

Het nieuwe faillissementsrecht

Stan Brijs, Sophie Jacmain, Karel De Smet en Arie Van Hoe¹

1. Inleiding	255
2. Doel van het faillissement	256
3. Specifieke gevolgen van de uitbreiding van het personele toepassingsgebied van het insolventierecht voor het faillissement	256
4. Procedure	257
5. Gevolgen van het faillissement	258
5.1. <i>Omvang boedel</i>	258
5.2. <i>Lopende overeenkomsten</i>	258
5.3. <i>Verdachte periode</i>	259
5.4. <i>Gevolgen voor medeschuldenaars, zekerheidstellers en borgtochten</i>	259
6. Beheer, vereffening en sluiting van het faillissement	259
6.1. <i>Beheer</i>	259
6.2. <i>Vereffening</i>	260
6.3. <i>Sluiting</i>	261
7. Rechten van schuldeisers	261
8. Aansprakelijkheidsvorderingen	262
8.1. <i>Algemeen</i>	262
8.2. <i>Kennelijk grove fout</i>	262
8.3. <i>Sociale en fiscale schulden</i>	263
8.4. <i>Een nieuwe grond van bestuurdersaansprakelijkheid: wrongful trading</i>	264
9. Beroepsverbod	265

1. INLEIDING

1. Continuïteit in discontinuïteit. De wet van 11 augustus 2017 luidt het einde in van de vertrouwde Faillissementswet². Faillissementsprocedures geopend ná 1 mei 2018 zullen beheerst worden door Titel VI van Boek XX WER. De opname en codificatie van de regels inzake faillissement in Boek XX WER is – behoudens wat de regels van verschoonbaarheid, thans “kwijtschelding” betreft – niet gepaard gegaan met een fundamentele hervorming. Dat was ook niet de ambitie van de wetgever. Wel werden een heel aantal twistpunten beslecht en werd algemeen beoogd de efficiëntie en transparantie van de faillissementsprocedure te verhogen.

2. Structuur. In deze bijdrage worden de belangrijkste innovaties van Boek XX WER inzake faillissement besproken. Een exhaustieve bespreking van alle wijzigingen, die vaak zeer punctueel en technisch zijn, is niet mogelijk binnen het bestek van deze bijdrage. Eerst wordt de (nieuwe) bepaling inzake het doel van de faillissementsprocedure

geduid. Vervolgens worden enkele gevolgen van de uitbreiding van het personele toepassingsgebied van het insolventierecht voor het faillissement onderzocht. Daarna worden enkele wijzigingen van procedurele aard toegelicht. Inzake de gevolgen van het faillissement laten zich enkele opmerkelijke innovaties noteren, i.h.b. wat de omvang van de boedel betreft en de (notoire) regeling inzake lopende overeenkomsten. Ook het beheer, de vereffening en de sluiting van het faillissement ondergaan bepaalde veranderingen die niet onvermeld kunnen blijven. De nieuwe wet wijzigt de rechten van schuldeisers op bepaalde punten. Belangrijk zijn hierbij de (gewijzigde) regels inzake aansprakelijkheidsvorderingen, die een plaats krijgen in de nabijheid van de regels inzake het faillissement. Als laatste punt wordt stilgestaan bij de regeling inzake het beroepsverbod. Voor de bespreking van de kwijtschelding, die het stelsel van de verschoonbaarheid vervangt, wordt verwezen naar de specifieke bijdrage van de hand van D. Pasteger in dit nummer.

¹ Advocaten Nauta Dutilh.

² Faillissementswet van 8 augustus 1997 (BS 28 oktober 1977, *err.*, 7 februari 2001).

2. DOEL VAN HET FAILLISSEMENT

3. *Liquidatiedoel.* Titel VI van Boek XX WER vangt aan met een op het eerste gezicht banale bepaling. Voor het eerst verduidelijkt de wetgever het doel van de faillissementsprocedure: zij strekt ertoe het vermogen van een schuldenaar onder de bevoegdheid van een curator te plaatsen, met het oog op vereffening en verdeling ten voordele van de schuldeisers (art. XX.98 WER). Deze bepaling vindt haar tegenhanger in artikel XX.39 WER, waarin het doel van de procedure gerechtelijke reorganisatie wordt omschreven. De wetgever bestendigt en formaliseert hiermee de keuze voor twee afzonderlijke insolventieprocedures, de ene gericht op continuïteit, de andere gericht op discontinuïteit³. De omschrijving van het doel van de faillissementsprocedure heeft niet

enkel een theoretisch belang. Dit blijkt uit het “*Estro / Smallsteps*”-arrest⁴, dat elders in dit nummer besproken wordt, en waarin het doel van een insolventieprocedure (continuïteit dan wel discontinuïteit) een centrale rol speelde in de uitkomst.

Uit de omschrijving van het doel van het faillissement kan afgeleid worden dat de curator een neutraal bewindvoerder is die aan het hoofd van het vereffeningsbewind over de failliete boedel is gesteld. Deze dogmatische verduidelijking laat toe om een aantal problemen die in de praktijk rijzen m.b.t. de (afbakening van de) opdracht van de curator op te lossen⁵.

3. SPECIFIEKE GEVOLGEN VAN DE UITBREIDING VAN HET PERSONELE TOEPASSINGSGBIED VAN HET INSOLVENTIERECHT VOOR HET FAILLISSEMENT

4. *Van handelaar naar onderneming.* Anders dan de Wet Continuïteit Ondernemingen hield de Faillissementswet vast aan het concept van handelaar, ter bepaling van het personele toepassingsgebied van de faillissementsprocedure. De algemene uitbreiding van het personele toepassingsgebied van het insolventierecht brengt hier verandering in. Voortaan komen (ook) vrije beroepers, VZW's, organisaties zonder rechtspersoonlijkheid, enz. in aanmerking voor het faillissement. Het nieuwe personele toepassingsgebied van het insolventierecht wordt uitvoerig besproken in de bijdrage in dit nummer van I. Van de Plas en M. Vanmeenen. Hierna wordt kort stilgestaan bij een aantal bepalingen die betrekking hebben op bijzondere categorieën van ondernemingen.

5. *Vrije beroepen.* De wetgever beoogt de uitbreiding van het personele toepassingsgebied te verzoenen met het bijzondere karakter van vrije beroepen. Voor faillissementsprocedures vertaalt zich dat onder meer in de verplichte aanstelling van een “mede-curator”, die ook beoefenaar is van het beroep van de gefailleerde (art. XX.123 WER), van wie verwacht wordt te zorgen voor gepaste maatregelen om het beroepsgeheim van de gefailleerde te vrijwaren (dat tijdens de faillissementsprocedure onverkort blijft gelden)⁶. Naast de mede-curator wordt ook het relevante tuchtorgaan betrok-

ken bij de faillissementsprocedure⁷. Indien er vragen rijzen rond de verenigbaarheid van bepalingen van Boek XX met specifieke verplichtingen van een vrije beroeper, kan de rechter-commissaris advies vragen aan het betrokken tuchtorgaan (art. XX.1, § 4 WER). De (nieuwe) regeling inzake het beroepsverbod geldt niet voor vrije beroepers; dit wordt overgelaten aan de deontologische en tuchtrechtelijke overheden (art. XX.230 WER).

6. *VZW's en stichtingen.* De verplichte aangifte van faillissement geldt niet voor de (veelal niet-professionele) bestuurders van VZW's en stichtingen (art. XX.102, laatste lid WER). De bestuurders van *kleine* VZW's en stichtingen genieten tevens van een bijzondere vrijstelling van de nieuwe aansprakelijkheidsvordering voor “*wrongful trading*” (art. XX.227, § 4 WER).

7. *Onderneming waarvan de vennoten onbeperkt aansprakelijk zijn.* Het openen van een insolventieprocedure ten aanzien van een onderneming waarvan de vennoten onbeperkt aansprakelijk zijn, houdt hierdoor niet noodzakelijk de opening van een insolventieprocedure ten aanzien van haar onbeperkt aansprakelijke vennoten in (art. XX.1, § 1, tweede lid WER). Het komt aan de curator toe die vennoten persoonlijk aansprakelijk te stellen (art. XX.99, laatste lid

³ Zie H. COUSY, “Beginselen van insolventierecht: enkele beschouwingen ter inleiding in duiding” in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMANN en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars. Actuele ontwikkelingen*, Intersentia, 2006, 11-12.

