemmen) of door de minderheidsaandeelhouders (zgn. minderheidsvordering), dus niet door derden.

In de meeste kmo's, waar de bedrijfsleiders meestal ook de (meerderheids)aandeelhouders zijn, zal deze aansprakelijkheid maar zelden spelen. Elk jaar zullen normaal gezien de bedrijfsleiders kwijting krijgen, en dan kan de algemene vergadering de aansprakelijkheidsvordering niet meer instellen. De minderheidsvordering is wel nog mogelijk, maar enkel door de aandeelhouders die de kwijting niet hebben goedgekeurd of waarvan de goedkeuring ongeldig is geweest.

Onrechtmatige daad

In bepaalde omstandigheden kan de beslissing van de bedrijfsleider(s) om geen of onvoldoende interesten te laten betalen op schulden die ze hebben aan hun vennootschap, of omgekeerd om de vennootschap overdreven interesten te laten betalen op haar schulden, ook een schending zijn van het algemeen zorgvuldigheidsbeginsel, of m.a.w. een 'onrechtmatige daad'⁴. Deze aansprakelijkheidsvordering kan wel ingesteld worden door derden (bv. leveranciers, banken, fiscus, ...) die schade lijden als direct en onmiddellijk gevolg van het foutief handelen.

Kennelijk grove fout bij faillissement

Wanneer bij een faillissement de schulden de baten overtreffen en de bestuurders of zaakvoerders een kennelijk grove fout hebben begaan die heeft bijgedragen tot het faillissement, dan kunnen zij door de curator en de benadeelde schuldeisers persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor het geheel of een deel van de schulden van de vennootschap tot beloop van het tekort van het actief^{5, 6}.

Bovendien kunnen ze door de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid en de curator persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor het geheel of een deel van alle op het ogenblik van de uitspraak van het

faillissement verschuldigde sociale bijdragen indien komt vast te staan dat een door hen begane grove fout aan de basis lag van het faillissement, of indien zij, in de loop van de periode van vijf jaar voorafgaand aan de faillietverklaring bij minstens twee faillissementen, vereffeningen of gelijkaardige operaties betrokken werden met schulden ten aanzien van een inning-organisme van de socialezekerheidsbijdragen⁷.

Het niet aanrekenen van voldoende interesten aan de bedrijfsleiders of het toekennen aan de bedrijfsleiders van overdreven interesten, in vergelijking met wat gangbaar is, in een vennootschap die in financiële moeilijkheden verkeert, kan eventueel als een kennelijk grove fout beschouwd worden. Merk op dat de kwijting door de algemene vergadering de zaakvoerders of bestuurders niet van deze eventuele aansprakelijkheid bevrijdt.

Fiscale aspecten van debetinteresten

Belastbaar voor de vennootschap

De interesten die een bedrijfsleider verschuldigd is aan zijn vennootschap, zijn voor de vennootschap een belastbaar inkomen. De gewone tarieven van de vennootschapsbelasting zijn van toepassing. Een aandachtspunt is dat de belastbaarheid ontstaat van zodra de vennootschap een zekere en vaststaande vordering heeft op die interesten, ook al zijn ze (nog) niet effectief betaald.

Zijn de interesten aftrekbaar voor de bedrijfsleider ?

Interesten zijn voor een bedrijfsleider geen beroepskosten, behalve eventueel interesten op een schuld die is aangegaan voor het verkrijgen van aandelen van een vennootschap waarvan hij in het belastbare tijdperk periodiek bezoldigingen ontvangt⁸. De interesten die een bedrijfsleider aan zijn vennootschap betaalt, komen echter niet in aanmerking. Voor de aftrekbaarheid is immers vereist dat de schuld is aangegaan bij een derde, en de vennootschap zelf waarvan men de aandelen verkrijgt wordt niet als een derde aangemerkt, noch elke onderneming ten aanzien waarvan die vennootschap zich rechtstreeks of onrechtstreeks in een band van wederzijdse afhankelijkheid bevindt.

De interesten die een bedrijfsleider aan zijn vennootschap betaalt, kunnen eventueel wel aftrekbaar zijn van het totaal van zijn inkomsten van onroerende

⁴ Art. 1382 BW.

⁵ Art. 265, § 1 W.Venn. (BVBA), art. 409, § 1 W.Venn. (CVBA), art. 530, § 1 W.Venn. (NV).

