

mentswet, thans artikel XX.99 Wetboek economisch recht op de datum waarop de vennootschap op duurzame wijze heeft opgehouden te betalen en haar krediet is geschokt.

5. De strafrechter mag bij die beoordeling rekening houden met een belastingschuld waarvan de verschuldigdheid door de vennootschap al dan niet in het kader van een gerechtelijke procedure wordt betwist, indien die betwisting niet ernstig is.

In zoverre het middel uitgaat van een andere rechtsopvatting, faalt het naar recht.

6. Het arrest oordeelt met overname van de redenen van het beroepen vonnis dat er gelet op de opgebouwde btw- en vennootschapsbelastingsschuld op 6 april 2012 sprake was van duurzame staking van betaling en geschokt krediet en dat het feit dat deze belastingsschulden tegen beter weten in werden betwist en dat er pas een einduitspraak was in 2015, niet belet dat de werkelijke toestand van de opgebouwde schulden reeds in 2012 bestond. Aldus geeft het te kennen dat de betwisting over die belastingsschuld van de vennootschap niet ernstig was.

7. Met deze redenen, die geen miskenning inhouden van eisers recht op hoger beroep of zijn recht van verdediging, beantwoordt het arrest het bedoelde verweer en is de schuldigverklaring van de eiser aan het feit van de telastlegging B.6 naar recht verantwoord.

In zoverre kan het middel niet worden aangenomen.

#### *Tweede middel*

8. Het middel voert schending aan van artikel 149 Grondwet, de artikelen 2 en 1138 Gerechtelijk Wetboek en de artikelen 1319, 1320 en 1322 Burgerlijk Wetboek: het arrest oordeelt dat de verweerster niet de hoofdsom mag vorderen omdat deze het passief van het faillissement niet laat toemen, maar wel de boeten en de interesten; aldus oordeelt het *ultra petita*; wanneer het de hoofdsom afwijst, kon het enkel nog de boeten toestaan.

9. Het middel dat betrekking heeft op de beslissing op de burgerlijke rechtsvordering van de verweerster, waartegen het cassatieberoep niet ontvankelijk is, behoeft geen antwoord.

#### *Ambtshalve onderzoek*

10. De substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen zijn in acht genomen en de beslissing is overeenkomstig de wet gewezen.

#### *Dictum*

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiser tot de kosten.

Bepaalt de kosten op 127,60 euro.

### Noot

#### ***Too little too late volgens het Hof van Cassatie: veroordeling wegens “laattijdige aangifte van faillissement” zelfs mogelijk bij hangende procedures van schuldbetwisting***

*Patrick WAETERINCKX<sup>1</sup> en Julie PETERSEN<sup>2</sup>*

1. Al van oudsher wilde de wetgever vermijden dat ondernemingen in moeilijkheden de maatschappelijke orde zouden verstoren. Immers zouden zulke ondernemingen “*de economische positie van schuldeisers bedreigen, de werkgelegenheid in gevaar brengen en veel kosten voor de overheid veroorzaken*”.<sup>3</sup> Het niet tijdig neerleggen van de boeken is dan ook strafbaar gesteld onder artikel 489bis, 4° Sw. Bijgevolg kan hij die zich in staat van faillissement bevindt, dat faillissement maar beter tijdig aangeven. Het arrest van het Hof van Cassatie van 27 oktober 2020 (P.20.0622.N) illustreert dit glashelder.

Om te bepalen of de boeken tijdig worden neergelegd, is het accuraat bepalen van het tijdstip van de staat van faillisse-

ment (als één van de twee materiële bestanddelen van het misdrijf onder art. 489bis, 4° Sw.) cruciaal.

2. Alvorens kort in te gaan op het oordeel van het Hof van Cassatie in deze concrete zaak overlopen we nog eens kort de vier constitutieve bestanddelen van het misdrijf van de laattijdige aangifte van het faillissement zoals geregeld onder artikel 489bis, 4° Sw.

3. De *dader* is een onderneming zoals bedoeld onder artikel I.1, eerste lid, 1° WER of de bestuurder in rechte of in feite van de onderneming (art. 489bis, eerste lid Sw. *jo.* art. 489 Sw.). In zijn courante betekenis is een bestuurder

<sup>1</sup>. Advocaat balie Antwerpen en Gent, praktijklector strafprocesrecht Vrije Universiteit Brussel, geregistreerd faude-auditor.

