

Precisie vereist: het hoe en wat bij schadevergoeding gemeenrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid inzake laattijdige aangifte van een faillissement

Studie referendaris S. Jansen

1. Inleiding

1. *Situering* – Een bestuurder van een vennootschap dient op zijn telling te passen en in het bijzonder gedurende de periode voorafgaand aan een faillissement. De bestuurder kan in die periode op verschillende manieren aansprakelijk worden gesteld voor zijn fouten. In het kader van het insolventierecht werd met de invoering van Boek XX¹ in het Wetboek van economisch recht (hierna WER) zelfs een ganse afzonderlijke titel VII ‘aansprakelijkheidsvorderingen’ ingevoerd (zie de art. XX.224-XX.228 WER). Zo kan de bestuurder aansprakelijk worden gesteld voor zijn kennelijk grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement, voor zgn. ‘*wrongful trading*’ (zie hierover ook verder nr. 5) en voor sociale zekerheidsschulden. Los van de bepalingen in de voornoemde titel VII in Boek XX WER, kan de bestuurder ook op basis van het gemeen aansprakelijkheidsrecht aansprakelijk worden gesteld wegens het nalaten tijdig aangifte te doen van het faillissement.

Deze bijdrage focust op deze laatste aansprakelijkheidsvorm en aldus op de gemeenrechtelijke vordering tot schadevergoeding in de zin van de artikelen 1382 en 1383 oud Burgerlijk Wetboek ingesteld tegen de bestuurders van een vennootschap die failliet is gegaan wegens laattijdige aangifte van faillissement. Het zij opgemerkt dat men als bestuurder hiervoor ook op grond van de artikelen 489bis, 4^o, en 490 Strafwetboek strafrechtelijk kan worden veroordeeld. De thans besproken problematiek heeft dan ook raakvlakken met het aansprakelijkheidsrecht, het ondernemingsrecht en het strafrecht.

2. *Plan* – Hierna ga ik achtereenvolgens in op: 1^o het principe dat bestuurders krachtens de artikelen 1382 en 1383 oud Burgerlijk Wetboek aansprakelijk kunnen worden gesteld voor het nalaten tijdig aangifte te doen van faillissement; 2^o wie dergelijke aansprakelijkheidsvordering kan instellen; en 3^o welke de omvang is van de schadevergoeding die de curator kan vorderen. Ik sluit af met een conclusie.

2. De verplichting tijdig aangifte te doen van het faillissement

3. *Van faillissementswet naar het WER: aansprakelijkheid op grond van de artikelen 1382 en 1383 oud Burgerlijk Wetboek* – Vandaag staat de verplichting om tijdig aangifte te doen van het faillissement in artikel XX.102, eerste lid, WER. Krachtens dit artikel is de schuldenaar verplicht, binnen een maand nadat hij heeft opgehouden te betalen, daarvan aangifte te doen ter griffie van de bevoegde rechtbank. Vroeger² stond deze verplichting in artikel 19 Faillissementswet, dat bepaalde dat elke koopman dezelfde verplichting had om aangifte te doen van het faillissement op de griffie van de bevoegde rechtbank, binnen de termijn van 1 maand nadat het faillissement is ingetreden (voorheen was deze termijn zelfs maar drie dagen). Volgens artikel XX.99, eerste lid, WER (zie ook oud artikel 2 Faillissementswet) bevindt een schuldenaar zich in staat van faillissement wanneer hij op duurzame wijze heeft opgehouden te betalen en diens krediet is geschokt. Indien een schuldenaar (de bestuurder)³ deze verplichting tot tijdige aangifte van het faillissement niet voldoet, begaat hij een fout waarvoor hij aansprakelijk kan worden gesteld op basis van de artikelen 1382 en 1383 oud Burgerlijk Wetboek.

4. *Strafrechtelijke gesanctioneerde verplichting* – Voor de volledigheid dient ook opgemerkt te worden dat artikel 489bis, 4^o, Strafwetboek de laattijdige aangifte van een faillissement *strafrechtelijk* sanctioneert. Zo worden met een gevangenisstraf van 1 maand tot 2 jaar en met een geldboete van 100 euro tot 500 000 euro of met één van die straffen alleen de personen gestraft die *met het oogmerk om de faillietverklaring uit te stellen*, verzuimd hebben binnen de bij artikel XX.102 WER (of artikel 19 Faillissementswet) gestelde termijn aangifte te doen van het faillissement.

Het verschil met de burgerrechtelijke variant is dat de strafrechtelijke variant uitdrukkelijk vooropstelt dat er sprake moet zijn van een *bijzonder opzet*: namelijk het oogmerk om de faillietverklaring uit te stellen. De

¹ Zie artikel 3 wet van 11 augustus 2017 houdende invoering van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen”, in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoering van de definities eigen aan Boek XX en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan Boek XX in het Boek I van het Wetboek van economisch recht.

² Zie artikel 5 van de voornoemde wet van 11 augustus 2017.

³ De verplichting van artikel XX.102 WER rust evenwel als dusdanig niet op de individuele bestuurder omdat de raad van bestuur de bevoegdheid heeft het faillissement van de vennootschap aan te geven. Een schuldeiser zal aldus moeten aantonen dat de individuele bestuurder niet als een redelijk en normaal zorgvuldig bestuurder in dezelfde omstandigheden heeft gehandeld, door bv. de staking van betaling niet voor te leggen aan de raad van bestuur met oog op faillissementsaangifte door die laatste (F. HELSEN, “Het actief van het faillissement – De aansprakelijkheid tegen bestuurders/zaakvoerders na discontinuïteit” in *Faillissement & Reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, 2020, 9.A – 55).

burgerrechtelijke variant impliceert daarentegen evenmin een automatisme dat elke laattijdige aangifte sowieso een onrechtmatige daad zou uitmaken. De bestuurder is pas aansprakelijk op grond van de artikelen 1382 en 1383 oud Burgerlijk Wetboek *juncto* artikel XX.102, eerste lid, WER als hij *wist of had moeten weten* dat de vennootschap zich in staat van faillissement bevond⁴.

5. *Wrongful trading: artikel XX.227 WER* – De aansprakelijkheid van bestuurders voor laattijdige aangifte van faillissement moet worden onderscheiden van de recent ingevoerde aansprakelijkheidsvordering gesteund op artikel XX.227 WER inzake zgn. ‘*wrongful trading*’. Daar waar men zich onder het oude recht steeds moest baseren op de artikelen 1382 en 1383 oud Burgerlijk Wetboek, kan sinds 1 mei 2018 een vordering ten aanzien van de bestuurders tevens in het bijzonder worden gesteund op artikel XX.227 WER. Het gaat over een exclusieve vorderingsmogelijkheid voor *wrongful trading* van de curator tot persoonlijke al dan niet hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders voor het geheel of een deel van de schulden van de onderneming ten belope van het tekort van de boedel⁵.

Om deze aansprakelijkheid op te lopen, moet aan drie cumulatieve voorwaarden zijn voldaan: 1° voorafgaand aan het faillissement weten of behoren te weten dat er kennelijk geen redelijk vooruitzicht meer was om de onderneming of haar activiteiten te houden en een faillissement te vermijden; 2° bestuurder zijn; en 3° niet handelen zoals een normaal voorzichtig en zorgvuldig bestuurder in dezelfde omstandigheden zou hebben gehandeld.

Het foutbegrip in artikel XX.227 WER lijkt een overlap te vertonen met het foutbegrip waarbij de bestuurder aansprakelijk kan worden gesteld wegens laattijdige aangifte van faillissement op grond van de artikelen 1382 en 1383 oud Burgerlijk Wetboek. Niettemin lijkt de vereiste fout om aansprakelijkheid op te lopen op grond van artikel XX.227 WER tegelijkertijd ruimer en beperkter. Ruimer omdat er geen sprake moet zijn van het schenden van een formele verplichting om aangifte te doen binnen de maand nadat de schuldenaar heeft opgehouden te betalen, maar ook strikter omdat er een ‘kennelijkheidsvereiste’ wordt vooropgesteld. Ondanks deze verschilpunten zullen veel feitelijke situaties allicht onder beide foutbegrippen kunnen vallen.

