

FRAUS EN SCHULDEISERSBENADELING IN HET ONDERNEMINGSRECHT

JOERI VANANROYE

Docent handelsrecht en economische analyse van het recht
KU Leuven, Instituut voor Handels- en Insolventierecht
Advocaat te Brussel (Quinz)

LORE MARIËN

Studente research master
Faculteit der Rechtsgeleerdheid, KU Leuven

1. *Fraus in het recht van commerciële organisaties.* Het beginsel *fraus omnia corrumpit* (hierna: het beginsel *fraus*) verbiedt een bedrogpleger om zich op zijn bedrog te beroepen om zo de toepassing van een rechtsregel (in zijn voordeel) te rechtvaardigen.¹ Het beginsel steunt aldus op het basisprincipe dat geen enkel recht kan ontstaan uit een bedrieglijke gedraging.² Dit betekent dat alle rechtsgevolgen van het bedrog volledig geneutraliseerd moeten worden.

Historisch wordt het beginsel *fraus* in verband gebracht met *fraus creditorum* (of: bedrog ten aanzien van de schuldeisers), waaruit de pauliaanse vordering (art. 1167 BW en art. 20 Faill.W.) is ontstaan (zie voor onze opvatting over het huidige recht verder nr. 14).³ De opzet van de pauliaanse vordering is immers *fraus creditorum* bestrijden.⁴ Deze figuur uit het Romeinse recht veronderstelde dat een schuldenaar, in het licht van een naderende uitwinning van zijn vermogen, het onderpand van zijn schuldeisers bedrieglijk wegmaakte. Zodoende was zowel bedrog door de schuldenaar als een nadeel geleden door de schuldeisers vereist.

In het faillissement bestaat naast de gewone *actio pauliana* (art. 1167 BW en art. 20 Faill.W.) ook de “vereenvoudigde faillissementspauliana” voor bepaalde handelingen die zijn verricht in de verdachte periode, na de staking van betaling (art. 17 en 18 Faill.W.). Het verschil met de gewone pauliana is dat er geen subjectief element (“bedrog”) dient te worden bewezen. De vereenvoudigde faillissementspauliana kan wel helpen bij het invullen van de materiële toepassingsvoorwaarden van de gewone *actio pauliana*.

Deze bijdrage schetst hoe bedrog, in het bijzonder bedrog ten aanzien van schuldeisers, speelt bij commerciële organisaties. Het beginsel *fraus* en de pauliaanse vordering hebben bij zulke organisaties een belangrijke rol te spelen.

¹ Cass. 23 januari 1968, *Arr.Cass.* 1968, 695; A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht” in *Algemene Rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 137.

² Cass. 18 maart 2010, *Pas.* 2010, I, 875, *RABG* 2010, 1292, noot E. DE KEZEL en *TBBR* 2012, 31, noot A. LENAERTS; A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 324.

³ A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, 24-25.

⁴ I. VERVOORT, “De pauliana naar Belgisch en Nederlands recht: hoofdzakelijk gelijkend in het gemene recht, fundamenteel verschillend bij falings” in *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 365-366.

Achtereenvolgens behandelen we kort: (i) hoe de *actio pauliana* in het algemeen en in het bijzonder bij de eigenaar van een handelszaak een grens vormt aan de autonomie van een rechtssubject in het beheer over zijn vermogen (nrs. 8-15); (ii) hoe de (volkomen) rechtspersoonlijkheid met beperkte aansprakelijkheid en het afgescheiden vermogen opportunistisch gedrag ten nadele van schuldeisers in de hand werken en daarom een scherpere grens aan de beheersbevoegdheid noodzakelijk maken (nrs. 17-28); en (iii) waarom een vennootschapsjurist er goed aan doet met hernieuwde aandacht naar remedies zoals het beginsel *fraus* of de *actio pauliana* te kijken en hoe ze kunnen inspireren bij het invullen van zorgplichten t.a.v. schuldeisers in de schemerzone voorafgaand aan een insolventie (nrs. 29-33). Vooraf willen we echter het nut van deze remedies voor de ondernemingspraktijk relativeren (nrs. 3-4).

2. Handelszaak vs. volkomen rechtspersoon (definitie begrippen). In deze bijdrage verwijst het begrip “onderneming” naar een geheel van goederen (activa, rechten) verbonden met een ondernemingsactiviteit, van een natuurlijke persoon, rechtspersoon of andere entiteit.

De “onderneming” van een handelaar wordt de “*handelszaak*” genoemd (*fonds de commerce*). Ook de ondernemende entiteit die géén handelaar is (bv. vrije beroeper), heeft een “onderneming”. Hiervoor is er echter geen algemeen gebruikt Nederlands begrip, zodat we het hierna enkel over de handelszaak hebben. Tenzij uitdrukkelijk anders vermeld, geldt wat hierna voor de handelszaak wordt gezegd echter ook voor de onderneming van een ondernemende entiteit die geen handelaar is

Deze handelszaak zullen we vergelijken met de rechtspersoon.⁵

In deze bijdrage zullen we het enkel hebben over vennootschapsvormen met volkomen rechtspersoonlijkheid, zoals een naamloze vennootschap (NV), een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BVBA) of een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (CVBA). Door de principiële niet-aansprakelijkheid van de aandeelhouders stellen de geschetste problemen zich immers het scherpst in deze vennootschapsvormen.

⁵ Dit bouwt verder op: J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon. Technieken van vermogensafscheiding, vermogensovergang en vermogensvereffening in het burgerlijk en ondernemingsrecht*, Antwerpen, Biblo, 2014, 11 e.v.

1. RELATIVERING VAN HET NUT VAN DE *ACTIO PAULIANA* EN HET BEGINSSEL *FRAUS* IN HET ONDERNEMINGSRECHT

3. Relatief nut omdat het *ex post* mechanismen zijn. Bij de aanvang willen we het praktisch nut van het beginsel *fraus* of de *actio pauliana* in het organisatierecht ook meteen relativeren.

Deze figuren zijn immers *ex post*-mechanismen; ze veronderstellen zowel een foutieve gedraging als een subjectief oogmerk. Het bewijs hiervan kan praktisch gezien meestal slechts *na* de foutieve gedraging worden geleverd. Het oogmerk om te doden kan slechts met zekerheid bewezen worden indien het lijk gevonden wordt. Hetzelfde geldt bij schuldeisersbenadeling. Het kalf van het te beschermen vermogen in *going concern* zal dan echter reeds verdronken zijn en *ex post*-remedies zullen het zelden terug tot leven kunnen brengen. De *going concern*-waarde van een onderneming is meer dan de optelsom van de individuele waarden van de concrete goederen van de onderneming. Een zakelijke remedie zoals de *actio pauliana* richt zich echter naar concrete goederen en biedt daarom niet altijd rechtsherstel voor de benadeelde schuldeisers (zie nr. 4).

Vervangende maatregelen, zoals aansprakelijkheidsvorderingen, zijn in principe meer flexibel, maar zullen in de praktijk slechts een minderwaardig *Ersatz* bieden. Ze brengen hoogstens een zak geld waar er daarvóór een onderneming in *going concern* was. Bovendien bieden deze aansprakelijkheidsvorderingen in de regel ook inferieur rechtsherstel: ze duren lang, ze hebben weinig kans op succes en zijn afhankelijk van de identificatie en de solvabiliteit van de schadeplichtige.

Bovendien zal de benadeling vaak vele schuldeisers tegelijk als slachtoffer treffen (soms elk voor een beperkt deel, maar met een grote gezamenlijke maatschappelijke kost). Daardoor ontstaat er een *collective action*-probleem, waarbij geen enkele van de afzonderlijke slachtoffers voldoende prikkels heeft om zulke vorderingen in te stellen. De bundeling van de belangen van de gelaedeerde schuldeisers in een faillissementsboedel onder leiding van de curator als een neutraal bewindvoerder komt slechts gedeeltelijk aan dit probleem tegemoet: deze bewindvoerder heeft zelf niet altijd de juiste prikkel om deze vorderingen in te stellen.⁶

Daarom zet het ondernemingsrecht nogal in op “*profylactische maatregelen*”, zoals de regels inzake de vorming en de instandhouding van het maatschappelijk kapitaal (zie kort nr. 22). Deze regels zijn niet afhankelijk van

⁶ J. VANANROYE, “Quis curabit ipsos curatores?”, *TRV* 2013, 209-210.

het moeilijke bewijs van een subjectieve ingesteldheid en proberen voorbehoedend te werken, vóór het nadeel zich kan materialiseren.

4. Relatief nut van pauliaans beslag omdat het belangrijkste goed in bedrijfseconomische zin van een handelszaak vaak géén goed in zakenrechtelijke zin is. De *actio pauliana* in haar aspect van zakenrechtelijke vordering (bv. als pauliaans beslag wordt gelegd bij de derde-medeplichtige) botst bovendien nog op een bijzondere beperking in het ondernemingsrecht.

De goederen van een onderneming zullen in het economisch verkeer vaak als een eenheid worden beschouwd. Deze goederen worden immers verbonden door één gezamenlijke bestemming, nl. de betrokken economische activiteit. In de regel zal de waarde van het geheel van de ondernemingsgoederen ook groter zijn dan de som van de waarde van de afzonderlijke onderdelen. De ondernemingsgoederen in hun geheel bieden immers een winstvermogen dat bij een opsplitsing verloren gaat (*going concern*-waarde).

Naar die meerwaarde van de onderneming als een geheel wordt vaak verwezen als naar *goodwill* of *clientèle*. Dit is de waarde die voortvloeit uit de mogelijkheid van toekomstige bestellingen en dit dankzij de activa van de onderneming. Clientèle is aldus een bijkomende waarde die een handelszaak heeft bovenop de waarde van de lichamelijke en onlichamelijke activa in juridische zin.

Clientèle wordt vaak omschreven als een *res nullius*. In de zakenrechtelijke zin van het woord is het echter helemaal géén *res*: enkel bedrijfseconomisch is het een goed. Mertens drukt het zo uit: “Cliënteel is dan (slechts) in die zin ‘eigendom’ dat de ‘afwijking’ ervan slechts toegestaan is wanneer die volgens de gekende spelregels (en dus op rechtmatige wijze) gebeurt.”⁷ Een gerechtvaardigde verwachting op toekomstige contracten is geen goed in de klassieke zakenrechtelijke zin, zelfs geen onlichamelijk recht.⁸

Dit heeft belangrijke gevolgen indien schuldeisers de handelszaak willen uitwinnen. De onderneming bestaat immers uit afzonderlijke goederen met een verschillende aard (roerende en onroerende, lichamelijke en onlichamelijke). De procedures voor het leggen van beslag zijn verschillend naargelang de aard van de goederen waarop beslag wordt gelegd (roerend beslag, onroerend beslag, beslag onder derden voor onlichamelijke goederen). Hierdoor kunnen de verschillende onderdelen van het ondernemingsvermogen niet gelijktijdig worden uitgewonnen door het leggen van één beslag. Elk van de

⁷ D. MERTENS, “Bescherming van cliënteel”, *RW* 2010-11, 1468, nr. 15.

⁸ J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, 41, nr. 72.

afzonderlijke onderdelen zal apart moeten worden uitgewonnen: onroerend beslag voor de onroerende goederen, roerend beslag voor de roerende lichamelijke goederen, derdenbeslag voor de schuldvorderingen, ... Hierdoor versplintert de handelszaak met verlies van de meerwaarde tot gevolg. Dit is één van de redenen waarom er een faillissementsprocedure bestaat: dit is één procedure die toelaat beslag te leggen op alle samenstellende delen van een handelszaak zodat zij als één geheel kan worden uitgewonnen, met behoud van de meerwaarde van de handelszaak.

Het “ongrijpbare” aspect van de meerwaarde van een handelszaak betekent ook dat een schuldeiser hierop geen pauliaans beslag kan leggen indien dit “goed” aan de vennootschap wordt onttrokken. De benadeelde schuldeiser kan dan enkel een beroep doen op alternatieven, zoals aansprakelijkheidsvorderingen tegen de verkrijger van de clientèle en de vennootschapsvertegenwoordigers die hier aan meewerkten.⁹

2. DE HANDELSZAAK ALS TOEPASSING VAN DE GEMEENRECHTELIJKE REGELS

a. Handelszaak: onbeperkte aansprakelijkheid en geen afgescheiden vermogen

5. Handelszaak: economisch, boekhoudkundig en juridisch. *Economisch* bekeken vormen de middelen van een welbepaalde handelszaak een samenhangend geheel met een duidelijke economische finaliteit (zie hiervoor nr. 4). De goederen van een handelszaak (“ondernemingsactiva”) zullen in het economisch verkeer doorgaans een eenheid met een sterke affectatie vormen. Met die ondernemingsactiva zullen er in de regel ook schulden verbonden zijn die met deze economische finaliteit samenhangen (“ondernemingspassiva”).

