

IPR VAN DE BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID

Aantal woorden: 35.893

Timon Terrens

Studentennummer: 01308800

Promotor: Prof. dr. Hans De Wulf

Commissaris: Nathalie Cooreman

Masterproef voorgelegd voor het behalen van de graad master in de Rechten

Academiejaar: 2017-2018

DANKWOORD

“We are the dust on the stained glass windows, trying to comprehend the cathedral”

Bovenstaande quote is afkomstig van Enter Shikari, een Engelse groep. Hoewel de quote meer toepasselijk was bij het aanvatten van mijn rechtenstudies, heeft het nog niet alle betekenis verloren. Zelfs na vijf jaar intensief studeren, kunnen we slechts beseffen dat er nog zoveel te leren valt. De quote behoort tot het nummer “Shinrin-Yoku”, dat ik aan allen aanraad om te beluisteren.

Bij het beëindigen van de rechtenopleiding hoort een sluitstuk, de masterproef. Dit is het resultaat van mijn 5-jarige opleiding aan de faculteit Rechtsgeleerdheid te Gent. Zonder de hulp van anderen had dit niet mogelijk geweest. Een bedanking is dan ook aan de orde.

Ten eerste wil ik prof. dr. Hans De Wulf bedanken voor het opwekken van mijn interesse in zowel het vennootschapsrecht als aanverwante rechtstakken en voor de vrijheid die ik kreeg in de behandeling van deze masterproef. Vervolgens wil ik graag Jens Defoor bedanken om samen met mij de vijf jaar af te leggen, lessen bij te wonen en examens voor te bereiden.

Verder wil ik graag mijn familie bedanken voor de onvoorwaardelijke steun die ik kreeg gedurende mijn hele leven. And last but not least wil ik mijn vriendin Daphné De Bruyne bedanken. Zij maakte van mijn laatste opleidingsjaar een jaar dat ik nooit zal vergeten.

Timon Terrens
Gent, 15 mei 2018

INHOUDSTAFEL

Inleiding	1
Hoofdstuk 1 - Uiteenzetting Internationaal Privaatrecht – pro memorie	4
Afdeling 1 : Internationale bevoegdheid	4
Afdeling 2 : Toepasselijk recht	6
Hoofdstuk 2 – Internationaal Privaatrechtelijke kwalificatie van de fout	9
Afdeling 1 – Bestuurdersplichten.....	9
1.1 - Kwalificatie van de verhouding	11
Afdeling 2 : Toepassing van Europese verwijzingsnormen : Internationale bevoegdheid	12
2.1 - Holterman-arrest	13
Afdeling 3 : Toepassing van Europese verwijzingsnormen : Toepasselijk recht – Rome I Verordening.....	21
Afdeling 4 : Toepassing van Europese verwijzingsnormen : Toepasselijk recht – Rome II Verordening.....	23
Afdeling 5 : Kwalificatie van de fout : Artikel 527 W.Venn.	24
Afdeling 6 : Kwalificatie van de fout : Artikel 528 W.Venn.	28
Afdeling 7 : Kwalificatie van de fout : Artikel 530 W.Venn.	29
Afdeling 8 : Uitoefenen van de aansprakelijkheidsvordering	31
Afdeling 9 : Conclusie en voorstel met betrekking tot verhogen rechtszekerheid	33
Hoofdstuk 3 – Aansprakelijkheid in nabijheid van insolventie	41
Afdeling 1 - Problematisch afbakening : voorbeeld.....	41
Afdeling 2 – Internationale bevoegdheid	43
2.1 - Gourdain/Nadler	44
2.2 - Deko Marty	45
2.3 - Notie “nauw verbonden vorderingen”	45
2.4 - Resultaat : Vis attractiva concursum-beginsel	46
2.5 - Evaluatie	47
Afdeling 3 - Toepasselijk recht	50
Afdeling 4 - Kornhaas	55
4.1 - Feiten	55
4.2 - Rechtsvragen	56
4.3 - Behandeling van de rechtsvragen door het Hof	57
4.4 - Conclusie	60
Afdeling 5- Toepassingen	61
5.1 - Indienen faillissement en daaraan gekoppelde aansprakelijkheid	61

5.2 - Wrongful Trading	63
5.3 - Diskwalificatie	66
Afdeling 6 – Evaluatie.....	68
Afdeling 7 – Mogelijke oplossingen	70
Hoofdstuk 4 – Fundamentele vrijheden	74
4.1 - Cassis de Dijon.....	75
4.2 - Gebhard.....	75
4.3 - Caixa-Bank	77
4.4 - Bestuurdersaansprakelijkheid	77
4.5 - Kornhaas	81
4.6 - Conclusie.....	82
Hoofdstuk 5 – Algemene conclusie	84
BIBLIOGRAFIE	89
RECHTSLEER.....	89
WETGEVING EUROPESE UNIE	92
BELGIE	93
NEDERLAND	93
VERENIGD KONINKRIJK	93
RECHTSPRAAK	93
EUROPESE UNIE	93
BELGIE	94
NEDERLAND	95
ANDERE.....	95

Inleiding

1. In een wereld, gekenmerkt door immer voortdurende internationalisering en globalisering, komen grensoverschrijdende conflicten steeds meer voor. De twee belangrijkste juridische vragen met betrekking tot dergelijke conflicten betreffen de vraag naar het toepasselijke recht en de vraag naar de bevoegde rechter. Deze vragen worden beantwoord in het internationaal privaatrecht, een rechtstak die in essentie nationaal ingevuld is. Dit impliceert dat bijvoorbeeld het Belgische internationaal privaatrecht kan verschillen van het Nederlandse. Deze verschillen kunnen rechtsonzekerheid met zich meebrengen. Daarom heeft de Europese Unie op meerdere vlakken een verregaande invloed uitgeoefend op de harmonisatie van de internationaal privaatrechtelijke regels. Deze harmonisatie strekt zich echter niet uit tot alle vlakken van de bestuurdersaansprakelijkheid. Hierdoor dient men toch terug te vallen op de verschillende nationale invullingen, wat vaak gepaard gaat met rechtsonzekerheid.

2. De internationaal privaatrechtelijke verwijzingsregels koppelen de kwalificatie van de rechtsvraag aan een aanknopingsfactor, die het toepasselijke recht of de bevoegde rechter uiteindelijk aanwijst. De aanknopingsfactoren verschillen naargelang de kwalificatie van de rechtsvraag. Een andere kwalificatie leidt dus tot de toepassing van een andere set van regels. Een van de belangrijkste problemen omtrent bestuurdersaansprakelijkheid in een grensoverschrijdend conflict zit net in de moeilijkheid van de kwalificatie van de rechtsvraag. Het veel aangehaalde, maar zeer duidelijke voorbeeld betreft de aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in nabijheid van het faillissement. Sommige landen kwalificeren dit als een vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheid, daar waar anderen dit kwalificeren als een insolventierechtelijke aansprakelijkheid en nog anderen dit kwalificeren als een strafrechtelijke aansprakelijkheid. Zo kan een bestuurder aan een aansprakelijkheidsregime onderworpen worden, waarmee deze niet bekend is. Omgekeerd kan deze ook net ontsnappen aan een strenger regime. Hoe dan ook, dit zorgt voor grote rechtsonzekerheid, niet enkel bij de aansprakelijke bestuurder, maar ook bij diegene die de aansprakelijkheidsvordering instelt.

3. Daarnaast bestaan binnen nationale rechtstelsels vaak uiteenlopende visies over hoe een fout moet gekwalificeerd worden. Het Belgische rechtstelsel kent, zoals later zal blijken, in vele gevallen de co-existentie van aansprakelijkheden. Eenzelfde fout kan dan op verschillende

wijzen gekwalificeerd worden. Dit heeft een enorme impact op de toepassing van de internationaal privaatrechtelijke regels. Daarbovenop komt dan dat niet enkel binnen nationale rechtsstelsels verschillen bestaan, maar ook tussen nationale rechtsstelsels.

4. Deze masterproef zal handelen over de hierboven geschetste moeilijkheid in afbakening en kwalificatie van de fout, de weerslag op bestuurders en hun aansprakelijkheid. Onzekerheid over welke set van regels bestuurders al dan niet moeten naleven, kan een rem zijn op grensoverschrijdende activiteiten en moet zoveel mogelijk uit de wereld worden geholpen. Zelfs al is er duidelijkheid over welke set van regels toepasselijk is, kan er ook nog discussie zijn over wie deze moet toepassen. Hier dient men vaak een moeilijk evenwicht te zoeken tussen de rechtmatige verwachtingen van de schuldeisers en de aansprakelijke personen in kwestie.