Artikel XX.227 WER kan verder niet als een echte toepassing of een verbijzondering van de artikelen 1382 en 1383 oud Burgerlijk Wetboek worden aanzien⁶. Ten eerste is voor de bestuurdersaansprakelijkheid krachtens artikel XX.227 WER niet noodzakelijk een causaal verband vereist tussen de vooropgestelde fout en de schade. De curator moet immers enkel het bestaan aantonen van de in de wet omschreven fout en van het bestaan van een nettopassief⁷. Ten tweede is er niet echt sprake van de vergoeding van de werkelijke schade, omdat de rechter⁸ de bestuurder aansprakelijk mag stellen voor het geheel of een deel van het nettopassief, zonder dat dit noodzakelijk een verband houdt met het tijdstip waarop de bestuurder wist dat een faillissement onvermijdbaar was. Zodus staat de fout van de bestuurder niet noodzakelijk in oorzakelijk verband met de ‘vergoeding’ die wordt toegekend aan de curator⁹. De bestuurder wordt aldus veroordeeld tot een bijdrage in de schulden, niet tot een vergoeding van de schade¹⁰.

⁴ Zie voor het principesarrest Cass. 22 september 1988, *Pas.* 1989, 80. Zie ook Antwerpen 13 februari 1989, *Pas.* 1989, II, 206; C. CLOTTENS, S. COOLS en S. DE DIER, e.a., “Aansprakelijkheid van bestuurders in Overzicht van rechtspraak vennootschapsrecht”, *TPR* 2022, 1704; B. COPPIN, “Gevolgen verbonden aan een niet-tijdige faillissementsaangifte” in *Faillissement & Reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, 2016, II.G.30-10; S. DE DIER en T. VAN WYNSBERGHE, *Bestuurdersaansprakelijkheid bij (dreigende) insolventie*, Morstel, Intersentia, 2022, 34; K. GEENS, M. WYCKAERT, F. PARREIN, e.a., “Overzicht van rechtspraak vennootschapsrecht”, *TPR* 2012, 324; F. HELSEN, “Het actief van het faillissement – De aansprakelijkheid tegen bestuurders/zaakvoerders na discontinuïteit” in *Faillissement & Reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, 2020, 9.A – 54 (en de verwijzingen in voetnoot 2); M. LEMAL, “La responsabilité civile des fondateurs et dirigeants de sociétés en cas de faillite” in *Traité pratique de droit commercial, II, Insolabilité et distribution*, Mechelen, Kluwer, 2010, 572.

⁵ Zie hierover C. CLOTTENS, S. COOLS en S. DE DIER, e.a., “Aansprakelijkheid van bestuurders in Overzicht van rechtspraak vennootschapsrecht”, *TPR* 2022, 1702 e.v.; S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheidsvordering van de curator tegen de bestuurders op basis van artikel 1382 BW” (noot onder Kh. Gent 5 februari 2018), *TIBR* 2019, 50; D. DE MAREZ en C. STRAGIER, “De aansprakelijkheid van bestuurders van ondernemingen in boek XX van het WER”, *TIBR* 2018, 24 e.v.; F. HELSEN, “Het actief van het faillissement – De aansprakelijkheid tegen bestuurders/zaakvoerders na discontinuïteit” in *Faillissement & Reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, 2020, 9.A – 73 e.v. en 106; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l’insolvabilité de l’entreprise*, Mechelen, Kluwer, 2019, 1447 e.v.

⁶ D. DE MAREZ en C. STRAGIER, “Aansprakelijkheidsvorderingen” in *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, 369 en 373.

⁷ D. DE MAREZ en C. STRAGIER, “Aansprakelijkheidsvorderingen” in *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, 373.

⁸ De rechter heeft een discretionaire bevoegdheid om de bestuurders te veroordelen tot geheel of slechts een deel van het nettopassief: F. HELSEN, “Het actief van het faillissement – De aansprakelijkheid tegen bestuurders/zaakvoerders na discontinuïteit” in *Faillissement & Reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, 2020, 9.A – 75.

⁹ D. DE MAREZ en C. STRAGIER, “Aansprakelijkheidsvorderingen” in *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, 373.

¹⁰ F. HELSEN, “Het actief van het faillissement – De aansprakelijkheid tegen bestuurders/zaakvoerders na discontinuïteit” in *Faillissement & Reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, 2020, 9.A – 75.

Zoals gezegd, ligt de focus van deze bijdrage evenwel op de gemeenrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid bij laattijdige aangifte van faillissement, waardoor de bijzondere vorderingsmogelijkheid in artikel XX.227 WER niet verder in detail wordt onderzocht.

6. *Focus op de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid van de bestuurder* – Nu algemeen wordt aanvaard dat een bestuurder die niet aan de verplichting tot tijdige aangifte van het faillissement voldoet, een fout begaat waarvoor hij aansprakelijk op basis van de artikelen 1382 en 1383 oud Burgerlijk Wetboek kan worden gesteld, rijzen twee belangrijke vragen: *wie* kan deze vordering instellen en wat is de precieze *omvang* van de schade die kan worden vergoed?

3. *Wie kan een vordering tot aansprakelijkheid instellen bij een fout die een vermeerdering van het passief of een vermindering van het actief veroorzaakt?*

7. *De individuele schuldeiser of de curator?* De eerste vraag die rijst, is *wie* een aansprakelijkheidsvordering op grond van de artikelen 1382 en 1383 oud Burgerlijk Wetboek kan instellen tegen een bestuurder die niet tijdig aangifte van faillissement heeft gedaan. Verschillende opties zijn denkbaar, gaande van de individuele schuldeiser die slechts voor zijn individuele schade een vordering kan instellen tot de curator die voor de collectief geleden schade een vordering kan instellen.

8. *Onenigheid in de vorige eeuw: van enkel de individuele schuldeiser ...* – In de vorige eeuw bestond er onenigheid over wie een vordering tot schadevergoeding kon instellen in geval van aansprakelijkheid van een derde, zoals een bestuurder of een kredietverlenende bank. Dit betrof situaties waarbij de fout van een derde resulteerde in een vermindering van het actief of een vermeerdering van het passief, zoals bij een laattijdige aangifte van een faillissement.

In de jaren '70 was het gangbaar te denken dat de curator de schuldeisers slechts kon *vertegenwoordigen* voor zover ze *evenredig* waren benadeeld in hun verhaalsrechten¹¹. De gehele redenering van deze strekking baseerde zich dus op de rol van de curator als werkelijke *vertegenwoordiger* van de schuldeiser. Aldus was het meestal enkel de individuele schuldeiser die *een vordering* tot schadevergoeding kon instellen indien er sprake is van aansprakelijkheid van een derde, zoals de bestuurder, en niet de curator.

9. *Unac-arrest: ... naar ook een schadevergoedingsvordering door de curator* – In navolging van de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie, namelijk het *Laroche*-arrest¹², maakt het Belgische Hof van Cassatie in het *Unac*-arrest van 12 februari 1981¹³ – weliswaar op andersluidende conclusie van de advocaat-generaal¹⁴ – komaf met de bovenstaande onzekerheid¹⁵. Het Hof stelt in dit arrest vooreerst de rol van de curator scherp, los van enige vertegenwoordigingsgedachte van de individuele schuldeisers:

“Attendu que la mission générale du curateur est de réaliser l'actif du failli et de distribuer les deniers qui proviendraient de la réalisation de cet actif; que lorsque le curateur agit en justice au nom de la masse, il exerce les droits qui sont communs à l'ensemble des créanciers, mais non les droits individuels de ceux-ci, lors même que ces droits individuels seraient cumulés.”

