

Noot

Onverantwoorde intragroepsfinanciering: welke bestuurder draagt de verantwoordelijkheid?*Louis DE MEULEMEESTER¹***1. INLEIDING**

1. Bovenstaand arrest illustreert dat de bevoordeling van een moedervennootschap door haar dochtervennootschap ten nadele van de schuldeisers van die dochtervennootschap niet aanvaardbaar zal zijn, en mogelijks tot aansprakelijk-

heid van de bestuurders kan leiden. Het hof maakt daarbij een onderscheid tussen de “actieve” en de “passieve” dochterbestuurders.²

2. FEITEN EN UITSpraak

2. VDW Construction NV (hierna: “de dochtervennootschap”) was een vennootschap binnen de VDW Bouwgroep (met als moedervennootschap “VDW Bouwgroep NV”, hierna “de moedervennootschap”). De groep situeerde zich binnen de bouwnijverheid. De dochtervennootschap werd samen met andere groepsvennootschappen ingeschakeld bij een omvangrijk vastgoedproject ter realisatie van een hotel. Zij werd bestuurd door drie bestuurders. Eén bestuurder (hierna “appellant”) was tegelijk bestuurder in de andere groepsvennootschappen, inclusief de moedervennootschap, waarvan hij ook aandeelhouder was. De overige twee bestuurders namen enkel een bestuursmandaat op in de dochtervennootschap, en verrichtten daar ook operationele activiteiten.

De realisatie van het project ging gepaard met onvoorziene moeilijkheden, wat ook gevolgen had voor de financiële situatie van de groep. Hoewel de dochtervennootschap in 2012 winst maakte, bestond een aanzienlijk deel van haar boekhoudkundig actief uit intragroepsvorderingen. Door aanhoudende financiële problemen waarmee de groep werd geconfronteerd, werd eind 2013 een procedure van gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord geopend. Het gehomologeerde reorganisatieplan van de dochtervennootschap werd echter naderhand vernietigd bij arrest van 22 december 2014.³ Het hof oordeelde dat het vennootschapsbelang van de dochtervennootschap werd geschonden omdat het plan voorzag dat zij grotendeels afstand deed van haar vorderingen op de moedervennootschap terwijl de meeste schuldeisers van de dochter in het plan genoegen

namen met een reductie van hun vordering met 50%. Bovendien zou de dochter volgens het reorganisatieplan zakelijke zekerheden verstrekken voor schulden van andere groepsvennootschappen. Eén en ander werd ook onverenigbaar geacht met de wettelijke specialiteit van de vennootschap (het winstverdelingsoogmerk), een beginsel dat volgens het hof de openbare orde raakt.⁴

Hierna werd de dochtervennootschap toegelaten tot de procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, waarbij zij na de beëindiging daarvan failliet werd verklaard in juni 2015.

3. Ten gevolge van het faillissement eisen de schuldeisers van de dochtervennootschap schadevergoeding van de bestuurders van de dochtervennootschap wegens het begaan van een kennelijk grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement (art. 530 W.Venn., thans art. XX.225 WER). Het hof van beroep volgt in zijn arrest het oordeel van de rechter in eerste aanleg en veroordeelt één bestuurder tot betaling van het nettopassief wegens een kennelijk grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement, namelijk de bestuurder die in alle groepsvennootschappen een bestuursmandaat bekleedde. De twee andere bestuurders van de dochtervennootschap worden niet aansprakelijk gehouden, vooral omdat ervan uitgegaan wordt dat zij mochten vertrouwen op het oordeel van de bestuurder die in alle drie de vennootschappen zetelde en daarom het overzicht over de financiële situatie van de groep behield.

¹. Doctorandus, Instituut Financieel Recht, UGent.

². Bepaalde andere aangehaalde elementen, zoals de niet-naleving van de belangenconflictprocedure en de tussenvorderingen tegen de commissaris, zullen hier verder niet worden besproken omdat zij niet ten gronde werden behandeld door het hof.

³. Gent 22 december 2014, *RABG* 2015, 1157, noot N. VAN LANDUYT. Zie ook Gent 22 december 2014, *RABG* 2016, 422, noot M. ZADWORNÝ met betrekking tot dezelfde zaak.

⁴. Zie daarover *infra*, randnr. 8.

3. ONGEORLOOFDE INTRAGROEPSFINANCIERING ALS KENNELIJK GROVE FOUT

3.1. Grenzen van geoorloofd groepsgedrag

4. Alvorens de concrete beslissing uit het arrest nader te bespreken, is het aangewezen om in het algemeen de regels omtrent het zogenaamde “groepsbelang” in herinnering te brengen.

Wanneer een vennootschap deel uitmaakt van een vennootschapsgroep, wordt traditioneel aanvaard dat de groepsvennootschap (vermogens)steun mag verlenen aan andere groepsvennootschappen.⁵ In een vennootschapsgroep wordt immers verondersteld dat de verschillende groepsvennootschappen voordeel kunnen halen door het feit dat zij behoren tot een groep, door hun onderlinge samenwerking en de daaruit voortvloeiende schaalvoordelen.⁶ Als keerzijde daarvan wordt aangenomen dat van groepsvennootschappen ook inspanningen mogen worden gevraagd die verder gaan dan wat normaal gezien *at arm's length* zou worden verwacht tussen onafhankelijke vennootschappen.