Boekhoudkundig bekeken geldt de handelszaak bovendien als een autonome entiteit: op de balans staan enkel de ondernemingsactiva en ondernemingspassiva (naast het “eigen vermogen” in boekhoudkundige zin). Staan er dus niet op: de persoonlijke goederen en persoonlijke schulden van de handelaar die niets te maken hebben met ondernemingsactiviteit. De handelszaak wordt boekhoudkundig behandeld *als ware* ze eigenaar van de ondernemingsactiva en schuldenaar van de ondernemingspassiva. Door aftrek van de passiva van

⁹ Zie ook over de transfers van zulke “ongrijpbare activa” in de context van een vennootschapsgroep: K. VANDEKERCKHOVE, *Piercing het corporate veil*, Kluwer Law International, 2007, 178-179.

de activa bekomt men het “eigen vermogen” van de handelszaak. Dit “eigen vermogen” staat aan de passiefzijde, als ware het een schuld aan de eigenaar (de ondernemende entiteit) van de handelszaak.

Juridisch bekeken wordt, buiten het boekhoudrecht, de handelszaak als dusdanig echter *niet* algemeen als een autonome entiteit behandeld: de ondernemingsactiva en -passiva gelden als activa en passiva van de eigenaar die de handelszaak voert. De handelszaak (of correcter: de individuele bestanddelen ervan) is een *rechtsobject*, geen *rechtssubject*.

Dit heeft enkele gevolgen, waarvan de belangrijkste zijn: de onbeperkte aansprakelijkheid van de eigenaar (nr. 6) en de afwezigheid van een afgescheiden vermogen (nr. 8).

6. Onbeperkte aansprakelijkheid van eigenaar handelszaak. De handelszaak als dusdanig is geen rechtssubject en kan dan ook geen schuldenaar zijn. Dit betekent dat de schulden die in het kader van de ondernemingsactiviteit worden aangegaan in de regel gelden als de schulden van de eigenaar van de handelszaak: de eigenaar is zelf aansprakelijk voor de ondernemingspassiva.

Die aansprakelijkheid van de eigenaar voor ondernemingspassiva is, net zoals de aansprakelijkheid voor alle schulden, in beginsel ook onbeperkt. Hij moet met al zijn goederen instaan voor deze schulden (art. 7 Hyp.W.). Anders gezegd: de aansprakelijkheid van de eigenaar voor ondernemingspassiva is *niet* beperkt tot: de ondernemingsactiva *of* tot de waarde van de ondernemingsactiva *of* tot de waarde van het “eigen vermogen” (in boekhoudkundige zin) van de handelszaak.

7. Geen afgescheiden vermogen voor handelszaak. Omdat de handelszaak geen rechtssubject is, is de handelszaak als dusdanig ook geen eigenaar van de ondernemingsactiva. Dit betekent dat de ondernemingsactiva in de regel goederen van de eigenaar van de handelszaak zullen zijn.

De ondernemingsactiva strekken, zoals alle andere goederen van de eigenaar, in principe tot verhaal van *al* zijn schuldeisers (art. 7 Hyp.W.). Naast de ondernemingsschuldeisers kunnen ook de louter persoonlijke schuldeisers van de eigenaar (voor schulden die geen band vertonen met de ondernemingsactiviteit) de ondernemingsactiva uitwinnen.

Als persoonlijke schuldeisers en ondernemingsschuldeisers tegelijk eenzelfde ondernemingsgoed willen uitwinnen, gelden de gewone regels van gelijk-

heid van schuldeisers (art. 8 Hyp.W.). Dit betekent dat de ondernemings- en persoonlijke schuldeisers in beginsel gelijk worden behandeld, tenzij er een grond is voor voorrang van een schuldeiser.

Dat de vordering van een schuldeiser op de eigenaar verband houdt met de ondernemingsactiviteit biedt op zich geen grond van voorrang ten aanzien van de persoonlijke schuldeisers. De ondernemingsactiva zijn niet “bestemd” of “afgeschermd” ten behoeve van de ondernemingsschuldeisers.

Een “eigen vermogen” heeft de handelszaak dan ook enkel in boekhoudkundige zin; juridisch vallen de ondernemingsactiva in het vermogen van de eigenaar ervan, samen en op gelijke voet met de louter persoonlijke goederen van de eigenaar.

b. Principiële vrije beschikkingsbevoegdheid

8. Eigenaar van handelszaak kan – in principe – vrij beschikken voor eigen rekening over ondernemingsactiva. Dat de ondernemingsactiva eigendom zijn van de eigenaar van de handelszaak, betekent ook dat hij in beginsel vrij kan beschikken over de ondernemingsactiva. Indien de eigenaar een goed bestemt voor de ondernemingsactiviteit kan hij daarna op deze bestemming terugkomen en het gebruiken voor doeleinden die met deze finaliteit geen uitstaans hebben.

De afwezigheid van een afgescheiden vermogen hangt nauw samen met deze mogelijkheid om vrij over de ondernemingsactiva te beschikken. Vermits de ondernemingsschuldeisers geen bevoorrechte aanspraak hebben op de ondernemingsactiva, worden ze in beginsel ook niet benadeeld als een ondernemingsgoed aan zijn economische finaliteit wordt onttrokken.

Als de eigenaar nadenkt over de economische waarde van zijn handelszaak zal hij wellicht aan een nettobedrag denken, waarbij het bedrag van de ondernemingspassiva wordt afgetrokken van de waarde van de ondernemingsactiva. Dit geeft echter niet de juridische aard van zijn verhouding met de handelszaak weer. Samengevat staat hij juridisch in een “brutoverhouding” tot de handelszaak: de eigenaar is volledig aansprakelijk voor de ondernemingspassiva en heeft het volle eigendomsrecht in natura over de ondernemingsactiva.

3. GRENZEN AAN DE PRINCIPIELE BESCHIKKINGSBEVOEGDHEID, IN HET BIJZONDER DE *ACTIO PAULIANA*

9. *Actio pauliana* als grens. De vrije beschikkingsbevoegdheid moet op belangrijke wijze worden genuanceerd: de eigenaar van een handelszaak moet, zoals elk rechtssubject, rekening houden met zijn schuldeisers. Indien een handeling de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers benadeelt, kan die handeling worden aangevochten door middel van de pauliaanse vordering (art. 1166 BW).¹⁰ Indien een pauliaanse vordering gegrond wordt verklaard, bestaat de sanctie in de niet-tegenwerpelijke van de aangevochten rechtshandeling aan de benadeelde schuldeiser.¹¹ De optredende schuldeiser moet geen rekening houden met de aangevochten rechtshandeling; hij kan uitvoeren op het vermogen van de schuldenaar, alsof het goed dat het voorwerp vormde van de bedrieglijke rechtshandeling, nooit het vermogen van de schuldenaar heeft verlaten.

Anders gezegd: de pauliaanse benadeling stelt door middel van een *ex post*-remedie een grens aan de vrije beschikkingsbevoegdheid van de eigenaar van een handelszaak (net zoals aan elk rechtssubject; al stelt de *actio pauliana* bij een rechtspersoon wel enkele bijzonderheden, waarover verder in nr. 28).

De *actio pauliana* is daarmee een regel waarvan het belang soms wordt onderschat. Het is een grens aan de vrij beschikkingsbevoegdheid van elk rechtssubject over zijn vermogen.

Het belang van deze grens bij een handelszaak moet echter ook niet worden overschat:

- De eigenaar van een handelszaak blijft beschikkingsbevoegd over de goederen van de handelszaak; de *actio pauliana* zorgt er enkel voor dat, onder bepaalde voorwaarden, beschikkingshandelingen geen uitwerking krijgen ten aanzien van de schuldeisers die de vordering instellen.¹² De aangevochten rechtshandeling wordt evenwel niet vernietigd: deze blijft geldig en bindend tussen de contractpartijen, nl. de schuldenaar en de derde per-

¹⁰ Zie hierover o.a. J. VANANROYE, “Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en -handhaving”, *TRV* 1999, 159 e.v.

¹¹ Cass. 11 februari 1993, *Arr.Cass.* 1993, 176, *Pas.* 1993, I, 162, *JT* 1993, 460 en *RW* 1993-94, 123; Cass. 25 oktober 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1771, *Pas.* 2001, I, 1706 en *RW* 2002-03, 940.

¹² Zie over de band tussen beschikkingsonbevoegdheid en pauliaanse vordering: R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 37-38, nr. 38.

soon die heeft deelgenomen aan de aangevochten rechtshandeling. Deze rechtshandeling blijft ook tegenwerpeijk aan alle andere derden die geen (succesvolle) pauliaanse vordering instelden.

- Verder kan er enkel sprake zijn van benadeling van de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers indien de schuldeisers niet langer hun volledige schuldvordering kunnen verhalen op de debiteur (zie verder nr. 10). Dit betekent dat de pauliaanse benadeling als grens aan de beschikkingsbevoegdheid meestal enkel relevant wordt indien de eigenaar insolvent wordt. Deze insolventie moet niet veroorzaakt worden door de benadelende handeling, noch moet zij reeds bestaan op het ogenblik van de benadelende handeling. Omwille van het subjectieve element bij de *actio pauliana* (“wetenschap van benadeling” of “bedrog” – hierop wordt verder uitgebreider ingegaan), zal deze insolventie op het ogenblik van de benadelende handeling wel reeds meer dan een theoretische mogelijkheid dienen te zijn (zie verder nr. 12). Hoe intens de insolventie reeds moet dreigen, komt verder aan bod (in nr. 11).
- Verder brengt het verschuiven van ondernemingsactiva van de ondernemingsactiviteit naar de persoonlijke activiteit op zich geen benadeling van de ondernemingsschuldeisers met zich mee. Omwille van de onbeperkte aansprakelijkheid worden hun verhaalsmogelijkheden hierdoor immers niet automatisch benadeeld. (Wel kan deze “verschuiving” het voorspel zijn van een andere handeling die wel benadelend is, zoals een feitelijke vermindering van de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers of een verbruik of wegmaking van dit actief.)
- Tot slot zal de eigenaar zelf niet zo erg wakker liggen van de burgerrechtelijke gevolgen van de pauliaanse vordering. Omdat deze vordering enkel met succes kan worden ingesteld na insolventie van de schuldenaar, “raakt” deze vordering de schuldenaar zelf niet. Een succesvolle pauliaanse vordering zal in de eerste plaats de medeplichtige van de schuldenaar treffen (of bij handelingen om niet: zijn tegenpartij). Voor de schuldeisers heeft het weinig zin om de kei van het vermogen van hun schuldenaar te stropen. Net daarom worden de organisatie van het bedrieglijk onvermogen (art. 490bis Sw.) en gelijkaardige faillissementsmisdrijven strafrechtelijk gesanctioneerd; het civielrechtelijke apparaat schrikt de eigenaar immers niet voldoende af. Bovendien zal de verschoonbaarheid van de schuldenaar in het gedrang kunnen komen indien hij zijn schuldeisers bewust heeft benadeeld.

Omwille van deze nuanceringsen volstaat de *actio pauliana* niet om de verhouding tussen een eigenaar en zijn schuldeisers als een fiduciaire verhou-

ding te kwalificeren. Het uitgangspunt is dat schuldeisers fluctuaties in het vermogen dienen te ondergaan (wat een andere manier is om de vrije beschikking te verwoorden). De beheersbevoegdheid van een eigenaar is niet onbeperkt, maar ook niet doelgebonden.

Dit basisvertrouwen in het beheer van een eigenaar is ook verantwoord: de eigenaar die zijn schuldeisers verarmt, verarmt in principe ook immers zichzelf. De belangen van schuldenaar en schuldeisers zijn bij een natuurlijke persoon daardoor sterk gealigneerd. Aan de eigenaar van een vermogen wordt daarom principieel een grote autonomie verschafte om over de bestanddelen van dit vermogen te beschikken.

Naarmate een dreigende insolventie haar schaduw vooruitwerpt, zullen de plichten ten aanzien van schuldeisers wel intenser worden.

10. Actio pauliana: materiële voorwaarde. Het materieel element van de *actio pauliana* bestaat in een benadeling van de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers. Deze benadeling houdt in dat de schuldeisers niet meer hun volledige schuldvordering kunnen verhalen op de schuldenaar. Dit veronderstelt meestal de uiteindelijke insolventie van de schuldenaar (zonder dat vereist is dat de insolventie veroorzaakt is door de aangevochten handeling).¹³

Van benadeling van de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers is concreet sprake in de volgende drie hypothesen¹⁴:

Hypothese 1 (verarming): Benadeling van schuldeisers kan bestaan bij een verarming van de activa van de schuldenaar, maar ook bij een aangroei van zijn passiva (bv. door het aangaan van een borgstelling). De Nederlandse auteur Ophof spreekt in dit verband van een vermindering in bedrijfseconomische zin van het eigen vermogen van de schuldenaar.¹⁵ Schoolvoorbeelden zijn hier een goed dat te goedkoop wordt verkocht of een goed dat te duur wordt aangekocht.