⁴ HvJ 22 juni 2017, C-126/17, *Estro / Smallsteps*, www.curia.eu.

⁵ Zie hierover E. DIRIX, “De bewindvoerder in het insolventierecht” in *Liber Amicorum Walter Van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, 521-540.

⁶ *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 86. Tijdens de parlementaire werkzaamheden werd gesproken over een gecompartmenteerd elektronisch faillissementsdossier, waarbij beroepsgeheimen zouden worden afgeschermd (*Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 88).

⁷ Er worden *kennisgevingen aan het tuchtorgaan* voorzien wanneer een plaatsopneming bij een vrije beroeper wordt beoogd (art. XX.133), wanneer een aansprakelijkheidsvordering voor kennelijk grove fout of *wrongful trading* wordt weerhouden (art. XX.225, § 4 en art. XX.226, § 4), of wanneer na faillissement geen of een slechts gedeeltelijke kwijtschelding wordt verleend (art. XX.173, laatste lid). De curator dient de consignes van het tuchtorgaan na te leven bij het *openen van briefwisseling* aan de gefailleerde (art. XX.143).

WER). Bij aangifte van faillissement worden de vennoten op de hoogte gebracht van het faillissement⁸ (art. XX.103, eerste lid, 7° WER) en van bij aanvang in de procedure “betrokken”⁹ door de failliete onderneming (art. XX.100 WER). Vennoten die niet op de hoogte werden gebracht van de aangifte van faillissement, genieten van een verlengde termijn om verzet in te stellen tegen de faillietverklaring (art. XX.108, § 3 WER). De insolventierechtbank die kennis neemt van de insolventieprocedure van een entiteit zonder rechtspersoonlijkheid, of een vennootschap met onbeperkte

aansprakelijkheid, is eveneens *bevoegd* om kennis te nemen van de insolventieprocedures betreffende de vennoten van deze onderneming (art. XX.14 WER). Deze (facultatieve¹⁰) uitbreiding van de bevoegdheid laat toe dat de (voortaan) onderscheiden insolventieprocedures van de maatschap en haar vennoten toch samen worden afgewikkeld. Ter verdere versterking van de band tussen de verschillende insolventieprocedures kan een gemeenschappelijke insolventiefunctiearis aangesteld worden¹¹.

4. PROCEDURE

8. Algemeen. De algemene voorwaarden van het faillissement (met uitzondering van het personele toepassingsgebied) evenals de belangrijkste procedurele aspecten van de faillietverklaring blijven essentieel dezelfde. Naast enkele punctuele ingrepen¹², zijn volgende nieuwigheden het vermelden waard.

9. Curator “betrekken” bij hoger beroep tegen faillietverklaring. Indien er rechtsmiddelen worden aangewend tegen het vonnis van faillietverklaring, dient de curator voor het sluiten van de debatten in de zaak te worden “betrokken” (art. XX.109, tweede lid WER). De wetgever komt daarmee tussen in de soms wisselvallige rechtspraak over de rol en het statuut van de curator in dergelijke procedures¹³. Het “betrekken” van de curator houdt in dat hij de mogelijkheid moet krijgen om kennis te nemen van het debat, en om zijn standpunt kenbaar te maken aan het hof, zodat de uitspraak

in beroep ook aan hem tegenwerpelijk is¹⁴. Het rechtsmiddel wordt evenwel niet als zodanig “gericht tegen” de curator¹⁵. De wet bepaalt voor het overige niet uitdrukkelijk hoe de curator “betrokken” moet worden. Hij kan vermeld worden als “op te roepen partij” in het verzoekschrift tot hoger beroep of uitgenodigd worden om vrijwillig tussen te komen (waarbij van de curator als belanghebbende partij een zekere diligentie kan worden verwacht). Het betrekken van de curator kan tot aan het sluiten van de debatten¹⁶.

10. Publicatie intrekking faillissement. Wanneer een vonnis tot faillietverklaring wordt hervormd (op verzet of in beroep) bepaalt artikel XX.242 WER nu uitdrukkelijk dat de uitspraak tot intrekking van het faillissement door toedoen van de curator gepubliceerd wordt in het *Belgisch Staatsblad*. Daarmee wordt een wettelijke verankering gegeven aan een bestaande praktijk.

⁸. Er wordt geen bijzondere termijn bepaald binnen dewelke deze kennisgeving moet gebeuren. In de *memorie van toelichting* werd een termijn van 8 dagen vermeld, maar die werd uiteindelijk niet opgenomen (*Parl.St.* Kamer 2016-17, 81).

⁹. Over deze term, zie *infra*. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat hiermee enkel wordt beoogd dat de vennoten die niet op de hoogte zijn van de faillissementsprocedure de mogelijkheid moeten krijgen om hun rechten van verdediging te laten gelden (*Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 80-81).

¹⁰. *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 39.

¹¹. *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 39.

¹². We wijzen op volgende aanpassingen. De *aangifte van faillissement* dient elektronisch te worden gedaan (art. XX.102 WER). In bijlage bij de aangifte dient de balans van de onderneming te worden gevoegd (voorheen de “boeken”). De verwijzingen naar de boekhoudkundige regels worden zo geactualiseerd (art. XX.103, 3° WER). Bij faillissement van een organisatie zonder rechtspersoonlijkheid of een vennootschap waarvan de vennoten onbeperkt aansprakelijk zijn, wordt een lijst met de gegevens van de vennoten aan de aangifte gehecht, alsook een bewijs dat deze vennoten op de hoogte werden gebracht van het faillissement (art. XX.103, eerste lid, 7° WER). Indien een gefailleerde zich in de onmogelijkheid bevindt om bepaalde sociale documenten bij de aangifte te voegen, zullen de sociale secretariaten deze informatie “onmiddellijk en kosteloos” aanleveren op verzoek van de curator (art. XX.103, derde lid WER). Indien een schuldeiser een *dagvaarding tot faillietverklaring* uitbrengt tegen een organisatie zonder rechtspersoonlijkheid of zonder beperkte aansprakelijkheid, dient de verzoeker de hem bekende vennoten in de zaak te betrekken (art. XX.100, derde lid WER). Wat betreft de *publiciteit van de faillietverklaring* zorgt voortaan de curator voor de publicatie in het *BS*, een verplichting die voorheen bij de griffie lag (art. XX.107 WER). De wetgever verwacht dat het nodige via Regsol gedaan zal kunnen worden, zodat dit weinig bijkomend werk met zich zal brengen (*Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/004, 48). De inhoud van de publicatie in het *BS* wordt aangepast aan de hedendaagse wetgeving (art. XX.107 WER). Daarnaast verdwijnt de verplichte publicatie van het vonnis van faillietverklaring en van het vonnis dat de staking van betaling vaststelt in minstens 2 periodieke uitgaven. Zoals vaker in de recente wetgeving onder het bewind van minister Geens, wordt elke kans gegrepen om de werklust van de griffies en van de rechtbanken te verminderen.

¹³. *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 82; zie hierover ook A. BOSSUYT, “Over de noodzakelijke partij in het geding”, *TBH* 2007, 941 *et seq.*; P. Taelman en S. Voet, “Rechtsmiddelen in het faillissementscontentieux” in X, *Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Intersentia, 2008, 844-846.

¹⁴. A. BOSSUYT, “Over de noodzakelijke partij in het geding”, *TBH* 2007, 947.

¹⁵. Art. XX.109 WER wijkt uitdrukkelijk af van art. XX.4 WER, dat algemeen voorziet dat vorderingen inzake faillissement ook worden *gericht tegen de curator*.

¹⁶. *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 82.