Toch bestaan er grenzen aan de toelaatbaarheid van dergelijke groepssteun. In navolging van de Franse *Rozenblum*-rechtspraak⁷ wordt ook in de Belgische rechtspraak aangenomen dat er in geval van groepssteun een tegenprestatie voor de steunverlenende vennootschap aanwezig dient te zijn, en mag de gegeven steun de financiële draagkracht van die laatste niet overstijgen.⁸ Inspanningen van een vennootschap voor de groep mogen met andere woorden niet tot de insolventie van de vennootschap leiden. Deze principes vloeien voort uit het feit dat ook in een vennootschapsgroep de afzonderlijke groepsvennootschappen over een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid en een eigen vermogen beschikken, en daarom in functie van hun eigen vennootschapsbe-

lang dienen te worden bestuurd. Een vennootschap mag derhalve worden ingeschakeld in functie van een bredere groepsstrategie of -beleid, zonder dat dit zgn. “groepsbelang” het afzonderlijke vennootschapsbelang van de dochtervennootschappen terzijde schuift.⁹ Dit vormt een fundamenteel beginsel ter bescherming van de *stakeholders* van de vennootschap, in het bijzonder schuldeisers.¹⁰ Een groepsvennootschap mag daarom niet zomaar worden opgeofferd ten voordele van de groep.¹¹

5. Onderhavig arrest biedt een treffend voorbeeld van deze problematiek. *In casu* stond de vraag centraal of de bestuurders van de dochtervennootschap een kennelijk grove fout kon worden verweten, doordat zij de vordering op de moedervennootschap te hoog hadden laten oplopen, namelijk tot de helft van haar balanstotaal. Doordat de moedervennootschap in financiële moeilijkheden verkeerde, bleek de vordering immers oninbaar. De dochtervennootschap kwam daardoor zelf in financiële moeilijkheden met het faillissement tot gevolg.

Deze handelwijze werd door de gewezen bestuurder verdedigd, steunend op de bewering dat ook de dochtervennootschap belang had bij de ondersteuning van de moedervennootschap en de groep als zodanig. Aangezien de verschillende vennootschappen die betrokken waren bij het project omvangrijke vorderingen hadden op elkaar, had iedere vennootschap tevens baat bij de verdere groepsondersteuning. Met andere woorden, zonder de gegeven steun zou de dochtervennootschap sowieso met grote financiële schade geconfronteerd worden.

5. Brussel 29 juni 1999, *JDSC* 2002, 370, noot en Cass. 3 mei 2000, *Arr. Cass.* 2000, 829, *JDSC* 2001, 259 (*Assubel*); Brussel 15 september 1992, *TRV* 1994, (275) 281, noot A. FRANCOIS (*Wiskeman*); X. DIEUX, “Les groupes de sociétés: un état des lieux” in E. DIRIX, R. HOUBEN, E. WYMEERSCH (eds.), *In het vennootschapsbelang: liber amicorum Herman Braeckmans*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (91) 97; P. VAN OMMESELAGHE, “Les financements de groupe” in J.-P. BUYLE (ed.), *La banque dans la vie de l'entreprise*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau, 2005, (225) 246; A. FRANCOIS, *Het vennootschapsbelang in het Belgische vennootschapsrecht: inhoud & grondslagen*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 706, nr. 522.

6. T. TILQUIN, “La gouvernance d'entreprise et les groupes de sociétés” in *Tendensen in het Bedrijfsrecht – Intragroepsrelaties*, Brussel, Bruylant, 2004, (57) 77, nr. 17; E. WYMEERSCH, “Het recht van de vennootschapsgroepen” in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Rechtspersonenrecht – PUC Willy Delva XXV*, 1999, (394) 419.

7. Cass. crim. fr. 4 februari 1985 (*Rozenblum*), *D.* 1985, 478 met noot D. OHL, *Rev. soc.* 1985, 648, noot B. BOULOC, *JCP* 1986, II, 20585, noot W. JEANDIDIER, *Gaz. Pal.* 1985, 377, noot J.-P. MARCHI.

8. G. LINDEMANS, *Schuldeiser & rechtspersoon*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 317-320, nrs. 408-413; F. MAGNUS, “Appréciation des contours de l'intérêt social: regard critique à travers les enseignements tirés des notions d'‘intérêt de groupe’ et d'‘avantages anormaux ou bénévoles’”, *RPS* 2011, (324) 366; V. DE VUYST, *Internal governance bij financiële conglomeraten*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 199, nr. 333; E. WYMEERSCH, “Het recht van de vennootschapsgroepen” in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Rechtspersonenrecht – PUC Willy Delva XXV*, 1999, (394) 422; P. VAN OMMESELAGHE, “Rapport general” in *STUDIECENTRUM ONDERNEMINGSGROEPEN, Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1985, (59) 90, nr. 43.

9. H. DE WULF, *Taak en loyaleiteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2002, 344 *et seq.*; D. NAPOLITANO, “Ondernemingsfinanciering door kredietinstellingen – Vennootschapsrechtelijke aandachtspunten: het specialiteitsbeginsel en het vennootschapsbelang”, *RW* 1999-2000, (417) 425; A. FRANCOIS, *Het vennootschapsbelang in het Belgische vennootschapsrecht: inhoud & grondslagen*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 1999, 706, nr. 522.