Hypothese 2 (doorbraak rangorde): Daarnaast kunnen de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers ook worden aangetast *zonder* een verarming van het vermogen van de schuldenaar, bv. doordat een zakelijke zekerheid wordt toegestaan voor een bestaande schuld. In dit geval vermindert het

¹³ A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, 124.

¹⁴ Zie J. VANANROYE, "Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en -handhaving", *TRV* 1999, 159 en de verwijzingen en nuances daar.

¹⁵ H. OPHOF, *De actio pauliana: terug van weggeweest of ook "wegwezen"*, Deventer, Kluwer, 1992, 16.

vermogen van de schuldenaar niet, maar zullen de andere schuldeisers minder kunnen verhalen. Het doorbreken van de onderlinge rangorde van de schuldeisers op zich, zonder dat hiermee noodzakelijk een verarming van de schuldenaar gepaard gaat, kan op zich dan ook een hypothese zijn waarin er pauliaanse benadeling is.

Zulke hypothese wordt overigens expliciet geïllustreerd in de vereenvoudigde faillissementspauliana in artikel 17, 3° Faill.W. Aangezien de vereenvoudigde faillissementspauliana enkel van de gewone pauliana afwijkt op vlak van het moreel element, kunnen de criteria van de vereenvoudigde faillissementspauliana ook gebruikt worden voor de invulling van het benadelingsvereiste bij de gewone pauliana.

Hypothese 3 (feitelijke benadeling): Ook een feitelijke vermindering van verhaalsmogelijkheden kan paulianeus zijn. Dit doet zich bv. voor als een goed door een goed van gelijke waarde wordt vervangen, dat echter minder vatbaar is voor executie door schuldeisers.

11. Wat is de “afstand” tussen de benadelende handeling en insolventie? In de derde hypothese (feitelijke benadeling) kan er benadeling van schuldeisers zijn, zonder dat er noodzakelijk sprake is van een negatief eigen vermogen op het ogenblik van verhaal.

Vooraf in hypothesen 1 en 2 zal van een concrete benadeling van de schuldeisers enkel sprake zijn indien de schuldenaar op het ogenblik van verhaal door de schuldeisers een negatief eigen vermogen heeft.

Er bestaat geen discussie over dat in geval van verarming (hypothese 1) deze insolventie niet in oorzakelijk verband dient te staan met de verarming en evenmin reeds aanwezig moest zijn op het ogenblik van de verarming.

Bij een doorbraak van de onderlinge rangorde (hypothese 2) moet het kritische moment wel later worden gelegd dan bij hypothese 1 (verarming) en hypothese 3 (feitelijke benadeling). Het uitgangspunt is dat tot op het ogenblik van insolventie (of minstens het ogenblik waarop insolventie redelijkerwijze een onafwendbaar risico wordt) een schuldenaar het gelijkheidsbeginsel *niet* dient te respecteren. Dit geldt *a fortiori* voor andere schuldeisers: voorafgaand aan de samenloop geldt het “*jura vigilantibus*”-principe (“het recht is er voor de wakkeren”), niet de gelijkheid tussen schuldeisers. Het is met andere woorden normaal en legitiem dat een schuldeiser tracht om voor te kruipen, ook als insolventie een realistisch risico lijkt en zelfs als de schuldenaar een negatief eigen vermogen heeft maar er nog een realistische kans is op herstel. Dirix drukt het zo uit: “*De afwezigheid van een samen-*

*loopsituatie 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.”*¹⁶

De drempel voor dit soort benadeling dient hoger te worden gelegd dan bij verarmende handelingen. Voorkruipen is minder erg dan zich verrijken.¹⁷ Concreet gebeurt dit doordat het kritische moment bij doorbraak van de onderlinge rangorde dichter bij de eigenlijke insolventie wordt gelegd. Wel komt naar onze mening niet enkel een actuele insolventie hiervoor in aanmerking, maar ook een toekomstige insolventie die redelijkerwijze onafwendbaar is.

Vooraf het verschil in “kritisch moment” tussen de drie hypothesen maakt dat de subjectieve ingesteldheid, een tweede voorwaarde voor de *actio pauliana*, anders speelt naargelang de drie verschillende materiële hypothesen van mogelijke benadeling. Dit willen we nu in nr. 12 aantonen.

12. Actio pauliana: subjectieve voorwaarde: “wetenschap van benadeling” of *fraus*? Benadeling van de verhaalsrechten van schuldeisers volstaat niet voor een succesvolle pauliaanse aanvechting. Er is daarnaast nog een subjectief element vereist, zowel in hoofde van de schuldenaar als – tenminste bij rechtshandelingen onder bezwarende titel (zie nr. 14) – bij de tegenpartij van de schuldenaar bij de benadelende handeling.

Doorgaans wordt aangenomen dat “wetenschap van benadeling” voldoende is indien de handeling abnormaal is, waarbij als “abnormaal” wordt beschouwd een handeling die niet kan worden verantwoord in het normale beheer van een vermogen.¹⁸

In haar proefschrift gaat Lenaerts in tegen deze meerderheidsopvatting in de moderne rechtsleer.¹⁹ Volgens haar dient aangetoond te worden dat de schuldenaar zelf de bedoeling had om een onrechtmatig voordeel te bekomen. Het onderscheid tussen normale en abnormale rechtshandelingen heeft volgens haar eerder een bewijsfunctie: bij een abnormale rechtshandeling zal de be-

¹⁶ E. DIRIX, “Grenzen van de wilsautonomie inzake zakelijke zekerheidsrechten” in *Bijzondere overeenkomsten*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008, Kluwer, 2008, 148-149.

¹⁷ Zie ook zeer gelijkaardig in het Amerikaanse recht: R.C. CLARK, “The duties of the corporate debtor to its creditors”, *Harvard Law Review* 1977, 515-516.

¹⁸ Zie de bronnen geciteerd bij A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, 49-50.

¹⁹ A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, 51 e.v.

doeling om een onrechtmatig voordeel te bekomen worden vermoed, terwijl bij een normale rechtshandeling de bedoeling om een onrechtmatig voordeel te bekomen door de eiser moet worden aangetoond.

We zien enkele problemen met een opvatting die schuldeisersbenadeling in de sleutel van *fraus* plaatst:

- Opvallend is dat wordt gefocust op de subjectieve ingesteldheid van de schuldenaar. Dit is de gebruikelijke benadering, maar daarom niet minder eigenaardig. De klassieke *actio pauliana* richt zich namelijk niet tegen de schuldenaar maar tegen de medeplichtige van de schuldenaar. De schuldenaar zelf is immers geen interessante verweerder: hij heeft immers per hypothese onvoldoende goederen voor de schuldeiser om zich erop te verhalen.²⁰
- Nog meer eigenaardig is dat de subjectieve ingesteldheid van de schuldenaar door Lenaerts *strenger* wordt beoordeeld dan de subjectieve ingesteldheid van de derde. Waar voor de schuldenaar bedrog wordt vereist, *i.e.* de bedoeling om een onrechtmatig voordeel te bekomen en op die manier schade te berokkenen aan schuldeisers²¹, wordt in hoofde van de derde toepassing gemaakt van de regels inzake derdenmedeplichtigheid. Dit betekent dat het voldoende is als de derde “*op de hoogte was of redelijkerwijze behoorde te zijn dat hij door de gestelde rechtshandeling heeft bijgedragen tot de door de schuldenaar veroorzaakte benadeling van de schuldeisers*”.²² Het is nochtans niet logisch dat hierdoor voor de schuldenaar de drempel hoger ligt dan voor de derde. Het ligt meer voor de hand dat de zorgplicht van een schuldenaar ten aanzien van zijn schuldeisers intenser is dan de zorgplicht van de schuldeisers ten aanzien van mekaar.
- Misschien wel het belangrijkste bezwaar is dat het “oogmerk om een onrechtmatig voordeel te bekomen” (zoals gezegd, beoordeeld in hoofde van de schuldenaar), moeilijk past bij het doel van de *actio pauliana*. De *actio pauliana* wil immers vaak net een rechtsherstel bieden tegen een verarming van de schuldenaar in bedrijfseconomische zin. De schuldenaar die zijn schuldeisers benadeelt, verarmt in de regel ook zichzelf. Dat bleek overigens hiervoor net de reden te zijn waarom een natuurlijke persoon

²⁰ A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, 147. Verder in nr. 30 — zullen we zien dat dit bij een rechtspersoon anders is: de subjectieve gesteldheid van de rechtspersoon wordt immers gevormd door natuurlijke personen die de vertegenwoordigers zijn van die rechtspersoon. Het vermogen van deze natuurlijke personen kan ook, en misschien vooral, bij insolventie van de rechtspersoon een interessant executieobject vormen.

²¹ A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, 51.

²² A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, 126, nr. 134.

in de regel een vrije beschikking heeft over zijn vermogen (nr. 9). Het onrechtmatige voordeel zit bij de tegenpartij van de schuldenaar, niet bij de schuldenaar zelf.

Indien Lenaerts' subjectief criterium ernstig wordt genomen, zal in de regel de aanwezigheid van het subjectief criterium (oogmerk om een voordeel te bekomen) de afwezigheid van het materieel criterium (nl. verarming en dus een nadeel) impliceren. Slechts uitzonderlijk kan een voordeel voor de schuldenaar hand in hand gaan met een nadeel voor zijn schuldeisers. Dit is met name het geval bij een feitelijke benadeling van de verhaalsrechten van de schuldeisers (hypothese 3 in nr. 10). Een klassiek voorbeeld is hier een inbreng van een goed in een vennootschap in ruil voor aandelen die omwille van overdrachtsbeperkingen niet kunnen worden uitgewonnen. De schuldenaar verarmt zich dan niet, maar benadeelt wel zijn schuldeisers en bekomt zo een voordeel.

Bij benadeling die bestaat in een verarming in bedrijfseconomische zin (hypothese 1 in nr. 10) zal de schuldenaar bij een paulianeuze handeling zelf geen voordeel hebben en dus per definitie ook niet het "oogmerk om een voordeel te bekomen".²³ Ook bij een doorbraak van de rangorde tussen schuldeisers (hypothese 3 in nr. 10) bekomt de schuldenaar zelf geen voordeel. Het enige subjectieve criterium dat in deze hypothesen werkt, is de "wetenschap van benadeling" (of zelfs: het "behoren te weten"). Dit heeft bovendien het voordeel dat de drempel voor de schuldenaar niet hoger ligt dan voor de derde.

Het komt ons voor dat de analyse scherper kan worden door duidelijk een onderscheid te maken tussen het materiële element (benadeling van verhaalsmogelijkheden van schuldeisers) en het subjectieve element (wetenschap van benadeling). De drie hypothesen van benadeling vermeld in nr. 10 dienen daarbij te worden onderscheiden. Met name het "normaal" of "abnormaal" karakter zal hierbij anders spelen:

Hypothese 1 (verarming in bedrijfseconomische zin): Het "normaal" of "abnormaal" karakter behoort hier in de eerste plaats tot de toetsing van de materiële voorwaarde (nl. is er een verarming in bedrijfseconomische zin?) dan bij de beoordeling van het subjectieve element. Indien een transactie geen verarming inhoudt (en in die zin dus "normaal" is), kan ze in

²³ Dat is anders als er tussen de schuldenaar en zijn medeplichtige een afspraak bestaat waarbij de schuldenaar in het geheim *kickbacks* krijgt die het voordeel stiekem naar de schuldenaar terugsluizen. Hier is dan echter echter meer sprake van simulatie (het geheimhouden van de tegenbrief tussen schuldenaar en medeplichtige) dan van paulianeuze benadeling.

deze hypothese niet paulianeus zijn.²⁴ De subjectieve ingesteldheid van schuldenaar of derde dient dan niet verder te worden onderzocht.

Als er de transactie wél een verarming inhoudt (en in die zin dus “abnormaal” is), moet de wetenschap van benadeling wel worden aangetoond. De “wetenschap van de verarming” zal meestal makkelijk aan te tonen zijn, zowel in hoofde van de schuldenaar als van zijn tegenpartij. Dit is echter niet voldoende om van “wetenschap van benadeling” te spreken: een verarming op zich is immers enkel benadelend indien er ook een uiteindelijk insolventie volgt. Het subjectieve element van de *actio pauliana* slaat óók op de wetenschap van deze insolventie (en niet louter op de verarming).

In hoofde van de schuldenaar zal het bewijs van “wetenschap van benadeling” gemakkelijk zijn indien de schuldenaar reeds insolvent was op het ogenblik van de verarmende handeling. Ook bij diens tegenpartij is de “wetenschap van benadeling” een makkelijke vraag indien een effectieve kennis van de insolventie op het ogenblik van de verarmende transactie kan worden aangetoond.

De *crux* van de beoordeling van deze wetenschap is echter dat tussen de verarmende handeling en de uiteindelijke insolventie vaak een tijdsperiode zal liggen. Indien de verarmende handeling in de tijd *voorafgaat* aan de insolventie, zal het bewijs van “wetenschap van benadeling” een reële drempel vormen bovenop het bewijs van de verarming zelf. Het komt ons voor dat vooral deze vraag in de doctrine nog onderbelicht is: in welke mate is er “wetenschap van benadeling” indien de insolventie nog niet is ingetreden, ook nog niet onafwendbaar is, maar reeds wel een voorzienbaar realistisch risico vormt?

