

Financial Law Institute

Working Paper Series

WP 2005-04



Hans DE WULF en Philip TRAEST

**Aspecten van gemeen- en strafrechterlijke
schuldeisersbescherming bij
herstructurerings**

September 2005

WP 2005-04

Hans DE WULF en Philip TRAEST

**Aspecten van gemeen- en strafrechterlijke
schuldeisersbescherming bij herstructurerings**

Abstract

Deze tekst bevat een onderdeel van de bijdrage die Philip Traest en ikzelf geschreven hebben voor de Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2004-2005 te Gent en Antwerpen. Het fragment behandelt vooreerst een aantal klassieke, voornamelijk burgerrechtelijke technieken waarop schuldeisers beroep kunnen doen wanneer hun schuldenaar, al dan niet met behulp van vennootschapsconstructies, probeert activa weg te maken. Er wordt eerst gefocust op een aantal betwiste vragen betreffende de toepassing van de actio pauliana en van het veinzingsleerstuk (bv. stromanoprchtning). Vervolgens komen enkele actiemiddelen aan bod die tijdens de vereffening van een vennootschap nog kunnen aangewend worden (beslag, nietigverklaring sluiting vereffening, faillissement tijdens vereffening, vraag naar persoonlijke aansprakelijkheid van aandeelhouders die activa hebben ontvangen). Tenslotte wordt vrij uitgebreid ingegaan op de sterfhuisconstructie, waarbij de gezonde delen van een vennootschapsgroep in veiligheid gebracht worden voor besmetting door de zieke delen.

Een aantal belangrijke aspecten van de problematiek komen niet aan bod, omdat zij een aparte bijdrage vragen (bv. herstructurerings in het kader van art. 41 Wet gerechtelijk akkoord).

Deze working paper zal verwijderd worden wanneer het verslagboek van de Cyclus Delva gepubliceerd wordt.

To be published in

Insolventierecht, XXXIste Postuniversitaire Cylus Delva, Kluwer, 2005.



Aspecten van gemeen- en strafrechtelijke schuldeisersbescherming bij herstructurerings

H. De Wulf en Ph. Traest

docent resp. hoogleraar, UGent

I. Inleiding: een nieuw achtergrondgeluid

1. De voorbije jaren, en vooral sinds de hervorming van het faillissements- en akkoordrecht door de wetten van 1997, gaat vanuit juridische hoek meer aandacht uit naar het redden van ondernemingen dan ooit tevoren. Zowel in de rechtsleer als in de rechtspraak gaan meer en meer stemmen op die ervoor pleiten om redelijk om te springen met de wetteksten, in die zin dat “grammaticale interpretaties”¹ niet in de weg mogen staan van economisch opportune oplossingen, gericht op de continuïteit van de onderneming of een deel ervan, eerder dan van de rechtspersoon die de onderneming draagt. Van verschillende zijden wordt benadrukt dat het faillissementsrecht niet, zoals vroeger standaard werd voorgehouden, de openbare orde raakt², minstens dat dit openbare orde-karakter niet rigide mag opgevat worden of afgezwakt is door de wetten van 1997³. Dit nieuwe geluid vormt de achtergrond voor een hele reeks pleidooien, bv. rondom de toelaatbaarheid van bepaalde zekerheidsmechanismen die steunen op eigendomsoverdracht⁴, maar ook rond de noodzaak om partiële overdrachten van ondernemingen of hun activa, vrijwillige ontbinding en deficitaire vereffening en het gerechtelijk akkoord zelf, als alternatieven te zien voor een faillissement met klassieke vereffening van de boedel.

¹ CHR. VAN BUGGENHOUT en J.-PH.LEBEAU, “De extensieve toepassing van de wet betreffende het gerechtelijk akkoord, haar grondslag en haar praktische gevolgen”, in *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten, Volume I*, M. Tison, C. Van Acker, J. Cerfontaine (eds.), Antwerpen, Intersentia, 2003, 507 met verwijzing naar Hof van beroep te Gent, 24 juni 2001.

² Zie bv. Cass. 9 maart 2000, A.C. 2000, nr. 164, waar gezegd wordt dat het faillissementsrecht dwingend is, zonder dat verwezen wordt naar de openbare orde. I VEROUGSTRAETE is een van diegenen die daarop de aandacht gevestigd hebben, bv. in zijn “Du fresh start à l’excusabilité” in *Faillite et concordat judiciaire: un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, CENTRE JEAN RENAULD (ed.), Brussel, Bruylant, 2002, 559.

³ Zie reeds M. TISON, “Verloop en afwikkeling van het gerechtelijk akkoord en het faillissement” in *Faillissement en gerechtelijk akkoord: het nieuwe recht*, H. Braeckmans, E. Dirix, E. Wymeersch (eds.), Antwerpen, Kluwer, 1998, 63.

⁴ In dat verband wordt door een toenemend aantal rechtsgeleerden de stelling verdedigd dat de artikelen 7 en 8 Hyp. W. evenmin de openbare orde raken, en het Hof van cassatie geeft voeding aan die stelling.



2. Het kan niet ontkend worden dat de wetgever en recent ook het Hof van cassatie⁵ dergelijke stromingen gestimuleerd hebben:

- In aanloop naar de Wet op het gerechtelijk akkoord werd op een bepaald moment voorgesteld een regeling betreffende het minnelijk akkoord in de wet op te nemen⁶. Het voorstel is uiteindelijk weggelaten. Dat betekent niet dat een minnelijk akkoord sindsdien uitgesloten zou zijn. Het betekent wel dat het onderworpen is aan het gemene recht, zodat het enkel de schuldeisers bindt die uitdrukkelijk met het met hun schuldenaar onderhandelde plan hebben ingestemd. Bovendien kan het plan in faillissement aangevochten worden. Anderzijds houdt het gemeen recht geenszins in dat de schuldeisers gelijk behandeld zouden moeten worden⁷: er wordt immers gehandeld buiten een situatie van formele, georganiseerde samenloop, zodat de contractvrijheid speelt.
- Art. 41- 42 van de W.G.A. laten in het kader van een gerechtelijk akkoord-procedure een gehele of partiële overdracht van onderneming toe, hetzij in het kader van het herstelplan, hetzij erbuiten, als alternatief voor het uitwerken van een herstelplan.
- In verband daarmee is de vraag gerezen of een gerechtelijk akkoord kan worden toegestaan wanneer een onderneming eigenlijk niet meer te redden valt, behalve dan in die zin dat een deel van de vennootschap na toestaan van het akkoord zou overgedragen worden aan een andere vennootschap, terwijl de rest vereffend zou worden. Indien men een ruime interpretatie van de voorwaarde van het “herstel” verdedigt, kan die optie vanuit juridisch oogpunt goedgekeurd worden. De kwestie was aan de orde in de zaak Sobelair, maar er werd uiteindelijk geen uitspraak over gedaan omdat duidelijk werd dat de potentiële overnemer, de NV Jet Air, uiteindelijk toch geen interesse meer had in een overname.

In diezelfde zaak Sobelair gooide men het dan maar over een andere boeg: Sobelair zelf, Jetair en de curatoren van Sabena vroegen de gerechtelijke ontbinding van Sobelair op grond van kapitaalverlies (art. 634 W. Venn.). Wellicht bestond daarbij de bedoeling na vereffening een stuk van Sobelair over te dragen aan een andere vennootschap. De rechtbank van koophandel te Brussel weigerde evenwel deze weg in te slaan, en verklaarde Sobelair failliet na afwijzing van de akkoordaanvraag⁸. De klap op de vuurpijl kwam met het arrest van het Brusselse Hof van beroep, waarbij geoordeeld werd dat de rechtbank van koophandel ten onrechte tot faillietverklaring was overgegaan, dat het faillissement bijgevolg opgeheven werd, en dat de vordering tot gerechtelijke ontbinding wegens kapitaalverlies ingewilligd moest worden, nu enerzijds de voorwaarden van art. 634 W. Venn. vervuld waren en anderzijds aan het hof geen gegevens aangereikt werden “waaruit kan worden afgeleid dat in de huidige omstandigheden een andere uitweg mogelijk en verkieslijk zou zijn dan ontbinding en vereffening van Sobelair”⁹. Tegen het arrest is cassatieberoep ingesteld.

⁵ Zie tevens de verklaringen van I. VEROUGSTRAETE, voorzitter van het hof van cassatie, op 6 januari 2004 in de senaat, als geciteerd bij A. ZENNER en I. PEETERS, “Tegenwerpelijkheid van samenloopvermijdende contractuele waarborgmechanismen”, *R.W.* 2004-2005, (481),496, in een artikel dat een mooie samenvatting van de nieuwe (daarom niet steeds algemeen aanvaarde) geest in het zekerheidsrecht geeft.

⁶ Zie onder meer Memorie van toelichting bij het wetsontwerp betreffende het akkoord en de opschorting van betaling, *Parl. St.* Kamer, 1993-94, nr. 1406/1p. 8-10.

⁷ Vgl. I. VEROUGSTRAETE, “Du fresh start à l’excusabilité” in *Faillite et concordat judiciaire: un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, CENTRE JEAN RENAULD (ed.), Brussel, Bruylant, 2002, 559.

⁸ Kh. Brussel, 19 januari 2004, *TRV* 2004 171, noot M. VANMEENEN.

⁹ Brussel, 30 juni 2004, *T.B.H.* 2004, (910), 914, (kritische) noot J. WINDEY, D. TORBEYNS en TH. HÜRNER.



- Art. 45 W.G.A. voorziet in de mogelijkheid van een vrijwillige ontbinding van een vennootschap als alternatief voor een faillissement in geval van herroeping van het gerechtelijk akkoord
- In het kader van dergelijke vrijwillige ontbinding, of van de vrijwillige ontbinding buiten elk gerechtelijk akkoord, kan volgens een belangrijk deel van de rechtsleer en rechtspraak tot een deficitaire vereffening overgegaan worden (zie nr. 54 e.v.). Weliswaar kan er sinds het cassatiearrest van 17 juni 1994¹⁰ niemand aan twifelen dat een vennootschap in vereffening failliet kan verklaard worden. Maar een belangrijke stroming houdt voor dat de faillissementsvoorwaarde van het wankelen van het krediet soepel moet geïnterpreteerd worden: ook al bevindt een vennootschap zich in discontinuïteit, wanneer herstel mits een adempauze toegestaan door de schuldeisers mogelijk is, moet niet tot faillissement overgegaan worden. Om dezelfde reden is een deficitaire vereffening toegestaan wanneer de schuldeisers zich er niet tegen verzetten, en wanneer een (minder belangrijke) schuldeiser toch in faillissement dagvaardt, is het mogelijk dat zijn vordering wegens rechtsmisbruik wordt afgewezen. Deze ietwat nieuwe (of afgestofte) kijk op de notie “wankelen van het krediet” kreeg de zegen van het Hof van cassatie met zijn arrest van 6 maart 2003¹¹.

3. Hoewel de navolgende tekst een min of meer algemeen overzicht wil geven, zal de nadruk toch liggen op enkele interessante of controversiële punten die evenmin in andere bijdragen voor deze Postuniversitaire Cyclus aan bod komen, meer bepaald enkele twistpunten rond veinzing bij vennootschappen, de gevolgen van de actio pauliana, de mogelijkheid om tegen fouten in de vereffening na vrijwillige ontbinding te ageren op een andere manier dan door een aansprakelijkheidsvordering tegen de vereffenaar en, het meest uitgebreid, de geoorloofdheid van de “echte” sterfhuisconstructie.

Er is voor gekozen de belangrijke problematiek van het opzetten van een “sterfhuisconstructie” in het kader van artikel 41 van de Wet Gerechtelijk Akkoord helemaal niet te behandelen, omdat er zoveel onopgeloste vragen bij komen kijken dat een aparte bijdrage vereist zou zijn¹².

II. ENKELE POTENTIEEL SCHULDEISERSBENADELLENDE VERRICHTINGEN

§ 1. sterfhuisconstructie

4. Het woord “sterfhuisconstructie”, een Noord-Nederlandse vinding¹³, sloeg traditioneel op de situatie waarbij de gezonde vennootschappen van een vennootschapsgroep uit de groep weggeleid werden, doordat hun moeder haar participaties in hen overdroeg aan een nieuwe, doorgaans speciaal daarvoor opgerichte vennootschap, die de nieuwe moeder werd en geen banden had met de oude groep, terwijl de zieke dochters in de oude groep achtergelaten

¹⁰ T.B.H. 1994, 876.

¹¹ T.R.V. 2003, 413.

¹² Twee interessante bijdragen over de problematiek zijn C. VAN BUGGENHOUT, “Het beleid van de rechter in de overdracht van de onderneming in moeilijkheden”, *T.B.H.* 2001, (72), vooral nr. 12 en I. VEROUGSTRÆTE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer, 2003 (2^{de} editie), 149 e.v., vooral 156-57. Zoals Verougstraete schrijft zou de wetgever moeten ingrijpen om één en ander i.v.m. de modaliteiten van de overdracht in het kader van art. 41 WGA te verduidelijken.

¹³ Zie onder meer W.J. SLAGTER, “De sterfhuisconstructie”, *TVVS* 1983, 25 en de andere bijdragen uit dat themanummer (o.a. Lutter over het Duitse recht); en de bijdragen van Slagter, Ophof, Bartel en Nagelkerke en Prins in R.J. DE FALTER (ed.), *Overdracht van een onderneming*, Kluwer, Deventer, 1983, 263 p.

werden, als het ware wachtend op de dood in de vorm van het faillissement. De constructie werd vaak opgezet met medeweten en financiële hulp van één of meer banken, die ook vaak tot de belangrijkste schuldeisers van de groep behoorden. Aangezien de banken hun medewerking aan de constructie slechts verleenden op voorwaarde dat zij door de sterfhuisconstructie een verhoogde kans op terugbetaling van hun vorderingen verwierven, rees en rijst de vraag naar de gelijke behandeling van de schuldeisers.

5. Vandaag de dag wordt het woord sterfhuisconstructie ook gebruikt voor verrichtingen waarbij de gezonde delen van één rechtspersoon worden afgesplitst van de zieke, om de gezonde delen aldus in veiligheid te brengen. Men zal daarbij doorgaans niet werken met een splitsing in de zin van titel XII van het wetboek van vennootschappen noch met een inbreng van bedrijfstak. Beide verrichtingen hebben immers gemeen dat niet alleen activa, maar ook passiva mee overgaan, en dat het Wetboek van vennootschappen deze verrichtingen omkadert met specifieke beschermingsmaatregelen ten voordele van schuldeisers¹⁴. Men zal er daarom doorgaans voor opteren om enkel bepaalde activa over te dragen aan een derde (doorgaans een andere vennootschap). Weliswaar zal voor die activa een aanvaardbare prijs moeten betaald worden - al gebeurt dat in werkelijkheid zeker niet altijd. Soms zal deze prijs nooit bij de verkoper terechtkomen, maar komt hij rechtstreeks bij bepaalde schuldeisers van de verkopende vennootschap terecht, nl. die schuldeisers wiens schuldvorderingen op de verkoper met sterke zekerheden waren afgedekt. In andere gevallen zal de prijs wel bij de verkoper terechtkomen. Indien de prijs correct is, kan men zich afvragen wat het nut dan nog is van de verrichting. Dit nut kan erin gelegen zijn dat de koper met de overgekochte activa een activiteit kan verderzetten die de verkoper voorheen voerde, zonder de schuldenlast uit het verleden die op de verkende rechtspersoon rustte. Dit alles kan nuttig zijn voor de werknemers van de betrokken onderneming en voor de economie in het algemeen, maar tegelijk rijst het gevaar dat bepaalde schuldeisers bij het opzetten van de constructie bevoordeeld worden tegenover anderen, of dat de aandeelhouders tegenover de schuldeisers bevoordeeld worden.

6. Naast dit onderscheid tussen sterfhuisconstructie in traditionele en vandaag meer gebruikelijke betekenis, kan men een onderscheid maken tussen de organisatie ervan voor insolventie, en de overdracht na faillissement of gerechtelijk akkoord. Reeds in 1986 kon I. Verougstraete schrijven dat de traditionele visie op het faillissement als uitsluitend op vereffening gericht, niet volledig meer met de werkelijkheid strookte, en dat het toen reeds zeer gebruikelijk was om na faillissement de onderneming over te dragen aan een cessionaris die de lasten van het verleden niet opneemt en aldus een waterdicht beschot bedingt¹⁵. Toen en nog meer vandaag, probeert men net soms een gerechtelijk akkoord te verkrijgen teneinde de overname vlot te organiseren in het kader van art. 41-42 W.G.A., of wacht men tot na faillissement om de overdracht te kunnen realiseren.

§ 2. Het versluizen en afsplitsen van activa

7. Het versluizen van activa van een vennootschap richting haar aandeelhouders, bestuurders, of met aandeelhouders en/of bestuurders verbonden vennootschappen (soms door één van hen opgerichte een-persoons BVBA's) kan op vele manier gebeuren. Soms worden goederen verkocht (onder marktprijs), maar het is ook mogelijk dat ze in pand gegeven

¹⁴ Zie onder meer de artt. 729/744 en 686 W. Venn.

¹⁵ I. VEROUGSTRAETE, "Het waterdicht beschot", in *Liber Amicorum Jan Ronse*, 1986, 397, nrs. 1 en 4.



worden aan een verbonden vennootschap, of meer uitzonderlijk¹⁶, dat ze verhuurd of in leasing gegeven worden. Het is mogelijk dat de activa worden ingebracht in een bestaande of nieuw opgerichte vennootschap - eventueel in ruil voor aandelen die niet gemakkelijk voor beslag vatbaar zijn (aandelen aan toonder die gemakkelijk weg te maken zijn, aandelen op naam die aan overdraagbaarheidsbeperkingen onderworpen zijn zodat de uitwinning praktisch onmogelijk of financieel oninteressant is). Meer uitzonderlijk kan men een bestaande vennootschap splitsen, of een inbreng van bedrijfstak doen. Bij deze procedures moet de overnemer evenwel ook minstens een deel van de passiva overnemen, en hebben schuldeisers bepaalde in de wet uitdrukkelijk geregelde verzetsrechten tegen de transactie. Overigens wordt aanvaard dat een splitsing ook op basis van de gemeenrechtelijke pauliana kan aangevochten worden¹⁷, ondanks het bestaan van specifieke wettelijke schuldeiserbeschermende regels in het Wetboek van vennootschappen.

Bij deze verrichtingen zal de overnemer doorgaans geen schulden mee overnemen, in elk geval niet in dezelfde verhouding als activa. Het zal regelmatig voorkomen dat de activa tegen een abnormaal lage prijs verkocht worden. Soms zullen de overgekochte activa verder ter beschikking blijven van de verkopende vennootschap, doordat ze verhuurd worden of in leasing gegeven door de overkopende vennootschap.

