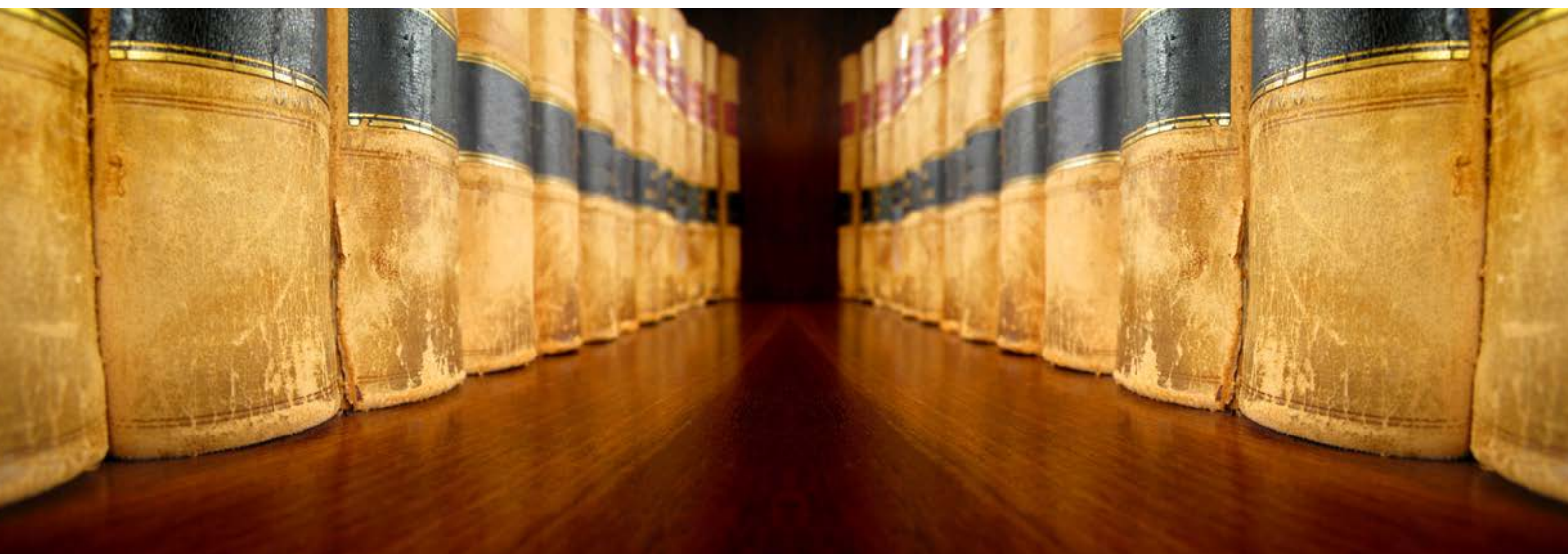


# Een nieuwe lente in Bestuurdersaansprakelijkheid

*Het nieuwe Belgische ondernemings-, insolventie- en vennootschapsrecht vanuit het oogpunt van een D&O-verzekeraar*



Het nieuwe Ondernemingsrecht in ruime zin heeft al de nodige media-aandacht gehad. Vooral de beperking/cap van de aansprakelijkheid van bestuurders roept in de verzekeringswereld heel wat vragen op. De hervorming van minister Geens lijkt een verhaal van zalven en slaan te zijn. Wat met de rechterhand wordt gegeven wordt met de linkerhand teruggenomen.

De hervormingen creëren nieuwe aansprakelijkheidsregels en/of nieuwe toepassingsgebieden van aansprakelijkheidsgronden. Hierna trachten we in te schatten wat de impact is op de

de aansprakelijkheid van bestuurders van ondernemingen in de nieuwe betekenis (dus

Inclusief vzw's, maatschappijen...). En vooral de weerslag op de verzekering en de verzekerbaarheid ervan.

## de nieuwe lente

waar staat elk onderdeel van de hervorming

het nieuwe  
ondernemings-  
recht

15 april 2018: goedkeuring door de kamer van het Wetsontwerp Hervorming Ondernemingsrecht

1 mei 2018: invoeging van Boek XX in het Wetboek van Economisch Recht is 'live' gegaan

het nieuwe  
insolventie-  
recht

het nieuwe  
vennootschaps-  
recht

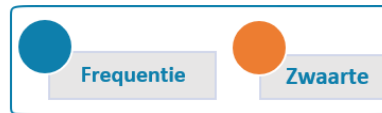
22 mei 2018: Wetsontwerp door de ministerraad goedgekeurd

In de volgende hoofdstukken ga ik na of de verschillende aspecten van de hervorming een verhoging inhouden op het vlak van **Frequentie** en **Zwaarte** van de D&O schadeclaims.