5. De maatschappelijke relevantie van dit onderwerp kan niet worden onderschat. De wereldeconomie draait op beslissingen van leidinggevenden binnen ondernemingen. Toch zijn deze personen vaak niet op de hoogte van de op hen rustende verplichtingen en aansprakelijkheden. Zeker in een grensoverschrijdende context kan men niet altijd op de hoogte zijn van de bestaande verplichtingen en aansprakelijkheden. Het doel van deze masterproef is verduidelijken waar de oorzaken van de rechtsonzekerheid zich bevinden en poogt een oplossing te vinden voor deze onzekerheid.

6. Het onderzoek betreft een klassiek juridisch onderzoek. Het begrijpen van het samenspel van de bestaande regulering, aangevuld met de rechtspraak van hoven en rechtbanken, zal de kern van dit onderzoek uitmaken. Hierbij gaat een specifieke aandacht uit naar de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie. Hoewel de focus ligt op het Belgisch rechtsstelsel, zal daar waar mogelijk worden gewerkt op een rechtsvergelijkende manier. Bij het onderzoek en het schrijven van deze masterproef liet ik me leiden door een aantal onderzoeksvragen. Op deze onderstaande vragen probeer ik in de loop van de uiteenzetting een antwoord te vinden.

7. Wat zijn de problemen met de meervoudige aansprakelijkheidsgronden? Is het koppelen aan een eenvormig aanknopingspunt beter? Is de aansprakelijkheid, opgelopen in een andere lidstaat, compatibel met de Europese fundamentele vrijheden? Wat is het nut en de relevantie van het COMI-concept in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid? Hoe staat het Hof van Justitie tegenover de afbakening van de *lex societatis* versus de *lex concursus*?

8. Het eerste hoofdstuk zet de relevante aspecten van het internationaal privaatrecht uiteen. Deze uiteenzetting zorgt ervoor dat de lezer zich bekend kan maken met de belangrijkste concepten en zo het vervolg van de masterproef gemakkelijk kan volgen. In dit hoofdstuk wordt er een onderscheid gemaakt tussen enerzijds de internationale bevoegdheid en anderzijds het toepasselijke recht.

9. In het tweede hoofdstuk wordt de moeilijke kwalificatie van de fout van de bestuurder behandeld. Deze moeilijke kwalificatie ligt voor een groot deel aan de oorsprong van de rechtsonzekerheid. In dit hoofdstuk wordt vooral aandacht besteed aan de Belgische regels omtrent bestuurdersaansprakelijkheid. In een eerste deel wordt de toepasselijkheid van de Europese normen van naderbij bekeken. In het tweede deel wordt meer aandacht besteed aan de moeilijke kwalificatie van de fout, die in het Belgische recht vaak meervoudig is. Dit hoofdstuk wordt vervolgens afgesloten met een conclusie en een voorstel om de bestaande problemen te beheersen.

10. In het derde hoofdstuk wordt specifiek aandacht gegeven aan de aansprakelijkheid in de nabijheid van insolventie. In dit hoofdstuk wordt vooral aandacht besteed aan de moeilijke afbakening van het insolventierecht ten opzichte van het vennootschapsrecht, de impact op de rechtszekerheid en het standpunt van het Hof van Justitie in deze problematiek. Ook dit hoofdstuk wordt afgesloten met een voorstel om de bestaande problemen te beheersen.

11. Het vierde hoofdstuk gaat over de potentiële botsing van het toepassen van aansprakelijkheidsregimes in grensoverschrijdende geschillen met de Europese fundamentele vrijheden. In dit hoofdstuk worden enkele kernarresten van het Hof van Justitie behandeld en vervolgens de mogelijke toepassing op de bestuurdersaansprakelijkheid onderzocht.

12. In het vijfde en laatste hoofdstuk wordt alles op een rijtje gezet in de vorm van een algemene conclusie.

Hoofdstuk 1 - Uiteenzetting Internationaal Privaatrecht – pro memorie

13. Om tot een beter begrip te komen omtrent de problematiek van het internationaal privaatrecht (vanaf nu IPR) van de bestuurdersaansprakelijkheid, kan een korte uiteenzetting van de relevante concepten niet ontbreken. De belangrijkste zaken worden in het verdere verloop van de masterproef meer uitgebreid behandeld.

14. Traditioneel bestaat het IPR uit verwijzingsregels, die het toepasselijke recht of de bevoegde rechter aanduiden, zonder zelf het conflict op te lossen¹. De identificatie van de rechtsvraag en het probleem, concreet de te beoordelen feitelijke situatie, noemt men de kwalificatie. Zo kan bijvoorbeeld een probleem in de oprichting van een vennootschap gekwalificeerd worden als een vennootschapsrechtelijk probleem. Aan die kwalificatie wordt aan de hand van een abstracte regel van allocatie een geografisch zwaartepunt gegeven. Dit noemt men de aanknopingsfactor². Zo is bijvoorbeeld de aanknopingsfactor voor vennootschapsrechtelijke problemen de plaats van voornaamste vestiging. Dat geografische zwaartepunt, in de regel een nationaal rechtsstelsel, zal dan het toepasselijke recht of de bevoegde rechter aanduiden. Zo zal het toepasselijke recht op een vennootschap geleverd worden door het land waar de vennootschap haar voornaamste vestiging heeft. De kwalificatie van het probleem is vanzelfsprekend erg belangrijk. De aanknopingsfactoren verschillen namelijk sterk naargelang de rechtstak en dit kan tot gevolg hebben dat het toepasselijk recht of de bevoegde rechter door een ander rechtsstelsel geleverd wordt.

Afdeling 1 : Internationale bevoegdheid

15. De toepasselijke IPR bronnen zijn verschillende Europese verordeningen en specifiek voor België het Belgisch wetboek IPR³. De internationale bevoegdheid van rechters inzake aansprakelijkheid van bestuurders wordt onder andere geregeld in de Brussel I Bis Verordening⁴. De basisregel stelt dat de verweerder dient te worden opgeroepen voor de gerechten van de lidstaat waar deze zijn woonplaats heeft⁵. De verordening stelt dat het begrip

¹ J., ERAUW, C., CLIJMANS, “Handboek Belgisch internationaal privaatrecht”, Mechelen, Kluwer, 2006, 263.

² J., ERAUW, C., CLIJMANS, “Handboek Belgisch internationaal privaatrecht”, Mechelen, Kluwer, 2006, 264.

³ Wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, BS 27 juli 2004. (vanaf nu WIPR).

⁴ Verord. van het Europees Parlement en Raad nr. 1215/2012, 12 december 2012, betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Pb. L 20 december 2012, afl. 351.

⁵ Art. 4, 1 Brussel I Bis Verordening.

‘woonplaats’ voor natuurlijke personen bepaald wordt aan de hand van het interne recht⁶. De woonplaats van een Belgisch bestuurder wordt dus bepaald door het Belgisch recht, met name het Belgische wetboek internationaal privaatrecht. Artikel 4 WIPR hanteert een formeel criterium en bepaalt dat de woonplaats van een natuurlijke persoon in België ligt, als deze is ingeschreven in een bevolkingsregister, vreemdelingenregister of wachtregister. De bepaling van de woonplaats van de vennootschap zelf ligt minder voor de hand, zeker indien men rekening houdt met de bepaling omtrent filialen⁷. Gezien deze masterproef handelt over de aansprakelijkheid van bestuurders zelf, zal de aansprakelijkheid van de vennootschap meer op de achtergrond blijven.

16. Artikel 1, 2, b) van de Brussel I Bis Verordening bepaalt daarentegen dat de regels van de Brussel I Bis Verordening niet van toepassing zijn op het faillissement, akkoorden en soortgelijke procedures. De bevoegdheid van de rechter in dergelijke zaken wordt geregeld door de Insolventie Verordening⁸, die een andere aanknopingsfactor hanteert dan de Brussel I Bis Verordening. Daar waar de Brussel I Bis Verordening een formeel criterium hanteert, wordt de bevoegde rechter in insolventieprocedures aangeduid door een meer feitelijk gestuurd gegeven. De Insolventie Verordening bepaalt dat de rechter van de lidstaat waar de vennootschap haar centrum van voornaamste belangen (of COMI⁹) heeft, bevoegd zal zijn. Dit betekent dat, onder de toepassing van het COMI-concept, een bestuurder kan worden gedaagd voor de rechter van een andere lidstaat, dan de lidstaat waar deze zijn woonplaats heeft. Een definitie van het COMI-concept is ingevoerd met de ingang van de nieuwe Insolventie Verordening en dient te worden geïnterpreteerd als de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert en die als zodanig voor derden herkenbaar is¹⁰. Verder bepaalt considerans 28 dat grote aandacht moet worden besteed aan de schuldeisers en de inschatting die zij maken van de plaats waar een schuldenaar het beheer over zijn belangen voert. Het is duidelijk dat hier wrijving ontstaat tussen de potentiële rechtsonzekerheid voor bestuurders en de rechtmatige verwachtingen van schuldeisers.