Met andere woorden: de opdracht van de curator bestaat erin om de activa van de gefailleerde te gelde te maken en het geld te verdelen. Hij oefent de gemeenschappelijke rechten van de gezamenlijke schuldeisers uit, hij is niet de vertegenwoordiger van hun individuele rechten. Daarna verduidelijkt het Hof van Cassatie dat de curator in rechte kan optreden wanneer het nettopassief is vermeerderd of het netto-actief is verminderd door een fout gepleegd door eender welk persoon (ook al gaat het over een fout van één van de schuldeisers, waardoor deze naar verhouding van zijn schuldvordering niet dezelfde rechten in de boedel heeft als de andere schuldeisers):

“(…) que sont communs à l'ensemble des créanciers les droits résultant de dommages causés par la faute de toute personne, qui a eu pour effet d'aggraver le passif de la faillite ou d'en diminuer l'actif; qu'en raison du dommage ainsi causé à la masse des biens et des droits qui forment le gage commun des créanciers, cette faute est la cause d'un préjudice collectif pour ceux-ci et lèse des droits qui leur sont, par nature, communs.”

¹¹ Zie voor deze visie bv. P. VAN OMMESLAGHE, “Responsabilité du banquier dispensateur de crédit en droit belge”, *Rev. Banq.* 1979, 64-74. Zie hierover ook uitvoerig, zonder evenwel dit standpunt aan te hangen, R. VERHEYDEN, *Collectieve en individuele schade*, Mortsel, Intersentia, 2023, 78.

¹² Cass. fr. com. 7 januari 1976, *D.* 1976, 277, (kritische) noot F. DERRIDA en J.-P. SORTAIS (“*mais attendu que le syndic trouve dans les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi qualité pour exercer une action en paiement de dommages-intérêts contre toute personne, fût-elle créancière dans la masse, coupable d'avoir contribué, par des agissements fautifs, à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif*”).

¹³ Cass. 12 februari 1981, AC 1980-81, 662, met conclusie van advocaat-generaal M. DECLERCQ.

¹⁴ Conclusie van advocaat-generaal M. DECLERCQ, *Pas.* 1981, I, 639.

¹⁵ Zie ook reeds voordien, Cass. 14 december 1899, *Pas.* 1900, I, 59. Zie ook nadien bv. Cass. 2 maart 1995, AC 1995, 247, met conclusie van advocaat-generaal L. LIEKENDAEL; Cass. 5 december 1997, *Pas.* 1998, 1355, met conclusie van advocaat-generaal J. SPREUTELS.

Dit arrest maakt aldus duidelijk dat deze collectieve vordering van de curator niet vereist dat alle schuldeisers (op een evenredige manier) worden getroffen. Het gaat bij gevolg over de schade die de failliete boedel door de fout van de derde lijdt. Dit arrest werd overwegend positief ontvangen in de doctrine¹⁶ en gevolgd in de rechtspraak^{17,18}. Sommige auteurs bleven echter, naar mijn mening onterecht, kritisch ten opzichte van het standpunt dat de curator de schade als gevolg van de toename van het passief als collectieve schade kon vorderen.¹⁹

4. *Omvang van de boedelschade die de curator kan vorderen ten aanzien van de bestuurder*

10. *Precieze omvang van de schade* – Vervolgens rijst de vraag naar de precieze omvang van de *boedelschade* die de curator kan vorderen met toepassing van de artikelen 1382 en 1383 oud Burgerlijk Wetboek ten aanzien van een bestuurder van een gefailleerde vennootschap, die niet tijdig aangifte deed van het faillissement. De vraag rijst *welke schade* er zich juist voordoet door de laattijdige aangifte met betrekking tot de boedel.

11. *Geen individuele schade ...* – Het gaat aldus *niet* over de schade die de individuele schuldeisers lijden. Zij kan immers ‘zeer divers’ zijn²⁰. Afhankelijk van het ogenblik waarop de schuldvordering van de concrete schuldeiser is ontstaan (vóór of na de staat van faillissement)²¹, welke status deze schuldvordering heeft (de rang, het al dan niet bevoorrecht karakter), de omstandigheid dat deze schuldvordering reeds gedeeltelijk is afbetaald, etc., zal de schade geleden door de individuele schuldeiser verschillen. Zo zal de schuldeiser die pas contracteerde met de gefailleerde, nadat deze eigenlijk reeds in staat van faillissement was zonder dat er aangifte van was gedaan, wellicht quasi gans zijn schuldvordering in rook zien opgaan indien de vennootschap onvoldoende middelen heeft om haar schuldeisers uit te betalen. In dit geval zal dan ook de gans onbetaald gebleven schuldvordering als schade kunnen worden gekwalificeerd. Schuldeisers (in de boedel) die reeds contracteerden vooraleer de vennootschap in staat van faillissement was, zullen wellicht louter hun dividend na faillissement zien slinken omdat er met meer schuldeisers zal moeten worden gedeeld. Sommige bevoorrechte schuldeisers zullen door de laattijdige aangifte van het faillissement evenwel geen schade lijden, omdat zij toch, hoe dan ook, kunnen uitvoeren op bepaalde goederen.

12. *... maar collectieve schade* – Zoals gezegd, gaat het *in casu* niet over de individuele schade zoals geleden door de individuele schuldeisers, maar over de *collectieve schade* die zich voordoet door de laattijdige aangifte met betrekking tot *de boedel*. Maar hoe kan deze collectieve schade precies worden geraamd?

13. *Vermeerderen van het passief of verminderen van het actief* – Het Hof van Cassatie sprak in het *Unac*-arrest²² over de collectieve schade in de volgende bewoordingen: “*effet d’aggraver le passif de la faillite ou d’en diminuer l’actif*”. Het Hof heeft het dus over het vermeerderen van het passief of het verminderen van het actief. Het zij opgemerkt dat in de voorbereidende werken²³ van de strafbaarstelling in artikel 489, 4°, Strafwetboek inzake de laattijdige aangifte van faillissement eigenlijk ook nadrukkelijk naar deze schadepost wordt verwezen.

¹⁶ Zie P. COPPENS en F. T’KINT, “Les faillites, les concordats et les privilèges”, *RCJB* 1997, 180 e.v.; J. RONSE en J. LIEVENS, “L’administration des sociétés. La responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite » in *Les sociétés commerciales*, Brussel, JBB, 1985, 235 (wijzen wel op het onopgeloste probleem van de samenhang met het vorderingsrecht van de individuele schuldeisers). Zie overwegend positief over het arrest, L. MATRAY, “Le principe d’égalité des créanciers dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation” in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Brussel, Bruylant, 1983, 52 (stelt niettemin dat deze rechtspraak niet alle problemen oplost, zie voor de bespreking van die problemen, pp. 52 e.v.); B. VAN BRUYSTEGEM, “De bevoegdheid van de curator om schadeloosstelling te vorderen voor rekening van de boedel en/of voor rekening van de gezamenlijke schuldeisers”, *JCB* 1981, 301-312, (wijst wel op de moeilijke samenloopproblematiek tussen collectieve schade en individuele schade van de schuldeisers). Lijkt ook niet afkerig te staan ten aanzien van deze rechtspraak: P. CHARLIER, “La responsabilité aquilienne des pouvoirs publics dans les dommages causés aux tiers par les aides publiques aux entreprises en difficultés” in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Brussel, Bruylant, 1983, 492-493. Zie ook recent, R. VERHEYDEN, *Collectieve en individuele schade*, Mortsel, Intersentia, 2023, 83-84.