Het lijkt hierbij logisch dat naarmate de verarming bij de betrokken handeling groter is, het kritische moment langer voorafgaand aan de actuele insolventie kan worden gelegd.

In het faillissementsrecht wordt aan dit probleem uiteraard voor een groot stuk tegemoetgekomen door de figuur van de “verdachte periode”. In deze periode moet voor de handelingen van de “vereenvoudigde faillissementspauliana” van artikel 17 Faill.W. geen subjectief element worden aangetoond. Bepaalde handelingen zijn “van rechtswege” (lees: zonder

²⁴ Zie ook I. BANMEYER, “L’action paulienne et la tierce complicité: points de contact” in *La théorie générale des obligations*, CUP, 1998, 249, nr. 4 over de band tussen benadeling en het subjectieve element.

discretionaire bevoegdheid van de rechter) niet-tegenwerpelijk als ze tijdens de verdachte periode hebben plaatsgevonden.

In hoofde van de tegenpartij van de schuldenaar zal het bewijs van “wetenschap van benadeling” vaak neerkomen op de vraag in welke mate de tegenpartij een actieve onderzoekslast heeft. Deze onderzoekslast zal in ieder geval een lagere drempel vormen bij “abnormale handelingen” zoals we die vinden in de vereenvoudigde faillissementspauliana van artikel 17, 2° en 3° Faill.W.: betalingen wegens niet-vervallen schulden, betalingen op andere wijze dan afgesproken, en het verlenen van zakelijke zekerheidsrechten wegens voordien aangegane schulden.

Bij *sweetheart deals* met insiders (zoals familieleden of nauwe zakenpartners van de schuldenaar) zal bewijs van een actuele of imminente insolventie ook aanzienlijk makkelijker zijn. “Abnormaal” betekent hier dan niet “*at arm’s length*”.

Hypothese 3 (feitelijke vermindering van verhaalsmogelijkheden): Hier zal de analyse gelijkaardig zijn aan hypothese 1, zij het dat het bewijs van de wetenschap zal slaan op de feitelijke vermindering van verhaalsmogelijkheden (i.p.v. de verarming) en niet enkel rekening moet houden met de wetenschap van mogelijk insolventie maar ook louter met de wetenschap van een nakende uitwinning.

Hypothese 2 (doorbraak van de rangorde tussen schuldeisers): Verhaalsmogelijkheden van schuldeisers kunnen, zoals gezegd, ook worden benadeeld *zonder* een verarming van het vermogen van de schuldenaar, namelijk bij een doorbraak van de rangorde tussen de schuldeisers, bv. doordat een zakelijke zekerheid wordt toegestaan voor een bestaande schuld en zelfs wanneer een schuld wordt betaald. Hiervoor in nr. 11 hebben we gesteld dat de kritische drempel in de tijd voor deze handelingen gevormd wordt door de actuele insolventie, of minstens door een redelijkerwijze onafwendbare insolventie. De “wetenschap” die zal moeten worden aangetoond in hoofde van schuldenaar en vooral van de voorkruipende schuldeiser zal dan ook op dit aspect moeten slaan.

Het “normaal” karakter van een handeling slaat hier vooral op selectieve betalingen kort voorafgaand aan de actuele insolventie. Dit zal vooral aan de orde zijn bij bevoordeling van “insiders” die op de hoogte zijn van het grote risico op insolventie. Hier zal de bevoordeelde schuldeiser moeten aantonen dat de discriminerende behandeling van schuldeisers (bv. selectieve betaling) verantwoord was met het oog op het verzekeren van de

continuïteit van de onderneming.²⁵ Dit is overigens ook de filosofie van artikel 33, § 1 WCO inzake vrijwillige betalingen door de schuldenaar in opschorting, zoals gewijzigd in 2013: “*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.*”

Vooraf in hypothese 3 is het bovendien naar onze mening relevant of de betrokken handeling al dan niet gebeurde in uitvoering van een juridische verplichting van de schuldenaar. Dit wordt nu kort behandeld in nr. 13.

13. Onverplicht karakter van betwiste handeling als een zelfstandige voorwaarde. Bij de beoordeling van handelingen is ook relevant of ze al dan niet gebeuren in uitvoering van een juridische verplichting van een schuldenaar. Een typisch voorbeeld van een handeling die gebeurt in uitvoering van een juridische verplichting, is de betaling van een opeisbare schuld.

Het is belangrijk in te zien dat elke betaling, ook van een opeisbare schuld, een benadeling vormt van de schuldeisers indien de passiva van de schuldenaar zijn activa overtreffen. Weliswaar gaat de vermindering van de activa gepaard met een gelijke vermindering van de passiva van de schuldenaar, waardoor er geen sprake is van een verarming in bedrijfseconomisch zin (hypothese 1 in nr. 10). Er is echter wel sprake van een doorbraak van de onderlinge rangorde van de schuldeisers (hypothese 3 in nr. 10): de andere schuldeisers zullen bij een nakomende samenloop immers minder *pro rata* ontvangen. Zulke doorbraak van de rangorde van schuldeisers is één geval van benadeling van verhaalsmogelijkheden van schuldeisers (net zoals het verlenen van een zekerheid paulianus kan zijn).

De betaling van een opeisbare schuld kan in principe toch makkelijk aan de *actio pauliana* worden onttrokken als we, naar Nederlands model, als bijkomende voorwaarde stellen dat een handeling in beginsel enkel paulianus kan zijn indien de schuldenaar geen juridische verplichting had ze te verrichten.²⁶ (Uiteraard kan dan wel de overeenkomst die de basis vormt van deze juridische verplichting eventueel worden aangevochten, maar dit impliceert dat de benadeling en het subjectief element moeten worden beoordeeld op het ogenblik van het aangaan van die overeenkomst, en niet op het ogenblik van de betaling.)

²⁵ E. DIRIX, “Grenzen van de wilsautonomie inzake zakelijke zekerheidsrechten” in *Bijzondere overeenkomsten*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008, Kluwer, 2008, 149.

²⁶ T.J. MELLEMA-KRANENBURG, *De actio Pauliana*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1996, 17 e.v.

Het al dan niet verplicht karakter van een handeling wordt naar Belgisch recht doorgaans meegenomen bij de beoordeling van “bedrog”. Bedrog in hoofde van een schuldenaar impliceert immers dat die schuldenaar een vrij keuze heeft. Het lijkt ons echter correcter om het onverplicht karakter als een zelfstandige voorwaarde te beschouwen: ook de vereenvoudigde faillissementspauliana van artikel 17, 2° Faill.W. sluit immers verplichte handelingen uit, terwijl bij deze vereenvoudigde pauliana de voorwaarde van bedrog niet vervuld dient te zijn.

De “*safe harbour*” voor verplichte handelingen is echter niet absoluut. Dit vinden we o.a. terug in de (facultatieve) vereenvoudigde faillissementspauliana van artikel 18 Faill.W.: de betaling van een opeisbare schuldvordering (dus: een verplichte handeling) na staking van betaling kan niet-tegenstelbaar worden verklaard indien de ontvanger van de betaling op de hoogte was van de staking van betaling.

Ook bij de gemeenrechtelijke pauliana wordt de aanvechting van een opeisbare vordering uitzonderlijk beschouwd indien de “bedrieglijke intentie” wordt aangetoond.²⁷ Het subjectieve element gaat hier duidelijk verder dan een loutere wetenschap van benadeling. Er moet “samenspanning” tussen de betrokkenen om andere schuldeisers te benadelen worden aangetoond.²⁸

14. Grondslag van de *actio pauliana*: slechts uitzonderlijk het beginsel *fraus*. Uit het voorgaande blijkt dat we ons aansluiten bij de heersende mening die stelt dat de *actio pauliana* wortelt in de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad: de schuldenaar en de derden die aan de paulianeuze handeling meewerken, begaan een onrechtmatige daad tegen de schuldeisers.²⁹ Een rechtssubject heeft de vrije beschikking over zijn vermogen, maar mag dit recht niet gebruiken op een wijze die de verhaalsrechten van zijn schuldeisers onrechtmatig benadeelt. De *actio pauliana* is hierdoor een figuur die moet worden onderscheiden van het beginsel *fraus*, net als rechtsmisbruik en derdenmedeplichtigheid (figuren waar het overigens sterk mee verwant is). Naar huidig recht biedt het meer inzicht om te spreken van “onrechtmatige schuldeisersbenadeling” dan van *fraus creditorum*.

²⁷ Zie o.a. H. DE PAGE, *Traité*, II, 1967, 233, nr. 219 en J. VANANROYE, “Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en -handhaving”, *TRV* 1999, 160-161.

²⁸ E. DIRIX, “Grenzen van de wilsautonomie inzake zakelijke zekerheidsrechten” in *Bijzondere overeenkomsten*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008, Kluwer, 2008, 149.

²⁹ H. DE PAGE, *Traité*, II, 1967, p. 227, nr. 208; E. DIRIX, “De vergoedende functie van de *actio pauliana*”, *RW* 1992-93, p. 331, nr. 2; zie verder de rechtspraak en doctrine kritisch geciteerd bij A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, 120 e.v.

De *actio pauliana* kan uiteraard niet worden gereduceerd tot een onrechtmatige daadvordering, aangezien een succesvolle *actio pauliana* zakelijke werking kan hebben. Verder (in nr. 29 e.v.) zullen we zien dat de constitutieve bestanddelen die aan de *actio pauliana* invulling geven, wel de basis kunnen vormen voor een schadevergoedingsvordering, gebaseerd op een onrechtmatige daad.

Enkel de onrechtmatige daad biedt een invulling van een subjectief criterium dat coherent is en in de praktijk toepasbaar. Wie in de *actio pauliana* een toepassing ziet van het beginsel *fraus*, legt naar onze mening de drempel te hoog. En zoals gezegd, verzoent het idee dat een schuldenaar het “oogmerk moet hebben zich een onrechtmatig voordeel” te verschaffen, zich moeilijk met de functie van de *actio pauliana* om net rechtsherstel te bieden voor een verarming.

Tegen de toepassing van het leerstuk van de onrechtmatige daad wordt ingebracht dat dit, tenminste ten aanzien van contractuele schuldeisers, onverzoenbaar zou zijn met het principiële verbod op samenloop tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid.³⁰ Dit bezwaar overtuigt ons niet. De schuldenaar die een contractuele schuldeiser benadeelt in zijn verhaalsmogelijkheden, begaat geen fout in de uitvoering van het contract en veroorzaakt ook geen contractuele schade. De paulianeuze handeling bestaat niet in de niet-uitvoering van de overeenkomst, maar in de schending van de zorgvuldigheidsplicht ten aanzien van alle schuldeisers. De “benadeling van de verhaalsmogelijkheden” van de schuldeisers, die zich situeert op het vlak van de uitwinning, is een andere schade dan de contractuele schade.

Bij de onrechtmatige daad als grondslag dient wel een voorbehoud te worden gemaakt voor de toepassing van de *actio pauliana* op handelingen om niet.³¹ De *actio pauliana* kan bij handelingen om niet immers succesvol worden ingesteld zonder dat er sprake is van medeplichtigheid in hoofde van de bevoordeelde van de aangevochten handeling. De grondslag wordt dan ook soms gezocht in het leerstuk van verrijking zonder oorzaak.³² Dit legt meteen weer de focus op de tegenpartij van de schuldenaar. Onderbelicht is echter of ook de “wetenschap van benadeling” in hoofde van de schuldenaar zelf anders moet worden ingevuld bij handelingen om niet. Wellicht zal de rechtspraak hier in de praktijk strenger zijn, bv. door het kritische moment langer voorafgaand aan de actuele insolventie te stellen. Vrijgevigheden zijn hande-

³⁰ A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, 122 e.v.

³¹ M.E. STORME, “Een aanvechtbare constructie: de pauliana in het arrest van 9 februari 2006”, *RW* 2007-08, 1498, nr. 5.