Kunnen we meer claims verwachten? Of moeten we voor elk van de schadegevallen ervan uitgaan dat ze een gemiddeld hogere potentiële financiële impact hebben.

David Preneel

## "Wrongful Trading"



In het nieuwe boek XX Wetboek economisch Recht wordt het concept van 'Wrongful Trading'-aansprakelijkheid ingevoegd. De curator en andere schuldeisers krijgen de mogelijkheid om een schade-eis in te stellen tegen bestuurders "wegens het kennelijk onredelijk verderzetten van een verlieslatende activiteit".

Dit is een bevestiging van de rechtspraak. Dit zijn typische schadegevallen naar aanleiding van een faillissement: een claim wordt ingesteld tegen de bestuurder, die net voor het faillissement in naam van de vennootschap contracten heeft afgesloten. En dit terwijl hij of zij wist of zou moeten weten dat de vennootschap deze contracten nooit zou kunnen naleven.

Als dusdanig is deze nieuwe grondslag van bestuurdersaansprakelijkheid niet nieuw, maar het geeft de schadelijgende partijen wel een stevige spreekwoordelijke stok om de eveneens spreekwoordelijke hond mee te slaan.

### Impact-legende

Vanuit het oogpunt van de D&O-verzekeraar, heeft de hervorming een negatieve impact op de Frequentie of Zwaarte van de schadegevallen

*zeker niet*



*eerder niet*



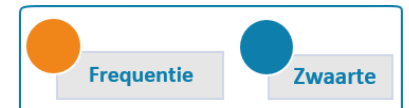
*eerder wel*



*zeker wel*



## Stimulans voor de curatoren om bestuurders te vervolgen<sup>(1)</sup>



In een recent Koninklijk Besluit wordt de bezoldiging van insolventiefunctionarissen aangepast. Voordien konden curatoren hun kosten aanrekenen en werd hun

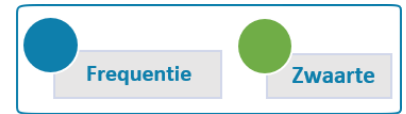
verloning bepaald door een coëfficiënt toe te passen op de boedel. Vanaf nu vervalt de mogelijkheid om kosten door te rekenen, maar wordt de coëfficiënt verhoogd. Dit zou

wel eens de curatoren kunnen motiveren om een D&O-claim in te stellen, om op die manier de boedel te vergroten. Weliswaar moet de rechtbank nog zijn fiat geven.

(1) Dit aspect, zoals zoveel andere elementen uit dit schrijven, is geïnspireerd door de blog [corporatefinancelab.org](http://corporatefinancelab.org)



# Een bovengrens aan de aansprakelijkheid van bestuurders



Verschillende spelers in het politiek-juridische landschap hebben het instellen van een bovengrens (de zogenaamde 'cap') aan de aansprakelijkheid van bestuurders al veroordeeld. Het zou aanzetten tot roekeloos gedrag van de vennootschapsbestuurder [1]. Vraag is of dit inderdaad zal bijdragen tot een betere 'corporate governance'.

Als entrepreneur kan ik alleen maar toejuichen dat het ondernemerschap wordt ondersteund met dergelijke maatregel. Ook zijn D&O-verzekeringen er net om bestuurders de ruimte te geven om beleidsbeslissingen te nemen, zonder steeds om te moeten kijken om te zien of de belangen van alle stakeholders wel degelijk behartigd werden. Binnen bepaalde grenzen natuurlijk.

Voor en tegenstanders dus. Concreet houdt het ontwerp van nieuw vennootschapsrecht een beperking van aansprakelijkheid in. Ergens tussen 125.000 EUR en 12M EUR, afhankelijk van de grootte van de onderneming. Als dusdanig houdt het zeker een zeer effectieve maatregel in om de Zwaarte van het D&O-risico onder controle te houden. Ook op Frequentie-vlak zouden deze bovengrenzen een positieve impact moeten/kunnen hebben.