¹⁷ Zie bv. Brussel 11 september 1987, *Pas.* 1988, II, 1 (met andersluidende conclusie van substituut procureur-generaal P. MORLET); Brussel 13 januari 1989, *TBH* 1990, 20; Antwerpen 29 november 2007, *TBH* 2008, 339; Rb. Marche-en-Famenne 8 november 1984, *JL* 1984, 643; Kh. Charleroi 4 januari 1984, *TBH* 1985, 216; Kh. Brussel 13 maart 1990, *TRV* 1990, 549, noot VANHAERENTS. Zie ook Brussel 12 januari 1993, *Pas.* 1992, II, 142.

¹⁸ Zie hierover ook F. HEUSEN, “Het actief van het faillissement – De aansprakelijkheid tegen bestuurders/ zaakvoerders na discontinuïteit” in *Faillissement & Reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, 2020, 9.A – 106.

¹⁹ Zie bv. J. HEENEN, “Le curateur peut-il exercer, au nom des créanciers, une action en responsabilité contre un tiers dont la faute a causé une diminution de l’actif ou une aggravation du passif de la masse ?”, *RCJB* 1983, 14-34 (collectieve schade kan volgens deze auteur alleen bestaan uit de vermindering van het netto-actief, niet uit de vermeerdering van het nettopassief). Zie ook in dezelfde zin als HEENEN, M. GREGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1992, 102.

²⁰ J.-F. GOFFIN en G. DE SAUVAGE “Les responsabilités en droit d’insolvabilité” in C. ALTER, e.a. (eds.), *Les responsabilités en matière commerciale*, Limal, Anthemis, 2014, 118. Zie voor een voorbeeld Rb. Antwerpen 8 maart 1982, *TBH* 1983, 288, noot J. LIEVENS (de schade bestaat *in casu* in de kosten die de appellante maakte en maakt het bedrag van de facturen uit).

²¹ Zie ook over dit onderscheidingscriterium J.-F. GOFFIN en G. DE SAUVAGE, “Les responsabilités en droit d’insolvabilité” in C. ALTER, e.a. (eds.), *Les responsabilités en matière commerciale*, Limal, Anthemis, 2014, 118.

²² Zie hiervoor.

²³ Memorie van toelichting bij het ontwerp van faillissementswet van 10 september 1992, *Parl.St.* Kamer 1991-92, nr. 631/1, p. 43.

Zo wordt daar vooropgesteld dat het accent voortaan wordt gelegd – met betrekking tot de nieuwigheid dat er voor de strafbaarstelling voortaan sprake moet zijn van het bijzonder opzet om de faillietverklaring uit te stellen – op het nagestreefde doel, namelijk de faillietverklaring uitstellen én bijgevolg ‘het *passief* verzwaren en *nadeel* berokkenen aan de schuldeisers’.

Vele rechterlijke uitspraken²⁴ en auteurs²⁵ hebben dit (en deze bewoordingen) gewoonweg overgenomen: de schade bestaat volgens hen aldus uit het *vermeerderen of het verzwaren van het passief* of het *vermindere van het actief*. Maar wat betekent dit precies? Hoe kan dit worden berekend? Sommigen hebben dit nader proberen in te vullen.

14. *Niet: het afwentelen van het volledige (netto-)passief* – Een beperkt aantal uitspraken en auteurs hebben het over het afwentelen van het volledige passief op de aansprakelijke. Dit kan alleszins niet de bedoeling zijn²⁶. Het moet gaan over de vermeerdering van het passief. Het volledige passief kan aldus niet als schade in oorzakelijk verband met de laattijdige aangifte van het faillissement worden aanzien²⁷. Er was wellicht sowieso een passief geweest, ook indien de bestuurder(s) diligent hadden gehandeld en tijdig het faillissement hadden aangegeven.

15. *Niet: het aangroeien van de schulden* – Anderen hebben het over het ‘aangroeien van de schulden’ die na het virtueel faillissement zijn ontstaan²⁸. Bij deze methode worden een voudigweg de schulden die zijn ontstaan na de werkelijke staat van faillissement bij elkaar opgeteld. Deze methode, die veel in de praktijk wordt toegepast,

²⁴ Zie in de zin van het verzwaren van het passief: Rb. Brussel 26 september 1991, *TBH* 1992, 356 (“de aanwas van het passief”). Zie bv. ook Luik 19 januari 2016, *DAOR* 2016, 87 (in het kader van het verderzetten door de bestuurders van een verlieslatende activiteit); Rb. Marche-en-Famenne 8 november 1984, *JL* 1984, 643 (niet in het kader van een laattijdige aangifte van een faillissement, maar bij het foutief toestaan van een krediet door een bank).

²⁵ B. CLAES, “Wanneer delen in de gebroken potten geen evidentie meer is: het misdrijf van de laattijdige aangifte van het faillissement en de daaruit voortvloeiende schade”, *Limb. Rechtsl.* 2016, 267 (“Het verschil tussen de omvang van het passief van de faillissementsboedel op het moment dat het misdrijf voltrokken is respectievelijk op het moment dat de rangregeling opgesteld wordt, kan dan ook gekwalificeerd worden als de schade die vergoed moet worden”); C. CLOTTENS, S. COOLS, S. DE DIER, e.a., “Aansprakelijkheid van bestuurders in Overzicht van rechtspraak vennootschapsrecht”, *TPR* 2022, 1703 (“terugbetaling van de toename van het passief vanaf de datum waarop de toestand van de vennootschap uitzichtloos was [of aangifte had moeten doen]”); B. COPPIN, “Gevolgen verbonden aan een niet-tijdige faillissementsaangifte” in *Faillissement & Reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, 2016, II.G.30-11; S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheidsvordering van de curator tegen de bestuurders op basis van artikel 1382 BW” (noot onder Kh. Gent 5 februari 2018), *TIBR* 2019, 50 (spreekt over de “verzwaring van het vennootschapspassief tussen het tijdstip van staking van betaling en de uiteindelijke faillietverklaring”, doch is niet kritisch over de geannoteerde uitspraak die dit gelijkstelt aan de aangroei van de schulden); M. DELVAUX, “Le défaut de convocation de l’assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l’actif et la faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite de la société: convergences et divergences de ces deux fondements de responsabilité des dirigeants” (noot onder Antwerpen 20 december 2001), *JDSC* 2004, 283-286 (in verband met de verergering van de schade door het niet-respecteren van de alambelprocedure); F. DESTERBECK, *Het misdrijf & faillissement*, Mortsels, Intersentia, 2020, 78.

²⁶ Zie ook in de zin dat dit niet correct is, A. ZENNER, *Traité du droit de l’insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, 1484, nr. 2190 (“On ne peut pour autant déduire que tout le passif né ultérieurement doive être d’office supporté par les débiteurs ou leur dirigeants abstentionnistes”). Zie ook M. DELVAUX, “Le défaut de convocation de l’assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l’actif et la faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite de la société: convergences et divergences de ces deux fondements de responsabilité des dirigeants” (noot onder Antwerpen 20 december 2001), *JDSC* 2004, 283-286 (in verband met de verergering van de schade door het niet-respecteren van de alambelprocedure: “Le dommage réparable et donc loin de s’identifier à l’insuffisance du passif social”); L. MATRAY, “Le principe d’égalité des créanciers dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation” in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Brussel, Bruylant, 1983, 56-57 (“On notera que, sauf le cas de l’action en comblement du passif qui est étranger à notre discussion, le mode de calcul que nous proposons ne permettrait jamais au curateur de récupérer par l’action de masse, autre chose qu’une fraction seulement des sommes dues aux créanciers”); I. VEROUGSTRATE, *Manuel de l’insolvabilité de l’entreprise*, Mechelen, Kluwer, 2019, 1580, nr. 2143. Vgl. ook F. DESTERBECK, *Het misdrijf & faillissement*, Mortsels, Intersentia, 2020, 77, nr. 163 en 78, nr. 166 in fine (het gaat volgens deze auteur over de aantasting van het onderpand van de schuldeisers van de gefailleerde hetgeen volgens hem evenwel niet hetzelfde is als de optelsom van de schuldvorderingen die in het faillissement werden ingediend). Zie ook Brussel 11 september 1987, *Pas.* 1988, II, 1 (met andersluidende conclusie van substituteur procureur-generaal P. MORLET, in de zin dat de vordering niet door de curator kan worden uitgeoefend), *TBH* 1989, 7 (zie p. 21 in fine); Brussel 10 januari 2014, *Dr. Pén. de l’entr.* 2014, 247.