III. GEMEENRECHTELIJKE ACTIEMIDDELEN VAN SCHULDEISERS TEGEN WEGMAKING VAN ACTIVA

§ 1. Actio pauliana en pauliaans beslag

1. Toepassingsvoorwaarden

9. De actio pauliana (art. 1167 B.W.)¹⁸ kan ingeroepen worden door een schuldeiser wiens schuldvordering reeds bestond op het ogenblik van de handeling van zijn schuldenaar die hij wenst aan te vechten (anterioriteitsvereiste). Het is niet vereist dat de schuldvordering op dat moment reeds vaststaand en opeisbaar is¹⁹, maar doorgaans wordt aangenomen dat de vordering wel eisbaar moet zijn op het moment dat de *actio* wordt ingeleid²⁰. Wanneer een schuldenaar bedrieglijke handelingen heeft gesteld met als enig doel activa te onttrekken aan een toekomstige schuldeiser - m.a.w. opzettelijk zo gehandeld heeft opdat de

¹⁶ In dergelijke gevallen heeft de huurder of leasingnemer immers geen zakelijk recht op de goederen, hetgeen nadelig is in geval van faillissement van de verhuurder, althans voor zover het de bedoeling is de goederen aan de curator te laten ontsnappen.

¹⁷ Kh. Dendermonde, 9 december 1997, *T.R.V.* 325, noot S. LOOSVELD, die de problematiek gedetailleerd analyseert. Eén van de interessante en correcte punten die uit het vonnis naar voren komen is dat een disproportionele toewijzing van passiva aan een verkrijgende vennootschap (in vergelijking met de activa) niet noodzakelijk een benadeling is van een schuldeiser. Zolang de toebedeelde activa volstaan om de passiva te dekken kan van benadeling geen sprake zijn; Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, Kluwer, 331, nr. 492; J. LIEVENS, *De reparatiewet vennootschapsrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1995, 145, nr. 334.

¹⁸ Voor algemene informatie kan men vertrekken bij H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, 223 e.v. en S. LOOSVELD, noot onder Kh. Luik 29 april 1997, *T.R.V.* 1998, 292 (met uitgebreide verwijzingen).

¹⁹ Cass. 3 oktober 1985, A.C. 1985-86, (117), 119.

²⁰ S. LOOSVELD, "Artikel 20 van de nieuwe faillissementswet", noot onder Kh. Luik 29 april 1997, *T.R.V.* 1998, 293, nr. 7.



anterioriteitsvereiste niet vervuld zou zijn - laat de rechtspraak de anterioriteitsvereiste wel eens achterwege²¹.

11. Wat het bedrag betreft, moet de schuldeiser niet noodzakelijk een bedrieglijke intentie bewijzen. Dit is enkel noodzakelijk wanneer de aangevochten handeling op zich normaal is. Wanneer de schuldeiser evenwel eerst het abnormale karakter van een handeling kan bewijzen, moet hij geen bedrieglijke intentie meer bewijzen²⁶. Meer algemeen wordt aangenomen dat het vereiste, bedrag te bewijzen, in het kader van een actio pauliana betekent dat men het abnormale karakter van de handeling dient te bewijzen.

12. Aangezien de handeling van de schuldenaar vaak zal bestaan uit een rechtshandeling tegenover een derde, moet de schuldeiser ook de medeplichtigheid van die derde bewijzen. Dit laatste betekent dat hij moet bewijzen dat de derde daadwerkelijk wist dat de overige schuldeisers door de handeling zouden worden benadeeld²⁷. Het bewijs van derde-medeplichtigheid is evenwel niet vereist wanneer de aangevochten handeling een handeling om niet was²⁸. Wanneer een debiteur samen met anderen een vennootschap opricht, zal men de medeplichtigheid van die mede-oprichters moeten bewijzen om een inbreng in die vennootschap op basis van de pauliana aan te vechten.²⁹

2. Gevolgen van de actio pauliana³⁰

-
- ²¹ Het gaat dan om gevallen waar een schuldenaar weet dat een bepaalde schuld (bv. RSZ) zal ontstaan. Bv. Liège 10 september 1999, *T.B.H.* 2000, 380 noot I. SAMOY, "Over de pauliaanse vordering en de vraag hoe uitzonderlijk de uitzonderingen zijn op de anterioriteitsvoorwaarde".
- ²² H. DE PAGE, *Traité*, III, 229, nr. 212; Mons 12 maart 1980, *Rev. Not.* 1981 29, goedkeurende noot J. SACE, die verwijst (p. 35 in fine) naar de afwijkende mening die Aubry en Rau en Demogüe er op nahielden. Volgens de meerderheidsopvatting wordt door een weigering zich te verrijken het onderpand van de schuldeisers immers niet verminderd; Aubry en Rau daarentegen hielden voor dat er een principe bestond volgens hetwelk het onderpand van de schuldeisers in de Code civil ook de toekomstige goederen van de schuldenaar zijn.
- ²³ D. DEVOS, « La réparation du préjudice du créancier demandeur à l'action paulienne », *R.C.J.B.* 1995, 322-23, nrs. 6-7 en de referenties aldaar.
- ²⁴ Bv. Liège 17 juni 1965, *R.P.S.* 1966, 34 (met conclusies van het openbaar ministerie), waar een gerechtsdeurwaarder de toonderaandelen die aan de debiteur en zijn medeoprichters waren uitgereikt, niet kon vinden (naar aanleiding van een gerechtelijke actie ondernomen door de schuldeisers van de inbrengende debiteur).
- ²⁵ H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 203. Rb. Brussel 10 september 1987, *J.L.M.B.* 1987, (1543), 1546.
- ²⁶ Zie Cass. 15 maart 1985, *R.W.* 1985-86, (2609), 2611; *R.C.J.B.* 1989, 316-17, noot J. MAHAUX; D. DEVOS, "La réparation du préjudice du créancier demandeur à l'action paulienne", noot onder cass. 15 mei 1992, *R.C.J.B.* 1995, 320, nr. 6; S. LOOSVELD, "artikel 20...", *L.c.* nr. 10, 294-95.
- ²⁷ Cass. 26 oktober 1989, *A.C.* 1989-90, 283. Het is niet vereist dat de derden zelf enig voordeel uit de aangevochten handeling hebben gehaald, aldus terecht Rb. Brussel 10 september 1987, *J.L.M.B.* (1543), 1547. Zie ook DE PAGE, *Traité*, III, nr. 112.
- ²⁸ Bv. DE PAGE, *Traité* nr. 238, 247; Gent 20 juni 1989, *R.W.* 1991-92, 504.
- ²⁹ Liège 17 juni 1965, *R.P.S.* 1966, 34, waar de medeplichtigheid werd afgeleid uit het feit dat de mede-oprichters zakenpartners van de schuldenaar waren, waarvan moeilijk kon aangenomen worden dat zij niet wisten dat op diens handelszaak belangrijke schulden rustten (hun inbreng bestond overigens uit hun schuldvorderingen op de debiteur, die aldus door schuldvergelijking tenietgingen).
- ³⁰ Men leze hierover in de eerste plaats D. DEVOS, « La réparation du préjudice du créancier demandeur à l'action paulienne », *R.C.J.B.* 1995, 322; E. DIRIX, "De vergoedende functie van de actio pauliana", *R.W.* 1992-93, 331 (noot onder cass. 15 mei 1992); S. LOOSVELD, "L'action paulienne: une institution en pleine vogue", *TBBR* 2001, 153; V. SAGAERT, "De gevolgen van de actio pauliana en haar band met de ongerechtvaardigde verrijking", *TBBR* 2001, 569.



13. Om de gevolgen van de actio pauliana te beoordelen, beeldt men zich best volgende typische constellatie in: A is schuldeiser van B, de schuldenaar, die een paulineuze handeling stelt, nl. zich verarmt door een rechtshandeling met C, de derde-verkrijger, die de verweerder zal zijn wanneer A een actio pauliana inleidt. Vaak zal C het goed verder vervreemd hebben of met zakelijke zekerheden bezwaard ten voordele van een onderverkrijger D. B, C, en D zullen vaak nog andere schuldeisers dan A hebben - waarvan sommigen met een zakelijke zekerheid of bijzonder voorrecht. Wat zijn nu de rechten van A tegenover C en D, en in welke mate moet hij rekening houden met eventueel concurrerende aanspraken van andere schuldeisers van B, C en D ?

14. Om de gevolgen van de pauliana te beoordelen kan men vertrekken van drie beginselen, waarvan de eerste twee erkend zijn in de Belgische rechtspraak, terwijl het derde aantrekkelijk maar betwistbaar is (zie verder):

-niet -tegenwerpelijheid

-relativiteit

-restitutie in natura met terugwerkende kracht³¹

a. relativiteit van de actio

15. Vandaag bestaat er wel geen betwisting meer over het principe dat een succesvolle actio pauliana de niet-tegenwerpelijheid van de frauduleuze handeling tot gevolg heeft (en niet haar nietigheid)³². De eiser (A) heeft het recht van C restitutie in natura te vragen van het goed dat B hem overmaakte, zo wordt aangenomen, en aan die restitutieplicht komt terugwerkende kracht toe, zo beweert men. Daaruit kan men afleiden dat het goed geacht wordt nooit tot het vermogen van C behoord te hebben -zodat A niet in samenloop komt met de schuldeisers van C.

Men zou verder geneigd zijn daaruit af te leiden dat door de restitutie, het vervreemde goed terugkeert in het vermogen van B. De relativiteit van de actio, die volgt uit het feit dat zij slechts tot niet-tegenwerpelijheid van de vervreemding tegenover A (en tegenover A alleen) leidt, heeft tot gevolg dat die zienswijze niet helemaal correct is: het goed keert niet terug als onderpand van de schuldeisers van B³³. Die relativiteit heeft dus tot gevolg dat, zoals men overigens standaard leest, er geen samenloop ontstaat tussen A, insteller van de actio, en de schuldeisers van B³⁴.

16. Het bovenstaande is evenwel enigszins misleidend, en geeft meer bepaald een te rooskleurig beeld van de positie van A. Want de actio leidt er in elk geval niet toe dat het vervreemde goed rechtsreeks in het vermogen van de eiser (A) terecht komt. Wil A een goed of geld in handen krijgen, dan moet hij tot uitwinning van het goed overgaan, bv. door beslag. Dit beslag doet een situatie van samenloop ontstaan, waarbij A wel degelijk de zakelijke zekerheden en bijzondere voorrechten moet respecteren die ten voordele van schuldeisers van B op het goed wegen. A heeft enkel recht op de verkoopwaarde van het goed na aftrek van hetgeen daarvan aan die “separatisten” toekomt³⁵. Dit kan gezien worden als een toepassing

³¹ V. SAGAERT, “De gevolgen...”, *l.c.*, nr. 8. Blijkens de verwijzingen bij deze auteur kent die opvatting minstens in Frankrijk gezaghebbende aanhangers.

³² *Ex multis*, Cass. 11 februari 1993, *R.W.* 1993-94, 124.

³³ D. DEVOS, “La réparation du préjudice... », *o.c.*, 326, nr. 11; E. DIRIX, “De vergoedende functie...”, *l.c.*, 331, nr. 3.

³⁴ Bv. H. DE PAGE, *Traité* III, nr. 246; D. DEVOS, *l.c.*, 327, nr. 12; E. DIRIX, *l.c.*, 331, nr. 3, S. LOOSVELD, “L’action paulienne...”, *l.c.*, 166, nr. 23.

³⁵ E. DIRIX, *l.c.*, 332, nr. 5; V. SAGAERT, *l.c.*, nr. 4, 572. Zie ook Gent 14 juli 1952, *R.W.* 1952-53, 1191.



van het beginsel dat de actio niet tot een verrijking van A mag leiden³⁶. Wat de zakelijke zekerheden betreft is het ook slechts een toepassing van het feit dat de titularissen daarvan over een volgrecht beschikken³⁷. Het is daarom overigens minder waarschijnlijk dat B een goed, met zakelijke zekerheid bezwaard, paulineus aan C zal vervreemden, en nog minder waarschijnlijk dat A, die zelf geen hogere zekerheid heeft, de actio inleidt (nu de eerste begunstigden de “separatisten” zullen zijn). Alleen wanneer duidelijk is dat na voldoening van de “separatisten” er nog een noemenswaardige som voor A zal overblijven, zal die belang hebben bij een pauliana.

b. verdere vervreemdingen

17. Hoe zit het wanneer C het goed verder vervreemd heeft aan een onderverkrijger, D? Men neemt aan dat de actio in dat geval tegen D kan ingeleid worden onder dezelfde voorwaarden als tegen C, nl. indien zijn medeplichtigheid bewezen wordt³⁸.

Als men de hypothese van de ondervervreemding wat van naderbij bekijkt, zijn in wezen drie situaties denkbaar: C heeft in eigendom overgedragen aan D, C heeft een zakelijke zekerheid of beperkt zakelijk recht aan D toegestaan, C heeft een persoonlijk recht (bv. huurrecht) toegestaan aan D. Is D te kwader trouw en dus medeplichtig aan het bedrog van B waaraan ook C medeplichtig is, dan kan de pauliana tegen D inleiden en zijn de rechten van D (van welke aard ook) op het goed niet tegenwerpelijk aan A.

18. Moeilijker is de situatie waar C medeplichtig is met B, maar D te goeder trouw. Zonder twijfel kan A dan een pauliana inleiden met C als verweerder. Maar heeft D te goeder trouw in eigendom verkregen, dan ziet men niet in hoe A hem zou kunnen verontrusten. De gedachte dat het vervreemde goed nooit deel is gaan uitmaken van het vermogen van C (die het bijgevolg ook niet kon vervreemden aan D) kan men hier niet toepassen - hetgeen meteen de vraag doet rijzen of die gedachte wel juist of nuttig is - want dat zou inconsequent zijn tegenover de onbetwiste visie dat een pauliana tegen D alleen mogelijk is indien hij te kwader trouw is. Hetzelfde moet gelden indien een beperkt zakelijk recht/zakelijke zekerheid is toegestaan: niet alleen wordt er voor gepleit dergelijke rechthebbenden op dezelfde manier als onderverkrijgers te behandelen³⁹, opnieuw geldt dat wanneer A tot uitwinning wenst over te gaan, hij de zakelijke zekerheden die op het goed rusten moet respecteren. Zelfs indien men zou aannemen dat het goed door een succesvolle pauliana geacht wordt terug te keren naar het vermogen van B ten behoeve van A, zou daaraan geen afbreuk gedaan worden, gezien het volgrecht van de titularissen vaneen zakelijk recht.

De meest overtuigende verklaring van dit alles lijkt ons nochtans de relativiteit van de actio pauliana te zijn: in de verhouding tussen A en C wordt het goed geacht niet door B aan C te zijn overgedragen (die overdracht is A niet tegenwerpelijk, maar is niet nietig). D, die te goeder trouw is en vreemd aan de relatie tussen B en C, wordt niet getroffen door die relatieve niet-tegenwerpelijkheid: de overdracht door C is wel degelijk tegenwerpelijk aan A. Als men die laatste visie met ons juist acht, moet men aanvaarden dat ook persoonlijke rechten, zoals

³⁶ Cass. 15 mei 1992, *Arr. Cass.*1991-92, 876, *R.C.J.B.*1995, 314, noot D. DEVOS, *R.W.* 1992-93, 330, noot E. DIRIX.

³⁷ Zodat hun zekerheid sowieso al niet verloren ging door de paulineuze vervreemding van het bezwaarde goed door B aan C.

³⁸ Bv. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 244A; V. SAGAERT, *l.c.* 574, nr. 7. Het speelt het geen rol of C zich veramd heeft door de vervreemding.

³⁹ V. SAGAERT, *l.c.*, 575, nr. 8, met verwijzingen naar Franse cassatierchtspraak



een huurrecht, dat door C aan D is toegekend, door D tegen A kunnen tegengeworpen worden. A kan zich wel tegen C in schadevergoeding richten voor de last die aldus op het goed is gelegd door C, terwijl die daar *in de verhouding tot A* niet toe bevoegd was. In de visie van V. Sagaert, die ook die van het Franse recht is, dat de pauliana aanleiding geeft tot een restitutie in natura met terugwerkende kracht, zal een persoonlijk recht van D evenwel niet tegenwerpelijk zijn aan A, aangezien C nooit bevoegd is geweest dergelijk recht toe te staan, nu hij het goed juridisch gezien nooit in handen heeft gehad. Die visie klinkt aanvankelijk aantrekkelijk, maar kan moeilijk verklaren dat zakelijke rechten van D wel tegenwerpelijk zijn aan A.

19. Hoedanook, er kan geen betwisting over bestaan dat A ook als er een onderverkrijger (D) te goeder trouw in het spel is, zijn actio pauliana tegen C, die te kwader trouw was, kan uitoefenen. Alleen zal geen restitutie in natura van het goed mogelijk zijn, en zal A zich moeten tevreden stellen met een vervangende schadevergoeding vanwege C.

Komt A bij het eisen van die schadevergoeding in samenloop met de schuldeisers van C? V. Sagaert meent van wel (en citeert heel wat Franse auteurs die er ook zo over dachten). Zijn motivering is dat de vordering van A in dit geval een “zuivere waarde-aanspraak” is⁴⁰. E. Dirix⁴¹ en S. Loosveld geloven daarentegen dat er van samenloop geen sprake is. Loosveld lijkt die stelling vooral te steunen op zijn visie die hij overigens, zij het met nuanceringen, deelt met Sagaert, dat de actio pauliana niet op art. 1382 B.W. maar op het leerstuk der ongerechtvaardigde verrijking moet gestoeld worden⁴². Het betreft hier een zeer moeilijke vraag⁴³, maar in elk geval lijkt het inderdaad duidelijk dat de actio pauliana niet kan verklaard worden als een toepassing van art. 1382 B.W.⁴⁴. Indien men 1382 B.W. toch als grondslag voor de actio aanvaardt, dan kan men moeilijk anders dan samenloop tussen A en de schuldeisers van C aanvaarden wanneer A van C schadevergoeding eist omdat hij het goed niet in natura van D kan terugkrijgen wegens de goede trouw van D⁴⁵. De opvatting van Loosveld lijkt iets overtuigender dan die van Sagaert. Wanneer de actio van A tegen D faalt/nooit ingeleid wordt wegens de goede trouw van D, verliest daardoor de actio van A tegen C daarom nog niet haar karakter van pauliaanse vordering. Aangezien C te kwader trouw is, wordt, in de verhouding tussen A en C, de overdracht tussen B en C nooit te hebben plaatsgehad. C moet A plaatsen in de toestand waarin hij zich bevonden zou hebben indien de overdracht van B aan C daadwerkelijk nooit had plaatsgevonden. Had de overdracht nooit plaatsgevonden, dan zou er van samenloop met de schuldeisers van C geen sprake geweest zijn. Wel met die van B, maar daaraan ontsnapt A in dit geval eveneens, doordat de schadevergoeding rechtstreeks in zijn vermogen terechtkomt. We aarzelen evenwel niet om toe te geven dat andere visies ook verdedigbaar zijn. Men kan bv. argumenteren dat wanneer de vordering van A tegen D faalt wegens de goede trouw van die laatste, A geen actio pauliana meer ter beschikking heeft, en dan maar tegen C moet ageren op basis van fout-

⁴⁰ *o.c.*, 574, nr. 6.

⁴¹ “de vergoedende functie...”, *l.c.*, 331 nr. 3.

⁴² S. LOOSVELD, “L’action paulienne: une institution en pleine vogue”, *TBBR* 2001, 166, nr. 23. Sagaert weigert om redenen van dogmatische consistentie dat leerstuk als grondslag van de actio te zien, maar laat het wel de gevolgen ervan bepalen.