<sup>2</sup>. Advocaat balie Antwerpen.

<sup>3</sup>. *Parl.St.* Kamer, BZ 1991-92, nr. 631/1.

een persoon die in volle onafhankelijkheid daden van beheer en directie stelt. Het verschil tussen de bestuurder in rechte en in feite is dan ook dat deze laatste niet bekleed is met enig mandaat of functie binnen de rechtspersoon maar wel handelt alsof hij dat is.<sup>4</sup>

Op het niveau van het ouderschap geldt bijgevolg een *wettelijke toerekening* aan de bestuurder in rechte of in feite van de gefailleerde rechtspersoon. Wie niet over die hoedanigheid beschikt kan niet strafrechtelijk verantwoordelijk worden gesteld onder voorbehoud van de regels van de deelneming.<sup>5</sup> Omgekeerd impliceert het *louter* beschikken over de vereiste hoedanigheid niet *ipso facto* het bewijs van schuld van de bestuurder. Het is uiteraard primordiaal dat er een persoonlijke fout wordt vastgesteld.<sup>6</sup>

Bij de beoordeling van de hoedanigheid van de dader is de reële feitelijke context determinerend. Dit impliceert *in casu* dat de rechter vanuit de feiten moet zoeken naar de perso(n)en(en) die de handelingen van een bestuurder in werkelijkheid uitvoerende(n).<sup>7</sup>

4. Er zijn verder twee materiële bestanddelen. Het *eerste* materieel bestanddeel is de staat van faillissement. Krachtens artikel XX.90 WER is er sprake van deze “toestand van faillissement” als de schuldenaar enerzijds op duurzame wijze heeft opgehouden te betalen én<sup>8</sup> anderzijds zijn krediet is geschokt.

De vervulling van deze twee voorwaarden en de datum waarop deze twee voorwaarden zijn vervuld, worden *in concreto* en *autonoom* beoordeeld door de rechter.<sup>9</sup> Die vrijheid van de strafrechter om dit tijdstip autonoom te bepalen zal

verder overigens eens te meer blijken uit het hier bondig geannoteerde cassatiearrest van 27 oktober 2020.

Die rechterlijke beoordeling kan wel begrensd zijn eens de ondernemingsrechtbank of het hof van beroep de staat van faillissement heeft vastgesteld bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing waarbij de beklaagde partij was, hetzij persoonlijk, hetzij als vertegenwoordiger van de gefailleerde onderneming.<sup>10</sup> In dat geval kan de strafrechter aan dit gegeven niet meer tornen. Zijn autonomie blijft echter steeds onaangetast wat betreft het vrij kunnen bepalen van het tijdstip van staking van betaling en geschokt krediet. Op dat punt is hij nooit gebonden aan wat de ondernemingsrechtbank eerder in dezelfde zaak eventueel besliste i.v.m. het tijdstip van de staat van het faillissement omdat het doel van de strafvordering verschillend is van de procedure die voor de ondernemingsrechtbank wordt gevoerd.<sup>11</sup>

Het *tweede* materieel bestanddeel omvat het verzuim om tijdig aangifte te doen van het faillissement ter griffie van de bevoegde rechtbank. Tijdig betekent binnen een maand nadat de schuldenaar zich in een staat van faillissement bevindt (*cf.* art. XX.102, eerste lid WER<sup>12</sup>). Het misdrijf van niet-aangifte van faillissement, zijnde een aflopend misdrijf, zal dan ook voltooid zijn op het ogenblik van het verstrijken van deze periode van een maand. Dat men er nadien nog zou in slagen alsnog de schulden te betalen doet hieraan geen afbreuk.<sup>13</sup>

5. Tot slot vereist de wet als moreel bestanddeel een *gans bijzonder opzet*, nl. de intentie om de uitspraak van het faillissement uit te stellen. De rechter leidt deze intentie af uit daaraan voorafgaande, daarmee samengaande en daaropvol-

4. P. MONVILLE en A. VERHOUSTRATEN, *La responsabilité pénale de l'homme de paille: pas de quoi en faire tout un foin?*, Limal, Anthémis, 2021, 93-96; B. GILLARD, *Misbruik van vennootschapsgoederen*, Brussel, Larcier, 2017, nrs. 126-169, i.h.b. nrs. 146-158; P. WAETERINCKX, *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon en zijn leidinggevers*, Antwerpen, Intersentia, 2015, nr. 47 (vn. 172).