5. GEVOLGEN VAN HET FAILLISSEMENT

5.1. Omvang boedel

11. *Samenstelling activa boedel kristalliseert bij faillietverklaring.* Onbeslagbare goederen (in de zin van art. 1408 Ger.W.) en vergoedingen van schade aan de persoon uit onrechtmatige daad vallen nog steeds buiten de boedel (art. XX.110, § 2 en § 3, tweede lid WER). De bepaling uit de faillissementswet die onbeslagbare *inkomsten* (in de zin van de art. 1409-1412 Ger.W. en bijzondere wetten) uit de boedel sloot wordt niet hernomen. In plaats daarvan voorziet de nieuwe wet in een veel ruimere uitzondering. Voortaan worden alle goederen die de gefailleerde verkrijgt op grond van een oorzaak die dateert van *na* het faillissement, uit de boedel gesloten (art. XX.110, § 3, tweede lid WER). De gefailleerde behoudt het beheer en het vrije beschikkingsrecht over deze goederen, zonder dat verantwoording moet worden afgelegd aan de curator (art. XX.110, § 1, art. XX.110, § 3, eerste lid, art. XX.110, § 3, vierde lid WER). Dit betekent dat het “actief van de boedel” kristalliseert op de datum van de faillietverklaring. Dit is anders dan onder huidige faillissementswet: alle goederen die de gefailleerde verwerft lopende de afwikkeling van de faillissementsprocedure, vallen in de boedel (zie art. 16 faillissementswet).

Deze wijziging kadert integraal in het tweede-kans-beleid: de gefailleerde wordt zo (ook financieel) aangespoord om zo snel mogelijk opnieuw deel te nemen aan het economische leven¹⁷. De regeling heeft echter een bredere uitwerking. Niet alleen inkomsten uit een nieuwe economische activiteit, maar bijvoorbeeld ook giften of nalatenschappen die na het faillissement openvallen komen aan de gefailleerde toe¹⁸. Vergelijkt men de nieuwe regeling met de collectieve schuldenregeling, dan lijkt de ondernemer beter af na faillissement dan de particulier die een collectieve schuldenregeling verkrijgt: na faillietverklaring verkrijgt de ondernemer in principe een volledige kwijtschelding, en worden zijn toekomstige inkomsten gevrijwaard. Van de niet-ondernemer

die onder de collectieve schuldenregeling valt, wordt daarentegen in principe verwacht dat deze eerst een aanzuiveringsregeling doorloopt gedurende een zekere periode, waarbij zijn inkomsten maximaal worden aangewend ten voordele van zijn schuldeisers. Pas daarna kan hij genieten van kwijtscheldingsmaatregelen.

5.2. Lopende overeenkomsten

12. *Curator kan lopende overeenkomst beëindigen indien noodzakelijk ...* Artikel 46 faillissementswet regelt het lot van lopende overeenkomsten. In drie arresten gaf het Hof van Cassatie een voor de curator interessante, zij het controversiële, invulling aan deze regeling: wanneer noodzakelijk voor het beheer van de boedel, houdt artikel 46 Faillissementswet in dat de curator ook lopende overeenkomsten kan *beëindigen*¹⁹. Hoewel deze arresten aanleiding gaven tot de nodige kritiek, kiest de wetgever ervoor om deze rechtspraak te codificeren in het artikel XX.139, § 1 WER. De curator heeft voortaan volgende opties m.b.t. lopende overeenkomsten. Hij kan deze (i) verder uitvoeren, (ii) niet verder uitvoeren, of (iii) beëindigen *wanneer* dit noodzakelijk wordt geacht voor het beheer van de boedel. Het bewijs van deze noodzaak ligt bij de curator. De drempel ligt daarbij hoog: het loutere feit dat goederen een mindere verkoopwaarde hebben, verhindert op zich genomen de normale afwikkeling van een faillissement niet²⁰.

13. *... zonder afbreuk te doen aan tegenwerpelijke zakelijke rechten.* Artikel XX.139 WER verduidelijkt dat de beslissing van de curator om een contract te beëindigen geen afbreuk kan doen aan zakelijke rechten van derden die tegenstelbaar zijn aan de boedel. De wetgever maakt zo een einde aan de eventuele onzekerheid ontstaan n.a.v. het cassatie-arrest van 3 december 2015²¹. Sommige auteurs interpreterden dit arrest in die zin dat de curator door middel van

¹⁷ *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 83. Het was reeds geruime tijd aanvaard dat een gefailleerde al lopende de faillissementsprocedure een economische activiteit kon aanvangen; de inkomsten daarvan vielen evenwel in de failliete boedel (zie o.a. Cass. 27 oktober 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, nr. 115). De huidige wetgeving blijkt in praktijk niet te volstaan om een herintegratie in het economische leven toe te laten (zie hierrond D. PASTERGER, “La déclaration anticipée d’excusabilité, un supplice de Tantale?” (noot onder Cass. 25 september 2014), *TBH* 2015, afl. 6, 576).

¹⁸ *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 83.

¹⁹ Cass. 24 juni 2004, *RW* 2005-06, 53; Cass. 10 april 2008, C.05.0527.N; Cass. 3 december 2015, C.15.0210N, via www.cass.be. Deze rechtspraak was controversieel omdat de voorspelbaarheid van contractuele verhoudingen op het spel wordt gezet, het faillissementsrecht en het beslagrecht uit de pas komen te lopen, en het gebundelde verhaalsrecht van de schuldeisers een grotere waarde verkrijgt dan het vermogen van de schuldenaar. Zie o.a. kritische ontvangst bij S. BRUIS, “Art. 46 Faill.W.: is de curator van de failliete verhuurder een tovenaar?”, *RW* 2005-06, 58; E. DIRIX, “Lopende overeenkomsten bij faillissement en reorganisatie” in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars. Actuele ontwikkelingen*, Intersentia, 2010, 157; A. ZENNER en C. ALTER, “Faillite et contrats en cours: faculté de ne pas poursuivre l’exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur?” (noot onder Cass. 24 juni 2004), *RDC* 2005, afl. 3, 245. *Anders*: C. VAN BUGGENHOUT en I. VAN DE MIEROP, “Wat baten kaars en bril als den uil niet zien wil” (noot onder Cass. 24 juni 2004), *TBH* 2005, afl. 3, 253-257.

²⁰ Cass. 10 april 2008, *NJW* 2008, 494, noot P. COUSSEMENT. Het beëindigingsrecht zou bv. wel spelen “wanneer de goederen door deze rechten onverkooptbaar blijken te zijn, wanneer de huurprijs beduidend lager is dan deze onder de normale marktvoorwaarden, of wanneer het in stand houden van die rechten de boedel met belangrijke financiële verplichtingen opzadelt (bv. herstellingen)”. (E. DIRIX, “Lopende overeenkomsten bij faillissement en reorganisatie” in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars. Actuele ontwikkelingen*, Intersentia, 2010, 162), alsook wanneer de curator de essentiële verplichtingen onder de overeenkomst niet kan naleven (Brussel 11 maart 2010, *RABG* 2011, 635).

²¹ Cass. 3 december 2015, *RW* 2016-17, 1133.

het optierecht mogelijks een einde kon maken aan tegenwerpelijke zakelijke rechten van derden²². De wetgever neemt afstand van die lezing: de wederpartij van de gefailleerde behoudt wel degelijk alle zakelijke rechten waarvoor de vereisten van tegenstelbaarheid aan de boedel vervuld waren vóór de faillietverklaring²³. Volgens de *memorie van toelichting* gaat het daarbij om een verduidelijking en een bevestiging van het bestaande kader.

5.3. Verdachte periode

14. *Algemeen*. Eigen aan het faillissement is dat teruggekeken kan worden op bepaalde (rechts)handelingen van de gefailleerde voorafgaand aan het faillissement. Dit kan in het bijzonder wanneer een verdachte periode wordt vastgesteld. Het principe van de verdachte periode blijft behouden. Enkele wijzigingen dienen vermeld te worden.

15. *Schuldvergelijking*. In artikel XX.111, 2° WER dat artikel 17, 2° Faill.W. herneemt, wordt schuldvergelijking niet meer opgenomen als verplicht niet-tegenwerpelijke,

verdachte handeling. Met deze wijziging beoogt de wetgever alle vormen van schuldvergelijking – en niet alleen de conventionele variant ervan – tijdens de verdachte periode mogelijk te maken²⁴.

16. *Uitzondering op regeling rond niet-tegenwerpelijke*. Voor bepaalde rechtshandelingen gesteld in het kader van een minnelijk akkoord of een gerechtelijke reorganisatie die het faillissement voorafgaan, wordt uitdrukkelijk bepaald dat zij niet zijn onderworpen aan de regels inzake niet-tegenwerpelijke aan de failliete boedel (art. XX.111 WER).