⁴³ Onze vaste overtuiging is dat er buiten art. 1167 B.W. geen verklarende basis voor de actio pauliana kan gevonden worden. Noch 1382 B.W. noch ongerechtvaardigde verrijking zijn overtuigend, niet als grondslag en evenmin als verklaring van gevolgen-hetgeen normaal hetzelfde zou moeten zijn.

⁴⁴ Voor argumenten, zie de geciteerde bijdragen van Sagaert en Loosveld.

⁴⁵ We moeten de lezer er wel bijvertellen dat twee uiterst gezaghebbende auteurs als E. DIRIX, *l.c.*, 331, nr. 3 en H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 246 de actio pauliana steunen op art. 1382 B.W. en toch aannemen dat ook de vordering in schadevergoeding aan samenloop ontsnapt. Wij sluiten ons aan bij dat laatste punt, maar begrijpen dus niet hoe dit verenigbaar is met art. 1382 B.W. als grondslag van de actio.



aansprakelijkheid (art.1382 B.W.), waarbij A ongetwijfeld niet aan een eventuele samenloop ontsnapt. Overigens zou A in die visie eveneens op basis van art. 1382 B.W. kunnen ageren tegen B.

20. Het bovenstaande verhaal kan wellicht eenvoudig samengevat worden: als A een succesvolle pauliana instelt; kan hij het goed in het vermogen van B uitwinnen, maar moet hij daarbij de zakelijke rechten en bijzondere voorrechten van een eventuele D (onderverkrijger) en de schuldeisers van B, C en D respecteren, voor zover die personen zelf niet medeplichtig aan het paulineus bedrog zijn. Dat A aan de samenloop ontsnapt klopt dus eigenlijk alleen in de verhouding tot diegenen die geen bijzonder voorrecht of slechts een persoonlijk recht op het voorwerp van de pauliana kunnen laten gelden.

3. *pauliaans beslag*⁴⁶

21. Het pauliaans beslag is een vorm van bewarend beslag, die nuttig kan ingesteld worden door een schuldeiser om zijn beweerdte rechten veilig te stellen in afwachting van een uitspraak ten gronde over zijn pauliaanse vordering. Men legt dus beslag bij de derde aan wie de schuldenaar een actiefbestanddeel overgemaakt heeft.

In verband met onroerende goederen kan hetzelfde resultaat als met een pauliaans beslag bereikt worden door een kantmelding op het hypotheekkantoor van het inleiden van de actio pauliana. Dit gebeurt eenzijdig op initiatief van de schuldeiser, zonder rechterlijke machtiging. De kantmelding heeft tot gevolg dat vervreemdingen of bezweringen (bv. hypotheekvestiging) die nadien gebeuren, niet tegenwerpelijk zullen zijn aan de schuldeiser (zie artt. 3-4 Hyp. W.).

4. *De faillissementspauliana*

22. De faillissementspauliana van art. 20 F.W. wordt zelden gebruikt, omdat het voor curatoren desgevallend doorgaans gemakkelijker is zich te beroepen op de artt. 17-18 F.W.⁴⁷. In de meeste hypothesen uit die artikelen moet de curator geen bedrog bewijzen om de handeling niet – tegenwerpelijk horen te verklaren.

De faillissementspauliana, die enkel door de curator kan worden ingesteld, niet door individuele schuldeisers, verschilt in die zin van de gemeenrechtelijke pauliana dat zij ten goede komt aan alle schuldeisers van de gefailleerde, ook al dateert de schuldvordering van sommigen onder hen van na de bedrieglijke handeling⁴⁸. Dit is eerder een logisch gevolg van de wijze van vereffening in faillissement dan een echte uitzondering op het anterioriteitsvereiste. Voor het overige is de faillissementspauliana aan dezelfde voorwaarden onderworpen als de gemeenrechtelijke⁴⁹.

⁴⁶ Zie E. DIRIX, “Bewarend beslag en kantmelding van de pauliaanse vordering”, noot onder Antwerpen 4 januari 1993, *R.W.* 1993-94, 199; Chr. VAN HEUVERSWYN, “Paulianabeslag op onroerend goed en pauliaanse vordering”, noot onder Gent 14 december 1995, *T. Not.* 1996, 227.

⁴⁷ Voor een algemeen overzicht, zie bv. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel*, o.c., 341 e.v.

⁴⁸ Cass. 11 januari 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 594.

⁴⁹ Cass. 15 maart 1985, *R.C.J.B.* 1989, noot J. MAHAUX; Cass. 11 februari 1993, *R.W.* 1993-94, 124.

In de hypotheses opgesomd in art. 17 F.W. (bv. inbetalinggeving) bestaat een vermoeden dat de betrokken handeling van de toekomstige gefailleerde zijn schuldeisers benadeeld heeft, en dat de wederpartij van de gefailleerde van diens staking van betaling op de hoogte was. Men spreekt daarom wel eens van een “vereenvoudigde pauliana”. Maar als de wederpartij een roerend lichamelijk goed ontvangen heeft, en dat verder vervreemdt aan een onderverkrijger, dan wordt die onderverkrijger niet vermoed te kwader trouw te zijn. Deze derde zal zich op art. 2279 B.W. kunnen beroepen⁵⁰, en het is aan de curator om aan te tonen dat hij met kennis van de staking van betaling handelde.

§ 2. De vordering wegens veinzing

1. Veinzing versus pauliana⁵¹

23. Men poogt soms vennootschappen waarin een schuldenaar een inbreng heeft gedaan of waaraan hij anderszins activa heeft overgedragen, geveinsd te horen verklaren als alternatief voor het inleiden van een actio pauliana. Een voorbeeld biedt een uitspraak van de rechtbank van koophandel te Luik van 30 oktober 1979⁵²: een NV Eurotronix, opgericht eind 1971, wordt in november 1975 failliet verklaard. In september 1975 wordt een BVBA Tronix opgericht door de meerderheidsaandeelhouder van de NV, die 115 van de 250 aandelen houdt. De BVBA neemt onmiddellijk daarop het actief van de NV over, zonder de schulden. Een schuldeiser die over een uitvoerbare titel beschikt tegen de NV Eurotronix, vraagt de rechtbank de BVBA nietig te verklaren wegens veinzing, en subsidiair, het reeds verkregen uitvoerbare vonnis op het vermogen van de BVBA te mogen tenuitvoerleggen. Het bestaan van veinzing probeert eiser aan te tonen door erop te wijzen dat alleen de activa, niet de passiva zijn overgenomen door de BVBA, dat deze hetzelfde statutaire doel als de NV heeft en bijna dezelfde naam. Terecht oordeelt de rechtbank dat deze gegevens niet volstaan om de BVBA als gesimuleerd te beschouwen. Zij beslist wel het parket in te lichten van de subsidiaire vordering van eiser, en geeft deze de vingerwijzing eerst contact op te nemen met de curator van de NV.

24. Het is van belang te beseffen dat veinzing voor vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid geen (rechtstreekse) nietigheidsgrond is: het komt niet voor in de limitatieve lijst van nietigheidsgronden in het Wetboek van vennootschappen (bv. art. 227 voor BVBA). Wel is het mogelijk dat één of meer inbrengen geveinsd blijken te zijn (zie zodadelijk). Dit kan uitzonderlijk tot gevolg hebben dat de vennootschap slechts één of zelfs helemaal geen geldig verbonden oprichters telt, wat wel een nietigheidsgrond is⁵³.

25. Men verlieze overigens niet uit het oog dat veinzing op zich niet de nietigheid van de geveinsde handeling tot gevolg heeft: zij wordt daarentegen niet-tegenwerpelijk verklaard aan diegene die met succes de vordering ingeveinsdverklaring heeft ingesteld⁵⁴. Dit is evenwel anders wanneer de geveinsde handeling in strijd is met de openbare orde of dwingend recht: dit leidt tot haar nietigheid. Wat de onderliggende, werkelijke overeenkomst betreft, deze

⁵⁰ Cass. 31 januari 2002, *T. Not.* 2003, 24, noot M. DE CLERCQ, “Artikel 17 Faill. W. Als uitzondering op de bezitsbescherming van artikel 2279 B.W. Voorwaarden en verband met de actio pauliana”.

⁵¹ Zie voor een vergelijking onder meer P. VAN OMMESLAGHE, “La simulation en droit des obligations”, in *Les obligations contractuelles*, Brussel, Jeune Barreau, 2000, 169, nr. 24.

⁵² *R.P.S.* 1980, nr. 6080, 142.

⁵³ Een BVBA zal alleen nietig zijn als er helemaal geen geldig verbonden oprichter is.

⁵⁴ Bv. P. VAN OMMESLAGHE, “La simulation en droit des obligations”, in *Les obligations contractuelles*, Brussel, Jeune Barreau, 2000, 165, nr. 20.



wordt niet meegesleurd door de val van de geveinsde handeling: hij blijft tussen de partijen gelden –een eenvoudige toepassing van art. 1134 B.W.- tenzij hij op zijn beurt door een gemeenrechtelijke nietigheidsgrond (zoals strijdigheid met openbare orde of dwingend recht, maar ook bv. een wilsgebrek) is aangetast⁵⁵.

26. Wanneer schuldeisers veinzing inroepen, zal het vaak zijn omdat de anterioriteitsvoorwaarde voor de actio pauliana niet vervuld is⁵⁶. Dergelijke voorwaarde geldt (formeel) niet voor een vordering in geveinsdverklaring. In elk geval dient men de toepassingsvoorwaarden voor de veinzing goed te onderscheiden van die van een actio pauliana. In het zonet samengevatte geval was de eiser wellicht benadeeld door zijn schuldeiser, eventueel met bedrog, maar zonder dat van veinzing sprake kon zijn. Van veinzing is alleen sprake wanneer een overeenkomst of eenzijdige rechtshandeling niet overeenstemt met wat de steller ervan werkelijk gewild heeft. De geveinsde handeling versluiert de werkelijke, die de versluisende qua gevolgen tenietdoet. In de gevallen die met de pauliana kunnen aangevochten worden, stelt een schuldenaar een werkelijk gewilde handeling, bv. een inbreng in vennootschap, maar met het opzet zijn schuldeisers te benadelen.

27. Het beroep op veinzing in plaats van op de actio pauliana kan af en toe nochtans daadwerkelijk voordelig zijn voor de schuldeiser. Te denken is vooral aan het aanvechten van een absoluut geveinsde inbreng in vennootschap, waarbij de inbrenger in werkelijkheid de volledige beschikkingsmacht over het ingebrachte goed behoudt. Uit het bewijs van het bestaan van deze volledige beschikkingsmacht kan men middels vermoedens, het bestaan van de tegenbrief (nl. een overeenkomst met de vennootschap en/of medevennoten en/of vennootschapsbestuurders) afleiden. Deze bewijslast valt misschien lichter uit dan het bewijs van medeplichtigheid dat voor een succesvolle pauliana vereist is (vennootschap moet weten dat de inbrenger zich verarmt ten nadele van de schuldeiser), hoewel de facto, in het steekspel van een daadwerkelijke procedure, het verschil wellicht klein zal zijn.

Een reëel voordeel voor de eiser die zich op veinzing beroept is dat de anterioriteitsvoorwaarde niet geldt: ook al dateert zijn vordering van na de geveinsde inbreng, hij kan voorhouden ook beslag te mogen leggen op het ingebrachte vermogensbestanddeel dat, in de relatie tussen hem en de inbrenger, geacht wordt het vermogen van de inbrenger-debiteur nooit verlaten te hebben. Ten onrechte zou de inbrenger zich in dergelijke gevallen proberen verweren met het argument dat de eiser, bij gebrek aan anterioriteit, geen belang heeft bij de vordering. Het belang bestaat erin beslag te kunnen leggen op een goed dat anders niet beslagbaar zou zijn. Aan de schuldeiser en niet aan de debiteur komt daarbij het keuzerecht toe welke goederen van de debiteur hij wenst aan te spreken.

Tenslotte kan nog gewezen worden op een gelijkenis tussen de actio pauliana en de vordering in geveinsdverklaring: de succesvolle eiser ontsnapt tot op zekere hoogte aan samenloop. Voor de actio pauliana werd dit hoger besproken. Voor de veinzing volgt dit uit de terugwerkende gevolgen van een gerechtelijke uitspraak waarbij absolute veinzing wordt aangenomen⁵⁷: de toestand van de veinzer wordt geacht niet veranderd te zijn door de geveinsde handeling, de niet-tegenwerpelijke, die alleen door de eiser wordt ingeroepen, werkt terug in de tijd, zodat bv. een absoluut geveinsde inbreng geacht wordt nooit gedaan te

⁵⁵ Vergelijk Cass. 18 maart 1988, *R.W.* 1988-89, 711, noot E. DIRIX, *Ann. Dr. Liège* 1989, 387, noot I. MOREAU-MAGRÈVE. Zie hierover ook M. WAUTERS, “Simulatie en kapitaalverrichtingen”, *N.F.M.* 2001, (123), nr. 11 en P. VAN OMMESLAGHE, *l.c.*, nr. 21.

⁵⁶ P. COPPENS, noot onder Rb. Dinant, *R.P.S.* 1964, 173.

⁵⁷ Vgl. K. GEENS, *l.c.*, 410.



zijn. Daardoor ontsnapt de insteller van de veinzingsvordering niet aan de samenloop met de schuldeisers van de veinzende inbrenger (in geval van succesvolle pauliana zou dit wel het geval zijn), maar hij hoeft wel geen rivaliserende claims van de schuldeisers van de vennootschap te vrezen. Deze kunnen zich evenmin als de aandeelhouders van de vennootschap verzetten tegen het verdwijnen van een actiefbestanddeel.

Dit alles veronderstelt dat men het veinzingsleerstuk überhaupt kan toepassen op inbrengen in vennootschap, iets waarover ten onrechte geen eensgezindheid bestaat en waarop we nu even willen ingaan.

2. Veinzing toegepast op de inbreng in vennootschap

28. Van de inbreng in vennootschap wordt regelmatig aangenomen dat het een eenzijdige rechtshandeling is. Nochtans kan men anders argumenteren: bij de oprichting van een vennootschap kan men de inbreng zien als een overeenkomst met de medeoprichters en, overtuigender, bij een opgerichte vennootschap kan men het zien als een overeenkomst met de reeds opgerichte vennootschap. Van Ryn is wel de bekendste vennootschapsrechtelijke auteur die voorhield dat veinzing niet kan toegepast worden op de inbreng omdat deze een eenzijdige rechtshandeling zou zijn⁵⁸. Ik herinner mij levendig hoe mijn leermeester E. Wymeersch die opvatting met nadruk bestreed in zijn colleges vennootschapsrecht en Van Ryns opvatting komt wellicht meer en meer in de verdrukking⁵⁹.

Zelfs als men aanneemt dat de inbreng een eenzijdige rechtshandeling is, verhindert dat nochtans in geen geval dat het veinzingsleerstuk er op wordt toegepast. Zo men al aanneemt dat simulatie steeds een overeenkomst vereist, dan is dergelijke overeenkomst in elk geval alleen voor de tegenbrief vereist, dus voor de rechtshandeling die de naar buiten geschapen rechtsovergang beoogt te wijzigen (in de verhouding tussen partijen)⁶⁰. Men kan dus zeer wel het veinzingsleerstuk toepassen op de inbreng waarvan de gevolgen tenietgedaan of veranderd worden door een overeenkomst tussen inbrenger en een andere partij.

Nog overtuigender is het meer algemene argument gebaseerd op het uit Nederland afkomstige, en alhier door onder meer K. Geens gepromote, nuttige onderscheid tussen absolute en relatieve veinzing⁶¹. In geval van relatieve veinzing wordt naar buiten toe één soort overeenkomst (bv. verkoop) gesloten, terwijl deze overeenkomst tussen partijen tenietgedaan wordt door een andere (bv. schenking). In geval van absolute veinzing verdoezelt een naar buiten toe gestelde rechtshandeling of overeenkomst dat er in werkelijkheid geen wijziging in de juridische situatie van partijen optreedt (bv. een inbreng in vennootschap, terwijl de inbrenger in werkelijkheid de volledige beschikking over het schijnbaar ingebrachte vermogensbestanddeel behoudt). Welnu, alleen voor relatieve veinzing kan de vaak te lezen bewering dat veinzing twee overeenkomsten veronderstelt, die dan nog gelijktijdig zouden moeten zijn⁶², op begrip rekenen⁶³.

K. Geens⁶⁴ wil zelfs zo ver gaan het vereiste van een overeenkomst die een éénzijdige rechtshandeling teniet doet, te laten vallen in geval van absolute veinzing. Hij pleit ervoor het

⁵⁸ J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, I, Brussel, Bruylant, 1954, 337, nr. 496. Recent nog zonder twijfels in dezelfde zin P. VAN OMMESLAGHE, "La simulation ...", *o.c.* 160.

⁵⁹ Zie voor een overzicht van de stellingen M. WYCKAERT K., *Kapitaal in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 1995, 46-54, met haar o.i. bijzonder overtuigende bedenkingen in randnummer 36.

⁶⁰ Overtuigend M. WAUTERS, *l.c.*, 131.

⁶¹ Zie reeds J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 122.

⁶² Bv. DE PAGE, t. II, nrs. 564 en 624A.

⁶³ Terecht K. GEENS, "Over veinzing, stromannen en tussenpersonen", *T.F.R.* 2003, 409.

⁶⁴ *O.c.*, 409-410.



veinzingsleerstuk ook toe te passen op de oprichting van een éénpersoons-BVBA. Immers, aldus Geens, ook in de contractuele context volstaat voor absolute veinzing de aanwezigheid van een schijncontract en een tweezijdig geestelijk voorbehoud daartegen. Het woord “tweezijdig” lijkt ons nochtans niet onbelangrijk: er is bij absolute veinzing normaal wel degelijk sprake van een overeenkomst die hetzij een andere overeenkomst, hetzij een eenzijdige rechtshandeling teniet doet. Bij de oprichting van een EBVBA hebben we te maken met een eenzijdige rechtshandeling die teniet zou gedaan worden door een éénzijdig geestelijk voorbehoud. Toch kunnen we Geens volgen: de éénzijdigheid volgt immers precies uit het feit dat er bij de oprichting van een EBVA per definitie geen andere personen dan de ene oprichter betrokken zijn.

3. Excursie: het absolute keuzerecht van de derde in geval van veinzing

29. Art. 1321 B.W. is een uitzondering op de tegenwerpelijkheid van overeenkomsten, als rechtsfeit, aan derden: derden kunnen verkiezen de tussen partijen nochtans werkelijk gewilde en doorgaans geldige verborgen overeenkomst te negeren, en zich te houden aan de geveinsde overeenkomst of rechtshandeling: de veinzers die derden zand in de ogen proberen strooien kunnen nadien niet opwerpen dat dit eigenlijk niet de bedoeling was. Maar het keuzerecht van de derden is volkomen: de derde die de veinzing ontdekt heeft, kan zich steeds op werkelijke overeenkomst beroepen, ook wanneer de veinzing, meer bepaald de naar buiten voorgewende rechtshandeling, niet strijdig is met de openbare orde of dwingend recht.