⁶ Voor BVBA's en CVBA's is deze aansprakelijkheid niet van toepassing wanneer de gefailleerde vennootschap over de drie boekjaren voor het faillissement een gemiddelde omzet van minder dan 620 000 euro, exclusief btw, heeft verwezenlijkt, en wanneer het totaal van de balans bij het einde van het laatste boekjaar niet hoger was dan 370 000 euro.

⁷ Art. 265, § 2 W.Venn. (BVBA), art. 409, § 2 W.Venn. (CVBA), art. 530, § 2 W.Venn. (NV).

⁸ Art. 52, 11° WIB 1992.

goederen, nl. indien hij de schuld bij de vennootschap specifiek is aangegaan voor het verkrijgen of behouden van die onroerende goederen⁹.

Geen roerende voorheffing in te houden

De bedrijfsleider moet nooit roerende voorheffing inhouden op de interesten die hij betaalt aan zijn vennootschap. Interesten betaald aan een Belgische vennootschap zijn immers vrijgesteld van roerende voorheffing¹⁰.

Belasting van een voordeel van alle aard indien geen of te lage interest aangerekend

Tot de bezoldigingen van bedrijfsleiders behoren onder meer de voordelen van alle aard verkregen uit hoofde of naar aanleiding van het uitoefenen van de beroeps-werkzaamheid¹¹. Wanneer de bedrijfsleider geen interest moet betalen op een schuld aan zijn vennootschap, is het duidelijk dat hij door het 'gratis' gebruik van middelen van de vennootschap een voordeel heeft genoten. Het voordeel, in de praktijk gekend als de 'fictieve debetinterest' of 'fictieve debetrente', wordt berekend aan de hand van elk jaar vastgestelde rentevoeten¹².

Soms probeert een belastingplichtige te ontkomen aan de belastbaarheid van het voordeel van alle aard, door te stellen dat hij het voordeel niet heeft verkregen in zijn hoedanigheid als bedrijfsleider, maar als (meerderheids)aandeelhouder. Dit wordt in de rechtspraak echter zo goed als nooit aanvaard¹³, meestal omdat zoiets strijdig zou zijn met het vennootschapscontract dat verbiedt dat één aandeelhouder wegens zijn deelneming meer voordelen zou genieten dan een andere.

Het voordeel wordt geacht verkregen te zijn bij het einde van elke kalendermaand waarin de ontlener over de geleende bedragen heeft beschikt. Het voordeel wordt per maand berekend volgens de gemiddelde stand van de lening (stand bij het begin van de maand + stand aan het eind van de maand/2). Wanneer er weinig abnormale schommelingen zijn, mag het voordeel per jaar worden berekend¹⁴. Aangezien de fictieve debetinteresten een voordeel van alle aard zijn, moeten ze op de fiche 281.20 worden vermeld¹⁵ en zijn er ook sociale bijdragen op verschuldigd.

9 Art. 14, 1° WIB 1992.

10 Art. 107, § 2, 9° KB/WIB 1992.

11 Art. 32, tweede lid, 2° WIB 1992.

12 Art. 18, § 3, 1 KB/WIB 1992.

13 Zie bv. Brussel, 6 september 1996; Antwerpen, 17 november 1998, *F.J.F.*, 1999, 68; Antwerpen, 7 september 1999; rb. Antwerpen, 24 maart 2004, *F.J.F.*, 2004, 230; Brussel, 16 oktober 2008.

14 *Vr. en Antw.*, Kamer, 1996-1997, nr. 73, 9819, Vraag nr. 726 van de heer Fournaux van 28 januari 1997.

15 Art. 57 WIB 1992.

Tips

- Lager tarief fictieve debetinteresten voor lening met vaste looptijd dan voor rekening-courant
Bedrijfsleiders laten de schulden die ze aan hun vennootschap hebben meestal boeken op het debet van hun rekening-courant. De fictieve debetinteresten op een rekening-courant, een zgn. niet-hypothecaire lening zonder welbepaalde looptijd¹⁶, zijn echter hoger dan de fictieve debetinteresten op een lening met vaste looptijd¹⁷. Een bedrijfsleider kan dus belastingen besparen door zijn schuld in rekening-courant geheel of gedeeltelijk om te zetten in een termijnlening, die hij dan periodiek aflost of terugbetaalt aan het einde van de termijn.
- Fictieve debetinteresten verminderen of uitsluiten door overdracht van schuldvordering tussen vennootschappen
Wanneer een belastingplichtige bedrijfsleider is in twee vennootschappen, en hij heeft aan de ene vennootschap een schuld en op de andere een vordering, dan kan hij de belasting van fictieve debetinteresten verminderen of eventueel zelfs volledig uitsluiten door zijn vordering op de ene vennootschap over te dragen aan de vennootschap waaraan hij een schuld heeft. Voorwaarde is wel dat de schuld en de vordering beide vaststaand en opeisbaar zijn, wat normaal het geval is met schulden en vorderingen in rekening-courant.