⁶ Art. 62, 1 Brussel I Bis Verordening.

⁷ Art. 7, 5 Brussel I Bis Verordening.

⁸ Verord. van het Europees Parlement en de Raad nr. 2015/848, van 20 mei 2015, betreffende insolventieprocedures, Pb. L 5 juni 2015, 141/19.

⁹ Afkorting voor de Engelse vertaling van het centrum van voornaamste belangen, met name : centre of main interests.

¹⁰ Art. 3, 1 Insolventie Verordening.

Afdeling 2 : Toepasselijk recht

17. Zoals bij het bepalen van de bevoegde rechter is het belang van een correcte kwalificatie, gekoppeld aan de juiste aanknopingsfactor, bij het bepalen van het toepasselijke recht zeer groot. De Europese harmonisatie van de internationaal privaatrechtelijke regels treft echter niet alle vlakken van het toepasselijk recht omtrent de bestuurdersaansprakelijkheid. Er moet een onderscheid gemaakt worden in de verschillende aansprakelijkheidsregimes die op een bestuurder rusten.

18. Een eerste aansprakelijkheidsregime dat op de bestuurder rust, is de vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheid. Gezien de hechte band met het vennootschapswezen, wordt algemeen aanvaard dat de aansprakelijkheid van vennoten tegenover de vennootschap zelf, alsook tegenover derden, geregeld wordt door de *lex societatis*¹¹. De Rome I Verordening¹² bepaalt duidelijk in artikel 1, 2, f) dat deze niet van toepassing is op 'kwesties behorende tot het recht inzake vennootschappen, verenigingen en rechtspersonen, zoals hun oprichting door registratie of anderszins, hun rechts- en handelingsbevoegdheid, hun inwendig bestel en hun ontbinding, alsook de persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten en de organen voor de verbintenissen van de vennootschap, vereniging of rechtspersoon'. De Rome II Verordening¹³ bevat een gelijkaardige bepaling¹⁴. Aldus voor het bepalen van het toepasselijke recht op de vennootschap en de persoonlijke aansprakelijkheid van haar bestuurders, dient men terug te vallen op nationale IPR-regels. De *lex societatis* wordt aangeduid door de plaats van voornaamste vestiging, die nationaal wordt ingevuld. Traditioneel worden twee theorieën gebruikt om de plaats van voornaamste vestiging aan te duiden, de werkelijke zetelleer en de statutaire zetelleer. België is een aanhanger van de werkelijke zetelleer, zoals blijkt uit artikel 110 WIPR in samenlezing met artikel 4 § 2, 2 en § 3 WIPR, wat inhoudt dat het toepasselijke recht geleverd wordt door de staat waar de vennootschap effectief geleid wordt. Hoewel er verschillende criteria worden gehanteerd voor het bepalen van de werkelijke zetel, legt men in de meeste rechtsstelsels het zwaartepunt bij de

¹¹ J., ERAUW, C., CLIJMANS, "Handboek Belgisch internationaal privaatrecht", Mechelen, Kluwer, 2006, 573.

¹² Verord. van het Europees Parlement en Raad nr. 593/2008, 17 juni 2008, inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Pb. L 4 juli 2008, afl. 177.

¹³ Verord. van het Europees Parlement en de Raad nr. 864/2007, van 11 juli 2007, betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, Pb. L 31 juli 2007, 199/40.

¹⁴ Art. 1, 2, d) Rome II Verordening

plaats waar de vergaderingen van de raad van bestuur doorgaan, gezien daar de effectieve leiding van de vennootschap berust¹⁵.

Andere staten, waaronder bijvoorbeeld Nederland¹⁶, zijn aanhangers van de incorporatieleer, waar het toepasselijke recht wordt geleverd door de staat waar de vennootschap haar statutaire zetel heeft. Via de hantering van een formeel criterium, zoals de statutaire zetel, wordt het achterhalen van het toepasselijke recht enorm vergemakkelijkt. Dit komt de rechtszekerheid ten goede.

19. Het lijkt me dat andere aansprakelijkheidsregimes, waarbij de hoedanigheid van bestuurder meer op de achtergrond komt, voor minder verwarring zorgen. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarbij een bestuurder op weg naar een vergadering van de raad van bestuur een andere persoon aanrijdt. Dergelijke aansprakelijkheid heeft weinig te maken met het vennootschapswezen. Bijgevolg zullen de Europese IPR-regels wel van toepassing zijn, omdat de persoonlijke aansprakelijkheid in dergelijk geval niets te maken heeft met de hoedanigheid van bestuurder. *In casu* zal het toepasselijk recht geleverd worden door de staat waar de schade zich voordoet¹⁷, ook wel de *lex loci delicti* genoemd. Verder wordt er aangenomen dat de aansprakelijkheid voor bestuurdersfouten tegenover de vennootschap, die geen schending van de vennootschapswet noch de statuten inhoudt, noch een onrechtmatige daad betreft, wordt beheerst door de *lex contractus*¹⁸. Men dient echter wel voorrang te geven aan de *lex societatis* in het beheersen van bestuurdersaansprakelijkheid, indien deze zou verschillen van de *lex contractus*¹⁹. Het dient opgemerkt te worden dat er verwarring kan ontstaan wanneer eenzelfde fout in het ene land als contractueel wordt gekwalificeerd en in een ander land als buitencontractueel.

¹⁵ H., DE WULF, L., VAN DEN STEEN, “Enkele IPR-problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen *lex concursus* en *lex societatis*, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS”, in ERAUW, J. en TAELEMAN, P. (eds.), “Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal, XXXVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva”, Mechelen, Kluwer, 2009, 393.

¹⁶ Zie Artikel 118 Boek 10 Burgerlijk Wetboek: *Een corporatie die ingevolge de oprichtingsovereenkomst of akte van oprichting haar zetel of, bij gebreke daarvan, haar centrum van optreden naar buiten ten tijde van de oprichting, heeft op het grondgebied van de staat naar welks recht zij is opgericht, wordt beheerst door het recht van die staat.*

¹⁷ Zie artikel 4, lid 1 Rome II Verordening.

¹⁸ R., JAFFERALI, “Article 111 - domaine du droit applicable à la personne morale” in “Het Wetboek internationaal privaatrecht becommentarieerd”, Antwerpen, Intersentia, 2006, 583 ; Wetsontwerp houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, Parl.St. Senaat 2003-04, nr. 3/27-7, 205-206 waarbij aangegeven wordt dat dergelijke aansprakelijkheidsregimes door andere artikelen van het WIPR behandeld worden.

¹⁹ H., DE WULF, L., VAN DEN STEEN, “Enkele IPR-problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen *lex concursus* en *lex societatis*, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS”, in ERAUW, J. en TAELEMAN, P. (eds.), “Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal, XXXVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva”, Mechelen, Kluwer, 2009, 451.

20. Een laatste belangrijke aansprakelijkheidsregime, is de aansprakelijkheid in het nabij zijn van faillissement. De IPR-regels inzake insolventierechtelijke aangelegenheden zijn volledig geharmoniseerd op Europees niveau, waardoor de Belgische IPR-regels buiten spel worden gezet. Het COMI-concept, gehanteerd in de Insolventie Verordening, duidt niet enkel de bevoegde rechter aan, maar ook het toepasselijke recht. Bijgevolg zal het centrum van de voornaamste belangen de *lex concursus* bepalen. Het toepasselijke recht wordt in quasi alle gevallen geleverd door de staat waar de insolventieprocedure wordt geopend.

21. Voor vennootschappen geldt het weerlegbaar vermoeden dat het COMI op de plaats van de statutaire zetel ligt²⁰. Ondanks de rechtspraak van het Hof van Justitie in de Eurofood-zaak, waar het Hof benadrukt dat de weerlegging niet te gemakkelijk mag aanvaard worden²¹, aanvaardden nationale rechters vaak al te graag dat het COMI elders ligt dan de statutaire zetel²². De praktijk toont aan dat rechters het COMI interpreteren in die zin dat ze zelf de bevoegdheid kunnen opnemen om de insolventieprocedure af te ronden. Dit kan nadelige gevolgen hebben en kan leiden tot onzekerheid over de toepasselijkheid van het nationale recht²³.