30. K. Geens stelt nochtans dat het een “frequent misverstand is dat art. 1321 B.W. de keuze laat [voor derden-hdw] tussen de voorgewende en de vermomde handeling. Dat is onjuist, want in art. 1321 B.W. wordt enkel gesteld dat de partijen zich niet op de onderliggende handeling kunnen beroepen jegens derden: het betreft hier een loutere buitenwerkingstelling van art. 1165 B.W. dat toelaat om het bestaan van een overeenkomst tegen te werpen aan derden. De partijen worden echter niet verboden om de openlijk gestelde daad op basis van art. 1165 B.W. tegen te werpen”⁶⁵. Volgens Geens hebben derden alleen de keuze tussen de geveinsde en de verholde overeenkomst (tegenbrief) indien de voorgewende handeling strijdig is met de openbare orde of dwingend recht (meestal art. 7-8 Hyp. W., nl. wanneer de veinzing bedoeld is om zich aan zijn schuldeisers te onttrekken).

Volgens ons hebben derden in geval van veinzing evenwel steeds een keuzerecht. Inderdaad is er een wettekst nodig die derden toelaat om een door de partijen werkelijk gewilde overeenkomst terzijde te schuiven. Overeenkomsten zijn derden als rechtsfeit tegenwerpelijk (art. 1165 B.W.) en daaruit volgt dat, indien art. 1321 B.W. niet zou bestaan, de partijen de versluierde overeenkomst zouden kunnen inroepen tegen de derden die zij hebben proberen misleiden.

Artikel 1321 B.W. bevat inderdaad geen regels omtrent de tegenwerpelijkheid van de geveinsde overeenkomst. Om die reden leest men vaak – en verkeerd is dat niet – dat art. 1321 B.W. niets zegt over de vordering in geveinsdverklaring. Maar we kunnen ons niet vinden in de stelling dat die vordering in geveinsdverklaring, waarbij een derde de geveinsde overeenkomst terzijde schuift om zich op de werkelijke overeenkomst te beroepen, zijn grondslag zou vinden in art. 7-8 Hyp. W. Die grondslag zou impliceren dat derden de geveinsde overeenkomst alleen terzijde kunnen schuiven wanneer hij in strijd is met de beginselen uit die artikelen. Welnu, de vordering in geveinsdverklaring, en dus het absolute

⁶⁵ *o.c.*, 408, linkerkolom.

keuzerecht vanwege derden kan o.i. verklaard worden vanuit de bindende kracht van overeenkomsten. De geveinsde overeenkomst komt niet overeen met de werkelijke wil van de partijen, en dit alleen verklaart reeds waarom er geen bindende kracht aan kan toekomen. De geveinsde overeenkomst bestaat uit wilsuitingen waaraan geen wil beantwoordt, die in een puur formalistisch ritueel veruitwendigd zijn. Merk bovendien op dat art. 1321 B.W. in de titel over bewijs is opgenomen. Dit kan tot de gedachte leiden dat van zodra een derde erin slaagt te bewijzen wat de partijen werkelijk zijn overeengekomen (de tegenbrief), hij bewezen heeft dat de voorgewende overeenkomst niet kan bestaan.

31. Hoe dan ook, de opvatting dat derden steeds kunnen kiezen tussen de geveinsde (wegens art. 1321 BW.) en de werkelijk gewilde handeling (art. 1134-1165 BW.), is niet alleen die van gezaghebbende auteurs⁶⁶, maar ook die van het Hof van Cassatie⁶⁷.

4. Veinzing toegepast op stromannen

32. Een moeilijke vraag is of naamkening een vorm van veinzing is. De vraag is ook in vennootschapsrechtelijke context van belang, onder meer omdat de vennootschap bij bevestigend antwoord de achterman van de stroman-naamlener kan aanspreken, bv. om de aandelen waarop de stroman heeft ingeschreven, te volstorten.

De naamkening vertoont veel gelijkenis met de commissieovereenkomst of middellijke, onrechtstreekse vertegenwoordiging. In beide gevallen treedt iemand in eigen naam op tegenover een derde, maar voor rekening van, en dus als vertegenwoordiger van een achterman/committent. Het verschil is dat in geval van commissie, de wederpartij weet dat de commissionair voor rekening van de achterman optreedt. Hij kent alleen (doorgaans) niet de identiteit van die achterman⁶⁸.

In geval van naamkening is de wederpartij niet op de hoogte van het bestaan van een achterman. In geval van commissie heeft de achterman geen rechtstreekse vordering tegen de wederpartij, die zelf geen rechtstreekse vordering tegen de achterman heeft. Vandaar dat het hier gaat om middellijke, i.p.v. onmiddellijke vertegenwoordiging: de commissionair is niet alleen feitelijk maar ook juridisch een tussenhalte tussen achterman en wederpartij; de achterman kan aanspraken van de commissionair tegenover de derde slechts uitoefenen nadat ze hem zijn overgedragen⁶⁹.

33. Geens⁷⁰ steunt nu op L. Simont⁷¹ om de stelling te verdedigen dat naamkening *niet* gelijk te stellen is met simulatie door tussenplaatsing van personen, zoals De Page nochtans had voorgehouden⁷². Naamkening is dus, volgens deze auteurs, in de regel, geen vorm van veinzing, maar daarentegen een variant op de commissie. Het belangrijkste praktische gevolg van die stelling is, dat de vennootschap aan wiens oprichting een stroman heeft deelgenomen,

⁶⁶ Bv. H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 632, nr. 635; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, Antwerpen, 1973, nr. 104, 310; P. VAN OMMESLAGHE, "La simulation en droit des obligations", in *Les obligations contractuelles*, Brussel, ed. Jeune Barreau, 2000, 183, nrs. 36 en 37.

⁶⁷ Zie o.m. reeds Cass. 16 november 1939, *Pas.* 1939, I, 474; zie bv. ook Cass. 11 december 1987, *Pas.* 1988, I, 449; *R.C.J.B.* 1993, 49, noot D. PHILIPPE.

⁶⁸ Zie L. SIMONT, "Exposé introductif" in *Les intermédiaires commerciaux*, Brussel, Jeune Barreau 1990, 13. Vgl. Cass. 15 januari 1982, *Pas.* 1982, I, 602.

⁶⁹ L. SIMONT, *l.c.*, 14-15.

⁷⁰ *O.c.*, 412.

⁷¹ L. SIMONT, "Exposé introductif" in *Les intermédiaires commerciaux*, Brussel, Jeune Barreau, 1990, 14-17.

⁷² DE PAGE, *Traité*, II, nr. 620.

geen verhaal zou hebben tegen de achterman. Uiteraard heeft zij wel een aanspraak, bv. tot volstorting, tegenover de naamlener. Deze heeft immers in eigen naam aan de oprichting deelgenomen, zodat reeds uit art. 1134 B.W. zijn gebondenheid volgt.

De stelling van Simont en Geens heeft zeker verdiensten. Dogmatisch is ze sterk. Vanuit praktisch oogpunt kan men het erg vinden dat de vennootschap geen aanspraken heeft tegen de achterman, maar men mag niet uit het oog verliezen dat de medevennoten blijkbaar de naamlener vrijwillig en als vennoot aanvaard hebben: wat de volstorting betreft, kan men dus moeilijk voorhouden dat zij op de kredietwaardigheid van de achterman vertrouwd hebben.

Toch lijkt ons één van de premissen van Simont, waarop Geens voortbouwt, betwistbaar. Simont schrijft: “la simulation supposerait que la convention conclue entre le prête-nom et le tiers contractant fût un acte apparent dissimulant la convention réelle qui se serait nouée directement entre le tiers contractant et le commettant”. Volgens Simont veronderstelt veinzing dus identiteit van partijen: A en B sluiten een contract X, terwijl zij in werkelijkheid contract Y (de tegenbrief) gesloten hebben⁷³.

Even verder vervolgt Simont: “la simulation ne saurait d'avantage se concevoir au niveau de la conclusion du contrat de prête-nom. La volonté réelle des parties à ce contrat est bien que le prête-nom acquière des droits et actions en son nom propre et il n'existe entre elles aucun contre-lettre qui viendrait détruire les effets de cette volonté”.

34. Ons lijken deze uitspraken wel correct in sommige gevallen, maar zijn zij in (vele) andere betwistbaar. Men moet de feiten van elk geval apart beoordelen. Simont ontwikkelt zijn theorie in een poging aan te tonen dat De Page zich ten onrechte op art. 1321 BW. beriep om te verklaren dat de committent en de wederpartij geen rechtstreekse vorderingen tegen elkaar hadden. In zoverre is de kritiek van Simont gerechtvaardigd: het volstaat vast te stellen dat de vertegenwoordiger in eigen naam heeft gecontracteerd om vast te stellen dat er in principe geen rechtstreekse vordering bestaat.

Maar in tegenstelling tot wat Simont voorhoudt, lijkt er ons wel degelijk vaak van veinzing sprake te zijn bij naamlening. Meer bepaald is het vaak *niet* de werkelijke wil van de partijen dat de naamlener in eigen naam rechten verwerft, en bestaat er wel degelijk een tegenbrief. Achterman en naamlener komen namelijk doorgaans overeen dat de naamlener volledig volgens instructies van de achterman zal handelen in alles wat hij als vennoot doet, en dat hij rekenschap moet afleggen van alles wat hij als vennoot ontvangt van de vennootschap. Bovendien zal de naamlener doorgaans ingeschreven hebben met fondsen die hem voorgesloten werden door de achterman. De naamlener aanvaardt dus vaak *niet* alle gevolgen van het feit dat hij vennoot wordt: hij en de achterman wensen wel dat hij aanspraken tegenover de vennootschap verwerft - vaak omdat dat niet mogelijk is voor de achterman, die bv. door een beroepsverbod getroffen is - maar de achterman wil de financiële gevolgen van zijn vennoot-zijn niet aanvaarden, en de achterman aanvaardt niet dat de naamlener zelfstandig vennoot is: hij wil de beslissingsrechten, die aan de naamlener toekomen, de facto zelf uitoefenen. Het is alleen omdat het recht hem daartoe dwingt dat hij van de tussenpersoon van de naamlener gebruik maakt. K. Geens schrijft overigens terecht: “Stroman bij de oprichting is hij die openlijk in eigen naam deelneemt aan de oprichting, *maar zonder zich persoonlijk te willen verbinden* omdat hij handelt voor rekening van een verheimelijkte opdrachtgever of achterman al dan niet medeoprichter. Is geen stroman de persoon die in werkelijkheid voor eigen rekening deelneemt aan de oprichting, en alle

⁷³ In geval van naamlening is daarvan geen sprake, aldus Simont: “or tel ne peut évidemment être le cas à défaut d'identité entre les parties à l'acte apparent (tiers contractant et prête-nom) et les parties à ce qui serait l'acte réel (tiers contractant et commettant).” L. SIMONT, *o.c.*, 15.

rechtsgevolgen daarvan opneemt, zelfs indien de gelden die hij inbrengt, hem door een ander geleend zijn, wanneer niet blijkt dat deze lening zelf een fictief karakter heeft (Brussel, 16 maart 1966, *R.P.S.* 1966, nr. 5327, 196)⁷⁴ (cursivering toegevoegd-hdw).

Ons inziens is er bij naamlening vaak wel degelijk sprake van een tegenbrief: A en B komen overeen dat B als vennoot zal optreden, in eigen naam, aldus de indruk wekkend dat hij vennoot is, terwijl zij tegelijk overeenkomen dat A de werkelijke vennoot zal zijn. De gebondenheid van B tegenover de vennootschap vloeit voort uit art. 1134 BW., het feit dat A zich niet op zijn overeenkomst met B kan beroepen om tegenover de vennootschap op te werpen dat hij de echte vennoot is, vloeit voort uit art. 1321 BW (niet-tegenwerpelijkheid van de tegenbrief), en de mogelijkheid voor de vennootschap om A, de achterman, toch als vennoot aan te spreken is een toepassing van de vordering in geveinsdverklaring.

Zeker bestaat een afwijking van het klassieke schema van de veinzing erin dat we hier met een driepartijenverhouding te maken (lijken te) hebben: de vennootschap zit (vaak) niet mee in het complot. Bij “normale” veinzing sluiten A en B een uitwendige overeenkomst, die wordt tenietgedaan door een andere overeenkomst tussen dezelfde partijen A en B (tegenbrief), om C (en alle andere derden) te misleiden, zonder dat er een overeenkomst is tussen B en C. Daarnaast bestaat er ook echte driepartijenveinzing die bedoeld is om een “vierde” (D) te misleiden: A wil schenken aan B, maar dit mag wettelijk niet. A haalt C er dan toe over om de schenking aan B te doen, maar C wordt onder tafel vergoed voor de kost van de schenking of hem worden de te schenken goederen op een of andere manier overgemaakt door A.

De vraag is evenwel of de driepartijenverhouding in geval van naamlening bij oprichting wel zo verschilt van de driepartijenverhouding die bij elke relatieve veinzing voorkomt: in beide gevallen sluiten A en B een overeenkomst met de bedoeling C te misleiden, door de gevolgen van die overeenkomst teniet te doen door een samenhangende overeenkomst: A en B komen overeen dat B als vennoot zal optreden, maar doen dit teniet door de overeenkomst dat B zich volledig te schikken heeft naar de wensen van A en financieel geen kosten moet dragen, noch opbrengsten mag houden. Dat de misleiding gebeurt naar aanleiding van een overeenkomst die B met de te misleiden C sluit, lijkt ons niet van cruciaal belang.

Hoe dan ook, ook al sluit Geens zich aan bij de redeneringen van Simont, hij erkent dat met de naamlening bij de oprichting van een vennootschap meestal iets niet in de haak zal zijn en waarschuwt terecht dat zij regelmatig intellectuele valsheid in geschrifte zal uitmaken (art. 196 S.W.).⁷⁵

§ 3. Doorbraak van rechtspersoonlijkheid: aan heropleving toe?

35. In uitzonderlijke omstandigheden zal de curator van een failliete vennootschap een doorbraak van rechtspersoonlijkheid kunnen bekomen richting een tweede vennootschap die voor faillissement activa van de eerste vennootschap heeft overgenomen⁷⁶. Zoals bekend heeft het Hof van cassatie een halt toegeroepen aan de al te frequente, ook dogmatisch

⁷⁴ K. GEENS, *o.c.*, 412, rechterkolom boven.

⁷⁵ *O.c.*, 413, rechterkolom onderaan.

⁷⁶ Voor een recent algemeen overzicht van de doorbraakproblematiek, zie bv. A. ZENNER, *Dépistage, faillites et concordats*, Brussel, Larcier, 1998, nrs. 1083-193, en mijn bijdrage in *Bestendig handboek vennootschap en aansprakelijkheid*, Kluwer, losbladig, afdeling III.5, p. 6-18

onverantwoordbare toepassing van het doorbraak-leerstuk. In het arrest van 1 juni 1979⁷⁷ heeft het Hof van cassatie duidelijk gemaakt dat faillietverklaring van de achterman slechts mogelijk is indien vastgesteld is dat de achterman handelaar is, zijn betalingen heeft gestaakt en zijn krediet aan het wankelen is gebracht⁷⁸. De loutere vaststelling van vermogensvermenging tussen twee vennootschappen (waarvan de ene achterman is) volstaat niet om tot doorbraak te besluiten⁷⁹.

Uit deze cassatiearresten moet worden afgeleid dat van echte “uitbreiding” of “toerekening” van het faillissement geen sprake meer kan zijn. De theorie van doorbraak van rechtspersoonlijkheid of toerekening van faillissement heeft geen zelfstandig bestaansrecht⁸⁰. Wel is het ook naar aanleiding van een faillissement mogelijk een aandeelhouder aansprakelijk te stellen voor schade die hij heeft berokkend (art. 1382 B.W.), welke schade in sommige gevallen gelijk kan zijn aan het onbetaald gebleven gedeelte van (bepaalde) vennootschapsschulden. Meer in het algemeen kan de curator de vorderingen die de failliete vennootschap heeft tegenover een aandeelhouder, uitoefenen. Wanneer de achterman deze vorderingen niet kan betalen en hij handelaar is, zal hij failliet verklaard kunnen worden.

Handelingen van de vennootschap kunnen toegerekend worden aan de achterman, in geval van naamgeving, wanneer met andere woorden blijkt dat de handelsdaden gesteld door de vennootschap, in feite handelingen van de achterman zijn. In die zin is wel nog toerekening mogelijk, niet van faillissement noch van passief, maar van handelingen die koopmanshoedanigheid verlenen. Toerekening van handelingen is ook mogelijk wanneer de achterman het onmogelijk maakt te bepalen wie welke handeling heeft gesteld, door een ondoorzichtige boekhouding en facturatie.

36. Doorbraak van rechtspersoonlijkheid is sinds de tweede helft van de jaren '80 uitzonderlijk geworden, maar wordt toch nog toegepast, zoals geïllustreerd wordt door een vonnis van de Brusselse rechtbank van koophandel van 26 juni 2003⁸¹: een NV Jean Mes heeft allerhande activa verkocht aan een BVBA Rentmes, een éénpersoonsbvba, met als enig aandeelhouder en zaakvoerder de heer Jean Mes, tevens enig aandeelhouder en gedelegeerd bestuurder van de NV Jean Mes. De BVBA heeft slechts iets meer van de helft van de overeengekomen prijs van de activa betaald aan de NV. Desondanks heeft de BVA blijkbaar de activa doorverkocht en met de opbrengst andere activa gekocht. Sommige daarvan werden aan leasing gegeven door de BVBA aan de NV. BVBA en NV huisden bovendien in dezelfde gebouwen, die gehuurd werden door de NV, zodat de BVBA hen blijkbaar gratis betrok. Wanneer de NV Jean Mes failliet wordt verklaard, vordert de curator terzijdestelling van de rechtspersoonlijkheid van de BVBA, en faillissement van de BVBA omdat deze nog ongeveer 58.000 EUR moet aan uit de verkoop van activa aan de NV. De rechtbank besluit aan de hand van allerlei feitelijke gegevens dat er door de achterman Jean Mes geen onderscheid werd

⁷⁷ Cass. 1 juni 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 1153; *Pas.* 1979, I, 1129, noot F.D.; *R.W.* 1979-80, 696, noot COLPAERT en MOONS; *R.C.J.B.* 1981, 41, noot F. 't KINT.

⁷⁸ Ook in de arresten d.d. 12 februari 1981, *Pas.* 1981, I, 653 en 29 juni 1990, *T.B.H.* 1990, 844 werd bevestigd dat faillietverklaring enkel kan indien vastgesteld wordt dat de achterman handelaar is.

⁷⁹ Cass., 1 juni 1979, *R.W.* 1979-80, 696, noot COLPAERT en MOONS.

⁸⁰ H. GEINGER, PH. COLLE EN C. VAN BUGGENHOUT, “Overzicht van rechtspraak (1975-89). Het faillissement en het gerechtelijk akkoord”, *T.P.R.* 1991, 422, nr. 12; H. GEINGER, C. VAN BUGGENHOUT en C. VAN HEUVERSWEYN “Overzicht van rechtspraak (1990-95). Het faillissement en het gerechtelijk akkoord”, *T.P.R.* 1996, 921, nr. 11 e.v. In die zin ook vrij duidelijk I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, 291. A. ZENNER, *Dépistage, faillites et concordats*, Larcier, 1998 wijst op het arrest van 1981 ter ondersteuning van de stelling dat het hof van cassatie geen stelling heeft ingenomen over de toelaatbaarheid van het leerstuk zelf (p. 770), maar wijst er verder toch op dat het Hof van cassatie de uitbreidingsrechtspraak niet slechts geremd heeft, maar eerder uitgeroeid (p. 773, nr. 1089).

