



KATHOLIEKE UNIVERSITEIT LEUVEN
FACULTEIT RECHTSGELEERDHEID
Academiejaar 2014 – 2015

**VERPLICHTINGEN VAN HET BESTUUR
BIJ NAKENDE INSOLVABILITEIT**

WELKE GRENZEN AAN DE BETALINGSVRIJHEID IN DE SCHEMERZONE?

Promotor: Prof. dr. J. VANANROYE
Begeleider: A. NAERT

Masterscriptie, ingediend door
A. SUYKENS
bij het eindexamen voor de graad van
MASTER IN DE RECHTEN



KATHOLIEKE UNIVERSITEIT LEUVEN
FACULTEIT RECHTSGELEERDHEID
Academiejaar 2014 – 2015

**VERPLICHTINGEN VAN HET BESTUUR
BIJ NAKENDE INSOLVABILITEIT**

WELKE GRENZEN AAN DE BETALINGSVRIJHEID IN DE SCHEMERZONE?

Promotor: Prof. dr. J. VANANROYE
Begeleider: A. NAERT

Masterscriptie, ingediend door
A. SUYKENS
bij het eindexamen voor de graad van
MASTER IN DE RECHTEN

SAMENVATTING

Deze masterscriptie focust zich op de vennootschappelijke relaties in financiële noodtoestanden. De bestuurders staan, naast de algemene vergadering, als hoofdrolspelers op de bühne vermits zij het beleid van een vennootschap uitstippelen. Er zal worden onderzocht in welke mate onze wettelijke regeling deze ‘gezaghebbers’ verplicht om met de verschillende schuldeisers en hun belangen rekening te houden op het moment dat de onderneming financieel in moeilijk vaarwater verkeert. In het bijzonder zullen we dieper ingaan op het selectief betalen van schuldeisers. De handelingen van een bestuurder zullen bij een nakende insolventie vaak beredderende kenmerken vertonen. Gevoelsmatig lijkt het voor hen nogal spijtig om de resterende activa bij een uiteindelijk faillissement aan een curator over te laten. Daarnaast zal hij aan de ene kant de druk voelen van aandeelhouders om activa uit de vennootschap te onttrekken en aan de andere kant de luidkeelse roep van enkele gewichtige schuldeisers, zoals de bank(en). In deze schemerperiode zal hij dan ook misschien geneigd zijn te proberen om deze gelden of goederen naar zichzelf, een aandeelhouder, een bevriende derde of een verbonden vennootschap door te sluizen.

Aangezien dergelijke vermogensonttrekkende of rangdoorbrekende handelingen schadelijk kunnen zijn voor (sommige) schuldeisers doordat zij zich niet meer kunnen beroepen op de weggenomen activa om hun vorderingen te voldoen, is dit natuurlijk niet zonder meer geoorloofd. Indien deze ongeoorloofd zijn, zullen de aansprakelijkheidsvorderingen die voortvloeien uit de kennelijk grove fout of de onrechtmatige daad de schadelijke gevolgen proberen te herstellen. De invulling van deze kennelijk grove fout of de algemene zorgvuldigheidnorm blijkt echter te onduidelijk. Om een andere en duidelijkere invulling van de kennelijk grove fout en het begrip *Bonus Pater Familias* teweeg te brengen, zal er een beroep worden gedaan op de actio pauliana. De aansprakelijkheidsvorderingen zullen hierdoor enkel succesvol kunnen zijn, wanneer de vorderingen voldoen aan de materiële en subjectieve voorwaarden van de pauliana. Door deze duidelijkere norm hebben we een draaiboek kunnen opstellen met daarin *ex ante* richtlijnen die aangeven welke weg de bestuurder dient te bewandelen aangaande de drie scenario’s van schuldeiserbenadeling. De richtlijnen komen trouwens alle betrokken partijen ten goede. Enerzijds weten bestuurders beter wat ze al dan niet kunnen doen bij een nakende insolventie, anderzijds zullen rechters zich minder terughoudend opstellen en een schending van de verbeterde norm sneller opmerken. Verder zal het ook leiden tot een meer rechtvaardige behandeling van de schuldeisersbelangen.

DANKWOORD

Een masterscriptie zou allerminst een perfect geheel vormen zonder een dankwoord. Hierbij wil ik iedereen hartelijk bedanken die ertoe heeft bijgedragen om dit eindwerk tot een goed einde te brengen.

Allereerst mijn promotor, Prof. J. VANANROYE, die met zijn enthousiasme en hulpvaardigheid vele malen klaar stond om mij een heel eind op weg te helpen en me steeds in de goede richting te wijzen.

Vervolgens zou ik ook graag mijn begeleider, de heer A. NAERT, willen bedanken om op al mijn vragen te antwoorden en er steeds over te waken dat ik de beginselen en de algemene theorie van mijn rechtsdomein niet uit het oog verloor.

Bovendien wil ik graag Prof. D. BRULOOT bedanken, die ik naar aanleiding van mijn masterscriptie heb leren kennen. Hij mag zeker niet ontbreken in deze lijst omwille van zijn hulp en de vele interessante artikels die hij me bezorgde. Naast het opsporen van euvels in mijn masterproef, gaf hij mij ook stof tot nadenken door enkele rake denkvragen te stellen.

Verder dank ik in het bijzonder mijn vriendin, Ine, die mij steeds aanmoedigde om door te zetten wanneer het even wat minder vlot ging. Daarenboven heeft ze met plezier menig taalfout uit mijn masterscriptie gehaald.

Tenslotte een woordje van dank aan mijn ouders die mij hebben laten uitgroeien tot de persoon die ik nu ben, mede dankzij hun vele jaren steun en eindeloos geduld.

INHOUDSOPGAVE

INLEIDING	1
1. ONDERNEMING EN RISICO	3
<i>1.1. De onderneming in moeilijkheden: het vennootschapsbelang.....</i>	<i>3</i>
1.1.1. Schuldeisersbelangen beïnvloeden het vennootschapsbelang (procedureel)	4
1.1.2. Schuldeisersbelangen beïnvloeden het vennootschapsbelang (inhoudelijk).....	4
<i>1.2. Bijkomende risico's voor schuldeisers bij een vennootschap.....</i>	<i>7</i>
1.2.1. Beperkte aansprakelijkheid	7
1.2.2. Het afgescheiden vermogen	8
1.2.3. De risico's voor de schuldeisers.....	9
1.2.4. Risico's minimaliseren: schuldeisersbescherming.....	11
2. SELECTIEVE BETALINGEN: (ON)GEOORLOOFD?	14
<i>2.1. Selectieve betalingen: what's in a name?</i>	<i>14</i>
<i>2.2 Enkele situaties</i>	<i>17</i>
2.2.1. Persoonlijke borgstelling als bestuurder	17
2.2.2. Één enkele schuldeiser in de kou laten staan	17
2.2.3. Winstuitkeringen en bezoldiging	17
2.2.3.1. Bezoldiging.....	18
2.2.3.2. Winstuitkeringen	19
<i>2.3 De klok terugdraaien: ex-post mechanismen.....</i>	<i>22</i>
2.3.1 Gewone bestuursfout.....	22
2.3.2 Onrechtmatige daad.....	24
2.3.3. Kennelijk grove fout.....	26
2.3.4. Actio pauliana	28
2.3.4.1. Grondslag: de onrechtmatige daad	29

2.3.4.2. Voorwaarden	30
2.3.4.3. Artikelen 17-18 Faillissementswet	34
<i>2.4. Pauliaanse onrechtmatige daadsvordering</i>	<i>35</i>
2.4.1. Beperkingen van de actio pauliana.....	35
2.4.2. Beperkingen van vorderingen gebaseerd op de algemene zorgvuldigheid	37
2.4.2.1. De beoordelingscriteria.....	38
2.4.2.2. De marginale toetsing	39
2.4.3. Demystificatie wegens de pauliaanse onrechtmatige daadsvordering	40
2.4.3.1. Inleiding.....	40
2.4.3.2. Het betalen van een niet-opeisbare schuld	43
2.4.3.3. Het betalen van een opeisbare schuld.....	44
2.4.3.4. Handelingen vermomd als selectieve betalingen.....	45
2.4.3.5. Verhoogde kans op aansprakelijkheid naargelang de begunstigde	46
2.4.3.6. Het ultieme verweer: bedrijfseconomische redenen.....	47
2.4.3.7. De impact van de staking van betaling	49
2.4.3.8. Tussenbesluit	51
2.4.4. De concrete invulling door de rechtspraak.....	52
2.4.4.1. Het onbetaald laten van een specifieke schuldeiser.....	52
2.4.4.2. Vrijwel uitsluitend (feitelijk) verbonden vennootschappen bevoordelen.....	53
2.4.4.3. Zichzelf bevoordelen	57
2.4.4.4. Verweer	60
2.4.4.5. Tussenbesluit	62
<i>2.5 Doelstelling: het vermijden van bange of roekeloze bestuurders</i>	<i>63</i>
3. RICHTLIJNEN: VAN EERSTE INSOLVABILITEITSTEKENEN TOT FAILLISEMENT	65
3.1. Inleiding	65

3.2. <i>Eerste tekenen van insolventie</i>	65
3.2.1 Deugdelijk en actueel overzicht van de financiële toestand.....	65
3.2.2. Gedetailleerde en correcte verantwoordingsstukken.....	66
3.2.3. Onderzoek wie de (feitelijke) bestuurders in de onderneming zijn	66
3.3. <i>Reddingsfase</i>	67
3.3.1. Externe hulp	67
3.3.2. Herstelmaatregelen.....	67
3.3.2.1. Concrete herstelmaatregelen en de opvolging ervan	67
3.3.2.2. Belangenconflicten	68
3.3.2.3. Invloed op stakeholders, in het bijzonder de schuldeisers.....	68
3.3.2.4. Naleving van wettelijke voorschriften.....	70
3.3.2.5. Transparantie	71
3.4. <i>Staking van betaling</i>	72
3.4.1. Faillissementsaangifte	72
3.4.2. Het voortzetten van de deficitaire vennootschap	72
3.5. <i>Faillissement</i>	74
3.5.1. Bedrijfseconomische redenen	74
3.5.2. Kwijting.....	74
3.5.3. Non-participatie en ontslag	75
CONCLUSIE	76
BIBLIOGRAFIE	Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.

INLEIDING

1. Vennootschappen, in het bijzonder kapitaalvennootschappen, zijn de laatste tijd alleen maar in aantal vermeerderd en stonden inzake ontwikkeling zeker niet stil. Naast grote ondernemingen met internationale takken, gebruiken ook KMO's en particulieren steeds meer deze vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid om het ondernemingsrisico tot een minimum te herleiden. Risicovol handelen, dat inherent is aan het ondernemen, wordt dus aangemoedigd door het feit dat bestuurders in ons rechtssysteem slechts beperkt aansprakelijk zijn. Een schaduwkant aan dit verhaal is het risico dat wordt overgedragen van de aandeelhouders naar de schuldeisers van de onderneming als bestuurders het te bont maken bij een nakende insolventie. Zo zijn er heel wat wettelijke bepalingen en rechtspraak te vinden omtrent het beschermen van dergelijke crediteuren.

2. De grens tussen een degelijke schuldeisersbescherming en de beperkte aansprakelijkheid leidde in het verleden al tot hoogoplopende discussies. Deze tweestrijd komt het meest tot uiting wanneer de onderneming in slechte papieren zit of op haar weg ernaartoe is. Op het supranationale niveau wordt er ook aandacht geschonken aan het belang en de bescherming van de schuldeisers. Vroeger leken de kapitaalbeschermingsregels uit de Tweede Richtlijn voldoende als waarborg, maar aangezien een dergelijke structuur enkele onvolmaaktheden in zich draagt, kijkt Europa vooral in de richting van de zorgvuldigheidsplicht van een bestuurder en de regels omtrent *Wrongful Trading*.¹ Daarnaast heeft de kredietcrisis ervoor gezorgd dat deze regels, gezien het hoge aantal faillissementen en ondernemingen in moeilijkheden, opnieuw zeer actueel zijn geworden. Men kan dit tevens opmerken uit de hoeveelheid gepubliceerde rechtsleer en rechtspraak de laatste jaren. Deze evoluties, zowel maatschappelijk als economisch gezien, en het groeiend aantal kapitaalvennootschappen maken dat de problematiek omtrent de rechten en verplichtingen van bestuurders bij nakende insolventie zeer belangrijk is. Op dit eigenste moment is het voor vele bestuurders te onduidelijk hoe een normaal voorzichtig en redelijke bestuurder in hun situatie zou handelen. Het is dus aangewezen om de rol van de bestuurder binnen een in financiële moeilijkheden verkerende onderneming onder het vergrootglas te leggen.

¹ In deze masterscriptie zal de nadruk op de algemene zorgvuldigheidsplicht liggen; P. DAVIES, "Directors' creditor-regarding duties in respect of trading decisions taken in the vicinity of insolvency", EBOR 2006, 310.

3. Deze masterscriptie heeft in het bijzonder tot doel helderheid te scheppen voor bestuurders inzake het betalen van bepaalde schuldeisers bij een nakende insolventie. De overkoepelende onderzoeksvraag luidt: “Welke grenzen zijn er aan de betalingsvrijheid van een bestuurder om een deficitaire onderneming, die nog niet reddeloos verloren is, te beheren met betrekking tot eventuele betalingen aan *insiders* of schuldeisers (de zogenaamde *twilight zone*)?”. Een eerste subvraag die we stellen is de volgende: “Wat is de huidige regeling in België omtrent de bestuursaansprakelijkheid voor het uitvoeren van (vermomde) rangdoorbrekende handelingen?”. Een tweede subvraag behelst het volgende: “Kan de huidige regeling inzake de invulling van de (kennelijk grove) fout worden geoptimaliseerd door het gebruik van de materiële en subjectieve voorwaarden van de *actio pauliana*?”. Een laatste belangrijke subvraag in deze masterscriptie is: “Kunnen de vrijheden van het bestuur betreffende het beheren van een onderneming met financiële problemen en de grenzen ervan in een draaiboek voor het vennootschapsbestuur worden gegoten?”. Dit onderzoek zal de klassieke juridische onderzoeksmethode aanwenden, namelijk de relevante rechtspraak, rechtsleer en wetgeving zullen nader worden onderzocht en kritisch bekeken aan de hand van de recente ontwikkelingen. In eerste instantie zullen de bestaande wettelijke voorschriften in kaart worden gebracht. Daarnaast wordt onderzocht hoe de norm bij de meest geschikte aansprakelijkheidsvorderingen, zoals de kennelijk grove fout of de onrechtmatige daad, door middel van de *actio pauliana* wordt verduidelijkt. Vervolgens wordt bij het raadplegen van de rechtspraak gekeken naar de rechterlijke visie over deze voorschriften. Finaal zullen er *ex ante* richtlijnen worden opgesteld die voortvloeien uit de duidelijkere norm en de analyse van de rechtspraak.

Ter afbakening zal mijn onderzoek zich toespitsen op de volkomen rechtspersonen, waar voornamelijk de naamloze vennootschap aan bod zal komen, mits enkele aanvullingen waar nodig voor de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BVBA). Een tweede afbakening vloeit voort uit het feit dat de relatie tussen de vennootschap, haar bestuurders en de vennootschapsschuldeisers van naderbij zal bekeken worden. De relatie met de aandeelhouders wordt dusdanig buiten beschouwing gelaten. Mijn masterscriptie zal vervolgens enkel situaties behandelen waarin de schuldenaar uiteindelijk een negatief eigen vermogen heeft, waardoor schuldeisers hun vorderingen niet meer volledig terugbetaald zien. Deze masterscriptie zal enkel focussen op de relevantie van handelingen juist voor het moment dat het faillissement onvermijdelijk is. Hierdoor wordt het onrechtmatig voortzetten van een onderneming grotendeels buiten beschouwing gelaten en zullen bijvoorbeeld de artikelen 96 en 138 Wetboek Vennootschappen niet worden behandeld.

1. Onderneming en risico

1.1. De onderneming in moeilijkheden: het vennootschapsbelang

4. Bestuurders hebben steeds de taak om elke handeling die zij in het kader van hun functie stellen in het belang van de vennootschap te verrichten. Waarom? De activa en passiva van de onderneming vormen een eigen op zichzelf staand vermogen, los van het eigen vermogen van de aandeelhouders en bestuurders.² Hierdoor kunnen zij niet vrij beschikken over activa van de rechtspersoon als ware het voor eigen rekening, want als bestuurder treedt men op als vertegenwoordiger van de rechtspersoon.³ Omtrent de inhoudelijke invulling van het vennootschapsbelang heerst veel onduidelijkheid.⁴ Waarover alleszins geen enkele twijfel bestaat is dat de belangen van (toekomstige) aandeelhouders zijn vertegenwoordigd, gezien zij beslissen over de benoeming dan wel het ontslag van de bestuurders.

Of de belangen van huidige en toekomstige schuldeisers hieronder dienen te worden begrepen is onderwerp van menig discussie.⁵ We zullen zien dat een bestuurder de belangen van de schuldeisers, zeker bij financiële moeilijkheden, in het achterhoofd dient te houden.⁶ Hoe zwaar deze schuldeisersbelangen uiteindelijk doorwegen op het gemoed van de bestuurder, laten we in deze masterscriptie onbeantwoord, maar van essentieel belang is dat het er wel degelijk bij hoort.⁷ Een recent cassatie-arrest over de rechtvaardiging van overdrachtsbeperkingen, waarbij het Hof van Cassatie oordeelde dat het vennootschapsbelang enkel en alleen wordt “*bepaald door het collectief winstbelang van haar huidige en toekomstige aandeelhouders*”⁸ kan dus niet gevolgd worden.⁹ De invulling van het vennootschapsbelang met aandacht voor de schuldeisers vormt trouwens geen unicum in de rechtswereld. In buitenlandse rechtsstelsels, zoals in het

² J. VANANROYE, “Ook de enige vennoot heeft altijd gezelschap”, *TRV* 2014, nr. 1.

³ W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 141 e.v.

⁴ K. GEENS en M. WYCKAERT, *Algemeen deel – de vennootschap*, Mechelen, Kluwer, 2011, nr. 144, 260-262.

⁵ Affirmatief: ⁵ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheeußen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 137-138, nr. 25. Negatief: A. FRANÇOIS, *Vennootschapsbelang*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 435-440.

⁶ I. CORBISIER, “Pour une nouvelle dimension contractuelle et une personnalité morale non obligatoire en droit des sociétés”, *Rapport aux XIVèmes Journées d’études juridiques Jean Dabin*, Louvain-la-Neuve, UCL, 1992, 15, nr. 9.

⁷ Zie ook M. DELIERNEUX en Y. STEMPIERWSKY, “Le banquier et l’entreprise en difficulté: quelques réflexions relatives à la restructuration de la dette et à la renégociation des contrats”, in X, *Mélanges Jean Pardon*, Brussel, Bruylant, 1996, 225-227.

⁸ M. WYCKAERT en F. PARREIN, “Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid?” In K. GEENS, *Vennootschaps- en financieel recht: Themis (65)*, Brugge, die Keure 2011, 22 e.v.; Voor een andere visie, zie A. FRANÇOIS, *Vennootschapsbelang*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 435-440.

⁹ Cass. 28 november 2013, *TRV* 2014, 286.

⁹ J. VANANROYE, “Ook de enige vennoot heeft altijd gezelschap”, *TRV* 2014, 425.

Verenigd Koninkrijk, dienen bestuurders bij tekenen van financiële problemen de belangen van de aandeelhouders opzij te schuiven voor die van de vennootschapsschuldeisers.¹⁰ De hierna volgende uiteenzetting zal duidelijk maken dat een bestuurder wel degelijk rekening dient te houden met de vennootschapsschuldeisers: schuldeisers ondergaan immers ernstige benadeling als de vennootschap zich in haar eigen ‘vermogensvoet’ schiet, aangezien de vennootschapsschuldeisers zich enkel kunnen beroepen op het afgescheiden vermogen van de vennootschap (zie *infra*, randnummer 8).¹¹

1.1.1. Schuldeisersbelangen beïnvloeden het vennootschapsbelang (procedureel)

5. Procedureel kan men afleiden uit de vorderingsmogelijkheden van schuldeisers om bestuurders bij een (dreigende) insolventie in het gareel te houden dat schuldeisers wel degelijk het vennootschapsbelang beïnvloeden: “*Wo Recht ist, ist eine Abhilfe*”.¹² Dit bekomt men door instrumenten, zoals de actio pauliana, aansprakelijkheidsvorderingen wegens benadeling van het vennootschapsvermogen (zoals art. 1382 BW of art. 530 W.Venn.) en zijdelingse vorderingen, waarbij men onrechtstreeks een bescherming van het eigen schuldeisersbelang verkrijgt.¹³

1.1.2. Schuldeisersbelangen beïnvloeden het vennootschapsbelang (inhoudelijk)

6. Naast een procedurele uitwerking, wordt er ook inhoudelijk invulling gegeven aan de vertegenwoordiging van de schuldeisers in het vennootschapsbelang.¹⁴ Als bestuurders de beslissing nemen om hun onderneming ondanks aanslepende financiële problemen verder te zetten, kan het netto-passief proportioneel veel groter zijn bij een uiteindelijk te lang uitgestelde insolventieprocedure. Deze handelingswijze, indien ze kennelijk onrechtmatig is, kan leiden tot

¹⁰ M. WYCKAERT en F. PARREIN, “Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid?” In K. GEENS, *Vennootschaps- en financieel recht: Themis (65)*, Brugge, die Keure 2011, 23; West Mercia Safetywear Ltd v Dodd, [1988] BCLC, 250; Colin Gwyer & Associates v London Wharf (Limehouse) Ltd [2002] All ER (D), 226, nr. 74: “Where a company is insolvent or of doubtful solvency or on the verge of insolvency and it is the creditors’ money which is at risk the directors, when carrying out their duty to the company must consider the interests of the creditors as paramount and take those into account when exercising their discretion”; P.L. DAVIES, *Gower and Davies’ Principles of Modern Company Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 372-373; M. OLAERTS, *Vennootschappelijke beleidsbepaling in geval van financiële moeilijkheden; de positie van bestuurders en aandeelhouders*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 231-232.

¹¹ Voor een overzicht, zie J. VANANROYE, “Father knows best: zijn dwingende regels omtrent het aantal leden in een vennootschap of een huwelijk verantwoord?”, TRV 2013, 67, nr. 18; M. WYCKAERT en F. PARREIN, “Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid?” In K. GEENS, *Vennootschaps- en financieel recht: Themis (65)*, Brugge, die Keure 2011, 22 e.v.

¹² Waar recht is, is een geruststelling (Ubi remedium, ibi beneficium); J. VANANROYE, “Ook de enige vennoot heeft altijd gezelschap”, TRV 2014, nr. 2.

¹³ J. VANANROYE, “Ook de enige vennoot heeft altijd gezelschap”, TRV 2014, nr. 2.

¹⁴ J. VANANROYE, “Ook de enige vennoot heeft altijd gezelschap”, TRV 2014, nr. 3.

een aansprakelijkheidsvordering door de curator, waarbij hij collectief de schuldeisersbelangen verdedigt. Deze vordering is niet ten voordele van de aandeelhouders, vermits zij op het einde van de rit evenveel hadden gekregen als bij een tijdige faillissementsaanvraag: nihil. Wie hier wel baat bij heeft zijn de vennootschapsschuldeisers. Hun benadeling zal in de mate van het mogelijke worden hersteld. In een dergelijke situatie is er zelfs sprake van een belangenconflict.¹⁵ Enerzijds willen de aandeelhouders en bestuurders nog zoveel mogelijk voordeel, voornamelijk in de vorm van geld, verkrijgen uit de verlieslatende vennootschap. Anderzijds willen de schuldeisers hun vorderingen uitbetaald zien.

Zelfs wanneer insolvabiliteit nog lang niet in zicht is, worden deze schuldeisers beschermd tegen bepaalde handelingen die allesbehalve het vennootschapsbelang behartigen.¹⁶ Men kan bijvoorbeeld denken aan het verkopen van goederen aan een te lage prijs. Bedrog of een wetenschap van benadeling, zoals bij de *actio pauliana*, is hier geenszins vereist.¹⁷ Bovendien wordt het vennootschapsbelang gekleurd door schuldeisers in een éénpersoons-BVBA. Als een zaakvoerder (en tevens enige aandeelhouder) van een dergelijke vennootschap goederen aan zeer gunstige voorwaarden verkoopt aan zichzelf, waardoor dit uiteindelijk nadelig uitdraait voor de vennootschap, kan hij veroordeeld worden tot vergoeding van de schade die volgt uit zijn persoonlijk onrechtmatig verkregen voordeel (zie art. 261 W.Venn.). Bijkomend zou dit zelfs kunnen leiden tot misbruik van vennootschapsgoederen (art. 492*bis* Sw.).¹⁸ Deze creatie zou zich dus, passend verwoord door professor VANANROYE, “als een monster van Frankenstein tegen haar schepper keren”.¹⁹ Kortom: De wetgever heeft in het artikel 492*bis* Sw. (omtrent het misbruik van vennootschapsgoederen) bijgevolg geen *lapsus linguae* begaan door te verwijzen naar “*zijn schuldeisers en vennoten*”.²⁰

¹⁵ Schuldeiserbelang, aandeelhoudersbelang, het maatschappelijk belang in het algemeen,...; In Nederland heeft L. TIMMERMAN hierover een onderzoek verricht: L. TIMMERMAN, “Maatschappelijke verandering, rechtspersoon en aansprakelijkheid” in J.H. NIEUWENHUIS, *Recht van verandering. Bijdragen aan het symposium Recht en verandering, gehouden op 25 maart 1999, georganiseerd door het Centrum voor Recht, Bestuur en Samenleving*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 1999, 59-70.

¹⁶ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 140-141, nr. 28.

¹⁷ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 140-141, nr. 28.

¹⁸ B. TILLEMEN en Ph. TRAEEST, “Misbruik van vennootschapsgoederen”, in X, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Intersentia, Antwerpen, 2006, 955, nr. 25.

¹⁹ J. VANANROYE, “Ook de enige vennoot heeft altijd gezelschap”, *TRV* 2014, nr. 3.

²⁰ B. TILLEMEN en Ph. TRAEEST, “Misbruik van vennootschapsgoederen” in X, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 955.

Bij de eerste tekenen van ernstige financiële problemen veranderen de regels van het spel compleet, doordat men als bestuurders rekening dient te houden met het feit dat rechters, curatoren én schuldeisers elke stap die ze hebben ondernomen onder de loep zullen nemen. In de aanloop naar een mogelijk faillissement is het voor bestuurders dan ook een moeilijke afweging tussen het kiezen voor herstelmaatregelen en het aanvragen van een faillissementsprocedure. De verplichtingen van het bestuur aan de vennootschap, schuldeisers, alsook aan de maatschappij leggen zijn optreden als vertegenwoordiger van de vennootschap grotendeels aan banden. De wereld van ondernemen kan niet louter winstgericht en amoreel zijn. Er dient ook met andere belangen rekening worden gehouden, zoals deze van de schuldeisers. Een deficitaire onderneming koste wat het kost in stand houden, ook al is het faillissement klaarblijkelijk onafwendbaar, is nefast voor de betrokkenen en de economie. Of zoals M. WYCKAERT het perfect verwoordt: “*Eén rotte appel in de mand maakt al het gave fruit te schand*”.²¹

²¹ M. WYCKAERT en F. PARREIN, “Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid?” In K. GEENS, *Vennootschaps- en financieel recht: Themis (65)*, Brugge, die Keure 2011, 1-36.

1.2. Bijkomende risico's voor schuldeisers bij een vennootschap

1.2.1. Beperkte aansprakelijkheid

7. Waarom kiest men voor een vennootschap met volkomen rechtspersoonlijkheid als ondernemingsvorm? Een van de redenen, die een dergelijke kapitaalvennootschap zo aantrekkelijk maakt, is het principe van de beperkte aansprakelijkheid.²² Als een natuurlijke persoon een fout maakt, kan men de schade onmiddellijk verhalen op hem. Indien er een fout is begaan door een bestuurder in het kader van zijn mandaat wordt deze steeds toegerekend aan de vennootschap. De natuurlijke persoon achter de vennootschap is in beginsel niet aansprakelijk. Men moet niet op zoek gaan naar het schuldige orgaan, want het is perfect mogelijk dat de vennootschap collectief een fout begaat zonder dat men die fout op één of andere manier kan toerekenen aan een orgaan van de vennootschap.²³ Het werkt in de ene richting (is er een fout begaan door het orgaan in het kader van zijn mandaat dan is het automatisch een fout van de vennootschap), maar het werkt echter niet noodzakelijk in de andere richting (het is niet omdat de vennootschap een fout heeft begaan dat men meteen een orgaan moet vinden dat ook een fout heeft begaan).

Inzake contractuele fouten geldt bijvoorbeeld de leer van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent.²⁴ De raad van bestuur heeft namens de vennootschap een contract gesloten en door een beslissing van de raad van bestuur wordt dit contract slecht uitgevoerd. De derde kan de vennootschap aanspreken, maar hij zal de bestuurders niet kunnen aanspreken.²⁵ Daarnaast zullen de regels omtrent de samenloop en co-existentie buitencontractuele vorderingen van contractuele schuldeisers verhinderen indien de schade louter contractueel is.²⁶

Voor schuldeisers waarbij de band tussen hen en de rechtspersoon onvrijwillig is ontstaan, is de beperkte aansprakelijkheid evenwel veel minder vanzelfsprekend, waardoor enige relativering op zijn plaats is.²⁷ Een onrechtmatige daad zal slechts tot aansprakelijkheid van de

²² J. VANANROYE en L. MARIËN, "Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht" in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 130-134, nrs. 17-21.

²³ Zie hierover het werk van S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 531 p.

²⁴ J. Vananroye en L. Mariën, "Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht" in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 132-133, nr. 19.

²⁵ Art. 61 W.Venn.

²⁶ Merk wel op dat deze quasi-immuniteit onbestaande is bij precontractuele fouten, aangezien dit buitencontractuele fouten betreft: Cass. 20 juni 2005, *TBH* 2006, 416.