Voorbeeld

A is bedrijfsleider van de vennootschappen X en Y. Hij heeft een rekening-courant in vennootschap X die 150 000 euro debet staat en een rekening-courant in vennootschap Y met een creditsaldo van 200 000 euro. Hij betaalt geen interesten op de debetstand van de rekening-courant in X en wordt dus belast op fictieve debetinteresten. Wanneer hij nu zijn vordering in rekening-courant die hij heeft op Y overdraagt aan X, dan heeft hij na de overdracht t.o.v. X nog altijd een schuld van 150 000 euro, maar ook een vordering van 200 000 euro, die hij heeft gekregen in ruil voor de overdracht van de vordering die hij had op Y (X heeft nu behalve de vordering van 150 000 euro op A ook een vordering van 200 000 op Y). De schuld en de vordering in de rekening-courant van A kunnen dan met elkaar gecompenseerd worden (wettelijke schuldvergelijking). Na de compensatie heeft A enkel nog een rekening-courant in X, met een creditsaldo van 50 000 euro (= 200 000 vordering min 150 000 euro schuld), en zijn er dus geen fictieve debetinteresten meer belastbaar.

16 Art. 18, § 3, 1, d KB/WIB 1992.

17 Art. 18, § 3, 1, c KB/WIB 1992.

Fiscale aspecten van creditinteressen

Aftrekbaar voor de vennootschap, behalve voor zover te herkwalficeren

De interesten die een vennootschap betaalt op een schuld aan een bedrijfsleider zijn voor haar aftrekbare beroepskosten¹⁸, behalve in de mate dat ze 'geherkwalficeerd' moeten worden in dividenden.

Interesten moeten geherkwalficeerd worden in dividenden indien¹⁹ :

- ze worden toegekend op een geldlening;
- de uitlener een bedrijfsleider of een aandeelhouder is (natuurlijke persoon), of echtgeno(o)t(e) van een bedrijfsleider of aandeelhouder, of een kind wanneer de bedrijfsleider of aandeelhouder of zijn echtgeno(o)t(e) het wettelijk genot van de inkomsten van die kinderen hebben;
- de lening geen obligatie of een ander gelijksoortig effect is uitgegeven door een openbaar beroep op het spaarwezen;
- de interestvoet of de lening overdreven is.

De wettelijk samenwonende partner wordt met een echtgeno(o)t(e) gelijkgesteld²⁰, de feitelijk samenwonende partner niet. Ouders hebben het wettelijk genot van de inkomsten van hun kinderen zolang de kinderen minderjarig zijn.

De herkwalficatie van interesten kan slechts van toepassing zijn wanneer de vordering van de bedrijfsleider (of zijn gezinsleden) een geldlening is. Een uitstel van betaling van bv. de verkoopprijs, of van een toegekende bezoldiging, is in principe geen geldlening²¹.

De interestvoet is overdreven in de mate dat ze meer bedraagt dan de 'markrente'. De markrente is geen vaststaand percentage. Ze moet geval per geval worden berekend, rekening houdend met de aard van het krediet, de termijn, de terugbetalingsvoorwaarden, de waarborgen, ...

De lening is overdreven in de mate dat ze meer bedraagt dan het totaal van het werkelijk gestort kapitaal van de vennootschap aan het einde van het boekjaar en de belaste reserves aan het begin van het boekjaar. Wanneer de belaste reserves negatief zijn,

is de grens ten minste het werkelijk gestort kapitaal. Het overgedragen verlies moet dus niet van dat werkelijk gestort kapitaal afgetrokken worden²².