22. Zelfs na een zeer beknopte weergave van de meest relevante IPR-concepten, is het duidelijk dat de bestuurdersaansprakelijkheid geen uniform gegeven is. Bestuurders worden niet onderworpen aan één bepaald aansprakelijkheidsregime. Omwille van het uitblijven van een volledige Europese harmonisatie en het bestaan van nationale verschillen, kunnen bestuurders geconfronteerd worden met een aansprakelijkheid die zij niet konden voorspellen. Dit kan een rem zijn op de grensoverschrijdende activiteiten, wat zeker niet wenselijk is.

²⁰ Zie artikel 3, 1 Insolventie Verordening.

²¹ Zie vooral overweging 34 van het Eurofood-arrest : HvJ 2 mei 2006, C-341/04, Eurofood IFCS Ltd, www.curia.europa.eu.

²² H., DE WULF, L., VAN DEN STEEN, “Enkele IPR-problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen *lex concursus* en *lex societatis*, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS”, in ERAUW, J. en TAELEMAN, P. (eds.), “Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal, XXXVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva”, Mechelen, Kluwer, 2009, 425.

²³ K., MARESCEAU, “De Europese markt voor vennootschapsrecht: een (her)evaluatie van het vennootschapsrechtelijke harmonisatieprogramma”, TPR 2015, 568.

Hoofdstuk 2 – Internationaal Privaatrechtelijke kwalificatie van de fout

Afdeling 1 – Bestuurdersplichten

23. Om een correcte internationaal privaatrechtelijke kwalificatie te maken, dient men goed te weten in welke rechtsverhouding een fout begaan wordt. De aanwijzing van een bevoegde rechter of een toepasselijk recht is in een contractuele setting totaal verschillend van een buitencontractuele setting. Wanneer bijvoorbeeld tussen bestuurders en aandeelhouders van een vennootschap een rechtstreekse contractuele band bestaat, zal het toepasselijke recht waarschijnlijk verschillend zijn dan wanneer dergelijke band niet bestaat. Het is daarom noodzakelijk te weten in welke rechtsverhouding er plichten op de bestuurders rusten en in welke rechtsverhouding zij al dan niet fouten begaan.

24. Voor het in kaart brengen van deze bestuurdersplichten en de daaraan gekoppelde aansprakelijkheden werd gebruik gemaakt van een zeer uitgebreide, rechtsvergelijkende studie. Deze studie werd voorbereid voor de Europese Commissie door Carsten Gerner-Beuerle, Philipp Paech and Edmund Philipp Schuster, in april 2013²⁴. Een te ruime bespreking is enerzijds onnodig en zou anderzijds te ver leiden in het kader van deze masterproef. Er wordt daarom gewerkt aan de hand van algemene opmerkingen met concrete en voor deze masterproef relevante voorbeelden, zonder het oogmerk te hebben een exhaustief beeld te schetsen van de bestuurdersplichten in de Europese lidstaten.

25. Een algemeen erkende verplichting die op de bestuurder rust, is de *duty of care*²⁵. Dit houdt algemeen in dat de bestuurder zijn taak vervult op een deugdvolle manier en wordt geconcretiseerd aan de hand van de tijd en zorgvuldigheid die de bestuurder aan zijn taken spendeert, het nemen van geïnformeerde beslissingen, het bezitten van de nodige kennis en ervaring, etc. Het Belgische recht legt geen bijzondere *duty of care* op, maar het kan geargumenteed worden dat gelijkaardige verplichtingen rusten op bestuurders door de toepassing artikel 527 Wetboek Vennootschappen. Zo zal de verplichting tot de deugdvolle uitoefening van het bestuursmandaat vervat liggen in de aansprakelijkheid gekoppeld aan bestuurdersfouten. Bijzonder aan het Belgische recht is dat het eerder de focus legt op een

²⁴ C., GERNER-BEUERLE, P., PEACH, E.P., SCHUSTER, “Study on Directors’ Duties and Liability”, London, London School of Economics, 2013, 396, <http://ec.europa.eu>, deze bron kan online worden terug gevonden via de link : http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/board/2013-study-analysis_en.pdf.

²⁵ C., GERNER-BEUERLE, P., PEACH, E.P., SCHUSTER, “Annex to Study on Directors’ Duties and Liability”, London, London School of Economics, 2013, 74 ev., <http://ec.europa.eu>.

aansprakelijkheid, dan op de afbakening van de plichten²⁶. Indien de bestuurder schade veroorzaakt ten gevolge van een fout, zal deze contractueel of extracontractueel aansprakelijk zijn, afhankelijk van de rechtsverhouding waarin de fout werd begaan.

26. Naast de *duty of care* bestaat de *duty of loyalty*²⁷, die algemeen inhoudt dat een bestuurder in het belang van de vennootschap moet handelen en niet in het eigen belang. De meest uitgesproken toepassing van de *duty of loyalty* bevat de problematiek rond belangenconflicten, waarin algemeen gesproken bestuurders met een belangenconflict niet of beperkt mogen deelnemen aan het nemen van de beslissingen. Het Belgisch recht kent opnieuw geen expliciete *duty of loyalty*, maar dit wordt geacht vervat te zijn in de uitvoering van de overeenkomst ter goede trouw, conform artikel 1134 Burgerlijk Wetboek.

27. Bestuurdersplichten rusten in de eerste plaats op bestuurders (*de iure*). Er bestaan nationale verschillen op het vlak van het leggen van dezelfde plichten op schaduwbestuurders (*de facto*), waarbij opgemerkt kan worden dat de meeste lidstaten wel voorzien in de gelijkschakeling tussen *de iure* en *de facto* bestuurders. Belangrijker is echter tegenover wie die bestuurdersplichten gelden. Met andere woorden, de rechtsverhouding waarin de bestuurdersplichten en de daaraan gekoppelde aansprakelijkheden gelden. Zoals eerder gesteld, heeft de rechtsverhouding een belangrijke impact op de internationaal privaatrechtelijke kwalificatie. Zo komt het voor dat de aansprakelijkheid als contractueel kan gekwalificeerd worden, daar er een contractuele relatie is tussen de aandeelhouder en de bestuurder²⁸. Andere landen kwalificeren het als extracontractuele aansprakelijkheid, gezien er geen contractuele relatie is²⁹. Andere kwalificeren dezelfde aansprakelijkheid als vennootschapsrechtelijk dan wel insolventierechtelijk. Belangrijk hierbij is dat de aanknopingsfactoren voor elk van deze kwalificaties verschilt en potentieel kan leiden naar de toepassing van verschillende rechtsstelsels en de bevoegdheid van andere rechters.

²⁶ C., GERNER-BEUERLE, P., PEACH, E.P., SCHUSTER, "Annex to Study on Directors' Duties and Liability", London, London School of Economics, 2013, 46, <http://ec.europa.eu>.

²⁷ C., GERNER-BEUERLE, P., PEACH, E.P., SCHUSTER, "Annex to Study on Directors' Duties and Liability", London, London School of Economics, 2013, 118 ev., <http://ec.europa.eu>.

²⁸ Zo zal bijvoorbeeld het Engelse recht de rechtsverhouding als contractueel kwalificeren indien er sprake is van een *special factual relationship*. Dit komt later meer uitgebreid aan bod.

²⁹ Zo zal het Belgische recht in de regel de rechtsverhouding kwalificeren als extracontractueel indien tussen de partijen geen overeenkomst gesloten is.

1.1 - Kwalificatie van de verhouding

28. Het wordt algemeen aanvaard dat bestuurdersplichten in de eerste plaats gelden tegenover de vennootschap zelf³⁰. Het kan echter in uitzonderlijke omstandigheden voorvallen dat bestuurdersplichten toch gelden ten opzichte van een aandeelhouder of een schuldeiser. Het is in de relatie met derden dat de situatie meer complex wordt³¹. De vordering wegens aansprakelijkheid wordt in de *common law* landen ingevuld in het vennootschapsrecht en is gebaseerd op het bestaan van een zogenaamde *special factual relationship*³². Een rechtstreekse verhouding tussen bestuurder en aandeelhouder wordt anders ingevuld in de *civil law* landen. Deze wordt traditioneel ingevuld in het gemeen recht³³. Een aansprakelijkheidsvordering, in dergelijke rechtstreekse verhouding, zal in België gebaseerd zijn op artikel 1382 BW. Daarom lijkt het logisch de verhouding tussen bestuurder en aandeelhouder als buitencontractueel te kwalificeren.

29. Het dient verder ook opgemerkt te worden dat het algemeen aanvaard wordt dat een aansprakelijkheidsvordering voor zogenaamde reflectieschade niet kan worden ingesteld³⁴. Daarom moet de schade die een aandeelhouder lijdt verschillend zijn van de schade die louter een gevolg is van de schade die de vennootschap lijdt.