5.4. Gevolgen voor medeschuldnaars, zekerheidstellers en borgtochten

17. *Verwijzing*. Voor de problematiek van de schorsing en de kwijtschelding van de rechten van de schuldeisers tegen medeschuldnaars, persoonlijke zekerheden en borgen van de gefailleerde wordt verwezen naar de bijdrage van D. Pasteger in dit nummer.

6. BEHEER, VEREFFENING EN SLUITING VAN HET FAILLISSEMENT

6.1. Beheer

18. *Beperkte aanpassingen met het oog op efficiëntie*. Enkele beperkte wijzigingen strekken ertoe overbodige kosten en tijdsverlies te vermijden.

Als eerste stap worden de goederen van de gefailleerde geïnventariseerd. Het wordt voortaan aan de rechter-commissaris overgelaten of daartoe al dan niet een plaatsopneming wordt georganiseerd (art. XX.133 WER)²⁵.

De curator kan de bewaring van archieven toevertrouwen aan (de bestuurders van) de gefailleerde. De wet verduidelijkt dat die laatsten verplicht zijn om deze bewaring waar te nemen. De bewaartermijn bedraagt in principe 7 jaar,

behalve voor stukken die niet dienen tot bewijs jegens derden; die moeten slechts 3 jaar bewaard worden. De bewaartermijn gaat in bij de opening van de faillissementsprocedure. Documenten kunnen in origineel of in (elektronisch) afschrift worden bewaard (art. XX.138 WER)²⁶.

Het stelsel rond dadingen wordt versoepeld. Voortaan kan de curator, mits machtiging van de rechter-commissaris, dadingen aangaan tot een waarde van 50.000 EUR (ongeacht of de dading roerende of onroerende rechten betreft) (art. XX.151, eerste lid WER)²⁷. Enkel dadingen met een hogere waarde behoeven nog homologatie door de insolventierechtbank (art. XX.151, tweede lid WER).

²². J. MALEKZADEM, “Een extra puzzel in het spel van de curator en lopende overeenkomsten”, *TBH* 2016, 317; V. SAGAERT, “Het lot van zakelijke rechten bij faillissement van de medecontractant. Of de eenheid van het vermogensrecht”, *RW* 2016-17, 1133. Andere auteurs wezen erop dat een al te algemene conclusie getrokken werd uit een specifiek geval. Het Hof deed geen uitspraak over de zakelijke rechten van derden, maar beoordeelde het geval waarin de curator een einde stelde aan een opstalrecht ten gunste van, dus verleend aan de gefailleerde; zie o.m. S. BRIJS en R. LINDEMANS, “Kroniek insolventierecht 2015-16”, *TRV-RPS* 2016, 323; R. JANSEN en M. STORME, “Zakelijke rechten en insolventie” in V. SAGAERT (ed.), *Themis – Vastgoedrecht (2016-2017)*, Brugge, die Keure, 2017, nr. 94; B. PIRLET, “Application de l’article 46 de la loi sur les faillites au contrat d’emphytéose: réflexions sur la nature des droits réels à la lumière de l’arrêt de la Cour de cassation du 3 décembre 2015”, *TBH* 2017, 701-729.

²³. *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 91.

²⁴. *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 83.

²⁵. *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 88.

²⁶. De bewaartermijn van 7 jaar strookt met de termijnen voor de bewaring van boekhoudkundige stukken waaronder jaarrekeningen (art. III.86 en III.88 WER). In de meeste gevallen volstaat een bewaring gedurende deze termijn, maar in het licht van bijzondere verjaringstermijnen of bewaringsverplichtingen kan het voorzichtig zijn om documenten langer te bewaren. Zie o.a. art. 1 van de programmawet van 1 juli 2016 (die het mogelijk maakt voor de fiscus om bij internationale uitwisselingen van informatie gedurende een periode van 9 jaar achterstallige belastingen te vorderen) en art. 9 KB/BTW nr. 3 (de verschuldigde btw op onroerende bedrijfsmiddelen (bv. aankoop vastgoed) kan gedurende 15 jaar herzien worden). Noteer ook dat de nieuwe wet nu dus uitdrukkelijk en algemeen voorziet dat (elektronische) afschriften volstaan (zie ook *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 89). Ook op dit punt lijkt voorzichtigheid gewezen, bv. wat betreft de sociale documenten die in principe in originele kopie bewaard dienen te worden.

²⁷. Een aanzienlijke verhoging van de drempels die voorheen golden (12.500 EUR, voor zover de dading roerende rechten betrof) (art. 58 Faill.W.).

19. Elektronische aangifte van schuldvorderingen, evenwel in het Engels. De regeling rond aangiftes van schuldvorderingen wordt aangepast aan de realiteit van een geïnformaliseerd en internationaal ondernemingsleven. Aangiftes van schuldvorderingen moeten voortaan elektronisch worden ingediend (art. XX.155, § 1 WER). Voor natuurlijke personen en rechtspersonen die in het buitenland zijn gevestigd, geldt een uitzondering. Zij kunnen nog steeds een papieren aangifte indienen (bij de curator!) behalve indien zij bij hun aangifte professionele bijstand genieten (art. XX.155, § 1 en § 2 WER). Ook bij technische defecten van het register is een papieren aangifte toegestaan (art. XX.8 WER). Aangiften mogen voortaan in elk van de drie landstalen of in het Engels worden gedaan, en dit ongeacht de taal van het faillissementsvonnis (art. XX.155, § 4 WER). Een aangifte moet niet meer ondertekend worden door de schuldeiser (deze vereiste vervalt, rekening houdend met de digitale procedure²⁸), en evenmin wordt nog een bijzondere volmacht vereist voor de aangifte van een schuldvordering²⁹.

20. Versnelde verificatie. Het verificatieproces van de schuldvorderingen verloopt sneller. Schuldeisers die genieten van een persoonlijke zekerheidstelling hebben voortaan tot 3 maanden (voorheen 6 maanden) na het vonnis van faillietverklaring tijd om hiervan melding te maken. De strenge sanctie blijft dat bij gebrek aan tijdige melding, de steller van de persoonlijke zekerheid is bevrijd (art. XX.156, tweede lid WER). De pv's van verificatie worden elektronisch neergelegd door de curator, en enkel door deze laatste ondertekend. De rechter-commissaris wordt in kennis gesteld, maar tekent dus niet meer mee (art. XX.160 WER). Het tweede en derde pv van verificatie worden voortaan neergelegd na 6 en 12 maanden (voorheen na 1 en 2 jaar) (art. XX.161 WER). Aansluitend daarbij wordt het aanvangspunt voor de termijn voor bezwaren tegen de verrichte verificaties nu duidelijk omschreven in artikel XX.162 WER. De termijn van één maand begint te lopen vanaf de uiterste datum waarop het betwiste pv van verificatie neergelegd moest worden, behalve indien het later werd neergelegd, in welk geval de termijn pas loopt vanaf de datum van de (laattijdige) neerlegging.

21. Vermindering verslagplicht rechter-commissaris. De verslagplicht van de rechter-commissaris bij geschillen in het kader van het faillissement wordt beperkt (art. XX.129 WER). Voortaan zal de rechter-commissaris enkel advies uitbrengen wanneer de insolventierechtbank hierom verzoekt, wanneer de wet dit uitdrukkelijk bepaalt, of wanneer de rechter-commissaris zelf een bijzonder initiatief neemt.

Deze wijziging is gericht op procedurele efficiëntie³⁰. Het verslag van de commissaris bleek in veel gevallen een loutere formaliteit, waarbij wordt verwezen naar de uiteenzetting van de curator. Tegelijk gaf het verplichte verslag regelmatig aanleiding tot uitstellen (bv. omdat de rechter-commissaris niet altijd over de nodige stukken beschikte).