⁸¹ *DAOR* 2003/68, 80.



gemaakt tussen beide vennootschappen, en besluit tot doorbraak van rechtspersoonlijkheid. Tevens weigert de rechtbank in te gaan, wegens gebrek aan samenhang, op de vraag van de BVBA tot compensatie van de schulden van de BVBA tegenover de NV met de schulden, uit leasing van activa, van de NV tegenover de BVBA. Terecht besluit de rechtbank evenwel dat de BVBA slechts failliet kan verklaard worden indien hij niet in staat is de schuldvordering van de (reeds failliete) NV te betalen. Daaromtrent worden de debatten heropend.

Men moet evenwel zorgvuldig omspringen met het doorbraakleerstuk, teneinde niet terug terecht te komen in de excessen van de jaren ' 70.

– 56. De hoger geciteerde overweging van het hof bevat ook de kiem van een theorie die moet toelaten vennootschappen in vereffening die in staking van betaling verkeren, *niet*

⁸² Vgl. Art. 190 W. Venn., oud 184 Venn. W; Cass. 23 november 1939, *Pas.* 1939, I, 486 en *R.P.S.* 1940, nr. 3847, 47- hoewel het woord “samenloop” voor het eerst gebruikt werd, i.v.m. de ontbinding van een vennootschap, in Cass. 31 januari 1964, *R.C.J.B.* 1965, 99, noot J. RENAULD en P. COPPENS, zie N. THIRION, “La théorie de l'égalité des créanciers en concours d'une personne morale en liquidation: nouveaux enseignements de la Cour de cassation”, *R.C.J.B.* 2001, 175, noot 12.

⁸³ Een punt dat recent nog eens met nadruk onder de aandacht gebracht werd door X. DIEUX en J. WINDEY, “Nouvelles observations sur la théorie générale du concours entre les créanciers- à la lumière de la loi du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire et de ses premières applications”, *Mélanges en l'honneur de Pierre Van Ommeslaghe*, Brussel, Bruylant, 2000, 377.

⁸⁴ Cass. 24 maart 1977, *R.P.S.* 1977, nr. 5933, 108 (Charbonnage de maurage II) en Cass. 24 maart 1977, *A.C.* 1977, 802 (Houillères unies du bassin de Charleroi).

⁸⁵ Cass. 24 maart 1977, *A.C.* 1977, 802 (zaak Houillères unies du bassin de Charleroi).

⁸⁶ In dezelfde zin J. VAN RYN en P. VAN OMMESLAGHE, “Les sociétés commerciales- examen de jurisprudence (1972-78)”, *R.C.J.B.* 1981, 450; G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Liège, Faculté de droit, 1988, nr. 129; H. DU FAUX, *Liquidation des sociétés commerciales*, in *Rép; not.* 1994, 121-22, nr. 114; E. DE BIE, *Vereffening van vennootschappen na de wet van 13 april 1995*, 1995, 154.

⁸⁷ Cass. 8 december 1988, *A.C.* 1988-89, 429; *Pas.* 1989, I, 391; *T.R.V.* 1990, 49, noot Ph. COLLE.

⁸⁸ Cass. 23 januari 1992, *R.C.J.B.* 1994, 398, noot M. GRÉGOIRE.

⁸⁹ Cass. 15 oktober 1999, *R.C.J.B.* 2001, 166, noot N. THIRION.

⁹⁰ Met name Ph. GÉRARD, “La règle de l'égalité entre les créanciers d'une société commerciale en liquidation”, noot onder Cass. 25 maart 1977, *R.C.J.B.* 1977, 653, nr. 22 en G. VAN HAEGENBORGH, “Beslag ten laste van een vennootschap in vereffening”, noot onder Cass. 23 januari 1992, *R.W.* 1992-93, 1089, nr. 2.

⁹¹ In dezelfde zin VAN HAEGENBORGH, *ibidem*.

⁹² Uiteraard voor zover de overige voorwaarden voor dergelijk beslag vervuld zijn, zoals beschikken over een uitvoerbare titel.

⁹³ Zie hierover C. VAN HEUVERSWYN, “Paulianabeslag op onroerend goed en pauliaanse vordering”, *T. Not.* 1996, (226), 231-32.

⁹⁴ Zoals men weet blijven vennootschappen na ontbinding voor de duur van de vereffening bestaan, met behoud van rechtspersoonlijkheid.

⁹⁵ Cass. 22 maart 1962, *Pas.* 1962, I, 807.

⁹⁶ Zie D. D'HOOGHE, “De gevolgen van de sluiting van de vereffening van handelsvennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid”, *T.B.H.* 1989, (333), 344, met talrijke verwijzingen. Zie reeds voor dit cassatiearrest J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, Brussel, Bruylant, 1957, II, 143, nr. 1123. Voor een (zeldzaam) voorbeeld uit de rechtspraak: Luik, 20 maart 1991, *J.T.* 1992, 16, *R.P.S.* 1991, 251.

⁹⁷ E. DE BIE en J. DE LEENHEER, *Vereffening van vennootschappen, o.c.*, 206.

⁹⁸ E. DE BIE en J. DE LEENHEER, *Vereffening van vennootschappen, o.c.*, 206.

⁹⁹ En de vereffenaar heeft evenmin gelden geconsigneerd voor de onbetaald gebleven schulden. Deze twee voorwaarden zijn belangrijk. In het geciteerde cassatiearrest van 22 maart 1962 werd immers duidelijk beslist dat de vereffening mag afgesloten worden, ook al zijn nog niet alle schulden betaald, namelijk voor zover dit zonder bedrog gebeurt.

¹⁰⁰ E. DE BIE en J. DE LEENHEER, *Vereffening van vennootschappen, o.c.*, 206-207.

¹⁰¹ D. D'HOOGHE, *l.c.*, 344. Volgens DE BIE, *o.c.*, 208 gaat dit enkel op wanneer de vereffenaar geen uitkeringen aan aandeelhouders heeft gedaan voorafgaand aan het sluiten van de vereffening. Hij heeft wellicht gelijk. Die uitkeringen zijn immers te beschouwen als afzonderlijke rechtshandelingen, die niet automatisch nietig worden door de nietigverklaring van de sluiting van de vereffening. Indien men dergelijke uitkeringen wil aanvechten als

schuldeiser van de vennootschap, zal men een gemeenrechtelijke grond van nietigheid of niet-tegenwerpelijheid moeten vinden. De actio pauliana lijkt hier het meest voor de hand liggend.

J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, Brussel, Bruylant, 1957, II, 143, nr. 1123 hield er (schrijvend voor het cassatiearrest van 22 maart 1962) een andere opvatting op na: volgens hem konden de schuldeisers van de vennootschap na de nietigverklaring eenzijdigse vordering instellen tegen de vennoten, om zo de teruggave van de door hen ontvangen activa te vorderen. Die vordering lijkt evenwel overbodig, aangezien zij enkel tot gevolg kan hebben dat de activa naar de vennootschap terugkeren, wat evenwel van rechtswege gebeurt door de nietigverklaring van de sluiting (zie de terechte kritiek bij D. D'HOOGHE, *l.c.*345. Misschien had Van Ryn evenwel een vordering tot materiële teruggave voor ogen. Dergelijke vordering zal evenwel in elk geval in eerste instantie door de vereffenaar van de vennootschap moeten ingeleid worden.

¹⁰² J. VAN RYN, *Principes*, I, Brussel, Bruylant, 1957, I, 140, nr. 1119; D. D'HOOGHE "De gevolgen van de sluiting van de vereffening van handelsvennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid", *T.B.H.* 1989, (333), 346; E. DE BIE en J. DE LEENHEER, *Vereffening van vennootschappen, o.c.*, 214, met bijkomende verwijzingen naar Heenen, Resteau, Ronse.

Uit de rechtspraak: Brussel 29 april 1993, *T.R.V.* 1993, 419.

¹⁰³ Liège 11 oktober 1972, *R.P.S.* 1974, 135; Antwerpen 8 juni 1978, *R.P.S.* 1980, 186.

¹⁰⁴ Cass. 17 juni 1965, *Pas.* 1965, I, 1134; *R.W.* 1965-66, 940.

¹⁰⁵ L. FREDERICQ, *Bijvoegsel bij het Handboek van Belgisch handelsrecht*, Brussel, Bruylant, 1970, nr. 1086, 434. Zie in gelijkaardige zin J. VAN HOUTTE, *Traité des sociétés de personnes à responsabilité limitée*, Leuven/Brussel, 1962, I, nr. 234, 306-307.

¹⁰⁶ J. RONSE, "Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen (1964-67)", *T.P.R.* 1967, nr. 254.

¹⁰⁷ Noch in discussies over de opvatting van Ronse. Toch één opmerking: wanneer een vennoot, al is hij de enige overblijvende vennoot, uitdrukkelijk verklaart in te staan voor de vennootschapsschulden zonder meer, lijkt zijn aansprakelijkheid geenszins beperkt te kunnen worden tot hetgeen hij aan activa ontvangen heeft - tenzij natuurlijk uit interpretatie van de akte blijkt dat het wel degelijk de bedoeling was dergelijke beperking overeen te komen, ook al is zij niet uitdrukkelijk geformuleerd.

¹⁰⁸ Wanneer de vereffenaar daarentegen weet dat er nog een schuld bestaat en toch de activa verdeelt zonder die schuld te betalen of voor consignatie te zorgen, begaat hij een fout: Cass. 6 april 1984, *R.W.* 1984-85, 1493.

¹⁰⁹ E. VAN CAMP en G. VAN GIJSEGHEM, "De aansprakelijkheid van curatoren en vereffenaars" in *Aansprakelijkheidsrecht*, Vlaamse conferentie der balie van Gent (ed.), Antwerpen, Maklu, 2004, 183, die schrijven "daar waar de curator uitsluitend de aangegeven schuldvorderingen dient te behandelen(...) geldt dit niet voor de vereffenaar. Een vereffenaar is verplicht *alle* schulden te zoeken op gevaar van zijn persoonlijke aansprakelijkheid. Een taak die in het kader van gerechtelijke ontbinding omwille van niet-publicatie van jaarrekeningen nagenoeg onmogelijk is gelet op het gebrek aan enige relevante gegevens. Een wettelijke regeling dringt zich hierbij op dewelke identiek kan zijn aan de faillissementsprocedure van verplichte aangifte van schuldvorderingen door de schuldeisers".

¹¹⁰ Gelijkaardig D. D'HOOGHE, *l.c.*, 347.

¹¹¹ Over de onmogelijkheid van eenzijdigse vordering, zie hierboven.

¹¹² Cass. 22 maart 1962, *Pas.* 1962, I, 806; Brussel 29 april 1993, *T.R.V.* 1993, 419.

¹¹³ Na nietigverklaring van de sluiting van de vereffening kan men natuurlijk van "heropening" van de vereffening spreken, maar dit kan niet alleen verwarrend zijn, het gaat hier evidentierwijze niet om een zelfstandige rechtsgrond om op de sluiting terug te komen.

¹¹⁴ Over het principe, zie Cass. 6 april 1984, *Pas.* 1984, I, 984, *R.W.* 1984-85, kol. 1493.

¹¹⁵ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, Gent, Fecheyr, 1950, V, 1039; J. VAN RYN, *Principes*, II, 128, nr. 1098; E. DE BIE en J. DE LEENHEER, *o.c.* 95; E. VAN CAMP en G. VAN GIJSEGHEM, *o.c.*, 183. Sinds de wet van 13 april 1995 wordt de vereffenaar wel geholpen door (huidig) art. 181 W. venn., dat de vennootschapsorganen verplicht bij vrijwillige ontbinding een recente staat van activa en passiva op te stellen. Behoudens indicaties dat het tegendeel waar zou kunnen zijn, mag de vereffenaar er van uitgaan dat deze staat volledig is. Vooral ten aanzien van "latente" belastingschulden lijkt evenwel blijvend voorzichtigheid geboden. Zie ook Rb. Namen 20 december 1990, *T.B.H.* 1991, 907 (plicht van vereffenaar om contact op te nemen met de belastingadministratie om na te gaan of er nog een belastingschuld verschuldigd is; contact met revisor alleen is niet voldoende).

¹¹⁶ *O.c.* 99

¹¹⁷ Antwerpen 4 oktober 1994, *R.W.* 1994-95, 1335.

¹¹⁸ Zie de verwijzingen bij H. DU FAUX, *o.c.* In *Répertoire notarial*, 84, nr. 54.

¹¹⁹ Hoewel men niet uit het oog mag verliezen dat de te citeren overweging kadert in een arrest waarin een andere vraag centraal stond, namelijk of de vereffening kon gesloten worden vooraleer alle schulden betaald waren. Het Hof antwoordde bevestigend en sneed daarmee voorgoed de adem af van de strekking die tot dan toe in de literatuur bestaan had en die voorhield dat de vereffening steeds voortduurde/zonder formaliteiten kon heropenend

failliet te verklaren, omdat hun krediet niet aan het wankelen is gegaan, in die zin dat de schuldeisers bereid zijn de vereffenaar vertrouwen te schenken en de vennootschap uitstel of vermindering van betaling te verlenen¹²⁸. Het cassatiearrest van 17 juni 1994 is dus aangegrepen door auteurs en rechters die een nieuwe interpretatie van het begrip “wankelen van het krediet” voorstonden, minstens die voorwaarde nieuw leven wouden inblazen. Men is nl. beginnen verdedigen dat wanneer de schuldeisers vertrouwen blijken te hebben in de werkzaamheden van de vereffenaar, de faillissementsvoorwaarde van het wankelen van het krediet niet vervuld is, zodat zelfs een deficitaire vereffening doorgang kan vinden. Daar waar oorspronkelijk in heel wat rechtspraak omtrent vennootschappen in vereffening werd aangenomen dat van zodra één schuldeiser zijn vertrouwen in de deficitaire vereffening opzegde door in faillissement te dagvaarden, het faillissement moet uitgesproken worden, won in de tweede helft van de jaren '90 de overtuiging veld dat de vereffening meer en meer als een alternatief voor het faillissement kan beschouwd worden, en werden vorderingen in faillissement vanwege één (minder belangrijke) schuldeiser regelmatig als een vorm van rechtsmisbruik van de hand gewezen, indien bleek dat de grote meerderheid van de schuldeisers zich wel bij een deficitaire vereffening kon neerleggen. De vraag of een vennootschap in vereffening failliet verklaard mag worden, werd aldus, terecht, gezien als een feitenkwestie¹²⁹.

De visie die de deficitaire vereffening als een alternatief voor het faillissement ziet, kon steun vinden in de parlementaire voorbereiding van de faillissementswet van 1997¹³⁰. Deze visie werd bevestigd met een arrest van het Hof van cassatie van 6 maart 2003¹³¹ waar geoordeeld werd dat de vraag of het krediet van een vennootschap in vereffening is geschokt, tot de feitelijke beoordelingsbevoegdheid van de rechter ten gronde behoort. De rechter ten gronde die vaststelt dat de vereffening niet frauduleus is, zich in goede omstandigheden afspeelt, tot voldoening van de schuldeisers, of een betekenisvolle meerderheid onder hen, en dat hun instemming niet werd bekomen op grond van onvolledige of onjuiste informatie, en dat het krediet derhalve niet is geschokt, verder dat de wijze van vereffening niet van die aard

worden (en de vennootschap als rechtspersoon bleef bestaan, ondanks eventuele als het ware voorlopige sluiting van de vereffening door de algemene vergadering) zolang niet alle schulden betaald waren (zie over die oude opvattingen D. D'HOOGHE, *l.c.*, 334-336.)

¹²⁰ *Pas.* 1962, I, 806, met concl. Adv.-gen. Ganshof van der Meersch. Zie ook Brussel 29 april 1993, *T.R.V.* 1993, 419.

¹²¹ Daarover E. DE BIE, *o.c.*, 189 e.v., die overtuigend heeft aangetoond dat dit niet geoorloofd is wanneer de ontvangende vennoot een natuurlijke persoon is, gezien de samenloop van de vennootschapsschuldeisers met de persoonlijke schuldeisers van de vennoot.

¹²² Zie J. WOESTYN, “Vennootschappen en insolventierecht” in *Omgaan met vennootschappen*, Vlaamse conferentie Balie Gent, Antwerpen, Maklu, 2002, 229, nr. 27.

¹²³ Zie reeds Cass. 12 maart 1885, *Pas.* 1885, I, 91; Cass. 5 mei 1911, *Pas.*, I, 233. Volledig overzicht van de cassatierechtspraak bij W. DERIJCKE, volgende voetnoot.

¹²⁴ Zie bv. de vier vonnissen (Kh. Mons, 21 maart 1983, Kh. Dendermonde, 27 mei 1983, Kh. Charleroi, 25 oktober 1983, Kh. Luik, 7 februari 1984), tegelijk gepubliceerd in *T.B.H.* 1984, 462, met gezamenlijke noot van Y. DUMON, “Liquidations volontaires, concordats et faillites: les tentations du choix, ses dangers, objectifs et justification de chaque institution”.

¹²⁵ Aldus terecht W. DERIJCKE, “Faillite d’une société en liquidation: entre aphérèse et apocope”, noot onder Liège 26 juni 1997, *R.P.S.* 1998, 115.

¹²⁶ Voor een goed en toch kort overzicht, met veel verwijzingen, zie S. VANDE WIELE, “Faillissement van een vennootschap in vereffening”, *Accountancy & Tax* 2003/4, 42.

¹²⁷ *T.B.H.* 1994, 876.

¹²⁸ Terecht bv. J. WOESTYN, *o.c.*, 227, nr. 25.

¹²⁹ W. DERIJCKE, *o.c.*, noot onder Liège 26 juni 1997, 122, nr. 7.

¹³⁰ Zie de referenties bij S. VANDE WIELE, *o.c.* noten 71 en 72, in het bijzonder verslag Hatry en Vandenberghe, Senaat 498/11, p. 77-81 (verwerping amendementen die ertoe strekten vrijwillige deficitaire vereffening onmogelijk te maken).

¹³¹ *T.R.V.* 2003, 413.



is het krediet van de vennootschap te schokken bij haar schuldeisers, dat er niet wordt voorgehouden dat de regel van de gelijke behandeling van de schuldeisers werd geschonden of dat juridische constructies werden opgezet die de rechten van de schuldeisers kunnen aantasten, stelt aan de hand van een feitelijke beoordeling vast dat een voldoende meerderheid van schuldeisers haar vertrouwen in de vereffenaar behoudt.¹³²

58. Het Hof van beroep te Luik oordeelde dat het niet volstaat dat de belangrijkste aandeelhouder, tevens belangrijkste schuldeiser van de vennootschap, zijn vertrouwen in de vereffening behoudt, om te vermijden dat van een wankelen van het krediet sprake kan zijn:

“Attendu que pour ce qui est de l’appréciation de la condition d’ébranlement de crédit, le fait que l’appelante conserve la confiance de son actionnaire majoritaire et principal créancier ne suffit pas;

Qu’ainsi que le liquidateur le reconnaît, la situation est “virtuellement bloquée” depuis 1988; qu’il n’existe aucune raison d’espérer un quelconque changement si la situation devait être maintenue; que le curateur signale d’ailleurs également le manque de coopération du liquidateur à son égard;”¹³³.