²⁷ H. HANSMANN en R. KRAAKMAN, "The essential role of organizational law", *Yale L.J.* 2000, 431.

vennootschap leiden als een materieel criterium vervuld is. De vennootschap heeft een fout begaan en hierdoor is schade veroorzaakt. Dit is anders bij contractuele schulden, waar slechts een formeel criterium is vereist: de overeenkomst is al dan niet in naam van de vennootschap aangegaan.²⁸ Bovendien is een buitencontractuele aansprakelijkheid geenszins beperkt tot de rechtspersoon maar geldt deze ook voor de personen die de schade veroorzaakt hebben, ook al traden zij op in naam van en/of voor rekening van de rechtspersoon.²⁹ Tenslotte verhindert de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent en de regels van de samenloop de buitencontractuele schuldeisers niet om hun schade te verhalen op de bestuurders.³⁰ In hoofdstuk 2 zal worden besproken op welke manier de beperkte aansprakelijkheid van bestuurders in het gedrang zal komen wat betreft het selectief betalen van bepaalde schuldeisers of andere vergelijkbare handelingen.³¹

1.2.2. Het afgescheiden vermogen

8. Een andere drijfveer is het afgescheiden vermogen van het rechtssubject. Dit beginsel zorgt ervoor dat investeerders hun middelen kunnen samenbrengen om samen te ondernemen zonder dat de vennootschapsschuldeisers zich kunnen verhalen op hun persoonlijk vermogen, want het vermogen van de rechtspersoon en die van de aandeelhouders/bestuurders zijn in beginsel volledig gescheiden. De vennootschap staat in beginsel op zichzelf als persoon in het rechtsverkeer (een eigen rechtspersoonlijkheid), los van diegenen die het besturen: “*The corporate veil*”. Enerzijds zijn de aandeelhouders geen eigenaar van de vennootschapsactiva, omdat de rechtspersoon zelf een zelfstandige drager van rechten en verplichtingen is. Ze wekken enkel deze schijn van eigenaarschap op doordat ze de beslissingen nemen via een stemrecht in de algemene vergadering of via de aanstelling van een bestuurder en recht hebben op de voordelen die voortvloeien uit de vermogensrechtelijke handelingen.³² Hieruit volgt dat aandeelhouders eigenlijk enkel eigenaar zijn van zakelijke rechten op de vennootschapsaandelen.³³ Anderzijds zijn de bestuurders slechts de voorlopige beheerders die,

²⁸ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, *TPR* 2004, 753 e.v.

²⁹ Cass. 20 juni 2005, *TBH* 2006, 416.

³⁰ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheeußen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 133-134, nr. 20.

³¹ Zie *infra*, randnummer 12 e.v.

³² J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheeußen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 130-131, nr. 17.

³³ Lidmaatschaps- en vermogensrechten; J. HEENEN, “Nature des droits de l’associé sur l’actif d’une société commerciale avant et après la dissolution”, *RCJB* 1953, 293, nr. 3.

tenzij ze tevens ook aandeelhouders zijn of persoonlijk aansprakelijk worden bevonden, zelf op geen enkel moment iets bijdragen aan het vermogen van de vennootschap. Dit blijkt vooral bij contractuele schulden, waarbij de bestuurder in beginsel ontsnapt aan het voldoen van de vennootschapsschuld zolang de bestuurder in naam van die vennootschap handelt.³⁴

De rechtspersoonlijkheid fungeert zodus als een ijzeren gordijn tussen de natuurlijke persoon die het bestuur van een vermogen en/of het gerechtigd zijn tot de economische waarde aan de ene zijde voor zich nemen en aan de andere zijde de rechtspersoon die de werkelijke eigenaar is van de vermogensbestanddelen.³⁵ De vermogensafschieding zorgt er ook voor dat de persoonlijke schuldeisers van de aandeelhouders geen beroep kunnen doen op het vennootschapsvermogen.³⁶

1.2.3. De risico's voor de schuldeisers

9. De beperkte aansprakelijkheid van de bestuurders en het afgescheiden vermogen van een vennootschap kunnen evenwel leiden tot grote(re) risico's voor schuldeisers. Als men handelt met een natuurlijke persoon, zal deze zich in beginsel ook verarmen wanneer hij de schuldeisers verarmt.³⁷ Een rechtspersoon daarentegen is een hersenloos 'persoon': het heeft anderen nodig om beheerd te worden.³⁸ Ondanks dat men dus de volledige controle uitoefent over deze rechtspersoon, zijn deze vermogensbeheerders³⁹ door de beperkte aansprakelijkheid en het afgescheiden vermogen in principe maar gehouden tot het verlies van hun aandelenwaarde of van hun bezoldiging.⁴⁰ Zolang de vennootschap financieel gezond is, zullen de risico's (lees:

³⁴ J. Vananroye en L. Mariën, "Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht" in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 132-133, nr. 19.

³⁵ Sterk benadrukt door het *Trennungsprinzip*, zie W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Band 1, Teil 2: Die juristische Person: 1./2.*, Berlin, Springer, 1983, 31 e.v.; J. VANANROYE en L. MARIËN, "Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht" in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 131-132, nr. 18.

³⁶ Enkel de aandelen zelf kunnen tot onderpand strekken; J. VANANROYE en L. MARIËN, "Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht" in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 134, nr. 21.

³⁷ J. VANANROYE en L. MARIËN, "Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht" in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 115, nr. 8.

³⁸ M. OLAERTS, *Vennootschappelijke beleidsbepaling in geval van financiële moeilijkheden; de positie van bestuurders en aandeelhouders*, Antwerpen, Intersentia 2007, 1-4.

³⁹ Lees aandeelhouders en bestuurders.

⁴⁰ J. VANANROYE en L. MARIËN, "Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht" in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 134-135, nr. 22.

kleinere winstverdeling) door de aandeelhouders worden gedragen.⁴¹ Het bestuur wordt dan adequaat aangemoedigd om het bedrijf verantwoord voort te zetten en de juiste keuzes te maken wat betreft het vergroten van de winst.⁴² Hierdoor worden ook de schuldeisers onrechtstreeks beschermd, aangezien er nog genoeg activa aanwezig zijn om de vorderingen van alle schuldeisers te voldoen.⁴³ Desalniettemin zullen aandeelhouders en bestuurders eerder voor een winstvollere, meer risicovolle optie kiezen in plaats van een ‘veiligere’.⁴⁴ Nochtans lijkt een wettelijke interventie op dit niveau overbodig, vermits alle vorderingen van schuldeisers in een solvabele vennootschap voldaan zullen worden en risico nemen nu eenmaal inherent is aan het ondernemen.⁴⁵

Het plaatje wordt helemaal anders als de eerste tekenen van een wankelende solvabiliteit opduiken.⁴⁶ Het gedrag van de bestuurders en aandeelhouders kan op zo’n moment aanleiding geven tot nog grotere opportunistische of risicovolle handelingen.⁴⁷ Bijvoorbeeld het nodeloos uitstellen van een gerechtelijke reorganisatie omwille van het verlies van huidige en potentiële klanten. Daarnaast kan men bij de dreiging van een nakende uitwinning beginnen schuiven met activa tussen hun eigen vermogen en het vennootschapsvermogen.⁴⁸ Bovendien is de situatie waar bestuurders of aandeelhouders hun schuldenberg zoveel mogelijk overdragen naar de

⁴¹ Kleinere winstverdeling d.m.v. dividenden of vereffening.

⁴² D. VAN GERVEN, “Kroniek vennootschapsrecht 2012-2013”, *TRV* 2013, 581; Voor uitgebreide behandeling van het vennootschapsbelang, zie X. DIEUX, “La société anonyme: armature juridique de l’entreprise ou “produit financier”, in X, *Het vernieuwd juridisch kader van de ondernemingen*, Brugge, Die Keure, 1993, 90. Zie ook X. DIEUX, “Nouvelles observations sur l’abus de majorité ou de minorité dans les personnes morales fonctionnant selon le principe majoritaire”, *TBBR* 1998, 18-19.

⁴³ Schuldeisers willen handelen met een gezonde onderneming en op tijd worden betaald. Aandeelhouders willen ook dat hun onderneming gezond blijft en winst oplevert. O. COUWENBERG en S.J. LUBBEN, “Solving Creditor Problems in the Twilight Zone: Superfluous Law and Inadequate Private Solutions”, *International Review of Law and Economics* 2013, afl. 34, 61-76; R. GOODE, *Principles of Corporate Insolvency Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2005, 522; P. DAVIES, “Directors’ creditor- regarding duties in respect of trading decisions taken in the vicinity of insolvency”, *EBOR* 2006, 304.

⁴⁴ Bij wijze van voorbeeld: stel een vennootschap die 1000 kan investeren in project A of B. Project A heeft een net present value van 3600 (er is 33% kans op 9000, 66% kans op 900), Project B heeft een net present value van 1300 (50% kans op 1400 en 50% kans op 1200). Indien de keuze bij de schuldeisers ligt, wordt er voor project B gekozen wegens minder risicovol. Vanuit het perspectief van de aandeelhouders is het echter geen irrationele keuze om het meer risicovolle project A te kiezen.

⁴⁵ D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 503-506.

⁴⁶ A. KEAY, “Wrongful trading and the liability of company directors: a theoretical perspective”, *Legal Studies* 2005, 433; J. VANANROYE, “Ook de enige vennoot heeft altijd gezelschap”, *TRV* 2014, nr. 3.

⁴⁷ De rechtbank van koophandel erkende dat de schending van het vennootschapsbelang een bestuursfout kan zijn, maar in dit geval oordeelde de rechtbank dat er geen kennelijk grove fout was, zie Kh. Luik 17 oktober 2003, *JDSC* 2006, 106.

⁴⁸ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheeußen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 134-135, nr. 22.

vennootschap niet ondenkbaar, zeker wanneer men zich bezighoudt met zeer risicovolle activiteiten.⁴⁹

1.2.4. Risico's minimaliseren: schuldeisersbescherming

10. Met het voorgaande in gedachten, dienen we op zoek te gaan naar een systeem van schuldeisersbescherming. De mogelijkheid om de beperkte aansprakelijkheid en het afgescheiden vermogen teniet te doen en zodoende bestuurders verantwoordelijk te achten voor het begaan van dergelijke gevaarlijke of risicovolle handelingen, vormt een noodzakelijk fundament.⁵⁰ De reden hiervoor is te vinden in het feit dat bestuurders en in mindere mate aandeelhouders meestal niet de drang voelen om een zinkend schip te verlaten. Het verlies van de aandeelhouders is toch slechts beperkt tot het verlies in waarde van hun aandelenparticipatie.⁵¹ Daarnaast kan een bestuurder bijvoorbeeld bekommerd zijn om het lot van zijn werknemers. Het bestuur zal op een dergelijk moment sneller risicovolle operaties of verschuivingen van activa uitvoeren om het bedrijf er bovenop te helpen: “*We zullen het maar eens proberen*”.⁵² Verliezen, die worden geleden op een moment waar het vermogenspassief duidelijk alle winstuitkeringen of bezoldigingen onmogelijk maakt, vallen toch ten laste van de schuldeisers.⁵³ De *ex ante* regels in het vennootschapsrecht, waaronder de kapitaalvorming, -bescherming en vereffening, hebben tot doel een tegengewicht te vormen voor deze gunsten van beperkte aansprakelijkheid en afgescheiden vermogen.⁵⁴

Ten eerste dienen oprichters van een NV of BVBA wettelijk verplicht een onderpand te voorzien, in de vorm van een volstort kapitaal, vooraleer ze de gunst van de beperkte aansprakelijkheid verkrijgen (zie art. 439 W.Venn.).⁵⁵ Economisch gezien zijn ze dus wel

⁴⁹ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheeuwssen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 134-135, nr. 22.

⁵⁰ S. KALSS, N. ADENSAMER en J. OELKERS, “Director’s duties in the vicinity of insolvency – a comparative analysis with reports from Germany, Austria, Belgium, Denmark, England, Finland, France, Italy, the Netherlands, Norway, Spain and Sweden” in M. LUTTER, *Legal Capital in Europe*, ECFR Special Volume 1, 2006, 141.

⁵¹ Dit wordt pijnlijk duidelijk wanneer die waarde volledig is teniet gedaan door een enorme berg passiva.

⁵² R.J. MOKAL, *Corporate insolvency law: theory and application*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 275.

⁵³ A. KEAY, *Company Directors' Responsibilities to Creditors*, Abingdon, Routledge-Cavendish, 2007, 77.

⁵⁴ Voor een minutieus onderzoek, zie D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 47-368.

⁵⁵ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheeuwssen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 135-137, nr. 23.

‘beperkt aansprakelijk’.⁵⁶ Als ze deze som niet tijdig volstorten, blijven ze persoonlijk aansprakelijk ten belope van elk zijn deel.⁵⁷ Doordat het vereiste bedrag eigenlijk niet in verhouding staat met de grootte en het risicoprofiel van de onderneming, kan het nooit dienen als een echt instrument om schuldeisers te beschermen.⁵⁸ Ten tweede willen kapitaalbeschermingsregels ervoor zorgen dat uitkeringen aan de verschillende aandeelhouders niet zonder meer mogelijk zijn (zie art. 617 W.Venn.).⁵⁹ Men dient rekening te houden met de vennootschapsschuldeisers aangezien hun vorderingen eerst in mindering dienen te worden gebracht vooraleer ze uitkeringen zonder enige tegenprestatie (dividend) verkrijgen en er bij bepaalde kapitaalbewegingen, zoals een reële kapitaalvermindering, een wachtpriode in acht dient te worden genomen.⁶⁰ Het is wel belangrijk om te onthouden dat deze bepalingen zeker niet in het leven zijn geroepen om de vennootschap en/of zijn schuldeisers te beschermen tegen eventuele verliezen, maar enkel tegen verarmende handelingen van personen die de vennootschap besturen of controleren. Echter, deze regels worden meer en meer versoepeld en helaas blijkt uit de praktijk dat schuldeisers hierdoor niet voldoende worden beschermd.⁶¹ We dienen dus op zoek te gaan naar een alternatieve bescherming voor schuldeiserbenadeling.

11. Een maatregel, die voor de gulden middenweg opteert tussen enerzijds alleen algemene of anderzijds alleen specifieke bestuursplichten, is te verkiezen. Volgens P. DAVIES zou een dergelijke maatregel, die bovendien zal gegrond zijn op een bestuursplicht *in concreto* bij een

⁵⁶ Het minimumkapitaal voor een NV bedraagt 61.500 euro; D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 51-53.

⁵⁷ Zie de art. 456, 2° (oprichters) en 610, 2° (bestuurders) W.Venn. (Omzetting van artikel 6 Tweede richtlijn inzake vennootschapsrecht); D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 72.

⁵⁸ Voor meer informatie, zie D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 51 e.v.; zie ook M. LUTTER, “Legal capital of public companies in Europe” in M. LUTTER (ed.), *Legal capital in Europe*, ECFR Special Volume 1, 2006, 6; zie verder ook H. EIDENMÜLLER, B. GRÜNEWALD en U. NOACK, “Minimum capital in the system of legal capital” in M. LUTTER (ed.), *Legal capital in Europe*, ECFR Special Volume 1, 2006, 20.

⁵⁹ Omzetting van artikel 17 Tweede richtlijn inzake vennootschapsrecht; J. ARMOUR, G. HERTIG en H. KANDA, “Transactions with creditors” in R. KRAAKMAN, J. ARMOUR, P. DAVIES *et al.* (eds.), *The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*, New York, Oxford University Press, 2009, 116 en 131; C. HAYNES, “The solvency test: a new era in directorial responsibility”, *Auckland University Law Review* 1996-1999, afl. 8, 126; P. MARX, *Der Solvenztest als Alternative zur Kapitalerhaltung in der Aktiengesellschaft*, Baden-Baden, Nomos, 2006, 172; M. SIEMS, L. HERZOG en E. ROSENHÄGER, “The protection of creditors of a European Private Company (SPE)”, *EBOR* 2011, 155.

⁶⁰ Een recht op de nettowaarde van de vennootschapsactiva (*Bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*); J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 135-137, nr. 23; zie ook R. TAS, “Welke rol speelt het maatschappelijk kapitaal nog in het vennootschapsrecht van de 21ste eeuw” in F. HELLEMANS (ed.), *Vennootschapsrecht*, in *Themis School voor postacademische juridische vorming*, Brugge, die Keure, 2012, 72.

⁶¹ Zie voor een uitgebreid onderzoek, D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 355-366.

nakend faillissement, zelfs de volledige Tweede Richtlijn kunnen vervangen.⁶² Deze duidelijke bestuursplicht bewerkstelligen we door een heldere uitwerking van bestaande wettelijke bepalingen in *ex ante* richtlijnen voor het bestuur te gieten. Een bestuursplicht ten gunste van zowel de schuldeisers als de bestuurders zou immers niet alleen voor een beperking zorgen van de schade die schuldeisers kunnen lijden wanneer een vennootschap failliet verklaard wordt, maar ook voorafgaandelijk ondubbelzinnig moeten aanwijzen welke weg een bestuurder dient te bewandelen en kan hij zich achteraf beter wapenen tegen een schadeclaim.⁶³

⁶² P. DAVIES, “Directors’ creditor-regarding duties in respect of trading decisions taken in the vicinity of insolvency”, *EBOR* 2006, 310. Zie ook M. MIOLA, “Legal capital and limited liability companies”, *ECFR* 2005, 461; D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 505-506.

⁶³ L.J. VAN EEGHEN, *Het schemergebied vóór faillissement*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2006, 554 p.

2. Selectieve betalingen: (on)geoorloofd?

2.1. Selectieve betalingen: what's in a name?

12. De handelingen van een bestuurder zullen bij een nakende insolventie vaak beredderende kenmerken vertonen.⁶⁴ Gevoelsmatig lijkt het voor hem nogal spijtig om de resterende activa bij een uiteindelijk faillissement aan een curator over te laten.⁶⁵ Daarnaast zal hij aan de ene kant de druk voelen van aandeelhouders om activa uit de vennootschap te onttrekken en aan de andere kant de luidkeelse roep van enkele gewichtige schuldeisers, zoals de bank(en).⁶⁶ In deze schemerperiode zal hij dan ook misschien geneigd zijn te proberen om deze gelden of goederen naar zichzelf, een aandeelhouder, een bevriende derde of een verbonden vennootschap door te sluizen. Hieraan weerstaan wordt des te moeilijker, indien hij zelf tevens aandeelhouder en schuldeiser is van de vennootschap. De bestuurder is in een dergelijk situatie vergelijkbaar met een octopus, die met zijn verschillende tentakels aanwezig is in de vennootschap.⁶⁷ Aangezien vermogensonttrekkende handelingen schadelijk kunnen zijn voor (sommige) schuldeisers doordat zij zich niet meer kunnen beroepen op de weggenomen activa om hun vorderingen te voldoen, is dit natuurlijk niet zonder meer geoorloofd. Deze handelingen kan men opsplitsen in drie categorieën: feitelijke benadeling, verarming in bedrijfseconomische zin, en rangdoorbrekende handelingen.⁶⁸ Daarnaast zal het karakter van de handeling een rol spelen waardoor men een onderscheid dient te maken tussen onverplichte en verplichte handelingen (zie *infra*, randnummer 31).⁶⁹ Vrijwillig een handeling verrichten, zoals de beslissing om een onroerend goed onder de reële waarde te verkopen zal bijvoorbeeld sneller argwaan opwekken bij schuldeisers en de curator.⁷⁰

⁶⁴ C. SNELDERS-VAN DE KAMP, “De schemerperiode voorafgaand aan een faillissement”, 2013, www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl.

⁶⁵ C. SNELDERS-VAN DE KAMP, “De schemerperiode voorafgaand aan een faillissement”, 2013, www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl.

⁶⁶ Voorkruipen is minder erg dan zich verrijken; R.C. CLARK, “The duties of the corporate debtor to its creditors”, *Harvard Law Review* 1977, 515-516.; S.M. BARTMAN, “Bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve (wan)betaling: een klusje voor de business judgment rule?”, *AAe* 2011, 126-130.

⁶⁷ S.M. BARTMAN, “Bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve (wan)betaling: een klusje voor de business judgment rule?”, *AAe* 2011, 126-130.

⁶⁸ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 118-119, nr. 10.

⁶⁹ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 125-126, nr. 13.

⁷⁰ C. SNELDERS-VAN DE KAMP, “De schemerperiode voorafgaand aan een faillissement”, 2013, www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl.

13. Een bestuurder zal prioriteiten dienen te stellen aangaande betalingen op het moment dat de middelen schaars zijn. Indien hij de continuïteit van de onderneming beoogt, zal hij proberen het leverancierskrediet te verlengen en een uitstel van betaling te verkrijgen van de fiscus.⁷¹ Vervolgens zal hij voornamelijk voorrang van betaling verlenen aan de vorderingen van schuldeisers die deze continuïteit eventueel op de helling kunnen zetten.⁷² Een selectieve betaling is aldus een rechtshandeling die valt onder de rangdoorbrekende handelingen vermits de vennootschap op een bepaald moment niet meer genoeg middelen heeft om alle schuldeisers te voldoen en de bestuurder daarbij verkiest om enkele welbepaalde personen te betalen boven anderen.⁷³ Zulke beslissing is op zichzelf genomen niet onrechtmatig, aangezien de raad van bestuur in beginsel natuurlijk de vrijheid heeft om te besluiten wie eerst wordt betaald, zelfs indien de bestuurders beseffen dat zij op dat precieze moment niet alle schuldeisers volledig kunnen uitbetalen.⁷⁴ Elk muntstuk kan maar één keer worden uitgegeven, dus dergelijke keuzes zijn onlosmakelijk verbonden aan selectieve betalingen.

In verband met het bestuur van een vennootschap heeft deze principiële vrijheid een zeer specifiek karakter. Enerzijds is de functionele betalingsvrijheid van de bestuurder een afgeleide van de oorspronkelijke betalingsvrijheid van de schuldenaar-vennootschap zelf.⁷⁵ Dit is het gevolg van het feit dat een rechtspersoon geen hersenen, benen of armen heeft.⁷⁶ Het bestuur dient de handelingen *in concreto* uit te voeren. Anderzijds heeft deze vrijheid een gekwalificeerd karakter, want het bestuur is gebonden handelingen enkel uit te voeren indien het in het belang van de vennootschap is.⁷⁷ Een bestuurder heeft slechts een functionele bevoegdheid, aangezien hij iemand anders, de schuldenaar-vennootschap, vertegenwoordigt.

⁷¹ S.M. BARTMAN, “Bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve (wan)betaling: een klusje voor de business judgment rule?”, *AAe*, 2011, 127.

⁷² E. DIRIX, “Grenzen van de wilsautonomie inzake zakelijke zekerheidsrechten” in *Bijzondere overeenkomsten*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008, Kluwer, 2008, 148-149; zie ook artikel 33, §1 WCO.

⁷³ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheeußen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 120-125, nr. 12.

⁷⁴ E. DIRIX, “Grenzen van de wilsautonomie inzake zakelijke zekerheidsrechten” in X, *Bijzondere overeenkomsten*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008, Kluwer, 2008, 148-149.

⁷⁵ S.M. BARTMAN, “Bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve (wan)betaling: een klusje voor de business judgment rule?”, *AAe*, 2011, 128.

⁷⁶ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheeußen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 134-135, nr. 22.

⁷⁷ S.M. BARTMAN, “Bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve (wan)betaling: een klusje voor de business judgment rule?”, *AAe*, 2011, 128.

Als leidraad dient een bestuurder er op te letten dat hij, naast het collectief winstbelang van de huidige en toekomstige aandeelhouders, het belang van de gezamenlijke schuldeisers dient te behartigen op het moment dat niet alle vorderingen meer tijdig voldaan kunnen worden om zo eventuele aansprakelijkheidsvorderingen te ontlopen.⁷⁸ Strikt persoonlijk-gemotiveerde handelingen zijn natuurlijk altijd uit den boze.⁷⁹ In de schemerperiode wordt het echter een moeilijke zaak om uit te maken wie eerst in de rij dient te staan.⁸⁰ In de praktijk zullen het dus veelal de schuldeisers zijn die belangrijk zijn voor de continuïteit van de vennootschap en de personen die het meest van zich laten horen.⁸¹ E. DIRIX verwoordt het als volgt: “*De afwezigheid van een samenloopsituatie laat de debiteur in beginsel toe om tussen zijn schuldeisers te discrimineren. [...] Dit sluit echter niet uit dat onder omstandigheden een selectieve betaling onrechtmatig kan zijn ingeval de schuldenaar niet meer in staat is al zijn schuldeisers te voldoen*”.⁸²

⁷⁸ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 144-146, nr. 32.

⁷⁹ J. VANANROYE, “Ook de enige vennoot heeft altijd gezelschap”, *TRV* 2014, 425.

⁸⁰ C. SNELDERS-VAN DE KAMP, “De schemerperiode voorafgaand aan een faillissement”, 2013, www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl.

⁸¹ Jura vigilantibus-principe; J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 119-120, nr. 11.

⁸² E. DIRIX, “Grenzen van de wilsautonomie inzake zakelijke zekerheidsrechten” in X, *Bijzondere overeenkomsten*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008, Kluwer, 2008, 148-149.

2.2 Enkele situaties

14. Om een correct beeld te verkrijgen wat betreft de selectieve betalingen, worden enkele specifieke situaties beschreven waar een bestuurder voorzichtig dient te handelen. Hieruit zal bijvoorbeeld duidelijk blijken dat een bestuurder zich niet mag laten meeslepen door subjectieve factoren, zoals iemand iets gunnen of een persoonlijk voordeel nastreven.

2.2.1. Persoonlijke borgstelling als bestuurder

15. Wanneer een bestuurder zich in de situatie bevindt dat hij een kredietinstelling zekerheid heeft verschaft door zichzelf als bestuurder persoonlijk borg te stellen, kan dit tot een ongeoorloofde selectieve betaling leiden.⁸³ Als bestuurder zal u in dergelijke situatie willen vermijden dat de bank bij u persoonlijk komt aankloppen, waardoor u de bank steeds als eerste uitbetaald. Echter, deze voorrang ten opzichte van de andere schuldeisers in de periode voorafgaand aan een faillissement, zal hoogstwaarschijnlijk tot een persoonlijke aansprakelijkheid leiden, aangezien voornamelijk de bestuurder zelf er voordeel uithaalt.⁸⁴ Het belang van de vennootschap wordt hier duidelijk niet voorop geplaatst.

2.2.2. Één enkele schuldeiser in de kou laten staan

16. Wanneer er beslist wordt om alle schuldeisers, met uitzondering van één iemand, te voldoen, kan dit op termijn ook leiden tot een onrechtmatigheid.⁸⁵ Betalingsonwil aantonen zal voor de verwaarloosde schuldeiser in beginsel geen enkel probleem vormen. In dergelijke situaties is het vooral de fiscus die het moet ontgelden.⁸⁶ Een bestuurder dient er wel aan te denken dat als hij dergelijke vordering onbetaald laat, eigenlijk de hele bevolking als zijnde belastingbetaler dient op te draaien voor het deficit.

2.2.3. Winstuitkeringen en bezoldiging

17. De betaalbaarstelling van een winstuitkering naar aandeelhouders of de bestuurdersbezoldiging (zie art. 517 en 617 W.Venn.) zal evenzeer in sommige

⁸³ Gent 16 juni 2003, *NjW* 2004, 380; C. SNELDERS-VAN DE KAMP, “De schemerperiode voorafgaand aan een faillissement”, 2013, www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl.

⁸⁴ Gent 16 juni 2003, *NjW* 2004, 380.

⁸⁵ C. SNELDERS-VAN DE KAMP, “De schemerperiode voorafgaand aan een faillissement”, 2013, www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl.

⁸⁶ Antwerpen 10 januari 2013, *RABG* 2013, 542, noot E. JANSSENS.

omstandigheden een ongeoorloofde selectieve betaling uitmaken.⁸⁷ Aangezien er een onttrekking van activa uit het vermogen plaatsvindt, kan dit de schuldeisers benadelen op een manier dat er minder vermogen beschikbaar is waarop zij hun vorderingen kunnen laten gelden.⁸⁸ Het leerstuk van de selectieve betalingen bestaat erin onder andere te beletten dat uitgaven die bestuurders verrichten in de periode voorafgaand aan een faillissement voorrang verlenen aan de vennootschap verbonden personen (*insiders*).⁸⁹ Een dividend, tantième of bezoldiging kan zeker leiden tot dergelijke situatie. Vermits de algemene vergadering meestal bevoegd is voor dergelijke transacties, zullen deze uitgaven voornamelijk een probleem vormen als het bestuur tevens vertegenwoordigd is in de algemene vergadering als meerderheidsaandeelhouder of als enige aandeelhouder.⁹⁰

2.2.3.1. Bezoldiging

18. Er zijn verschillende manieren om een bestuurder te vergoeden, waaronder tantièmes, vaste of variabele vergoedingen, voordelen in natura, bonussen,...⁹¹ Inzake de bezoldiging is er in beginsel absolute vrijheid, aangezien artikel 517 W.Venn. hierover niets bijzonder vermeldt.⁹² De algemene vergadering is het orgaan dat principieel bevoegd is om de bezoldigingen uit te reiken aan de bestuurders.⁹³ Daarnaast is het niet verplicht dat de toekenning van de bezoldiging uitdrukkelijk gebeurt.⁹⁴ Veelal zal er in een kleine toelichting in de jaarrekening de bezoldigingen van de bestuurders vermeld staan, waardoor de ‘goedkeuring’ (eerder een bekrachtiging) volgt uit de aanvaarding van de jaarrekening door de algemene vergadering.⁹⁵ Er is zelfs een voorbeeld van een toekenning tot bezoldiging in een herstelplan op grond van een gewezen gerechtelijk akkoord.⁹⁶ Let er bovendien op dat de raad van bestuur wel bevoegd is om te beslissen over de vergoeding van het managementmandaat, indien er uitvoerende

⁸⁷ J. BARNEVELD, “Flexibele regels inzake uitkeringen”, *WPNR* 2009/6809, 693-701.

⁸⁸ Er is een gevaar voor *asset dilution*: D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 134.

⁸⁹ J. BARNEVELD, “Flexibele regels inzake uitkeringen”, *WPNR* 2009/6809, 693-701.

⁹⁰ De zogenaamde octopus (zie *supra*, randnummer 12).

⁹¹ J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT en P. MALHERBE, *Droit des sociétés, Précis*, Brussel, Bruylant, 2011, 602, nr. 947. Let wel op de speciale regels bij een beursgenoteerde NV: H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 285-287.

⁹² Wel of geen vergoeding, de grootte van het bedrag,...

⁹³ Kh. Hasselt 16 maart 2006, *RW* 2006-07, 1771; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT en P. MALHERBE, *Droit des sociétés, Précis*, Brussel, Bruylant, 2011, 602, nr. 947.

⁹⁴ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 285.

⁹⁵ Gent 17 oktober 2001, *TBH* 2002, 703; Kh. Hasselt 22 november 1990 *TRV* 1991, 229.

⁹⁶ Kh. Hasselt 16 maart 2006, *RW* 2006-07, 1771.

bestuurders zijn.⁹⁷ *De facto* kan de algemene vergadering dus omzeild worden via deze techniek.