Merk nog op dat het voor de herkwalficatie noodzakelijk maar ook voldoende is dat de persoon die de lening heeft toegestaan de vereiste hoedanigheid heeft (bedrijfsleider eerste categorie, aandeelhouder of de echtgeno(o)t(e) of een minderjarig kind) tijdens het boekjaar waarvoor de lening interest oplevert. Het is zonder belang dat die persoon deze hoedanigheid niet meer heeft op het moment dat de jaarrekening door de algemene vergadering wordt goedgekeurd, of omgekeerd dat die persoon de vereiste hoedanigheid nog niet had wanneer hij (of eventueel een rechtsvoorganger) de lening heeft toegestaan²³. De interesten komen in aanmerking voor herkwalficatie op het ogenblik dat de lening interesten heeft opgeleverd, d.i. wanneer de vennootschap deze interesten boekt als een zekere en vaststaande schuld, ongeacht het ogenblik van betaling of toekenning van de interesten²⁴.

Belastbaar voor de bedrijfsleider

Voor de bedrijfsleider zijn de interesten belastbare roerende inkomsten. De belasting gebeurt door de inhouding van roerende voorheffing door de vennootschap. Het tarief is sinds 1 januari 2013 25 %²⁵ en eveneens sinds die datum is de roerende voorheffing weer bevrijdend²⁶. De bedrijfsleider moet de interesten dus niet meer aangeven in de aangifte personenbelasting.

De nieuwe verlaagde roerende voorheffing voor sommige dividenden van kleine vennootschappen²⁷ is nooit van toepassing op de interesten, ook niet op de interesten die in dividenden moeten worden geherkwalficeerd.

Voor de aangifte inzake roerende voorheffing op interesten moet een formulier 273 worden ingediend. Voor de aangifte inzake roerende voorheffing op dividenden, dus ook geherkwalficeerde interesten, moet een ander formulier, het formulier 273A worden gebruikt.

Herkwalficatie sinds dit jaar enkel nog van belang voor vennootschapsbelasting

Tot en met 2012 gold voor dividenden en interesten een ander tarief van de roerende voorheffing. Het normale tarief van de roerende voorheffing op dividenden was immers 25 %, terwijl voor interesten het tarief 15 % be-

18 Art. 52, 2° WIB 1992.

19 Art. 18, 4° WIB 1992.

20 Art. 2, § 1, 2° WIB 1992.

21 Zie voor een bespreking van deze problematiek : F. Vanden Heede, 'Herkwalficatie interesten op rekening-courant : einde van de discussie?' in *Pacioli*, 2008, nr. 247, 3 en F. Vanden Heede, 'De casatierechtspraak over de herkwalficatie van interesten. De stand van zaken na het arrest van 15 oktober 2010', in *Pacioli*, 2011, nr. 310, 4.

22 Com.IB 18/53.

23 Cass. 4 januari 1973, *Bull. Bel.*, nr. 516, 466, Arr. Cass. 1973, 474.

24 Rb. Antwerpen, 20 januari 2003.

25 Art. 269, § 1, 1° WIB 1992.

26 Art. 313 WIB 1992.

27 Art. 269, § 2 WIB 1992.

droeg tot en met 2011 en 21 % voor het inkomstenjaar 2012. Dit betekende dat een herkwalificatie van interesten in dividenden vroeger zorgde voor een hogere roerende voorheffing. Had de vennootschap niet spontaan de interesten geherkwalificeerd, dan moest de fiscus de interesten die hij herkwalificeerde zgn. bruteren om het correcte bedrag van de voorheffing te berekenen.

Nu voor interesten de roerende voorheffing ook op 25 % is gebracht, heeft een eventuele herkwalificatie in dividenden geen gevolgen meer voor het tarief van de roerende voorheffing. Er zijn wel nog gevolgen voor de vennootschapsbelasting. De geherkwalificeerde interesten zijn immers niet aftrekbaar voor de vennootschap, aangezien ze dividenden zijn en dividenden tot de belastbare winst behoren²⁷. Bedragen de uitgekeerde dividenden, inclusief de geherkwalificeerde interesten, meer dan 13 % van het gestort kapitaal van de vennootschap bij het begin van het boekjaar, dan is de vennootschap bovendien uitgesloten van het verlaagd opklimmend tarief van de vennootschapsbelasting²⁸.

Tips

- Herkwalificatie vermijden door volstorting of kapitaalverhoging voor het einde van het boekjaar
Aangezien voor de beoordeling van het al dan niet overdreven zijn van de lening rekening moet wor-

den gehouden met het gestort kapitaal aan het einde van het boekjaar, kan de herkwalificatie eventueel nog vermeden worden door het kapitaal te volstorten of te verhogen op het einde van het boekjaar.