30. Het kan besluitend worden gesteld dat in het algemeen de verhouding tussen bestuurder en vennootschap als contractueel wordt beschouwd. De verhouding tussen bestuurder en aandeelhouder daarentegen zal eerder als buitencontractueel worden beschouwd. Dit heeft repercussies in het bepalen van de bevoegde rechter en het toepasselijke recht.

³⁰ C., GERNER-BEUERLE, P., PEACH, E.P., SCHUSTER, "Study on Directors' Duties and Liability", London, London School of Economics, 2013, 63.

³¹ R., JAFFERALI, "L'application du droit belge aux sociétés de droit étranger: Une esquisse des contours de la *lex societatis*", *Larcier*, R.D.C. 2004/8, 784, te vinden op <https://ssrn.com/abstract=2249946>

³² C., GERNER-BEUERLE, P., PEACH, E.P., SCHUSTER, "Study on Directors' Duties and Liability", London, London School of Economics, 2013, 64.

³³ C., GERNER-BEUERLE, P., PEACH, E.P., SCHUSTER, "Study on Directors' Duties and Liability", London, London School of Economics, 2013, 64-65.

³⁴ C., GERNER-BEUERLE, P., PEACH, E.P., SCHUSTER, "Study on Directors' Duties and Liability", London, London School of Economics, 2013, 66.

Afdeling 2 : Toepassing van Europese verwijzingsnormen : Internationale bevoegdheid

31. De vraag naar de bevoegdheid in grensoverschrijdende geschillen wordt beantwoord in de Brussel I Bis Verordening. De basisregel van de genoemde verordening werd reeds uiteengezet. Verder bevat deze verordening een hiërarchie met betrekking tot de bevoegdheidsgronden, waarvan de toepasselijkheid op de bestuurdersaansprakelijkheid dient onderzocht te worden³⁵.

32. Bovenaan de hiërarchie staan de exclusieve bevoegdheidsgronden, vervat in artikel 24 van de Brussel I Bis Verordening. Zo stelt artikel 24 lid 2 dat voor de geldigheid, nietigheid of ontbinding van vennootschappen of rechtspersonen en van de besluiten van hun organen, de gerechten van de lidstaat van vestiging exclusief bevoegd zijn. De plaats van vestiging wordt volgens het nationaal IPR bepaald. Nu is het niet ondenkbaar dat er schade geleden wordt naar aanleiding van de nietigverklaring van een bepaald handelen van de bestuurders. Stel dat een bestuurder *ultra vires* handelt en, met afstand van de eventuele toepassing van de Prokuraaleer, de handeling daarom ongeldig is. Het lijkt dan niet vergezocht dat de bestuurder aansprakelijk zal gesteld worden voor de door hem veroorzaakte schade. Wordt dan de bevoegde rechter in een grensoverschrijdende context exclusief aangeduid door toepassing van artikel 24 lid 2?

33. Het Hof van Justitie stelt dat de exclusieve bevoegdheid niet geldt indien een materie als incidentele vraag aan de orde komt³⁶. Het Hof stelt dat het doel van de verordening erin bestaat om zaken toe te wijzen aan gerechten die een bijzondere band hebben met het geschil en daarom het best geplaatst zijn om ervan kennis te nemen³⁷. Het Hof gaat verder met te stellen dat in geschillen uit overeenkomst de geldigheid van het door de vennootschappelijke organen genomen besluit, ondergeschikt is aan vragen omtrent geldigheid, uitlegging en tegenwerpelijheid van de overeenkomst zelf³⁸. Het Hof besluit vervolgens dat de verordening niet de centralisatie van bevoegdheid, om kennis te nemen van alle geschillen uit overeenkomst waarbij een rechtspersoon is betrokken en die als verweermiddel de ongeldigheid van de besluiten van zijn eigen organen aanvoert, beoogt³⁹.

³⁵ T., KRUGER, J., VERHELLEN, "Internationaal privaatrecht. De essentie", Brugge, Die Keure, 2012, 86.

³⁶ Zie HvJ 12 mei 2011, C-144/10, Berliner Verkehrsbetriebe (BVG) t. JPMorgan Chase Bank NA, Frankfurt Branch, www.curia.europa.eu. (hierna voor praktische redenen het "BVG arrest" genoemd)

³⁷ Zie overweging 36 van het BVG arrest.

³⁸ Zie overweging 38 van het BVG arrest.

³⁹ Zie overweging 40 van het BVG arrest.

34. Dus de aansprakelijkheidsvordering ten gevolge van de nietigheid van een beslissing, zal niet onderworpen zijn aan de exclusieve bevoegdheidsgrond, indien de nietigheid van de beslissing slechts incidenteel is. Zo wil het Hof vermijden dat er een concentratie van zaken zal zijn op de plaats van vestiging, die voortvloeien uit de besluiten van vennootschapsorganen. Dit lijkt mij een zeer wenselijke uitspraak in die zin dat vrijwel alle schade voortvloeit uit de beslissing van een orgaan van de vennootschap.

35. Hoewel het Hof uitspraak deed met betrekking tot een contractuele setting, lijkt mij dat een buitencontractuele setting hetzelfde antwoord zou krijgen. De doelstellingen van de verordening, wat de grootste ratio is achter dit arrest, blijven namelijk dezelfde in een buitencontractuele setting. Het kan daarom concluderend worden gesteld dat een vordering tegen een bestuurder, waar de geldigheid, nietigheid of ontbinding van het onderliggend besluit incidenteel is, niet zal ressorteren onder de exclusieve bevoegdheidsgrond.

36. De volgende bevoegdheidsgrond ligt vervat in artikel 26 van de Brussel I Bis Verordening en stelt dat het gerecht bevoegd is wanneer een partij verschijnt zonder internationale bevoegdheid van het aangezochte gerecht te betwisten. Dit wordt de stilzwijgende aanvaarding genoemd⁴⁰.

2.1 - Holterman-arrest⁴¹

37. Vervolgens geeft de verordening een beschermende bevoegdheid wanneer zwakke partijen betrokken zijn. Het gaat om consumenten, verzekeringsnemers en werknemers. Op het eerste zicht lijken artikelen 10 tot en met 23 niet van toepassing zijn met betrekking tot de aansprakelijkheid van bestuurders. Een redelijk recent arrest van het Hof van Justitie heeft echter een verregaande impact op de kwalificatie van bestuurders als werknemers.

38. Het arrest Holterman is een zaak omtrent een Nederlandse holding⁴². De holding beheert drie dochtervennootschappen, gevestigd te Duitsland. Spies von Büllenheim, een Duitse staatsburger, werd bestuurder in één van de dochtervennootschappen. Later wordt hij

⁴⁰ T., KRUGER, J., VERHELLEN, “Internationaal privaatrecht. De essentie”, Brugge, Die Keure, 2012, 91.

⁴¹ HvJ 10 september 2015, C-47/14, Holterman Ferho Exploitatie BV, Ferho Bewehrungsstahl GmbH, Ferho Vechta GmbH, Ferho Frankfurt GmbH t. Friedrich Leopold Freiherr Spies von Büllenheim, www.curia.europa.eu.

⁴² P., HAAS, “CJEU Case Note: CJEU 10 September 2015, C-47/14 (Holterman Ferho v. Spies)”. *European Company Law* 13, no. 2 (2016): 79–81, te vinden op https://www.akd.nl/Downloads/PublicatiesPDF-EN/09-05-2016_Case-notes_PHaas.pdf

aansprakelijk gesteld volgens Nederlands recht wegens onbehoorlijke vervulling van zijn taak als bestuurder (op basis van artikel 2:9 BW), bewuste roekeloosheid bij de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst (op basis van artikel 7:661 BW) en onrechtmatig handelen (op basis van artikel 6:162 BW). Hij wordt aansprakelijk gesteld voor een Nederlandse rechtbank en werpt op dat de Nederlandse rechter niet bevoegd is.

In deze procedure werden meerdere prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie gesteld. De belangrijkste prejudiciële vraag betreft in essentie of de rechtsverhouding tussen bestuurder en vennootschap als arbeidsrechtelijk kan worden gekwalificeerd. Verder wordt de vraag gesteld of de bijzondere bevoegdheidsregels in verband met een arbeidsverhouding de algemene bevoegdheidsgronden buiten spel zetten. In de andere prejudiciële vragen peilt de Nederlandse Hoge Raad naar verduidelijking omtrent de algemene en bijzondere bevoegdheidsgronden (deze vragen worden later behandeld, in de verdere uiteenzetting van de bevoegdheidsgronden).