10. L.G.H.J. HOUWEN, “De waarborgfunctie van de vennootschapsrechtelijke organisatieregels” in L.G.H.J. HOUWEN, A.P. SCHOONBROOD-WESSELS en J.A.W. SCHREURS, *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen*, Deventer, Kluwer, 1993, (774) 774.

11. Zie bv. Brussel 15 januari 2010, *Bank. Fin.*, 2010/III, 185 en *TBH*, 2011/1, 79, weergave D. HAEX; Brussel 10 september 2004, *Lendit, Bank. Fin.*, 2006/I, 25, noot K. MACOURS; Brussel 15 september 1992, *Wiskeman*, *TRV* 1994, (275) 281, noot FRANCOIS, *JT* 1993, 31.

6. Het hof volgt deze redenering niet, en beschouwt dergelijke handelwijze als onverantwoorde kredietverlening die als kennelijk grove fout kan worden aangemerkt.¹² Vooreerst is het van belang te benadrukken dat de vordering op de moedervennootschap ongeveer de helft van het balanstotaal van de dochtervennootschap uitmaakte, waardoor de vennootschap automatisch werd blootgesteld aan een bijzonder risico ingeval de vordering oninbaar zou blijken. Problematisch vindt het hof dat de dochtervennootschap door de onderlinge verwevenheid werd meegesleurd in een risicovolle situatie met een onvermijdelijk domino-effect tot gevolg. Het verweer dat het in het eigen belang was van de dochtervennootschap om de groep te blijven ondersteunen, wordt door het hof beschouwd als “een vicieuze cirkel waarbij de vennootschapsgroep voor zichzelf een belang creëert”.¹³

7. Het oordeel van het hof ligt in de lijn van de boven besproken principes van geoorloofd groepsgedrag. Zo oordeelt het hof dat op geen enkele wijze werd aangetoond welke voordelen of tegenprestatie de dochtervennootschap haalde uit de bovenmatige kredietverlening aan de groepsvennootschappen. Hoewel doorgaans wordt aangenomen dat de beoordeling omtrent de aanwezigheid van een tegenprestatie op langere termijn dient te geschieden¹⁴, mag het veroorzaakte onevenwicht tussen de steunverlenende en -verkrijgende vennootschap geen structureel karakter vertonen: een evenwicht tussen opofferingen en voordelen in de groepscontext is essentieel.¹⁵ Vooral het feit dat de financiële situatie binnen de groep precair was, en bovenal ook gekend was door de gedelegeerd bestuurder (zie *infra*), leidt tot het oordeel dat de dochtervennootschap onrechtmatig

werd opgeofferd ten voordele van de groep, met een onbestaande of geringe kans op enig voordeel voor de dochtervennootschap.

Een en ander blijkt duidelijk wanneer de situatie wordt vergeleken indien de verschillende groepsvennootschappen één vennootschap zouden vormen. In dat geval zou de groep reeds vroeger geconfronteerd zijn geweest met solvabiliteits- en liquiditeitsproblemen. De groepscontext, en meer bepaald het dermate laten oplopen van intragroepsvorderingen, zorgde er *in casu* voor dat de verschillende vennootschappen artificieel solvabel werden gehouden ten koste van de dochtervennootschap, waardoor schuldeisers bijgevolg werden misleid en benadeeld.

3.2. Schending wettelijke specialiteit in vernietigd reorganisatieplan als aansprakelijkheidsgrond?

8. Opmerkelijk zijn de gevolgen die het hof verbindt aan de vroegere vernietiging van het reorganisatieplan. Nadat het plan was gehomologeerd, werd het door het hof van beroep in december 2014 vernietigd omdat het plan onder meer voorzag dat de vordering van de dochtervennootschap disproportioneel werd kwijtgescholden in vergelijking met de “externe” schuldeisers.¹⁶ Aangezien dergelijke handelwijze als een schending van de wettelijke specialiteit¹⁷ werd beschouwd, dewelke als een norm van openbare orde wordt gekwalificeerd¹⁸, vormde dergelijke schending een weigeringsgrond voor de homologatie van het reorganisatieplan.^{19,20} De hier aan bod komende problematiek is dan ook

^{12.} Zie tevens Gent 12 oktober 2015, *NJW* 2017, 319, noot S. DE GEYTER voor een gelijkaardig geval.

^{13.} Punt 19.2. arrest.

^{14.} E. WYMEERSCH, “Het recht van de vennootschapsgroepen” in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Rechtspersonenrecht – PUC Willy Delva XXV*, 1999, (394) 420.

^{15.} D. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, “Kroniek vennootschapsrecht 2002-2003”, *TRV* 2003, (615) 665, nr. 112; P. VAN OMMESLAGHE, “Rapport general” in STUDIECENTRUM ONDERNEMINGSGROEPEN, *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1985, (59) 93, nr. 45.

^{16.} Zie *supra*, randnr. 2; Gent 22 december 2014, *RABG* 2015, 1157, noot N. VAN LANDUYT.

^{17.} Onder de wettelijke specialiteit dient het winstverdelingsoogmerk ex art. 1:1 W.V. te worden begrepen, hetgeen de bekwaamheid van de vennootschap en de bevoegdheid van haar organen om haar rechtsgeldig te verbinden beperkt tot de handelingen die de vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel bezorgen; zie Cass. 30 september 2005, *TBH* 2006, 1028, noot P.-A. FORIERS, *TRV* 2006, 592, noot F. JENNE.