²⁷ Vgl. met artikel XX.227 WER waardoor de curator een exclusieve vorderingsmogelijkheid krijgt voor *wrongful trading* tot persoonlijke al dan niet hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders voor het geheel of een deel van de schulden van de onderneming ten belope van het tekort van de boedel (i.e. het nettopassief).

²⁸ Kh. Gent 5 februari 2018, *TIBR* 2019, 47, noot S. DE GEYTER (“Het verderzetten van deze activiteiten en het niet-neerleggen van de boeken heeft minstens geleid tot de volgende nieuwe schulden: (...). De veroorzaakte schade door het niet-aangeven van het faillissement en het voorzetten van de reddeloos verloren activiteit bedraagt dan (...)” onderlijning toegevoegd).

Zie ook B. COPPIN “Gevolgen verbonden aan een niet-tijdige faillissementsaangifte” in *Faillissement & Reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, 2016, II.G.30-11 (“Deze schade kan bestaan uit het ontstaan van schulden of de toename van schulden ten aanzien van derden ten gevolge van het niet tijdig aangeven van het faillissement”; onderlijning toegevoegd; stelt daarna evenwel dat het kan gaan over de aantasting van het dividend). Vgl. J. RONSE en J. LIEVENS, “L’administration des sociétés. La responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite” in *Les sociétés commerciales*, Brussel, JBB, 1985, (184) (“Les administrateurs ou les gérants qui n’ont pas fait la déclaration prévue par l’article 440 de la loi sur les faillites ou qui l’ont faite tardivement, peuvent également être tenus pour responsables du chef d’acte illicite envers le curateur pour le montant du passif social né à partir du jour ou la société aurait dû être déclarée en faillite.” Onderlijning toegevoegd). Lijkt ook in deze zin te redeneren, B. CLAES, “Wanneer delen in de gebroken potten geen evidentie meer is: het misdrijf van de laattijdige aangifte van het faillissement en de daaruit voortvloeiende schade”, *Limb. Rechtsl.* 2016, 267 (er mag volgens deze auteur enkel rekening worden gehouden met nieuwe schulden en niet met eventueel bijkomend verworven actief (“(...) er zal nagegaan worden welke schulden na het verstrijken van de aangiftetermijn reeds waren ontstaan en welke niet” en “kan bij het misdrijf van laattijdige aangifte van het faillissement bijgevolg ook geen rekening gehouden worden met eventueel bijkomend verworven actief”), onderlijning toegevoegd).

is evenwel niet geheel zuiver omdat aan een schuld ook vaak een tegenprestatie is gekoppeld die een actief-element uitmaakt op de balans. Bij een loutere optelling van de schulden wordt dit 'actief'-element aldus niet in rekening gebracht²⁹. In dit kader kan eveneens worden gewezen op afbetalingen van een schuld die door de toepassing van deze methode niet in rekening worden gebracht³⁰.

16. *Wel: aangroei van het nettopassief of vermindering netto-actief* – Juister is het volgens mij te spreken over de aangroei van het zgn. nettopassief³¹ of de vermindering van het netto-actief³² tussen de datum van het virtueel faillissement plus een maand en de datum waarop effectief de boeken werden neergelegd³³. Het gaat eigenlijk over de aangroei van het tekort na de delving van alle schulden (of de vermindering van het overschot). Indien de schuldenaar-gefaillieerde dan na de datum van virtueel faillissement nog nieuwe schulden³⁴ aangaat, wordt dan ook enig actief element³⁵ dat het contract met zich meebrengt, verdisconteerd, alsook een afbetaling³⁶ van de schulden (met nieuw actief) die ondertussen door de gefaillieerde werd gedaan. In de cijfers die een vermeerdering van het nettopassief of de vermindering van het netto-actief uitdrukken, is dit immers allemaal reeds verrekend.

M.i. is het toch van belang dat in dit kader rekening wordt gehouden met elementen die, in de periode nadat er aangifte van faillissement had moeten zijn gedaan totdat dit effectief is gebeurd, *in het voordeel uitvallen van de*

²⁹ Zie ook in deze zin C. VAN BUGGENHOUT en O. CLEVENBERGH, "L'action en responsabilité pour "aggravation du passif", préjudice "collectif" et cumul de préjudices individuels: tentative d'éclaircissement", *TBH* 1995, 541-542.

³⁰ Zie ook in deze zin A. MASSET, "Le droit pénal: ami ou ennemi du curateur" in *La responsabilité civile, pénale et sociale au sein de l'entreprise*, Limal, Anthemis, 2021, 41 ("(...) la tentation est forte, pour le curateur, de vouloir réclamer la totalité des dettes faites après la date de cette prévention [de défaut d'aveu de faillite], partant de l'idée que le passifs s'est aggravé de ce montant par la poursuite d'activité de l'entreprise qui ne pouvait pourtant pas subsister en raison de l'ébranlement de son crédit ; ce montant ne peut pas être accordé car l'augmentation du chiffre d'affaires provenant de ces activités a permis d'apurer certaines dettes anciennes ou nouvelles ou qu'elle aurait dû le permettre. Ces dernières activités ont créé d'autres dettes mais pas nécessairement pour un montant supérieur à celui du passif qui aurait existé en cas d'arrêt plus précoce des activités.").

³¹ Ofwel de situatie wanneer het actief van de onderneming ontoereikend is om het passief (de schulden) te delgen, ook wel het 'tekort' genoemd dat uit het faillissement resulteert.

³² Het netto-actief stemt volgens de wet overeen met het totale bedrag van de activa waarvan de boekhoudkundige voorzieningen, schulden en nettowaarde van de oprichtingskosten, uitbreidingskosten en kosten voor onderzoek en ontwikkeling worden afgetrokken (zie artikel 5:142, derde lid (bv), artikel 6:115, derde lid (cv), en artikel 7:212, tweede lid (nv), WVV.). Doch in het kader van het faillissement zal het overeenstemmen met het actief dat overblijft wanneer alle schulden (het passief) na faillissement zijn gedelgd.

³³ Verwijzen naar de **vermindering van het netto-actief**, I. VEROUGSTRAETE en C. VAN BUGGENHOUT, "Faillissement en continuité van de onderneming", *TPR* 1990, 1749-1750 ("De geleden schade is de vermindering van het netto-actief (d.i. de verslechtering van de vermogenstoestand, die zal blijken uit de vergelijking tussen de vermogenstoestand op het ogenblik dat de bestuurder de handelsactiviteiten had moeten beëindigen en de vermogenstoestand op datum van het faillissement"). Zie ook voor de verwijzing naar de **aangroei van het nettopassief (en de vermindering van het netto-actief)**, R. VERHEYDEN, *Collectieve en individuele schade*, Mortsel, Intersentia, 2023, 395.