- Herkwalificatie vermijden door de lening op te splitsen ?

Heeft een bedrijfsleider twee leningen toegestaan aan zijn vennootschap, waarvan één rentegevend en één renteloos, dan moet voor de herkwalificatie enkel rekening worden gehouden met de rentegevende lening.

De herkwalificatie kan echter normaal niet vermeden worden door een bestaande rentegevende lening te splitsen in een rentegevend deel (voor een bedrag dat de herkwalificatiegrens niet overschrijdt) en een renteloos deel (voor de rest). De fiscus zal deze splitsing meestal negeren, en dus voor de herkwalificatie ook rekening houden met de renteloze lening, met als argument dat de splitsing simulatie is of fiscaal misbruik uitmaakt. De meeste rechtspraak hierover is in het voordeel van de fiscus²⁹.

Felix VANDEN HEEDE
Fiscaal jurist

Aansprakelijkheid van bedrijfsleiders, kwijting en faillissement : een overzicht

Inleiding

De statutaire algemene vergadering moet zich jaarlijks uitspreken over de aan het bestuursorgaan te verlenen kwijting. Die beslissing moet, voor elke vennootschapsmandataris apart, bij afzonderlijke stemming worden genomen.

De kwijting is geen louter formele beslissing, maar een beslissing die zware gevolgen kan inhouden, zoals we hier verder zullen zien.

De algemene vergadering moet over de te verlenen kwijting beslissen na goedkeuring van de jaarreke-

ning, zodat deze stemming de verrichtingen van het verstreken jaar als het ware afsluit.

Het Wetboek van Vennootschappen bepaalt dat de kwijting «*alleen dan rechtsgeldig is, wanneer de ware toestand van de vennootschap niet wordt verborgen door enige weglating of onjuiste opgave in de jaarrekening, en, wat verrichtingen betreft die strijdig zijn met de statuten of met dit wetboek, wanneer deze bepaalde-*

²⁹ De splitsing is simulatie : Brussel, 30 oktober 1998 en 20 januari 1999, *contra* : rb. Leuven, 4 februari 2005. De splitsing is fiscaal misbruik : rb. Bergen, 7 september 2004, rb. Gent 17 maart 2005, *Fisc. Koer.* 2005, afl. 13, 490; Antwerpen 18 maart 2008, *Fisc. Koer.* 2008 afl. 7, 444. De beslissingen over het fiscaal misbruik hebben wel betrekking op de oude algemene antimisbruikbepaling, maar o.i. zal een splitsing van een lening ook met de nieuwe versie van de antimisbruikbepaling kunnen worden aangepakt, en dus door de fiscus genegeerd kunnen worden, tenzij de belastingplichtige voor de splitsing niet-fiscale motieven kan aanvoeren.

²⁷ Art. 185, § 1 WIB 1992.

²⁸ Art. 215, derde lid, 3° WIB 1992.

lijk zijn aangegeven in de oproeping» (cf. art. 284, 411 en 554 W.Venn.).

We mogen ons echter niet laten misleiden : de kwijting betreft niet enkel het bijhouden of het voorleggen van de rekeningen, maar wel een beoordeling van de totaalaanpak van het bestuursorgaan, tijdens de hele duur van het verstreken boekjaar.

«De kwijting moet immers gezien worden als een handeling waarbij de lastgever zich uitspreekt over de door de lasthebber afgelegde rekenschap. Dit houdt in dat de vennootschap afziet van het instellen van een *actio mandati* tegen de bestuurder» (Droit des sociétés, Précis, Bruylant, 2009, p. 269, nr. 526).

De door de vennoten verleende kwijting kan evenwel niet aan derden worden tegengeworpen, en verhindert niet dat de vennoten die de kwijting niet hebben goedgekeurd of die ze hebben geweigerd of nog zich bij de stemming hebben onthouden, een minderheidsvordering instellen (cf. *infra*).

Wanneer de vennootschap failliet gaat, is het de vraag of de curator – die optreedt in naam van alle schuldeisers en die tegelijk de persoon van de vennootschap voortzet met het oog op de vereffening ervan – een derde is. Wordt hem, wegens de aan het bestuursorgaan van de vennootschap verleende kwijting, het recht ontnomen om een aansprakelijkheidsvordering in te stellen ?

Die vraag zullen we in dit artikel trachten te beantwoorden.