59. De rechtbank van koophandel te Charleroi verklaarde een vennootschap in vereffening failliet op vraag van één schuldeiser die een miniem aandeel van het totaal aantal schuldvorderingen vertegenwoordigde, en stelde vast dat er in hoofde van die eiser geen rechtsmisbruik kon vastgesteld worden, nu de vereffenaars weliswaar in alle transparantie werkten, maar er volgens de rechtbank toch voldoende feitelijke elementen aanwezig waren die twijfels opriepen omtrent het gedrag van de bestuurders voorafgaand aan de ontbinding. Meer bepaald rees de vraag hoe opeens een passief van 360 miljoen BEF was ontstaan, en over de relaties tussen de ontbonden vennootschap en verbonden vennootschappen met hetzelfde aandeelhouderschap. In die omstandigheden kon een faillissement voor de schuldeisers volgens de rechtbank interessant zijn, gezien de mogelijkheid van de curator om handelingen uit de verdachte periode aan te vechten¹³⁴.

V. De sterhuisconstructie in groepsverband¹³⁶

61. In een traditionele sterhuisconstructie in groepsverband zal men vooreerst een nieuwe vennootschap oprichten (NEWCO), aan wie vervolgens de controle die de moedervenootschap over haar (weinig) gezonde dochters heeft, overgedragen wordt. De gezonde dochters worden dus “ontdochterd”. Dit kan gebeuren door de overdracht van de aandelen die die moeder in de dochters houdt aan Newco of, zoals in § 4 hierna kort besproken wordt, door een kapitaalverhoging bij de gezonde dochters waarbij de aandelen zo toebedeeld worden dat Newco een meerderheid in de gezonde dochters verwerft (verwatering van de oude moeder tengevolge van een kapitaalverhoging met uitsluiting van voorkeurrecht ten voordele van een bepaalde persoon).

¹³² Zie tevens CH. VAN BUGGENHOUT en E. VAN DEN HAUTE, “Vereffening van vennootschappen en faillissement: stand van zaken”, *T.B.H.* 2004, 377.

¹³³ Liège, 3 april 2003, *DAOR* 2003/67, p. 70.

¹³⁴ Bv. Kh. Charleroi, 5 januari 1999, *R.P.S.* (264), 268.

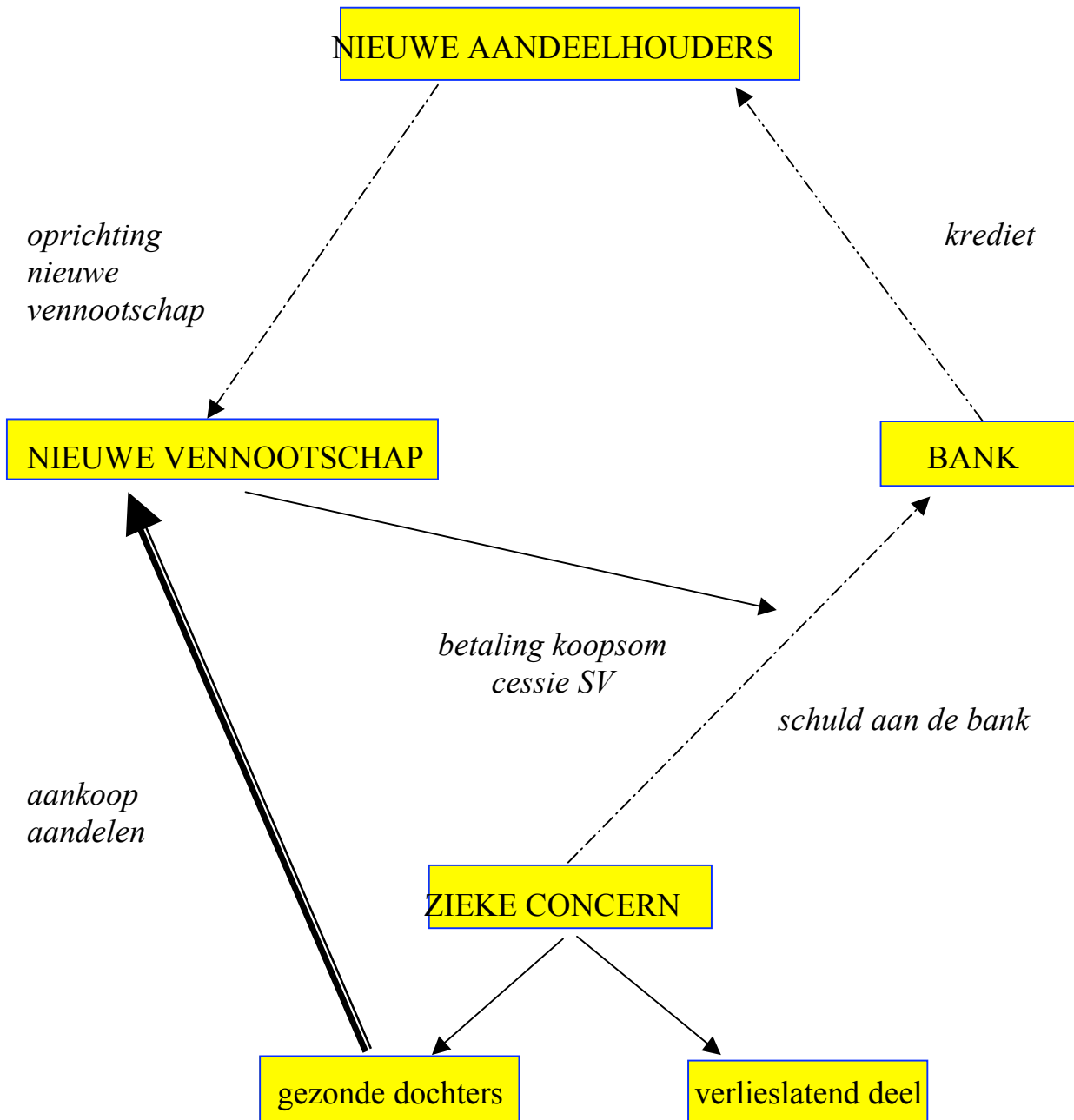
¹³⁵ Bv. Mons 16 september 1988, *R.P.S.* 1989, 63; Mons 16 oktober 1989, *T.B.H.* 1991, 28.

¹³⁶ Zie vooral S. LOOSVELD, “De sterhuisconstructie”, *T.R.V.* 1998, 125-153 en (naar Nederlands recht, maar met veel ideeën inspirerend voor Belgische juristen), J. WOELDERS en A. WOELDERS, *Sterhuisconstructies*, Deventer, Kluwer, 1986, 100 p. Zie inleidend ook Ph. COLLE, *Het juridisch kader van de faillissementsvoorkoming*, Antwerpen, Maklu, 1989, nr. 211; I. VEROUGSTRATE, *Manuel*, 345, nr. 556.



Doorgaans zal de Newco niet opgericht worden door de moederverenootschap zelf, maar door feitelijk met haar gelieerde personen, zoals belangrijke aandeelhouders, bestuurders, of een dochtervennootschap.

De verrichting kan schematisch als volgt voorgesteld worden (geval van ontdochtering door aandelenverkoop):





§ 1. Oprichting van de nieuwe moedervenootschap: Newco

Wanneer Newco evenwel een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid is - en dat zal (bijna) steeds het geval zijn - kan zij enkel op de vier in de artt. 227 (BVBA), 403 (CVBA) en 454 (NV) W. Venn. opgesomde gronden nietigverklaard worden. Nietigverklaring wegens ongeoorloofd doel van Newco is de enige nietigheidsgrond die potentieel in aanmerking komt. Hier steekt het arrest Marleasing¹³⁷ van het Europese Hof van justitie¹³⁸ evenwel stokken in de wielen. In dit arrest oordeelt het Hof dat de nietigheidsgronden die in de eerste Richtlijn, waarop o.a. art. 454 W. Venn. teruggaat, vermeld zijn, restrictief moeten geïnterpreteerd worden, gezien de intentie van de Europese wetgever om het gevaar op nietigheid van vennootschappen te beperken. Daaruit leidt het Hof vervolgens af dat met de woorden “doel van de vennootschap” enkel het statutaire doel kan bedoeld zijn. Dit statutaire doel, zelfs indien de bewoordingen ervan soepel uitgelegd worden, zal zelden dusdanig geformuleerd zijn dat het als dusdanig ongeoorloofd of in strijd met de openbare orde is.

63. Het feit dat de nietigheidsgronden voor kapitaalvennootschappen limitatief zijn bepaald, verhindert eveneens dat een adagium als “*fraus omnia corrumpit*”¹³⁹ - adagium waaraan door ons Hof van cassatie rechtswaarde wordt toegekend - zou kunnen ingeroepen worden om Newco te laten nietigverklaren.

Overigens bestaat er naar Belgisch recht geen gebod om schuldeisers gelijk te behandelen¹⁴⁰ (wat wel bestaat, hoewel men in het licht van recente cassatierechtspraak ook daar aan zou kunnen twijfelen, is de onmogelijkheid om contractueel een recht van voorrang van de ene schuldeiser boven een ander te creëren, althans voor zover het de bedoeling zou zijn dat recht in geval van samenloop tegenwerpelijk te maken aan die andere schuldeisers¹⁴¹). Zolang er niet met bedrog of de intentie om te schaden gehandeld wordt en onverminderd specifieke wettelijke regelingen beschikt de schuldenaar immers vrij over zijn vermogen¹⁴², waarbij het hem wel degelijk toegestaan is de ene schuldeiser boven de andere te bevoordelen (dit alles steeds buiten situaties van samenloop).

§ 2. De overdracht van aandelen aan Newco

1. bevoegdheid: raad van bestuur

64. Indien de verkopende moedervenootschap een NV of BVBA is, is het bestuur het bevoegde orgaan om tot deze verkoop te beslissen. In de meeste gevallen zullen geen

¹³⁷ H.v.J. 13 november 1990, zaak C-106/89, *Jur.* 1990, p.I-04135; *TRV* 1991, 36.

¹³⁸ Art. 454 W. Venn. gaat immers terug op de eerste Europese richtlijn inzake vennootschapsrecht, waarvan het Hof van justitie de ultieme interpretator is.

¹³⁹ Over de draagwijdte hiervan, zie X. DIEUX, “Développements de la maxime ‘*fraus omnia corrumpit*’ dans la jurisprudence de la cour de cassation de Belgique” in *Actualité du droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2005, 125-154. Zie tevens de belangrijke bijdrage van D. DEVOS, “Propos sur la répression de la fraude en droit privé”, *T.B.H.* 1985, 283-302.

¹⁴⁰ Vgl. A. ZENNER en I. PEETERS, “Tegenwerpelijkheid van samenloopvermijdende contractuele waarborgmechanismen”, *R.W.* 2004, 489, nr. 14: “Derhalve is de louter ongelijke behandeling van schuldeisers niet voldoende om de niet-tegenwerpelijkheid te rechtvaardigen van een handeling gesteld voor het faillissementsvonnis, zoals het Hof van Cassatie het in een arrest van 11 oktober 1985 besliste” (Cass. 11 oktober 1985, *Pas.* 1986, I, 150).

¹⁴¹ Voor een recente analyse van enkele samenloopvermijdende technieken en hun tegenwerpelijkheid, zie A. ZENNER en I. PEETERS, geciteerde bijdrage.

¹⁴² Men leest wel eens dat de beschikkingsbevoegdheid over het vermogen doelgebonden zou zijn, maar dit beginsel lijkt volkomen uit de lucht gegrepen.



problemen rond deze bevoegdheid rijzen wanneer de moedervenootschap niet op haar beurt dochter is van een andere vennootschap; is zij wel een dochter, dan is de kans reëel dat in haar statuten een clause voorkomt die onder meer bepaalt dat het vervreemden van grote participaties in andere vennootschappen, de toestemming van de algemene vergadering behoeft, of dat dergelijke toestemming vereist is voor elke wezenlijke wijziging in het vermogen van de vennootschap. Dergelijke clausules zijn intern geldig, maar wanneer de raad van bestuur hen miskent door toch zelfstandig tot verkoop van de aandelen te beslissen, kan de vennootschap zich daar niet op beroepen tegen derden (Prokuraleer, art. 522 W. venn.(NV)). De geldigheid van de koop-verkoop wordt dus niet aangetast door de schending van de statuten door de raad van bestuur, die zijn bevoegdheid overschrijdt. Een uitzondering bestaat evenwel voor het geval de wederpartij van de vennootschap, in casu Newco, te kwader trouw is, met andere woorden de bevoegdheidsbeperking kende of moest kennen. Welnu, gezien de nauwe banden tussen Newco en de verkopende moeder, zal het meestal niet moeilijk vallen deze kwade trouw te bewijzen. Daarvoor is zelfs niet vereist dat men kennis van de bevoegdheidsbeperking in hoofde van organen van Newco bewijst. Het volstaat dat men kennis bewijst in hoofde van personen wiens kennis redelijkerwijze, volgens verkeersopvattingen, kan toegerekend worden aan Newco - bv. bestuurders of aandeelhouders van de moedermaatschappij die hebben meegewerkt aan de oprichting van Newco (niet noodzakelijk als oprichter als dusdanig), of bij Newco een bestuursfunctie waarnemen.

65. De aandelenparticipaties die de moeder wenst te verkopen aan Newco, zullen vaak haar belangrijkste, soms zelfs haar enige actief vormen. De vraag is of dergelijke verkoop dan wel verenigbaar kan geacht worden met het doel van de vennootschap. Zoals men weet zijn bestuurders van een BVBA of NV immers alleen bevoegd om alle handelingen te verrichten die nuttig of dienstig zijn voor de verwezenlijking van het doel van de vennootschap - ook al geldt opnieuw dat doeloverschrijdingen niet door de vennootschap tegen derden te goeder trouw¹⁴³, noch door derden tegen de vennootschap kunnen ingeroepen worden¹⁴⁴. Maar niet alleen is doelomschrijving in de statuten doorgaans uitermate ruim. Bovendien zal de vennootschap in ruil voor de verkoop geld of een andere tegenprestatie ontvangen waarmee ze een activiteit kan voortzetten, en kan men zelfs de verkoop van het ganse actief van een vennootschap niet gelijkstellen met een feitelijke ontbinding¹⁴⁵. In sommige gevallen zal zich veiligheidshalve, nadat de verkoop heeft plaatsgevonden, toch een doelwijziging door de algemene vergadering (4/5 meerderheid) opdringen, maar de verkoop zelf kan hoedanook door de raad van bestuur beslist worden¹⁴⁶.

2. De prijs van de aandelenoverdracht

a. algemeen

66. Vanuit het oogpunt van de schuldeisers is de vraag cruciaal of de prijs die de moedervenootschap ontvangt voor de verkoop van de aandelen in de dochters, voldoende is.

¹⁴³ Art. 526 W. Venn.

¹⁴⁴ Cass. 12 november 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 324, *T.R.V.* 1988, 107, noot L. LIEFSOENS.

¹⁴⁵ Hierover onder andere K. GEENS EN H. LAGA, "Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1986-1991", *T.P.R.* 1993, nr. 114, 1034-35. Zie tevens Cass. 21 september 1989, *Pas.* 1990, I, 81; *R.W.* 1989-90, 1059; *R.C.J.B.* 1993, kritische noot M. COIPEL, waar geoordeeld werd dat de raad van bestuur bevoegd is om te beslissen tot de toenmalige figuur van gerechtelijk akkoord met boedelafstand. Voor het feit dat een zaakvoerder van een BVBA het volledige handelsfonds van de vennootschap mag verkopen zonder toestemming van de aandeelhouders of zonder doelwijziging, zie Kh. Brussel 18 mei 1990, *T.B.H.* 1991, 66, noot E. POTTIER.

¹⁴⁶ Iets anders is dat de raad zich soms zal willen indekken door vrijwillig voorafgaande toestemming vanwege de algemene vergadering te vragen.



Deze vraag is ook voor de aandeelhouders van de oude moeder van belang: er verdwijnt substantie uit hun vennootschap, met een potentieel nadelige invloed van de transactie op de rentabiliteit van de oude moeder. Indien, zoals meestal het geval zal zijn, grootaandeelhouders van de oude moeder de drijvende kracht achter de sterfhuisconstructie zijn, zullen deze het eventuele nadeel dat ze langs de kant van de moeder lijden doordat deze een te lage tegenprestatie ontvangt voor de overdracht van de aandelen, meer dan gecompenseerd zien doordat zij tevens aandeelhouder van Newco worden. Een gelijkaardige vaststelling is te maken voor een speciaal soort schuldeiser, met andere belangen dan de andere schuldeisers en wiens belangen doorgaans parallel lopen aan die van de meerderheidsaandeelhouder van de oude moeder die de sterfhuisconstructie opzet, nl. de bank, die kredieten heeft verleend aan de oude moeder, vaak afgedekt met zekerheden, zoals een pand op de te verkopen aandelen of een borgtocht van de dochters van de moeder voor de door de moeder aangegane kredieten waarvan de dochters eveneens kunnen meegenieten.

b. cessie schuldvordering

67. Wat de opbrengst van de verkoop van de aandelen aan Newco betreft, moet men wel beseffen dat het in het kader van een sterfhuisconstructie vaak niet de bedoeling is dat deze opbrengst als dusdanig naar de verkopende moeder terugvloeit. Vaak zal Newco niet rechtstreeks aan de moeder betalen, maar ontvangt de moeder slechts een schuldvordering op Newco, die wordt gecedeerd aan de bank die vorderingen had op de verkopende moeder en die soms ook de oprichting van Newco heeft gefinancierd¹⁴⁷.

68. Deze cessie van schuldvordering kan problematisch zijn wanneer de moedervenootschap die de vordering cedeert, binnen de zes maanden daarna failliet gaat en de rechtbank de verdachte periode zes maanden voor de faillietverklaring laat ingaan. Inbetalinggevingen tijdens de verdachte periode zijn volgens art. 17, 2° Faillissementswet immers van rechtswege niet tegenwerpelijk aan de faillissementsboedel¹⁴⁸. Voor de bij de sterfhuisconstructie betrokken bank zou eventueel de verleiding kunnen bestaan haar kredieten aan de moedervenootschap kunstmatig in stand te houden, om zo te verzekeren dat de moeder tot meer dan zes maanden na de cessie in leven blijft, zodat de cessie niet meer kan aangevochten worden, tenzij op basis van moeilijk te bewijzen gemeenrechtelijk bedrog, wanneer de moeder uiteindelijk toch failliet verklaard wordt. Het spreekt voor zich dat dergelijke manipulaties vanwege de bank uit den boze zijn. Zij zou een fout in de zin van art. 1382 B.W. begaan door mee te werken aan een kunstmatig uitstel van faillissement, in haar eigen voordeel.

3. Opheffing eventueel pand op aandelen

69. Een ander element waarmee men rekening moet houden bij de analyse van de verkoop van de aandelen van de oude moeder aan Newco, is dat het regelmatig zal voorkomen dat die aandelen in pand gegeven zijn aan banken als zekerheid voor kredieten van de bank aan de groep. Indien de aandelen met toestemming van de pandhoudende schuldeiser (daarover verder) worden verkocht, is het legitiem bij het bepalen van de verkoopprijs met het bestaan van het pand rekening te houden. Wanneer Newco het pand overneemt, is het naar omstandigheden gerechtvaardigd de aandelen tegen een symbolische euro over te dragen.