5. I.v.m. de corrigerende werking van strafbare deelneming op de wettelijke en conventionele toerekening, zie P. WAETERINCKX, *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon en zijn leidinggevers*, Antwerpen, Intersentia, 2015, nrs. 36-41.

6. P. WAETERINCKX, *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon en zijn leidinggevers*, Antwerpen, Intersentia, 2015, nr. 21. Dit beginsel van individuele verantwoordelijkheid wordt in de Franse Code pénal expliciet uitgedrukt onder art. 121-1: “Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait.” Het is ook de bedoeling dit op te nemen in het nieuwe Belgische Strafwetboek dat de wetgever in voorbereiding heeft (*Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-1011/001 – wetsvoorstel tot instelling van een nieuw Strafwetboek (Boek 1 en Boek 2), p. 59-58 pdf-versie op [www.dekamer.be](http://www.dekamer.be) en *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-0417/001 – wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek (Boek 1 en Boek 2), p. 72-73 en J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH, m.m.v. J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Brugge, die Keure, 2016, 72).

7. Concl. M. DE SWAEF bij Cass. 10 mei 2005, P.04.1693.N, *RABG* 2006, 117; zie ook Cass. 19 november 2008, P.08.1047.F, *Pas.* 2008, I, p. 2608; Cass. 22 januari 2007, *Dr.pén.entr.* 2009, 53, noot C.-E. CLESSE, “L'administrateur et le gérant de société: mandataires de l'employeur”; Corr. Brussel 26 mei 2010, *RDPC* 2011, 211-215; Gent 28 januari 2011, *TMR* 2011, 481 en *TMR* 2012, 156, noot.

8. Cumulatief dus! Over het relatief onderscheid tussen beide onder meer in strafzaken, zie J.-P. SPREUTELS en J. MESSINE, “Questions spéciales de droit pénal” in *L'entreprise en difficulté*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau, 1981, p. 438.

9. Cass. 21 februari 2012, P.11.1368.N. *Cf.* ook H. DE WULF en P. TRAEST, “Aspecten van gemeen- en strafrechtelijke schuldeisersbescherming bij herstructureren” in X, *Insolventierecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 118.

10. Art. 489*quater* Sw. Deze regel geldt niet bij ontbinding en vereffening uitgesproken door een handelsgerecht dat geen staat van faillissement vaststelt. In dat geval kan de strafrechter die dient te oordelen over art. 489*bis* Sw. (ook 489 en 489*ter* Sw.) autonoom vaststellen of de staat van faillissement bestaat, en zo ja, sinds wanneer (Cass. 23 juni 2015, P.14.0784.N).

11. Cass. 14 april 1975, *Pas.* 1975, I, p. 796; Cass. 24 januari 1995, *Pas.* 1995, I, nr. 36; Gent 14 april 2018, C.510.2018, *onuitg.* geciteerd door F. DES-TERBECK, *Het misdrijf en faillissement*, Antwerpen, Intersentia, 2020, nr. 87; I. VEROUGSTRAETE *et al.*, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Kluwer 2019, nr. 2071.

12. “De schuldenaar is verplicht, binnen een maand nadat hij heeft opgehouden te betalen, daarvan aangifte te doen ter griffie van de bevoegde rechtbank.” Vóór 1 mei 2018: art. 9 Faill. W.: “De koopman is verplicht, binnen een maand nadat hij heeft opgehouden te betalen, daarvan aangifte te doen ter griffie van de bevoegde rechtbank. Deze bepaling is niet van toepassing op de schuldenaar.”

13. Cass. 3 juni 2015, P.14.0834.F.

gende feiten.<sup>14</sup> Het niet of niet tijdig aangeven van het faillissement wegens een foutieve inschatting is daardoor geen misdrijf omdat de gedraging niet gesteld is met het vereiste oogmerk.<sup>15</sup>

6. Voor een uitgebreider studie van de constitutieve bestanddelen van dit misdrijf verwijzen we de lezer naar de rechtsleer ter zake.<sup>16</sup> In deze korte noot is het verder enkel de betrachting een illustratie mee te geven van een *in concreto*-beoordeling van de staat van faillissement.