^{18.} Zie bv. Gent 1 oktober 2019, *TFR-Net*, afl. 577, 2020/N28; Antwerpen 7 februari 2019, *TRV-RPS* 2019, 392, noot D. VAN GERVEN; Antwerpen 15 juni 2017, *Limb.Rechtsl.* 2018, 22, noot H. VAN GOMPEN en M. ORHAY; Luik 4 december 2009, *JLMB*, 2010/29, 1371; K. GEENS en M. WYCKAERT, *De vennootschap. Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 235, nr. 133. Zie verder vn. 20 m.b.t. art. 1:1 W.V.

^{19.} Art. XX.79, § 3, eerste lid WER. Zie tevens Gent 25 februari 2019, *TIBR*, 2019/2, RS-78 voor een gelijkaardige casus.

^{20.} De gewijzigde vennootschapsdefinitie uit art. 1:1 W.V. (waarbij het slechts “een van de doelen” van de vennootschap is aan haar vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel uit te keren of te bezorgen) laat bepaalde auteurs ertoe besluiten dat de wettelijke specialiteit geen rol meer heeft te spelen onder het W.V., of dat daar minstens niet meer dezelfde draagwijdte aan toekomt als voorheen. In dergelijke lezing raakt het winstoogmerk niet meer de openbare orde, en kan het winstoogmerk daarom ook niet meer tot de (absolute) nietigheid van rechtshandelingen leiden (zie D. VAN GERVEN, “Schending van wettelijke specialiteit naar huidig en komend recht” (noot onder Antwerpen 7 februari 2019), *TRV-RPS* 2019, (396) 400, nr. 9). Ook op vlak van de homologatie van reorganisatieplannen rijst daarom de vraag naar de draagwijdte en kwalificatie van het winstoogmerk, omdat enkel de kwalificatie van het winstoogmerk als een regel van openbare orde toelaat de homologatie te weigeren. Hoewel deze problematiek hier niet exhaustief zal worden behandeld, lijkt m.i. deze vernieuwde vennootschapsdefinitie niet van dien aard om daadwerkelijk afbreuk te doen aan de kwalificatie van het winstoogmerk als regel van openbare orde, zodat het winstoogmerk nog steeds mag worden geïnterpreteerd zoals onder het oude recht. Zie hierover uitgebreid in dezelfde zin: A. FRANCOIS en M. VERHEYDEN, “Ceci n’est pas une société? Premières réflexions relatives au but lucratif à l’aune du Code des sociétés et des associations” in R. JAFFERALI, E. VAN DEN HAUTE en P. FORIERS (eds.), *Liber amicorum Paul Alain Foriers. Entre tradition et pragmatisme*, Brussel, Larcier, 2021, (1149) 1158-1166, in het bijzonder randnr. 24.

wat de gevolgen zijn van de vernietiging van het reorganisatieplan op het vlak van bestuurdersaansprakelijkheid.

In dit arrest oordeelt het hof dat dergelijke miskennen van het specialiteitsbeginsel in het reorganisatieplan een kennelijk grove fout in de zin van artikel 530 W.Venn./XX.225 WER uitmaakt.²¹ Volgens het hof getuigde het plan van een “voortgezet opzet van overmatige financiering door [de dochtervennootschap]. De miskennen van het specialiteitsprincipe en het vennootschapsbelang hebben geleid tot de weigering van de homologatie van het reorganisatieplan, wat heeft bijgedragen aan het faillissement”.²²

9. Het is evenwel onduidelijk of het oordeel van het hof daadwerkelijk zo dient te worden begrepen dat de neerlegging van een reorganisatieplan dat strijdig is met de openbare orde op zich een kennelijk grove fout uitmaakt. Het lijkt er immers op dat haar oordeel vooral in het verlengde ligt van de eerdere vaststelling dat de dochtervennootschap werd opgeofferd ten voordele van de groep. Dat gegeven was op

zich voldoende om te kwalificeren als een kennelijk grove fout.²³

Dat het hof eerder de schending van het vennootschapsbelang en de wettelijke specialiteit viseert dan rechtsreeks het neerleggen van het plan met onaanvaardbare inhoud, is goed te begrijpen. Immers, hoewel voor de aansprakelijkheid ex artikel 530 W.Venn./XX.225 WER geen klassiek causaal verband tussen een begane kennelijk grove fout en het faillissement hoeft te worden bewezen, maar het louter volstaat dat een kennelijk grove fout heeft bijgedragen tot het faillissement, lijkt de aansprakelijkheid wegens het neerleggen van een naderhand vernietigd reorganisatieplan op zich niet vanzelfsprekend. Door de vernietiging van het reorganisatieplan hebben de daarin opgenomen maatregelen immers geen volledige uitwerking gekregen, waardoor de daadwerkelijke bijdrage tot het faillissement moeilijk kan volgen uit de loutere neerlegging van het reorganisatieplan dat naderhand werd vernietigd.