Aansprakelijkheid van bedrijfsleiders in geval van faillissement

De aansprakelijkheid van het bestuursorgaan kan om verschillende redenen en op basis van verschillende wettelijke grondslagen worden nagegaan.

We zullen voor elk geval onderzoeken in welke mate de kwijting, voor de aandeelhouders, voor derden of voor de curator, een beletsel kan vormen voor de aansprakelijkheidsvordering in geval van faillissement van de vennootschap.

1. Aansprakelijkheid voor tekortkomingen in het bestuur (art. 262, 408 en 527 W.Venn. voor de BVBA, CVBA en NV)

Aangezien het bestuursorgaan de lasthebber van de vennootschap is, is het, jegens de vennootschap, aansprakelijk voor alle fouten die het kan begaan in de vervulling van zijn opdracht, met inbegrip van de

«loutere» tekortkomingen in het bestuur (die lichter kunnen zijn dan de delictuele fout in de algemene betekenis van de term; zie punt 2).

Als tekortkomingen in het bestuur kunnen onder meer worden aangemerkt : zonder geldige reden geen vervolgingen hebben ingesteld tegen de schuldenaars van de vennootschap, het sluiten van overeenkomsten onder voorwaarden die kennelijk ongunstig waren voor de vennootschap, ...

In dergelijke gevallen is het recht om de vordering in te stellen voorbehouden aan de vennootschap zelf, met uitsluiting van derden, die geen vordering kunnen instellen op grond van de lastgeving tussen de vennootschap en haar bestuursorgaan. Het bestuursorgaan gaat immers geen persoonlijke verbintenissen aan ten aanzien van derden.

De vraag of een derde die benadeeld werd door een beslissing van de vennootschap (die dus, onvermijdelijk, genomen is door de daad van haar bestuursorgaan) schadeloosstelling kan vorderen van de vennootschap en van haar orgaan, of alleen van de vennootschap, blijft echter controversieel.

De aansprakelijkheid voor tekortkomingen in het bestuur moet afzonderlijk worden nagegaan, ten name van elke zaakvoerder of bestuurder voor wie de algemene vergadering, bij afzonderlijke stemming, moet beslissen over de te verlenen kwijting.

In beginsel moet de vennootschap zelf de *actio mandati* instellen, na een beslissing van de algemene vergadering die zich daarover moet uitspreken (zonder dergelijke beslissing zal de vordering in principe onontvankelijk zijn (art. 289, 415 en 561 W.Venn. voor de BVBA, CVBA en NV)).

Wanneer de vennootschap in gebreke blijft, kan de vordering ingesteld worden door minderheidsaandeelhouders, mits ze tegengestemd hebben bij de stemming over de aan de mandatarissen die ze willen vervolgen te verlenen kwijting en ze een toereikend aandeel in het kapitaal bezitten (10 % van het kapitaal in een BVBA, 10 % of minstens 1 250 000 euro in een CVBA en 1 % of minstens 1 250 000 euro in een NV).

De aandeelhouders die een minderheidsvordering instellen, doen dit niet om vergoeding te bekomen van hun eigen schade. Zij handelen voor rekening en in het belang van de vennootschap, in de plaats van de meerderheid, omdat zij van oordeel zijn dat die meerderheid tekortschiet in de vrijwaring van dat belang.

Indien de kwijting met volle kennis van zaken werd goedgekeurd, verzet de kwijting zich ertegen dat het

bestuursorgaan achteraf rekenschap moet afleggen voor een «loutere» tekortkoming in het bestuur.

Wanneer het faillissement na de beslissing tot kwijting wordt uitgesproken, zal de curator, in naam van de vennootschap, dus geen *actio mandati* meer kunnen instellen tegen het bestuursorgaan waaraan kwijting werd verleend, wegens de «loutere» tekortkomingen in het bestuur die hij vaststelt in de vervulling van de opgedragen taak.

2. Gemeenrechtelijke delictuele aansprakelijkheid

Overeenkomstig de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid kan eenieder (vennoot of derde) die zich benadeeld acht door een daad of schuldig verzuim begaan door een bedrijfsleider, de aansprakelijkheidsvordering instellen.

Wanneer het geschil buiten een overeenkomst ontstaat, spreekt men over «aquiliaanse» of «delictuele» aansprakelijkheid.

Van een aquiliaanse fout is inzonderheid sprake wanneer het bestuursorgaan een wetsbepaling schendt, bijvoorbeeld door na te laten de falingsaanpak te geven binnen de maand nadat de wettelijke voorwaarden daartoe vervuld zijn.