Zie in de zin van **aangroei van het nettopassief en de vermindering het netto-actief**, C. VAN BUGGENHOUT en O. CLEVENBERGH, "L'action en responsabilité pour "aggravation du passif", préjudice "collectif" et cumul de préjudices individuels: tentative d'éclaircissement", *TBH* 1995, 541. Zie in de zin van de **verhoging van het nettopassief**, I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Mechelen, Kluwer, 2019, 1580, nr. 2143. Verwijzen naar de verergering of **verhoging van het nettopassief**, Luik 3 december 1998, *JDSC* 2001, 211, *JDSC* 2001, 219, noot M. DELVAUX en *Rev.prat.soc.* 1999, noot W. DERIJCKE; Antwerpen 20 december 2001, *JDSC* 2004, noot M. DELVAUX, *RW* 2002-03, 708 en *TRV* 2004, 725, noot J.V. (in het kader van het niet naleven van de alarmprocedure van in oud artikel 633 W.Venn.). Verwijst naar de **evolutie van het boekhoudkundig netto-actief** van de vennootschap, Kh. Charleroi 7 januari 1997, *TBH* 1997, 643 ("Qu'il faut entendre par dommage subi celui qui est provoqué par l'aggravation du passif entre, d'une part, le moment où l'assemblée générale aurait dû être convoquée et d'autre part celui où le passif social a été définitivement cliché. Que le terme « aggravation du passif » paraît cependant réducteur pour rendre compte du dommages des tiers dès lors que sur un plan comptable cette aggravation peut avoir été compensée par une augmentation d'actif. Qu'il s'avère donc plus adéquat de faire référence à l'évolution de l'actif net c'est-à-dire en réalité à l'évolution de la valeur comptable de la société). Zie ook impliciet, Rb. Brussel 26 september 1991, *TBH* 1992, 356 (de rechter spreekt hier over het aftrekken van het passief op datum waarop aangifte moest worden gedaan van het 'uiteindelijk' passieve eindsaldo van de falings om de schade te bepalen die ontstaan is door de niet-tijdige neerlegging van de boeken).

³⁴ Zie over de dubbele rol van het aangaan van nieuwe schulden, voetnoot 35.

³⁵ Zie ook over het belang *rekening te houden met de actief-elementen* of activa die een nieuwe schuld met zich mee kan brengen, C. VAN BUGGENHOUT en O. CLEVENBERGH, "L'action en responsabilité pour "aggravation du passif", préjudice "collectif" et cumul de préjudices individuels: tentative d'éclaircissement", *TBH* 1995, 541 ("En particulier, la seule augmentation des dettes du failli ne crée pas de préjudice. La naissance d'une dette et en effet en principe contrebalancée par la création d'un élément d'actif (...). Dès lors, le raisonnement (...) recèle en soi une erreur en ce qu'il considère que la naissance de cette créance supplémentaire du fournisseur (et donc, au stade de la faillite, sa production) entraîne nécessairement une réduction du dividende à distribuer aux créanciers" onderlijning toegevoegd); K. VANHAERENTS, "De coëxistentie van de vorderingen van de curator en de individuele schuldeiser tegenover een derde aansprakelijke voor toename van het passief van een failliete vennootschap" (noot onder Kh. Brussel 13 maart 1990), *TRV* 1990, 564 ("Vaak echter zal het bedrag dat de curator kan opeisen lager zijn [dan de toename van het passief], aangezien contracten aangegaan door de individuele schuldeiser, tegelijkertijd aanleiding kunnen geven hebben tot verhoging van het actief (bv. verkoopsovereenkomst)." Onderlijning toegevoegd). Vgl. ook, W. DERIJCKE, "Observations Action en complément de passif et atrophie de l'actif net: chrestomathie" (noot onder Luik 3 december 1998), *Rev. prat. soc.* 1999, 167 (met verwijzing naar Kh. Charleroi 7 januari 1997, *TBH* 1997, 643). Zie ook Kh. Charleroi 7 januari 1997, *TBH* 1997, 643 ("Que le terme « aggravation du passif » paraît cependant réducteur pour rendre compte du dommages des tiers dès lors que sur un plan comptable cette aggravation peut avoir été compensée par une augmentation d'actif." Onderlijning toegevoegd).

Lijkt *contra* te redeneren, B. CLAES, "Wanneer delen in de gebroken potten geen evidentie meer is: het misdrijf van de laattijdige aangifte van het faillissement en de daaruit voortvloeiende schade", *Limb. Rechtsl.* 2016, 267 (zie de zinsnede: "kan bij het misdrijf van laattijdige aangifte van het faillissement bijgevolg ook geen rekening gehouden worden met eventueel bijkomend verworven actief" onderlijning toegevoegd).

³⁶ Zie ook over de dubbele rol van de afbetaling van schulden (net zoals het aangaan van nieuwe schulden) voetnoot 42.

boedel. In dit verband dient gewezen te worden op de leer van de zgn. *voordeelstoerekening*³⁷ in het gemene aansprakelijkheidsrecht. Zo wordt vooropgesteld dat voordelen die uit de onrechtmatige daad zelf voortspuiten³⁸, en waarvan zeker en vaststaand is dat ze de benadeelde niet zouden zijn te beurt gevallen indien hem geen schade was veroorzaakt, toegerekend dienen te worden op de schade³⁹. Het Hof van Cassatie oordeelde in 2013 hierover nog het volgende:

*“Wanneer defout een voordeel oplevert voor de benadeelde, moet dit voordeel in de regel worden toegerekend op het bedrag van de schadevergoeding wanneer de benadeelde zonder de fout niet had genoten van het voordeel. Dit voordeel kan bestaan uit een besparing voor de benadeelde.”*⁴⁰

Toekomstig artikel 6.35, eerste lid, Burgerlijk Wetboek stelt hieromtrent voorop:

“De uitkeringen en voordelen die de benadeelde niet zou hebben ontvangen zonder het tot aansprakelijkheid leidende feit en die strekken tot schadeloosstelling van de door de aansprakelijke veroorzaakte schade, worden in mindering gebracht op de schadevergoeding.”

Naar mijn mening geldt dat eventuele actief-elementen verbonden aan een schuld die is aangegaan nadat aangifte van faillissement had moeten zijn gedaan, zoals bijvoorbeeld een contract waarbij nieuwe stock wordt aangekocht bij een leverancier, voordelen zijn die niet in de boedel zouden zijn geweest zonder het tot aansprakelijkheid leidende feit, namelijk de laattijdige aangifte van faillissement. Aldus is aan het eerste element voldaan dat toekomstig artikel 6.35 Burgerlijk Wetboek vereist: het voorhanden zijn van voordelen die de benadeelde niet zou hebben ontvangen zonder de tot aansprakelijkheid leidende feiten. Het tweede element dat deze bepaling vooropstelt, namelijk dat het voordeel moet strekken tot vergoeding van de schade, is dan weer minder toepasbaar op het gegeven van een nieuw actief-element in de boedel. Dit laatste element – namelijk het vereiste dat het voordeel moet strekken tot vergoeding van de schade – lijkt mij evenwel vooral relevant te zijn indien een voordeel werkelijk betrekking heeft op een uitkering (denk aan het debat of de overlevingspensioenen al dan niet een dergelijk ‘voordeel’ uitmaken dat toegerekend dient te worden op de schade). Er anders over beslissen, zou m.i. leiden tot een te beperkt begrip van voordeelstoerekening en tot overcompensatie aangezien de schadevergoeding de benadeelde niet in een betere positie mag plaatsen dan vóór het schadeverwekkend feit⁴¹.

Aldus zal een schuld waartegenover ook een actief-element staat vaak neutraal zijn voor wat betreft het effect op de stijging van het nettopassief. Dit geldt evenwel niet voor schulden waar niet zo’n actief element tegenover staat (denk bijvoorbeeld aan btw-schulden, RSZ-schulden, enz.). Voor wat betreft afbetalingen – en hun effect op de stijging van het nettopassief – dient een onderscheid gemaakt te worden tussen schulden die betaald werden met activa uit de vennootschap die reeds aanwezig waren op het ogenblik wanneer aangifte van faillissement had moeten zijn gedaan en schulden die betaald worden met nieuwe en aangegroeide activa. Indien een schuld wordt betaald met activa uit de vennootschap die reeds aanwezig waren op het ogenblik wanneer aangifte van faillissement had moeten zijn gedaan, dan zal het nettopassief niet dalen: het verlagen van het passief door de betaling van de schuld, wordt eigenlijk uitgevlakt door het verlagen van het actief waarmee de schuld is betaald. Dit is evenwel niet het geval indien de afbetaling van de schuld met nieuwe actief-elementen werd gedaan⁴².