2.2.3.2. Winstuitkeringen

19. Inzake winstuitkeringen zijn de wettelijke bepalingen een omzetting van de Tweede Richtlijn.⁹⁸ Dergelijke uitkeringen zijn slechts mogelijk als men de nettoactiefest doorstaat (zie artikel 617 W.Venn.).⁹⁹ Als men vermogen uitkeert in strijd met deze bepaling, zal de vennootschap een vordering verkrijgen op de aandeelhouder die ten onrechte deze dividenden heeft ontvangen. Doordat men de aandeelhouders te goeder trouw wou beschermen, is het vereist dat de vennootschap aantoont dat de begunstigde wist of behoorde te weten dat de uitkering onrechtmatig was (subjectief criterium).¹⁰⁰ Gezien de zware bewijslast, zullen voornamelijk de bestuurders aansprakelijk zijn voor de schade die hieruit voortvloeit.¹⁰¹

In tegenstelling tot de gewoonlijke winstuitkering op de jaarlijkse algemene vergadering, is de raad van bestuur in beginsel bevoegd om interimdividenden uit te keren.¹⁰² Dit zijn dividenden die op basis van voorlopige cijfers doorheen het lopende boekjaar kunnen worden uitgekeerd.¹⁰³ Doordat de reglementering omtrent deze interimdividenden zeer streng is, heeft men deze bepalingen kunnen ontwijken met een door cassatie gelegitimeerde tussentijdse winstuitkering.¹⁰⁴ Dit zijn uitkeringen waartoe ten allen tijde door een buitengewone algemene vergadering kan worden besloten in het lopende boekjaar.¹⁰⁵ Hierdoor wordt het regime van interimdividenden in de praktijk niet zoveel toegepast.

⁹⁷ Antwerpen 13 september 2007, *Jura Falconis* 2008-2009, nr 3, 457-474.

⁹⁸ Zie R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, 684 p.

⁹⁹ R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, 156.

¹⁰⁰ J.N. SCHUTTE-VEENSTRA, *Harmonisatie van het Kapitaalbeschermingsrecht in de EEG*, Deventer, Kluwer, 1991, 101.

¹⁰¹ D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 143; J. BARNEVELD, "Flexibele regels inzake uitkeringen", *WPNR* 2009/6809, 693-701.

¹⁰² M. WAUTERS en S. BOGAERTS, "Distribution de bénéfices: une flexibilité aux contours vagues" in C. GRENSON (ed.), *Tien jaar na het Wetboek van vennootschappen: Waar staan we?*, Brussel, Larcier, 2010, 72; D. WILLERMAIN, "La distribution par l'assemblée générale d'une société anonyme d'un dividende en cours d'exercice", *RCJB* 2003, 594-595.

¹⁰³ Voor meer informatie omtrent de voorwaarden, zie D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 143-150.

¹⁰⁴ "dans les limites prévues à l'article 77bis des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, l'assemblée générale peut, à tout moment au cours de l'exercice, décider de distribuer aux actionnaires un dividende prélevé sur les réserves disponibles"; Cass. 23 januari 2003, *RCJB* 2003, 569; Gent 14 september 2004, *TRV* 2006, 488, noot V. COLAERT.

¹⁰⁵ R. TAS, "Een dividend voor elk seizoen. Over de mogelijkheid van tussentijdse dividenduitkeringen", *TRV* 2003, 498.

20. Bestuurders dienen in gedachte te houden dat zelfs de uitkeringen waarbij zij de regels uit het vennootschapsrecht nauwgezet volgen toch onrechtmatig kunnen worden bevonden door middel van het leerstuk van de selectieve betaling en zijn *ex post* mechanismen. Dit komt voornamelijk door de problematiek van de nettoactiefest die uitkeringen mogelijk moet maken. Het huidig economisch plaatje van de vennootschap kan er heel anders uitzien dan het resultaat verkregen op grond van de nettoactiefest doordat er wordt uitgekeerd op basis van de jaarrekening (dat slechts een momentopname is en er reeds enkele maanden voorbij zijn gegaan).¹⁰⁶ Dit wijst op een gebrekkige realiteitsweergave van de jaarrekening.¹⁰⁷ Zelfs in slechts enkele maanden tijd waar grote verliezen geleden zijn, kan het nettoactief in grote mate reeds zijn aangetast waardoor de laatst goedgekeurde jaarrekening absoluut geen actualiteitswaarde heeft.¹⁰⁸ Rekening houden met verliezen na het afsluiten van het boekjaar wordt op geen enkele manier in het Belgische recht verplicht.¹⁰⁹ Nochtans pleiten verschillende auteurs ervoor dat het bestuur toch de verplichting heeft om te controleren of de uitkeringen wel gerechtigd zijn na ernstige ontwikkelingen in het vennootschapsvermogen.¹¹⁰ De grondslag voor dergelijke bestuurdersverplichting, waarbij hij de verliezen die zich hebben voorgedaan na het afsluiten van het boekjaar in rekening dient te brengen, kan gevonden worden in de algemene zorgvuldigheidsplicht die voortvloeit uit de artikelen 527 W.Venn. en 1382 BW.¹¹¹

Deze zienswijze leidt er alleszins niet toe dat een bestuurder nu als een gek elk detail minutieus dient bij te werken voor een exact juiste nettoactiefest. Hij dient zich eerder te beraadslagen over de rechtvaardiging van de uitkering zodanig dat hij de betaalbaarstelling kan

¹⁰⁶ J. RICKFORD, “Legal approaches to restricting distributions to shareholders: balance sheet tests and solvency tests”, *EBOR* 2006, 166.

¹⁰⁷ H. DE WULF, “Noot onder Cass. 23 januari 2003”, *NjW* 2004, 56; J. RICKFORD, “Legal approaches to restricting distributions to shareholders: balance sheet tests and solvency tests”, *EBOR* 2006, 166.

¹⁰⁸ D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 158-160.

¹⁰⁹ R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, 207-208.

¹¹⁰ Zie H. DE WULF, “Moet de mogelijkheid tot winstuitkering volgens art. 617 W.Venn. steeds aan de hand van de laatste jaarrekening berekend worden?”, *TBH* 2005, 399; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, Gent, Fechey, 1950, IV, 373; R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, 206; R. TAS, “Welke rol speelt het maatschappelijk kapitaal nog in het vennootschapsrecht van de 21ste eeuw” in F. HELLEMANS (ed.), *Vennootschapsrecht*, in *Themis School voor postacademische juridische vorming*, Brugge, die Keure, 2012, 70; K. VAN HULLE, “Wettelijke beperkingen inzake winstuitkering” in X (ed.), *Het gewijzigde vennootschapsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 77; M.

WAUTERS, “Het dividend is van alle tijden. Over tussentijdse dividenduitkeringen door de algemene vergadering van een naamloze vennootschap”, *TRV* 2000, 72; M. WYCKAERT, “Het kapitaal in het vennootschaps- en boekhoudrecht – waar staan we vandaag met het kapitaalbegrip?” in Y. DE CORDT en E. WYMEERSCH (eds.), *10 jaar Wetboek Vennootschappen in werking*, Antwerpen, Kluwer, 2011, 247.

¹¹¹ H. DE WULF, “Moet de mogelijkheid tot winstuitkering volgens artikel 617 W.Venn. steeds aan de hand van de laatste jaarrekening berekend worden?”, (noot onder Antwerpen 8 mei 2003), *TBH* 2005, 399; R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, 217. Vgl. Gent 11 april 2005, *TRV* 2008, 311, noot S. BOGAERTS.

verantwoorden in het licht van de recent geleden verliezen.¹¹² In de situatie van een nakende insolventie zal de klemtoon gelegd worden op de vraag of er wel nog genoeg activa in de vennootschap aanwezig zijn om de vorderingen van de schuldeisers redelijk te voldoen.¹¹³ Desalniettemin blijft de algemene zorgvuldigheidsnorm schimmig en is het moeilijk voor bestuurders om in te schatten hoe die ‘goede vennootschapsbestuurder’ zou handelen.¹¹⁴ Later zullen we zien hoe deze problematiek kan worden opgehelderd.¹¹⁵

¹¹² D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 160-163.

¹¹³ Gent 11 april 2005, *TRV* 2008, 311, noot S. BOGAERTS.

¹¹⁴ D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 160-163.

¹¹⁵ zie *infra*, randnummer 38 e.v.

2.3 De klok terugdraaien: ex-post mechanismen.

21. Een analyse van de aansprakelijkheidsregelingen tegen schuldeisersbenadeling dringt zich op, in het bijzonder bij onrechtmatige selectieve betalingen aan één of meerdere schuldeisers. We gaan ervan uit dat de bestuurder de bepalingen in het Wetboek van vennootschappen en de vennootschapsstatuten kent en hij zodoende formeel alle regels volgt, die hem persoonlijk zijn opgelegd.¹¹⁶

2.3.1 Gewone bestuursfout

22. De eerste relevante aansprakelijkheidsregeling is de gewone bestuursfout. In de omstandigheden waarin de bestuurder niet normaal voorzichtig en redelijk heeft gehandeld, zal de curator stellen dat een selectieve betaling een tekortkoming uitmaakt ten aanzien van de vennootschap.¹¹⁷ Enkele voorbeelden zijn het betalen van een niet-opeisbare schuld of overdreven uitgaven, resp. bezoldigingen toestaan.¹¹⁸ Daarnaast dient de rechter, op het moment dat hij hun zorgvuldigheid toetst, door de aanvullende werking van de goede trouw rekening te houden met de contractuele bijzonderheden.¹¹⁹

Overeenkomstig het gemeen recht zijn bestuurders verantwoordelijk voor de vervulling van hun opgedragen taak en aansprakelijk voor de tekortkomingen in hun bestuur.¹²⁰ Hij dient zijn taak uit te voeren naar zijn beste vermogen. Zoals hierboven gesteld voor uitkeringen, kan dergelijke tekortkoming het geval zijn in het licht van de evoluties die de vennootschap heeft doorstaan in het nog niet afgesloten boekjaar. Ook al gaat het in de meeste gevallen om een besluit van de algemene vergadering, betekent dit geenszins dat bestuurders vrijgesteld zijn van

¹¹⁶ I. CORBISIER, “Quelques réflexions en iligrane des développements récents qu’a connu le droit de la responsabilité des administrateurs d’une personne morale”, *RPS* 1994, 78 en 81; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 87. Contra: M. WAUTERS, “Nieuwe ontwikkelingen inzake aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders” in X, *Vennootschaps- en financieel recht*, Brugge, die Keure, 2008, 55.

¹¹⁶ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 455-456 en 469; J. VAN RYN, *Principes des droit commercial*, Brussel, Bruylant, 1988, I, nr. 778.

¹¹⁷ Hier wordt er geen onderscheid gemaakt met het gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsrecht (zie *supra* p. 9); L. WYNANT en P. SOENS, “Bestuurdersaansprakelijkheid – recente evolutie” in M. DEBAENE en P. SOENS, *Aansprakelijkheidsrecht. Actuele Tendensen*, Brussel, Larcier, 2005, 73; R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, 296.

¹¹⁸ Kh. Kortrijk 29 juni 1984, *TBH* 1985, 222.

¹¹⁹ H. DE WULF, *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de nv*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 253.

¹²⁰ Art. 527 W.Venn.

hun aansprakelijkheid.¹²¹ De rechtbanken houden daarnaast in een situatie van (nakende) insolventie onder meer rekening met: de tussenkomst van externe deskundigen, het voeren van gesprekken over *mergers* en *acquisitions*, de algemene conjuncturele toestand van de bedrijfssector, de aanwezigheid van een interne of externe financiële begroting en vooral de aanwezigheid van een plausibel en realistisch herstelplan.¹²² Slechts aan één element voldoen volstaat veelal niet voor een rechter. Een aanmelding bij de onderzoekskamer van de rechtbank van koophandel bleek bijvoorbeeld onvoldoende als rechtvaardiging.¹²³ Als de handelingen tegen het vennootschapsbelang ingaan, zal dit op grond van de bestuursfout kunnen worden aangevochten.¹²⁴

Naast een bewezen fout, dient ook de schade (en zijn omvang) te worden aangetoond, die evenwel beperkt wordt door artikelen 1150-1151 BW.¹²⁵ Als derde element dient het oorzakelijk verband te worden bewezen, wat in de praktijk geen noemenswaardige problemen oplevert.¹²⁶ Bovendien is het, in contrast met de kennelijk grove fout, betwist of feitelijke bestuurders onder het toepassingsgebied van deze aansprakelijkheidsgrond vallen.¹²⁷ Een ander verschilpunt is te vinden in het feit dat de curator als enige in een faillissementssituatie een

¹²¹ Antwerpen 2 maart 2006, *TRV* 2007, 192 noot CLOTTENS; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT en P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, Brussel, Bruylant, 2011, 691, nr. 1043; Y. DE CORDT en M. DELVAUX, "La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier" in X, *La responsabilité des dirigeants de personnes morales*, Brussel, La Chartre, 2007, 76; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 72.

¹²² Zie bijvoorbeeld: Antwerpen 8 maart 1994, *RDC* 1995, 37; Illustratief zijn in het bijzonder M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 76-77 en J.-F. GOFFIN en O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2004, 204.

¹²³ Corr. Brussel 31 oktober 1980, *JT* 1981, 274; Kh. Verviers, 25 oktober 1990, *RDC* 1991, 603; Kh. Charleroi, 8 september 1992, *RPS* 1993, 329; Voor een overzicht omtrent de onderzoekskamers, zie J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2012, 232-236.

¹²⁴ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 64; J. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2004, 117; O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 1996, 90; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT en P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, Brussel, Bruylant, 2011, 655, nr. 1003. Desgevallend moeten de belangen van de groep waartoe de vennootschap behoort, in aanmerking worden genomen (Brussel 16 juni 1981, *RPS* 1981, 145; Luik 13 oktober 1981, *RPS* 1982, 45; L. CORNELIS, "De aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in groepsverband" in X, *Aspecten van ondernemingsgroepen*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 161).

¹²⁵ De omvang van de schade is beperkt tot de *contractuele* schade die door de fout wordt veroorzaakt; Zie P. KILESTE en C. STAUDT, "La responsabilité des dirigeants d'entreprise" in J.-P. BUYLE, *Les responsabilités d'entreprise*, Brussel, Jeune barreau de Bruxelles, 2007, 398.

¹²⁶ Zie bv. Bergen 20 mei 1985, *RPS* 1985, 261; I. DE POORTER en H. DE WULF, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in VLAAMSE CONFERENTIE DER BALIE VAN GENT, *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, 204.

¹²⁷ Antwerpen 10 september 2004, *Limb.Rechtsl.* 2005, 41, noot B. WINDEY. Zie anders, en m.i. terecht, J. VANANROYE, "Enkele evoluties inzake bestuursaansprakelijkheid" in K. GEENS, *Themis – Vennootschaps- en financieel recht*, Brugge, die Keure, 2005, 78, nr. 2; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 13; J. RONSE en J. LIEVENS, "L'administration des sociétés. La responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite" in X., *Les sociétés commerciales*, Brussel, Jeune Barreau, 1985, 215 e.v.

vorderingsrecht heeft op basis van deze grondslag.¹²⁸ Hij vertegenwoordigt in dit geval de vennootschap. Natuurlijk zorgt dit voor een belangrijke inperking van het toepassingsgebied, vermits de vennootschap zelf veelal heeft ingestemd als partij bij de benadelende handeling en daardoor niet bij machte is om zich tegen de beslissing te keren. Daardoor zal veelal een beroep worden gedaan op andere aansprakelijkheidsvorderingen.

2.3.2 Onrechtmatige daad

23. Ten tweede is er de onrechtmatige daad, gebaseerd op artikel 1382 BW.¹²⁹ Aan de hand van veelvuldige rechtspraak kan men afleiden dat artikel 1382 BW nog steeds een zeer belangrijke rol vervult.¹³⁰ Dit kan deels verklaard worden door een aantal voordelen die deze aansprakelijkheidsregeling biedt.¹³¹ Alle soorten bestuurders kunnen aansprakelijk gesteld worden, zolang ze reële bestuursbevoegdheid hadden in de onderneming.¹³² Dit maakt dat deze grond, naast die van de kennelijk grove fout, bij uitstek geschikt is om een vergoeding te vorderen van feitelijke bestuurders. Daarnaast is een reeds verleende kwijting aan een bestuurder geen obstakel bij een vordering wegens onrechtmatige daad.¹³³ Om een fout te bewijzen zal dezelfde weg bewandeld worden als bij artikel 527 W.Venn.: “*indien hij niet handelde als een normaal voorzichtig en redelijke bestuurder*”.¹³⁴

¹²⁸ Individuele schuldeisers dus niet, zie Rb. Brugge 8 september 2003, *JDSC* 2005, 163, noot M.-A. DELVAUX; M. WAUTERS, “Nieuwe ontwikkelingen inzake aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders” in K. GEENS, *Vennootschaps- en financieel recht: Themiscahier 47*, Brugge, die Keure, 2008, 59.

¹²⁹ L. WYNANT en P. SOENS, “Bestuurdersaansprakelijkheid – recente evolutie” in M. DEBAENE en P. SOENS, *Aansprakelijkheidsrecht. Actuele Tendensen*, Brussel, Larcier, 2005, 80.

¹³⁰ O.m. Kh. Charleroi 12 oktober 1976, *RPS* 1976, 143; Bergen 16 mei 1979, *RPS* 1979, 158; Gent 1 maart 1989, *TRV* 1989, 434; Antwerpen 8 maart 1994, *TRV* 1995, 500; Gent 13 januari 1995, *TBH* 1997, 179; Luik 19 oktober 2004, *TBH* 2006, 426, noot M. COIPEL; Bergen 3 maart 2008, *RRD* 2007, 294; Brussel 4 december 2008, *TBH* 2009, 960.

¹³¹ Schuldeisers beschikken over een eigen vorderingsrecht, het al dan niet het verkrijgen van een kwijting speelt geen rol en daarnaast kunnen *shadow directors* en de facto bestuurders ook aangesproken worden op basis van artikel 1382 BW.

¹³² Gewezen bestuurders, feitelijke bestuurders, etc... Zie M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van bestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 121-122.

¹³³ L. WYNANT en P. SOENS, “Bestuurdersaansprakelijkheid – recente evolutie” in M. DEBAENE en P. SOENS, *Aansprakelijkheidsrecht. Actuele Tendensen*, Brussel, Larcier, 2005, 73. Zie bv. Kh. Brussel 8 oktober 2007, *RW* 2008-09, 294.

¹³⁴ Hierdoor zal een gewone bestuursfout veelal ook een onrechtmatige daad uitmaken en vice versa; Brussel 4 december 2008, *TBH* 2009, 960 ; Luik 19 oktober 2004, *TBH* 2006, 426; D. PHILIPPE en G. GATHEM, “A quelles conditions le dirigeant peut-il engager sa responsabilité aquilienne personnelle à l’égard des tiers? Les pièges de l’article 1382 du Code Civil” in Y. DE CORDT en D. PHILIPPE, *La responsabilité des dirigeants de personnes morales*, Brussel, die Keure, 2007, 106.

Bovendien hebben individuele schuldeisers een eigen vorderingsrecht.¹³⁵ Vermits de schade van schuldeisers zich voornamelijk zal uiten bij een uiteindelijk faillissement, dienen schuldeisers zich de vraag te stellen of hun schade collectief dan wel individueel is. Dit is echter geen sinecure, gezien selectieve betalingen meestal collectieve schade teweegbrengen in een faillissementsscenario en de curator de enige gerechtigde is om de collectieve schade terug te vorderen. Desalniettemin is een situatie denkbaar, waarin de bestuurder iedereen, met uitzondering van één persoon, heeft betaald. Deze schuldeiser heeft dan het recht een vordering in te stellen wegens individuele schade.

Ondanks de voormelde voordelen zijn er soms ook enkele struikelblokken die de vordering kunnen bemoeilijken. Ten eerste leidt het samenloopverbod tot het feit dat de vennootschap zelf geen vordering kan instellen.¹³⁶ Hier vormt dit evenwel geen probleem, omdat de curator als vertegenwoordiger van de schuldeisers als collectief zal optreden. Daarnaast zal de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent in beginsel veelal roet in het eten gooien.¹³⁷ Desalniettemin, zal de leer van de quasi-immuniteit hier geen bescherming bieden. Bestuurders zijn volgens deze leer slechts aansprakelijk als ze bovenop de schending van de algemene zorgvuldigheidsplicht schade veroorzaken die anders is dan de schade die voortvloeit uit de contractuele wanprestatie.¹³⁸ Bij een onrechtmatige selectieve betaling heeft dit tot gevolg dat er op het vlak van uitwinning een “*benadeling van de verhaalsmogelijkheden*” dient te zijn.¹³⁹ De schade is van een andere aard dan die welke voortvloeit uit de contractuele wanprestatie.¹⁴⁰

¹³⁵ P. KILESTE en C. STAUDT, “La responsabilité des dirigeants d’entreprise” in J.-P. BUYLE, *Les responsabilités d’entreprise*, Brussel, Jeune barreau de Bruxelles, 2007, 438.

¹³⁶ O.m. Cass. 4 juni 1971, *Pas.* 1971, I, 940; Cass. 3 december 1975, *Pas.* 1976, I, 412; Cass. 14 oktober 1985, *Pas.* 1986, I, 155; Cass. 28 september 1995, *Pas.* 1995, I, 856; Cass. 29 september 2006, *Pas.* 2006, 1911; Luik 9 september 2004, *JT* 2005, 85; Brussel 4 december 2008, *TBH* 2009, 960. Rechtsleer over de materie vindt u in H. BOCKEN, “Samenloop contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. Verfijners, verdwijners en het arrest van het Hof van Cassatie van 29 september 2006”, *NjW* 2007, 722-731; H. BOCKEN en I. BOONE, *Het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsmechanismen*, Brugge, die Keure, 2010, 35 e.v.; I. CLAEYS, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid. De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent herbekeken*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 713 p.

¹³⁷ Cass. 29 september 2006, *NjW* 2006, 946; Voor een compleet overzicht, zie H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers” in X, *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen, XXXIIIste P.U.C. Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2007, 130; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 121-162; J. WINDEY, “Les responsabilités liées à l’état de faillite” in J.-P. BUYLE, *Les responsabilités d’entreprise*, Brussel, Jeune barreau de Bruxelles, 2007, 481.

¹³⁸ Cass. 7 november 1997, *TRV* 1998, 284, noot CLAEYS; X. DIEUX, “La responsabilité des administrateurs ou gérants d’une personne morale à l’égard des tiers: derniers développements?”, *Rev.not.b.* 2006, 258-282; Rb. Ieper 25 maart 2005, *NjW* 2006, 713, noot DE GEYTER.

¹³⁹ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 126-128, nr. 14.

¹⁴⁰ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 346.

Deze ongeoorloofde handeling is een schending van de algemene zorgvuldigheidsplicht die een bestuurder heeft nopens de gezamenlijke schuldeisers, en behelst zeker geen niet-uitvoering van het contract.¹⁴¹ Hier zal de samenloop tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid dan ook geen noemenswaardige problemen opleveren.¹⁴²

2.3.3. Kennelijk grove fout

24. Een bijkomend instrument waarover de curator beschikt is de aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout (zie artikel 530 W.Venn.).¹⁴³ Deze grove tekortkoming van een bestuurder, die een normaal voorzichtig en redelijke vennootschapsvertegenwoordiger niet zou hebben begaan, moet hebben bijgedragen tot het uiteindelijke faillissement van de onderneming.¹⁴⁴ De fout moet dus slechts hebben bijgedragen tot het faillissement en geenszins de oorzaak zijn.¹⁴⁵

Naast een curator, is een individuele schuldeiser ook gerechtigd deze vordering in te stellen, waarna de te betalen vergoeding hem exclusief toekomt.¹⁴⁶ Hier geldt tevens de regel dat derden slechts een eigen vorderingsrecht toekomt, wanneer de concrete schade in causaal verband met een veronderstelde fout staat en deze bewezen schade individueel is.¹⁴⁷ Een voorbeeld van een dergelijke grove fout, is de manifeste miskenning van het vennootschapsbelang om een andere rechtspersoon te bevoordelen.¹⁴⁸ Alle soorten bestuurders kunnen op grond van een kennelijk grove fout persoonlijk aansprakelijk worden gesteld, zolang ze reële bestuursbevoegdheid in de onderneming hadden.¹⁴⁹

¹⁴¹ J. VANANROYE en L. MARIËN, "Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht" in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 126-128, nr. 14.

¹⁴² *A contrario*, zie A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, 122 e.v.

¹⁴³ De fout dient kennelijk te zijn; Luik 4 april 2000, *JLMB* 2002, 820; Gent 21 december 2000, *TBH* 2001, 739; Luik 11 mei 2001, *JT* 2002, 194; Luik 13 januari 2004, *DAOR* 2005, 52, noot D. GOL; Brussel 21 april 2005, *RABG* 2005, 1562, noot E. JANSSENS; Kh. Charleroi 16 december 1998, *TBH* 2000, 642; Kh. Luik 5 april 2000, *JDSC* 2002, 218, noot M. DELVAUX; Kh. Tongeren 13 januari 2005, *RABG* 2005, 1570, noot E. JANSSENS.

¹⁴⁴ I. DE POORTER en H. DE WULF, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in VLAAMSE CONFERENTIE DER BALIE VAN GENT, *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, 222.

¹⁴⁵ Gent 31 maart 1994, *TBH* 1994, 977.

¹⁴⁶ Artikelen 35-37 van de wet van 4 september 2002 tot wijziging van de faillissementswet van 7 augustus 1997, het Gerechtelijke Wetboek en het Wetboek van vennootschappen, *BS* 21 september 2002; A. ZENNER, *Faillites et concordats 2002. La réforme de la réforme et sa pratique*, Brussel, Larcier, 2003, 362; 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, 72.

¹⁴⁷ J. VANANROYE, "Collectieve en individuele schade na faillissement: een kwestie van concrete schadebegroting", *RW* 2011-12, afl. 7, 371-374.

¹⁴⁸ Kh. Charleroi 16 december 1998, *TBH* 2000, 642.

¹⁴⁹ Gewezen bestuurders, feitelijke bestuurders, etc... Zie Luik 13 februari 2007, *RRD* 2007, 145; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van bestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 162-190; I. DE POORTER en H. DE WULF, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in VLAAMSE CONFERENTIE DER BALIE VAN GENT, *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, 221-226.

In de bestaande rechtspraak vindt men verschillende elementen waarmee een rechter rekening houdt, waaronder het tijdstip van het ontstaan van de schade of de daadwerkelijk veroorzaakte schade en zelfs met ‘ethische’ factoren.¹⁵⁰ De vordering kan wel slechts worden ingesteld bij een effectief faillissement van een handelsvennootschap¹⁵¹, wat voor een ruime inperking van het toepassingsgebied zorgt.¹⁵² Het dient tevens om een *grove* fout dient te gaan. Qua invulling van deze *grove* fout, zijn er twee strekkingen.¹⁵³ De meerderheidsstrekking vindt dat de algemene zorgvuldigheidsplicht van de *bonus pater familias* hier wordt aangevuld met een inbreuk op voor de vennootschap essentiële gedragsnormen, waardoor een onderscheid wordt gemaakt met het gemeen aansprakelijkheidsrecht.¹⁵⁴ De andere strekking is minder verre gaand: een fout die een redelijk, voorzichtig en vooruitziend bestuurder niet zou hebben begaan en die schade toebrengt aan de continuïteit van de vennootschap of ten minste aan belangrijke delen.¹⁵⁵ De voorkeur gaat uit naar laatstgenoemde strekking om het weinige verschil tussen artikel 1382 BW en art. 530 W.Venn. qua schuldeisersbenadelende handelingen in de nabijheid van insolventie te benadrukken. Daarnaast is een degelijke bedrijfseconomische verantwoording (die vanzelfsprekend het voortbestaan van de onderneming beoogt) voldoende om niet persoonlijk aansprakelijk te zijn, wat uit deze strekking des te beter blijkt.

¹⁵⁰ Zie Luik 11 mei 2001, *JT* 2002, 94 (tijdstip); Bergen 3 maart 2008, *RRD* 2008, 294 (daadwerkelijke schade) en Kh. Charleroi 8 september 1992, *RPS* 1993, 323 (morele elementen).

¹⁵¹ De zaakvoerders van kleinschalige BVBA's worden uitgesloten van het toepassingsgebied, zie artikel 265, §1, lid 2 W.Venn.

¹⁵² Niet mogelijk bij een vrijwillige vereffening, een reorganisatieprocedure of ten aanzien van het bestuur van een burgerlijke vennootschap; Zie bijvoorbeeld Kh. Tongeren 13 januari 2005, *RABG* 2005, 1570-1583, noot E. JANSSENS; Gent 6 november 2006, *DAOR* 2007, 208; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van bestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 166; H. 'T KINT, "Les responsabilités en cas de faillite et de liquidation volontaire", *DAOR* 1995, 19.

¹⁵³ E. JANSSENS, "De aansprakelijkheid van bestuurders in geval van faillissement en het bijzondere geval van artikel 530 W. Venn.", *RABG* 2005, afl. 17, 1583-1589.

¹⁵⁴ Zie Luik 4 april 2000, *JLMB* 2002, 820; Luik 11 mei 2001, *JT* 2002, 194; Luik 13 januari 2004, *DAOR* 2005, 52, noot D. GOL; Gent 9 mei 2005, *TRV* 2005, 480; Luik 30 april 2007, *TBH* 2008, 335; Luik 21 februari 2008, *RPS* 2009, 331; Kh. Charleroi 16 december 1998, *TBH* 2000, 642; Kh. Tongeren 13 januari 2005, *RABG* 2005, 1570, noot E. JANSSENS; Kh. Charleroi 8 september 1992, *RPS* 1993, 329; Rb. Gent 26 maart 1993, *TBH* 1993, 935; I. DE POORTER en H. DE WULF, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in VLAAMSE CONFERENTIE DER BALIE VAN GENT, *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, 222; J. WINDEY, "Incidence du concordat et de la faillite sur la responsabilité des administrateurs et des fondateurs", *TBH* 2001, 325; M. WYCKAERT en D. VAN GERVEN, "Kroniek Vennootschapsrecht 1999-2000", *TRV* 2000, 358.

¹⁵⁵ Y. MERCHERS, "Aansprakelijkheid van bestuurders in N.V. en B.V.B.A.", *TPR* 1986, 423; D. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, "Kroniek Vennootschapsrecht 1992-1993", *TRV* 1994, 439.

2.3.4. Actio pauliana

25. Het allerlaatste wapen uit het arsenaal van de curator is de actio pauliana. Daarnaast beschikt hij eveneens over andere instrumenten die verwant zijn met de pauliana, zoals art. 17-18 Faill.W., tegen handelingen verricht na de staking van betaling.¹⁵⁶ De gemeenrechtelijke actio pauliana (zie art. 1167 BW) en de faillissementspauliana (art. 20 Faill.W.) zijn in grote mate identiek.¹⁵⁷ Aangezien enkel de situatie wordt behandeld waar er ook effectief een faillissement plaatsvond, wordt de gemeenrechtelijke pauliana verder buiten beschouwing gelaten. De twee grootste verschilpunten tussen voormelde pauliaanse vorderingen zijn te vinden bij de toepassingsvoorwaarden en de uitvoering. Enerzijds dient er bij artikel 20 Faillissementswet slechts één vordering te bestaan voor het verrichten van de aangevochten handeling om aan de anterioriteitsvoorwaarde te voldoen.¹⁵⁸ Anderzijds is de curator de enige gerechtigde om dergelijke vordering in te stellen.¹⁵⁹ Vermits de curator hier de collectieve boedel vertegenwoordigt, leidt een succesvolle vordering tot de niet-tegenstelbaarheid ten opzichte van de boedel en komt dit onrechtstreeks alle schuldeisers ten goede.¹⁶⁰

Als de vennootschap een handeling verricht die de verhaalsmogelijkheden van de schuldeiser(s) benadeelt, kan deze beschikking dus mogelijks ontijdend worden door middel van de actio pauliana.¹⁶¹ Hierna volgt een korte uiteenzetting van de grondslag en voorwaarden van de actio pauliana in de drie mogelijke scenario's van schuldeisersbenadeling (verarmende handelingen, feitelijke vermindering van de verhaalsmogelijkheden en rangdoorbreekende handelingen) om de verschillen in beoordeling tussen de selectieve betalingen en andere handelingen aan te

¹⁵⁶ F. 'T KINT en W. DERIJCKE, *La faillite*, Brussel, Larcier, 2006, 279.