³² Zie F. VAN KOPPEN, *Actio pauliana en onrechtmatige daadvordering*, Deventer, Kluwer, 1998, 13.

lingen waarbij sneller van het principe van de autonomie over het eigen vermogen zal worden afgeweken als de uiteindelijke kost van de vrijgevigheid door schuldeisers zal worden gedragen. *Nemo liberalis, nisi liberatus*.³³ Of zoals in het Engels treffend wordt gezegd: *Be just before you are generous*.³⁴

Het beginsel *fraus* biedt wel een mooie grondslag om verplichte handelingen aan te vechten, zoals betaling van opeisbare schulden die gebeuren in het zicht van de insolventie (zie nr. 13). Het principe is dat handelingen in uitvoering van een juridische verplichting niet aanvechtbaar zijn door de *actio pauliana*. Uitzonderlijk kan deze regel worden uitgeschakeld, namelijk indien er sprake is van bedrog waarbij de bedoeling van een schuldeiser is om een eigen onrechtmatig voordeel te verkrijgen met benadeling van andere schuldeisers (zie nr. 13). Er weze opgemerkt dat we het bedrog hier in de eerste plaats beoordelen in hoofde van de *schuldeiser* die een voordeel heeft verkregen door de benadelende gedraging; voor de schuldenaar volstaat medeplichtigheid. Dit is het omgekeerde van de traditionele benadering. Het is immers eigenaardig dat de doctrine bij de *actio pauliana* focust op de subjectieve gesteldheid van de *schuldenaar*, terwijl de verweerder en de ontvanger van het onrechtmatig voordeel een *tegenpartij* van de schuldenaar zullen zijn (zie nr. 12). In de praktijk zal het hier overigens ook vaak gaan om betalingen aan partijen die nauw verbonden zijn met de schuldenaar, zodat de beoordeling van de subjectieve ingesteldheid van schuldenaar en tegenpartij in één beweging zal gebeuren.

15. Schuldeisers met een zakelijk zekerheidsrecht. Bij schuldeisers met een zakelijk recht of een recht met zakelijke werking (bv. schuldeisers met bepaalde zakelijke zekerheidsrechten of een schuldeiser die beslag heeft gelegd) krijgt, ook buiten het geval van nakomende insolventie, het schuldeisersbelang meer scherp en legt het de autonomie van de eigenaar aan banden.

Bij een pandrecht, een hypotheekrecht en bepaalde bijzondere voorrechten kan de eigenaar *niet* vrij beschikken of dient hij, bij zakelijke zekerheidsrechten met een vlottend onderpand, te beschikken mede in het belang van de betrokken schuldeiser.³⁵ Tekenend zijn de woorden van artikel 8 Wet Pand Handelszaak: “*Hij die zijn handelszaak in pand heeft gegeven wordt, door het feit zelf der inpandgeving, tot bewaarder van de bestanddelen van het pand aangesteld.*” De pandgever blijft eigenaar, maar moet zoals een deten-

³³ Zie over dit adagium in het erfrecht o.a. J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, 113 e.v., nr. 178-180.

³⁴ R. C. CLARK, “The duties of the corporate debtor to its creditors”, *Harvard Law Review* 1977, 510.

³⁵ Zie voor een uitgebreid overzicht: R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, 79-146.

tor de goederen beheren. Bedrieglijke vervreemding of verplaatsing van de bestanddelen wordt daarbij strafbaar gesteld. De nieuwe Pandwet gebruikt criteria zoals “goede pandgever” (art. 16) en “normale bedrijfsvoering” (art. 21).

De principiële autonomie wordt hier uitgesloten of minstens aan banden gelegd door de beschikkingshandelingen te toetsen aan een functioneel criterium. Dit is een vaak onderschat aspect van zakelijke zekerheidsrechten: naast *priority* (voorrang) geven ze de houder van zulk recht ook *property*, een zakelijk recht dat de beschikkingsbevoegdheid van de eigenaar aan banden legt. Het recht van voorrang geeft de houder van een zakelijk zekerheidsrecht een recht dat vooral van belang is in de verhouding met andere schuldeisers van dezelfde schuldenaar. Het zakelijk karakter van een zakelijk zekerheidsrecht is daarentegen ook, en misschien zelfs vooral, van betekenis in de verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar.³⁶

In economische zin is de houder van een zekerheidsrecht met zulke zakelijke werking “mede-eigenaar” van (een stuk van) het vermogen van de schuldenaar. Anders dan bij mede-eigendom in de normale juridische betekenis zijn de zakenlijke rechten hier niet “horizontaal” verdeeld in gelijkaardige rechten, maar “verticaal” in verschillende rechten op het betrokken onderpand. Zowel de horizontale als verticale vorm van mede-eigendom (in economische zin) zorgt voor een fiduciaire verhouding: zodra een tweede deelgenoot opduikt, worden de bevoegdheden van de vermogensbeheerder doelgebonden.³⁷ *Qui a compagnon, a maître.*

16. Beslagleggende schuldeisers. Een gelijkaardig recht met zakelijke werking hebben schuldeisers die beslag hebben gelegd. De persoonlijke vordering van een schuldeiser krijgt door het beslag zakenrechtelijke werking: de beslagleggende schuldeiser kan het beslagen goed onder meer uitwinnen bij een derde-verkrijger, alsof het niet zou zijn overgedragen.³⁸ Deze zakenrechtelijke gevolgen worden geflankeerd door strafrechtelijke sancties voor de schuldeiser die de beslagen goederen bedrieglijk wegmaakt (art. 507 Sw.).

Ook bewarend of uitvoerend beslag kan daarom, onder meer, gezien worden als een middel voor schuldeisers om de vrije beschikking aan banden te leggen (bewarend en uitvoerend beslag) en zelfs beschikkingshandelingen te stellen in plaats van de eigenaar (uitvoerend beslag). Zonder dat beslag hier-

³⁶ Vgl. D.G. BAIRD en T.H. JACKSON, “Corporate reorganizations and the treatment of divers ownership interests: a comment on adequate protection of secured creditors in bankruptcy”, *The University of Chicago Law Review* 1984, 112-113.

³⁷ J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, 361, nr. 47.

³⁸ R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, 196, nr. 224.

toe kan worden beperkt, is het daarmee ook een *governance*-regel voor het vermogen van elk rechtssubject: bij (dreigende of effectieve) niet-nakoming door de eigenaar-debiteur kan een schuldeiser wiens vordering aan bepaalde kwaliteiten voldoet (bv. een uitvoerbare titel bij uitvoerbaar beslag) de principiële autonomie van een rechtssubject over zijn vermogen aan banden leggen.

4. DE “CORPORATE VEIL” ALS RISICOFACITOR VOOR OPPORTUNISTISCHE SCHULDEISERSBENADELING

a. Rechtspersoon: beperkte aansprakelijkheid en afgescheiden vermogen

17. Rechtspersoon als onstoffelijk rechtssubject. De handelszaak hebben we gekenmerkt aan de hand van deze drie attributen, zijnde: de onbeperkte aansprakelijkheid van de eigenaar, de afwezigheid van een afgescheiden vermogen en de principiële vrije beschikking van de eigenaar over de bestanddelen van zijn handelszaak (conform de algemene principiële autonomie van een rechtssubject over zijn vermogen).

Deze kenmerken vinden we echter niet terug bij een vennootschap met rechtspersoonlijkheid (opnieuw: het zal hier enkel gaan om volkomen rechtspersonen).

Een rechtspersoon wordt meestal negatief omschreven: de rechtspersoon is een rechtssubject (d.i. een zelfstandige drager van rechten en verplichtingen) dat geen natuurlijke persoon is.

De rechten en verplichtingen van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid gelden als de rechten van die entiteit zelf. Dit krijgt vooral betekenis bekeken vanuit de aandeelhouders. De gezamenlijke aandeelhouders hebben (i) de beslissingsmacht over de handelszaak van de rechtspersoon (rechtstreeks door hun stemrecht in de algemene vergadering van aandeelhouders en vooral onrechtstreeks door de bevoegdheid om bestuurders aan te stellen) en (ii) het vermogensrechtelijk voordeel van die handelszaak (bv. doordat de vennootschap de winsten uit de ondernemingsactiviteit uitkeert d.m.v. een dividend).

Daarmee *lijken* de aandeelhouders op de eigenaar van de handelszaak.

De aandeelhouders van een rechtspersoon zijn echter géén eigenaar van de ondernemingsactiva. De eigenaar is namelijk de rechtspersoon zelf. De aandeelhouders hebben enkel zakelijke rechten op de aandelen in de rechtspersoon; dit aandeel biedt hun lidmaatschapsrechten en vermogensrechten.

De rechtspersoonstechniek knipt zo de rechtstreekse band door tussen de handelszaak en de aandeelhouders, die gerechtigd zijn tot de economische waarde van de handelszaak en de controle erover. Het is de rechtspersoon zelf die juridisch geldt als eigenaar, schuldeiser, schuldenaar, eiser of verweerder, ... van de goederen, vorderingen, schulden of rechtsvorderingen van de entiteit met rechtspersoonlijkheid, en niet de aandeelhouders.

18. Rechtspersoon: *corporate veil*. Dat de rechten en verplichtingen van een entiteit met rechtspersoonlijkheid gelden als de rechten van die entiteit zelf, krijgt vooral betekenis bekeken vanuit de deelgenoten (bv. aandeelhouders, leden). De deelgenoten zijn de personen (i) die de beslissingsmacht hebben over het vermogen van die entiteit (rechtstreeks of door de bevoegdheid om bestuurders aan te stellen) en/of (ii) die (toch bij rechtspersonen met winstoogmerk) het vermogensrechtelijk voordeel halen uit het vermogen van die entiteit.

Titularis van de rechten en verplichtingen van het vermogen zijn niet de deelgenoten, maar de entiteit zelf als abstract toerekeningspunt. De band tussen enerzijds het titularis zijn van de bestanddelen van het vermogen en anderzijds het gerechtigd zijn tot de economische waarde en/of het bestuur van een vermogen wordt door de rechtspersoonlijkheid doorgeknipt. De deelgenoten in een rechtspersoon hebben geen zakelijke rechten op (de bestanddelen van) het vennootschapsvermogen.³⁹ In de plaats daarvan hebben ze lidmaatschapsrechten en (ten minste in de rechtspersonen met winstoogmerk) patrimoniale rechten.

Dat hét kenmerk van de rechtspersoonstechniek is dat zakenrechtelijk de band tussen deelgenoten en vermogen wordt doorgeknipt, wordt sterk benadrukt door de Duitse doctrine, die hier spreekt van het *Trennungsprinzip*.⁴⁰

Dit idee zat ook zeer duidelijk in de omschrijving die artikel 2 van de Vennootschapswet van 1873 gaf aan rechtspersoonlijkheid: “*une individualité juridique distincte de celle des associés*”.

Het is de rechtspersoon zelf die juridisch geldt als eigenaar, schuldeiser, schuldenaar, eiser of verweerder, ... van de goederen, vorderingen, schulden of rechtsvorderingen van de entiteit met rechtspersoonlijkheid, en niet de personen die schuilgaan achter de rechtspersoon, ook als deze personen het economische voordeel halen uit of feitelijk meesterschap hebben over

³⁹ 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.

⁴⁰ W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Band 1, Teil 2: Die juristische Person*: 1/2, Berlin, Springer, 1983, 31 e.v.

de rechtspersoon en zijn vermogen. Dit is, op positieve wijze uitgedrukt, de *corporate veil*, de sluier van de rechtspersoonstechniek die over de deelgenoten hangt (en die meestal enkel negatieve aandacht krijgt bij pogingen tot doorbraak ervan).

19. Niet-aansprakelijkheid. Bij de vennootschap met (volkomen) rechtspersoonlijkheid zijn de schulden van de vennootschap niet de schulden van de aandeelhouder, maar van de vennootschap als rechtssubject zelf. De aandeelhouder in een vennootschap met (volkomen) rechtspersoonlijkheid is dan ook niet automatisch aansprakelijk voor de vennootschapsschulden.

Dit komt het duidelijkst naar voor bij contractuele schulden. Overeenkomsten namens een rechtspersoon worden noodzakelijkerwijze afgesloten door een natuurlijke persoon die de rechtspersoon vertegenwoordigt. Opdat een (rechts)persoon contractueel kan worden aangesproken voor een vertegenwoordigingshandeling, dient de vertegenwoordiger minstens *in naam van die* (rechts)persoon te hebben gehandeld. Toerekening van contractuele schulden gebeurt daardoor op grond van een formeel criterium (“in wiens naam werd gehandeld”); of de schuld wordt toegerekend aan de rechtspersoon dan wel aan de aandeelhouders of andere insiders van de rechtspersoon kan dus worden beïnvloed door de vertegenwoordigers van de rechtspersoon. De vertegenwoordiger van de rechtspersoon en de aandeelhouders ontsnappen zo aan contractuele aansprakelijkheid.

Hieruit volgt de niet-aansprakelijkheid van aandeelhouders voor contractuele vennootschapsschulden: als de overeenkomst in de naam van de vennootschap werd aangegaan (en niet in hun naam) zijn ze geen contractpartij. Ze zijn in juridische zin een “derde” en dus niet aansprakelijk voor de verbintenissen voortvloeiend uit de overeenkomst (“relativiteit van de overeenkomst”).

Flankerende regels zoals de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent, die vennootschapsvertegenwoordigers (organen of anderen) beschermt tegen buitencontractuele aansprakelijkheid bij de niet- of gebrekkige uitvoering van de contractuele verbintenissen van de rechtspersoon, versterken deze niet-aansprakelijkheid.