4. BESTUURDERS VAN DOCHTERVENNOOTSCHAPPEN: DE ENE BESTUURDER IS DE ANDERE NIET?

10. Belangrijk te benadrukken, en opvallend, is dat slechts in hoofde van één bestuurder het bestaan van een kennelijk grove fout werd weerhouden. Hoewel het bestuur in de NV een collegiaal orgaan betreft, vormt de aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout een individuele aansprakelijkheid.²⁴ Zij wordt “al dan niet hoofdelijk” uitgesproken²⁵, bijvoorbeeld bij samenlopende fouten of in geval van collegiale besluitvorming.²⁶ De rechter beschikt daarom over een relatief grote appreciatiebevoegdheid om de aansprakelijkheid individueel dan wel hoofdelijk uit te spreken.²⁷

11. Deze regel speelt in de context van de vennootschapsgroep een bijzondere rol. Het is immers allesbehalve zeldzaam dat in verbonden (dochter)vennootschappen bestuursmandaten worden opgenomen door bestuurders die zich feitelijk slechts in beperkte mate, of zelf helemaal niet inlaten met het eigenlijke bestuur van de vennootschap, maar dat in

feite de moedervennootschap en/of haar bestuurders (zgn. “interlocked directors”) het beleid van de dochtervennootschap bepalen. Dit was in deze zaak het geval: de veroordeelde bestuurder bekleedde in iedere groepsvennootschap een bestuursmandaat, en was bovendien tevens aandeelhouder van de groep. De twee overige bestuurders vervulden voornamelijk een operationele rol bij de dochtervennootschap, en hielden zich klaarblijkelijk niet bezig met het eigenlijke bestuur van de vennootschap. Het hof oordeelt dat hen geen kennelijk grove fout ten laste kan worden gelegd.

12. Dergelijk oordeel is niet vanzelfsprekend. In principe wordt een bestuurder niet bevrijd van aansprakelijkheid door de delegatie van bestuurstaken aan een andere bestuurder of een derde, of in geval van een bijzondere (on)bekwaamheid. Integendeel, de passiviteit van bestuurders en de desinteresse voor hun bestuursmandaat kan naar omstandigheden

21. Het hof vermeldt hierbij dat zowel de schending van het vennootschapsbelang als het wettelijk specialiteitsbeginsel regels betreffen van openbare orde (zie punt 19.5. arrest). Toch wordt traditioneel aangenomen dat het vennootschapsbelang geen regel van openbare orde betreft; zie Rb. Gent 10 februari 2004, *RW* 2005-06, 1593; P. VAN OMMESLAGHE, “Les financements de groupe” in J.-P. BUYLE (ed.), *La banque dans la vie de l’entreprise*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau, 2005, (225) 239. Toch wordt soms anders geoordeeld: zie Brussel 15 januari 2010, *Bank.Fin.*, 2010/III, 185 en *TBH*, 2011/1, 79, weergave D. HAEX; Brussel 10 september 2004, *Lendit, Bank.Fin.*, 2006/I, 25, noot K. MACOURS. Zie daarover kritisch: Y. HERINCKX, “Les financements d’acquisitions d’entreprises: descente de dettes et assistance financière” in J.-P. BUYLE (ed.), *La banque dans la vie d’entreprise*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau, 2005, (259) 289.

22. Punt 19.5. arrest.

23. Dit blijkt ook uit de bewoordingen van het hof: “het voortgezet opzet ...”; zie ook punt 19.2. van het arrest: “Dit laatste is manifest gebleken uit de intentie van [de dochtervennootschap] op [de moedervennootschap] ten belope van 7.600.000 EUR kwijt te schelden ...”

24. R. HOUBEN en H. BRAECKMANS, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 352, nr. 636; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 186, nr. 224.

25. Art. 530, § 1, eerste lid W.Venn. en art. XX.225, § 1, eerste lid WER.

26. M. WYCKAERT en R. FORIERS, “Bestuurdersaansprakelijkheid in vennootschappen: een veldonderzoek” in S. COOLS (ed.), *Themis 117 – Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2021, (1) 22, nr. 47; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 280, nr. 183.

27. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE en H. CULOT, *Droit des sociétés*, Brussel, Larcier, 2020, 290, nr. 577; F. VAN ZEEBROECK en S. VERMEERSCH, “Commentaar bij art. 530 W.Venn.” in *Duiding Vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2017, 817.

op zich als foutief worden aangemerkt, aangezien bestuurders in het kader van hun behoorlijke taakvervulling zich moeten inlaten met het daadwerkelijke beleid van en toezicht op de vennootschap.²⁸ Deze principes werden overigens ook door het hof herhaald.²⁹

In casu hecht het hof echter veel belang aan het feit dat enkel de appellante daadwerkelijk kennis zou gehad hebben van de betalingsproblemen bij de verbonden vennootschappen, waardoor de vordering oninbaar bleek. Van een normaal en zorgvuldig bestuurder kan volgens haar “niet worden verwacht dat hij/zij a priori geen vertrouwen mag hebben in de overige vennootschappen van de groep, of in de gedelegeerd bestuurder die ook zetelt in de overige vennootschappen”.³⁰ Dit zou volgens het hof enkel anders zijn in geval van redelijke aanwijzingen dat de geleverde informatie fout of gebrekkig zou zijn. In dit verband is het niet onbelangrijk dat de jaarrekening uit 2012 zonder voorbehoud werd goedgekeurd door de commissaris, en dat de vennootschap werd bijgestaan door financiële adviseurs. Volgens het hof waren daardoor in hoofde van de twee overige bestuurders geen indicaties aanwezig om te twijfelen aan de invorderbaarheid van de intragroepsvorderingen.³¹