¹⁵⁷ Zie artikel 20 Faillissementswet; Cass. 9 juli 1953, *Pas.* 1953, 908; Cass. 15 maart 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 969; A. ZENNER, *Dépistage, faillites et concordats*, Brussel, Bruylant, 1998, 757; E. VAN CAMP en I. MERTENS, *Nieuwe wetgeving. Faillissement anno 2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, 100 en F. 'T KINT en W. DERIJCKE, *La faillite*, Brussel, Larcier, 2006, 279.

¹⁵⁸ E. VAN CAMP en I. MERTENS, *Nieuwe wetgeving. Faillissementswet anno 2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, 100; F. 'T KINT en W. DERIJCKE, *La faillite*, Brussel, Larcier, 2006, 280.

¹⁵⁹ Cass. 11 januari 1988, *RW* 1987-88, 1406; Bergen 11 oktober 2005, *JLMB* 2006, 1354; Antwerpen 26 juni 1990, *RW* 1990-91, 995; Kh. Luik 19 oktober 1995, *TBH* 1997, 632; Kh. Brussel 30 mei 1995, *TBH* 1996, 459 en Kh. Dendermonde 9 december 1993, *TBH* 1997, 103; B. WINDEY, *Handels- en economisch recht. Commentaar met rechtspraak en rechtsleer*, België, Kluwer, 22; E. VAN CAMP en I. MERTENS, *Nieuwe wetgeving. Faillissementswet anno 2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, 100.

¹⁶⁰ Cass. 11 januari 1988, *RW* 1987-88, 1406; Cass. 17 oktober 1991, *TBH* 1992, 299; J. VANANROYE, "Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en handhaving", *TRV* 1999, 161; I. BANMEYER, "L'action paulienne et la tierce complicité", in X, *La théorie générale des obligations*, Luik, Formation permanente, CUP, 1998, 259 en B. WINDEY, *Handels- en economisch recht. Commentaar met rechtspraak en rechtsleer*, België, Kluwer, 22.

¹⁶¹ J. VANANROYE en L. MARIËN, "Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht" in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheeußen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 116-118, nr. 9.

tonen. Later zien we dat door de beperkingen van de actio pauliana veelal gebruik wordt gemaakt van de onrechtmatige daad of de kennelijk grove fout, maar een bespreking van deze figuur dringt zich op omdat de actio pauliana veruit het meest uitgewerkte mechanisme omtrent schuldeisersbenadeling is en kan leiden tot duidelijkere inzichten bij het bewijzen van de fout bij art. 1382 BW of art. 530 W.Venn.¹⁶²

2.3.4.1. Grondslag: de onrechtmatige daad

26. De concrete invulling van de pauliana wordt overgelaten aan de rechtspraak en rechtsleer.¹⁶³ Omtrent de juridische grondslag van de toepassing bestaat nog veel discussie. Volgens de traditionele en heersende opvatting is deze vordering een verlengstuk van de buitencontractuele aansprakelijkheid, waardoor het zodoende ook onderworpen is aan de verjaringstermijn van artikel 2262bis, §1, tweede en derde lid van het Burgerlijk Wetboek.¹⁶⁴ Naar mijn mening is het correct te redeneren dat de partijen die een paulianeuze handeling verrichten een onrechtmatige daad begaan. De vordering strekt ertoe de gevolgen van deze (quasi-delictuele) handeling ongedaan te maken.¹⁶⁵ Het benadelen van de schuldeiser(s), door de verhaalsmogelijkheden te verminderen of te bemoeilijken, maakt vanzelfsprekend een onrechtmatige daad uit. Daarnaast ligt de schade voor de hand en is het oorzakelijk verband ook duidelijk. De sanctie (niet-tegenstelbaarheid) ziet men als een herstel in natura van de schade die de schuldeisers geleden hebben.¹⁶⁶ Anders oordelen, zoals mevrouw Lenaerts die de *fraus omnia corrumpit* als grondslag vooropstelt, zou in strijd zijn met de opvattingen die

¹⁶² Zie *infra*, randnummer 34.

¹⁶³ I. VERVOORT, “De Pauliana naar Belgisch en Nederlands recht” in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen – Groningen, Intersentia, 2005, nr. 5.

¹⁶⁴ Cass. 6 november 1902, *Pas.* 1903, 25; F. CORYN, “De derde medeplichtigheid van de verkrijger ten bezwarende titel als voorwaarde voor het welslagen van de pauliaanse vordering” (noot onder Gent 12 maart 2003), *TBBR* 2005, 150; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge. Les obligations, Tome III*, Brussel, Bruylant, 1967, 227; D. DEVOS, “La réparation du préjudice du créancier demandeur à l’action paulienne” (noot onder Cass. 15 mei 1992), *RCJB* 1995, 320; E. DIRIX, “De vergoedende functie van de actio Pauliana” (noot onder Cass. 15 mei 1992), *RW* 1992-1993, 331-332; en S. STIJNS, “Contractanten en derden: derde-medeplichtigheid en actio pauliana, sterkmaking en schijnverteenwoordiging, derdenbegunstiging” in S. STIJNS (ed.), *Verbintenissenrecht, Themis School voor Postacademische Juridische vorming*, Brugge, die Keure, 2003, (25) 38-41; Voor de verjaringstermijn, zie S. BAR en C. ALTER, “Les effets du contract” in *Pratique du droit*, Waterloo, Kluwer, 2006, 160.

¹⁶⁵ H. SINAY, “Action paulienne et responsabilité délictuelle à la lumière de la jurisprudence récente”, *Rev. trim. dr. civ.* 1948, 183.

¹⁶⁶ J. ROODHOOFT, “De actio pauliana”, in J. ROODHOOFT, *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 1998, nr. 2066.

momenteel rond de actio pauliana bestaan.¹⁶⁷ Evenwel zal het beginsel *Fraus*, ondanks het feit dat het niet als basis fungeert voor de pauliaanse vordering, wel zijn nut bewijzen als grondslag voor de te bewijzen wetenschap om bestuurders alsnog aansprakelijk te stellen voor verplichte selectieve betalingen.¹⁶⁸

2.3.4.2. Voorwaarden

27. Voor een succesvolle pauliaanse vordering zijn er traditioneel vier voorwaarden: anterioriteit, benadeling van de schuldeiser, wetenschap van de benadeling en derde-medeplichtigheid.¹⁶⁹ Ten eerste dient ten minste één vordering van de schuldeiser(s) reeds te bestaan, zonder evenwel vaststaand of opeisbaar te zijn¹⁷⁰, voordat de handeling van de schuldenaar de rechten van zijn schuldeiser(s) miskent.¹⁷¹

28. Ten tweede is er de materiële voorwaarde waarbij de verhaalsmogelijkheden dienen verminderd te zijn. Het volstaat zelfs al dat de executiemogelijkheden van de schuldeiser worden bemoeilijkt.¹⁷² Zoals het Hof van Beroep te Antwerpen het formuleerde, kunnen ze bijvoorbeeld “*makkelijker beslag leggen op een onroerend goed dan op een eenvoudig verkoopbaar en dus potentieel moeilijk op te sporen roerend goed*”.¹⁷³ Naast deze feitelijke benadeling zijn er nog twee andere denkpijlers mogelijk. Deze zullen zich in principe enkel voordoen wanneer de vennootschap een negatief eigen vermogen heeft, doordat de benadeling dan pas voelbaar wordt. Enerzijds kan er een verarming in bedrijfseconomische zin plaatsvinden, waarbij de passiva aangroeien of de activa verminderen in de onderneming.¹⁷⁴

¹⁶⁷ Zie A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, 51 e.v.; Voor een zeer correcte weergave van de hinderpalen die dergelijke opvatting met zich meebrengt, zie J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 120-128, nr. 12 en 14.

¹⁶⁸ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 126-128, nr. 14.

¹⁶⁹ In randnummer 31 zullen we zien dat het belangrijk is hier een andere zelfstandige voorwaarde aan vast te koppelen.

¹⁷⁰ Over het vaststaan: Cass. 19 maart 1998, *RW* 1998-1999, 1178, noot K. VAN RAEMDONCK; Cass. 20 maart 2008, *RW* 2008-09, 362; Over het opeisbaar zijn: Gent 23 februari 1999, *AJT* 1999-2000, 552 en Brussel 19 oktober 1998, *TBBR* 2001, 145, noot S. LOOSVELD.

¹⁷¹ Cass. 3 oktober 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 117; Cass. 19 maart 1998, *RW* 1998-99, 1177, noot K. VAN RAEMDONCK.

¹⁷² Als het goed minder vatbaar wordt voor executie, noemt men dit feitelijke benadeling. Cass. 5 januari 2006, *RW* 2008-09, 36; A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, 124.

¹⁷³ Antwerpen 16 november 2009, *NJW* 2010, 668, noot C. LEBON.

¹⁷⁴ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 118-119, nr. 10.

Denk bijvoorbeeld aan een handeling waarbij een onroerend goed voor een prijs ver onder zijn werkelijke waarde wordt verkocht. Anderzijds kan er een doorbraak van de schuldeisersrangorde plaatsvinden.¹⁷⁵ De schuldenaar verarmt zichzelf niet doordat zowel de activa als passiva gelijktijdig verminderen, maar schuldeisers zullen hun weg tot betaling bemoeilijkt of afgesloten zien. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij selectieve betalingen van enkele schuldeisers of welbepaalde schuldeisers helemaal niet betalen.¹⁷⁶

29. Ten derde is er een subjectief element: de wetenschap van benadeling. De schuldeiser of curator dient aan te tonen dat de schuldenaar wist dat hij met dergelijke handeling(en) zijn schuldeisers benadeelde.¹⁷⁷ Sommigen, zoals I. SAMOY, verdedigen zelfs het standpunt waarbij het weten uitgebreid wordt tot het behoren te weten.¹⁷⁸ Het objectieve bedrog dat men hier in beginsel dient te bewijzen moet men onderscheiden van het subjectieve bedrog.¹⁷⁹ Men moet geenszins een intentie om opzettelijk en kwaadwillig schade toe te brengen aanwijzen bij de schuldenaar.¹⁸⁰ Er is voldaan aan deze voorwaarde als de handeling op zich abnormaal is en de schuldenaar hierbij wist of behoorde te weten dat hij zijn schuldeisers ging benadelen.¹⁸¹ Wanneer er geen verantwoording bestaat binnen het normale beheer van een vermogen, is een handeling in principe abnormaal.¹⁸² De rechter zal bijvoorbeeld letten op het tijdstip van de handeling, de eventuele haast en vanzelfsprekend ook op de aard van de handeling.¹⁸³ De

¹⁷⁵ J. VANANROYE en L. MARIËN, "Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht" in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheeuwssen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 118-119, nr. 10.

¹⁷⁶ In randnummer 38 e.v. zien we dit type van handeling uitgebreider.

¹⁷⁷ I. BANMEYER, "L'action paulienne et la tierce complicité: points de contact" in X., *La théorie générale des obligations*, Formation permanente CUP, Luik, 1998, nr. 2.

¹⁷⁸ I. SAMOY, «Over de pauliaanse vordering en de vraag hoe uitzonderlijk de uitzonderingen zijn op de anterioriteitsvoorwaarde» (noot onder Rb. Luik 10 september 2000), *TBH* 2000, 384, nr.7; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 229.

¹⁷⁹ Bij het uitvoeren van verplichte handelingen zal daarentegen wel het subjectief bedrog worden vereist (zie *infra*, randnummer 31).

¹⁸⁰ Luik 28 juni 1996, *Pas.* 1995, 100.

¹⁸¹ Cass. 15 maart 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 969; Bergen 12 maart 1980, *Pas.* 1980, 63; Brussel 22 september 1986, *TBH* 1989, 244; Brussel 11 oktober 1999, *TRV* 2001, 320, noot M. WAUTERS; Gent 2 januari 2001, *DAOR* 2001, 49, noot G. BALLON en Rb. Hasselt 23 april 2001, *RW* 2003-04, 1350; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations, III, Régime général de l'obligation. Théorie des preuves*, Brussel, Bruylant, 2010, 2124.

¹⁸² Bijvoorbeeld: 19 september 1978, *Rev. not. b.* 1979, 44; Luik 6 februari 2002, *JT* 2002, 407; K. RAYMAEKERS, *De actio pauliana en enkele van haar toepassingsgevallen*, 2011, Masterscriptie KuLeuven, 19-20.

¹⁸³ C. CAUFFMAN, "De pauliaanse vordering" in X., *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, IV. Commentaar Verbintenissenrecht, Titel I. Verbintenissen in het algemeen*, Kluwer, losbl.

invulling van het (ab)normale karakter en het subjectieve element zullen in de drie gevallen van benadeling steeds anders zijn.¹⁸⁴

Bij een verarming in bedrijfseconomische zin dient het (ab)normale karakter getoetst te worden aan de verarming, want er kan geen sprake zijn van een abnormale handeling als er geen verarming was. In dergelijk geval is er geen paulianeuze handeling voorhanden. Indien er wel een abnormale (verarmende) handeling is, dient de subjectieve ingesteldheid van de schuldenaar bijkomend onderzocht te worden aan de hand van twee zaken: de kennis van de verarming en de mogelijke insolventie.¹⁸⁵ Indien er reeds sprake is van insolventie op het moment van de handeling zal dit gemakkelijk aan te tonen zijn. Toch zal er vaak een periode liggen tussen de handeling en de uiteindelijke insolventie, waardoor het aantonen van deze kennis van de verarming en (mogelijke) insolventie een veel moeilijkere opdracht is. Naarmate de impact van de verarming in bedrijfseconomische zin groter is, zal de voorwaarde waarbij de schuldenaar had moeten weten dat de insolventie zeer voorzienbaar en realistisch werd sneller zijn vervuld. Aan deze bewijslast wordt deels tegemoet gekomen doordat een dergelijke tijdsperiode grotendeels gedekt wordt door de verdachte periode en de vorderingen aangereikt door artikel 17 en 18 Faill.W.¹⁸⁶

In het geval van feitelijke vermindering van de verhaalsmogelijkheden zal er niet enkel rekening worden gehouden met de twee bovenvermelde zaken, maar bovendien ook met de kennis van een op handen zijnde uitwinning.¹⁸⁷ Is een bestuurder bijvoorbeeld op de hoogte van het feit dat een schuldeiser beslag gaat leggen op een goed, is deze voorwaarde voldaan. Voor het overige gelden bovenstaande regels ook.

Bij een doorbraak in rangorde, waarbij er geen effectieve verarming plaatsvindt, bestaat de wetenschap van benadeling bij een abnormale handeling dan ook enkel uit kennis van een actuele of een redelijkerwijze onafwendbare insolventie. Het al dan niet abnormaal karakter

¹⁸⁴ De verarming, de feitelijke vermindering en de doorbraak in rangorde; J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheeußen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 120-125, nr. 12.

¹⁸⁵ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheeußen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 120-125, nr. 12.

¹⁸⁶ Zie *infra*, randnummer 32.

¹⁸⁷ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheeußen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 120-125, nr. 12.

heeft vooral betrekking op handelingen juist voor de daadwerkelijke insolventie. Bij een selectieve betaling zal de “voorkruiper” moeten bewijzen dat zijn bevoordeling ten opzichte van de andere schuldeisers gerechtvaardigd is om zodoende de continuïteit van de vennootschap te verzekeren.¹⁸⁸

30. Tenslotte dient er voor een succesvolle pauliaanse vordering derde-medeplichtigheid te worden aangetoond. De meerderheidsopvatting besluit dat het op de hoogte zijn van de schuldeisersbenadelende handeling bij een nakende insolventie voldoende is, waardoor er hier eveneens geen sprake is van het aantonen van een intentie.¹⁸⁹ Als de derden bijvoorbeeld *insiders* zijn, zoals familieleden of een bestuurder van de vennootschap zal een dergelijke wetenschap bewijzen vanzelfsprekend verlicht worden.¹⁹⁰ Een bestuurder wordt dan ook geacht steeds op de hoogte te zijn van de financiële situatie van de vennootschap.¹⁹¹

31. Daarnaast lijkt het opportuun om, naar Nederlands model, aan deze vier voorwaarden een bijkomende autonome voorwaarde vast te koppelen: het onverplicht karakter van de betwiste handeling.¹⁹² Normalerweise wordt deze in België behandeld binnen het kader van de voorwaarde omtrent de benadelingswetenschap van de schuldenaar omdat de vrije wil eigenlijk inherent is aan ‘bedrog’. Desalniettemin is het relevant om afzonderlijk na te gaan of er al dan niet een verplicht karakter van de bestreden handeling aanwezig is.¹⁹³ Deze voorwaarde zal voornamelijk zijn nut bewijzen in het geval van handelingen die de doorbraak van de rangorde bewerkstelligen. Bijvoorbeeld bij selectieve betalingen zal het voldoen van een schuld op dergelijke wijze slechts paulianeus kunnen zijn, als het een betaling betreft van een juridisch onverplichte schuld, *in concreto* een niet-opeisbare schuld (waarbij slechts een objectief bedrog dient bewezen te worden).¹⁹⁴ Betalingen van opeisbare schulden zullen in beginsel niet

¹⁸⁸ E. DIRIX, “Grenzen van de wilsautonomie inzake zakelijke zekerheidsrechten” in X, *Bijzondere overeenkomsten*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008, Kluwer, 2008, 149.

¹⁸⁹ Cass. 15 maart 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 969; Cass. 26 oktober 1989, *Rev. Liège* 1990, 4; Rb. Hasselt 13 maart 2000, *TBBR* 2001, 629; Rb. Brugge 26 juni 2000, *RW* 2001-02, 282; Rb. Hasselt 23 april 2001, *RW* 2003-2004, 1350; Antwerpen 16 december 1987, *T. Not.* 1988, 366; Luik 25 april 1988, *Rev. Liège* 1988, 1312 en Rb. Ieper 10 april 1985, *T. Not.* 1987, 25; Brussel 19 oktober 1998, *TBBR* 2001, 145, noot S. LOOSVELD; Bij het uitvoeren van verplichte handelingen zal daarentegen wel het subjectief bedrog worden vereist (zie *infra*, randnummer 31).

¹⁹⁰ Zogeheten *sweetheart deals*.

¹⁹¹ M. WYCKAERT, en F. PARREIN, “Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid?”, *Themis* 2011, (1) 32.

¹⁹² J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 125-126, nr. 13.

¹⁹³ Kijk bijvoorbeeld naar artikel 17,2° Faill.W. waar verplichte handelingen uitgesloten worden en tegelijkertijd een loskoppeling plaatsvindt met het bedrog aangezien er geen wordt vereist.

¹⁹⁴ T.J. MELLEMA-KRANENBURG, *De actio Pauliana*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1996, 17 e.v.

paulianeus zijn, omdat ze verplicht uit te voeren waren. Echter, indien men de intentie had om te benadelen (subjectief bedrog), kan men zich als benadeelde toch beroepen op de *actio pauliana*. De bewijslast ligt hier dus gevoelig hoger. Zo zouden vooral *sweet heart deals* met *insiders* in het vizier van de pauliaanse vordering komen.¹⁹⁵

2.3.4.3. Artikelen 17-18 Faillissementswet

32. Om volledigheid na te streven worden ook summier de artikelen 17 en 18 Faillissementswet aangehaald, vermits de voorwaarden minder zwaar wegen en de gevolgen uiteindelijk dezelfde zijn. Hierdoor noemt men deze artikelen wel eens de “vereenvoudigde pauliana”. In art. 17 Faill.W. worden drie concrete handelingen opgesomd die niet tegenstelbaar zijn, indien ze werden begaan na de staking van betaling (verdachte periode): (1) handelingen geheel of gedeeltelijk om niet of betalingen van niet vervallen schulden, anders dan door schuldvergelijking, (2) de gewone inbetalinggeving en (3) zekerheden gevestigd wegens vroegere schulden.¹⁹⁶ Het enkele feit dat de handeling effectief gesteld is tijdens de verdachte periode is voldoende voor de rechter zodat de handeling niet meer kan worden tegengeworpen aan de boedel. Artikel 18 daarentegen is de *catch all*-bepaling die alle andere handelingen, welke ontsnappen aan de grijparmen van artikel 17, toch niet-tegenstelbaar laat verklaren indien aan drie voorwaarden is voldaan: een benadeling, een vermindering van het actief en tot slot dat de derde op de hoogte is van de staking van betaling door de schuldenaar.¹⁹⁷ Men dient er dus wel op te letten dat beide artikelen slechts van toepassing zijn op handelingen die in de verdachte periode zijn begaan, terwijl artikel 20 onbeperkt in de tijd geldt.

¹⁹⁵ J. VANANROYE, “Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en -handhaving”, *TRV* 1999, 160-161.

¹⁹⁶ K. RAYMAEKERS, *De actio pauliana en enkele van haar toepassingsgevallen*, 2011, Masterscriptie KuLeuven, 43-44.

¹⁹⁷ K. RAYMAEKERS, *De actio pauliana en enkele van haar toepassingsgevallen*, 2011, Masterscriptie KuLeuven, 43-44.

2.4. Pauliaanse onrechtmatige daadsvordering

33. Deze verschillende instrumenten voor de curator en/of de schuldeiser lijken op het eerste zicht voldoende om de schuldeisersbenadeling terug te draaien. Toch dragen deze instrumenten, zoals de *actio pauliana* en de gehanteerde efficiëntiecriteria in de kennelijk grove fout en onrechtmatige daad (zoals de algemene zorgvuldigheidsnorm) intrinsiek wat beperkingen met zich mee. Een beroep doen op de figuur van de onrechtmatige daad, geïnspireerd door de *actio pauliana*, zal op vele vlakken makkelijker en duidelijker werken. Bij de kennelijk grove fout wordt de algemene zorgvuldigheidsnorm aangevuld met een inbreuk op voor de vennootschap essentiële gedragsnormen, waardoor in beginsel een onderscheid wordt gemaakt met het gemeen aansprakelijkheidsrecht.¹⁹⁸ De uiteenzetting in hoofdstuk 2.4.3. zal evenwel op gelijke wijze toepasbaar zijn op de kennelijk grove fout, aangezien de drempel van de gemeenrechtelijke onrechtmatige daad bij een nakende insolventie (na een invulling door de *actio pauliana* van de algemene zorgvuldigheidsnorm) tot een hoger niveau wordt getild.¹⁹⁹

2.4.1. Beperkingen van de *actio pauliana*

34. Ten eerste blijkt het vennootschapsbelang op vele vlakken een striktere grens op te leggen als de *actio pauliana* bij interne vorderingen. Zoals in hoofdstuk 1.2 heeft een bestuurder niet de mogelijkheid om voor eigen rekening vrij te beschikken over de *assets* van de vennootschap. Hij dient steeds te handelen in het belang van de vennootschap.²⁰⁰ Vele vorderingen op grond van de *actio pauliana* waarbij enkel natuurlijke personen betrokken zijn, worden reeds ingedeeld onder de mechanismen van schending van het vennootschapsbelang.²⁰¹ Het handelen als bestuurder heeft een werkelijk doel voor ogen: het beste voor de vennootschap zelf beogen. Bovendien heeft het vennootschapsbelang als niet te missen voordeel dat dit ten allen tijde dient gerespecteerd te worden, waardoor het aantonen van kennis omtrent een mogelijke insolventie

¹⁹⁸ Zie Luik 4 april 2000, *JLMB* 2002, 820; Luik 11 mei 2001, *JT* 2002, 194; Luik 13 januari 2004, *DAOR* 2005, 52, noot D. GOL; Gent 9 mei 2005, *TRV* 2005, 480; Luik 30 april 2007, *TBH* 2008, 335; Luik 21 februari 2008, *RPS* 2009, 331; Kh. Charleroi 16 december 1998, *JDSC* 2002, 209; Kh. Tongeren 13 januari 2005, *RABG* 2005, 1570, noot E. JANSSENS; Kh. Charleroi 8 september 1992, *RPS* 1993, 329; Rb. Gent 26 maart 1993, *TBH* 1993, 935; I. DE POORTER en H. DE WULF, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in VLAAMSE CONFERENTIE DER BALIE VAN GENT, *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, 222.

¹⁹⁹ Zie *infra*, randnummer 38 e.v.

²⁰⁰ Zie *supra*, randnummer 8.

²⁰¹ J. VANANROYE en L. MARIËN, "Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht" in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 140-141, nr. 28.

niet vereist is voor een eventuele schending van het vennootschapsbelang te bekomen.²⁰² De bewijslast wordt zo substantieel verminderd in vergelijking met de voorzienbare insolventie die aangetoond dient te worden door de curator indien hij zijn vordering baseert op de actio pauliana.

Daarnaast is de vordering in beginsel slechts gericht tot de begunstigde van de onrechtmatige betaling. Indien men niet kan aantonen dat hij derde-medeplichtig was, stopt het verhaal hier en kan men de actio pauliana niet meer gebruiken voor een eventueel herstel van de oorspronkelijke toestand.²⁰³ Indien het wel mogelijk is zijn betrokkenheid aan te tonen, zal de actio pauliana in beginsel enkel een herstel in natura beogen. De overdracht zal niet-tegenstelbaar zijn, waardoor de begunstigde de gevolgen zal dragen. Slechts indien dit herstel niet meer mogelijk is, kan men zich beroepen op een herstel bij equivalent (het betalen van een vervangende schadevergoeding).²⁰⁴ Wanneer de desbetreffende schuldeisers geen beroep willen doen op een herstel in natura, is het aan te raden dat zij kiezen voor een aansprakelijkheidsvordering waarbij zij een geldelijke schadevergoeding bij een solvabele tegenpartij kunnen eisen.

Bijkomend kan een bestuurder een schuld voldoen met het geven van (een deel van) een goed dat slechts bedrijfseconomisch gezien wordt als een goed, zoals de *goodwill* of cliënteel.²⁰⁵ Dit wordt beschouwd als een surplus bovenop de waarde van de juridische (on)lichamelijke vennootschapsactiva. Doordat het zakenrechtelijk gezien helemaal geen goed is, kan men er geen beslag op leggen, indien het onrechtmatig uit de vennootschap wordt gehaald.²⁰⁶ De actio pauliana blijft zo eigenlijk zonder gevolg.

²⁰² J. VANANROYE en L. MARIËN, "Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht" in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheeuwssen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 140-141, nr. 28.

²⁰³ Cass. 15 maart 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 969; Cass. 26 oktober 1989, *Rev. Liège* 1990, 4; Rb. Hasselt 13 maart 2000, *TBBR* 2001, 629; Rb. Brugge 26 juni 2000, *RW* 2001-02, 282; Rb. Hasselt 23 april 2001, *RW* 2003-2004, 1350; Antwerpen 16 december 1987, *T. Not.* 1988, 366; Luik 25 april 1988, *Rev. Liège* 1988, 1312 en Rb. Ieper 10 april 1985, *T. Not.* 1987, 25; Brussel 19 oktober 1998, *TBBR* 2001, 145, noot S. LOOSVELD.

²⁰⁴ V. SAGAERT. "De gevolgen van de actio pauliana en haar band met de ongerechtvaardigde verrijking", *TBBR* 2001, 574.

²⁰⁵ D. MERTENS, "Bescherming van cliënteel", *RW* 2010-11, 1468, nr. 15.

²⁰⁶ J. VANANROYE en L. MARIËN, "Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht" in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheeuwssen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 112-113, nr. 4.

Daarenboven zal de bestuurder bijna altijd de initiator zijn van de onrechtmatige handeling en zullen schuldeisers en de curator zich vooral tot hem willen richten en verantwoordt dit in beginsel niet de zware impact die de begunstigde dient te ondergaan: het geld teruggeven. De begunstigde heeft de verkregen gelden misschien al een geruime tijd niet meer in zijn bezit of deze te goeder trouw verkregen. Deze zware restitutieplicht ten gevolge van een actio pauliana leidt er ook toe dat de rechter zich eerder terughoudend zal opstellen en twee keer zal nadenken vooraleer hij een handeling als paulianeus bestempelt.

Tenslotte is de vordering bij een faillissementsverklaring het monopolie van de curator (zie artikel 20 Faillissementswet).²⁰⁷ Hét kenmerk van het faillissement is net dat de verhaalrechten van de gezamenlijke schuldeisers niet langer individueel kunnen worden uitgeoefend, maar collectief worden toevertrouwd aan de curator.²⁰⁸ Aangezien de pauliaanse vordering een accessorium is van deze verhaalsrechten, is deze vordering hetzelfde lot beschoren.²⁰⁹ Hierdoor kan een schuldeiser bij een faillissement, indien er individuele schade is, zich niet richten tot de bestuurder met de faillissementspauliana. Hij zal beroep moeten doen op een andere vordering, zoals de kennelijk grove fout of de onrechtmatige daad.

2.4.2. Beperkingen van vorderingen gebaseerd op de algemene zorgvuldigheid

35. Door de beperkingen van de actio pauliana laten de curator en de schuldeisers hun oog vooral vallen op de aansprakelijkheidsvordering *ex* 1382 BW of 530 W.Venn.²¹⁰ Onderstaande uiteenzetting beperkt zich evenwel tot de onrechtmatige daad, maar de behandelde beperkingen die uit de onrechtmatige daad voortvloeien komen op eenzelfde wijze voor bij de kennelijk grove fout.

²⁰⁷ Cass. 1 juni 1876, *Pas.*, 1876, I, 291; Cass., 11 januari 1988, *RW* 1987-88, 1406.

²⁰⁸ Kh. Brussel 2 februari 1993, *TRV*. 1994, 293; J. VANANROYE, „Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en handhaving”, *TRV* 1999, 163, nr. 15; F.M.J. VERSTIJLEN, *De faillissementscurator : een rechtsvergelijkend onderzoek naar de taak, bevoegdheden en persoonlijke aansprakelijkheden van de faillissementscurator*, Tilburg, Katholieke Universiteit Brabant, 1998, 119; H. GEINGER, “Overzicht van rechtspraak. Het faillissement en het gerechtelijk akkoord. (1990-1995)”, *TPR* 1996, (909) 1024, nr. 139.