Immers, vanuit proces-economische overwegingen stelt zich de vraag of het nog loont om tijd en moeite te steken in het lastigvallen van een bestuurder als de 'Return On Investment' beperkt blijft.

Het wetsontwerp zou mede ingegeven zijn door 'het onverzekerbaar zijn' van D&O. Het lijkt me duidelijk dat de wetgever zijn oor niet te luisteren heeft gelegd bij de D&O-verzekeraars. Enkel de *Parabel van het Verdronken Kalf* speelt hier: een vennootschap op zoek naar een D&O-dekking op het moment dat duidelijk is dat het faillissement onafwendbaar is, zal moeilijk nog een verzekeraar bereid vinden. Vandaar mijn pleidooi om dergelijke verzekering af te sluiten in betere tijden.

Anders gesteld: als de aansprakelijkheid dan toch wordt beperkt, waarom nog een D&O-polis afsluiten? Of slechts met een verzekerde limiet ter hoogte van de toepasselijke cap. Mijns inziens zal deze bovengrens een vals gevoel van veiligheid creëren. Enerzijds zijn er in het wetsontwerp beperkingen ingebouwd en zijn anderzijds lang niet alle financiële gevolgen van een D&O-claim gedekt. Bovendien zijn er nog een aantal onduidelijkheden:

## de cap creëert een vals gevoel van veiligheid

- De cap zou één globale limiet zijn voor alle bestuurders samen. Onduidelijk is of dit in alle situaties het geval zal zijn. Denken we bijvoorbeeld aan een schade-eis tegelijkertijd ingesteld tegen de bestuurders van een moedervernootschap en de bestuurders van een dochtervernootschap. Of wat gebeurt er als een claim wordt ingediend - wat zeer vaak voorvalt - tegen de bestuurders en de vennootschap tezamen.
- Ook onduidelijk is of de beperking ook geldt voor de gedelegeerd bestuurder die tevens andere taken uitoefent, en dus zowel het petje van werkgever als dat van bestuurder draagt.

[1] Zie onder meer de opinie van Rudy De Leeuw (ABVV) in Trends (<http://trends.knack.be/economie/beleid/hervorming-vennootschapsrecht-beloont-roekeloos-ondernemersgedrag/article-opinion-968547.html>) of Bernard Thuysbaert (Deminor) in De Standaard van 20 maart 2018

- Duidelijk is dat de bovengrens onder andere niet van toepassing zal zijn op de bijzondere faillissementsaansprakelijkheid.
- Deze limitering is enkel van toepassing op schadevergoedingen, en houdt dus geen rekening met de kosten van verdediging en van procesvoering. In de

schadestatistieken van D&O verzekeraars maken deze kosten een zeer belangrijk aandeel uit, zeker als u weet dat de helft van alle schadegevallen strafrechtelijk van aard zijn. De meeste schades blijven dus beperkt tot verdedigingskosten, die weliswaar aanzienlijk kunnen zijn. Voor KMO's en vzw's is dit zelfs een nog groter relatief

aandeel dan voor beursgenoteerde multinationals.

- Tot slot stelt zich de vraag of deze Belgische wet ook van toepassing is op bestuurders van filialen in het buitenland, of mandaten van Belgische bestuurders in buitenlandse vennootschappen.

## Uitbreiding toepassingsgebied insolventierecht



De faillissementsaansprakelijkheid is zopas verhuisd vanuit de Vennootschapswet naar het Wetboek Economisch Recht. Samen met het nieuwe Ondernemingsrecht zorgt dit ervoor dat niet langer alleen vennootschappen failliet kunnen gaan, maar elke "onderneming". Het nieuwe concept van onderneming houdt niet alleen vennoot-

schappen in, maar ook vzw's, stichtingen, VOF's, maatschappen en zelfs elke zelfstandige.

Voornamelijk voor grotere vzw's zou dit een verzwaaring van het D&O-risico kunnen inhouden. Voor de kleine vzw's (net zoals voor alle andere ondernemingen) zijn niet alle rechtsgronden (zoals 'wrongful trading') van toepassing.

Ook maatschappen lopen nu het risico failliet te gaan en hun bestuurders het risico ervoor te moeten opdraaien. Door hun gebrek aan rechtspersoonlijkheid zijn de mogelijkheden tot verzekering van de bestuurders beperkt.