De vennootschapsschulden worden, in economische zin, indirect “voor rekening van” de aandeelhouders aangegaan: de winst van de vennootschap komt immers de aandeelhouders ten goede. Bovendien bepalen de aandeelhouders wie de vennootschap vertegenwoordigt en hebben ze hierdoor indirect controle over de vennootschapsschulden die worden aangegaan. Toch is de niet-aansprakelijkheid voor contractuele schulden zeer begrijpelijk: de contractuele schuldeiser kiest er immers vrijwillig voor om te handelen met

de rechtspersoon. Indien deze schuldeisers geen vertrouwen hebben in de rechtspersoon of zijn solvabiliteit, kunnen ze weigeren om te contracteren of het contracteren afhankelijk maken van medeaansprakelijkheid van aandeelhouders of andere insiders (bv. door een persoonlijke zekerheid te bedingen).

20. Relativering van niet-aansprakelijkheid voor onvrijwillige schuldeisers. Dat aandeelhouders niet automatisch aansprakelijk zijn voor de schulden van een vennootschap met (volkomen) rechtspersoonlijkheid geldt *ook* voor andere dan contractuele schulden. Voorbeelden: schuldeisers met een niet-contractuele vordering zijn slachtoffers van een onrechtmatige daad, de fiscus of sociale zekerheid en meer in het algemeen elke onvrijwillige schuldeiser. De niet-aansprakelijkheid van aandeelhouders is hier veel minder evident: deze schuldeisers hebben immers niet vrijwillig een band met een entiteit met beperkte aansprakelijkheid.⁴¹ Deze regel is hier dan ook minder scherp dan bij contractuele schulden:

- Voor niet-contractuele schulden bestaat niet altijd een formeel criterium zoals het “in naam”-criterium bij vertegenwoordiging voor contractuele schulden. De toerekening van deze aansprakelijkheden kan daardoor niet zomaar worden gemanipuleerd door de vertegenwoordigers van de rechtspersoon. Elders hebben we verdedigd dat onrechtmatige daden aan een rechtspersoon moeten worden toegerekend (en in de praktijk ook zo worden toegerekend) op grond van een materieel criterium zoals dat voor misdrijven gehanteerd wordt door artikel 5 Sw.: *“Een rechtspersoon is strafrechtelijk verantwoordelijk voor misdrijven die hetzij een intrinsiek verband hebben met de verwezenlijking van zijn doel of de waarneming van zijn belangen, of die, naar blijkt uit de concrete omstandigheden, voor zijn rekening zijn gepleegd.”*⁴²
- Waar een contractuele aansprakelijkheid enkel geldt voor de partijen bij het contract (met uitsluiting van anderen), kan buitencontractuele aansprakelijkheid uitdijen naar een ruimere kring. Zo is iedereen die een onrechtmatige daad begaat in principe hiervoor aansprakelijk, ook als deze onrechtmatige daad wordt begaan voor rekening van een andere (rechts)persoon.⁴³ Buitencontractuele aansprakelijkheid van een rechtspersoon sluit de buitencontractuele aansprakelijkheid van de personen die de schade veroorzaakt hebben niet uit, ook al traden zij op in naam van en/of voor rekening van de rechtspersoon.

⁴¹ H. HANSMANN en R. KRAAKMAN, “The essential role of organizational law”, *Yale L.J.* 2000, 431.

⁴² J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, *TPR* 2004, 753 e.v.

⁴³ Zie voor bestuurders: Cass. 20 juni 2005, *TBH* 2006, 416.

- De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent geldt enkel ten aanzien van contractuele schuldeisers, niet voor andere schuldeisers.
- En ook ten aanzien van contractuele schuldeisers geldt deze immuniteit enkel voor fouten bij de *uitvoering* van de overeenkomst; niet voor pre-contractuele fouten.⁴⁴ Dan is de vrij keuze van de contractuele schuldeiser voor de rechtspersoon als medecontractant door een wilsgebrek immers aangetast.

21. Niet-verhaalbaarheid van de activa van de rechtspersoon door de persoonlijke schuldeisers van de aandeelhouders. Bij de vennootschap met rechtspersoonlijkheid is het de vennootschap zelf, en niet de aandeelhouders, die eigenaar is van de goederen van de rechtspersoon. De aandeelhouders zijn geen eigenaar van de ondernemingsactiva, maar enkel van de aandelen in de vennootschap.

In toepassing van artikelen 7-8 Hyp.W. strekken de vennootschapsgoederen tot onderpand van de vennootschaps schuldeisers.

Omgekeerd kunnen de persoonlijke schuldeisers van de aandeelhouders de vennootschapsgoederen niet uitwinnen. De vennootschap is immers een ander rechtssubject, dat niet hun schuldenaar is; de goederen van dit rechtssubject strekken daarom niet tot onderpand van de persoonlijke schuldeisers. Zij kunnen enkel de goederen van die aandeelhouder uitwinnen (inclusief diens aandelen in de vennootschap).

De vennootschapsgoederen zijn hierdoor “afgeschermd” ten behoeve van de vennootschaps schuldeisers tegen aanspraken door de persoonlijke schuldeisers van de aandeelhouders.

b. Risico van de “corporate veil” voor opportunistisch handelen

22. Niet-aansprakelijkheid en vermogensafschieding zorgen voor groot risico op opportunistisch handelen ten nadele van vennootschaps schuldeisers. Bij een natuurlijke persoon, zagen we, gaat het recht uit van een basisvertrouwen: het uitgangspunt is de wilsautonomie over het vermogen. Handelingen kunnen slechts uitzonderlijk worden aangevochten d.m.v. de *actio pauliana*. Het risico op opportunistisch handelen door een natuurlijke persoon ten nadele van zijn schuldeisers is immers beperkt: de natuurlijke persoon die zijn schuldeisers verarmt, verarmt in principe ook zichzelf (hoger nr. 8).

⁴⁴ Cass. 20 juni 2005, *TBH* 2006, 416.

De rechtspersoon daarentegen is een onstoffelijk rechtssubject zonder hoofd, armen of benen. Het beheer van zijn vermogen wordt daarom altijd waargenomen door natuurlijke personen: de aandeelhouders (of personen die controle hebben over de aandeelhouders) en de vennootschapsvertegenwoordigers, aangeduid door die aandeelhouders. Tussen de activa en passiva van de rechtspersoon en die van de aandeelhouders staat de muur van de rechtspersoonstechniek, die niet-aansprakelijkheid en vermogensafscheiding met zich meebrengt. De aandeelhouders hebben aldus volledige controle over het vermogen van de rechtspersoon, maar dragen hiervan slechts beperkt de negatieve gevolgen: deze zijn beperkt tot het verlies in waarde van hun aandelen.

Deze rechtspersoonstechniek vergroot aanzienlijk het risico op opportunistisch handelen ten nadele van schuldeisers. De aandeelhouders (of de vennootschapsvertegenwoordigers door hen aangeduid) kunnen trachten schulden zoveel mogelijk in het vennootschapsvermogen te steken (bv. door er risicovolle activiteiten in onder te brengen); of ze kunnen trachten te schuiven met activa (naar het eigen vermogen dan wel naar het vennootschapsvermogen) al naargelang het vermogen waar uitwinning dreigt. De aandeelhouder die het vermogen van zijn rechtspersoon verarmt, verarmt *niet* noodzakelijk zichzelf, indien hijzelf direct of indirect van deze vermogensverschuiving de bevoordeelde is. De waarde van zijn aandelen in de rechtspersoon zal wel in waarde dalen, maar dat zal geen bekommernis zijn indien die waarde reeds is uitgehold door een groot vennootschapspassief.

23. Profylactische regels in het vennootschapsrecht: kapitaalvorming, kapitaalbescherming en vereffening. Heel wat regels in het vennootschapsrecht vormen een antwoord op dit belangenconflict tussen de aandeelhouders en de vennootschapsschuldeisers. De bekendste zijn uiteraard de waarborgen omtrent het vennootschapsvermogen bij de oprichting en de regels die beperkingen opleggen aan uitkeringen aan aandeelhouders, zijnde:

- In vennootschappen met (volkomen) rechtspersoonlijkheid geldt immers de wettelijke verplichting voor de oprichters, als “losprijs” voor de niet-aansprakelijkheid, om vermogensbestanddelen met een bepaalde minimumhoeveelheid en -kwaliteit (“kapitaal”) aan de vennootschap toe te zeggen en (het geheel of een gedeelte ervan) zelfs meteen te betalen (“volstorten”). In juridische zin mogen de aandeelhouders dan wel niet aansprakelijk zijn, in economische zin zijn ze dus wel “beperkt aansprakelijk”. Indien de vennootschap insolvent wordt, worden hun aandelen immers waardeloos en verliezen ze in ieder geval de vermogensbestanddelen die ze aan de vennootschap hebben overgedragen. Bovendien kunnen ze ook nog worden aangesproken ten belope van wat werd toegezegd, maar nog niet volgestort.

- Kapitaalbeschermingsregels stellen grenzen en voorwaarden aan de uitkeringen uit het vennootschapsvermogen aan de aandeelhouders. Zo worden uitkeringen, door de rechtspersoon aan een aandeelhouder, zonder tegenprestatie (bv. dividend) enkel onder voorwaarden toegestaan. Deze voorwaarden trachten te bereiken dat de rechten van de vennootschapsschuldeisers door deze uitkeringen niet in het gedrang zullen komen. Het recht van de aandeelhouders is een recht op de nettowaarde van de vennootschapsactiva, d.i. met aftrek van de aanspraken van de vennootschapsschuldeisers. *Bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*.
- Een bijzonder toepassingsgeval van het nettokarakter van de aanspraak van de aandeelhouders is dat bij vereffening van de vennootschap in beginsel eerst diens schulden moeten worden voldaan alvorens het nettoactief aan de deelgenoten kan worden uitgekeerd (art. 190, § 2 W.Venn.).

Een contraire zienswijze is dat de regels inzake kapitaalbescherming bij uitkeringen een *versoepling* inhouden t.a.v. wat het gemeen recht ter zake zou zijn. In deze zienswijze bestaan die regels niet louter, of misschien zelfs niet in de eerste plaats, ter bescherming van de schuldeisers, maar wel in het belang van de deelgenoten. De regels inzake uitkeringen laten immers toe dat vennootschapsactiva, zij het onder voorwaarden, zonder tegenprestatie aan deelgenoten worden uitgekeerd, terwijl er onbetaalde vennootschapsschuldeisers zijn. Hierdoor kunnen aandeelhouders een actiefbestanddeel laten springen over de voorrang van vennootschapsschuldeisers heen, terwijl ze zelf principieel niet-aansprakelijk zijn. Strikt genomen zou een uitkering slechts met zekerheid als rechtmatig kunnen gelden op het einde van de vereffening, indien ze gebeurt uit het definitieve nettoactief; pas dan staat immers vast dat de vennoot door een uitkering niet over de voorrang van de vennootschapsschuldeisers heen springt.⁴⁵ De regels inzake uitkeringen kunnen hierdoor worden geanalyseerd als een versoepling doordat ze tussentijds toelaten dat aandeelhouders de vennootschapsschuldeisers voorsteken.

De kapitaalbeschermingsregels schuiven overigens de gewone vermogensbeschermingsregels niet aan de kant. Het *bona non intelliguntur*-idee blijft bij uitkeringen aan aandeelhouders naast en boven de regels inzake kapitaalbescherming van het W.Venn. een rol spelen onder de vorm van aansprakelijkheidsregels en/of de *actio pauliana* (welk kan worden beschouwd als “kapitaalbeschermingsregel van gemeen recht”).⁴⁶ In de mate er een tendens is om de kapitaalbeschermingsregels te versoepelen of af te schaffen, zullen

⁴⁵ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 310.

⁴⁶ Zie bv. R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmt-hout, Biblio, 2003, 210 en 478-482.

de vermogensbeschermingsregels van het gemeen recht aan belang winnen bij kapitaalvennootschappen.⁴⁷

We bespreken hier nu kort: (i) de doelgebonden aard van de bevoegdheden over het vennootschapsvermogen (nrs. 24-28) en (ii) hoe de criteria van de *actio pauliana* inspiratie kunnen bieden bij de invulling van de aansprakelijkheid van bestuurders, aandeelhouders en andere kapitaalverschaffers voor handelen dat de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers benadeelt (nrs. 29-33).

c. Vennootschapsbelang stelt een scherpere grens dan de actio pauliana

24. Aandeelhouders en bestuurders hebben niet de vrije beschikking voor eigen rekening over de activa van de rechtspersoon. Voor de aandeelhouders in een vennootschap met rechtspersoonlijkheid zijn de goederen die eigendom zijn van de vennootschap *andermans* goederen. Zij hebben over deze goederen geen bevoegdheid om ze te gebruiken of erover te beschikken, tenzij op grond van de bestuursregeling die geldt voor de betrokken rechtspersoon waarbij de aandeelhouders, bv. in de hoedanigheid van bestuurder of ander orgaan, *in naam en voor rekening* van de rechtspersoon zelf kunnen optreden.