²⁰⁹ Kh. Dendermonde 9 december 1993, *TBH* 1997, 103.

²¹⁰ Zie *supra*, randnummer 33.

Bestuurders begaan een onrechtmatige daad indien ze ofwel een inbreuk plegen op een wettelijk voorgeschreven norm dan wel op de algemene zorgvuldigheidsnorm.²¹¹ Voor dit soort daden zijn zij aansprakelijk tegenover de vennootschap of derden. Gezien de materie in deze masterscriptie, zullen schuldeisersbenadelende handelingen op dit vlak voornamelijk aangeklaagd worden via de algemene zorgvuldigheidsnorm. Deze norm, gelet op de specificiteit van het ondernemen, werd door de heren VAN RYN en DIEUX omschreven als volgt: *“Selon les principes généraux de la responsabilité civile, celui qui assume un rôle déterminé dans la société et se charge ainsi de remplir une certaine fonction sociale, doit en effet posséder les connaissances et les qualités requises pour l’exercice normal de cette fonction. Les tiers ont le droit de compter que cette exigence sera respectée, ce qui signifie essentiellement que leur confiance légitime ne peut pas être trompée par les agissements qui sont susceptibles de leur nuire et qui témoignent d’une ignorance, d’une insouciance voire même d’une déloyauté incompatibles avec l’exercice normal d’une activité déterminée.”*²¹² Zowel bij de beoordelingscriteria en de marginale toetsing van de rechter is op te merken dat de vaagheid en de *in concreto*-benadering zeer tegendraadse gevolgen hebben.

2.4.2.1. De beoordelingscriteria

36. Indien men kijkt naar de beoordeling door de rechtspraak ziet men dat rechters tegelijkertijd zeer streng en toch begripvol kunnen zijn gezien de fragiele positie van de bestuurders.²¹³ Een onderneming is de dag van vandaag dan ook meer dan alleen een samenstelling van activa en passiva dat louter geldgewin tot doel heeft.²¹⁴ De rechtspraak houdt er rekening mee dat de beleidsvrijheid van bestuurders zeer groot is en dat risico's inherent zijn aan het ondernemen zelf. Natuurlijk impliceert een risico mogelijks een vergissing, maar een vergissing dient niet

²¹¹ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 345; K. GEENS e.a., “Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1999-2010”, *TPR* 2012, 192.; B. TILLEMANS en M. VANDENBOGAERDE, ‘Nieuwe bestuurdersaansprakelijkheid ten aanzien van de fiscus en de rsz’ in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMANS en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 78.

²¹² J. VAN RYN en X. DIEUX, ‘La responsabilité des administrateurs ou gérants d’une personne morale à l’égard des tiers. Observations complémentaires’, *RPS* 1989, 95.

²¹³ G. HERMANS, T. DELWICHE, F. HELSEN, “Het actief van het faillissement – De aansprakelijkheid tegen bestuurders/zaakvoerders na discontinuïteit”, in X., *Faillissement & Reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, losbl., II.G.20-19.

²¹⁴ G. HERMANS, T. DELWICHE, F. HELSEN, “Het actief van het faillissement – De aansprakelijkheid tegen bestuurders/zaakvoerders na discontinuïteit”, in X., *Faillissement & Reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, losbl., II.G.20-15-17.

noodzakelijk gelijkgeschakeld te worden met een fout.²¹⁵ De rechtspraak onderzoekt zodoende hoe een normaal voorzichtig en redelijk bestuurder, in dezelfde feitelijke omstandigheden geplaatst, zou hebben gehandeld.²¹⁶ Hoewel dit in beginsel *in abstracto* gebeurt (zonder enige persoonlijke kenmerken en hoedanigheden), heeft het Hof geoordeeld dat men bij de toetsing rekening kan houden met de functie en kwalificatie van de bestuurder in kwestie.²¹⁷ De rechter mag bij zijn beoordeling dus aandacht hebben voor het vrijwillig karakter²¹⁸ en de leeftijd van de bestuurder.

Deze verregaande individualisering door het Hof van Cassatie komt de rechtszekerheid zeker niet ten goede.²¹⁹ Rechtsregels zijn er voor gelijkheid en voorspelbaarheid, niet om willekeur te veroorzaken. Door deze doorgedreven *in concreto* benadering kan niemand tot op heden *ex ante* uitleggen hoe de normaal voorzichtig en redelijk bestuurder handelt in elke type-situatie.²²⁰ Een bestuurder zal in het huidige systeem pas weten dat hij fout heeft gehandeld indien er ofwel reeds een (gepubliceerde) uitspraak was over exact dezelfde situatie ofwel wanneer hij *ex post* veroordeeld wordt.²²¹ Gezien de afhankelijkheid van de concrete omstandigheden en de te ruime beoordelingsvrijheid van de rechters, kan het huidige systeem wat verheldering gebruiken zodat bestuurders van tevoren al enige notie hebben van wat al dan niet toegelaten is. Bovendien lopen integere bestuurders het risico van veroordeeld te worden, indien er geen duidelijke criteria, geen duidelijke houvast is voor de rechters om de situatie te beoordelen. Enkel en alleen de schurken moeten het doelwit worden van dergelijke veroordelingen.

2.4.2.2. De marginale toetsing

37. In de toetsing door de rechtspraak heeft het (te) ruime begrip van de zorgvuldigheidsnorm ook een zeer vreemd effect: men straft enkel diegene die flagrant de bloemetjes buiten zet (marginale toetsing). Door de beleidsvrijheid van ondernemers te erkennen en het feit dat

²¹⁵ H. VANDENBERGHE, "Het aquiliaans foutbegrip" in X., *Onrechtmatige daad, actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer 1980, 8; R. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile, I, les causes de la responsabilité*, Brussel, Larcier, 1967, 166, nr. 262.

²¹⁶ R. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile, I, les causes de la responsabilité*, Brussel, Larcier, 1967, 166, nr. 262.

²¹⁷ Cass. 5 juni 2003, *TBBR* 2005, 110, noot B. WEYTS.

²¹⁸ Zoals een niet-opeisbare schuldvordering betalen.

²¹⁹ G. HERMANS, T. DELWICHE, F. HELSEN, "Het actief van het faillissement – De aansprakelijkheid tegen bestuurders/zaakvoerders na discontinuïteit", in X., *Faillissement & Reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, losbl., II.G.20-22.

²²⁰ M.J. KROEZE, "Bange bestuurders", *Ondernemingsrecht* 2006, nr. 8.3.

²²¹ Voor een overzicht van fouten in de zin van art. 1382 BW, zie G. HERMANS, T. DELWICHE, F. HELSEN, "Het actief van het faillissement – De aansprakelijkheid tegen bestuurders/zaakvoerders na discontinuïteit", in X., *Faillissement & Reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, losbl., II.G.20-28 e.v.

rechters zich moeten hoeden voor een *ex post* beoordeling, lijkt het voor rechters een zeer moeilijke afweging om te beslissen of het al dan niet een onrechtmatige daad was, want zij zijn nu eenmaal geen ondernemers.²²² De rechtvaardiging hiervoor is het feit dat we bestuurders niet zo bang mogen maken dat ze eventueel risicovolle, maar zeer waardevolle projecten links laten liggen.²²³ Jammerlijk genoeg heeft de rechter bij zijn beoordeling weinig houvast aan de vage zorgvuldigheidsnorm, waardoor de rechter zich (te) terughoudend opstelt. Dit komt schuldeisers die in aanraking komen met onrechtmatige betalingen zeker niet ten goede. Tevens zullen bestuurders misschien te risicomijdend zijn, aangezien men zeker buiten de grijparmen van de zorgvuldigheidsnorm willen blijven.²²⁴ Indien we deze grijze zone bij een nakende insolventie wat verhelderen, zal dit zowel de *self-assessment* door de bestuurder als de beoordeling door de rechter vergemakkelijken en systematiseren. De mazen van het net blijken voorlopig te groot voor alle betrokken partijen.

2.4.3. Demystificatie wegens de pauliaanse onrechtmatige daadsvordering

2.4.3.1. Inleiding

38. Een duidelijkere norm komt alle betrokken partijen ten goede. Enerzijds zijn bestuurders beter geïnformeerd over wat ze al dan niet kunnen doen bij een nakende insolventie, anderzijds zullen rechters zich minder terughoudend opstellen en een schending van de verbeterde norm sneller opmerken. Bovendien zal het leiden tot een meer rechtvaardige behandeling van schuldeisersbelangen. In dit hoofdstuk zullen we in detail zien dat de constitutieve pauliaanse voorwaarden kunnen worden gebruikt om een betere invulling van de vage norm van de kennelijk grove fout en de onrechtmatige daad te bewerkstelligen, vermits de *actio pauliana* op het vlak van schuldeisersbenadeling het beste is uitgewerkt.²²⁵ Logischerwijs zal deze aansprakelijkheidsvordering wel slechts een indemnitaire werking hebben met alle gevolgen van dien. Het zal geen zakelijke werking hebben zoals de *actio pauliana*, waardoor een beroep doen op een volgrecht op een bepaald goed niet aan de orde is

²²² Antwerpen 29 april 2004, *RW* 2005-06, 950; Luik 9 september 2004, *JT* 2005, 85; Kh. Gent 26 maart 1993, *TBH* 1993, 935; Rb. Antwerpen 21 juni 2005, *RW* 2006-07, 1286; Kh. Tongeren 2 juni 2006, *DAOR* 2007, 221; K. GEENS e.a., “Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1999-2010”, *TPR* 2012, 290; S. VAN CROMBRUGGE, “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders”, *RW* 1989-1990, 1141.

²²³ Kh. Mechelen 14 november 2002, *TRV* 2002, 643, noot D. DESCHRIJVER; K. GEENS e.a., “Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1999-2010”, *TPR* 2012, 291; I. VEROUGSTRATE en C. VAN BUGGENHOUT, “Faillissement en continuïteit van de onderneming”, *TPR* 1990, 1751.

²²⁴ M.J. KROEZE, “Bange bestuurders”, *Ondernemingsrecht* 2006, nr. 8.3.

²²⁵ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 142-143, nr. 30.

en hij daarnaast een samenloop met de andere persoonlijke schuldeisers van de bestuurder zal moeten dulden.²²⁶

Ondanks dit nadeel, zijn er enkele voordelen aan verbonden. Ten eerste doet het niets af aan de actio pauliana zelf, aangezien ze naast elkaar of ter aanvulling van elkaar kunnen worden ingesteld. Daarnaast wordt het toepassingsgebied verruimd met een dergelijke vordering, doordat het ook betrekking kan hebben op gelden die, na ontvangst door de begunstigde, spoorloos verdwenen zijn en de actio pauliana *sensu stricto* slechts betrekking heeft op rechtshandelingen en geen louter feitelijke handelingen.²²⁷ Een ruimer toepassingsgebied door middel van een aansprakelijkheidsvordering is dan ook verantwoord, omdat het geen zakenrechtelijke gevolgen teweegbrengt. De gevolgen voor derden zijn bij een pauliana veel verstrekkender dan bij een pauliaanse aansprakelijkheidsvordering.²²⁸ Evenzeer komen ook medeplichtigen in het vizier van de onrechtmatige daad. Daarenboven biedt dit ook vorderingsmogelijkheden die de failliete vennootschap zelf niet zou hebben gehad.²²⁹ In beginsel kan de gefailleerde immers onmogelijk een pauliaanse vordering instellen tegen een handeling waarbij het partij was en ermee heeft ingestemd. Indien de curator zulke vordering instelt, vertegenwoordigt hij niet de failliete vennootschap zelf, maar wel de vorderingen van de schuldeisers in hun collectiviteit.²³⁰ De stelling dat de curator niet kan vorderen omdat de gefailleerde zelf niet kon vorderen gaat dan niet op. Dit werd reeds bevestigd door het Hof van Cassatie in 1899 waar de voorgaande stelling werd verworpen op basis van het feit dat “ *les créanciers, représentés par le curateur, agissent de leur chef, en vertu d'une disposition générale de la loi, à raison de l'atteinte préjudiciable apportée à leur gage*”.²³¹

39. Het gaat dus om een vordering wegens aantasting van de verhaalsrechten van de schuldeisers. Deze vordering biedt zodoende *ex post* een remedie voor schuldeisers-

²²⁶ M.E. STORME, "De uitwendige rechtsgevolgen van verbintenissen uit overeenkomst en andere persoonlijke rechten : zgn. derdemedeplichtigheid aan wanprestatie, pauliana en aanverwante leerstukken", in VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BRUSSEL, *Het kontrakt en de derden*, Brussel, 1995, 147-148.

²²⁷ J. VANANROYE, „Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en handhaving”, *TRV* 1999, 162.

²²⁸ Voor schuldeisers en onderverkrijgers van de begunstigde(n) bijvoorbeeld; J. VANANROYE, „Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en handhaving”, *TRV* 1999, 164.

²²⁹ J. VANANROYE, „Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en handhaving”, *TRV* 1999, 161-164, nr. 13-15.

²³⁰ F.P. VAN KOPPEN, *Actio pauliana en onrechtmatige daadvordering*, Deventer, Kluwer, 1998, 123.

²³¹ Cass. 11 december 1899, *Pas.*, 1900, I, 58.

benadeling.²³² Dit doet onmiddellijk een belletje rinkelen onder de noemer van een bijzondere faillissementsaansprakelijkheid: de grove fout die kennelijk heeft bijgedragen aan het faillissement (zie artikel 530 W.Venn.). Professor VANANROYE verwoordt de voordelen als volgt: “Een hernieuwde lektuur door de vennootschapsjuristen van de materiële en morele toepassingsvoorwaarden van de *actio pauliana* zou toelaten om hier het criterium van de ‘goede huisvader’ of ‘de kennelijk grove fout’ concreter in te vullen”.²³³ Indien een bepaalde activiteit of handeling bij een dreigende insolventie dus nefast blijkt voor de verhaalsmogelijkheden van de vennootschapsschuldeisers, kan deze leiden tot een bestuurdersaansprakelijkheid.²³⁴

Inzake selectieve betalingen, maakt men de keuze om een bepaalde persoon eerder te betalen dan iemand anders op een moment dat de middelen schaars zijn. Zulke beslissingen zijn op zichzelf genomen niet onrechtmatig, aangezien de raad van bestuur in beginsel natuurlijk de vrijheid heeft om te besluiten wie eerst wordt betaald, zelfs indien de bestuurders beseffen dat zij op dat precieze moment niet alle schuldeisers volledig kunnen uitbetalen en is dit ook inherent aan het ondernemen: keuzes maken.²³⁵ Desalniettemin wordt deze vrijheid steeds meer beperkt naarmate men verder opschuift naar een uiteindelijke insolvente onderneming.²³⁶ De vrijheid om te kiezen welke schuldeiser men eerst voldoet is van dergelijk groot belang dat deze handelingen pas zeer laat in de reddingsfase voor onrechtmatige handelingen kunnen zorgen.²³⁷ Een schuldeiser die tracht voor zijn beurt te worden betaald, wordt in het economisch recht helemaal niet naar bekeken: “Voorkruipen is nu eenmaal minder erg dan zich verrijken”.²³⁸ Nochtans kunnen deze betalingen leiden tot een benadeling, aangezien er op het einde van de rit minder overblijft om te verdelen onder de gezamenlijke schuldeisers. De bestuurder moet

²³² Zodoende kan zelfs opgetreden worden tegen een verarming in bedrijfseconomische zin.

²³³ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheeuwssen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 141-142, nr. 29.

²³⁴ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheeuwssen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 116-118, nr. 9.

²³⁵ E. DIRIX, “Grenzen van de wilsautonomie inzake zakelijke zekerheidsrechten” in x, *Bijzondere overeenkomsten*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008, Kluwer, 2008, 148-149.

²³⁶ E. DIRIX, “Grenzen van de wilsautonomie inzake zakelijke zekerheidsrechten” in X, *Bijzondere overeenkomsten*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008, Kluwer, 2008, 148-149.

²³⁷ De ‘reddingsfase van de vennootschap’ is de periode waar de vennootschap reeds in zeer slechte financiële papieren zit, maar de bestuurders nog gerechtigd zijn deze te redden omdat het faillissement nog niet onafwendbaar is, zie S.M. BARTMAN, “Bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve (wan)betaling: een klusje voor de business judgment rule?”, *AAe*, 2011, 127.

²³⁸ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheeuwssen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 119-120, nr. 11.

erop letten dat het gelijkmatig verminderen van activa en passiva op dat moment misschien billijk leek, maar als men de betaling in een ruim bedrijfseconomisch verband ziet, allesbehalve geoorloofd was.²³⁹

Naarmate de financiële problemen zich opstapelen wordt er dus een striktere grens gesteld aan de functionele beschikkingsbevoegdheid van een vennootschapsvertegenwoordiger.²⁴⁰ Deze grens is voor de betaling van een niet-opeisbare, dan wel een opeisbare schuld verschillend, waardoor er een opdeling tussen deze twee betalingen volgt bij de bespreking van de voorwaarden voor de bestuurdersaansprakelijkheid.

2.4.3.2. Het betalen van een niet-opeisbare schuld

40. Ondanks de principiële vrijheid, kan het betalen van niet-opeisbare schulden boven andere (opeisbare) schulden op een moment dat de vennootschap een negatief vermogen bezit dus leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid. Twee voorwaarden moeten hiervoor worden vervuld. Enerzijds is er de materiële voorwaarde, waarvoor moet vast staan dat de verhaalsmogelijkheden dienen verminderd of bemoeilijkt te zijn.²⁴¹ De schuldenaar verarmt zichzelf niet, maar andere schuldeisers zullen hun weg tot betaling bemoeilijkt of afgesloten zien. De vennootschap was niet verplicht die schulden op dat moment te betalen en de andere schuldeisers (die wel over opeisbare schulden beschikken) zullen hierdoor op het einde van de rit minder verkrijgen.

Anderzijds is er de subjectieve voorwaarde, waarvoor men dient aan te tonen dat de schuldenaar wist of behoorde te weten dat hij met dergelijke handeling(en) zijn schuldeisers benadeelde.²⁴² Het objectieve bedrog dat men hier dient te bewijzen moet men onderscheiden van het subjectieve bedrog. Men moet geenszins een intentie om opzettelijk en kwaadwillig schade toe

²³⁹ J. VANANROYE, “Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en –handhaving”, *TRV* 1999, 164.

²⁴⁰ J. VANANROYE, “Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en –handhaving”, *TRV* 1999, 163.

²⁴¹ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 118-119, nr. 10.

²⁴² I. BANMEYER, “L’action paulienne et la tierce complicité: points de contact” in X., *La théorie générale des obligations*, Formation permanente CUP, Luik, 1998, nr. 2. Er bestaat wel nog twijfel omtrent het ‘behoren te weten’, zie I. SAMOY, “Over de pauliaanse vordering en de vraag hoe uitzonderlijk de uitzonderingen zijn op de anterioriteitsvoorwaarde” (noot onder Rb. Luik 10 september 2000), *TBH* 2000, 384, nr.7; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 229.

te brengen aanwijzen bij de schuldenaar als de handeling abnormaal wordt bevonden.²⁴³ Wanneer er geen verantwoording bestaat binnen het normale beheer van een vermogen, is een handeling in principe abnormaal.²⁴⁴ De rechter zal bijvoorbeeld letten op het tijdstip van de handeling, de eventuele haast en vanzelfsprekend ook op de aard van de handeling, waarbij het onverplichte karakter een verzwarende factor uitmaakt.²⁴⁵ Het al dan niet abnormaal karakter heeft tijdsgewijs vooral betrekking op handelingen juist vóór de daadwerkelijke insolventie. De wetenschap van benadeling zal daarnaast enkel uit kennis van een actuele of een redelijkerwijze onafwendbare insolventie bestaan, aangezien er hier geen daadwerkelijke verarming is. Als de handeling op zich abnormaal is en de schuldenaar hierdoor wist dat hij zijn andere schuldeisers ging schaden is voldaan aan deze voorwaarde.²⁴⁶

Een niet-opeisbare schuld betalen op een moment dat de vennootschap niet genoeg activa heeft om iedereen te betalen, brengt de continuïteit van de onderneming in gevaar. De schuldeisers die wel over een opeisbare schuld beschikken zullen sneller overgaan tot actie, zoals beslag laten leggen op bepaalde goederen, wanneer zij gedurende een lange tijd niet werden betaald. Men kan bijvoorbeeld denken aan het louter betalen van niet-opeisbare schulden ten voordele van één schuldeiser en ten nadele van de anderen, waarbij de enige drijfveer het minimaliseren van de eigen verantwoordelijkheid ten gevolge van een persoonlijke borgstelling was.²⁴⁷ De abnormaliteit van deze handeling maakt het bewijzen van de kennis des te makkelijker, omdat men geen intentie moet aantonen.²⁴⁸

2.4.3.3. Het betalen van een opeisbare schuld

41. Het verplichtende karakter van een selectieve betaling van een opeisbare schuld zorgt ervoor dat de drempel van onrechtmatigheid hoger ligt dan bij een onverplichte handeling,

²⁴³ Luik 28 juni 1996, *Pas.* 1995, 100.

²⁴⁴ Bijvoorbeeld: 19 september 1978, *Rev. not. b.* 1979, 44; Luik 6 februari 2002, *JT* 2002, 407; K. RAYMAEKERS, *De actio pauliana en enkele van haar toepassingsgevallen*, 2011, Masterscriptie KuLeuven, 19-20.

²⁴⁵ C. CAUFFMAN, “De pauliaanse vordering” in X., *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, IV. Commentaar Verbintenissenrecht, Titel I. Verbintenissen in het algemeen*, Kluwer, losbl.

²⁴⁶ Cass. 15 maart 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 969; Bergen 12 maart 1980, *Pas.* 1980, 63; Brussel 22 september 1986, *TBH* 1989, 244; Brussel 11 oktober 1999, *TRV* 2001, 320, noot M. WAUTERS; Gent 2 januari 2001, *DAOR* 2001, 49, noot G. BALLON en Rb. Hasselt 23 april 2001, *RW* 2003-04, 1350; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations, III, Régime général de l’obligation. Théorie des preuves*, Brussel, Bruylant, 2010, 2124.

²⁴⁷ Gent 16 juni 2003, *NjW* 2004, 380: *in casu* betrof het een BVBA (265 W.Venn.).

²⁴⁸ Tenzij er rechtvaardigingen zijn: zie *infra*, randnummer 45 e.v.

aangezien de schuldeiser kreeg waarop hij recht had.²⁴⁹ Dit maakt dat het betalen van een reeds opeisbare schuld in beginsel niet paulianeus is, aangezien de handeling als ‘normaal’ kan worden bestempeld. De vrijheid om te betalen is hier het grootst.

Desalniettemin zal deze vrije beschikkingsbevoegdheid in uitzonderlijke omstandigheden ingeperkt worden²⁵⁰: “Ook de vrijheid om te kiezen wie betaald wordt, is een vrijheid die misbruikt kan worden”.²⁵¹ De vereiste materiële voorwaarde is dezelfde als bij het betalen van een niet-opeisbare schuld: het dient vast te staan dat de verhaalsmogelijkheden dienen verminderd of bemoeilijkt te zijn.²⁵² In tegenstelling tot het objectief bedrog bij het betalen van een niet-opeisbare schuld (het weten of behoren te weten dat men de andere schuldeisers benadeelt), dient men hier door het verplichtend karakter aan te tonen dat er subjectief bedrog was tussen de betrokken partijen (de intentie om te benadelen).²⁵³ Er dient een soort van samenspanning tussen de vennootschap en de begunstigde te bestaan, ook wel een *concert frauduleux* genoemd.²⁵⁴ Om dergelijke onrechtmatige handelingen te bewijzen, zal het veelal om zogenaamde *sweet heart deals* gaan.²⁵⁵ Dit soort betalingen betreft vooral het betalen van jezelf of aan personen die meer dan louter contractueel verbonden zijn met jou.²⁵⁶

2.4.3.4. Handelingen vermomd als selectieve betalingen.

42. Handelingen, zoals het onttrekken van gelden ten gunste van bestuurders zonder het effectief betalen van een schuldvordering, lijken op selectieve betalingen en zullen ook zo veelal door de bestuurders worden voorgesteld of verhuld. Men beweert bijvoorbeeld dat het bezoldigingen zijn, men doet beroep op een stroman of men vermeldt de gelden niet in de

²⁴⁹ E. DIRIX, “Grenzen van de wilsautonomie inzake zakelijke zekerheidsrechten” in X, *Bijzondere overeenkomsten*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008, Kluwer, 2008, 148-149.

²⁵⁰ J. VANANROYE, “Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en -handhaving”, *TRV* 1999, 160-161; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge. Les obligations, Tome III*, Brussel, Bruylant, 1967, 234, nr. 219.

²⁵¹ Citaat uit J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 146, nr. 33.

²⁵² J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 118-119, nr. 10.

²⁵³ J. VANANROYE, “Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en -handhaving”, *TRV* 1999, 160-161; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge. Les obligations, Tome III*, Brussel, Bruylant, 1967, 234, nr. 219.

²⁵⁴ J. VANANROYE, “Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en -handhaving”, *TRV* 1999, 164.

²⁵⁵ J. VANANROYE, “Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en -handhaving”, *TRV* 1999, 160-161.

²⁵⁶ In de volksmond noemt men dit wel eens ‘vriendjespolitiek’; Zie *infra*, randnummer 43.

boekhouding. Desalniettemin valt dit type handelingen onder de term ‘verarmende handelingen’ als de verantwoording dat het om een uitstaande schuld gaat ontbreekt of niet afdoende blijkt.²⁵⁷ Deze kwalificatie heeft tot gevolg dat deze daden veel sneller als ongeoorloofd zullen worden bestempeld, doordat er geen principiële vrijheid is. In hoofdstuk 2.4.4. waar de rechtspraak wordt besproken, zal blijken dat het vooral om bestuurders zal gaan die zichzelf bevoordelen boven de schuldeisers bij een nakende insolventie.²⁵⁸

De materiële voorwaarde die vervuld moet zijn, is dat de handeling verarmend is.²⁵⁹ In dit geval zal het om vermogensonttrekkende handelingen gaan, waardoor de activa verminderen. Dit is schuldeisersbenadelend, aangezien er op het einde van de rit minder overblijft, terwijl de schuldvorderingen hetzelfde blijven. Deze handelingen zullen dus in de regel altijd als abnormaal bestempeld worden, waardoor men bij de subjectieve voorwaarde slechts een weten of behoren te weten dient aan te tonen. Deze wetenschap van benadeling zal de kennis omtrent de verarming en de mogelijke insolventie betreffen.²⁶⁰

2.4.3.5. Verhoogde kans op aansprakelijkheid naargelang de begunstigde

43. Bestuurders kunnen door hun functie verhinderen dat de vennootschap het juiste pad bewandelt.²⁶¹ Daarnaast zullen zij hun foutieve handelen gemakkelijker in de doofpot kunnen steken. Hieruit volgt dat zij dus, in vergelijking met anderen zoals aandeelhouders en derden, het strengst worden beoordeeld. Indien de vennootschap hen bevoordeelt boven andere schuldeisers zal dit principieel als onrechtmatig aanzien kunnen worden. Daarnaast kan de vennootschap, onder leiding van de bestuurders, andere *insiders* bevoordelen. Men kan dan denken aan bevriende personen, aandeelhouders of verbonden vennootschappen. Deze personen bevoordelen boven personen die niet gelieerd zijn aan de vennootschappen op een

²⁵⁷ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 118-119, nr. 10.

²⁵⁸ Zie *infra*, randnummer 52 e.v.

²⁵⁹ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 118-119, nr. 10.

²⁶⁰ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 120-125, nr. 12.

²⁶¹ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 114-146, nr. 32.

moment van schaarste zullen ook sneller leiden tot een persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders.

Er is aldus een verhoogde kans op aansprakelijkheid naargelang de persoon waaraan wordt betaald. Bij het betalen aan personen die verbonden zijn aan de vennootschap op welke wijze dan ook, de zogenaamde *insiders*, zullen bestuurders zich van dergelijke handelingen dienen te onthouden wanneer de vennootschap zich in zeer slecht vaarwater bevindt (tenzij er een afdoende bedrijfseconomische rechtvaardiging voorhanden is²⁶²). Het betalen van vorderingen aan externen, personen die niet gelieerd zijn aan de vennootschap zal echter veel langer geoorloofd kunnen blijven, zelfs tot het moment dat de onderneming reddeloos verloren is, omdat het objectieve bedrog bij niet-verplichte handelingen en de intentie bij verplichte handelingen haast onmogelijk te bewijzen valt.²⁶³ Een bestuurder zal dus naar alle waarschijnlijkheid aansprakelijk gesteld worden indien hij enkel zichzelf, bevriende personen of verbonden vennootschappen betaalt.²⁶⁴

44. In het volgende hoofdstuk zullen we zien dat bestuurders deze principieel onrechtmatige handelingen kunnen weerleggen indien er bedrijfseconomische redenen waren om tot dergelijke acties te besluiten. Deze redenen kunnen zowel het betalen van een (niet-)opeisbare schuld als het uitvoeren van een vermoede selectieve betaling verantwoorden.

2.4.3.6. Het ultieme verweer: bedrijfseconomische redenen

45. Als men dus een bepaalde schuldeiser betaalt op een wijze zoals hierboven beschreven, kan dit echter nog steeds gerechtvaardigd worden op grond van redenen die te maken hebben met de continuïteit van de onderneming.²⁶⁵ Deze justificatie klinkt ons bekend in de oren, aangezien we dit reeds gezien hebben bij de Wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen in artikel 33, §1: “*De opschorting staat de vrijwillige betaling door de schuldenaar van schuldvorderingen in de opschorting niet in de weg in zoverre die betaling vereist is voor de continuïteit van de onderneming*”.

²⁶² zie *infra* randnummer 45 e.v.

²⁶³ C. SNELDERS-VAN DE KAMP, “De schemerperiode voorafgaand aan een faillissement”, 2013, www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl.

²⁶⁴ E. DIRIX, “Grenzen aan de wilsautonomie inzake zakelijke zekerheidsrechten” in X, *Bijzondere overeenkomsten*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008, Mechelen, Kluwer, 2008, 148-149.

²⁶⁵ Luik 13 januari 2004, *DAOR* 2005, 52, noot D. GOL.

46. Bedrijfseconomische redenen zullen een afdoend verweer uitmaken, indien de handelingen voor de staking van betaling zijn uitgevoerd.²⁶⁶ Deze rechtmatige beweegredenen zorgen ervoor dat de handeling niet als ongeoorloofd wordt bestempeld. De continuïteit van de vennootschap wordt in deze fase nog belangrijker geacht als de benadeling van de schuldeiser(s). Indien blijkt dat deze handelingen niet in het belang waren van de schuldeiser(s), maar essentieel waren om de onderneming te redden van haar ondergang, zullen zij dus geen aanleiding geven tot enige aansprakelijkheid.