¹⁴⁷ I.VEROUGSTRAETE en C. VAN BUGGENHOUT, "Faillissement en continuïteit van de onderneming", *T.P.R.* 1990, 1755, nr. 22.

¹⁴⁸ Daarnaast zou ook art. 18 F.W. kunnen spelen, voor zover de curator bewijst dat de bank kennis had van de staking van betaling.



Newco neemt immers een last van de moeder over. Het grote nadeel van dergelijke werkwijze is dat Newco al van bij den beginne met een belangrijke schuld wordt opgezadeld, terwijl sterfhuisconstructies nu net opgezet worden om een “fresh start” mogelijk te maken.

Een tweede mogelijkheid is dat de aandelen tegen hun reële waarde verkocht worden, maar dat de koopprijs nog niet onmiddellijk betaald wordt. De oude moeder krijgt daarentegen een schuldvordering op Newco, en deze schuldvordering wordt gecedeerd aan de bank, die het pand heeft vrijgegeven.

70. Hoe dan ook zullen de aandelen waarop een pand rust slechts verkocht kunnen worden met medewerking van de pandhoudende schuldeiser. Door de vrijgave van de aandelen aan de moedervennootschap¹⁴⁹, gaat het pand teniet. Wanneer de bank er voor zou opteren het pand te vervangen door een volledig nieuwe zekerheid ten laste van de moeder, is de kans groot dat die nieuwe zekerheid gevestigd wordt, voor een oude schuld, in de verdachte periode. Dit zou leiden tot haar niet-tegenwerpelijkheid overeenkomstig art. 17 F.W. In het scenario waar Newco de zekerheidslast van de oude moeder overneemt, stelt dit probleem zich niet (Newco zal immers niet failliet gaan, en het is ten laste van Newco dat de nieuwe zekerheid gevestigd wordt). Maar zelfs wanneer het oude pand economisch gezien slechts tijdelijk vrijgegeven wordt teneinde de verkoop mogelijk te maken, om dan onmiddellijk vervangen te worden door een nieuw pand of andere zekerheid ten laste van de moeder - bv. een pand op haar schuldvordering op Newco- zegt het billijkheidsgevoel dat dergelijke zekerheid in faillissement niet aanvechtbaar zou mogen zijn: juridisch wordt weliswaar een nieuwe zekerheid gevestigd, maar economisch gezien is deze gewoon de voortzetting van de oude¹⁵⁰.

71. De vraag rijst of de figuur van het wisselpand hier geen oplossing kan bieden. Het Hof van cassatie heeft beslist dat een pandrecht tegenwerpelijk is hoewel goederen tijdens de verdachte periode in handen van de schuldeiser zijn geven, wanneer blijkt dat deze goederen in vervanging komen van goederen die reeds voor de verdachte periode in pand waren gegeven en een voortzetting zijn van een rechtsgeldig voor de verdachte periode verschaft pandrecht tot zekerheid van een bestaande schuld¹⁵¹. Deze figuur werd door het Hof van cassatie voor het eerst erkend in een arrest uit 1914¹⁵². Opdat geen afbreuk zou gedaan worden aan de buitenbezitstelling en de continuïteit van het pand is volgens dit arrest vereist dat de in de plaats gestelde goederen onmiddellijk in de plaats van de vroegere komen, en geen hogere waarde hebben dan de activa die ze vervangen.

¹⁴⁹ Het is evenwel niet zeker dat dergelijke vrijgave noodzakelijk is in het kader van sterfhuisconstructie. Men zou immers kunnen argumenteren dat, nu de pandgever eigenaar blijft van hetgeen hij in pand gegeven heeft, hij (in casu: de moedervennootschap) het voorwerp van het pand (de aandelen) zonder instemming van de pandhoudende schuldeiser (bank) kan overdragen. De pandhoudende schuldeiser kan zijn volgrecht uitoefenen. Bij toonderaandelen zal fysieke levering weliswaar uitgesloten zijn zonder medewerking van de pandhoudende schuldeiser, maar Newco dringt daar wellicht niet op aan gezien haar nauwe relaties met de oude moeder. Dit alles neemt niet weg dat in elk geval de facto toestemming van de bank vereist zal zijn, teneinde een werkbare relatie met haar te behouden.

¹⁵⁰ Vergelijk de casus Kh. Brussel 27 juni 1953, *J.C.B.* 1955, 17, bevestigd door Brussel 29 juni 1954, *J.C.B.* 1955, 26, waar de rechtbank zich (volgens ons terecht) duidelijk liet leiden door de ratio van art. 17, 3° F.W (schuldeisersbenadeling vermijden), eerder dan door de letterlijke bewoordingen.

¹⁵¹ Cass. 7 oktober 1976, *A.C.* 1977, 153; *Pas.* 1977, I, 154, concl. Pro. Gen. KRINGS, *R.C.J.B.* 1979, 5 noot FAGNART. E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, Kluwer, 4^{de} uitgave, 1999, 300, nr. 451, waar de auteurs erop wijzen dat dit een uitzondering is op het beginsel dat de voor het pand vereiste buitenbezitstelling eraan in de weg staat dat het pandrecht wordt uitgeoefend op een goed dat in de plaats komt van de oorspronkelijk in pand gegeven zaak. S. LOOSVELD, “De sterfhuisconstructie”, *o.c.*, 146, nr. 65.

¹⁵² Cass. 12 november 1914, *Pas.* 1915-16, 125.

72. Nu is de figuur van het wisselpand zonder twijfel ontwikkeld om pandrechten op voorraden en andere gehelen van *vervangbare* goederen mogelijk te maken. Dit doet de vraag rijzen of het in de voor ons relevante constellatie kan toegepast worden. Vaak zal immers het pand op aandelen vervangen worden door een pand op de schuldvordering tot betaling van de koopprijs van de aandelen. Niet alleen zijn zelfs toonderaandelen naar Belgisch recht geenszins *vervangbare* zaken¹⁵³, voor ons relevanter is dat de aandelen en een schuldvordering die op hun verkoopprijs betrekking heeft, onderling moeilijk als *vervangbare* zaken kunnen beschouwd worden. In zijn grondig en heel helder onderzoek van het wisselpand wijst V. Sagaert¹⁵⁴ er op dat de Belgische rechtspraak, in tegenstelling tot het Franse hof van cassatie¹⁵⁵, de *vervangbaarheid* niet als voorwaarde voor de geldigheid van een wisselpand vermeldt. Integendeel, in het reeds aangehaalde cassatiearrest van 7 oktober 1976 is een indicatie te vinden dat het Hof *vervangbaarheid* niet als voorwaarde beschouwde: “dat de continuïteit van het pand wettig is zelfs wanneer de nieuwe goederen niet dezelfde zijn als diegene die ze vervangen”. Bij nader inzien komt het ons voor dat het Hof hiermee geen uitspraak heeft gedaan over de vraag of de goederen *vervangbaar* moeten zijn. Het zegt alleen dat - eigenlijk vanzelfsprekend indien men het wisselpand niet van elk nut wil beroven - het “nieuwe”(eigenlijk: “voortdurende”) pand niet op exact dezelfde goederen moet slaan. Hoedanook, als men met Sagaert¹⁵⁶ aanneemt dat de figuur van het wisselpand zijn grondslag vindt in de onderlinge *vervangbaarheid* van zaken, dan zal de figuur van het wisselpand geen oplossing kunnen bieden voor de overgang van pand op aandelen naar pand op schuldvordering¹⁵⁷. Wel is het mogelijk dat zakelijke subrogatie een uitkomst biedt voor de vervanging van niet onderling verwisselbare goederen. Sagaert leert ons dat er dan bijkomend een causaal verband vereist is tussen het oorspronkelijke onderpand en het surrogaat¹⁵⁸. Wanneer de aandelen vervangen worden door een schuldvordering betreffende hun verkoopprijs, lijkt die voorwaarde toch wel vervuld. Wat er ook van zij, Sagaert geeft toe dat de Belgische rechtspraak¹⁵⁹ het niet zo nauw neemt met de voorwaarde van onderlinge *vervangbaarheid* om het wisselpand toe te passen, en dat daarvoor steun kan gevonden worden in het aangehaalde cassatiearrest uit 1976¹⁶⁰.

4. Benadeling van de chirografaire schuldeisers van de moeder ?

73. Wanneer de prijs die voor de aandelen betaald wordt, manifest te laag is, moet onderzocht worden of de schuldeisers van de verkopende moederverenootschap zich op de

¹⁵³ Tenzij ze fungibel gemaakt zijn door opname in een effectenrekening.

¹⁵⁴ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 623 e.v. nr. 657 e.v.

¹⁵⁵ Cass. fr. 10 maart 1915, *D.* 1916, I, 214.

¹⁵⁶ *O.c.*, 628-630.

¹⁵⁷ Overigens kan het wisselpand nooit een oplossing bieden voor het geval waar het pandrecht *onderbroken* wordt, doordat de pandgoederen even uit handen gegeven worden, in casu om verkocht te worden, om dan weer in pand gegeven te worden, dan nog door een andere schuldenaar (in casu Newco). Het is betwifelbaar of in zulke gevallen aan de voorwaarde van de “onmiddellijke vervanging” voldaan is. Maar in elk geval heeft het hof van cassatie in zijn arrest uit 1914 doorslaggevend belang gehecht aan de vaststelling dat het pand niet onderbroken werd door vervang van de ene zaak door een andere. V. Sagaert (*o.c.*, nr. 664, p. 632) maakt duidelijk dat ook zakelijke subrogatie in dergelijk geval geen soelaas biedt: zij “strekt immers louter tot *handhaving*, niet tot *heropleving* van het zakelijk zekerheidsrecht”. Hij verwijst naar de rechtspraak die volgens hem ten onrechte tegenwerpelijk acht, ondanks dat dit tijdens de verdachte periode gebeurt, dat een hypothecaire schuldeiser eerst handlichting verleent en dan een inschrijving neemt op het door de debiteur nieuw verworven onroerend goed.

¹⁵⁸ *O.c.* nr. 663.

¹⁵⁹ Zie onder meer Gent 12 maart 1981, *Pas.*1981, II, 78; Gent 4 mei 1961, *R.W.* 1961-62, 841, concl. Adv.-gen. MATTHIJS; Kh. Verviers 26 september 1968, *T.B.H.* 1969, 616.

¹⁶⁰ Ook S. LOOSVELD, *l.c.*, 146 grijpt die rechtspraak en de leer van het wisselpand enthousiast aan om de tegenwereplijkheid van het pand te bepleiten.



pauliaanse vordering zouden kunnen beroepen om te bekomen dat de verkoop hen niet tegenwerpelijk wordt verklaard. Door de verkoop aan een manifest te lage prijs treedt immers een verarming op bij de moedervenootschap, potentieel ten nadele van haar schuldeisers.

Bij het bepalen van wat een aanvaardbare overnameprijs is, moet men rekening houden met alle modaliteiten en bedingen van de overeenkomst. Het spreekt voor zich dat de eigenlijke prijs, de som die betaald wordt, lager mag liggen wanneer de overnemer bepaalde oude schulden mee overneemt dan wanneer hij de activa, of in dit geval aandelen, volledig vrij van enige verbintenis in te staan voor oude schulden overneemt¹⁶¹.

Omgekeerd volstaat het niet te argumenteren, zoals een eiser in cassatie tevergeefs deed, dat de overdracht gebeurt met het lovenswaardige doel een deel van de onderneming te redden uit een zieke vennootschap, om te rechtvaardigen dat de prijs die de overnemer betaalt een stuk lager is dan de normale marktprijs. Zo ondervond een vennootschap die twee van haar waardevolste activa had vervreemd tegen een al te lage prijs, nl. een merk dat was verkocht aan een door de hoofdaandeelhouder opgerichte vennootschap en de verhuring van gebouwen die voor meer dan 105 miljoen frank in de boeken stonden tegen een prijs van 500.000 frank per jaar, aan diezelfde nieuw opgerichte vennootschap¹⁶².

74. Toegepast op een sterfhuisconstructie, zal de pauliaanse vordering wellicht niet vaak ingeroepen kunnen worden. Vooreerst zullen de aandelen meestal *niet* tegen een te lage prijs overgedragen worden. Integendeel zal de overdrager doorgaans zo voorzichtig zijn deskundigenverslagen, bv. van een bedrijfsrevisor, te vragen waarin nagegaan wordt of de verrichting tegen een aanvaardbare prijs wordt doorgevoerd.

Wel is het zo dat, zoals gezien, de vordering tot betaling van de prijs het vermogen van de oude moeder vaak slechts virtueel of zeer kort zal bereiken, omdat die vordering onmiddellijk gecedeerd wordt aan de kredietverlenende bank. Er bestaat rechtspraak die, in een geheel andere context, oordeelt dat wanneer de op zich normale prijs van een verkoop niet in het vermogen van de verkoper terechtkomt of daar niet kan teruggevonden worden, dit een benadeling van diens schuldeisers is die via de pauliana kan aangevochten worden¹⁶³. En inderdaad hebben we in zulke gevallen op het eerste gezicht te maken met een verarming in de zin waarin de moderne doctrine dit begrijpt: het wordt moeilijker voor de schuldeisers om hun vordering te verhalen.

Toch zal het ook in geval van cessie van schuldvordering moeilijk zijn voor de schuldeiser om een concrete verarming te bewijzen¹⁶⁴. Men mag er immers van uitgaan dat de bank reeds zekerheden had bedongen, die een terugbetaling van andere schuldeisers in geval van samenloop onwaarschijnlijk maakte. In zoverre de afdracht van schuldvordering slechts een manier is om de rechten van de pandhoudende bank te vrijwaren of zelfs om haar te betalen, zullen de andere schuldeisers niet kunnen opwerpen dat zij in concreto verarmd zijn. Zoals reeds opgemerkt wordt er in het kader van de actio pauliana steeds op gewezen dat men de verarming van de schuldenaar niet louter balansmatig mag zien. Dit principe snijdt langs twee kanten. Enerzijds leidt het ertoe dat wanneer een actiefbestanddeel vervangen wordt door een ander actiefbestanddeel dat “in going concern” even veel waard is maar minder gemakkelijk het voorwerp van gedwongen executie kan uitmaken, dit een verarming van de schuldeisers

¹⁶¹ Vgl. I. VEROUGSTRAETE, “Het waterdicht beschot”, *o.c.* 404, nr. 15 in fine.

¹⁶² Cass. 17 januari 1979, 1979, I, 569.

¹⁶³ Mons 12 maart 1980, *Rev. Not. Belge* 1981, noot J. SACE; Rb. Brussel, 10 september 1987, *J.L.M.B.* 1987, 1543.

¹⁶⁴ Dit is het cruciale argument waarop de aanvaardbaarheid van sterfhuisconstructies (vanuit juridisch oogpunt) rust. Zie bv. S. LOOSVELD, “De sterfhuisconstructie”, *T.R.V.* 1998, 140-41, 144, nr. 57.

kan betekenen. Anderzijds betekent het ook dat wanneer een vermogensbestanddeel, zoals de aandelen of de schuldvordering tot betaling van hun verkoopprijs, het vermogen van de schuldenaar verlaat, dit niet als een concrete benadeling van de chirografaire of algemeen bevoorrechte schuldeisers kan gezien worden wanneer vaststaat of zeer waarschijnlijk is dat zij ingeval van gedwongen uitvoering of samenloop toch niet betaald zouden zijn, precies gezien de pandrechten van de bank. Toegegeven moet wel worden - en dat is een waarschuwing aan wie zich volledig veilig zou wanen tegenover de schuldeisers - dat het in concreto vaak niet gemakkelijk is om te bepalen of die voorwaarde voldaan is.

75. Een illustratie van deze gedachten vindt men in een uitspraak van het Luikse Hof van beroep van 10 oktober 2000¹⁶⁵, dat weliswaar op een vereffening betrekking had. Een arts, vennoot van een vennootschap die een medisch centrum uitbaat, neemt haar radiologische dienst (apparatuur én personeel) over op een moment dat deze vennootschap in financiële moeilijkheden zit en aan de vooravond van haar ontbinding. Na de ontbinding vordert de vereffenaar de nietigverklaring van deze overdrachtsovereenkomst, waarbij onder meer wordt opgeworpen dat de gelijkheid tussen de schuldeisers wordt geschonden. Immers, de arts had de prijs voor de overname van de radiologieafdeling slechts voor een klein deel rechtstreeks aan de vennootschap betaald. In ruil voor een prijsvermindering had hij de achterstallen van de vennootschap tegenover de leasingmaatschappij die het radiologisch materiaal in leasing had gegeven afbetaald, evenals de bank die nog een vordering op de vennootschap had, waarvoor de arts weliswaar borg stond. Zowel in eerste aanleg als in beroep weigeren de Luikse rechters op de eis tot nietigverklaring in te gaan. Het hof van beroep oordeelt dat de overeenkomst geen nadeel aan de vennootschap heeft berokkend en geen inbreuk op de gelijkheid onder de schuldeisers betekent. Het was volgens het hof immers duidelijk dat de leasingmaatschappij de leasing ten voordele van de vennootschap zou beëindigd hebben indien de verbintenissen niet overgenomen waren door de betrokken arts. Dat de arts een miljoen BEF minder heeft betaald aan de vennootschap omdat hij datzelfde miljoen rechtstreeks aan de bank heeft betaald, daarmee zich meteen bevrijdend van de borgtocht die op zijn schouders ten aanzien van de bank rustte, kan hem volgens de Luikse raadsheren evenmin ten kwade geduid worden, aangezien de arts in het andere geval ofwel de radiologieafdeling helemaal niet overgenomen zou hebben, waardoor de vennootschap in nog veel zwaardere moeilijkheden zou gekomen zijn nu het onwaarschijnlijk was dat een andere overnemer gevonden zou worden, ofwel de arts eenvoudigweg een miljoen frank minder zou betaald hebben¹⁶⁶.

76. Anders is de situatie wanneer de bank schuldvorderingen op de moeder had die niet of slechts zeer gedeeltelijk door zekerheden waren gedekt. Immers, de terugbetalingskansen van de bank worden verhoogd, nu ze een vordering op Newco verwerft (vordering tot betaling prijs aandelen, haar gecedeerd door de oude moeder). Newco heeft participaties in gezonde dochters, zijnde een oud actief van de oude moeder, dat dus in het voordeel van de banken aan de nieuwe moeder is overgedragen, en niet meer kan gebruikt worden om andere schuldeisers van de oude moeder te betalen.

In dergelijk geval heeft de *actio pauliana* veel meer slaagkansen, temeer daar de bank van de ganse constructie op de hoogte is en het bewijs van de medeplichtigheid dus licht zal vallen. Merk op dat het in deze redenering niet relevant is dat de vordering die de oude moeder

¹⁶⁵ R.P.S. 2000, nr. 6828, 388.

¹⁶⁶ Bij dit geval moet opgemerkt worden dat het hof wel laat uitschijnen dat de mogelijkheden van een vereffenaar om de nietigheid te vorderen niet even groot zijn als die van een curator; en dat in casu de overnemende arts zichzelf inderdaad genereus had opgesteld door ook personeel en hun achterstallig loon over te nemen.

initieel tegenover Newco verwerft, overeenkomt met een correcte prijs voor de verkochte aandelen: de vordering wordt onmiddellijk gecedeerd aan de bank, zodat het onderpand van de andere schuldeisers daalt.