7. Eiser in cassatie (verder eiser) werd vervolgd voor valsheid in geschriften en gebruik, niet tijdig aangeven van het faillissement en het niet tijdig aangeven van een boekhouding. Daarnaast had hij kort voor het faillissement ontslag genomen als zaakvoerder en twee stromannen aangesteld om hem te helpen ontsnappen aan zijn verantwoordelijkheden.<sup>17</sup> De goede trouw waarop eiser zich beriep werd dan ook niet aanvaard door de appelrechters.

De appelrechters<sup>18</sup> stelden verder soeverein in de feiten vast dat eiser zich *jarenlang* schuldig had gemaakt aan de verkoop van eten en drank zonder daarop de verschuldigde btw aan te geven en door te storten. Gelet op de systematiek en omvang van de fraude waren de appelrechters van oordeel dat deze feiten met het vereiste bedrieglijk opzet waren gepleegd. Wat het tijdstip van het faillissement betreft oordeelden de appelrechters in navolging van de eerste rechter dat er door de opgebouwde btw- en vennootschapsbelastingsschuld *al* sprake was van duurzame staking van betaling en geschokt krediet op 6 april 2012.

Het feit dat eiser die belastingschuld betwistte en daarover pas een einduitspraak was in 2015, verhinderde volgens de appelrechters niet dat de werkelijke toestand van opgebouwde schuld reeds bestond in 2012.

Finaal toetsten de appelrechters ook nog aan het daderschaps criterium en oordeelden zij dat eiser steeds feitelijk zaakvoerder was gebleven.

8. Eiser tekende tegen het arrest van het hof van beroep van Brussel cassatieberoep aan omdat naar zijn oordeel voorgaande motivering van de appelrechters dermate vaag, summier en van algemene aard was dat het de beslissing niet kon verantwoorden. Daarbij refereert eiser bij de geschon-

den bepalingen aan artikelen 149 Gw., 176 Sw., 375 WIB 1992 en 1385*undecies* Ger.W.

Van deze laatste artikelen oordeelde het Hof van Cassatie terecht dat zij vreemd zijn aan de aangevoerde grief. Bij lezing van het middel valt immers meteen op dat eiser geen schending van de wet opwierp, maar een motiveringsgebrek dat valt onder de toepassing van artikel 149 Gw. en artikel 195, tweede lid Sv. *jo.* 211 Sv.

9. Daarna beoordeelt het Hof van Cassatie of de motivering van de appelrechters effectief dermate vaag, summier en van algemene aard was dat zij de beslissing niet kon schragen die het misdrijf onder artikel 489*bis*, 4° Sw. bewezen acht.

10. Vooreerst benadrukt het Hof van Cassatie nog eens de regel dat de feitenrechter de datum dient te bepalen waarop de vennootschap zich in staat van faillissement bevindt. Daarbij wordt opgemerkt dat die staat een staking van betaling én een geschokt krediet vereist.

De overweging “*indien op dat punt verweer wordt gevoerd*” sluit aan bij de feiten van de zaak waarop het Hof van Cassatie vermocht acht te slaan en waarbij de datum van staking van betaling werd betwist door eiser. Echter zijn wij van mening dat de feitenrechter steeds het tijdstip zal moeten bepalen waarop de staat van faillissement bestond, ook als daarover geen specifiek verweer wordt gevoerd omdat de feitenrechter finaal de datum waarop het misdrijf werd gepleegd moet vastleggen.

11. Vervolgens keurt het Hof van Cassatie de feitelijke overweging van de appelrechters goed waarbij zij bij de beoordeling van de staat van faillissement rekening houden met een betwiste belastingschuld als die betwisting niet ernstig is.

Wat een “niet ernstige betwisting” inhoudt wordt niet verder beschreven. In elk geval is dat een in essentie feitelijke beoordeling die principieel valt buiten de cassatiecontrole.

Verder menen wij dat dergelijke overweging vooral relevant kan zijn in zoverre, zoals in deze zaak het geval was, de strafrechter niet alleen een zicht heeft op de betwistingsprocedure, maar ook op het eindresultaat ervan op het ogenblik dat

<sup>14</sup>. Cass. 3 juni 2015, P.14.0834.F.

<sup>15</sup>. Gent 24 december 2013, *RW* 2014-15, afl. 4, 148.