Wanneer deze aansprakelijkheidsvordering uitgaat van een derde, vormt de door de algemene vergadering verleende kwijting geen beletsel: de kwijting kan immers niet tegen derden worden tegengeworpen.

De burgerrechtelijke fout waarvoor de bedrijfsleider aansprakelijk kan worden gesteld, moet afzonderlijk, ten name van elke zaakvoerder of bestuurder, in beschouwing worden genomen. Indien de fout kan worden toegerekend aan de vennootschap en haar bedrijfsleider, is de aansprakelijkheid hoofdelijk, en kan de benadeelde beide tot schadeloosstelling laten veroordelen, met dien verstande dat de partij die het totaalbedrag van de vergoeding heeft betaald, van de andere de terugvordering van haar aandeel daarin kan vorderen.

De curator, die een dubbele functie waarneemt, kan aangezien hij de persoon van de vennootschap voortzet en tevens optreedt als vertegenwoordiger van de schuldeisers – die derden zijn ten aanzien van de vennootschap – tegen één of meer leden van het bestuursorgaan een vordering in delictuele aansprakelijkheid instellen.

De rechtspraak van het Hof van Cassatie beperkt dit vorderingsrecht evenwel tot het herstel van de collectieve schade, geleden door alle schuldeisers van de

failliete vennootschap (cf. J.F. Goffin, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, Larcier, 2012, p. 200 e.v., vooral p. 205, nr. 131).

Met andere woorden ontnemt de vordering van de curator de aandeelhouders niet het recht om een individuele vordering in te stellen, met het oog op de schadeloosstelling van de persoonlijke schade die ze geleden hebben wegens de door het bestuursorgaan begane fouten. In voorkomend geval kunnen deze vorderingen gezamenlijk worden ingediend.

3. Aansprakelijkheid wegens schending van het Wetboek van Vennootschappen of de statuten (art. 263, 408, lid 2 en 528 W.Venn. voor de BVBA, de CVBA en de NV)

In tegenstelling tot de aansprakelijkheid voor tekortkomingen in het bestuur of de aquiliaanse fout, moet de aansprakelijkheid wegens schending van het Wetboek van Vennootschappen of van de statuten collectief, ten name van alle leden van het bestuursorgaan, in beschouwing worden genomen.

Deze aansprakelijkheid kan zowel door de vennootschap, door derden als door de curator worden ingeroepen.

Bij schending van het wetboek of van de statuten, zijn alle leden van het bestuursorgaan, in principe, hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die door deze fout werd veroorzaakt.

Bedrijfsleiders die aantonen dat (i) hun geen schuld kan worden verweten en (ii) zij, op de eerste algemene vergadering nadat zij er kennis van hebben gekregen, de overtreding ten aanzien van de vennoten (en, desgevallend, de commissaris van de vennootschap) hebben aangeklaagd, kunnen er evenwel aan ontsnappen.

De aansprakelijkheid is niet alleen hoofdelijk, het bewijs van een nadeel kan, in bepaalde gevallen, aanzienlijk worden vergemakkelijkt door een aantal vermoedens die het Wetboek van Vennootschappen uitdrukkelijk opsomt.

Dat geldt bijvoorbeeld voor de aansprakelijkheid van de bedrijfsleiders in geval van verlies van het maatschappelijk kapitaal, als ze niet binnen de door het wetboek gestelde termijn de «alarmprocedure» hebben ingesteld (art. 332, 431 en 633 W.Venn. voor de BVBA, CVBA en NV): de door derden geleden schade wordt vermoed het gevolg te zijn van het gebrek aan het bijzonder verslag dat door het bestuursorgaan moet worden opgesteld.

Een fout ingevolge een schending van het wetboek of van de statuten kan niet gedekt worden door de kwijting die door de algemene vergadering aan het bestuursorgaan werd verleend, zodat er geen beletsel is dat de curator, handelend in naam van de boedel van de schuldeisers en/of als voortzetter van de persoon van de vennootschap met het oog op de vereffening ervan, de aansprakelijkheid wegens deze fout inroept.

De curator kan evenwel enkel een vordering instellen tot vergoeding van de collectieve schade van de schuldeisers.