13. In de rechtspraak zijn nog gevallen bekend waarbij bestuurders niet of slechts beperkt aansprakelijk werden gesteld wegens hun feitelijk beperkte rol in het vennootschapsbestuur, of wanneer zij volledig onkundig zijn in het leiden van een vennootschap maar worden bijgestaan door professionele derden.³² Toch lijkt de slaagkans van dergelijke

verweer doorgaans beperkt.³³ Bovenstaande uitspraak is daarom enigszins opmerkelijk. Dient een normaal en voorzichtig bestuurder niet steeds de nodige voorzichtigheid en toezicht aan de dag te leggen wanneer een vordering zo omvangrijk wordt dat zij als dusdanig de volledige financiële positie van de vennootschap bepaalt? De nood aan adequaat toezicht is in het bijzonder van belang in een vennootschapsgroep, waar het risico op schuldeisersbenadeling door opportunistisch gedrag door *insiders* hoger ligt dan bij een onafhankelijke vennootschap.³⁴ Het zijn immers nog steeds de bestuurders van de dochtervennootschap die als collegiaal orgaan uiteindelijk de grens moeten bewaken tussen geoorloofde en ongeoorloofde intragroepstransacties.³⁵ In deze zaak had appellante als bestuurder en aandeelhouder van de overige groepsvennootschappen duidelijk een belangenconflict, met de gekende gevolgen.

14. In dit verband dient ook op een recent cassatiearrest te worden gewezen.³⁶ In het kader van een laattijdige fiscale aangifte door een VZW, verbrak het Hof van Cassatie het arrest waarbij een passieve bestuurder geen fout werd verweten aangezien hij volstrekt passief bleef en geen enkele bestuurdersrol verrichtte. Volgens het Hof volgt uit het collegialiteitsprincipe dat individuele bestuurders gehouden zijn om toezicht te houden op de medebestuurders, en dat eventuele onderling overeengekomen taakverdelingen daarvoor irrelevant zijn.³⁷ Door de bewoordingen van het arrest mag worden aangenomen dat dergelijke algemene toezichtverplichting moet worden doorgetrokken naar alle collegiale

^{28.} S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 246, nrs. 254 *et seq.*; K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, F. PARREIN, S. DE DIER en S. COOLS, “Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen (1999-2010)”, *TPR*, 2012/1, (73) 291, nrs. 230 en 328, nr. 265; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 173, nr. 205.

^{29.} Zie punten 19.1. en 19.4. arrest.

^{30.} Punt 19.4. arrest.

^{31.} Omdat geen aansprakelijkheid werd weerhouden in hoofde van de 2 overige bestuurders, werd de ingestelde tussenvordering tegen de accountant en commissaris zonder voorwerp. Het hof diende zich daarom niet te buigen over hun eventuele aansprakelijkheid, waardoor deze (alhoewel interessante) vraag hier dan ook onbesproken wordt gelaten.

^{32.} Zie bv. Gent 29 maart 2001, *TRV* 2005, 45, noot J. VANANROYE; Bergen 22 maart 1993, *RPS* 1993, 323; zie ook S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 279, nr. 284.

^{33.} Zie bv. Antwerpen 3 januari 2017, *Fiscoloog* 2017, 1516 (“Zelfs als men zich niet bezighoudt met het dagelijks bestuur van de vennootschap, impliceert de hoedanigheid van bestuurder dat men zich minstens informeert over de financiële toestand van de vennootschap en dat men ingrijpt of reageert wanneer de toestand ernstig wordt. Als men aanvaardt om bestuurder te worden van een vennootschap kan men geen onwetendheid voorwenden en zich verschuilen achter het argument dat men enkel bestuurder was op papier.”); Gent 30 september 2013, *DAOR* 2014, 274; Gent 10 november 2008, *NJW* 2009, 820, noot S.D.G.; Brussel 22 maart 2005, *JLMB* 2006, 341; J. VANANROYE, noot onder Gent 29 maart 2001, *TRV* 2005, 46 (heeft het zelfs over een “suïcidaal verweer” in normale omstandigheden); K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, F. PARREIN, S. DE DIER en S. COOLS, “Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen (1999-2010)”, *TPR*, 2012/1, (73) 291, nr. 230.

^{34.} Zie o.a. J. ARMOUR, G. HERTIG en H. KANDA, “Transactions with creditors” in R. KRAAKMAN, J. ARMOUR, P. DAVIES ET AL. (eds.), *The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*, New York, Oxford University Press, 2017, (109) 115; K. HOPT, “Groups of companies: a comparative study on the economics, law and regulation of corporate groups” in J. GORDON en W.-G. RINGE (eds.), *The Oxford Handbook of Corporate law and Governance*, Oxford University Press, 2018, (603) 609.

^{35.} L. CORNELIS, “De aansprakelijkheid van bestuurders in groepsverband” in H. BIRON en C. DAUW (eds.), *Aspecten van ondernemingsgroepen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1989, (109) 162-163.