39. Een eerste opmerking die het Hof maakt, is dat hoewel de zaak kadert binnen de toepassing van het Executieverdrag, de uitlegging van het Hof moet verruimd worden naar de in de plaats getreden verordening, *in casu* de Brussel I Bis Verordening. In een tweede opmerking stelt het Hof dat het begrip arbeidsovereenkomst nood heeft aan een autonome interpretatie, waarbij de nationale invulling irrelevant is⁴³. Het Hof stelt dat om een overeenkomst als een arbeidsovereenkomst te kwalificeren er noodzakelijk een ondergeschiktheid van de werknemer moet zijn tegenover de werkgever. Verder ligt een hoofdkenmerk van de arbeidsverhouding in de omstandigheid dat een persoon gedurende bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties verricht tegen beloning⁴⁴. Een belangrijk aspect hierbij is of iemand bevoegd is om instructies te geven aan de werknemer en toe ziet op de uitvoering ervan. Het is aan de nationale rechter om na te gaan of de onderliggende verhouding door deze elementen gekenmerkt wordt. De nationale rechter moet van geval tot geval aan de hand van alle gegevens en alle omstandigheden, die de verhoudingen tussen partijen kenmerken, nagaan of van ondergeschiktheid sprake is⁴⁵.

40. Het Belgische recht kwalificeert traditioneel de overeenkomst tussen bestuurder en vennootschap niet als een arbeidsovereenkomst, daar er nooit sprake kan zijn van ondergeschiktheid van de bestuurder. De aard van het mandaat, alsook bijvoorbeeld de *ad*

⁴³ Zie overweging 36-37 Holterman-arrest

⁴⁴ Zie overweging 40-41 Holterman-arrest.

⁴⁵ Zie overweging 46 Holterman-arrest.

nutum afzetbaarheid van de bestuurder in de NV, laten niet toe dat het bestuursmandaat uitgeoefend wordt in hiërarchisch ondergeschikt verband⁴⁶. Dit wordt geuit in het feit dat men in principe geen instructies kan geven aan de bestuurder. In de praktijk gebeurt dit echter wel. Een arbeidsovereenkomst kan slechts gecombineerd worden met de bestuursfunctie, indien beide functies duidelijk van elkaar kunnen gescheiden worden en de bestuurder in de uitoefening van de arbeidsovereenkomst zich in ondergeschikt verband bevindt ten opzichte van de vennootschap⁴⁷. De vraag is nu hoe het Belgische standpunt kan verenigd worden met de rechtspraak van het Hof van Justitie. Aan de ene kant kan het argument gemaakt worden dat indien, volgens de toets die het Hof uiteenzet, er een ondergeschikt verband aanwezig is, dat de persoon geen bestuursfunctie uitoefent en bijgevolg geen bestuurder is. Toch lijkt mij dit moeilijk te argumenteren aangezien de ondergeschiktheid geen vereiste is om bestuurder te worden. Een persoon wordt bestuurder indien deze de bestuursfunctie vervult en bijgevolg een beslissende invloed heeft op het beleid van de vennootschap. Het feit dat de bestuurder zijn functie niet kan uitoefenen in ondergeschikt verband, is eerder een gevolg dan een constitutief bestanddeel van de bestuursfunctie. Bijgevolg kan volgens mij niet geargumenteed worden dat de persoon geen bestuurder is, indien deze de bestuursfunctie in ondergeschikt verband uitoefent. De bestuurder zal namelijk de bestuursfunctie uitgeoefend hebben en een invloed hebben gehad op het beleid van de vennootschap, wat voldoende is om de persoon als een bestuurder te kwalificeren. Er anders over oordelen zou ook met zich meebrengen dat de persoon bijvoorbeeld niet meer aansprakelijk kan worden gesteld conform artikel 527 W.Venn. aangezien deze geen bestuurder is, indien er een ondergeschikt verband aanwezig is. Dit terwijl de persoon *de facto* wel degelijk de bestuursfunctie heeft uitgeoefend.

41. Aan de andere kant, dit is volgens mij meer plausibel, kan het argument gemaakt worden dat niet langer kan worden vastgehouden aan het principiële standpunt in het Belgische recht. Het Hof legt namelijk de nadruk op het feit dat de ondergeschiktheid moet onderzocht worden aan de hand van alle gegevens en omstandigheden. Dit impliceert een *in concreto* beoordeling. Er kan volgens mij vastgesteld worden dat de bestuursfunctie en de arbeidsrelatie samen vallen, indien *in concreto* kan worden vastgesteld dat de bestuursfunctie in ondergeschikt verband wordt uitgeoefend. Het Belgische standpunt dat beide kwalificaties niet samen kunnen vallen, moet dus aan de kant geschoven worden, wanneer in de feite een ondergeschikt verband kan worden vastgesteld. Daarom kan, gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie, in bepaalde

⁴⁶ H., BRAECKMANS, R., HOUBEN, "Handboek vennootschapsrecht", Antwerpen, Intersentia, 2012, 246.

⁴⁷ H., BRAECKMANS, R., HOUBEN, "Handboek vennootschapsrecht", Antwerpen, Intersentia, 2012, 247

gevallen wel degelijk sprake zijn van het bestaan van een arbeidsrelatie. Het staat namelijk vast dat de bestuurder prestaties verricht tegen beloning. Als men daarnaast kan aantonen dat er instructies werden gegeven, kan in mijn ogen geargumenteed worden dat er sprake is van ondergeschiktheid. Het Hof besluit ook in het Holterman-arrest dat indien er sprake is van een arbeidsovereenkomst, de bevoegdheidsregels daaromtrent voorrang moeten krijgen. Dit kan een bijzondere impact hebben op de bevoegdheid van de rechter, daar in het kader van arbeidsovereenkomsten de werknemer slechts kan gedaagd worden voor het gerecht van diens woonplaats, wat een sterke bescherming van de werknemer inhoudt. Het dient echter opgemerkt te worden dat deze bevoegdheidsgrond slechts kan spelen in de verhouding tussen de bestuurder en de vennootschap.

42. Een andere mogelijkheid om de vraag naar bevoegdheid te beantwoorden, is het sluiten van een forumbeding⁴⁸. Een forumbeding is een contractuele afspraak tussen partijen om de rechtsmacht van een vooraf overeengekomen gerecht te aanvaarden. De Brussel 1 Bis Verordening legt enkele formele vereisten op⁴⁹. Zo moet het forumbeding bij schriftelijke overeenkomst of bij geschrift bevestigde mondelinge overeenkomst zijn en overeenstemmen met de handelwijzen of de gewoonten. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie valt vooral op dat het Hof oog heeft voor de duidelijkheid en de waarneembaarheid van het forumbeding⁵⁰. Zo zal het Hof bijvoorbeeld een forumbeding, dat in kleine lettertjes op de achterkant van een factuur staat, in principe niet aanvaarden. Een forumbeding sluiten in de onderlinge overeenkomst tussen vennootschap en bestuurder is zonder twijfel mogelijk. De vraag of een bestuurder gebonden kan zijn door een in de statuten opgenomen forumbeding werpt zich echter op. Gezien het Hof focust op de duidelijkheid en de waarneembaarheid, lijkt mij de opname van een forumbeding in de statuten niet problematisch te zijn. De statuten zijn namelijk publiek toegankelijke documenten en bestuurders worden geacht bekend te zijn met de statuten van de betrokken vennootschap. Verder is het mogelijk andere verplichtingen op te nemen in de statuten met betrekking tot de verhouding tot bestuurders. De opname van een forumbeding in de statuten lijkt mij dus geen problemen te veroorzaken.

43. Een nuance die moet gemaakt worden, bevindt zich in het gebruik van de minderheidsvordering⁵¹. In deze bijdrage negeer ik het debat omtrent het toepassingsgebied van

⁴⁸ T., KRUGER, J., VERHELLEN, "Internationaal privaatrecht. De essentie", Brugge, Die Keure, 2012, 94.

⁴⁹ Zie artikel 25, lid 1, a)-c) Brussel I Bis Verordening

⁵⁰ T., KRUGER, J., VERHELLEN, "Internationaal privaatrecht. De essentie", Brugge, Die Keure, 2012, 94-98.