Indien iemand als lid van het bestuursorgaan (of in een andere hoedanigheid) optreedt voor rekening van de vennootschap, bestuurt hij *andermans* vermogen (*i.e.* het vermogen van de rechtspersoon). Dit bestuur dient dan ook te gebeuren met respect voor het eigen belang van die (rechts)persoon.⁴⁸ Indien dit bestuur niet in het belang van de rechtspersoon gebeurt, kan de bestuurder hiervoor aansprakelijkheid t.a.v. rechtspersoon oplopen.

25. Vennootschapsbelang wordt mede ingevuld door het schuldeisersbelang. Het beheer van het vennootschapsvermogen is dus gebonden aan het vennootschapsbelang. Dit eigen belang van de vennootschap zal nooit volledig samenvallen met de belangen van de aandeelhouders. Het is hier niet de plaats om het eindeloze debat over het eng of ruim karakter van het vennootschapsbelang te herkauwen. Wel kan er naar onze mening over één zaak geen twijfel bestaan: hoe eng men het vennootschapsbelang ook invult, minstens wordt dit vennootschapsbelang ook gekleurd door de belangen van de ven-

⁴⁷ Zie J.-M. NELISSEN GRADE en M. WAUTERS, "Reforming Legal capital: harmonisation or fragmentation of creditor protection?" in *The European Company Law Action Plan Revisited*, Leuven University Press, 2010, 47-50.

⁴⁸ W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 141 e.v.

nootschapsschuldeisers.⁴⁹ Omdat de vennootschapsactiva afgeschermd zijn ten behoeve van de vennootschapsschuldeisers (nr. 21), worden deze laatsten benadeeld als de vennootschap in haar vermogen wordt benadeeld.

Een zeer duidelijk symptoom van deze regel is dat bestuurders na faillissement intern aansprakelijk kunnen worden gesteld ten aanzien van de vennootschap (op dat ogenblik vertegenwoordigd door de curator). Dit geldt ook als op het ogenblik van het schadeveroorzakend handelen de vennootschap reeds een nettopassief had. Aandeelhouders worden in dit geval niet benadeeld: ze zouden immers toch niets gekregen hebben, ongeacht of de betrokken fout zich al dan niet zou hebben voorgedaan. Toch kan er geen twijfel over bestaan dat in zulke omstandigheden de curator een interne bestuursaansprakelijkheidsvordering met succes kan instellen. Met andere woorden: een benadeling van de schuldeisers wordt afgedwongen door middel van een vordering gebaseerd op interne aansprakelijkheid voor schade aan de vennootschap.

Een ander symptoom is dat ook in een eenpersoons-BVBA het handelen van de zaakvoerder van die BVBA aan het vennootschapsbelang kan worden getoetst, ook al is die zaakvoerder tevens de enige vennoot in de vennootschap. Met andere woorden: het vennootschapsbelang valt niet samen met het belang van de aandeelhouder(s); ook schuldeisers worden door deze norm beschermd.

Het misdrijf van misbruik van vennootschapsgoederen (art. 492*bis* Sw.) verduidelijkt dan ook terecht het vermogensbelang van een rechtspersoon door te verwijzen naar “*zijn schuldeisers en vennoten*”.

Het vennootschapsbelang, dat dus mede gekleurd wordt door het belang van de vennootschapsschuldeisers, zorgt zo voor een doelgebondenheid van de *governance*-rechten van de aandeelhouders en de vennootschapsvertegenwoordigers, door hen aangesteld.

26. Vergelijking tussen het vennootschapsbelang en de doelgebonden bevoegdheden van een eigenaar van een goed belast met een zakelijk recht. Deze doelgebonden bevoegdheid lijkt erg op de beperking aan de autonomie van een eigenaar wiens goederen belast zijn met een zakelijk zeker-

⁴⁹ Zie meer bij M. WYCKAERT en F. PARREIN, “Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid?” in *Vennootschaps- en financieel recht* (Themis 65), Brugge, die Keure, 22 e.v. en J. VANANROYE, “Father knows best: zijn dwingende regels omtrent het aantal leden in een vennootschap of een huwelijk verantwoord?”, *TRV* 2013, 67, nr. 18.

heidsrecht met een vlottend onderpand, zoals het pand op de handelszaak (hoger besproken, in nr. 15).

Dit hoeft niet te verbazen: er is immers een grote functionele gelijkenis tussen een zakelijk zekerheidsrecht en de vermogensafscheiding die volgt uit de rechtspersoonstechniek. Nemen we als voorbeeld het pand op het handelszaak. Deze figuur laat toe dat een schuldenaar met een schuldeiser een overeenkomst afsluit waarbij die schuldeiser voorrang krijgt boven de andere schuldeisers. Het afgescheiden vermogen van een rechtspersoon biedt een gelijkaardige voorrang, maar dan automatisch aan alle schuldeisers voor wiens vordering de vennootschap aansprakelijk is.

In beide gevallen wordt de autonomie van de eigenaar van de handelszaak over het onderpand *c.q.* van de aandeelhouders over het vennootschapsvermogen aan banden gelegd.⁵⁰ Bij de techniek van het pand blijft de schuldenaar eigenaar van het onderpand, maar de normale attributen van zijn eigendomsrecht worden uitgehold door een beschikkingsonbevoegdheid. Bij de rechtspersoonstechniek worden de rechten van de aandeelhouders zo erg uitgehold dat ze niet meer als eigenaar of mede-eigenaar beschouwd worden. De goederen staan op naam van een onstoffelijk rechtssubject. De aandeelhouders krijgen wel via hun lidmaatschapsrechten controlebevoegdheden over de goederen van dit rechtssubject (vooral indirect door het benoemen en ontslaan van het bestuursorgaan), maar deze bevoegdheden zijn door het vennootschapsbelang doelgebonden. Pandtechniek en rechtspersoonstechniek starten hierdoor van een radicaal verschillend uitgangspunt (pandgever is eigenaar en aandeelhouder niet); de technieken van de beschikkingsonbevoegdheid en de doelgebonden aard van de (directe en indirecte) controle-rechten van de aandeelhouders vormen echter twee tunnels in omgekeerde richting, waardoor pand en rechtspersoon elkaar toch ontmoeten.

Een belangrijk verschil is dat de beschikkingsonbevoegdheid bij een pand (of vergelijkbare zakelijke zekerheidsrechten) enkel geldt voor bepaalde schuldeisers. De bescherming van de doelgebonden aard van het beheer over het vennootschapsvermogen geldt daarentegen voor elke schuldeiser van die vennootschap. Dit verschil wordt verklaard doordat de rechtspersoonstechniek bijzondere risico's stelt voor opportunistisch misbruik van de beperkte aansprakelijkheid en de vermogensafscheiding.

⁵⁰ Zie G. TRIANTIS, "Organizations as Internal Capital Markets: The Legal Boundaries of Firms, Collateral and Trusts in Commercial and Charitable Enterprises", *Harv.L.Rev.* 2004, 1102 e.v.

27. Wettelijke specialiteit en handelingen om niet. Hoger (in nr. 14) zagen we dat bij elk rechtssubject handelingen om niet met grotere argwaan worden bekeken dan handelingen onder bezwarende titel. Dit komt onder meer tot uiting doordat er geen bedrog of andere subjectieve ingesteldheid dient te worden bewezen in hoofde van de begunstigde van een handeling om niet die schuldeisers benadeelt.

Bij vennootschappen wordt dit nog verder doorgetrokken: handelingen om niet, zelfs wanneer ze niet gebeurden in het zicht van de insolventie, kunnen worden aangevochten wegens schending van de wettelijke specialiteit van vennootschappen.

28. Vergelijking tussen *actio pauliana* bij een natuurlijke persoon en gebonden bestuursbevoegdheid bij een rechtspersoon. De grenzen aan de bestuursbevoegdheid van vennootschapsvertegenwoordigers zijn vérstrekkender dan de grenzen die de *actio pauliana* stelt aan de vrije beschikkingsbevoegdheid van elk rechtssubject. Er is hier namelijk sprake van een werkelijke doelgebonden bevoegdheid.

Het vennootschapsbelang als grens aan de vrije beschikkingsbevoegdheid is bovendien relevant ongeacht of de eigenaar insolvent is. Dit betekent dat als handelingen die de vennootschap verarmen in bedrijfseconomische zin worden aangevochten (bv. door een aansprakelijkheids- of nietigheidsvordering), de mogelijke kennis van de betrokkenen over de kansen op een toekomstige insolventie niet in de beoordeling moeten worden meegenomen.

Handelingen die niet in het vennootschapsbelang zijn, kunnen worden nietig verklaard. Het uitgangspunt is dat zulke nietigverklaring gevolgen heeft ten aanzien van iedereen en dus niet louter ten aanzien van de eiser. Bijgevolg gaat de nietigheid in principe verder dan de *actio pauliana*.

De norm van het vennootschapsbelang is in de eerste plaats een interne norm. Zowel de eiser als de verweerder zal bij vorderingen tot afdwinging van het vennootschapsbelang in de regel de vennootschap zelf of minstens een vennootschapsinsider zijn. Zo zal een bestuurder die handelt tegen het vennootschapsbelang in, een contractbreuk plegen jegens de vennootschap. Zowel aan de actiefzijde (eiser) als aan de passiefzijde (verweerder) kan deze interne regel overlopen naar externen.

- Een derde die bewust meewerkt aan een schending van het vennootschapsbelang door een insider, kan als verweerder ook met succes aangesproken worden als derde-medeplichtige.
- Schuldeisers kunnen aan de actiefzijde de schending van deze norm ook afdwingen, bv. door een zijdelingse vordering of door het faillissement

aan te vragen en zo de curator als neutrale bewindvoerder bevoegd te maken over het vennootschapsvermogen. De interne vorderingen kunnen zo, rechtstreeks of onrechtstreeks, onder controle van de vennootschaps-schuldeisers komen. Zij krijgen hierdoor formeel ook afdwingingsmogelijkheden voor de gedragsnormen, die zijn opgelegd aan de vennootschapsinsiders. Het schuldeisersbelang kleurt dus niet enkel inhoudelijk het vennootschapsbelang (hoger nr. 25), ook procedureel krijgt dit zijn vertaling.

Actiemogelijkheden zoals het faillissement of de zijdelingse vordering zullen wel enkel bij insolventie of dreigende insolventie kunnen worden uitgeoefend. Hierin gelijken ze op de *actio pauliana*. Echter, omdat de schending van het vennootschapsbelang niet afhankelijk is van een dreiging van insolventie op het ogenblik van de aangevochten handeling, wordt de bewijslast wel aanzienlijk vergemakkelijkt. Zo zal de curator die een handeling aanvecht of een interne aansprakelijkheidsvordering instelt *niet* noodzakelijk moeten bewijzen dat de insolventie van de vennootschap voorzienbaar was op het ogenblik dat de litigieuze handeling werd gesteld. Dit is een niet te verwaarlozen voordeel vergeleken met een aanvechting d.m.v. de *actio pauliana* (zie hoger nr. 12).

d. De actio pauliana als bron van rechtsvinding voor aansprakelijkheidsvorderingen gebaseerd op schuldeisersbenadeling

29. Pauliaanse onrechtmatige daadvordering: algemeen. De *actio pauliana* kan niet worden gereduceerd tot een onrechtmatige daadvordering, aangezien een succesvolle *actio pauliana* zakelijke werking kan hebben.⁵¹ Toch wortelt de *actio pauliana* in de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad: de schuldenaar en de derden die aan de paulianeuze handeling meewerken, begaan een onrechtmatige daad jegens de schuldeisers (hoger nr. 14).⁵²

De constitutieve bestanddelen die aan de *actio pauliana* invulling geven, kunnen dan ook de basis vormen voor een schadevergoedingsvordering.⁵³ Zo'n pauliaanse onrechtmatige daadvordering kan naast of in de plaats van de eigenlijke *actio pauliana* worden ingesteld. Deze vordering biedt schuld-

⁵¹ M.E. STORME, "Een aanvechtbare constructie: de pauliana in het arrest van 9 februari 2006", *RW* 2007-08, 1498, nr. 3.

⁵² H. DE PAGE, *Traité*, II, 1967, p. 227, nr. 208; E. DIRIX, "De vergoedende functie van de actio pauliana", *RW* 1992-93, p. 331, nr. 2; vergelijk: A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, 120 e.v.

⁵³ H. SWENNEN, "Desbewust deelnemen aan andermans contractbreuk is fout", *RW* 1978-79, p. 1945, nr. 10; J. VANANROYE, "Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en -handhaving", *TRV* 1999, 162.

eisers (en de curator) immers vorderingsmogelijkheden waar de schuldenaar die zelf niet zou hebben.⁵⁴

Deze vordering is in het algemeen nuttig indien de schuldenaar een goed aan een te hoge prijs aankoopt. De niet-tegenwerpelijkheid van deze transactie kan de schuldeisers niet baten, aangezien de koopprijs zich waarschijnlijk heeft vermengd met de rest van het vermogen van de verkoper. Indien een schuldenaar een goed te goedkoop verkoopt, kan een onrechtmatige daadvordering noodzakelijk zijn, bv. indien dit goed vernietigd is of om een andere reden onbereikbaar is voor executie wegens de overdracht aan een derde te goeder trouw. Een schadevergoedingsaanspraak kan ook worden ingesteld ter aanvulling van een *actio pauliana*, bv. voor de gedeerde inkomsten uit een goed dat onrechtmatig uit het vermogen van de schuldenaar is verdwenen.