^{36.} Cass. 9 oktober 2020, C.20.0120.N, *RW* 2020-21, nr. 24, 947, *TRV-RPS* 2021, 361, noot S. DE GEYTER. Het cassatiearrest dateert van na de besproken uitspraak van het hof van beroep.

^{37.} *Ibid.*, punt 2: “Dat het bestuur van een VZW aan een collegiale raad van bestuur moet worden opgedragen, betekent dat elke individuele bestuurder verplicht is toezicht te houden op de medebestuurders. Noch een taakverdeling die de bestuurders eventueel zijn overeengekomen, noch het feit dat een bestuurder niet zelf het bestuursmandaat heeft gesolliciteerd of het feit dat een bestuurder zich het bestuur toe-eigent, doet afbreuk aan deze verplichting.”

bestuursorganen, en zich niet beperkt tot de VZW.³⁸ Uit deze rechtspraak blijkt daarom des te meer dat passiviteit op zich geen exoneratiegrond kan zijn, en dat volstrekte passiviteit integendeel op zichzelf zou kunnen kwalificeren als een foutieve gedraging.³⁹

15. Het cassatiearrest van 9 oktober 2020 houdt zich evenwel op de vlakte wat betreft de draagwijdte van de toezichtverplichting en de verhouding met de mogelijke aansprakelijkheid van passieve bestuurders wegens een gebrek aan toezicht. Als principe kan worden gesteld dat, niettegenstaande het collegialiteitsbeginsel (waarover verder meer), bestuurdersaansprakelijkheid een individuele aansprakelijkheid betreft.⁴⁰ Daarom is het bij de beoordeling van de bestuurdersaansprakelijkheid theoretisch mogelijk om een onderscheid tussen de bestuurders te maken op grond van de concrete omstandigheden en de eventuele specialisatie van de bestuurders onderling. Zoals De Geyter in haar annotatie onder het cassatiearrest het helder verwoordt: *“Aangezien het gedrag van de bestuurder wordt getoetst aan het dubbele criterium van de normaal zorgvuldige bestuurder in dezelfde concrete omstandigheden, is een differentiatie mogelijk. Het gedrag van de bestuurder wordt getoetst aan de objectieve minimumnorm van de normaal zorgvuldige bestuurder, die in meer of mindere mate kan worden verhoogd in functie van de specifieke kennis en vaardigheden die de bestuurder in concreto bezit. Dit kan toelaten om (niet-uitvoerende) bestuurders die zich hebben gesteund op de informatie of het advies van anderen minder streng te beoordelen dan diegenen die de informatie of het advies hebben verstrekt. In de praktijk stelt de rechtspraak zich evenwel zeer terughoudend op om deze zogenaamde ‘gespecialiseerde’ bestuurders strenger te beoordelen.”*⁴¹ Voorts zal niet elke bestuursfout of iedere foutieve gedraging – en dus ook niet elke vorm van passiviteit – tevens als een *kennelijk grove fout* in de zin van artikel 530 W.Venn./XX.225 WER kunnen worden aangemerkt, onder de marginale toetsingsbevoegdheid van de rechter.⁴²

16. Onderhavig arrest betreft een duidelijke toepassing

van deze zienswijze. In deze zaak ontspringen immers de bestuurders die alleen bij de dochtervennootschap en niet bij de moedervennootschap bestuurders waren, de dans. Het lijkt erop dat de specifieke feitenconstellatie een bepalende rol heeft gespeeld. Vooral de beoordeling van het hof dat de niet-veroordeelde dochterbestuurders niet geacht werden op de hoogte te zijn van de financiële problemen binnen de groep maar daarentegen mochten vertrouwen op de inschattingen en informatie van de aandeelhouder-bestuurder, lijkt daarbij doorslaggevend. De toezichtverplichting van het bestuursorgaan wordt door het hof *in casu* daardoor enigszins genuanceerd, ten voordele van de passieve dochterbestuurders.

17. Anderzijds oordeelde het hof in deze zaak dat de veroordeelde bestuurder ook op basis van de algemene zorgvuldigheidsnorm (art. 1382 oud BW) aansprakelijk was wegens het ophouden van een valse schijn van solvabiliteit tegenover bepaalde schuldeisers.⁴³ De twee overige bestuurders werd opnieuw geen fout verweten, waardoor zij niet konden worden aangesproken door de schuldeisers. Onder het WVV zou deze vaststelling door het hof echter tot een ander gevolg leiden.

Onder het W.Venn., zoals hier van toepassing, stond vast dat de bestuurdersaansprakelijkheid individueel diende te worden beoordeeld, en dat slechts bij gemeenschappelijke fouten of samenlopende fouten de bestuurders respectievelijk hoofdelijk of *in solidum* aansprakelijk waren.⁴⁴ Daardoor kon het hof inderdaad, in lijn met het eerdere oordeel inzake de kennelijk grove fout, oordelen dat de overige bestuurders niet foutief hadden gehandeld en daardoor niet verplicht waren tot het vergoeden van de veroorzaakte schade.