6.2. Vereffening

22. Verkopen onroerend goed gefailleerde. Wat betreft de vereffening van het faillissement wordt de regeling inzake de verkoop van onroerende goederen vereenvoudigd. Als principe geldt dat ingevolge het faillissement de verhaalsmogelijkheden van alle schuldeisers geschorst worden en dat alleen de curator tot verkoop kan overgaan, uit de hand of openbaar (art. XX.193, § 1 WER). In dezelfde zin worden alle gelegde beslagen geschorst (art. XX.120 WER). Een eerste uitzondering hierop vervat in artikel XX.120 WER is de situatie waar de beschikking tot aanstelling notaris (art. 1580 Ger.W.) of machtiging onderhandse verkoop (art. 1580bis-1580ter Ger.W.) niet meer vatbaar is voor verzet. De verkoop gaat dan door, doch voor rekening van de boedel. Niettemin is in dat geval in het belang van de boedel uitstel of afstel van de verkoop mogelijk, op beslissing van de rechter-commissaris, doch i) niet meer na de betekening van de aanmaning tot inzage van de verkoopvoorwaarden, en ii) onder voorwaarde van voorafgaande betaling door de curator van alle tot dan opgelopen kosten van de notaris.

Een tweede uitzondering op de schorsing van alle verhaalsmogelijkheden van individuele schuldeisers geldt ten voordele van de eerst ingeschreven hypothecaire schuldeiser: deze kan vanaf het eerste pv van verificatie het goed doen verkopen. De mogelijkheid voor de curator om een bijkomende tijdelijke schorsing te verzoeken van de individuele uitwinningsinitiatieven van de eerste ingeschrevene werd niet meer weerhouden (art. XX.193, § 1 WER).

23. Verkopen van onverdeelde goederen. Wanneer de curator geconfronteerd werd met een situatie waarbij de gefailleerde eigenaar is van een onverdeeld aandeel van een (vooral onroerend) goed, zorgde de tegeldemaking ervan voor praktische moeilijkheden en discussies veroorzaakt door het gebrek aan duidelijke regeling. Ten eerste kan krachtens artikel XX.193, § 2, de rechter-commissaris de verkoop van de onverdeelde goederen bevelen, hetzij op verzoek van de curator alleen, hetzij in geval van akkoord op verzoek van de curator samen met alle mede-eigenaars. De ingeschreven hypothecaire of bevoorrechte schuldeisers, de schuldeisers die een bevel of beslagexploot hebben doen

²⁸ Ook een elektronische handtekening wordt niet vereist, hetgeen aanleiding gaf tot enige discussie in de Kamer (*Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/004, 51). Het wegvallen van deze vereiste zou een vereenvoudiging kunnen inhouden, o.a. voor vakbonden, die niet langer de handtekeningen zullen moeten verzamelen van alle werknemers die zij vertegenwoordigen bij de aangifte van een schuldvordering uit arbeidsovereenkomsten (*Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/004, 52).

²⁹ Het oude art. 63, derde lid Faill.W. valt weg.

³⁰ *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 87.

overschrijven, evenals de gefailleerde worden ten minste 8 dagen voor de zitting bij gerechtsbrief bij de machtigingsprocedure opgeroepen. Ten tweede – wanneer de uitvoering reeds bezig is voorafgaand aan faillissement – bepaalt artikel 120, § 2 WER dat de gedwongen verkoop van de roerende of onroerende goederen wordt voortgezet overeenkomstig de regels van het roerend of onroerend beslag naar gelang het geval; de faillietverklaring wijzigt daar dus niets aan.

6.3. Sluiting

24. Sluiting na beslechting van alle betwistingen. Ongeacht of de betrokken schuldeisers in nuttige orde zullen komen bij de verdeling van gelden³¹, kan de sluiting pas plaatsvinden nadat alle betwistingen zijn beslecht (art. XX.171 WER). Deze bepaling oogt op het eerste gezicht weinig pragmatisch, maar strekt ertoe om duidelijkheid te scheppen over wie schuldeiser is (een hoedanigheid die o.a. bepaalt of men kan deelnemen aan de afrekeningsvergadering met de curator (art. XX.170), of een uitbetaling

kan vorderen wanneer na het faillissement nieuwe activa opduiken).

25. Kwijtschelding. De wetgever bevestigt de moderne opvatting van het faillissement als zuiveringsritueel, dat er toe strekt de debiteur fysieke persoon een “*fresh start*” te laten nemen³². Hiervoor wordt verwezen naar de bijdrage van D. Pasteger.

26. Sluiting bij gebrek aan actief. Wat voorheen de “summiere rechtspleging” was, blijft in de gekende vorm behouden, maar verloopt sneller dan voorheen (art. XX.135). De wet verduidelijkt dat de sluiting bij gebrek aan actief zelfs mogelijk is nog voor de inventaris is opgesteld. De verwijzingen naar verschoonbaarheid na raadpleging van de schuldeisers valt weg. De algemene regeling rond kwijtschelding speelt evenzeer bij deze wijze van sluiting.

27. Activa ontdekt na sluiting faillissement. Wat betreft activa die opduiken na afsluiting van het faillissement blijft tot nader order de regeling van het KB van 25 mei 1999 gelden³³.

7. RECHTEN VAN SCHULDEISERS

28. Eigendomsvoorbehoud en andere roerende zekerheden geregeld door de pandwet. De regeling rond eigendomsvoorbehoud zoals vervat in artikel 101, tweede lid Faill.W. werd reeds opgeheven door de nieuwe pandwet³⁴, die tevens een algemene toepasselijke regeling van het eigendomsvoorbehoud invoerde³⁵. De regeling van artikel XX.194 WER treedt samen met de pandwet in werking, uiterlijk op 1 januari 2018³⁶. In dezelfde zin wordt de formulering van artikel XX.113 WER (over de tegenwerpelijke aan de boedel van andere roerende zekerheden) uitgebreid teneinde rekening te houden met de nieuwe pandwet³⁷.

29. Schorsing beslagen/executie. Artikel XX.120, eerste lid WER bepaalt dat “*alle*” beslagen gelegd vóór het vonnis van faillietverklaring worden “*geschorst*”³⁸. Er wordt dus

geen onderscheid gemaakt naar de aard van de schuldeisers die het uitvoerend roerend of onroerend beslag vervolgen. Schuldeisers met een bijzonder voorrecht, hypothecaire schuldeisers. Schuldeisers met een bijzonder voorrecht of hypothecaire schuldeisers kunnen krachtens het nieuwe artikel XX.120, § 1 WER dus geen individuele daden van tenuitvoerlegging meer stellen.

De wet voorziet in onderscheiden regels rond roerend beslag (art. XX.120, derde lid WER) en onroerend beslag (art. XX.120, vierde lid WER).

Zoals hiervoor reeds uiteengezet is inzake onroerende goederen de verkoop wel mogelijk als de gedwongen executie zich reeds in een ver gevorderd stadium bevindt alsook door de eerst ingeschreven hypothecaire schuldeiser. Bij *roerend*

³¹. *Parl.St.* Kamer 2016-2017, nr. 2407/001, 96.

³². Zie H. COUSY, “Beginselen van insolventierecht: enkele beschouwingen ter inleiding in duiding” in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMANN en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars. Actuele ontwikkelingen*, Intersentia, 2006, 24.

³³. De opheffing van een wet die de rechtsgrond vormt voor een besluit ontnemt aan dat besluit nog niet zijn rechtskracht, zolang het zelf niet is opgeheven of gewijzigd, op voorwaarde dat dit besluit niet onverenigbaar is met andere bepalingen van een hoger niveau (RvS 9 juli 2002, nr. 108.981, *Santini*).

³⁴. Art. 106 wet van 11 juli 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake (*BS* 2 augustus 2013).

³⁵. P. BECUE, “De wet van 11 juli 2013 met betrekking tot de hervorming van zakelijke zekerheden op roerende goederen”, *T.Verz.* 2014, afl. 4, 374; V. SAGAERT, “Het eigendomsvoorbehoud (en retentierecht) onder de pandwet” in M. STORME (ed.), *Roerende zekerheden na de pandwet*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 34-36.

³⁶. Zie art. 76 wet van 11 augustus 2017 houdende invoering van het Boek XX (*BS* 11 september 2017).

³⁷. Art. XX.113 WER spreekt nu over “de rechten van hypotheek, van voorrecht en van roerende zekerheid”.