Het zij nog opgemerkt dat sommige auteurs in dit kader spreken, in plaats van gewag te maken van aangroei van het nettopassief of vermindering netto-actief, over de vermindering van het “dividend” dat kan worden uitgekeerd na faillissement⁴³ of van de vermindering van de mogelijkheid (capaciteit) van de gefailleerde onderneming om

³⁷ Zie hierover in het algemeen, D. SIMOENS, “Beschouwingen over de voordeelstoerekening bij de begroting van schade, geleden door een onrechtmatige daad”, *TBBR* 2005, 389-393.

³⁸ Er moet dus sprake zijn van een causaal verband tussen het voordeel en het schadegeval, Cass. 1 februari 2013, *AC* 2013, 317, met conclusie van advocaat-generaal J. LECLERCQ.

³⁹ D. SIMOENS, “Beschouwingen over de voordeelstoerekening bij de begroting van schade, geleden door een onrechtmatige daad”, *TBBR* 2005, 390.

⁴⁰ Cass. 1 februari 2013, *AC* 2013, 317, met conclusie van advocaat-generaal J. LECLERCQ. Zie ook recent nog, Cass. 8 februari 2021, S.19.0070.N, ongepubl.; Cass. 7 april 2022, [C.21.0298.N](#), [ECLI:BE:CASS:2022:ARR.20220407.1N.2](#).

⁴¹ Vgl. de eenvoudigere regel in het Nederlands BW, artikel 6:100 BW: “Heeft een zelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel opgeleverd, dan moet, voor zover dit redelijk is, dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening worden gebracht.” Ook hier wordt vereist dat het voordeel in voldoende causaal verband staat met de schadebrengende gebeurtenis.

⁴² Zie ook in die zin, A. MASSET, “Le droit pénal: ami ou ennemi du curateur” in *La responsabilité civile, pénale et sociale au sein de l’entreprise*, Limal, Anthemis, 2021, 41 (“(...) la tentation est forte, pour le curateur, de vouloir réclamer la totalité des dettes faites après la date de cette prévention [de défaut d’aveu de faillite], partant de l’idée que le passifs s’est aggravé de ce montant par la poursuite d’activité de l’entreprise qui ne pouvait pourtant pas subsister en raison de l’ébranlement de son crédit ; ce montant ne peut pas être accordé car l’augmentation du chiffre d’affaires provenant de ces activités a permis d’apurer certaines dettes anciennes ou nouvelles, ou qu’elle aurait dû le permettre. Ces dernières activités ont créé d’autres dettes mais pas nécessairement pour un montant supérieur à celui du passif qui aurait existé en cas d’arrêt plus précoce des activités.”).

⁴³ Zie bv. F. T’KINT, “Noot onder Antwerpen 3 mei 1991”, *RPS-TRV* 1992, 105. Zie ook P. CHARLIER, “La responsabilité aquilienne des pouvoirs publics dans les dommages causés aux tiers par les aides publiques aux entreprises en difficultés” in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Brussel, Bruylant, 1983, 489; B. COPPIN, “Gevolgen verbonden aan een niet-tijdige faillissementsaangifte” in *Faillissement & Reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, 2016, II.G.30-11. Zie advocaat-generaal J. SPREUTELS, conclusie onder Cass. 5 december 1997, *Pas*, 1998,

zijn passief te betalen⁴⁴ of van de aantasting van het onderpand van de schuldeisers van de gefailleerde⁴⁵. Dit komt m.i. allemaal op hetzelfde neer.

De concrete berekening van de aangroei van het nettopassief of de vermindering van het netto-actief is aldus geen eenvoudige opdracht voor de rechter⁴⁶. Vaak is het advies van een expert(-boekhouder) vereist om deze oefening tot een goed einde te brengen⁴⁷. Bij gebrek aan een betrouwbare boekhouding is het soms zelfs onmogelijk om te bepalen in welke mate de bewuste verderzetting van de activiteiten na de staking van betaling de boedel heeft benadeeld⁴⁸. Zo wordt soms gekozen om een provisionele schadevergoeding van één euro toe te kennen⁴⁹ of om de schade van de boedel *ex aequo et bono*⁵⁰ te begroten⁵¹. Dit alles om aan te tonen dat de schadebegroting van de collectieve schade, waarbij een stijging van het nettopassief (of een daling van het netto-actief) moet worden berekend, geen evidentie is.

I, 1362. Zie ook Brussel 10 januari 2014, *Dr. Pén. de l'entr.* 2014, 247 (“il consiste [le dommage] dans la seule « diminution de la capacité de l'entreprise faillie entre le moment où celle-ci aurait dû normalement être déclarée en faillite et le moment où, en raison de la faute d'un tiers, la faillite est finalement et tardivement intervenue (...) (Ce) dommage commun gît quant à lui dans l'atteinte à la faculté initiale de la masse de recevoir un dividende plus élevé si la faute n'avait pas été commise, même si les créanciers ne sont plus les mêmes ou si la hauteur de leurs créances a varié d'un moment à l'autre” onderlijning toegevoegd). Vgl. Brussel 12 januari 1993, *Pas.* 1992, II, 142 (“Que si la faute d'une personne a pour effet d'accroître l'insuffisance d'actif – et donc d'entraîner une diminution des dividendes que devront subir les créanciers par sa faute, en lésant des droits qui sont par nature communs” onderlijning toegevoegd).

⁴⁴ Zie voor deze laatste uitdrukking, L. MATRAY, “Le principe d'égalité des créanciers dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation” in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Brussel, Bruylant, 1983, 56 (“Pour notre part, nous identifions le préjudice collectif des créanciers comme la diminution de la capacité de l'entreprise faillie, entre les moments A et B, à faire face au paiement de son passif”, spreekt in voetnoot ook van een ‘verlies van een kans’: “cette diminution s'analyse comme la « perte d'une chance » qui constitue un dommage réparable soumis à l'appréciation souveraine du juge du fond”). M.i. is er evenwel geen sprake van een verlies van een kans indien men de cijfers voorhanden heeft van de exacte stijging van het nettopassief. Zie goedkeurend over de analyse van MATRAY (in de zin dat het gaat over de vermindering van de mogelijkheid (capaciteit) van de gefailleerde onderneming om zijn passief te betalen), advocaat-generaal J. SPREUTELS, conclusie onder Cass. 5 december 1997, *Pas.* 1998, I, 1362.

⁴⁵ F. DESTERBECK, *Het misdrijf & faillissement*, Mortsel, Intersentia, 2020, 77 en 78 (hetgeen volgens deze auteur niet hetzelfde is als de optelsom van de schuldvorderingen die in het faillissement werden ingediend).

⁴⁶ Zie ook J.-F. GOFFIN en G. DE SAUVAGE, “Les responsabilités en droit d'insolvabilité” in C. ALTER, e.a. (ed.), *Les responsabilités en matière commerciale*, Limal, Anthemis, 2014, 118 (over de moeilijkheden van het berekenen van de toename van het nettopassief (“Cette évaluation repose nécessairement sur des conjectures et spéculations difficilement vérifiables: les administrateurs pourront en effet faire valoir différents argument tendant à démontrer que le passif impayé aurait été sensiblement équivalent dans l'hypothèse où les activités auraient été arrêtées plus tôt, par exemple parce que le nombre de membres du personnel s'est réduit au cours de la période de poursuite d'activités, parce que celle-ci a permis de procéder à diverses cessions d'actifs dans de bonnes conditions ou de terminer certaines commandes en cours. Une simple comparaison des situations comptables de l'entreprise à deux périodes différents n'apparaît pas à cet égard suffisante pour établir la mesure du préjudice dont les administrateurs peuvent se voir réclamer réparation”); doch het is onduidelijk of deze auteurs het vorderingsrecht van de curator gelijkstellen met het toegenomen nettopassief). Vgl. ook met B. CLAES, “Wanneer delen in de gebroken potten geen evidentie meer is: het misdrijf van de laattijdige aangifte van het faillissement en de daaruit voortvloeiende schade”, *Limb. Rechtsl.* 2016, 262.