47. Het risico op aansprakelijkheid verhoogt evenwel wanneer men handelingen stelt met zogenaamde *insiders*. Voor schuldeisers zal het zeer moeilijk of haast onmogelijk zijn om bij verplichte betalingen aan externe schuldeisers aan te tonen dat de intentie om te benadelen aanwezig is bij de bestuurders, terwijl er reeds een dergelijk vermoeden is bij het betalen van *insiders*. Indien dergelijke handelingen onvermijdbaar zijn, dient men te beschikken over zeer doorslaggevende beweegredenen om hen eerder te bevoordelen dan andere schuldeisers. Dergelijke rechtvaardiging zal veelal ontbreken wanneer de vennootschap bestuurders of andere *insiders* betaalt.²⁶⁷ Welke alvast geen solide reden is, is het feit dat de verbonden vennootschap (intern) een substantiële vordering op de schuldenaarsvennootschap heeft rusten.²⁶⁸ Daarnaast voeren bestuurders vaak het verweer dat zij jarenlang veel in hun vennootschap hebben geïnvesteerd en doorgaans een tijdje geen (volledige) bezoldiging verkregen, aangezien het economisch barre tijden waren voor de vennootschap. Wanneer het faillissement uiteindelijk om de hoek loert, zijn bestuurders dan ook vaak geneigd om nog zoveel mogelijk te recupereren. Het feit dat er voorgaand veel investeringen gebeurd zijn, zal wederom onvoldoende zijn als rechtvaardiging.

Bij een selectieve betaling zal de bestuurder dus moeten bewijzen dat de bevoordeling van *insiders* ten opzichte van de andere schuldeisers gerechtvaardigd is om zodoende de continuïteit van de vennootschap te verzekeren.²⁶⁹ Men kan bijvoorbeeld denken aan een vennootschap die een pand huurt van de moedervernootschap, waarin de vennootschap haar hoofdactiviteit uitoefent. Gezien het feit dat dit pand essentieel is voor de verdere voortzetting, is het

²⁶⁶ Luik 13 januari 2004, *DAOR* 2005, 52, noot D. GOL.

²⁶⁷ Men wilt deze personen vooral om andere redenen dan continuïteit uitbetalen.

²⁶⁸ E. DIRIX, "Grenzen van de wilsautonomie inzake zakelijke zekerheidsrechten" in X, *Bijzondere overeenkomsten*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008, Kluwer, 2008, 148-149.

²⁶⁹ E. DIRIX, "Grenzen van de wilsautonomie inzake zakelijke zekerheidsrechten" in X, *Bijzondere overeenkomsten*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008, Kluwer, 2008, 149.

geoorloofd dat bestuurders de moedervenootschap boven andere (externe) schuldeisers betalen. Bovendien zou niemand dit als onrechtmatig zien als de verhuurder een derde zou zijn. Indien de vennootschap zou beslissen om dit soort schuldeisers niet te betalen, dan moet de vennootschap onmiddellijk haar activiteiten stopzetten en is een eventuele overname (*going concern*) geen optie meer.²⁷⁰ Ook al worden op dat moment andere schuldeisers niet betaald, is het ook in hun belang dat de vennootschap haar financiële problemen overwint of wordt overgenomen door een solvabele derde.

48. Deze bedrijfseconomische redenen kunnen ook redding brengen bij het betwisten van het moment van de staking van betaling. De impact van dit keerpunt zien we in het volgende hoofdstuk.²⁷¹ Een bestuurder dient dan aan te tonen dat de onderneming nog lang niet in de buurt kwam van een faillissement en zo voldoende levensvatbaarheid vertoonde om dergelijke handelingen uit te voeren. Deze redenering kan het gevolg zijn van een belofte van een schuldenaar van de vennootschap om nog een grote vordering terug te betalen of doordat er een grote bestelling werd verwacht.

2.4.3.7. De impact van de staking van betaling

49. Zoals reeds aangehaald, is de vennootschap in beginsel vrij om te kiezen wie zijn vorderingen het voldoet. Deze vrijheid stopt vanaf de staking van betaling.²⁷² In het algemeen wordt aangenomen dat het moment van staking van betaling er is van zodra er geen redelijke herstelmaatregelen meer mogelijk zijn en een faillissement onafwendbaar is.²⁷³ Als er geen enkele (redelijke) hoop meer is dat de vennootschap zal herstellen en de voortzetting enkel nog meer schulden zal teweegbrengen. Het vervullen van de faillissementsvoorwaarden is dus niet het voornaamste criterium. De rechtspraak leert ons dat wanneer een vennootschap verliezen boekt, dit niet meteen betekent dat zij haar activiteiten moet stopzetten. Zo werd er bijvoorbeeld gekeken naar de tijdelijkheid van enkele feiten, de bedrijfsanciënniteit en de belangrijke economische en sociale functie in een bepaald gebied.²⁷⁴ Ondanks deze aanwijzingen, blijft het

²⁷⁰ R. MELLENBERGH, “De selectieve betaling van schuldeisers van de vennootschap: een nadere objectivering van de normen waarnaar de bestuurder van de vennootschap dient te handelen”, *Ondernemingsrecht* 2003(2), 48-51.

²⁷¹ Hoofdstuk 2.4.3.7. De impact van de staking van betaling.

²⁷² J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 146, nr. 33.

²⁷³ V. VANHIMBEEK, “Bestuurdersaansprakelijkheid wegens voortzetting van een deficitaire activiteit” in B. TILLEMANS, A. BENOIT-MOURY, O. CAPRASSE en N. THIRION, *De oprichting van vennootschappen en de opstartfase van ondernemingen*, Brugge, Die Keure, 2003, (1171) 1184.

²⁷⁴ Antwerpen 8 maart 1994, *TRV* 1995, 500.

moeilijk om dit moment te bepalen. Bovendien geldt ook hier het wetenschapsvereiste: een bestuurder zal pas aansprakelijk zijn, wanneer hij wist of behoorde te weten dat de vennootschap niet meer te redden was. Een nuance is evenwel op zijn plaats, aangezien een bestuurder op de hoogte dient te zijn van de financiële situatie.²⁷⁵

50. Ondanks de problemen qua bepaling, is de impact van dit keerpunt niet te verwaarlozen. Bestuurders dienen vanaf dat ‘fatitieke’ moment de rangorde tussen de schuldeisers immers te respecteren.²⁷⁶ Dit komt bijvoorbeeld tot uiting in artikel 18 van de Faillissementswet, waar de curator zich op kan beroepen indien de handeling zich situeerde in de verdachte periode. Bijkomend kan de curator zich dan beroepen op de onrechtmatige daad of kennelijk grove fout om de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder te bekomen als de curator eerder de bestuurder wilt aanspreken. De handeling is immers automatisch abnormaal en ongeoorloofd, indien ze gesteld werd in de verdachte periode.²⁷⁷ Daarnaast kan het moment, waar de bestuurder op de hoogte was of diende te zijn van het feit dat het faillissement van de onderneming redelijkerwijs onafwendbaar is, zich ook buiten de verdachte periode en zijn speciale beschermingsmechanismen bevinden. De onrechtmatige handelingen in deze periode tussen het keerpunt en de verdachte periode kunnen nog steeds tot een persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder kunnen leiden. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn waarbij de maximale periode van 6 maanden verdachte periode onvoldoende blijkt. Aangezien de vennootschap op dergelijk moment de gelijkheid der schuldeisers dient te respecteren, zullen de voorwaarden van de aansprakelijkheidsvorderingen ook onmiddellijk vervuld zijn, indien de gestelde daden geen rekening hebben gehouden met de *paritas creditorum*.

²⁷⁵ M. WYCKAERT, en F. PARREIN, “Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid?”, *Themis* 2011, (1) 32.

²⁷⁶ De *Paritas Creditorum*.

²⁷⁷ Men kan enkel nog aanbrengen dat men in het belang van de schuldeisers handelde en de rangorde respecteerden om hun persoonlijke aansprakelijkheid te vermijden.

2.4.3.8. Tussenbesluit

51. Om het overzicht te bewaren volgt er een summier samenvatting van de voorwaarden per handeling. De materiële voorwaarde die vervuld moet zijn bij vermoede selectieve betalingen is dat de handeling verarmend is. Deze handelingen zullen dus in de regel altijd als abnormaal bestempeld worden, waardoor men bij de subjectieve voorwaarde slechts een weten of behoren te weten dient aan te tonen. Deze wetenschap van benadeling zal de kennis omtrent de verarming en de mogelijke insolventie betreffen. Met betrekking tot de selectieve betalingen van niet-opeisbare vorderingen, waarbij andere (opeisbare) vorderingen niet worden betaald, zullen deze handelingen benadelend zijn, indien de handeling abnormaal is en blijkt dat de vennootschap en de bestuurders op de hoogte waren van de betalingsproblemen en de middelenschaarste. Met betrekking tot de selectieve betalingen van opeisbare vorderingen, zullen deze handelingen op het moment dat de vennootschap in betalingsproblemen verkeert (en de bestuurders hiervan op de hoogte zijn) in beginsel gerechtvaardigd zijn, tenzij er een duidelijke samenspanning is tussen de vennootschap en de begunstigde schuldeiser (vrijwel altijd *insiders*). Indien er een van beide situaties zich voordoet waar dergelijke benadeling vaststaat, zullen bedrijfseconomische redenen de bestuurders vrijwaren van elke aansprakelijkheidsvordering. Echter, vanaf het moment dat de bestuurders weten of behoorden te weten dat de vennootschap reddeloos verloren is, zal de vennootschap de *paritas creditorum* moeten respecteren. Dit ‘fatitieke moment’ blijkt evenwel niet gemakkelijk te bepalen. Desalniettemin heeft dit keerpunt tot gevolg dat men nog uitsluitend in het belang van de schuldeisers dient te handelen, vermits de vennootschap ten dode is opgeschreven en continuïteit geen optie meer is. Bedrijfseconomische redenen zullen een verschil in behandeling vanaf dit moment dan ook niet meer kunnen rechtvaardigen. Men weet of behoort te weten dat het bedrijf reddeloos verloren is.

De vordering, gebaseerd op de *actio pauliana*, zal een hogere drempel tot gevolg hebben, maar de nadelen hiervan wegen niet op tegen de duidelijkheid die het teweegbrengt.²⁷⁸ De vordering zal enkel succesvol zijn, wanneer deze voldoet aan de materiële en subjectieve voorwaarden van de pauliana, waardoor men niet meer alles kan proberen onder te brengen in de vage norm van de algemene zorgvuldigheidnorm, zoals enkele vooroordelen die bestaan ten opzichte van bestuurders.

²⁷⁸ J. VANANROYE, “Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en -handhaving”, *TRV* 1999, 163.

2.4.4. De concrete invulling door de rechtspraak

52. In dit hoofdstuk zullen we doorheen de tijd enkele vonnissen en arresten bespreken die duidelijk weergeven dat de pauliana als invulling van de zorgvuldigheidsnorm en kennelijk grove fout meer gebruikt kan worden dan u zou denken, ook al werd het tot nog toe niet als dusdanig herkend.

2.4.4.1. Het onbetaald laten van een specifieke schuldeiser

53. In diverse rechtspraak blijkt het benadelen van een welbepaalde schuldeiser snel te leiden tot een persoonlijke aansprakelijkheid, zowel op grond van artikel 1382 BW en art. 530 W.Venn. De verklaring hiervoor, indien we onze denkwijze doortrekken, volgt uit het feit dat de intentie om te benadelen hier gemakkelijker kan worden aangetoond door de benadeelde schuldeiser. Hij is namelijk de enige die niet werd uitbetaald.

54. In een arrest van 10 januari 2013 heeft het Hof van Beroep te Antwerpen geoordeeld dat er een verplichting op de bestuurders rust om erop toe te zien dat de vennootschap haar dwingende fiscale betalingsverplichtingen nakomt en dat de bestuurders hier niet aan voldoen indien ze systematisch gedurende een lange termijn verzaakt aan deze verplichtingen, waardoor ze zowel een inbreuk op de algemene zorgvuldigheidsnorm als een kennelijk grove fout plegen.²⁷⁹ Het Hof van Beroep heeft als volgt de situatie beoordeeld: *“Een normaal zorgvuldig bestuurder, geplaatst in dezelfde omstandigheden, zou maatregelen moeten nemen om ervoor te zorgen dat de betalingsachterstand zou ingelopen worden, minstens dat deze achterstand niet langer zou toenemen”* (ten aanzien van schuldeisers).²⁸⁰ De benadeling van de schuldeisers (het materiële element) en het niet voorhanden zijn van bedrijfseconomische redenen die gebaseerd zijn op de continuïteit van de vennootschap vloeien voort uit volgende overwegingen van het Hof: *“Door de bedrijfsactiviteit voort te zetten en de lonen en bezoldigingen te blijven betalen/toe te kennen, zonder maatregelen te nemen om de situatie van de vennootschap te verbeteren en haar continuïteit te bewerkstelligen, hebben de bestuurders een foutieve keuze gemaakt”*.²⁸¹ De bestuurders werden ook hier, ten koste van anderen, uitbetaald (het *insider* element). De wetenschap van de benadeling (het subjectieve element: de intentie en de betalingsproblemen) wordt door het Hof afgeleid uit de inhoud van een brief verzonden door een bestuurder: *“De*

²⁷⁹ Antwerpen 10 januari 2013, *RABG* 2013, afl. 9, 542, noot E. JANSSENS; Zie ook Antwerpen 24 januari 2013, *RABG* 2013/9, 552-558.

²⁸⁰ Antwerpen 10 januari 2013, *RABG* 2013, afl. 9, 546, noot E. JANSSENS.

²⁸¹ Antwerpen 10 januari 2013, *RABG* 2013, afl. 9, 546, noot E. JANSSENS.

bestuurders hebben wetens en willens andere schulden (leveranciers, dienstverleners,...) betaald dan degenen die ingevolge de toepasselijke fiscale wettelijke bepalingen dwingend moesten gebeuren. Dat deze keuze bewust en met kennis van zaken werd gemaakt blijkt uit de inhoud van de brief van de heer M.D.C.”²⁸²

55. In een zaak van 8 juni 2009 was er niet zo zeer sprake van ongeoorloofde selectieve betalingen, maar wel van verarmende handelingen.²⁸³ De bestuurders van een vennootschap hadden een sterfhuisconstructie opgezet door de volledige verkoop van de handelsvoorraad aan een zustervennootschap aan een zeer lage prijs (voor 44.667 USD, terwijl de boekwaarde 129.170 € was) zonder enige afdoende verantwoording: “*Appellant en tweede geïntimeerde bewijzen niet dat deze transactie beantwoordde aan de economische realiteit*”.²⁸⁴ Deze daden waren dus verarmend en benadelend voor de fiscus, aangezien hij als enige met onbetaalde vorderingen bleef zitten. Gezien de abnormaliteit (een faillissement veroorzaken), dient men enkel nog het objectieve bedrag te bewijzen. De vaststelling dat de bestuurders op de hoogte waren van deze verarming en dat zij het faillissement van de vennootschap hierdoor konden voorzien, kan men afleiden uit het feit dat ze de bestuurders waren van de vennootschap en de enige bevoordeelde personen waren door deze constructie op te zetten (via een zustervennootschap). Met deze handelingen beoogde men duidelijk niet de continuïteit van de onderneming en zijn er zodus geen bedrijfseconomische rechtvaardigingen voorhanden.

2.4.4.2. Vrijwel uitsluitend (feitelijk) verbonden vennootschappen bevoordelen

56. Er wordt een kennelijk grove fout begaan wanneer alle vennootschapsactiva ten gelde worden gemaakt, waarbij verbonden vennootschappen de enige kopers blijken en enkel de schulden ten aanzien van de verbonden vennootschappen worden voldaan.²⁸⁵ Het Gentse Hof van Beroep diende te oordelen over de handelingen van vier verbonden vennootschappen. We zullen ons beperken tot het bespreken van één vennootschap, met name de NV VC, aangezien de vier vennootschappen vergelijkbare daden hebben gesteld.

De NV bleek na 1996 veel geld uit de vennootschap te halen, die het gevolg lijken te zijn van een financieel uitzichtloze situatie. Deze situatie kon men afleiden uit het oordeel van het Hof

²⁸² Antwerpen 10 januari 2013, *RABG* 2013, afl. 9, 546, noot E. JANSSENS.

²⁸³ Gent 8 juni 2009, *RABG* 2010, afl. 3, 183-188.

²⁸⁴ Gent 8 juni 2009, *RABG* 2010, afl. 3, 186.

²⁸⁵ Gent 14 november 2011, *JDSC* 2013, 119.

van Beroep dat het ‘fatitieke’ moment ten laatste op het einde van 1996 plaatst.²⁸⁶ Na geconfronteerd te worden met zo’n slechte cijfers in 1996, hebben de bestuurders zich gewend tot zeer abnormale maatregelen die de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders tot gevolg hadden, aangezien ze na dit keerpunt de gelijkheid der schuldeisers niet hebben gerespecteerd en deze handelingen alle schuldeisers (op een na) benadeelden. De bestuurders hebben ten eerste activa voor een waarde van 95.037 € verkocht, waarvan 3099 € aan derden en 91938 € aan verbonden vennootschappen.²⁸⁷ Het merendeel van de opbrengst vond zijn weg niet meer terug naar de vennootschap, wat eigenlijk totaal niet in de lijn ligt van een normale bedrijfsuitvoering.²⁸⁸ Na deze verkoop, bleken ook nog eens vrijwel alleen de schulden van de vennootschap ten aanzien van andere verbonden vennootschappen voldaan over een periode van twee jaar: de schulden ten aanzien van de niet-verbonden schuldeisers waren van 867.823€ slechts gezakt tot 547.154 €, terwijl de schulden ten aanzien van de verbonden vennootschappen drastisch gedaald waren in dezelfde periode, van 728.994 € tot slechts 11.644 €.²⁸⁹ Uit de feiten leidt het Hof van Beroep af dat de vennootschap gedoemd was om failliet te gaan op de kap van de niet-verbonden schuldeisers. Doordat de handelingen na de staking van betaling zijn gesteld, kan men afleiden dat de bestuurders, zonder enige vorm van onderzoekslast, over de wetenschap van benadeling beschikten. Hierdoor zijn zowel het materiële en subjectieve element wederom vervuld.

57. In een vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Tongeren blijkt dat schuldeiserbenadelende handelingen bij nakende insolvabiliteit, zoals hierboven besproken, persoonlijke aansprakelijkheid op grond van zowel de onrechtmatige daad *ex* 1382 BW als de kennelijk grove fout teweegbrengen.²⁹⁰ De BVBA R. stond formeel onder leiding van de zaakvoerder L.R., maar feitelijk had A.R. de touwtjes in handen (de vader van L.R.). Door financiële problemen bleek de BVBA vanaf 2001 op te treden als geldschieter voor de verlieslatende vennootschap NV R.C., die formeel onder leiding stond van de vader A.R. en zijn echtgenote. Uit onderzoek blijkt dat eerstgenoemde vennootschap, naast een aanzuivering van bepaalde schulden t.o.v. de NV en de afbetaling van enkele schuldeisers voor rekening van de NV, een lening van maar liefst 303.241 € verschaftte aan laatstgenoemde. Daarna maakt de rechtbank zich er eigenlijk wat gemakkelijk vanaf door de voorwaarden en wat voorbeelden

²⁸⁶ Gent 14 november 2011, *JDSC* 2013, 123-124.

²⁸⁷ Gent 14 november 2011, *JDSC* 2013, 124.

²⁸⁸ Gent 14 november 2011, *JDSC* 2013, 124.

²⁸⁹ Gent 14 november 2011, *JDSC* 2013, 124 (afgerond bij omzetting naar euro).

²⁹⁰ Kh. Tongeren 13 januari 2005, *RABG* 2005, afl. 17, 1570-1583.

van kennelijk grove fouten en onrechtmatige daden op te sommen om erna te oordelen dat de voorwaarden in dit geval vervuld zijn.²⁹¹ Het is duidelijk dat de rechter niet beschikte over richtlijnen om welgefundeerd te argumenteren waarom er in dit geval sprake was van een kennelijk grove fout of onrechtmatige daad.

Nochtans kan onze redenering ook hier perfect op worden toegepast. De vennootschap werd leeggehaald ten voordele van een feitelijk verbonden vennootschap en ten nadele van de andere schuldeisers. Hierdoor worden de verhaalsmogelijkheden bemoeilijkt voor de andere schuldeisers. Nu de materiële voorwaarde bewezen is, dienen we op zoek te gaan naar de subjectieve voorwaarde. Doordat het gaat om abnormale onverplichte handelingen en er duidelijk werd betaald aan *insiders* (de vennootschap van de vader) ligt de drempel vrij laag. De BVBA was hoegenaamd niet verplicht om de betalingen uit te voeren voor rekening van en leningen toe te staan aan de NV. De handelingen zijn abnormaal te noemen, aangezien “*leningen werden toegestaan in de wetenschap dat deze leningen niet zouden kunnen worden terugbetaald*”.²⁹² Uit het feit dat de bestuurder en de begunstigde beide *insiders* zijn en de gevolgen zo schadelijk zijn, kan afgeleid worden dat zowel de formele als feitelijke zaakvoerders wisten of behoorden te weten dat deze handelingen de andere schuldeisers zou benadelen. Het is bijvoorbeeld duidelijk dat de BVBA haar enige doel het financieren was van een andere vennootschap ten koste van zichzelf, vermits kort erna de aannemingsactiviteiten volledig werden stopgezet. Hierna werden 8 onroerende goederen in 2003 verkocht, omdat enkele schuldeisers hierop beslag hadden gelegd en bleek er niets over te zijn om de lopende verbintenissen te betalen.²⁹³ Men had dus op zijn minst behoren te weten dat deze acties de insolventie dichterbij brachten.

58. Bij de onderneming LDC-CONSTRUCT bleek het afwenden van drie vierden van het kapitaal vlak na de oprichting een kennelijk grove fout in te houden volgens het Hof van Beroep te Gent.²⁹⁴ De zaak is zeer vergelijkbaar met de uiteenzetting hierboven, aangezien de enige actieve bestuurster LDC²⁹⁵ drie weken na oprichting een bedrag van 45.000 € heeft gegeven aan de BVBA MADECCO onder het mom van een lening.²⁹⁶ De zaakvoerster van deze BVBA

²⁹¹ Kh. Tongeren 13 januari 2005, *RABG* 2005, afl. 17, 1577-1582.

²⁹² Kh. Tongeren 13 januari 2005, *RABG* 2005, afl. 17, 1579.

²⁹³ Kh. Tongeren 13 januari 2005, *RABG* 2005, afl. 17, 1572.

²⁹⁴ Gent 10 november 2008, *NJW* 2009, afl. 211, 820-822.

²⁹⁵ De twee andere bestuurders waren niet actief betrokken in het bedrijf, waardoor ze volledig vrij spel had.

²⁹⁶ Gent 10 november 2008, *NJW* 2009, afl. 211, 820.

is echter ook mevrouw LDC. Ondanks de enorme schulden die bij het faillissement werden vastgesteld (150.000 €), betaalde de bestuurster zichzelf dus liever dan anderen.²⁹⁷

59. Tenslotte komt de mogelijke samensmelting tussen de aansprakelijkheidsvorderingen en de actio pauliana nog het meest naar voren uit een arrest van het Brusselse Hof van Beroep op 21 april 2005 (waar een bestuurder met verarmende handelingen de ene vennootschap leeghaalde ten voordele van een andere waar hij tevens zaakvoerder was).²⁹⁸ In dit geval heeft de rechter zowel de kennelijk grove fout als de faillissementspauliana op bepaalde bestuurshandelingen toegepast, zodat men goed kan zien hoe deze twee figuren elkaar kunnen helpen.

Ten eerste blijft de pauliana hier beperkt tot de betaling van opeisbare schulden ten opzichte van een verbonden vennootschap, terwijl de kennelijk grove fout van toepassing is op alle handelingen hier, zoals bijvoorbeeld de wegmaking van het cliënteel (zie *supra*, randnummer 34).²⁹⁹ Ten tweede beperkt de rechter zich bij de bespreking van de aansprakelijkheidsvordering tot de opsomming van de feiten, de voorwaarden van art. 530 W.Venn. en het evalueren van de eventuele rechtvaardigingen, waarna hij overgaat tot het oordelen dat er een kennelijk grove fout aanwezig is. Om de motivering meer te staven, kan men dus beroep doen op de pauliana, die de rechter zelf hanteert in het arrest: *“De curator dient dus te bewijzen dat de rechten van de schuldeisers benadeeld zijn door de bestreden handeling (dat ze schade lijden door de handeling) en dat er bedrieglijk opzet was in hoofde van de schuldenaar-gefaillieerde, met name dat deze gehandeld heeft met de wetenschap dat de schuldeisers zouden benadeeld worden”*.³⁰⁰ Ten aanzien van de materiële voorwaarde, werden niet alleen de C.R. en de NV A.B. (patronale bijdragen) maar ook de personeelsleden benadeeld (de gefailleerde NV P.B. voorzag een provisie hiervoor van 375.000 €). Voor de subjectieve voorwaarde, oordeelde de rechter als volgt: *“Zowel de NV P.B. als de P.B. BV, thans BV A.B., wisten dat door deze betaling (en andere handelingen) de overige schuldeisers benadeeld werden (B.S. had een dubbele hoedanigheid in beide vennootschappen – het waren bovendien verbonden vennootschappen)”*.³⁰¹ Volgende handelingen door B.S. kunnen dus worden aangemerkt als abnormaal en geenszins gerechtvaardigd door bedrijfseconomische redenen: het cliënteel bij

²⁹⁷ Gent 10 november 2008, *NJW* 2009, afl. 211, 821.

²⁹⁸ Kh. Brussel 21 april 2005, *RABG* 2005, afl. 17, 1562-1570.

²⁹⁹ Voor de kennelijk grove fout, zie Kh. Brussel 21 april 2005, *RABG* 2005, afl. 17, 1564-1567. Voor de faillissementspauliana, zie Kh. Brussel 21 april 2005, *RABG* 2005, afl. 17, 1567-1569.

³⁰⁰ Kh. Brussel 21 april 2005, *RABG* 2005, afl. 17, 1568.

³⁰¹ Kh. Brussel 21 april 2005, *RABG* 2005, afl. 17, 1568.

een andere vennootschap zonder enige vergoeding onderbrengen, activa tegen boekwaarde verkopen zonder evenwel te betalen, het personeel van de vennootschap uitsluitend inzetten in het belang van een andere vennootschap zonder enige vergoeding en het onroerend goed van de vennootschap realiseren zodat de vennootschap als een lege schelp overblijft.³⁰²

2.4.4.3 Zichzelf bevoordelen

60. In de zaak van 16 juni 2003 heeft het Hof van Beroep te Gent geoordeeld dat betalingen tijdens de staking van betaling die gebeuren ten voordele van één schuldeiser en ten nadele van de anderen leidt tot een kennelijk grove fout, en bovendien de enige drijfveer het minimaliseren van de eigen verantwoordelijk ten gevolge van een persoonlijke borgstelling was.³⁰³ De overwegingen ten aanzien van de benadeling waren als volgt: “*Gedurende voormelde 4 maanden liet de gefailleerde al haar opbrengsten uit verkopen overschrijven of storten op deze bankrekening. Op deze wijze betaalde gefailleerde haar bankschuld op korte termijn terug, dit ten koste van de andere schuldeisers. Zaakvoerster M.T. handelde op die wijze omdat ze persoonlijk borg stond voor deze bankschuld van de vennootschap en zodoende heeft ze haar persoonlijke verliezen maximaal gereduceerd.*”³⁰⁴ Dit bleek ook uit een ander arrest, waar de verlieslatende vennootschap een nieuwe activiteit had opgestart om louter en alleen een bepaalde schuldeiser te voldoen ten koste van de andere schuldeisers, aangezien een bestuurder en zijn echtgenote zichzelf persoonlijk borg hadden gesteld.³⁰⁵

Naast het verkopen van nagenoeg de hele voorraad (zonder deze terug aan te vullen met aankopen), had de vennootschap een hele reeks onbetaalde schulden bij onder andere leveranciers en de fiscus.³⁰⁶ Een normale handeling impliceert dat de vennootschap de opbrengsten zou aanwenden om de opeisbare handelsschulden te betalen.³⁰⁷ Desalniettemin had de gefailleerde de (vreemde) keuze gemaakt om de niet-opeisbare bankschuld af te betalen.³⁰⁸ Gezien de staking van betaling en het feit dat de gefailleerde zich ervan bewust was, gezien

³⁰² Kh. Brussel 21 april 2005, *RABG* 2005, afl. 17, 1562.

³⁰³ Gent 16 juni 2003, *NjW* 2004, 380: *in casu* betrof het een BVBA (265 W.Venn.).

³⁰⁴ Gent 16 juni 2003, *NjW* 2004, 381.

³⁰⁵ Luik 11 mei 2001, *RRD* 2001, afl. 101, 427-429.

³⁰⁶ Gent 16 juni 2003, *NjW* 2004, 381.

³⁰⁷ “*I.p.v. met deze opbrengsten de opeisbare handelsschulden te betalen, werd vooral nog voormelde bankschuld afgebouwd, waarvan appellanten zelf stellen dat dit géén vervallen en opeisbare schuldvordering was*”, zie Gent 16 juni 2003, *NjW* 2004, 381.

³⁰⁸ De schuld werd afgebouwd van 215.941 € op 14/07/1998 tot slechts 10.700 € op 18/11/1998.

enkele brieven, is wederom het materiële en subjectieve element van de schuldeisersbenadeling voldaan.

61. Een vergelijkbare handeling kan men vinden in een vonnis van 4 juni 1998, waar de bestuurders enkel kas- en investeringskredieten terugbetaalden om de nadelige gevolgen van de persoonlijke borgstelling te vermijden.³⁰⁹ In dit geval heeft de rechtbank de schade opgelost door de verdachte periode vroeger vast te stellen. Evenwel kon ook beroep worden gedaan op de onrechtmatige daad of kennelijk grove fout om de nadelige gevolgen van deze schuldeisersbenadelende handelingen terug te draaien.³¹⁰ Daarnaast blijkt uit een arrest van het Brusselse Hof van Beroep nogmaals het ongeoorloofde karakter van een handeling waarbij één van de bestuurders een gewone schuldvordering van een feitelijke bestuurder na het ‘fatitieke’ moment betaalde, terwijl andere (geprivilegieerde) schuldeisers in de kou bleven staan.³¹¹ In dit arrest begingen de bestuurders evenwel verschillende fouten: geen goede opvolging van de financiële situatie, passiviteit, desinteresse en blind blijven geloven in een eventueel herstel: "*la cour ayant constaté que D. a attendu l'introduction des procédures judiciaires, sans effectuer de paiements et sans pouvoir effectuer la moindre proposition, faisant défaut à plusieurs reprises, ce qui n'a pas manqué d'entraîner des pénalités et des frais de justice inutiles, augmentant ainsi le passif chirographaire*".³¹²

62. In de volgende drie arresten gaat het om handelingen vermomd als selectieve betalingen³¹³, waarbij het onttrekken van gelden zonder een schuldvordering te betalen wordt aanzien als ongeoorloofd. Jezelf verrijken ten koste van de gefailleerde vennootschap en de schuldeisers, waarbij de bestuurders in kwestie zich op bedrieglijke wijze zwart geld toe-eigenden, is een kennelijk grove fout. Uit het arrest van het Hof van Beroep te Gent volgt dat bestuurders, "*die met de boekhouding knoeiden (de 'zwarte' inkomsten kwamen als zodanig niet de vennootschap, doch appellanten ten goede) «het zichzelf onmogelijk gemaakt hebben om de nodige beleidsbeslissingen te nemen», en werd bewezen geacht «dat het financieel, fiscaal en boekhoudkundig wanbeleid op belangrijke wijze heeft bijgedragen tot het faillissement der*

³⁰⁹ Kh. Brugge (afd. Oostende) 4 juni 1998, RW 1999-00, 786-787.