³⁸. Deze wijziging is echter louter terminologisch en heeft verder weinig betekenis. Dat het woord ophouden niet begrepen diende te worden in de zin van *annuleren* was immers daarvoor reeds duidelijk. Zie J. DE SMET, *Ondernemingen in moeilijkheden. Grondige analyse van de faillissementswet en de strafrechtelijke bepalingen*, Gent, Story Publishers, 2015, 106.

beslag gaat de verkoping door indien er reeds aanplakking is geweest, evenwel met mogelijkheid tot uitstel of afstel door de rechter-commissaris (art. XX.120, § 1, tweede lid WER). De separatisten kunnen verder uitvoeren vanaf het eerste pv van verificatie van de schuldvorderingen, maar de curator kan aan de rechtbank vragen de schorsing van de tenuitvoerlegging te bevelen voor maximum één jaar (art. XX.121 WER).

Ten slotte voorziet de wet nu ook in een regeling rond een bestaand beslag tegen meerdere onverdeelde mede-eigenaren waarvan slechts één failliet wordt verklaard (art. XX.120, § 2 WER)³⁹. De verkoop wordt dan beheerst door het beslagrecht (en dus niet het faillissementsrecht). Na uitbetaling van de hypothecaire en bijzonder bevoorrechte schuldeisers wordt het deel van het saldo van de verkoopopbrengst dat toekomt aan de gefailleerde, uitbetaald aan de curator.

8. AANSPRAKELIJKHEIDSVORDERINGEN

8.1. Algemeen

30. *Aansprakelijkheid vennootschapsbestuurders.* Titel VIII⁴⁰ van Boek XX WER voorziet drie gronden voor bestuurdersaansprakelijkheid naar aanleiding van een faillissement, waaronder een (formeel nieuwe) aansprakelijkheidsvordering voor “*wrongful trading*”. Waar deze regels voorheen versnipperd lagen over het vennootschapsrecht en het sociaal recht, worden de bestaande regels nu op coherente wijze gegroepeerd. Voor doeleinden van internationaal privaatrecht betreft dit dus insolventiewetgeving en behoren deze regels niet tot het vennootschapsstatuut. De aansprakelijkheidsregeling in Titel VIII is uitsluitend gericht op vennootschapsbestuurders *sensu lato* (m.n. de “*huidige of gewezen bestuurders, zaakvoerders, dagelijks bestuurders, leden van een directieraad of raad van toezicht, alsmede alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de onderneming werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad*”⁴¹). Zij geldt (uiteraard) niet voor natuurlijke personen die een activiteit als zelfstandige uitoefenen (art. XX.224 WER).

31. De insolventierechtbank is uitsluitend bevoegd om kennis te nemen van deze aansprakelijkheidsvorderingen (art. XX.228 WER)⁴².

8.2. Kennelijk grove fout

32. *Aansprakelijkheid voor kennelijk grove fout.* Niet nieuw is de bestuurdersaansprakelijkheid voor kennelijk

grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement (art. XX.225 WER). Qua voorwaarden en gevolgen stemt deze aansprakelijkheidsregeling overeen met de oude artikelen 265, 409 en 530 W.Venn.⁴³ Het betreft nog steeds het persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk verklaren van de bestuurder voor het geheel of een deel van de schulden van de onderneming ten belope van het tekort. *Ratione societatis* geldt de regeling voortaan voor alle “*ondernemingen*” – rechtspersonen, en dus niet enkel voor de CVBA, de BVBA en de NV. *Ratione personae* wordt nu ook de dagelijks bestuurder uitdrukkelijk gevisieerd⁴⁴.

33. De vrijstelling van deze aansprakelijkheid voor de bestuurders van kleine ondernemingen wordt uitgebreid naar de bestuurders van elke onderneming, dus ook die van de kleine NV⁴⁵. De criteria om te bepalen wat een “*kleine*” onderneming is worden op twee punten bijgesteld (art. XX.225, § 2 WER).

Zoals voorheen wordt als klein beschouwd de onderneming met een balanstotaal van minder dan 370.000 EUR, en een gemiddelde jaarlijkse omzet over de drie boekjaren voor het faillissement van minder dan 620.000 EUR. Voorheen was niet wettelijk bepaald hoe die laatste voorwaarde moest worden ingevuld voor ondernemingen die failliet gaan na minder dan 3 jaar activiteit. Na enige controversie (een deel van de rechtsleer oordeelde bv. dat vennootschappen die minder dan 3 jaar actief waren, nooit vrijgesteld konden worden van deze vorm van aansprakelijkheid⁴⁶) verkoos een belangrijk

³⁹ Art. XX.120, § 2 WER.

⁴⁰ Er blijkt een fout te zijn geslopen in de nummering in het wetsontwerp van 13 juli 2017. Twee titels werden als 7 genummerd.

⁴¹ Verder in de tekst gezamenlijk aangeduid als “bestuurders”. Komen nu dus ook rechtstreeks in het vizier: de leden van de directieraad en raad van toezicht, en de feitelijke bestuurders.

⁴² Indien een discussie zou rijzen over de juiste omvang of de verschuldigdheid van sociale bijdragen, bedrijfsvoorheffing of btw, zal de insolventierechtbank de betwisting naar de ter zake bevoegde rechtbank verzenden, en in afwachting de vordering naar de rol verwijzen (*Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 105).

⁴³ Zie F. HELSEN, “De aansprakelijkheid tegen bestuurders en zaakvoerders na faillissement” in X, *Faillissement & Reorganisatie*, 2017, II.G.20-57 *et seq.*; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 348-353; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 162-190.

⁴⁴ Onder de oude regeling werd het niet mogelijk geacht om dagelijks bestuurders, die geen werkelijke bestuursbevoegdheid hadden, onder dit artikel aansprakelijk te stellen (M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 163-164).

⁴⁵ Voorheen enkel voor bestuurders van de kleine BVBA en van de kleine CVBA. Voor de kleine NV bestond deze vrijstelling dus niet.

⁴⁶ Zie bv. Y. DE CORDT en M. A. DELVAUX, “La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier” in Y. DE CORDT en D. PHILIPPE, *La responsabilité des dirigeants de personnes morales*, Brussel, die Keure, 2007, 32.

deel van de rechtsleer om de werkelijk gerealiseerde cijfers te extrapoleren naar een periode van 3 jaar, en zo te bepalen of er sprake was van een kleine onderneming⁴⁷. De nieuwe wet voorziet dat in deze gevallen rekening moet worden gehouden met de gemiddelde omzet die werd gerealiseerd over “*alle boekjaren voor het faillissement*”. Wat dit concreet inhoudt is niet geheel duidelijk. Tijdens de parlementaire bespreking werd hierover enkel opgemerkt dat de bestaande regels werden behouden⁴⁸, hetgeen de indruk geeft dat de cijfers geëxtrapoleerd moeten worden naar een periode van 3 jaar. De letter van de wet draagt die interpretatie echter niet, en bepaalt dat het gemiddelde wordt berekend door de effectief gerealiseerde omzet af te zetten tegen het aantal boekjaren dat de vennootschap actief was.

Daarnaast wordt voor de VZW's en stichtingen een bijzonder criterium aangereikt. Zij worden als klein beschouwd, en genieten dus van de vrijstelling, wanneer ze een vereenvoudigde boekhouding voeren in de zin van de artikelen 17, 35 en 53 van de VZW-wet.

34. Wat het vorderingsrecht betreft, wijzigt en verfijnt artikel XX.226 WER de verhouding tussen de individuele schuldeiser en de curator⁴⁹. Zowel de curatoren als elke benadeelde schuldeiser kunnen de aansprakelijkheidsvordering voor kennelijk grove fout instellen, en dit voor de totaliteit van de vordering (dat geldt dus ook voor de schuldeiser). Een schuldeiser kan dit evenwel slechts nadat hij daartoe eerst de curator heeft aangemaand, en deze niet heeft geageerd (art. XX.225, § 3 WER). Wanneer de curator binnen de maand niet reageert of beslist de vordering niet in te stellen, kan de schuldeiser dit doen. Hij stelt de curator hiervan in kennis. De curator kan steeds tussenkomen in de door de schuldeiser ingestelde procedure, in welk geval hij geacht wordt de vordering voort te zetten als rechtsopvolger van de schuldeiser. De boedel dient dan de schuldeiser voor de door hem gemaakte uitgaven en kosten te vergoeden indien de

curator tussenkomt. Hetzelfde geldt wanneer de vordering succesvol afloopt en dus voordeel oplevert aan de boedel.