Het WVV stelt voortaan evenwel duidelijk dat het collegialiteitsbeginsel zorgt voor een hoofdelijke aansprakelijkheid in een collegiaal bestuursorgaan (zoals in de NV)⁴⁵ voor begane bestuursfouten en onrechtmatige daden tegenover derden, waardoor in principe interne taakverdelingen of een bijzondere specialisatie onder de verschillende bestuurders daaraan geen afbreuk zal doen.⁴⁶ Wegens de hoofdelijke

³⁸ S. DE GEYTER, “De toezichtsplicht van individuele bestuurders in een collegiale raad van bestuur” (noot onder Cass. 9 oktober 2020), *TRV-RPS* 2021, (362) 363, nr. 3; S. DE DIER, *Hof van Cassatie beaamt individuele plicht tot toezicht op collega-bestuurders*, URL: www.corporatefinancelab.org/2020/10/22/hof-van-cassatie-beaamt-individuele-plicht-tot-toezicht-op-collega-bestuurders/.

³⁹ Zie M. WYCKAERT en R. FORIERS, “Bestuurdersaansprakelijkheid in vennootschappen: een veldonderzoek” in S. COOLS (ed.), *Themis 117 – Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2021, (1) 4, nr. 8.

⁴⁰ M. WYCKAERT m.m.v. D. ALPER, “Faillissementsaansprakelijkheid van bestuurders en feitelijke bestuurders. Oude wijn in nieuwe zakken of ‘something old, something new’?” in J. VANANROYE en D. VAN GERVEN (eds.), *Leerstukken ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (189) 221.

⁴¹ S. DE GEYTER, “De toezichtsplicht van individuele bestuurders in een collegiale raad van bestuur” (noot onder Cass. 9 oktober 2020), *TRV-RPS* 2021, (362) 367, nr. 7.

⁴² Volgens de rechtspraak is de kennelijk grove fout *“een fout die een redelijk zorgvuldige en voorzichtige bestuurder niet zou hebben gepleegd en die strijdig is met de essentiële regels van het vennootschapsleven. Ze is kennelijk in de zin dat ze zwaar moet lijken in de ogen van elke redelijke bestuurder”*; zie met verdere verwijzingen S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 275, vn. 851.

⁴³ Zie punt 19.7., laatste alinea arrest.

⁴⁴ Zie R. HOUBEN en A. SNYERS, “De nietigheid van besluiten en bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe recht” in BCV, *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen*, Brussel, Larcier, 2018, (211) 236, nr. 39.

⁴⁵ Art. 7:85, § 1, eerste lid WVV (monistisch bestuur); art. 7:105, § 1 en 7:105, § 1 WVV (dual bestuur).

⁴⁶ Art. 2:56, tweede lid WVV; S. DE GEYTER, “De toezichtsplicht van individuele bestuurders in een collegiale raad van bestuur” (noot onder Cass. 9 oktober 2020), *TRV-RPS* 2021, (362) 367, nr. 7.

aansprakelijkheid in een collegiaal bestuursorgaan wordt elk lid van het bestuursorgaan immers vermoed aansprakelijk te zijn voor de begane fout van een ander lid dat wordt gemaakt in de uitvoering van zijn opdracht binnen dat bestuursorgaan, hetgeen ook geldt in het kader van een taakverdeling binnen het bestuursorgaan.⁴⁷

Een individuele bestuurder kan slechts worden vrijgesteld van aansprakelijkheid indien hij of zij aantoonst (i) dat hij of zij geen deel heeft gehad aan de beweerdte fout, (ii) dat hij of zij de beweerdte fout heeft gemeld aan alle andere leden van het bestuursorgaan (of in een NV met dual bestuur, aan het collegiaal bestuursorgaan en aan de raad van toezicht) en

(iii) dat deze melding, evenals de bespreking waartoe zij aanleiding geeft, werd opgenomen in de notulen.⁴⁸

Onder het WVV zouden de twee overige bestuurders desgevallend daarom wel hoofdelijk aansprakelijk zijn geweest wegens de foutieve schijn van kredietwaardigheid die kon worden toegerekend aan de overige bestuurder. Eventueel kan wel worden verdedigd dat door de nog steeds individuele aard van de aansprakelijkheid van de bestuurders onderling, de twee overige bestuurders die onder het oud recht geen veroordeling zouden zijn opgelopen vervolgens ten belope van het door hen betaalde bedrag een regresvordering kunnen instellen tegen de foutieve bestuurder, aangezien zij niet foutief handelden volgens de rechtbank.⁴⁹

5. BESLUIT

18. Het geannoteerde arrest betreft een duidelijk voorbeeld van schuldeisersbenadeling in een groepscontext. In het bijzonder doet de uitspraak vragen rijzen naar de verhouding tussen de feitelijke macht van *insiders* op het groepsbeleid enerzijds en de juridische rol en waarborgfunctie van (dochter)bestuurders anderzijds. Uit het arrest mag niet zomaar worden afgeleid dat passieve bestuurders automatisch vrijuit

gaan wanneer het evenwicht tussen het belang van de groep en de dochtervennootschap uit het oog werd verloren. Wel blijkt duidelijk dat steeds de concrete omstandigheden doorslaggevend zullen zijn om bestuurders aansprakelijk te stellen, in het bijzonder op grond van een kennelijk grove fout in de zin van artikel 530 W.Venn./XX.225 WER.

⁴⁷. D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen. Algemeen deel*, Brussel, Larcier, 2020, 777, nr. 427.

⁴⁸. Art. 2:56, vierde lid WVV.

⁴⁹. D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen. Algemeen deel*, Brussel, Larcier, 2020, 799, nr. 433.