⁵¹ Zoals voorzien in artikel 562-567 Wetboek Vennootschappen.

de minderheidsvordering en beperk ik mij tot de situatie waarin aandeelhouders in eigen naam, maar voor rekening van de vennootschap de bestuurder aansprakelijk stellen wegens bestuurdersfouten⁵². De vraag is dan of de minderheidsaandeelhouders gebonden zijn door een forumbeding opgenomen in de onderlinge overeenkomst tussen bestuurder en vennootschap of in de statuten. Aan de ene kant lijkt de relativiteit der overeenkomsten zich te verzetten tegen de gehoudenheid van de minderheidsaandeelhouders aan het forumbeding. Zij zijn immers vreemd aan de overeenkomst tussen bestuurder en vennootschap, aangezien zij de minderheidsvordering instellen in eigen naam en niet in naam van de vennootschap. Ook indien het forumbeding opgenomen is in de statuten, zal in mijn ogen de minderheidsaandeelhouder er niet door gebonden zijn in de relatie met bestuurders. Zowel bestuurders als aandeelhouders zijn immers gebonden door de statuten tegenover de vennootschap zelf, niet tegenover elkaar. Aan de andere kant worden eventuele vergoedingen toegekend aan de vennootschap en niet aan de minderheidsaandeelhouders zelf. Verder kan de minderheidsvordering slechts worden ingesteld in het vennootschapsbelang. Er valt daarom iets te zeggen voor het doorwerken van de procesrechtelijke voorkeuren die de vennootschap maakte, in de zaken waar het vennootschapsbelang op het spel staat. Gezien de vele problemen die bestaan omtrent de minderheidsvordering, wordt dergelijke vordering zelden ingesteld⁵³. Toch is het maken van de nuance belangrijk omdat het bestaan en het al dan niet doorbreken van het onderliggende forumbeding een grote impact heeft op het aanduiden van de bevoegde rechter.

44. De volgende en laatste bevoegdheidsgronden zijn de algemene en de bijzondere, gelegen in artikelen 4 en 7 van de verordening⁵⁴. Het Hof vermeldt ook in het Holterman-arrest dat deze bevoegdheidsgronden alternatieven zijn. Het geeft met andere woorden de eiser de keuze om zijn vordering te steunen op één van beide artikelen. Het is belangrijk na te gaan in welke mate artikel 7 van toepassing is op een vordering tegen bestuurders. Het Holterman-arrest brengt, naar aanleiding van de andere prejudiciële vragen, ook verduidelijking omtrent deze vragen. Het Hof stelt dat de verhouding tussen bestuurder en vennootschap wel degelijk van contractuele aard is. Bij toepassing van artikel 7 wordt de bevoegdheid geplaatst bij het

⁵² H., DE WULF, “Aandeelhoudersvorderingen met het oog op schadevergoeding – of waarom elke aandeelhouder vergoeding van reflexschade kan vorderen, België class actions moet invoeren en de minderheidsvordering moet hervormen”, in BRAECKMANS, H., COIPEL, M., DE CORDT, Y., “10 jaar Wetboek Vennootschappen in werking = 10 ans d'entrée en vigueur du Code des Sociétés”, Mechelen, Wolters Kluwen, 2011, 10.

⁵³ H., DE WULF, “Aandeelhoudersvorderingen met het oog op schadevergoeding – of waarom elke aandeelhouder vergoeding van reflexschade kan vorderen, België class actions moet invoeren en de minderheidsvordering moet hervormen”, in BRAECKMANS, H., COIPEL, M., DE CORDT, Y., “10 jaar Wetboek Vennootschappen in werking = 10 ans d'entrée en vigueur du Code des Sociétés”, Mechelen, Wolters Kluwen, 2011, 15.

⁵⁴ T., KRUGER, J., VERHELLEN, “Internationaal privaatrecht. De essentie”, Brugge, Die Keure, 2012, 99.

gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd. Uit de verordening volgt dat, en het Hof bevestigt dit, dat de plaats van uitvoering in de eerste plaats bepaald wordt door de overeenkomst zelf. Slechts indien de overeenkomst hier geen vermelding van maakt, kan men zich baseren op de vermoedens van artikel 7, lid 1. Het is hierbij noodzakelijk om na te gaan of de uitvoering van een bestuursmandaat kan worden gekwalificeerd als het verstrekken van diensten. Het Hof stelt dat het begrip “diensten” op zijn minst inhoudt dat de partij die ze verstrekt tegen vergoeding een bepaalde activiteit verricht⁵⁵. Aangezien in de rechtsverhouding tussen de bestuurder en de vennootschap een bepaalde activiteit wordt verricht tegen beloning, impliceert dit, in het kader van het vennootschapsrecht, dat deze activiteit moet worden gekwalificeerd als de verstrekking van diensten⁵⁶. Het uitoefenen van een bestuursmandaat kan dus aanzien worden als het verstrekken van diensten, in de zin van de Brussel I Bis Verordening. Dit heeft tot gevolg dat de plaats van uitvoering kan liggen op de plaats waar de diensten worden verstrekt of verstrekt hadden moeten worden. Hoewel dit slechts kan indien de overeenkomst niet anders luidt, heeft dit *de facto* een grote impact, daar de bestuurder potentieel voor een ander gerecht kan gedaagd worden dan het gerecht van zijn woonplaats. Het Hof geeft nog enkele elementen mee voor het vaststellen van de plaats van uitvoering, indien de overeenkomst hier geen vermelding van maakt⁵⁷.

45. Een laatste vraag betreft in welke mate er gesteund kan worden op het huidige artikel 7, lid 2 van de Brussel I Bis Verordening, in de verhouding tussen bestuurder en vennootschap. Het Hof start zijn antwoord met de herhaling dat de rechtsverhouding onder de materie verbintenissen uit overeenkomst valt. Verder stelt het Hof dat een vordering dus slechts gebaseerd kan worden op onrechtmatig handelen indien zij geen verband houdt met de contractuele rechtsverhouding tussen de vennootschap en de bestuurder⁵⁸. Het Hof hanteert hier dus een samenloopverbod.

46. Aangezien het Hof reeds concludeerde dat er sprake is van een contractuele verhouding, kan een vordering niet gebaseerd worden op artikel 7, lid 2 van de Brussel I Bis Verordening. Gezien dat artikel wel van groot belang is in andere verhoudingen, bijvoorbeeld in de

⁵⁵ Zie overweging 57 Holterman-arrest.

⁵⁶ Zie overweging 58 Holterman-arrest.

⁵⁷ Zie overweging 62 en volgende Holterman-arrest.

⁵⁸ Zie overweging 70 Holterman-arrest

verhouding tussen bestuurder en aandeelhouder, gaat het Hof verder met de uitlegging van enkele belangrijke elementen. Zo moet de notie onrechtmatig handelen autonoom en eng worden ingevuld. Verder brengt het Hof in herinnering dat de notie “plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen” zowel doelt op de plaats waar de schade is ingetreden als op de plaats van de gebeurtenis die met de schade in een oorzakelijk verband staat, zodat de verweerder naar keuze van de eiser voor het gerecht van de ene dan wel van de andere plaats kan worden opgeroepen. Het is opmerkelijk dat het Hof hier vooral aandacht heeft voor praktische elementen zoals de afstand tussen het bevoegde gerecht en de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan en het gemak van de bewijsvoering. Enerzijds wil het Hof in kader van de contractuele relatie de bestuurder beschermen door hen potentieel te laten vallen onder de categorie van verbintenissen uit arbeidsovereenkomst. Anderzijds, indien het handelen als onrechtmatige handelen kan beschouwd worden, geeft het Hof een voorkeur aan de bewijsvoering en de nabijheid van de zaak voor slachtoffers. Toch stelt het Hof dat, in de relatie met de vennootschap zelf, het in aanmerking moet genomen worden dat de plaats waar de schade zich voordoet de plaats kan zijn waar men zijn functie als bestuurder verricht⁵⁹. Verder moet de notie ook niet zo ruim uitgelegd worden dat het iedere plaats omvat waar de schadelijke gevolgen voelbaar zijn van een feit dat reeds elders daadwerkelijk ingetreden schade heeft veroorzaakt⁶⁰. In mijn ogen probeert het Hof hier een evenwicht te zoeken tussen enerzijds de verwachtingen van slachtoffers van het onrechtmatige handelen en anderzijds de verwachtingen en voorspelbaarheid van het bevoegde gerecht in de ogen van de bestuurder.

47. Het Hof geeft in dit belangrijke arrest verduidelijking over de toepassing van de Brussel I Bis Verordening op de aansprakelijkheidsvorderingen gericht tegen bestuurders. Dit is zeer wenselijk gezien er onduidelijkheid bestond omtrent enkele elementen uit de verordening. Zoals blijkt uit het voorgaande is de vraag naar internationale bevoegdheid omtrent de aansprakelijkheid van bestuurders zeer complex en speelt het feitenrelaas een uitzonderlijk belangrijke rol. Het valt echter op dat het Hof in zijn uitlegging aandacht heeft voor de bescherming van de bestuurder. Het erkent daarmee misschien de onzekerheid waarin bestuurders verkeren en poogt om verduidelijking te brengen in de rechtsonzekerheid. Voor bestuurders alsook andere betrokkenen is dit van zeer groot belang. De rechtsonzekerheid kan immers een rem op de internationale economische activiteiten zijn, wat in niemands belang is.