35. Ook nieuw ten slotte is de regel dat indien de verdeling tot aansprakelijkheid gegrond is op vermeerdering van het passief, er bij de uitdeling van de vergoeding geen rekening wordt gehouden met de wettige redenen van voorrang (art. XX.225, § 5 WER). De opbrengst wordt dan pondspondsgewijze verdeeld onder alle schuldeisers, wat een financiële prikkel geeft aan (grote) schuldeisers om de vordering in te stellen⁵⁰. In de mate daarentegen dat de grove fout en dus de aansprakelijkheid voor het netto-passief berust op een vermindering of afwezigheid van activa, dan worden de wettige redenen van voorrang wel gerespecteerd omdat de activa nu eenmaal het onderpand vormen van de bevoorrechte schuldeisers. Dit betekent dat rechters voortaan een bijzondere motivatie zullen moeten opnemen wat betreft de aard van de schade waarvoor zij de aansprakelijkheid voor het netto-passief uitspreken, hetgeen niet altijd evident zal zijn⁵¹.

8.3. Sociale en fiscale schulden

36. *Aansprakelijkheid bestuurders voor sociale bijdragen.* De bijzondere separate vordering van de RSZ tot vergoeding tegen bestuurders die in de 5 jaar voorafgaand aan het faillissement betrokken zijn geweest bij minstens twee faillissementen waarbij socialezekerheidsschulden onbetaald zijn gebleven, blijft behouden (art. XX.226 WER)⁵². De term “betrokken zijn geweest bij”, die onder de oude wet aanvankelijk aanleiding gaf tot discussie⁵³, blijft behouden. Voor de invulling ervan moet dus nog steeds worden teruggegrepen naar rechtspraak en rechtsleer⁵⁴.

Deze aansprakelijkheid voor socialezekerheidsschulden wordt nu wel op passende wijze afgestemd op de aansprake-

47. H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 349; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 165; Gent 16 juni 2003, *NJW* 2004, 380; Gent 19 september 2011, *TGR* 2012, 277.

48. *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 103.

49. De aangepaste regeling beoogt om individuele schuldeisers te stimuleren deze vordering uit te oefenen, nu werd vastgesteld dat curatoren soms “*weinig gemotiveerd waren om dergelijk vaak complexe vorderingen in te stellen*” (*Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 101). Voorheen bestond ook al een individueel vorderingsrecht, maar ingevolge een cassatiearrest van 10 december 2008, werd dit aanzienlijk beknot. Zie Cass. 10 december 2008, *TRV* 2012, 45 *et seq.*, noot F. PARREIN, “De allerindividueelste vordering van de allerindividueelste schade”.

50. De achterliggende logica is dat men enerzijds de gelijkheid tussen schuldeisers zoveel mogelijk wenst te bewaren, maar ze anderzijds ook wil aanspooren om deze vorderingen in te stellen (de wetgever diende vast te stellen dat “*curators soms weinig gemotiveerd waren om dergelijke vaak complexe vorderingen in te stellen*”). Bij een vermindering van de activa komt de vergoeding in de plaats van de goederen, en kan zij dus niet onttrokken worden aan de zekerheidsrechten die op deze activa rustten (*Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 101).

51. Bepaalde handelingen die een “kennelijk grove fout” kunnen uitmaken vallen niet eenvoudig te catalogeren (bv. het niet voeren van een boekhouding). Vaak wordt besloten tot een “kennelijk grove fout” op basis van een samenspel van gedragingen, tegelijkertijd nefast voor de omvang van de activa en van de passiva.

52. Zie A. VAN HOE en K. DE SMET, “Cassatie bevestigt: tijd is relatief” (noot onder Cass. 7 april 2017), *TBH* 2017, afl. 7, 753; M. DE ROECK, “Verzwaarde persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders. De programmawet 20 juli 2006”, *T.Fin.R.* 2008, 6; K. GEENS en R. TAS, “Aansprakelijkheid voor niet-betaling socialezekerheidsbijdragen” in X, *Recht in beweging 2007*, Antwerpen, Maklu, 2007, 245; B. TILLEMEN en M. VANDENBOGAERDE, “Nieuwe bestuurdersaansprakelijkheid ten aanzien van fiscus en RSZ” in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars. Actuele ontwikkelingen II*, Intersentia, 2010, 88-95.

53. Zie o.a. M. DE ROECK, “Verzwaarde persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders. De programmawet 20 juli 2006”, *T.Fin.R.* 2008, 16; K. GEENS en R. TAS, “Aansprakelijkheid voor niet-betaling socialezekerheidsbijdragen” in X, *Recht in beweging 2007*, Maklu, Antwerpen, 2007, 245.

54. Zie i.h.b. Kh. Tongeren 9 oktober 2008, *RW* 2008-09, 1057: “*Een betrokkenheid bij het faillissement impliceert de feitelijke uitoefening van bevoegdheid binnen de vennootschap die tot de aangroei van de schulden heeft geleid.*”

lijkheid voor kennelijk grove fout: enige bedragen die de RSZ zou recupereren onder de algemene aansprakelijkheidsregeling wegens “kennelijk grove fout” (art. XX.225 WER) moeten aangerekend worden op de bijzondere vergoeding van RSZ-schulden (art. XX.226, tweede lid WER). De verwarrende verwijzingen in de huidige wet naar een aansprakelijkheid voor “grove fout”, die terminologisch niet stroken met de aansprakelijkheid voor “kennelijk grove fout” worden weggelaten.

37. Aansprakelijkheid bestuurders voor btw-schulden en bedrijfsvoorheffing. In het oorspronkelijke wetsontwerp werd voorgesteld om voor de bedrijfsvoorheffing en de btw een identieke regeling aan te nemen als voor de sociale bijdragen. Uiteindelijk werd ervoor geopteerd om de bestaande regeling van artikel 442*quater* WIB 1992 en artikel 93*undecies*C van het Btw-Wetboek te behouden, mits coördinatie met de artikelen XX.225-227 WER⁵⁵. Voortaan is ook de insolventierechtbank bevoegd om kennis te nemen van de aansprakelijkheidsvorderingen voor fiscale schulden. Daarnaast wordt verduidelijkt dat de fiscus geen dubbel gebruik kan maken van deze vorderingen en de vordering voor “kennelijk grove fout”: de vergoedingen moeten op elkaar aangerekend worden.

8.4. Een nieuwe grond van bestuurders-aansprakelijkheid: *wrongful trading*

38. Bestuurdersaansprakelijkheid voor “*wrongful trading*”. Een nieuwe bepaling stelt naar buitenlands voorbeeld (bv. Engeland) bestuurders aansprakelijk voor de gevolgen van het bewust verder voeren van een reddeloos verloren onderneming. Van deze nieuwe bepaling gaat zonder twijfel ook een preventieve werking uit: bestuurders worden aangemaand om alert te zijn wanneer het slecht gaat met de onderneming.

39. Enkel de kleine VZW’s en stichtingen genieten van een vrijstelling van deze aansprakelijkheidsvorm (art. XX.227, § 4 WER) – er is geen algemene vrijstelling voor iedere kleine onderneming⁵⁶.

40. De aansprakelijkheid voor “*wrongful trading*” is onderworpen aan drie voorwaarden:

- (i) er moet sprake zijn van een faillissement, waarbij onvoldoende activa aanwezig zijn om de schulden te voldoen;

- (ii) op een gegeven ogenblik voorafgaand aan het faillissement wist of behoorde de bestuurder te weten dat er “*geen redelijk vooruitzicht*” was om de onderneming of haar activiteiten te behouden en een faillissement te vermijden. De rechter zal in twee stappen moeten redeneren. Allereerst moet een beoordeling worden gemaakt van de staat waarin de vennootschap zich bevond. De rechter mag daarbij niet verder gaan dan een marginale toetsing, vanuit een *ex ante* perspectief: de idee dat een faillissement afgewend kon worden, moet destijds al volstrekt werkelijkheidsvreemd zijn geweest. Na het aldus bepalen van het tijdstip waarop er “*geen redelijk vooruitzicht*” meer was, moet beoordeeld worden of de bestuurder kennis had van deze toestand;

- (iii) de bestuurder heeft na dat ogenblik niet gehandeld zoals een normaal voorzichtig en zorgvuldig bestuurder in dezelfde omstandigheden geplaatst. Vergelijkt men dit met de aansprakelijkheid voor kennelijk grove fout, dan kan men vaststellen dat de daar vereiste kennelijk grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement, eerder zal bestaan in gedragingen die zich situeren voordat de vennootschap zich in een (virtuele) staat van faillissement bevond. “*Wrongful trading*” situeert zich na het tijdstip waarop er “*geen redelijk vooruitzicht*” meer was en dan kan het (virtueel) faillissement reeds vaststaan. Dit onderscheid kan men echter niet al te strikt zien, juist omdat het begrip “virtueel” faillissement niet precies in de tijd te bepalen valt. Een tweede onderscheid is het ruimere foutcriterium bij “*wrongful trading*”. Niet enkel het grovelijk foutief handelen, maar iedere onvoorzichtige en onzorgvuldige handelwijze wordt gesanctioneerd onder de gestelde voorwaarden.