³¹⁰ Als de handelingen zich bijvoorbeeld situeren buiten de termijn van 6 maanden verdachte periode.

³¹¹ Brussel 15 november 2007, JLMB 2009, afl. 7, 305: "*Le 6 décembre 1999, madame La G. signe un virement aux termes duquel D. verse 250.000 francs à la société V. en remboursement partiel d'une avance*". Het moment van staking van betaling werd vastgesteld in maart 1998.

³¹² Brussel 15 november 2007, JLMB 2009, afl. 7, 305.

³¹³ Zie *supra*, randnummer 42.

vennootschap”.³¹⁴ Aangezien het verarmende handelingen betreft, zijn de invulling van beide voorwaarden anders dan bij de rangdoorbrekende handelingen. De verarming die uit dergelijke handelingen volgt, is duidelijk op te merken. Gelden worden uit de vennootschap onttrokken, waardoor de schuldeisers hun rechten op slechts een kleiner vermogen kunnen laten gelden. De kennis omtrent de benadeling (de verarming en de mogelijke insolventie) volgt uit het feit dat de bestuurders als ingewijden er zelf voor zorgen dat zij de begunstigen waren.³¹⁵ De handelingen waren zodanig schadelijk dat de bestuurders op zijn minst behoorden te weten dat deze daden benadelend zouden zijn voor de crediteuren en dat de insolventie hierdoor nog dichterbij werd gebracht.

63. In een ander arrest waarbij gelden zonder enige reden de vennootschap hebben verlaten, ging dit gepaard met het gebruik van een stroman als bestuurder.³¹⁶ Bestuurder F. heeft, onder goedkeurend oog van bestuurder D. en feitelijk bestuurder H, voor een totaal van 42.142 € gelden afgehaald zonder enige verantwoording: *“il est évident que madame F. n'a pas pu effectuer les retraits de juin, juillet et août 1991 (qui totalisent 1.700.000 francs) sans son accord”*.³¹⁷ Daarna werd de vennootschap verder als het ware leeggezogen, waardoor er slechts een lege doos achterbleef.³¹⁸ Hieruit volgt een meer dan duidelijke benadeling voor de vennootschapsschuldeisers. De wetenschap dat deze handelingen benadelend waren ten opzichte van de schuldeisers, waar men dus op de hoogte was van de verarming en een mogelijke insolvabiliteit, blijkt nogmaals uit het bestaan van een brief: *“Vous avez annoncé à mon client que la situation financière de la société ne permettait plus le remboursement de cette somme et que vous comptiez d'ailleurs dans un proche avenir déposer le bilan”*.³¹⁹ De abnormaliteit van de handelingen daarentegen blijkt ook uit de beoordeling van het Hof: *“Les fautes dont les défendeurs originaires se sont rendus coupables sont non seulement graves en*

³¹⁴ Gent 31 maart 1994, *TBH* 1994, 976.

³¹⁵ Gent 31 maart 1994, *TBH* 1994, 976: ...zichzelf ten nadele van de rechtspersoon en de schuldeisers jarenlang op bedrieglijke wijze te verrijken.

³¹⁶ Bestuurder F. was duidelijk de stroman voor (de beruchte) mevrouw C; Brussel 22 maart 2005, *JLMB* 2006, afl. 8, 341.

³¹⁷ Brussel 22 maart 2005, *JLMB* 2006, afl. 8, 341.

³¹⁸ Brussel 22 maart 2005, *JLMB* 2006, afl. 8, 341 : *“Le capital de 1.250.000 francs a été entièrement utilisé. En effet, après paiement au notaire Jacquet d'une somme de 160.000 francs couvrant les frais de constitution, vous avez le 15 avril 1991 fait un chèque de 1.100.000 francs avec la conséquence que la société n'avait plus comme seul actif qu'un montant de 90.000 francs. Ce montant a également été vidé de la société par différents retraits. Lorsque monsieur H. a mis au crédit la somme de 1.972.434 francs, vous vous êtes empressé d'émettre différents chèques et je relève dans les comptes : 200.000 francs le 7 juin 1991, 320.000 francs le 12 juillet 1991, plus de 130.000 francs le 16 juillet 1991, 50.000 francs le 26 juillet 1991, 280.000 francs le 12 août 1991, 600.000 francs le 20 août 1991, etc.”*.

³¹⁹ Brussel 22 maart 2005, *JLMB* 2006, afl. 8, 341.

*ce sens qu'elles n'auraient pas été commises par un administrateur raisonnablement prudent et diligent et témoignent d'un total manque d'égard aux normes essentielles qui régissent les sociétés commerciales mais sont également caractérisées car le comportement, aussi bien de madame F. que de monsieur H. et de monsieur D. ne pouvait être perçu que comme gravement fautif pour tout homme raisonnable”.*³²⁰

64. Bij een andere NV, die eigenlijk vanaf de oprichting verlieslatend was, bleek een bestuurder tijdens de immer groeiende schulden zichzelf systematisch gelden toe te eigenen: *“Uit de bankuittreksels 2005 blijkt dat er systematisch belangrijke bedragen werden overgeschreven op de privé-rekening van appellant, ondanks het feit dat hij géén bezoldigd mandaat uitoefende”.*³²¹ Aangezien het geen betalingen van schuldvorderingen ten aanzien van de vennootschap betrof, kan men weer spreken van een verarmende handeling in plaats van een rangdoorbrekende handeling (zoals een selectieve betaling). Er is hier een verarming, waardoor voldaan is aan de materiële voorwaarde: de activa verminderen doordat de gelden uit de vennootschap worden gehaald zonder dat de passiva gelijktijdig verminderen. Om de wetenschap van benadeling aan te tonen, zal men de kennis van de verarming en de mogelijke insolventie dienen aan te tonen. Doordat de gelden overgeschreven zijn naar een persoonlijke rekening van de bestuurders, is de kennis van de verarming bewezen. De wetenschap van de mogelijke insolventie kan afgeleid worden uit het feit dat de vennootschap eigenlijk sinds het begin verlies draaide, maar de bestuurder pas in 2005 (dichtbij het uiteindelijke faillissement) besloot om nog snel gelden vanuit de vennootschap te onttrekken.³²² Enige verantwoording hiervoor, in de vorm van bedrijfseconomische redenen, ontbrak.³²³

2.4.4.4. Verweer

65. We hebben reeds gezien dat bedrijfseconomische redenen een voldoende verantwoording kunnen geven voor schuldeisersbenadelende handelingen of het voortzetten van de deficitaire vennootschap.

³²⁰ Brussel 22 maart 2005, *JLMB* 2006, afl. 8, 341.

³²¹ Gent 6 september 2010, *TGR-TWVR* 2011, afl. 3, 208.

³²² Gent 6 september 2010, *TGR-TWVR* 2011, afl. 3, 207-209.

³²³ Gent 6 september 2010, *TGR-TWVR* 2011, afl. 3, 208.

66. In een arrest van het Luikse Hof van Beroep bleken de gestelde handelingen geen aanleiding te geven tot een kennelijk grove fout, ook al bleken ze achteraf tevergeefs te zijn.³²⁴ De raad van bestuur had 2 plannen met herstelmaatregelen opgesteld, waarbij o.a. volgende beslissingen genomen werden: *“de refuser les commandes présentant une marge inférieure de 20%, de réduire le coût de la location des immeubles et machines ainsi que les frais de tenue de la comptabilité, de refacturer à C.T.D. une partie des frais d’administration et de direction et de rechercher par l’intermédiaire de C.T.D. de nouveaux marchés étrangers”*.³²⁵ Daarnaast werd de verhuizing van het bedrijf, gezien de kosten, uitgesteld en werden er onderhandelingen gevoerd met de werknemers. Bovendien bleek de hoop op herstel nog het meest gevoed door de kans op subsidies van het Waalse Gewest, geschat op 148.736 €, die hun weg jammerlijk genoeg nooit naar de vennootschap hebben gevonden.³²⁶

67. Deze verantwoording blijkt nog maar eens uit het feit dat de bestuurders van een NV, weliswaar opgericht met ontoereikende gelden, niet persoonlijk aansprakelijk zijn voor het verrichten van investeringen die absoluut nodig waren om tot de uitbating van de onderneming te komen: *“Het kan de bestuurder dan ook niet ten kwade worden geduid om te roeien met de riemen die hem worden ter beschikking gesteld en dit gedurende een periode die nog geen volledig jaar bestrijkt”*.³²⁷ Daarnaast heeft de rechter erop gelet wat de gedragingen waren van de bestuurders dichtbij de periode van insolventie.³²⁸

68. Let er daarnaast op dat de bedrijfseconomische redenen om bepaalde schuldeisers boven anderen te verkiezen slechts mogelijk zijn, wanneer men nog (redelijkerwijze) gelooft in de continuïteit. Indien het duidelijk is dat de financiële moeilijkheden niet meer van tijdelijke aard zijn (en de vennootschap ten onder zal gaan), zal het bijvoorbeeld niet meer lukken om eerder de leveranciers dan de fiscus te betalen met als reden: het ‘redden’ van de vennootschap.³²⁹

³²⁴ Luik 13 januari 2004, DAOR 2005, 52, noot D. GOL : *“Attendu qu’avec le recul du temps, il apparaît que les administrateurs de P.H.M. ont manqué de lucidité; qu’ils ont cru à tort dans les chances de redressement de leur entreprise ; qu’il s’agit là d’une faute de gestion qui ne présente toutefois pas le caractère de gravité requis par l’article 530 du Code de sociétés car il n’y a pas eu dans leur chef de volonté délibérée de financer le fonctionnement de l’entreprise par le non-paiement des charges fiscales et sociales”*.

³²⁵ Luik 13 januari 2004, DAOR 2005, 52, noot D. GOL.

³²⁶ Luik 13 januari 2004, DAOR 2005, 52, noot D. GOL. : *“qu’ils ont longtemps espéré en effet l’intervention de la Région wallonne dont ils évaluent la hauteur à six millions d’anciens francs qui leur avait été promise par le curateur de P.H.M., par la F.G.T.B. ainsi que, semble-t-il, par le président du tribunal de commerce de Liège”*.

³²⁷ Kh. Brugge 19 april 2010, TGR-TWVR 2011, afl. 3, 218.

³²⁸ *“Het blijkt niet dat in die laatste periode nog belangrijke schulden zijn gemaakt”*: Kh. Brugge 19 april 2010, TGR-TWVR 2011, afl. 3, 218.

³²⁹ Kh. Antwerpen 19 maart 2010, Fisc.Koer. 2010, afl. 18, 683-686.

Krediet zoeken bij de fiscus om op die manier het faillissement uit te stellen is onverantwoord.³³⁰ Enkel handelen in het belang van de schuldeisers en met respect voor de *paritas* na de staking van betaling is verantwoord. Zo bleek het verderzetten van een blijvend verlieslatende onderneming geen fout, aangezien de bestuurders ervoor zorgden dat de onbetaalde vorderingen tot een minimum werden beperkt: “*de voortzetting van de verlieslatende activiteiten van de vennootschap gedurende 5 jaar had het juist mogelijk gemaakt om het actief ervan in rustige omstandigheden te gelde te maken*”.³³¹

2.4.4.5. Tussenbesluit

69. De benadeling volgt stevast uit het feit dat de schuldeisers hun weg tot betaling bemoeilijkt of afgesloten zullen zien. De kennis omtrent de insolventie (of voor de verarmende handelingen van de verarming en de insolventie) wordt thans veelal uit de impact, het tijdstip en de begunstigden van de handelingen gehaald. Om de kennis omtrent de insolvabiliteit te benadrukken wordt ook veelal beroep gedaan op financiële verslagen en briefwisseling. Speciale situaties vereisen misschien speciale maatregelen, maar zie er dan op toe dat ze bedrijfseconomisch verantwoord kunnen worden, waardoor de persoonlijke aansprakelijkheid niet in het gedrang komt. Daarnaast is het belangrijk te onthouden dat men na de staking van betaling wel uitsluitend dient te handelen in het belang van de schuldeisers en zodoende de *paritas creditorum* te eerbiedigen.

Bovendien sommen de rechters veelal slechts de feiten en de eventuele rechtvaardiging op, waarna ze onmiddellijk overgaan tot de vaststelling dat er een (kennelijk grove) fout is. Met het gebruiken van de pauliaanse onrechtmatige daadsvordering wordt de motivering veel duidelijker waarom er al dan niet een (kennelijk grove) fout uit de vermelde handelingen vloeit.

Tenslotte blijkt de bestuurdersaansprakelijkheid zich vooral te situeren in familiale ondernemingen, waar de controle door de bestuurders op elkaars handelingen te laks kan zijn. In deze ondernemingen blijken ook veelal andere beweegredenen te spelen dan de continuïteit en het herstel van de onderneming te bewerkstelligen. Deze bestuurders zullen zich dus bewust moeten zijn van de verhoogde kans op ongeoorloofde handelingen.

³³⁰ Kh. Antwerpen 19 maart 2010, *Fisc.Koer.* 2010, afl. 18, 683-686.

³³¹ Gent 25 januari 2010, *TBH* 2010, afl. 5, 434.

2.5 Doelstelling: het vermijden van bange of roekeloze bestuurders

“Wie niets vreest, kan gemakkelijk een schurk worden, maar wie te veel vreest, wordt zeker een slaaf”.³³²

70. Het aansprakelijkheidsrecht in het vennootschapsrecht heeft zowel een schadevergoedende als een normerende functie.³³³ Andere bestuurders zullen hun gedrag corrigeren, indien de rechtbank oordeelt dat dergelijk gedrag, maatschappelijk gezien, niet door de beugel kan. Echter, geen enkel systeem is perfect, waardoor het intrinsiek wat nadelen met zich meedraagt.³³⁴ Onduidelijkheid in de alomvattende normen die men tot op heden gebruikt in de schemerzone is één van de oorzaken van overdreven angst.³³⁵

Indien bestuurders door deze onduidelijkheid roekeloos zijn of daarentegen teveel vrezen voor hun persoonlijke aansprakelijkheid, zijn er enkele negatieve bijwerkingen. Enerzijds kan men zich laten leiden door egoïsme en andere drijfveren eerder dan de continuïteit van de onderneming te bewerkstelligen en de nadelen voor de schuldeisers te beperken.³³⁶ Men kan dan bijvoorbeeld denken aan het onttrekken van activa uit de vennootschap (*asset dilution*).³³⁷ Anderzijds kan dit als gevolg hebben dat bestuurders alle risico's gaan proberen vermijden.³³⁸ Bijvoorbeeld, het fenomeen *the coward's way out*. Dit betreft de te vroege beslissing van bestuurders om de vennootschap aan te melden bij een insolventieprocedure, ondanks het feit dat er nog veel bedrijfseconomische redenen voorhanden zijn om het tegenovergestelde te besluiten: de vennootschap verder te zetten.³³⁹

71. Een duidelijke drempel waarbij bestuurders rekening moeten houden met de belangen van de schuldeisers in hun beslissingen en de eventuele benadeling die hieruit volgt, zorgt voor een duidelijkere richtlijn dan de vage algemene zorgvuldigheidsnorm of kennelijk grove fout. Deze laatste normen hebben tot gevolg dat een aantal stereotypen en eventuele misstappen kunnen worden begaan bij het beoordelen van de handelingswijze door de bestuurder in kwestie. In

³³² Citaat van J.G. SEUME.

³³³ M.J. KROEZE, “Bange bestuurders”, *Ondernemingsrecht* 2006, nr. 3.

³³⁴ M.J. KROEZE, “Bange bestuurders”, *Ondernemingsrecht* 2006, nr. 4.

³³⁵ M.J. KROEZE, “Bange bestuurders”, *Ondernemingsrecht* 2006, nr. 8.

³³⁶ Roekeloos risico's opzoeken, totale passiviteit, het zinkend schip pas verlaten wanneer al het vermogen ten goede is gekomen van de bestuurders of bondgenoten van hen,...

³³⁷ D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 376.

³³⁸ M.J. KROEZE, “Bange bestuurders”, *Ondernemingsrecht* 2006, nr. 5.

³³⁹ D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 516.

principe kan alles met een zekere uitleg als onrechtmatig gezien worden, zelfs handelingen waarbij de bestuurder enkel goede bedoelingen had. De onzekerheid over de te nemen stappen bij een nakende insolventie die hieruit volgt, wordt met de invulling van de zorgvuldigheidsnorm door de pauliaanse constitutieve voorwaarden grotendeels weggewerkt.

Bestuurders met goede bedoelingen mogen dus geen enkel risico lopen op aansprakelijkheid of zoals de overweging van de heer KROEZE luidt: *Juridische regels zouden zo moeten zijn dat zij ertoe bijdragen dat bestuurders op het vlak van aansprakelijkheid niet meer te vrezen hebben van een risicovolle, maar economisch optimale beslissing dan van een risicoloze, maar suboptimale beslissing.*³⁴⁰

³⁴⁰ M.J. KROEZE, “Bange bestuurders”, *Ondernemingsrecht* 2006, nr. 7.

3. Richtlijnen: van eerste insolventie tekenen tot faillissement

3.1. Inleiding

72. Uit het voorgaande kunnen heldere richtlijnen gedistilleerd worden die ten goede zullen komen aan de bestuurders, aangezien hun verplichtingen dermate duidelijker belicht zullen worden. Hierdoor kan een bestuurder door zijn eigen handelen bij te sturen zich beter wapenen tegen een schadeclaim. Een bestuurdersplicht ten gunste van de schuldeisers zou immers niet alleen voor een beperking moeten zorgen van de schade die schuldeisers kunnen leiden wanneer een vennootschap failliet verklaard wordt, maar ook voorafgaandelijk ondubbelzinnig moeten aanwijzen welke weg een bestuurder dient te bewandelen.³⁴¹ Deze richtlijnen zullen onderverdeeld worden in vijf cruciale tijdstippen in het leven van een vennootschap die insolventie nadert en zullen zich geenszins beperken tot selectieve betalingen. Door deze richtlijnen te volgen in de schemerzone, zal een bestuurder zijn kans op aansprakelijkheid tot een minimum herleiden.

3.2. Eerste tekenen van insolventie

3.2.1 Deugdelijk en actueel overzicht van de financiële toestand

73. Ten eerste dienen de bestuurders te allen tijde een goed en actueel overzicht te hebben van de financiële situatie.³⁴² Deze bestuurdersplicht wordt des te groter wanneer men ontdekt dat er solvabiliteitsproblemen zijn. Aangezien de kans op aansprakelijkheid vanaf de ontdekking aanzienlijk wordt, dienen bestuurders de situatie goed op te volgen en hun betrokkenheid te vergroten.³⁴³ Bij elke beslissing dienen de schuldeisersbelangen en de mogelijke herstelkansen vanaf de eerste tekenen van insolventie in rekening worden gebracht. Omdat het bepalen van de solvabiliteit van een bedrijf geen exacte wetenschap is en te voorkomen dat rechtbanken *ex post* andere parameters gaan gebruiken bij het beoordelen van de solvabiliteit van de onderneming op het moment van een omstreden handeling, is het raadzaam voor bestuurders

³⁴¹ Zie voor een overzicht: L.J. VAN EEGHEN, *Het schemergebied vóór faillissement*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2006, 554 p.

³⁴² Als kennelijk grove fout werden beoordeeld: geen deugdelijke boekhouding, het voortzetten van een verlieslatende activiteit zonder het betalen van belastingen (sociale zekerheidsbijdragen en bedrijfsvoorheffing) alsook het niet naleven van de formele voorwaarden van de alarmbelprocedure; Kh. Luik 10 september 1991, *TBH* 1992, 501; Luik 19 oktober 2004, *TBH* 2006, 426, noot M. COIPEL; Brussel 15 november 2007, *JLMB* 2009, 305; Voor meer informatie, zie J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, De Boeck en Larcier, 2012, 227-294; K. GEENS, M. DENEFF, R. TAS et al., "Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen (1992-1998)", *TPR* 2000, 252.

³⁴³ Luik 4 april 2000, *JLMB* 2002, 820; K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS et al., *Overzicht van rechtspraak vennootschappen (1999-2010)*, Mechelen, Kluwer, 2012, 330.

om zoveel als mogelijk gebruik te maken van een eigen plan met parameters om zo een getrouw beeld over de vennootschap in handen te hebben.³⁴⁴ Bovendien kan men best op geregelde tijdstippen met de gehele raad van bestuur samenkomen om de situatie op te volgen.³⁴⁵

4.2.2. Gedetailleerde en correcte verantwoordingsstukken

74. Daarnaast is het zeer belangrijk dat bestuurders gedetailleerde en juiste verantwoordingsstukken hebben ter staving van hun geloof dat een specifieke handeling op dat moment in het beste belang was van de vennootschap om de continuïteit te vrijwaren.³⁴⁶ Zo kan de rechter zich beter in de plaats van de bestuurder stellen voor een toetsing van zijn gedrag en zal een ongewilde rechterlijke *ex post* beoordeling tot een minimum herleid worden. Verslagen, nota's en notulen dienen zodoende steeds zorgvuldig bewaard te worden om als bewijs te dienen.³⁴⁷

4.2.3. Onderzoek wie de (feitelijke) bestuurders in de onderneming zijn

75. Het is belangrijk om, naast de benoemde bestuurders, ook te weten wie eventueel als feitelijke bestuurder kan aanzien worden door de rechter.³⁴⁸ Als een echtgenote van een bestuurder bijvoorbeeld heel wat invloed kan uitoefenen in de vennootschap, zullen ook haar (onrechtmatige) handelingen eventueel leiden tot de *in solidum* of hoofdelijke aansprakelijkheid van de benoemde bestuurder-echtgenoot.

³⁴⁴ Brussel 15 november 2007, *JLMB* 2009, afl. 7, 305: *Il s'impose dès lors que les dirigeants de sociétés mettent en place les procédés de gestion et d'analyse comptable et financière appropriés à la taille et à l'activité de la société pour permettre de suivre d'une façon suffisante l'évolution des affaires de la société et de déceler les difficultés.*

³⁴⁵ UNCITRAL, "Legislative Guide on Insolvency Law, Part four: Directors' obligations in the period approaching insolvency" (2013), 10, beschikbaar op www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html.

³⁴⁶ Kh. Tongeren 13 januari 2005, *RABG* 2005, afl. 17, 1570.

³⁴⁷ Kh. Tongeren 18 december 2007, *RABG* 2008, afl. 8, 517; Gent 9 mei 2005, *TRV* 2005, 480. M.b.t. de laattijdige aangifte van het faillissement, zie Kh. Luik 24 oktober 2001, *JDSC* 2002, 213.

³⁴⁸ UNCITRAL, "Legislative Guide on Insolvency Law, Part four: Directors' obligations in the period approaching insolvency" (2013), 16, beschikbaar op www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html.

3.3. Reddingsfase

3.3.1. Externe hulp

76. Indien blijkt dat de vennootschap kampt met structurele verliezen, dient men de herstelkansen en de solvabiliteit realistisch te analyseren en te evalueren.³⁴⁹ Het wordt dan ook nadrukkelijk aangeraden dat men zich op dergelijk moment laat bijstaan door externe deskundigen om de activa te waarderen. Wanneer bestuurders een transactie of andere betekenisvolle handelingen ten aanzien van de vennootschap, haar aandeelhouders of schuldeisers overwegen, zoals de verkoop van een belangrijk goed of het ontstaan van aanzienlijke schulden, kan men best externen raadplegen.³⁵⁰ Dit komt de beoordeling van een normaal en voorzichtig bestuurder zeker ten goede.

3.3.2. Herstelmaatregelen

77. In de fase waar men de vennootschap probeert te redden van haar ondergang, zijn er enkele richtlijnen om de abnormaliteit of eventuele argwaan door schuldeisers en rechters te vermijden, want moeilijke omstandigheden, waarbinnen een herstelpolitiek wordt gevoerd, dienen niet automatisch te leiden tot het einde van de onderneming.³⁵¹ Zo bleek activa verkopen als gevolg van herstelmaatregelen, mits een verantwoorde prijs, gerechtvaardigd.³⁵²

3.3.2.1. Concrete herstelmaatregelen en de opvolging ervan

78. Het is uitermate belangrijk dat bij het plannen van maatregelen voldoende concreet wordt bepaald wat deze acties zullen inhouden. Het is onvoldoende om te verklaren dat men vertrouwen heeft in de continuïteit en maatregelen aankondigt, die ofwel te vaag zijn ofwel niet uitgevoerd worden.³⁵³ Als bestuurder dient men tevens de situatie op te volgen en te analyseren of de genomen maatregelen wel effectief een herstel bewerkstelligen.

³⁴⁹ Bestuurders worden dan ook vrij gemakkelijk geacht te weten dat de vennootschap zich in staat van faillissement bevindt, zie K. GEENS, M. DENEFF, R. TAS et al., “Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen (1992- 1998)”, *TPR* 2000, 320.

³⁵⁰ UNCITRAL, “Legislative Guide on Insolvency Law, Part four: Directors’ obligations in the period approaching insolvency” (2013), 11, beschikbaar op www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html.

³⁵¹ Wanneer bestuurders beslissen de deficitaire vennootschap voort te zetten, begaan zij geen kennelijk grove fout als zij een bewuste herstelpolitiek handhaven, zie Luik 13 januari 2004, *DAOR* 2005, 52, noot D. GOL.

³⁵² Gent 21 december 2000, *TBH* 2001, 739; K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS et al., *Overzicht van rechtspraak vennootschappen (1999-2010)*, Mechelen, Kluwer, 2012, 330.

³⁵³ Luik 19 oktober 2004, *TBH* 2006, 426, noot M. COIPEL.

3.3.2.2. Belangenconflicten

79. Men dient belangenconflicten tussen de vennootschap en de bestuurder zelf te vermijden. Het vennootschapsbelang vereist van bestuurders dat zij de belangen van de onderneming (waaronder ook die van de schuldeisers) boven het persoonlijk belang van de bestuurder zelf plaatsen. Men dient dus situaties te vermijden waarbij de begunstigde van de handeling de bestuurder zelf zal zijn. Bijkomend moeten bestuurders voorkomen dat zij aandeelhouders, bepaalde schuldeisers of verbonden vennootschappen een preferentiële behandeling gunnen.³⁵⁴ Enkel diegene uitbetalen die je kent of belangrijk zijn om je eigen positie te bestendigen, zonder enige bedrijfseconomische verantwoording, is uit den boze. Het is daarbij bijvoorbeeld aan te raden dat een bestuurder de rest van de raad van bestuur op de hoogte stelt van enige verbondenheid met bepaalde schuldeisers die hun beslissing zouden kunnen beïnvloeden. Met andere woorden, waarborgen dat de voorgestelde maatregelen de waarde van de vennootschap maximaliseren en de continuïteit zullen verzekeren. Men dient ervoor te zorgen dat bestuurders over alle relevante informatie beschikken met betrekking tot elke zakelijke transactie, zodat zij weloverwogen beslissingen kunnen nemen.

3.3.2.3. Invloed op stakeholders, in het bijzonder de schuldeisers

80. Bij elke zakelijke beslissing in de reddingsfase zal een bestuurder de mogelijke invloed die een handeling zou hebben op de stakeholders van de vennootschap (in het bijzonder de schuldeisers) in rekening dienen te brengen. Als *insider*-transacties bijvoorbeeld onvermijdelijk zijn, zie dan zeker dat deze transacties billijk zijn voor de onderneming.³⁵⁵ Men moet zich dus onthouden van handelingen die gezien kunnen worden als een poging om de vorderingen van schuldeisers in de weg te staan, onnodig te vertragen of te benadelen.³⁵⁶

Handelingen die steeds als schuldeisersbenadelend zullen aanzien worden, zijn de handelingen om niet. Deze zijn ten gevolge van de wettelijke specialiteit absoluut verboden. Zo bleek het gebruik van een kredietkaart op naam van de vennootschap voor eigen gebruik ongeoorloofd.³⁵⁷

³⁵⁴ In casu betaalden ze enkel de aan hen verbonden vennootschappen, zie Gent 14 november 2011, *RPS* 2012, nr. 7068, 89, noot W. DERIJCKE en Gent 25 januari 2010, *TBH* 2010, afl. 5, 434; D. VAN GERVEN, “Kroniek vennootschapsrecht 2012-2013”, *TRV* 2013, 588.

³⁵⁵ R. MELLENBERGH, “De selectieve betaling van schuldeisers van de vennootschap: een nadere objectivering van de normen waarnaar de bestuurder van de vennootschap dient te handelen”, *Ondernemingsrecht* 2003(2), 48-51.

³⁵⁶ UNCITRAL, “Legislative Guide on Insolvency Law, Part four: Directors’ obligations in the period approaching insolvency” (2013), 12, beschikbaar op www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html.

³⁵⁷ Kh. Dendermonde 14 februari 2013, *DAOR* 2013, 270.

Daarnaast kan een feitelijke benadeling, zoals een goed door een ander goed van evenwel gelijke waarde vervangen, dat echter minder vatbaar is voor uitwinning door de crediteuren, aansprakelijkheid in de hand werken.³⁵⁸ Bij dit soort handelingen kan er reeds sprake zijn van benadeling zonder dat de vennootschap op verlies draait.³⁵⁹ Wanneer men als bestuurder op de hoogte is van een nakende uitwinning en er geen bedrijfseconomische redenen zijn om het goed te vervangen, dient een bestuurder zich te onthouden van dergelijke handelingen.

Verarmende handelingen (zoals de vermomde selectieve betalingen) zullen onder het begrip schuldeisersbenadeling vallen, naarmate men als vennootschap op het moment van de vordering een negatief eigen vermogen heeft.³⁶⁰ Op het moment van de handeling zelf is insolventie evenwel geen vereiste voor de benadelingsvereiste en dient de verarming ermee geenszins een causaal verband te vertonen.³⁶¹ Wanneer men als bestuurder dus kennis heeft dat de handeling verarmend is en de insolventie mogelijkerwijs dichterbij brengt, dient hij zich te onthouden van zulke handelingen uit te voeren, tenzij er een bedrijfseconomische verantwoording is.