<sup>16</sup>. Cf. o.a. J. SPREUTELS, F. ROGGEN, E.-R. FRANCE, J.-P. COLLIN, *Droit pénal des affaires*, Brussel, Larcier, 2021, 1431-1434; A. DE NAUW en F. DERUYCK, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, nr. 555; F. DETERBECK, *Het misdrijf en faillissement*, Antwerpen, Intersentia, 2020, nrs. 81-88; A. DE NAUW en F. KUTY, *Manuel de droit pénal spécial*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018, nrs. 1106-1109; F. VAN VOLSEM, “Misdrijven die verband houden met insolventie” in M. DE BUSSCHER, J. MEESE, D. VAN DER KELEN en J. VERBIST, *Duiding strafrecht*, Brussel, Larcier, 2018, 697-700; C. DE VALKENEER, “Des infractions liées à l’état de faillite” in H.D. BOSLY ET AL. (eds.), *Les infractions contre les biens*, vol. I, 2de ed., Brussel, Larcier, 2016, 224-226; I. VEROUGSTRAETE *et al.*, *Manuel de l’insolvabilité de l’entreprise*, Kluwer 2019, p. 1501-1560.

<sup>17</sup>. De appelrechters hadden vastgesteld dat de aanstelling van de “zaakvoerders” inging tegen de economische logica omdat de vennootschap op het moment van de overnamen volstrekt waardeloos was en uitsluitend schulden had. Voor een grondige analyse van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de stroman, cf. P. MONVILLE en A. VERHOUSTRAETEN, *La responsabilité pénale de l’homme de paille: pas de quoi en faire tout un foin?*, Limal, Anthemis, 2021, 91-119 en *TBH* 2020, afl. 8, 1003-1018.

<sup>18</sup>. Brussel 18 mei 2020, 2018 VJ11 611, *onuitg.*

hij moet oordelen over de staat van faillissement. Dergelijk oordeel is o.i. dan weer heel wat deliquer wanneer de fiscale betwisting nog hangende is. Gedacht kan worden aan de hypothese waarin een beklaagde wordt vervolgd voor faillissementsmisdrijven zonder de ermee mogelijks gerelateerde fiscale misdrijven, en het Openbaar Ministerie ter motivering van de staat van faillissement steunt op opgebouwde belastingschulden terwijl die laatste nog het voorwerp van betwisting zijn. Strikt juridisch gezien verhindert zulks niet dat het Openbaar Ministerie nog steeds zou kunnen aanvoeren en trachten te onderbouwen dat het fiscale geschil niet ernstig is. Maar als dit het enige argument is, dan begeeft het zich toch op glad (beter dun) ijs qua bewijsvoering i.v.m. het vereiste van de staking van betaling. Bij een nog lopende betwisting zal het allicht toch moeilijker zijn de rechter te overtuigen dat de betwisting niet ernstig is, tenzij in zeer duidelijke gevallen.

**12.** Ten slotte overweegt het Hof van Cassatie dat de appelrechters in de gegeven feitelijke omstandigheden waarop het Hof vermag acht te slaan, konden oordelen dat:

*“er gelet op de opgebouwde btw- en vennootschapsbelastingsschuld op 6 april 2012 sprake was van duurzame staking van betaling en geschokt krediet en dat het feit dat deze belastingschulden tegen beter weten in werden betwist en dat er pas een einduitspraak was in 2015, niet belet dat de werkelijke toestand van de opgebouwde schulden reeds in 2012 bestond. Aldus geeft het te kennen dat de betwisting over die belastingschuld van de vennootschap niet ernstig was”.*

**13.** De les hieruit voor de gefailleerde is dat de betwisting van een schuld niet noodzakelijkerwijze een reden is waarom de staat van faillissement niet kan vervuld zijn. Overigens, is het al te vermetel te denken dat het voeren van een niet ernstige fiscale betwisting, een indicatie voor de strafrechter kan zijn dat men handelde met het bijzonder opzet om het faillissement uit te stellen ...? De strafrechter kan immers dit bijzonder opzet afleiden uit dezelfde feitelijke omstandigheden dan deze waaruit hij het materieel bestanddeel afleidt.<sup>19</sup>

<sup>19</sup> Cass. 13 maart 2012, P.11.1426.N.