41. Indien deze elementen aanwezig zijn kunnen bestuurders persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor (een deel van) het tekort. Een veroordeling is facultatief en de rechter kan de omvang van de vergoeding bepalen, in functie van de omstandigheden van het concrete geval⁵⁷. Ook hier komt de vergoeding ten goede aan alle schuldeisers en wordt naar gelang de oorzaak van de vergoeding (vermindering/afwezigheid van activa dan wel vermeerdering van het passief) al dan niet rekening gehouden met de wettige redenen van voorrang (art. XX.227, § 3 WER).

Voor de invulling van deze aansprakelijkheid, en voor het bepalen van de omvang van de vergoeding, kan teruggegre-

⁵⁵ *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/006, 60 (amendement nr. 128).

⁵⁶ Dat de vrijstelling voor kleine ondernemingen hier niet speelt roept vragen op. Het valt te verwachten dat het Grondwettelijk Hof zich vroeg of laat zal uitspreken over de grondwettigheid van dit onderscheid. Tijdens de parlementaire voorbereiding werd al gealludeerd op een vernietigingsberoep (*Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 105).

⁵⁷ Wat verrassend werd tijdens de parlementaire besprekingen geopperd dat het onbezoldigd karakter van een bestuursmandaat in rekening kan worden gebracht als “verzachtende omstandigheid” (*Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/004, 58). In de rechtspraak rond bestuurdersaansprakelijkheid leidt dit criterium doorgaans niet tot een mildere beoordeling (zie M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 132).

pen worden naar de geldende rechtspraak, die de wetgever tot inspiratie strekte voor deze nieuwe aansprakelijkheidsgrond⁵⁸.

42. De wetgever heeft het niet opportuun geacht deze nieuwe vordering voor “*wrongful trading*” meteen ook aan individuele schuldeisers ter beschikking te stellen: anders

dan de vordering tot aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout, kan deze vordering uitsluitend door de curator worden uitgeoefend (art. XX.227, § 3 WER)⁵⁹. Indien de curator stiltizit (ondanks zijn verplichting om het faillissement als een goed huisvader te beheren – art. XX.132 WER), zullen individuele schuldeisers in de kou blijven staan⁶⁰.

9. BEROEPSVERBOD

43. *Algemeen.* De regeling rond het handelsrechtelijk beroepsverbod bij faillissement zoals voorheen voorzien in het KB nr. 22 blijft in herkenbare vorm behouden. Het beroepsverbod blijft rechterlijk, facultatief en tijdelijk, maar wordt voortaan opgelegd bij kennelijk grove fout, of wanneer men zonder goede reden niet de nodige medewerking verleent aan de curator of de rechter-commissaris. De regeling rond het beroepsverbod geldt niet voor de vrije beroepers (art. XX.236 WER); dit wordt overgelaten aan de bevoegde tuchtoverheden. Vonnissen waarin een beroepsverbod wordt uitgesproken worden bekend gemaakt in het *Belgisch Staatsblad* (art. XX.231, laatste lid WER). Voortaan wordt dus de nodige publiciteit gegeven aan een beroepsverbod. Het initiatief gaat uit van het openbaar ministerie of van een onbetaalde schuldeiser, die bij dagvaarding een beroepsverbod kan vorderen (art. XX.230 WER). Bij inbreuken op de medewerkingsplicht met de curatele kan de insolventierechtbank ook ambtshalve een beroepsverbod opleggen (art. XX.229, § 2 WER). De gefailleerde of gelijkgestelde partij wordt gehoord in raadkamer (art. XX.231 WER).

44. *Overzicht.* Artikel XX.229, § 1 WER voorziet ten eerste in een ondernemingsberoepsverbod (vgl. het vroegere “koopmansverbod”) voor de gefailleerde die zich schuldig maakte aan een kennelijk grove fout.

Artikel XX.229, § 2 WER voorziet dat aan gefailleerden die verzuimen hun medewerking te verlenen aan de curator⁶¹, zonder daartoe wettig verhinderd te zijn, een bestuurdersverbod opgelegd kan worden, een verbod om een functie in de zin van artikel 59 W.Venn. waar te nemen (bestuur van vestiging van een buitenlandse vennootschap), of een verbod om het beroep van effectenmakelaar of correspondenteneffectenmakelaar uit te oefenen. Een gelijkaardige regeling bestond voorheen al in het kader van het strafrechtelijk beroepsverbod⁶². Nieuw is dat nu ook de insolventierechtbank kan ingrijpen in dit soort situaties.

Artikel XX.229, § 3 WER bepaalt dat bestuurders worden gelijkgesteld met de gefailleerde rechtspersoon, en dus ook onderworpen zijn aan de artikel XX.229, § 1 en § 2 WER. Bij kennelijk grove fout kan aan bestuurders eveneens een bestuurdersverbod worden opgelegd (art. XX.229, § 4 WER).

45. *Duur.* Een beroepsverbod duurt maximaal 10 jaar, waarbij enkel in geval van artikel 229.XX, § 2 WER een minimumduur geldt, van 3 jaar (art. XX.229, § 5 WER)⁶³. Er wordt in de mogelijkheid voorzien om (voor een termijn van 3 jaar) een voorwaardelijk beroepsverbod uit te spreken, of de uitspraak op te schorten (art. XX.229, § 6 WER).

⁵⁸. *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 105. Zie bv. Bergen, 3 maart 2008, *JDSC* 2010, 102, noot; Bergen 18 mei 2006, *JLMB* 2007/4, 472; Brussel 15 november 2007, *JLMB* 2009, 305 (het onredelijk verderzetten van een verlieslatende activiteit zonder enige maatregel te nemen om de verliezen tegen te gaan); Luik 11 mei 2001, *JT* 2002, 194 (voortzetting van een activiteit waarvoor men de middelen niet heeft); Luik 13 januari 2004, *DAOR* 2005, 144; Gent 24 oktober 2005, *TRV* 2005, 473 (financieren verlieslatende activiteit door niet betalen sociale en fiscale lasten); Kh. Tongeren 13 januari 2005, *DAOR* 2005, 82; Gent 24 oktober 2005, *TRV* 2005, 473 (onredelijke voortzetting verlieslatende activiteit zonder boekhouding te voeren); Gent 6 september 2010, *TGR-TWVR* 2011, 207 (onredelijk verderzetten deficitaire activiteit met miskennis belangen schuldeisers); Luik 18 december 2014, *JLMB* 2016, 274 (combinatie negeren dwangbevelen btw-administratie, uitkeren dividenden ondanks virtueel faillissement en nalaten om alarmbelprocedure op te starten).

⁵⁹. De wetgever acht het onwenselijk 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*” (*Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 105).

⁶⁰. Net zoals voor de faillissementspauliana wordt hier dus wettelijk voorzien in een vorm dwangvertegenwoordiging van de schuldeisers door de curator (vgl. Cass. 13 maart 2015, C.14.0415.N, beschikbaar via www.cass.be).

⁶¹. De wettekst verwijst naar de verplichtingen gesteld bij art. XX.18 WER. Dit lijkt een schrijffout te zijn. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat het art. XX.146 WER wordt beoogd (*Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/004).

⁶². Zie art. 1, eerste lid, g) KB nr. 22.

⁶³. Dit ligt in lijn met de strafrechtelijke regeling van art.1, eerste lid, g) KB nr. 22.