⁴⁷ Zie bv. Luik 3 december 1998, *JDSC* 2001, 211 (zonder dat er een exacte juridische grondslag wordt aangegeven, wellicht gaat het over het foutief verder zetten van een deficitaire vennootschap); Rb. Marche-en-Famenne 8 november 1984, *JL* 1984, 643 (niet in het kader van een laattijdige aangifte van een faillissement, maar van het toestaan van een krediet van een bank waardoor het passief is aangegroeid en de kredietverlener een fout pleegde bij het toestaan van het krediet). Vgl. ook Brussel 11 september 1987, *Pas.* 1988, II, 1 (met andersluidende conclusie van substituut procureur-generaal P. MORLET), *TBH* 1989, 7 (p. 23: er wordt gebruik gemaakt van een expert om de verergering van het passief te begroten).

Zie ook M. DELVAUX, “La responsabilité des dirigeants pour poursuite fautive d'une activité déficitaire” (noot onder Luik 3 december 1998), *JDSC* 2001, 221-222 (zonder dat er een exacte juridische grondslag wordt aangegeven, wellicht gaat het over het foutief verder zetten van een deficitaire vennootschap: “C'est avec sagesse que la cour ordonne un complément d'expertise pour déterminer de manière exacte l'aggravation du passif net de la société entre le moment où l'activité aurait dû être arrêtée (le 19 février 1993, date de réunion de l'assemblée générale susmentionnée) et celui où elle l'a effectivement été (le 11 octobre 1993, date de la faillite), les dirigeants étant responsables de cette aggravation. Ce type d'appréciation apparaît en effet très technique et dépasse les compétences des magistrats en la matière; un éclairage spécialisé s'impose” onderlijning toegevoegd).

⁴⁸ Zie ook R. VERHEYDEN, *Collectieve en individuele schade*, Mortsel, Intersentia, 2023, 395, nr. 817; A. MASSET, “Le droit pénal: ami ou ennemi du curateur” in *La responsabilité civile, pénale et sociale au sein de l'entreprise*, Limal, Anthemis, 2021, 41.

⁴⁹ A. MASSET, “Le droit pénal: ami ou ennemi du curateur” in *La responsabilité civile, pénale et sociale au sein de l'entreprise*, Limal, Anthemis, 2021, 41 met verwijzing naar Luik 19 december 2019, *AR* 2018/CO/670, onuitg.

⁵⁰ F. DESTERBECK, *Het misdrijf & faillissement*, Mortsel, Intersentia, 2020, 78-79, nr. 168 (“Ook een *ex aequo et bono* bepaling van de omvang van de schade, geleden door de curatele is mogelijk. Hierbij kan rekening gehouden worden met: - De gegevens van de faillissementsinventaris; - Het uiterst beperkt werk materiaal dat werd aangetroffen, ondanks de omvang van de werkzaamheden van de vennootschap; - De verklaring van de veroordeelde zaakvoerder aan de curator, waarvan akte genomen in de faillissementsinventaris, dat hij niet kan zeggen waar het overige materiaal is; - Het gemis aan uitleg dat beklagde aan de curator gaf nopens de plaats waar welbepaalde materialen zich bevonden; - En diens belofte om wel bepaalde materialen aan de curator te bezorgen, die niet werden ingelost.” Onderlijning toegevoegd). Zie voor een uitspraak waar voor de groei van ‘de schade voor de massa’ “onmogelijk een cijfermatig exact cijfer kan worden bepaald” waardoor de schade *ex aequo et bono* wordt bepaald door de rechtbank: Rb. Brussel 26 september 1991, *TBH* 1992, 356 (in het kader van een laattijdige aangifte van een faillissement, ook in de penale sfeer).

⁵¹ Zie hierover ook R. VERHEYDEN, *Collectieve en individuele schade*, Mortsel, Intersentia, 2023, 395, nr. 817.

5. Conclusie

17. *Wegens te complex ...* – Hoewel de wetgever in Boek XX WER voorziet in allerlei bijzondere vorderingsmogelijkheden ten aanzien van de bestuurder van een gefailleerde vennootschap, bestaat daarnaast voor de curator nog steeds de mogelijkheid om tegen de bestuurder een gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsvordering in te stellen op grond van de artikelen 1382 en 1383 oud Burgerlijk Wetboek wegens laattijdige aangifte van faillissement.

Omtrent deze laatste vorderingsmogelijkheid rijst evenwel de vraag naar de precieze omvang van de boedelschade die de curator kan vorderen. Aangezien het dan niet gaat over de schade die de individuele schuldeisers lijden, maar over de collectieve schade die zich voordoet door laattijdige aangifte met betrekking tot de boedel, is het geen sinecure om de precieze omvang van deze schade vast te stellen. In navolging van het Hof van Cassatie wordt veelal aangenomen dat het gaat over het vermeerderen van het passief of het verminderen van het actief. We hebben evenwel vastgesteld dat het nauwkeuriger is te spreken over de aangroei van het nettopassief of de vermindering van het netto-actief. Dit sluit ook aan bij de leer van de voordeelstoerekening. De concrete berekening hiervan is evenwel geen eenvoudige opdracht voor de rechter en zal veelal een doorgedreven boekhoudkundig inzicht vereisen, bij gebreke waaraan sommige rechters kiezen om een provisionele schadevergoeding toe te kennen of om de schade van de boedel *ex aequo et bono* te begroten.

18. *... een stille dood sterven?* Dit alles doet de vraag rijzen, nu de curator op grond van artikel XX.227 WER een nieuwe vorderingsmogelijkheid heeft gekregen voor *wrongful trading* waarbij het toepassingsgebied toch een overlap kan vertonen met de fout van het laattijdig aangifte doen van het faillissement, de oude vorderingsmogelijkheid op grond van de artikelen 1382 en 1383 oud Burgerlijk Wetboek niet in de vergetelheid zal geraken. Zoals gezegd, kan de rechter krachtens artikel XX.227 WER recht de bestuurder wel veroordelen tot betaling van het hele of een deel van het netto-passief en hoeft er geen causaal verband te zijn met de wettelijk vooropgestelde 'fout'. Deze laatste vorderingsmogelijkheid maakt aldus komaf met de moeilijke berekeningswijze van de door de boedel geleden schade. Gaat het dan niet eenvoudiger zijn voor de curator om een beroep te doen op artikel XX.227 WER in plaats van op de artikelen 1382 en 1383 oud Burgerlijk Wetboek? En bovenal, gaat het voor een rechter niet eenvoudiger zijn om 'naar billijkheid'⁵² te oordelen of de bestuurder al dan niet gehouden is tot een geheel of tot een deel van het passief in plaats van de concrete schade te begroten die de boedel heeft geleden? Voor de curator zal het een evenwichtsoefening worden: vertrouwen op de billijkheidsafweging van de rechter of een werkelijke schadevergoeding vorderen en beargumenteren. Allicht zal die laatste in hoofdorde argumenteren dat de bestuurder dient te worden veroordeeld tot de betaling van het gehele netto-passief krachtens artikel XX.227 WER en in ondergeschikte orde tot de betaling van de werkelijk geleden schade op grond van de artikelen 1382 en 1383 oud Burgerlijk Wetboek waarbij dan veelal een deskundige dient te worden aangesteld.

⁵² F. HELSEN, "Het actief van het faillissement – De aansprakelijkheid tegen bestuurders / zaakvoerders na discontinuïteit" in *Faillissement & Reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, 2020, 9.A – 76.