Wanneer blijkt dat de herstelmaatregelen geen redding hebben gebracht, maar het moment van insolventie zich nog juist niet gemanifesteerd heeft, dient men tevens rekening te houden met rangdoorbrekende handelingen. De vrijheid om te kiezen welke schuldeiser men eerst voldoet of een bijkomende zekerheid verleend is van dergelijk groot belang dat deze handelingen pas zeer laat in de reddingsfase voor onrechtmatige handelingen kunnen zorgen. “*Voorkruipen is nu eenmaal minder erg dan zich verrijken*”.³⁶² Indien het een niet-verplichte handeling betreft, zal men zich dienen te onthouden van een dergelijke handeling als de handeling abnormaal is en blijkt dat de bestuurders op de hoogte waren van de betalingsproblemen en de middelenschaarste. Als het daarentegen om een verplichte handeling gaat, zullen deze

³⁵⁸ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 118-119, nr. 10.

³⁵⁹ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 119-120, nr. 11.

³⁶⁰ Kh. Dendermonde 6 december 1999, *TRV* 2000, 40.

³⁶¹ J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 119-120, nr. 11.

³⁶² J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 119-120, nr. 11.

handelingen op het moment dat de vennootschap in betalingsproblemen verkeert (en de bestuurders hiervan op de hoogte zijn) in beginsel gerechtvaardigd zijn, tenzij er een duidelijke samenspanning is tussen de vennootschap en de begunstigde schuldeiser. Deze intentie zal meestal slechts voorhanden zijn, wanneer men een welbepaalde schuldeiser weigert te betalen of handelt met *insiders*.

Het risico op aansprakelijkheid verhoogt wanneer men handelingen stelt met zogenaamde *insiders*.³⁶³ Bij transacties met personen die verbonden zijn aan de vennootschap op welke wijze dan ook, de zogenaamde *insiders*, zullen bestuurders zich dus van dergelijke handelingen zo veel als mogelijk dienen te onthouden wanneer de vennootschap zich in zeer slecht vaarwater bevindt.³⁶⁴ Indien dergelijke handelingen evenwel onvermijdbaar zijn voor het herstel van de onderneming dient men te beschikken over doorslaggevende beweegredenen om hen eerder te bevoordelen dan andere schuldeisers.

3.3.2.4. Naleving van wettelijke voorschriften

81. Het weigeren om bepaalde wettelijke voorschriften (zoals het betalen van belastingen) na te leven, kan geoorloofd zijn om de continuïteit van de onderneming te verzekeren. Daarnaast kan de niet-betaling ongewild zijn en bijvoorbeeld het gevolg zijn van een ongunstige evolutie.³⁶⁵ Echter is dit geenszins een vrijgeleide.³⁶⁶ Rechtspraak heeft reeds bepaald dat dit slechts gedurende een zeer korte termijn mogelijk is. Indien het een doelbewuste financieringsbron uitmaakt, zal dit aanleiding geven tot een persoonlijke aansprakelijkheid.³⁶⁷ Uit de veelvuldige arresten blijkt dat dit één van de meest gemaakte fouten is die tot persoonlijke aansprakelijkheid leiden.³⁶⁸ Men dient dus met deze schuldeiser (nl. de Staat) evenveel rekening te houden als met de andere schuldeisers.³⁶⁹ Rechters tillen hier zwaar aan, indien blijkt dat er een echte betalingsonwil bestond ten opzichte van de overheid.³⁷⁰

³⁶³ Hiermee doelt men vooral op de bestuurders zelf, aandeelhouders, verbonden vennootschappen of (rechts)personen die een verbondenheid vertonen met een van de drie voormelde partijen.

³⁶⁴ C. SNELDERS-VAN DE KAMP, “De schemerperiode voorafgaand aan een faillissement”, 2013, www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl.

³⁶⁵ Luik 13 januari 2004, *DAOR* 2005, afl. 74, 144, noot D. GOL.

³⁶⁶ Een termijn van 1 jaar werd te lang bevonden, zie Antwerpen 3 mei 2012, *RABG* 2013, 524.

³⁶⁷ Luik 13 januari 2004, *DAOR* 2005, afl. 74, 144, noot D. GOL.

³⁶⁸ Antwerpen 3 mei 2012, *RABG* 2013, 524; Zie ook Antwerpen 29 april 2004, *RW* 2005-06, 950; Rb. Antwerpen 21 juni 2005, *RW* 2006-07, 1286; D. VAN GERVEN, “Kroniek vennootschapsrecht 2012-2013”, *TRV* 2013, 586; Zie ook Kh. Luik 10 september 1991, *TBH* 1992, 501.

³⁶⁹ Het herhaaldelijk betalen van de schuldeisers ten nadele van één bijzondere schuldeiser (de Staat) zonder de nodige regelingen te treffen, zijn kennelijk grove fouten, zie Antwerpen 10 januari 2013, *RABG* 2013, 542, noot E. JANSSENS; D. VAN GERVEN, “Kroniek vennootschapsrecht 2012-2013”, *TRV* 2013, 588.

³⁷⁰ Luik 11 mei 2001, *JT* 2002, 194; Luik 13 januari 2004, *DAOR* 2005, 52, noot D. GOL.

3.3.2.5. Transparantie

82. Het is ook cruciaal dat de raad van bestuur de algemene vergadering steeds op de hoogte houdt van de reële toestand aangaande de financiële stand van zaken.³⁷¹ Men kan bijvoorbeeld denken aan de situatie waar een bezoldiging of een winst wordt uitgekeerd. De bestuurders dienen na te denken of de betaalbaarstelling wel kan worden verantwoord in het licht van de recent geleden verliezen.³⁷² De vraag die men dient te stellen is of er wel nog genoeg activa in de vennootschap aanwezig zijn om de vorderingen van de schuldeisers redelijk te voldoen.³⁷³ De bestuurder zal de aandeelhouders zodoende best op de hoogte stellen van significante verliezen die geleden zijn sinds de afsluiting van het boekjaar.³⁷⁴ Rechters houden er vooral rekening mee dat de aandeelhouders slechts door het feit dat ze goed geïnformeerd zijn de juiste beslissingen kunnen nemen.³⁷⁵ Verslagen, nota's aan aandeelhouders en notulen dienen steeds zorgvuldig bewaard te worden om als bewijs te dienen dat de algemene vergadering wel degelijk op de hoogte was, zelfs indien de meerderheidsaandeelhouders niet te onderscheiden zijn van de bestuurders.³⁷⁶

Buiten de aandeelhouders en de bestuurders zelf, is het ook aangeraden dat derden ook juist worden geïnformeerd over de toestand van de vennootschap op financieel vlak. In een arrest van het Hof van Beroep te Gent, waar de bestuurder voor het sluiten van de overeenkomst reeds wist dat de onderneming haar verbintenissen nooit zou kunnen vervullen, werd dit bevestigd.³⁷⁷ Iets gelijkaardigs vinden we in een vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Dendermonde waar men een vennootschap die verbintenissen aangaat, wetende dat zij niet over voldoende middelen beschikt om de beloofde investeringen te realiseren, aanvaard heeft als een fout.³⁷⁸ Indien men deze transparantie in gedachte houdt, zal men zelf ook sneller beseffen wanneer het faillissement redelijkerwijze onafwendbaar is. Dit moment houdt een volgende fase van de stervende vennootschap in: de staking van betaling.

³⁷¹ J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, De Boeck en Larcier, 2012, 239.

³⁷² D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 160-163.

³⁷³ Gent 11 april 2005, *TRV* 2008, 311, noot S. BOGAERTS.

³⁷⁴ Zie *supra*, hoofdstuk 2.2.3. Winstuitkeringen en bezoldiging (nr. 17 e.v.).

³⁷⁵ Zie Gent 24 oktober 2005, *TRV* 2005, 473; K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS et al., *Overzicht van rechtspraak vennootschappen (1999-2010)*, Mechelen, Kluwer, 2012, 314.

³⁷⁶ Gent 28 februari 2011, *RW* 2012-13, 746, noot C. BERCKMANS; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, De Boeck en Larcier, 2012, 239-240; D. VAN GERVEN, "Kroniek vennootschapsrecht 2012-2013", *TRV* 2013, 587.

³⁷⁷ Gent 13 februari 2012, *DAOR* 2012/102, 206; D. VAN GERVEN, "Kroniek vennootschapsrecht 2012-2013", *TRV* 2013, 586. Zie ook Kh. Luik 10 september 1991, *TBH* 1992, 501, waar men nauwelijks een miljoen Belgische frank op haar rekening had, maar wel voor 4 miljoen verbouwingen liet uitvoeren.

³⁷⁸ Kh. Dendermonde 16 juni 1995, *V&F* 1998, 278.

3.4. Staking van betaling

3.4.1. Faillissementsaangifte

83. Indien er geen redelijke kansen tot herstel meer zijn, zal er veelal geopteerd worden om een vereffenings- dan wel een faillissementsprocedure op te starten.³⁷⁹ De vennootschap is gehouden een aangifte van het faillissement te doen binnen de maand dat de vennootschap gestopt is met betalen.³⁸⁰ In principe geldt de staking van betaling op de dag van het uiteindelijke faillissement (zie art. 12 Faill.W.). Ze zal hieraan voldoen, wanneer zij op duurzame wijze heeft opgehouden met betalen en haar krediet geschokt is.³⁸¹

3.4.2. Het voortzetten van de deficitaire vennootschap

84. Nochtans leidt het niet aangeven van het faillissement niet automatisch tot een persoonlijke aansprakelijkheid, aangezien dit slechts mogelijk is indien de bestuurder op de hoogte was of diende te zijn van het feit dat er een staking van betaling was³⁸², waarbij alle hoop op herstel verloren is en een verdere voortzetting schuldeisersbenadelend is.³⁸³ Dit wilt zeggen dat het mogelijk is om de faillissementsaangifte na dit keerpunt voor een zekere tijd uit te stellen, ondanks dat er geen uitdrukkelijke bepaling hieromtrent bestaat zoals in het Britse recht, indien het in het voordeel van de schuldeisers is.³⁸⁴ Men kan bijvoorbeeld denken aan de situatie waarbij de continuïteit van de onderneming zal gewaarborgd blijven door een solvabele overnemer of het verwachten van subsidies.³⁸⁵

Vanaf het moment waarop hij wist of behoorde te weten dat zijn onderneming definitief afstevende op een faillissement, worden de bestuursplichten nog dwingender. Als een bestuurder geen faillissementsaanvraag in werking stelt, kan hij met volgende zaken zijn

³⁷⁹ D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 562.

³⁸⁰ Zie artikel 9 Faillissementswet.

³⁸¹ Art. 2 Faillissementswet.

³⁸² Hou evenwel in gedachte dat een bestuurder de financiële gezondheid van de vennootschap hoort te kennen: M. WYCKAERT, en F. PARREIN, "Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid?", *Themis* 2011, (1) 32.

³⁸³ Kh. Brugge 19 april 2010, *TGR-TWVR* 2011, afl. 3, 214.

³⁸⁴ Zie Gent 25 januari 2010, *JDSC* 2012, 158; P. DAVIES, S. WORTHINGTON et al., *Gower and Davies' principles of modern company law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2008, 218; D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 562.

³⁸⁵ Luik 13 januari 2004, *DAOR* 2005, 52, noot D. GOL. (subsidies); Men kan voor enige omkadering kijken naar de WCO: K. BYTTEBIER en M. GESQUIÈRE, "De overdracht onder gerechtelijk gezag" in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN, *Gerechtigde reorganisatie: Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 207 e.v.; D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 562 (overnemer).

aansprakelijkheid toch tot een minimum herleiden. Enerzijds dient hij rekening te houden met de faillissementspauliana en artikel 17-18 Faill.W., want zijn handelingen kunnen misschien gesteld worden tijdens de verdachte periode.³⁸⁶ Anderzijds zal een bestuurder vanaf het moment, waarop hij wist of behoorde te weten dat de onderneming reddeloos verloren was, de rangorde van de verschillende schuldeisers in acht moeten nemen.³⁸⁷ Na de staking van betaling vindt er een omkering van bewijslast plaats. Op dit moment dient de bestuurder de *paritas creditorum* te respecteren en kan hij geenszins meer kiezen aan wie de vennootschap zal betalen. Aldus zal het uitstellen niet automatisch leiden tot de persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder, indien men beschikt over redelijke argumenten om de vennootschap in leven te houden, zoals het minimaliseren van de schadelijke gevolgen voor de schuldeisers. Het onrechtmatig voortzetten van een deficitaire onderneming verder toelichten zou ons te ver leiden, maar onthou dat rekening houden met schuldeisersbelangen nog belangrijker én dwingender wordt.³⁸⁸

³⁸⁶ De verdachte periode is een periode die zich kan uitstrekken tot 6 maanden voor het uiteindelijke faillissement (Art. 12, leden 2 en 6 Faill. W.).

³⁸⁷ J. VANANROYE en L. MARIËN, "Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht" in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, te verschijnen, Brugge, die Keure, 2014, 146, nr. 33.

³⁸⁸ Zie D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 550-571.

3.5. Faillissement

85. Indien er uiteindelijk, ondanks alle inspanningen, toch een faillissement volgt, is het belangrijk om te weten welke middelen en redenen een afdoend verweer zullen zijn om zodoende persoonlijke aansprakelijkheid te vermijden.

3.5.1. Bedrijfseconomische redenen

86. Bedrijfseconomische redenen zullen een afdoend verweer uitmaken, indien de handelingen voor de staking van betaling zijn uitgevoerd.³⁸⁹ Deze rechtmatige beweegredenen zorgen ervoor dat de handeling niet als ongeoorloofd wordt bestempeld. De continuïteit van de vennootschap wordt in deze fase nog belangrijker geacht als de benadeling van de schuldeiser(s). Indien blijkt dat deze handelingen niet in het belang waren van de schuldeiser(s), maar essentieel waren om de onderneming te redden van haar ondergang, zullen zij dus geen aanleiding geven tot enige aansprakelijkheid. Deze bedrijfseconomische redenen kunnen tevens redding brengen bij het betwisten van het moment van de staking van betaling, waarbij hij dan dient aan te tonen dat de onderneming nog genoeg levensvatbaarheid vertoonde om dergelijke handelingen uit te voeren. Merk evenwel op dat bedrijfseconomische redenen geen enkele rol meer spelen na het moment van staking van betaling. Louter handelen in het belang van de schuldeisers en met respect voor de rangorde van de verschillende schuldeisers is dan verantwoord.

Het is evenwel belangrijk voor een bestuurder om dergelijke overwegingen in een schriftelijke vorm te gieten, zodat hij bij een latere discussie kan aantonen dat zijn redenen om over te gaan tot schuldeisersbenadelende handelingen gerechtvaardigd waren.

3.5.2. Kwijting

87. Als bestuurder zal men zich ook niet kunnen beroepen op de kwijting in voormelde situaties. Het toepassingsgebied van de kwijting is beperkt tot de consequenties van handelingen die de vennootschap aanbelangen. Wanneer de gevolgen de belangen van de schuldeisers raken, dan kan de vennootschap de bestuurders voor deze handelingen geen kwijting verlenen.³⁹⁰ Doordat ofwel de curator hier optreedt namens de gezamenlijke schuldeisers ofwel de schuldeisers individueel optreden, zal de kwijting geen redding brengen.³⁹¹

³⁸⁹ Luik 13 januari 2004, *DAOR* 2005, 52, noot D. GOL.

³⁹⁰ J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, I, Brussel, Bruylant, 1954, nr. 630.

³⁹¹ F. BAUDONCQ, "De kwijting van bestuurders", *Jura Falconis* 1996-1997, nr 1, p. 83-136.

3.5.3. Non-participatie en ontslag

88. Het weerleggen van dergelijke aansprakelijkheidsvorderingen door het aanbrengen van het ontslag of louter door non-participatie blijkt geen sinecure te zijn. Zo blijkt een niet-gepubliceerd ontslag geenszins een reden om aansprakelijkheid uit te sluiten.³⁹² Men zou dit eventueel kunnen tegengaan met een verklaring in het vennootschapsdossier, waarbij de griffier een afschrift aan het Belgisch Staatsblad verzendt.³⁹³ Een bestuurder blijft tevens aansprakelijk als er geen vervanging wordt voorzien op het moment dat zijn mandaat afloopt.³⁹⁴ De interne taakverdeling en de passiviteit, met uitzondering van enkele uitspraken, is in beginsel irrelevant voor de rechter.³⁹⁵ Uit het arrest van het Gentse Hof van Beroep volgt: “*Het niet-uitvoeren van het mandaat, zich voortdurend laten vervangen en alle bestuursbevoegdheden delegeren aan elkaar opvolgende managers zonder daarop een nauwgezette controle en nauwgezet toezicht uit te oefenen, getuigen van een verregaande en ontoelaatbare tekortkoming die strijdt met de essentiële elementen van het vennootschapsleven en door geen enkel redelijk en diligent zaakvoerder in gelijkwaardige omstandigheden zou zijn begaan*”.³⁹⁶ Als bestuurder dient men controle uit te oefenen op de personen die de gedelegeerde bevoegdheden in handen hebben.³⁹⁷ Bovendien mag men ook zijn medebestuurders niet uit het oog verliezen, aangezien zij door jouw eventuele desinteresse het wanbeleid konden aanhouden.³⁹⁸ Zelfs al laten de andere bestuurders je in het duister tasten of gebruiken ze je als stroman, kan je nog steeds aansprakelijk gesteld worden.³⁹⁹

³⁹² Antwerpen 24 januari 2013, *RABG* 2013, 552; Antwerpen 10 januari 2013, *RABG* 2013, 542; Brussel 24 februari 2000, *JDSC* 2002, 191, noot M. DELVAUX; Kh. Dendermonde 6 december 1999, *TRV* 2000, 40. Zie ook Antwerpen 18 september 2000, *RW* 2000-01, 1205; Brussel 10 april 2003, *JDSC* 2005, 117.

³⁹³ Kh. Dendermonde 24 januari 1995, *TRV* 2002, 536.

³⁹⁴ Kh. Brussel 22 oktober 2002, *DAOR* 2002, 293; Brussel 24 februari 2000, *JDSC* 2002, 191, noot M. DELVAUX; Gent 9 mei 2005, *TRV* 2005, 480; K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS et al., *Overzicht van rechtspraak vennootschappen (1999-2010)*, Mechelen, Kluwer, 2012, 292.

³⁹⁵ Antwerpen 29 april 2004, *RW* 2005-06, 950. Zie ook Rb. Antwerpen 21 juni 2005, *RW* 2006-07, 1286. De rechter kan niettemin oordelen om er toch rekening mee te houden, zie Kh. Charleroi 16 december 1998, *TBH* 2000, 642.

³⁹⁶ Gent 19 september 2011, *TGR* 2012, 277; D. VAN GERVEN, “Kroniek vennootschapsrecht 2012-2013”, *TRV* 2013, 589.

³⁹⁷ Het Brusselse Hof van Beroep oordeelde dat de bestuurder, die als Europees ambtenaar door de NV enkel was aangenomen voor het ‘prestige’ en dus niet betrokken was bij het bestuur, kon niet ontsnappen aan de aansprakelijkheidsvordering, zie Brussel 22 maart 2005, *JLMB* 2006, 341; K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS et al., *Overzicht van rechtspraak vennootschappen (1999-2010)*, Mechelen, Kluwer, 2012, 291.

³⁹⁸ Brussel 22 maart 2005, *JLMB* 2006, 341; Gent 9 mei 2005, *TRV* 2005, 480; Luik 23 november 2007, *JLMB* 2009, 317; Bergen 3 maart 2008, *TBH* 2007, 296; Gent 10 november 2008, *NJW* 2009, 820; Kh. Dendermonde 6 december 1999, *TRV* 2000, 40; Kh. Bergen 23 maart 2006, *JDSC* 2006, 129; Kh. Tongeren 18 december 2007, *RABG* 2008, 517.

³⁹⁹ Antwerpen 20 december 2001, *TRV* 2004, 725, noot J. VANANROYE; Kh. Dendermonde 13 december 2006, *TRV* 2008, 595, noot K. MARESCAU.

CONCLUSIE

89. Een bestuurder zal bij een nakende insolventie in beginsel proberen de vennootschap te redden. Echter, in de periode van aanhoudende verliezen zijn er een aantal factoren die ervoor zorgen dat de bestuurder eerder aan zichzelf of andere (rechts)personen zal denken. Gevoelsmatig lijkt het voor hem op dat moment nogal spijtig om de resterende activa bij een uiteindelijk faillissement aan een curator over te laten.⁴⁰⁰ Bijkomend zal hij aan de ene kant mogelijks de druk voelen van aandeelhouders om activa uit de vennootschap te onttrekken en aan de andere kant de luidkeelse roep van enkele gewichtige schuldeisers, zoals de bank(en).⁴⁰¹ Deze factoren in de schemerperiode kunnen ertoe leiden dat de bestuurders geneigd zullen zijn om gelden of goederen naar zichzelf, een aandeelhouder, een bevriende derde of een verbonden vennootschap door te sluizen of ten voordele van één van deze partijen gebruiken. Deze handelingen kan men opsplitsen in drie categorieën: feitelijke benadeling, verarming in bedrijfseconomische zin, en rangdoorbrekende handelingen.⁴⁰² Aangezien deze handelingen schadelijk kunnen zijn voor (sommige) schuldeisers doordat zij hun vordering niet meer of moeilijker kunnen verhalen, zijn deze natuurlijk niet zonder meer geoorloofd.

90. Bij een uiteindelijk faillissement zullen de aansprakelijkheidsvorderingen, die voortvloeien uit de kennelijk grove fout of de onrechtmatige daad, proberen de schadelijke gevolgen van deze handelingen te herstellen. Evenwel blijkt uit de rechtspraak dat de invulling van deze kennelijk grove fout of de algemene zorgvuldigheidsnorm bij een onrechtmatige daad te onduidelijk is. Ten eerste leidt dit tot een onvolmaakte motivering. Rechters sommen veelal slechts de feiten en de eventuele rechtvaardiging op, waarna ze onmiddellijk overgaan tot de vaststelling dat er een (kennelijk grove) fout is. Daarnaast zijn de huidige normen zo vaag dat men er alles kan proberen onder te brengen, zoals enkele vooroordelen die bestaan ten opzichte van bestuurders. Door deze onvolmaaktheid zullen we een beroep doen op de *actio pauliana*, die een andere en duidelijkere invulling van de kennelijk grove fout en het begrip *Bonus Pater Familias* zal teweegbrengen. De reden hiervoor is te vinden in het feit dat de *actio pauliana* de best uitgewerkte figuur is qua schuldeisersbenadeling, maar zelf een beperkt toepassingsgebied

⁴⁰⁰ C. SNELDERS-VAN DE KAMP, “De schemerperiode voorafgaand aan een faillissement”, 2013, www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl.

⁴⁰¹ Voorkruipen is minder erg dan zich verrijken; R.C. CLARK, “The duties of the corporate debtor to its creditors”, *Harvard Law Review* 1977, 515-516.; S.M. BARTMAN, “Bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve (wan)betaling: een klusje voor de business judgment rule?”, *AAe* 2011, 126-130.

⁴⁰² J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 118-119, nr. 10.

heeft. De aansprakelijkheidsvorderingen zullen dus enkel succesvol zijn, wanneer de (kennelijk grove) fout voldoet aan de materiële en subjectieve voorwaarden van de pauliana.⁴⁰³ Aanvullend zal men ook een onderscheid dienen te maken tussen onverplichte en verplichte handelingen.⁴⁰⁴ In het bijzonder hebben we deze denkwijze toegepast op enerzijds de selectieve betalingen en anderzijds de handelingen vermomd als selectieve betalingen. In het ene geval gaat het om rangdoorbrekende handelingen, waarbij er een benadeling van de verhaalsmogelijkheden is. In het andere geval gaat het om verarmende handelingen, waarbij er een verarming is van de activa van de schuldenaar.

Met betrekking tot de selectieve betalingen van niet-opeisbare vorderingen voor de staking van betaling, waarbij andere (opeisbare) vorderingen niet worden betaald, zullen deze handelingen benadelend zijn, indien de handeling abnormaal is en blijkt dat de vennootschap en de bestuurders op de hoogte waren van de betalingsproblemen en de middelenschaarste. Inzake de selectieve betalingen van opeisbare vorderingen voor de staking van betaling, zullen deze handelingen op het moment dat de vennootschap in betalingsproblemen verkeert (en de bestuurders hiervan op de hoogte zijn) in beginsel gerechtvaardigd zijn, tenzij er een duidelijke samenspanning is tussen de vennootschap en de begunstigde schuldeiser (vrijwel altijd *insiders*).⁴⁰⁵ Indien een bestuurder handelingen die vermomd zijn als een selectieve betaling uitvoert voor de staking van betaling, zijn de voorwaarden minder streng aangezien er geen principiële vrijheid is om dergelijke handelingen te stellen. De materiële voorwaarde vereist dat de gestelde handeling verarmend is. Dit is schuldeisersbenadelend, aangezien er op het einde van de rit minder overblijft, terwijl de schuldvorderingen hetzelfde blijven. Deze handelingen zullen dus in de regel altijd als abnormaal bestempeld worden, waardoor men bij de subjectieve voorwaarde slechts een weten of behoren te weten dient aan te tonen. De wetenschap van benadeling zal de kennis omtrent de verarming en de mogelijke insolventie betreffen. Alle voorgaande handelingen die gesteld zijn na de staking van betaling zijn in beginsel ongeoorloofd, tenzij ze de rangorde van de schuldeisers respecteren en in het belang van de schuldeisers zijn. De vennootschap is immers ten dode opgeschreven.

⁴⁰³ Naast de invulling van deze norm, dienen natuurlijk ook nog de andere voorwaarden van de kennelijk grove fout en de onrechtmatige daad vervuld zijn.

⁴⁰⁴ J. VANANROYE en L. MARIËN, "Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht" in X, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheeussen 2013, Brugge, die Keure, 2014, 125-126, nr. 13.

⁴⁰⁵ De lat wordt hier hoger gelegd, doordat het verplichte handelingen zijn die in beginsel als normaal gekwalificeerd kunnen worden.

De voorgaande materiële en subjectieve voorwaarden zijn vrijwel altijd vervuld, wanneer men een daad stelt met een persoon verbonden aan de vennootschap. Er is aldus een verhoogde kans op aansprakelijkheid naargelang de persoon waaraan wordt betaald. Bij het betalen aan personen die verbonden zijn aan de vennootschap op welke wijze dan ook, de zogenaamde *insiders*, zullen bestuurders zich van dergelijke handelingen dienen te onthouden wanneer de vennootschap zich in zeer slecht vaarwater bevindt, terwijl het voldoen van vorderingen aan externen, personen die niet verbonden zijn aan de vennootschap veel langer geoorloofd kan blijven, zelfs tot het moment dat de onderneming reddeloos verloren is, omdat het objectieve bedrog bij niet-verplichte handelingen en de intentie bij verplichte handelingen haast onmogelijk te bewijzen valt.⁴⁰⁶ Een bestuurder zal dus naar alle waarschijnlijkheid aansprakelijk gesteld worden indien hij enkel zichzelf, bevriende personen of verbonden vennootschappen betaalt.⁴⁰⁷

Ondanks het feit dat een handeling aan bovenstaande benadeling zou beantwoorden, zullen (redelijke) bedrijfseconomische redenen de bestuurders vrijwaren van elke aansprakelijkheidsvordering, indien de handelingen voor de staking van betaling zijn uitgevoerd.⁴⁰⁸ Deze rechtmatige beweegredenen zorgen ervoor dat de handeling als geoorloofd wordt bestempeld. De continuïteit van de vennootschap wordt in deze fase nog belangrijker geacht als de benadeling van de schuldeiser(s). Indien blijkt dat deze handelingen niet in het belang waren van de schuldeiser(s), maar essentieel waren om de onderneming te redden van haar ondergang, zullen zij dus geen aanleiding geven tot enige aansprakelijkheid. Evenwel zullen bedrijfseconomische redenen een verschil in behandeling vanaf de staking van betaling niet meer kunnen rechtvaardigen, want men weet of behoort te weten dat het bedrijf reddeloos verloren is. Louter handelen in het belang van de schuldeisers en met respect voor de rangorde van de verschillende schuldeisers is dan verantwoord.

91. Door deze duidelijkere norm hebben we een draaiboek kunnen opstellen met daarin *ex ante* richtlijnen die aangeven welke weg de bestuurder dient te bewandelen aangaande de drie scenario's van schuldeiserbenadeling. Deze richtlijnen komen alle betrokken partijen ten goede. Enerzijds weten bestuurders beter wat ze al dan niet kunnen doen bij een nakende

⁴⁰⁶ C. SNELDERS-VAN DE KAMP, "De schemerperiode voorafgaand aan een faillissement", 2013, www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl.

⁴⁰⁷ E. DIRIX, "Grenzen aan de wilsautonomie inzake zakelijke zekerheidsrechten" in X, *Bijzondere overeenkomsten*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008, Mechelen, Kluwer, 2008, 148-149.

⁴⁰⁸ Luik 13 januari 2004, *DAOR* 2005, 52, noot D. GOL.

insolvabiliteit, anderzijds zullen rechters zich minder terughoudend opstellen en een schending van de verbeterde norm sneller opmerken. Bovendien zal het leiden tot een meer rechtvaardige behandeling van schuldeisersbelangen.

Wat betreft de feitelijke benadeling, dient een bestuurder zich te onthouden van dergelijke handelingen op het moment dat men als bestuurder op de hoogte is van een nakende uitwinning en er geen bedrijfseconomische redenen zijn om het goed te vervangen. Bij verarmende handelingen dient een bestuurder op het moment dat hij op de hoogte is van een mogelijke insolventie en het feit dat de handeling verarmend is zich te onthouden van zulke handelingen uit te voeren, tenzij er een bedrijfseconomische verantwoording is. Inzake selectieve betalingen vindt er een opsplitsing plaats tussen de niet-verplichte en de verplichte betalingen. Indien het een niet-verplichte handeling betreft, zal men zich dienen te onthouden van een dergelijke handeling als de handeling abnormaal is en blijkt dat de bestuurders op de hoogte waren van de nakende insolventie. Als het daarentegen om een verplichte handeling gaat, zullen deze handelingen op het moment dat de vennootschap in betalingsproblemen verkeert (en de bestuurders hiervan op de hoogte zijn) in beginsel gerechtvaardigd zijn, tenzij er een duidelijke samenspanning is tussen de vennootschap en de begunstigde schuldeiser. Deze intentie zal meestal slechts voorhanden zijn, wanneer men een welbepaalde schuldeiser weigert te betalen of handelt met *insiders*. Door het volgen van bovenstaande richtlijnen zal een bestuurder met goede bedoelingen helemaal niets te vrezen hebben. De schurken in dit verhaal zullen echter nog sneller gevat worden, aangezien de mazen in het net kleiner worden.

De schemerzone waarin bestuurders dienen te handelen bij een nakende insolvabiliteit is eindelijk wat opgeklaard: *Mystification is simple, clarity is the hardest thing of all.*⁴⁰⁹

⁴⁰⁹ Citaat van J. BARNES.