Bovendien kan een vordering uit onrechtmatige daad niet enkel worden ingesteld tegen de begunstigde van de paulianeuze handeling, maar ook tegen eventuele medeplichtigen.

30. Pauliaanse onrechtmatige daadvordering: nut voor het ondernemingsrecht in het bijzonder. Specifiek voor het ondernemingsrecht biedt zulke “pauliaanse onrechtmatige daadvordering” bijzondere perspectieven.

Deze vordering biedt vooreerst een uitweg waar de traditionele *actio pauliana* geen remedie biedt omdat de verarming in bedrijfseconomische zin geen goed in de zakenrechtelijke zin betreft (zie hoger nr. 4). Dit is het geval indien de clientèle van een onderneming werd afgeleid. Een benadeelde schuldeiser kan op dit “goed in bedrijfseconomische zin” geen beslag leggen. Een onrechtmatige daadvordering biedt hier een welkom alternatief.

Hoger zagen we dat een natuurlijke persoon wellicht zelf niet echt wakker ligt van de burgerrechtelijke gevolgen van de pauliaanse vordering. Deze vordering “raakt” vooral de medeplichtige tegenpartij en niet de schuldenaar zelf. Bij een rechtspersoon daarentegen wordt het vermogen beheerd door andere natuurlijke personen. Deze zullen echter wel bezorgd zijn om een aanvechting van de handelingen die ze stelden voor rekening van de rechtspersoon. Dit kan immers hun eigen aansprakelijkheid ten aanzien van de rechtspersoon zelf en ten aanzien van derden in het gedrang brengen. In het bijzonder bij insolventie van de rechtspersoon zal deze persoonlijke aansprakelijkheid als een aantrekkelijke actiemogelijkheid in het vizier komen.

⁵⁴ J. VANANROYE, “Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en -handhaving”, *TRV* 1999, 163.

Zulke pauliaanse onrechtmatige daadvordering is overigens verre van ongebruikelijk, al wordt ze in de praktijk zelden als dusdanig herkend of erkend. Maar heel wat gevallen van bestuursaansprakelijkheid, aandeelhoudersaansprakelijkheid of krediet aansprakelijkheid na faillissement, komen eigenlijk neer op een toepassing van het criterium van de “benadeling van de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers”.⁵⁵ Een hernieuwde lectuur door de vennootschapsjuristen van de materiële en morele toepassingsvoorwaarden van de *actio pauliana* zou toelaten om hier het criterium van de “goede huisvader” (art. 1382 BW of de contractuele zorgplicht ten aanzien van de vennootschap) of de “kennelijk grove fout” (art. 530 W.Venn.) concreter in te vullen.

Hier willen we daar kort een eerste aanzet voor schetsen. Net zoals bij de *actio pauliana* is het hierbij nuttig een onderscheid te maken tussen schuldeisersbenadeling ten gevolge van een verarming in bedrijfseconomische zin en schuldeisersbenadeling die bestaat in een doorbraak van de rangorde tussen schuldeisers (bv. door selectieve betalingen). De drempel voor aansprakelijkheid ligt hoger in het tweede geval (zie hoger nr. 11).

31. Benadeling door verarming: aansprakelijkheid voor onrechtmatige kredietverlening als voorbeeld. Het onrechtmatig karakter van het verlenen of handhaven van krediet (door een bank of een aandeelhouder) kan worden geconcretiseerd als we teruggrijpen naar het pauliaanse criterium van een “verarming in bedrijfseconomische zin”.

Door het aangaan van een krediet verhoogt een schuldenaar uiteraard zijn passief. Toch is er hier in geen geval automatisch sprake van een benadeling van de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers. De benadeling ten gevolge van een transactie dient immers “per saldo” te worden geëvalueerd: tegenover de nieuwe verbintenissen staan immers ook nieuwe activa (nl. de gelden verkregen onder het krediet). Ook als een nieuw krediet wordt gedekt door zakelijke zekerheden is er niet automatisch sprake van benadeling: de verhaalsmogelijkheden van andere schuldeisers veranderen hierdoor in beginsel niet. Tenminste niet voor zover de waarde van het onderpand van de zekerheden kleiner is dan de waarde van de nieuwe activa die ten gevolge van de transactie in het vermogen van de kredietnemer komen.

Van benadeling kan wel sprake zijn indien de kredietverlening aanleiding geeft tot een vermindering van het eigen vermogen in bedrijfseconomische

⁵⁵ Zie voor krediet aansprakelijkheid: J. VANANROYE, “Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en -handhaving”, *TRV* 1999, 152 e.v.

zin. Deze beoordeling mag niet beperkt worden tot een momentopname, waarbij statisch activa en passiva worden afgewogen, maar moet in een ruim bedrijfseconomisch verband worden gezien. Concreet kan er bijvoorbeeld sprake zijn van het materiële element voor krediet aansprakelijkheid wegens vermindering van het eigen vermogen, indien bv. het krediet toelaat dat een reddeloos verloren activiteit toch nog wordt verdergezet of als het krediet toelaat dat een aandeelhouder of bestuurder de gewonnen tijd gebruikt om waarde aan de vennootschap te onttrekken. In deze gevallen is er immers een causaal verband tussen het verlenen van het krediet en de verarming in bedrijfseconomische zin van de schuldenaar.

Zulke vordering wegens een vermindering van het eigen vermogen lijkt op de gevallen van krediet aansprakelijkheid wegens het creëren van een schijn van kredietwaardigheid, en in de praktijk zullen beide dan ook vaak samen voorkomen. De pauliaanse onrechtmatige daadvordering heeft echter dit verschil, dat ook de anterieure schuldeisers (die tevens benadeeld worden in hun verhaalsmogelijkheden, maar die niet misleid werden door een verkeerde schijn) rechtsherstel krijgen en dat bij faillissement ook de curator op grond van “collectieve schade” kan vorderen.

Een benadeling van de schuldenaar in bedrijfseconomische zin door een bepaalde handeling of een geheel van handelingen volstaat uiteraard niet om een bij die handelingen betrokken bestuurder, aandeelhouder of kredietverlener aansprakelijk te stellen. Aansprakelijkheid veronderstelt namelijk ook een subjectief element. Ook hier kan de *actio pauliana* inspiratie bieden. Evenmin als bij de *actio pauliana* moet bedrog niet worden aangetoond.

Bij de beoordeling van deze aansprakelijkheid is, net zoals bij de *actio pauliana*, ook een grotere gestrengheid verantwoord bij handelingen met insiders. Bij rechtspersonen zullen deze “insiders” vaak de controle hebben over het vennootschapsvermogen (of onder controle staan en tot voordeel strekken van wie controle heeft over het vennootschapsvermogen). Ook bij transacties van “insiders”, zoals aandeelhouders, verbonden entiteiten of bestuurders, zal er geen sprake kunnen zijn van “marginale toetsing” indien deze transacties geleid hebben tot een verarming van het vermogen van de rechtspersoon in bedrijfseconomische zin. Opnieuw is het dan aan de betrokken bestuurders en “insiders” om aan te tonen dat ze gehandeld hebben in de uitoefening van een normaal beheer van de vennootschap.

32. Verschil in beoordeling tussen bestuurders, aandeelhouders en kredietverleners. Het gedrag van bestuurders, aandeelhouders en buitenstaanders zoals kredietverleners zal uiteraard niet gelijk worden beoordeeld.

Het strengst worden bestuurders beoordeeld: zij hebben een positieve fiduciaire plicht om te handelen in het vennootschapsbelang en dit belang wordt ook gekleurd door de belangen van vennootschapsschuldeisers (hoger nr. 25).

Het minst streng worden kredietverleners of andere derden beoordeeld. Ze moeten wel rekening houden met de belangen van andere derden, maar de intensiteit hiervan kan niet zo groot zijn als bij de bestuurders.

Het komt ons voor dat de drempel voor aansprakelijkheid van aandeelhouders – in economische zin ook een bijzondere soort kredietverlener – niet hoger dient te zijn dan voor derden. Het uitgangspunt bij aandeelhoudersaansprakelijkheid is beperkte aansprakelijkheid. Aandeelhouders hebben in beginsel geen andere positieve verplichting dan het kapitaal, waarop ze hebben ingeschreven, vol te storten. Dit gaat zelfs zo ver dat bij de concretisering van de *bonus pater familias*-norm bij de beoordeling van aansprakelijkheid van aandeelhouders geen rekening wordt gehouden met de omstandigheid dat iemand aandeelhouder is, zelfs niet als deze een controlerende participatie heeft. Het aandeelhouderschap brengt geen bijzondere zorgplichten met zich mee t.a.v. *outsiders*, behalve enkele uitdrukkelijke wettelijke verplichtingen. Deze misschien verrassende regel, die afwijkt van een te verwachten toepassing van artikel 1382 BW, staat als dusdanig nergens expliciet geschreven in de rechtsleer of rechterlijke uitspraken, maar geeft ons inziens wel het positieve recht weer.

Dit alles betekent uiteraard *niet* dat een aandeelhouder nooit aansprakelijk is t.a.v. de vennootschap, of de met de vennootschap betrokken personen, maar de norm voor de aandeelhouder is niet zwaarder dan die voor buitenstaanders. Zelfs voor de aandeelhouder als feitelijke bestuurder ligt de lat vrij hoog met de “kennelijk grove fout” uit artikel 530 W.Venn.

Toch is er iets bijzonders aan de hand. De aansprakelijkheidsdrempel voor de aandeelhouder ligt niet lager dan voor buitenstaanders, maar *als* de aandeelhouder, in het bijzonder de controlerende, aansprakelijk wordt geacht, dan zal zijn aansprakelijkheid groter zijn dan die voor een schadeveroorzaker *at arm's length*. Onrechtmatige handelingen zijn immers periculieuzer als de schade wordt veroorzaakt door een controlerende insider. Deze schadeveroorzaker kan immers verhinderen dat het slachtoffer – de vennootschap – normale remedies gebruikt en hij heeft de tijd en de opportuniteit om de sporen van zijn onrechtmatig handelen te verbergen. Bijgevolg leiden de gewone regels inzake aansprakelijkheid en herstel hier niet tot de gewenste afschrikking. Dit brengt ons opnieuw naar artikel 530 W.Venn: de rechter heeft bij de bijzondere faillissementsaansprakelijkheid de volledige discretie

om een bestuurder of feitelijke bestuurder aansprakelijk te houden voor het geheel of een deel van het nettoactief, zonder zich zorgen te moeten maken over de normale regels inzake causaliteit.⁵⁶

Gecamoufleerd als een bewijsregel, schuilt hier in het vennootschapsrechtelijk struikgewas een lokale variëteit van de *punitive damages*.

33. Selectieve betalingen in de schemerzone voorafgaand aan de insolventie. De analyse van de *actio pauliana* kan ook inspireren bij de toetsing van het gedrag van bestuurders in de schemerperiode voorafgaand aan het faillissement. Het uitgangspunt is dat tot aan het “fatitieke moment” waarop bestuurders de activiteiten moeten stoppen (bv. de staking van betaling of het moment waarop duidelijk moest zijn voor bestuurders dat staking van betaling redelijkerwijze onafwendbaar wordt)⁵⁷, zij het recht hebben om opeisbare schulden te betalen. Ze moeten daarbij de rangorde van de schuldeisers niet respecteren; ze mogen dus bepaalde opeisbare schulden wel betalen en andere niet.

Vanaf het “fatitieke moment” kunnen bestuurders wél aansprakelijk worden gesteld voor betaling van opeisbare schulden. Vanaf dat ogenblik dienen de bestuurders de rangorde tussen de schuldeisers immers te respecteren.

Voorafgaand aan het “fatitieke moment” kunnen bestuurders uitzonderlijk toch aansprakelijk worden gesteld voor betalingen, zelfs van opeisbare schulden, die zij verrichten. Dit zal met name het geval zijn als ze niet alle opeisbare schulden betalen en hun keuze niet verantwoord kan worden op bedrijfseconomische gronden. Dit zal vaak het geval zijn als bestuurders zichzelf of andere “insiders” en verbonden personen betalen en andere schuldeisers niet. Ook de vrijheid om te kiezen wie betaald wordt, is een vrijheid die misbruikt kan worden.⁵⁸

⁵⁶ Luik 30 april 2007, *TBH* 2008, 335 en *JDSC* 2009, 222, noot M. DELVAUX.

⁵⁷ Zie over de moeilijkheid dit in de praktijk te bepalen: D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 546 e.v.

⁵⁸ E. DIRIX, “Grenzen van de wilsautonomie inzake zakelijke zekerheidsrechten” in *Bijzondere overeenkomsten*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008, Kluwer, 2008, 148-149.