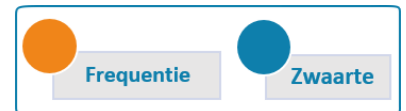
## Vrijwaring niet langer mogelijk

Het nieuwe wetsontwerp van vennootschapsrecht zou niet meer toelaten dat een vrijwarings- of exoneratie-overeenkomst wordt afgesloten tussen de bestuurders enerzijds en de (moeder) vennootschap anderzijds. Met andere woorden: deze partijen kunnen dus niet meer afspreken dat de vennootschap nooit een claim zal instellen tegen de bestuurder. Of in het geval van vrijwaring: de financiële

gevolgen van een D&O-claim voor zijn rekening zal nemen. Wat mij betreft is dit nog steeds een van de belangrijkste methodes om - minstens intern - een bestuursfout niet te laten ontploffen in het gezicht van de bestuurder en zo de financiële en emotionele gevolgen van vermeende bestuursfouten onder controle te houden. Dit geldt des te meer voor werknemers van de moedervennootschap, die als

bestuurder in een filiaal mogen opdraven.

Voor verzekeraars heeft dit aspect weinig impact. In een D&O-polis wordt nu ook al de vennootschap - via de dekking 'company reimbursement' - vergoed, wanneer die zijn bestuurder heeft gevrijwaard. Voor de individuele bestuurder is dit vanzelfsprekend wel negatief, minstens voor de kosten die de cap overstijgen.

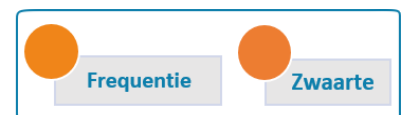


## Nieuwe Vennootschapsrecht toepasselijk op vzw's

Zoals hiervoor vermeld zijn bestuurders van vzw's nu ook onderworpen aan het faillissementsrecht, maar er staat nog meer te veranderen voor hen. Immers het ontwerp van nieuwe Vennootschapswet zou deze laatste uitbreiden tot alle

verenigingen en stichtingen. Dit zou onder meer als gevolg hebben dat dezelfde aansprakelijkheidsgronden van toepassing zullen zijn als voor vennootschappen (voordien enkel artikel 1382 BW), dat oprichters-aansprakelijkheid

ook voor oprichters van vzw's zal gelden, dat bestuurders van vzw's nu ook hoofdelijk aansprakelijk zullen zijn voor alle bestuursdaden, enzovoort... Dit overstijgt wat mij betreft duidelijk de spreekwoordelijke stok.



## Conclusie

Mijn persoonlijke conclusie is dat de aangekondigde cap op de aansprakelijkheid van bestuurders een maat voor niets lijkt te worden. Door eenvoudig een optelsom te maken van de impact van elk van de hogervermelde hervormingen, kunnen we besluiten dat we zowel of vlak van Frequentie als op vlak van Zwaarte een statusquo zullen ondervinden in de schadestatistiek voor

bedrijfsleiders van KMO's. Voor andere 'nieuwe' vormen van ondernemingen - en zeker vzw's - zou dit eerder een negatieve impact kunnen hebben op het D&O-risico. Een verdere professionalisering van de raden van bestuur in vzw's lijkt me een must. Daaronder begrepen de overdracht van het risico Bestuurdersaansprakelijkheid naar de verzekeringsmarkt<sup>[1]</sup>.

Uit hetgeen voorafgaat, zal u het met mij eens zijn dat het niet zo verstandig is de verzekerde bedragen in D&O te beperken tot de aangekondigde caps. Wat meer is: de D&O-verzekering zal nog meer dan ooit zijn nut kunnen bewijzen, nu de belangrijkste techniek om de financiële impact van een D&O-claim te vermijden/beperken niet meer mogelijk zal zijn.

<sup>[1]</sup> Zie hierover ook het artikel van Prof. Marleen Deneef op <https://www.linkedin.com/pulse/ook-voor-vzws-vanaf-1-mei-2018-toepassing-van-de-wet-more-deneef/?published=t>. Haar analyse geeft aan dat het hier gaat over 'oude wijn in nieuwe zakken': ook voordien was er al voldoende grondslag voor D&O-claims. Ze belicht daarnaast voornamelijk de positieve aspecten van de hervorming.