4. Bijzonder geval van de «vordering tot aanvulling van het passief» (art. 265, 409 en 530 W.Venn. voor de BVBA, CVBA en NV)

De artikelen 265, 409 en 530 van het Wetboek van Vennootschappen, respectievelijk van toepassing op de BVBA, de CVBA en de NV, beogen het geval van een «*kennelijk grove fout*» die «*aan de basis ligt van het faillissement*».

Het betreft een bijzonder geval van aansprakelijkheid van het bestuursorgaan, die, afzonderlijk, ten name van elke bedrijfsleider, moet worden beoordeeld. Als ze wordt aangetoond, heeft die fout tot gevolg dat de betrokken bedrijfsleider kan verplicht worden tot aanzuivering van het geheel of een deel (de rechter beschikt dienaangaande over een ruime beoordelingsbevoegdheid) van de schulden van de failliet verklaarde vennootschap.

De «vordering tot aanvulling van het passief» kent een bijzondere werking. In tegenstelling tot de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid, is het immers niet vereist om het causaal verband tussen de door de bedrijfsleider begane fout en de geleden schade aan te tonen.

Het volstaat dat de *kennelijke grove fout heeft bijgedragen aan het faillissement*, ook al zijn er andere oorzaken die deze hebben veroorzaakt.

Volgens de rechtspraak zijn, inzonderheid, voorbeelden van kennelijk grove fouten : het gebrek aan een boekhouding gedurende een lange periode, de ontrekking van activa van de vennootschap voor persoonlijke verrijking, de voortzetting van een zwaar verlieslatende activiteit.

Wegens de aard van dergelijke fout kan deze niet gedekt worden door de door de algemene vergadering goedgekeurde kwijting.

De curator kan, na de faillietverklaring, dus een «vordering tot aanvulling van het passief» instellen, mits de voorwaarden daartoe vervuld zijn. Er moet niet alleen een kennelijk grove fout begaan zijn, daarenboven moet vaststaan dat het actief van de vennootschap ontoereikend is.

De vordering tot aanvulling van het passief kan sinds 2002 ook ingesteld worden door één of meer benadeelde schuldeisers van de vennootschap. In dat geval moet de door de rechtbank uitgesproken veroordeling enkel rekening houden met de individuele belangen van die benadeelde schuldeisers.

Daarom moeten zij de curator op de hoogte brengen van hun voornemen om de vordering in te stellen, zodat hij er zich, in voorkomend geval, in naam en in het belang van de boedel van de schuldeisers, kan bij aansluiten.

Conclusie

Samengevat kan gesteld worden dat de kwijting de zwaarste fouten die het bestuursorgaan ten laste kunnen worden gelegd niet indekt.

Een overtreding van de wet in ruime zin, van het Wetboek van Vennootschappen in het bijzonder, of van de statuten, net als een gemeenrechtelijke fout, kunnen door de goedkeuring van de kwijting in de algemene vergadering niet worden gedekt.

Voorts is de kwijting alleen maar geldig indien ze met volle kennis van zaken wordt verleend. Dat betekent dat het bestuursorgaan de vennoten behoorlijk in kennis heeft gesteld van de toestand van de vennootschap en dat de ter goedkeuring voorgelegde jaarrekening volledig en oprecht is en de werkelijke toestand van de vennootschap weergeeft.

Olivier ROBIJNS
Advocaat aan de Balie van Luik
Specialist in het fiscaal recht
Advocatenkantoor HERVE

Noch deze publicatie, noch gedeelten van deze publicatie mogen worden gereproduceerd of opgeslagen in een retrievalstelsel, en evenmin worden overgedragen in welke vorm of op welke wijze ook, elektronisch, mechanisch of door middel van fotokopieën, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De redactie staat in voor de betrouwbaarheid van de in haar uitgaven opgenomen info, waarvoor zij echter niet aansprakelijk kan worden gesteld. **Verantwoordelijke uitgever** : Jean-Marie CONTER, B.I.B.F. – Legrandlaan 45, 1050 Brussel, Tel. 02/626 03 80, Fax. 02/626 03 90 e-mail : info@bibf.be, URL : <http://www.bibf.be>. **Redactie** : Jean-Marie CONTER, Gaëtan HANOT, Geert LENAERTS, Xavier SCHRAEPEN, Chantal DEMOOR. **Adviesraad** : Professor P. MICHEL, Professor Emeritus, Universiteit Luik, Professor C. LEFEBVRE, Katholieke Universiteit Leuven. **Gerealiseerd in samenwerking met kluwer – www.kluwer.be**