77. S. Loosveld argumenteert dat men in dergelijk geval de *actio pauliana* zou kunnen vermijden door een holding op te richten¹⁶⁷: de oude moeder richt eerst een holding op, waarin de aandelen van de gezonde dochters worden ingebracht, in ruil voor aandelen van die holding. De holding verkoopt vervolgens de aandelen van de gezonde dochters aan Newco. De schuldvordering van de holding op Newco wordt dan gecedeerd aan de banken. Volgens Loosveld krijgt de holding door die cessie een schuldvordering op de moeder, aangezien de holding een schuld van de moeder tegenover de bank heeft betaald. Maar die schuldvordering is waardeloos, aangezien de moeder failliet zal gaan.

Het gevaar lijkt evenwel reëel dat de rechter door deze constructie, meer bepaald door de holding heen kijkt, omdat de constructie economisch gezien op hetzelfde neerkomt als de meer eenvoudige verrichting zonder tussenschakeling van de holding.

5. Positie van de aandeelhouders van de moederverenootschap

78. Aandeelhouders van de moederverenootschap die misnoegd zijn over de aandelenverkoop zouden kunnen pogen de koop nietig te laten verklaren en/of de bestuurders die ertoe beslist hebben aansprakelijk te stellen, wegens schending van het venootschapsbelang, begrepen als het collectief winstbelang van de aandeelhouders. Over de slaagkansen van deze vorderingen kunnen grosso modo dezelfde opmerkingen gemaakt worden als over de mogelijkheid voor schuldeisers om de *actio pauliana* in te leiden: vaak zullen de minderheidsaandeelhouders geen concrete benadeling kunnen aantonen, omdat er tengevolge van de sterfhuisconstructie eigenlijk niets anders gebeurt dan het betalen van de bank die toch al een vordering op de venootschap had welke door sterke zekerheden was gewaarborgd. De moeder zal er tengevolge van de sterfhuisconstructie waarvan de verkoop deel uitmaakt, in slagen een belangrijk deel van de onderneming die zij via dochtervenootschappen controleert, in veiligheid te brengen en zich via een faillissement van de overblijvende zieke dochters, kunnen bevrijden van enkele (*chirografaire* of algemeen bevoorrechte) schuldeisers.

79. Toch is dit niet het volledige verhaal. De moeder zelf zal vaak failliet gaan, aangezien ze overblijft met alleen zieke dochters. Het gevolg hiervan zal zijn dat de participatie van de minderheidsaandeelhouders waardeloos wordt. Ook al gebeurt de overdracht tegen correcte voorwaarden, en maakt hij het mogelijk een deel van de onderneming te redden, toch kan men proberen argumenteren dat de ganse constructie sterk in het nadeel van de minderheidsaandeelhouders is. Dat zal niet het geval zijn wanneer die minderheidsaandeelhouders tevens aandeelhouder zouden worden van Newco. De minderheidsaandeelhouders die geen aandeelhouder worden van Newco, blijven evenwel achter als aandeelhouder van een venootschap wiens activiteiten radicaal veranderd zijn, die vaak enige tijd later failliet zal gaan omdat de overblijvende dochters failliet gaan en bovendien delen zij niet in de winsten van Newco¹⁶⁸.

Of dit volstaat om de sterfhuisconstructie in strijd te achten met het venootschapsbelang, is in veel gevallen te betwijfelen. Ondanks alle controverses daarrond

¹⁶⁷ S. LOOSVELD, "De sterfhuisconstructie", *T.R.V.* 1998, 144, nr. 58.

¹⁶⁸ S. LOOSVELD, "De sterfhuisconstructie", *T.R.V.* 1998, 138, nr. 38.



is het verdedigbaar te stellen dat slechts van schending van het vennootschapsbelang sprake zal zijn in gevallen waarin een beslissing van de raad van bestuur rechtsmisbruik uitmaakt, dus kennelijk onredelijk is. In casu lijkt de belangenafweging die het bestuur maakt niet kennelijk onredelijk indien een belangrijk onderdeel van de onderneming kan gered worden door de sterfhuisconstructie. Ongetwijfeld missen de minderheidsaandeelhouders die niet kunnen overstappen naar Newco een kans die de meerderheidsaandeelhouder wel krijgt. Of dit voldoende is om van een niet te rechtvaardigen benadeling van de minderheidsaandeelhouders te spreken, is in veel gevallen betwifelbaar: niet alleen zal meestal geen opzet aanwezig zijn om hen te schaden¹⁶⁹, van belang is vooral dat de oude moeder normalerwijze sowieso reeds voor het doorvoeren van de aandelenverkoop in zware moeilijkheden gezeten zal hebben, die een faillissement niet onwaarschijnlijk maakten.

6. De positie van schuldeisers van de dochtervennootschappen

§ 3. De aansprakelijkheid van de banken

81. Wie “banken” en “kredietverlening in vennootschapsgroepen” in één zin zegt, voegt er meteen “art. 629 W. Venn.” aan toe. Dat artikel verbiedt een vennootschap middelen voor te schieten of zekerheden te stellen aan derden met het oog op de verwerving (door die derden) van haar eigen aandelen. In het kader van sterfhuisconstructies zal art. 629 W. Venn. evenwel niet vaak spelen; de bank zal een vordering hebben op de oude moeder, die haar zekerheden heeft verstrekt, en de bank financiert Newco, maar er wordt geen aandelenverwerving in Newco noch in de moeder gefinancierd, en zelfs wanneer de bank de verwerving van aandelen in Newco door aandeelhouders van de oude moeder financiert, dan nog is vast te stellen dat hoogstens de oude moeder of die aandeelhouders daarvoor zekerheden hebben vertrekt, niet Newco.

82. Ten tweede moet men de aansprakelijkheid van de banken als kredietverlener onderzoeken¹⁷². De banken werken mee aan een constructie die henzelf bevoordeelt en het is misschien daarom dat ze reeds verleende kredieten aan de oude moeder in stand houden en kredieten aan Newco in de eerste plaats geven.

Niettemin mag niet te vlug besluiten tot een fout van de bank als kredietverlener, die aansprakelijkheid tegenover ander schuldeisers, op basis van art. 1382 B.W., met zich mee zou brengen. Zeker werkt de bank mee aan een constructie die haar uiteindelijk bevoordeelt. Daarmee kan een benadeling van de andere schuldeisers gepaard gaan. Maar of de bank een

¹⁶⁹ Ook al is het bewijs van opzet al sinds lang niet meer vereist om van rechtsmisbruik te kunnen spreken.

¹⁷⁰ W. SLAGTER, “De sterfhuisconstructie”, *TVVS* 1983, 27.

¹⁷¹ S. LOOSVELD, *o.c.*, 150, nr. 77.

¹⁷² Voor wat men “realistische” bedenkingen over de rol van banken bij herstructureringen kan noemen, zie M. DELIERNEUX, “Le banquier et l’entreprise en difficulté: quelques réflexions relatives à la restructuration de la dette et à la renégociation des contrats” in *Mélanges Jean Pardon*, Brussel, Bruylant, 1996, 220 e.v. De auteur pleit onder meer voor terughoudendheid van rechters bij het toetsen van opportuniteitsoordelen die de bankleiding dient te vellen. Zie verder over de problematiek van de aansprakelijkheid tegenover derden van banken i.v.m. kredietverlening D. BLOMMAERT, “De aansprakelijkheid van de kredietinstelling-kredietverlener: recente trends” in *Financieel recht tussen oud en nieuw*, E. Wymeersch (ed.), Antwerpen, Maklu, 1996, (688), 705 e.v.; E. WYMEERSCH, “Third party liability for improper credit decisions” in R. CRANSTON (ed.), *Bank Liability and Risks*, Lloyds, London Press, 1995 (2^{de} editie). Zie ook D. VAN GERVEN, “De aansprakelijkheid van de kredietinstelling als kredietverlener ten aanzien van de schuldeisers van de onderneming in moeilijkheden” in *Schuldeisers en ondernemingen in moeilijkheden*, Kalmthout, Biblo, 1994, 71.

fout begaat is zeer de vraag: zij werkt mee aan een constructie die de gelijkheid tussen schuldeisers doorbreekt, nog voor er van samenloop sprake is. Wanneer zij krediet verleent aan Newco, worden daardoor de andere schuldeisers op zich niet benadeeld. Die andere schuldeisers hebben helemaal geen banden met Newco, en kunnen bv. niet opwerpen dat zij met Newco gehandeld hebben omdat de bank aan Newco krediet verleend heeft: zij hebben helemaal niet met Newco gehandeld. Zij hebben wel gehandeld met de oude moeder, aan wie de bank ook krediet verleend heeft. Maar dit krediet zal doorgaans toegestaan zijn *in tempore non suspecto*, voor de moeilijkheden bij de oude moeder begonnen. We mogen ook aannemen dat de bank van in den beginne zekerheden heeft bedongen¹⁷³. Het is slechts wanneer een schuldeiser kan aantonen dat de bank haar kredieten enkel heeft in stand gehouden om de oude moeder de tijd te geven de sterfhuisconstructie op te zetten, dat een schuldeiser eventueel de bank zou kunnen aanspreken, op voorwaarde dat zijn schuldvordering dateert van na het tijdstip waarop de bank normalerwijze haar kredieten had moeten opzeggen. Het zal evenwel uitermate moeilijk zijn aan te tonen dat een normaal zorgvuldige kredietverlener zijn kredieten in bepaalde omstandigheden zou hebben opgezegd.

Wel hebben we er al op gewezen dat de een bank een fout zou begaan door aan de verkopende moedervenootschap kunstmatig krediet te verlenen, met het oog op het in leven houden van de moedervenootschap, zodat wanneer deze uiteindelijk toch failliet verklaard wordt, meer dan zes maand verstreken zijn sinds de cessie van schuldvordering en die cessie dus buiten de verdachte periode valt.

§ 4. Ontdochtering door kapitaalverhoging bij de gezonde dochters ten voordele van Newco

84. Praktijkmensen vertellen ons dat het soms gebeurt dat men Newco laat inschrijven op een kapitaalverhoging van de gezonde dochters en de aandelen daarbij zo toebedeelt dat Newco de controle verwerft. Dit is een andere manier om voor de ontdochtering van de gezonde dochters te zorgen.

Economisch kan dergelijke verrichting voor Newco duurder zijn dan de aankoop van een bestaande aandelenparticipatie. Er zal wellicht vaak een fikse kapitaalverhoging nodig zijn om de controle over de dochters van handen te laten veranderen. Wanneer dit gebeurt door een kapitaalverhoging met uitsluiting van voorkeurrecht ten voordele van een bepaalde persoon (nl. Newco), moeten de voorwaarden van art. 598 W. Venn. gerespecteerd worden. Dit betekent vooral dat de nieuwe aandelen niet uitgegeven mogen worden onder hun intrinsieke waarde, die door de commissaris of een bedrijfsrevisor vastgelegd wordt in een verslag - zij het dat dat verslag achterwege kan blijven in geval van eenparig akkoord van de aandeelhouders, hetgeen bij sommige dochtervenootschappen wellicht niet onmogelijk te bereiken valt. Daarnaast moet art. 596 W. Venn. gerespecteerd worden. Dat artikel bevat de voorwaarden voor elke beperking of opheffing van voorkeurrecht, waaronder het vereiste dat die beperking gebeurt in het belang van de vennootschap.

¹⁷³ Wanneer de bank daarentegen voor het eerst een zekerheid vestigt, of en bijkomende zekerheid vestigt, als voorwaarde voor het behoud van het krediet of het opzetten van de sterfhuisconstructie, liggen de zaken anders - vooral wanneer het een zekerheid betreft waarvoor geen publiciteit geldt, zoals een gewoon handelspand. In dergelijk geval kunnen de andere schuldeisers misleid worden door het behoud van het krediet, zonder dat zij weten dat ingeval van samenloop, zij wellicht met lege handen zullen achterblijven, gezien de sterke zekerheidsrechten van de bank.



Een voordeel van deze ontvochtigingswijze is dat men zich geen zorgen moet maken over de prijs waartegen of voorwaarden waaronder de aandelenparticipatie van de gezonde dochters aan Newco wordt overgedragen, en dat bij gebrek aan dergelijke overdracht er natuurlijk evenmin problemen rijzen rond het feit dat de aandelen in pand gegeven zijn aan een bank. Er dient ook geen cessie van schuldvordering te gebeuren door de moedervenootschap.

85. Het is onwaarschijnlijk dat aandeelhouders van de moedervenootschap of van de gezonde dochter (meestal zijn er weinig buiten de moeder zelf) de transactie proberen aan te vechten, aangezien zijzelf er (meestal) de drijvende kracht achter zijn.

Kunnen schuldeisers van de moeder of de dochter iets ondernemen tegen de kapitaalverhoging van de gezonde dochter(s)? In veel gevallen zal van benadeling en dus van een persoonlijk belang geen sprake zijn. De kapitaalverhoging komt tot stand door beslissing van de algemene vergadering (of bij NV's eventueel door beslissing van de raad van bestuur in het kader van het toegestaan kapitaal). Het is nog steeds - zij het m.i. ten onrechte - betwist of derden het recht hebben de nietigverklaring van beslissingen van de algemene vergadering of van de raad van bestuur te vragen¹⁷⁴. Nietigverklaring op vraag van een schuldeiser moet in elk geval mogelijk zijn indien de beslissing indruist tegen de openbare orde. Voor het overige menen wij dat een belang in de zin van art. 17 Ger. Wb. zou moeten volstaan om de vordering te kunnen instellen¹⁷⁵. Artikel 178 W. venn.¹⁷⁶ bepaalt immers dat de rechtbank van koophandel "op verzoek van elke belanghebbende" de nietigheid van een ava-besluit uitspreekt¹⁷⁷. Het lijkt niet overtuigend te stellen dat beslissingen van de algemene vergadering louter vennootschapsinterne aangelegenheden zijn, zodat het a priori uitgesloten zou zijn dat een derde belang bij de nietigverklaring zou kunnen hebben. Wel lijkt het zo dat de derde zich op een gemeenrechtelijke grond zal moeten beroepen wil hij nietigverklaring bekomen, en zich dus niet op de nietigheidsgronden uit art. 64 W. Venn. kan beroepen voor zover die afwijken van gemeenrechtelijke nietigheidsgronden. Niet elke wetschending die een derde schade berokkent of anderszins benadeelt, kan tot nietigheid leiden, omdat het ons voorkomt dat de derde, buiten gevallen van schending van de openbare orde, zal moeten aantonen dat de geschonden regel onder andere hem/zijn belangen wou beschermen.

¹⁷⁴ Voor verwijzingen, zie B. TILLEMANS, *De geldigheid van besluiten van de algemene vergadering*, Kalmthout, Biblo, 1994, 119, nr. 147.

¹⁷⁵ Het vorderingsrecht van de derde werd erkend door gezaghebbende auteurs als P. WAUWERMANS, *Manuel pratique des sociétés anonymes*, Brussel, Bruylant, nr. 612 (p. 351 in vierde editie 1924), F. PASSELECQ in *les Nouvelles, sociétés commerciales*, (Droit commercial t. III), Brussel, Bruylant, 1934, 405, nr. 2702 en C. RESTEAU bewerkt door A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *Traité des sociétés anonymes*, Brussel, Swinnen, derde editie 1982, II, 417. Ook L. FREDERICQ, *Traité*, V, nr. 491, 696, vermeldt aandeelhouders en derden in één adem zonder er bij stil te staan als vorderingsgerechtigden voor de nietigheidsvordering. Zie verder de enigszins ingewikkelde en niet geheel duidelijke theorie van E. PIRMEZ in de "notes Posthumes", *R.P.S.* 1892, 245, die toch duidelijk naar een vorderingsrecht voor derden neigt. Ten onrechte zou men zich op het overigens extreem oude Cass. 5 juli 1878, *Pas.* 1878, I, 300 beroepen om derden een vorderingsrecht te ontzeggen, want dat arrest had betrekking op een geval waarin derden zich op louter vormelijke onregelmatigheden wouden beroepen om de nietigheid te bekomen. Zoiets lijkt ons inderdaad (doorgaans) niet mogelijk, nu de vormvoorschriften (doorgaans) niet beogen derden te beschermen (waarbij derden o.i. moet begrepen worden als iedereen buiten de vennootschap zelf die niet het recht heeft de algemene vergadering bij te wonen).

¹⁷⁶ De tekst van dit artikel stamt uit het door de (Fusie)wet van 29 juni 1993 ingevoerde toenmalige art. 190bis venn. W. Vóór de invoering van dit artikel was het veel begrijpelijker dat het vorderingsrecht van derden betwist was. Uit die oudere rechtsleer die een vorderingsrecht voor derden ontkende, zie bv. Y. MERCHIERS, "La nullité des décisions d'organes de sociétés et en particulier la nullité pour la violation d'un principe général de droit", *R.C.J.B.* 1973 (269), 285, nr. 23; M. COIPEL, *Dispositions communes in Répertoire notarial*, t. XII, droit commercial, Livre II, 210, nr. 329.

¹⁷⁷ Op die grond besluit F. DE BAUW, *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, Brussel, Bruylant, 1996, 332-333, nrs. 807-808 terecht tot een vorderingsrecht voor derden.



Dergelijk bewijs is niet nodig om schadevergoeding te vragen wanneer de algemene vergadering de wet schendt en daardoor schade veroorzaakt aan de derde.

§ 5 Conclusie

86. Concluderend kan men stellen dat het succes van een sterfhuisconstructie staat of valt met de bereidheid van banken om mee te werken. Verder moet een correcte prijs betaald worden voor de overdracht van de aandelenparticipatie door de moeder aan Newco. Wij hebben, onder meer in navolging van S. Loosveld, geargumenteed dat de cessie van de schuldvordering tot betaling van de aandelen door de moeder aan de meewerkende bank, geen benadeling van de andere schuldeisers van de moeder is, en dus niet met de actio pauliana kan aangevochten worden, indien en voor zover kan waarschijnlijk gemaakt worden dat de bank, tengevolge van de zekerheden die zij had op het vermogen van de moeder - in het bijzonder op de verkochte aandelen zelf - in geval van samenloop sowieso de verkoopprijs van de aandelen in handen zou gekregen hebben, met uitsluiting van de andere schuldeisers. In de praktijk zal het evenwel niet altijd eenvoudig zijn om concreet na te gaan of deze voorwaarde vervuld is. Bovendien dient de lezer te beseffen dat onze argumentatie in de ogen van velen als al te bankvriendelijk zal beschouwd worden. Grote voorzichtigheid blijft dus geboden bij het opzetten van sterfhuisconstructies.

Financial Law Institute

The **Financial Law Institute** is a research and teaching unit within the Law School of the University of Ghent, Belgium. The research activities undertaken within the Institute focus on various issues of company and financial law, including private and public law of banking, capital markets regulation, company law and corporate governance.

The **Working Paper Series**, launched in 1999, aims at promoting the dissemination of the research output of the Financial Law Institute's researchers to the broader academic community. The use and further distribution of the Working Papers is allowed for scientific purposes only. Working papers are published in their original language (Dutch, French, English or German) and are provisional.