⁵⁹ Zie overweging 76 Holterman-arrest.

⁶⁰ Zie overweging 78 Holterman-arrest.

Men kan er vanuit gaan dat in contractuele relaties forumbedingen opgenomen worden om de voorspelbaarheid te bevorderen. Nu dat het Hof de mogelijkheid om de contractuele relatie tussen bestuurder en vennootschap als arbeidsrechtelijk te kwalificeren, worden forumbedingen echter ondergeschikt aan de arbeidsrechtelijke bevoegdheidsgronden in Brussel I Bis Verordening. De toepassing van die gronden is of zou nochtans in het voordeel van de bestuurder moeten zijn.

48. Toch is het duidelijk dat bestuurders nog in zeer grote mate afhankelijk zijn van een beoordeling *in concreto*. Is de onderliggende verhouding contractueel of buitencontractueel? Betreft het een arbeidsrechtelijke overeenkomst? Is de fout en schade vreemd aan het contract, waardoor men toch in een buitencontractuele verhouding komt? Dit zijn allemaal vragen waarover richtlijnen werden gegeven door het Hof van Justitie, maar waar nog steeds een beoordeling *in concreto* noodzakelijk is. Daarbij kan de beslissing genomen worden die de bevoegdheid elders legt dan waar de bestuurder verwachtte. Het ligt in de eigenheid van de rechtspraak dat deze niet absoluut voorspelbaar is. Hoewel het opnemen van internationale bevoegdheid geen impact zou mogen hebben op de toepassing van het recht, zijn er *de facto* wel verschillen. Indien een rechter een vreemd recht moet toepassen, zal er een moeilijkere procedure voorliggen dan wanneer deze het eigen recht moet toepassen. Het is niet omdat een rechter volgens de toepassing van Brussel I Bis Verordening het best geplaatst is om de zaak op te nemen, dat ook automatisch diens recht van toepassing zal zijn. De toepassing van het vreemde recht gaat gepaard met opzoeken, interpretaties, vertalingen, etc van het vreemde recht waardoor de procedure kan uitlopen. Langdurende aansprakelijkheidsprocedures tegen de bestuurders zijn vanzelfsprekend ook niet goed voor de activiteiten en reputatie van de vennootschap zelf.

49. In buitencontractuele verhoudingen zal de plaats van bevoegdheid in principe aangeduid worden door de plaats waar het schadebrengende feit zich voordeed. Ook dit is een feitelijk gestuurd gegeven, waardoor de voorspelbaarheid in het gedrang komt. Er gaan stemmen in de richting om de bevoegdheid omtrent aansprakelijkheidsvorderingen van bestuurders exclusief te koppelen aan de zetel van de vennootschap, waardoor de plaats van de procedure compleet voorspelbaar wordt. Hoewel dit enkel in het voordeel van bestuurders lijkt, is dit in mijn ogen in het belang van iedere betrokken partij. De voorspelbaarheid werkt namelijk in twee richtingen. Hier wordt in de verdere uiteenzetting dieper op ingegaan.

50. Een voorafgaandelijk overzicht maken van welke feiten onder welke bevoegdheidsgronden vallen is quasi onmogelijk. Zo kan de situatie waarin een bestuurder die zich rechtstreeks wendt tot een aandeelhouder en in die verhouding fouten begaat, in het Engelse recht gekwalificeerd worden als contractueel, terwijl in het Belgische recht dezelfde situatie doorgaans als buitencontractueel zal aangemerkt worden. Niet enkel de ingewikkelde toepassing van de Europese verwijzingsnormen, maar ook nationale verschillen in kwalificatie dragen dus bij tot de moeilijke voorspelbaarheid en bijgevolg ook de rechtsonzekerheid.

Afdeling 3 : Toepassing van Europese verwijzingsnormen : Toepasselijk recht – Rome I Verordening

51. Traditioneel worden vennootschapsrechtelijke aangelegenheden, waaronder ook de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders, uitgesloten uit de Rome I Verordening en Rome II Verordening⁶¹. De uitsluiting betreft vooral interne aangelegenheden van de vennootschap zoals de oprichting van de vennootschap, de interne organisatie en de vereffening van de vennootschap. Verder werd expliciet gevraagd om ook de persoonlijke aansprakelijkheid specifiek uit te sluiten van het toepassingsgebied van de Rome I Verordening. De uitsluiting betekent op geen enkele manier dat bovenstaande aspecten van het economische leven niet belangrijk zijn. Het werd echter aangeraden bovenstaande aspecten niet op te nemen in het licht van de stappen die de Europese Gemeenschap nam in de richting van de eenmaking van het vennootschapsrecht⁶². Waar staat Europa op dit moment op het vlak van eenmaking van het vennootschapsrecht? Ruim 27 jaar na de inwerkingtreding van de Rome I Verordening is de Europese eenmaking op het vlak van het vennootschapsrecht allesbehalve volmaakt. Hoewel er een aantal uitzonderingen zijn op het uitblijven van de Europese harmonisatie⁶³, zijn belangrijke zaken zoals de interne organisatie van de vennootschap, bestuurdersplichten en daaraan gekoppelde aansprakelijkheid, belangenconflicten, etc niet geharmoniseerd⁶⁴. Hoewel de vraag kan gesteld worden of de harmonisatie van de materiële regels ook zal leiden tot een geharmoniseerde toepassing ervan⁶⁵, lijkt het argument van de harmonisatie tot uitsluiting van

⁶¹ Zie respectievelijk artikel 1, 2, f) en artikel 1, 2, d).

⁶² M., GIULIANO, P., LAGARDE, "Council report on the convention on the law applicable to contractual obligations", 31 oktober 1980, C-282/12.

⁶³ Denk bijvoorbeeld aan de "Shareholder Rights Directive" en "Cross-Border Merger Directive".

⁶⁴ L., ENRIQUES, "A Harmonized European Company Law: Are We There Already?", Oxford, 2017, 7 te vinden op www.ssrn.com.

⁶⁵ L., ENRIQUES, "A Harmonized European Company Law: Are We There Already?", Oxford, 2017, 10 te vinden op www.ssrn.com.

de genoemde aspecten van de Rome I Verordening en ook de Rome II Verordening, niet zaligmakend. Hoewel de verordeningen zeer duidelijk zijn omtrent hun toepassingsgebied, dient het onderzocht te worden of de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders zou moeten ressorteren onder de Rome I Verordening en de Rome II Verordening.

52. In principe wordt dus het toepasselijke recht op de aansprakelijkheid van bestuurders aangeduid aan de hand van het nationale IPR. Het Belgische wetboek IPR voorziet dat contractuele verbintenissen, die uitgesloten worden uit het toepassingsgebied van de Rome I Verordening, toch beheerst worden door de verordening⁶⁶. Gezien voor bestuurdersaansprakelijkheid uit contractuele verbintenissen niets anders is bepaald, wordt het toepasselijke recht dus aangeduid volgens de regels van de Rome I Verordening. In de contractuele relatie tussen vennootschap en bestuurder, zal in de regel naast de opname van een forumbeding ook een rechtskeuzebeding worden opgenomen⁶⁷. Het aanduiden van de bevoegde rechter en het toepasselijke recht in een contractueel beding zorgt voor grote rechtszekerheid *ex ante*. Het lijkt mij logisch dat in de praktijk vaak gekozen wordt om de bevoegdheid te leggen bij de lidstaat waar de vennootschap haar statutaire zetel heeft en bekend is met het recht. Bijgevolg zal de *lex contractus* samenvallen met de *lex societatis*. Dit hoeft niet noodzakelijk slecht te zijn, aangezien bestuurders zich ook preventief bekend kunnen maken met de op hen rustende verplichtingen en aansprakelijkheden. Een probleem ligt echter indien het nationale IPR niet teruggrijpt naar de toepassing van de Rome I Verordening. Indien het nationale IPR vervolgens het rechtskeuzebeding niet erkent en het toepasselijk recht aanduidt volgens andere principes, zoals bijvoorbeeld de plaats van de uitvoering van de overeenkomst, kan men onderworpen worden aan de grillen van het nationaal recht. Deze onzekerheid zou gemakkelijk kunnen weggewerkt worden door de toepassing van de Rome I Verordening op de contractuele aansprakelijkheid van bestuurders. Verder zou een contractuele link tussen het bevoegde gerecht en het toepasselijke recht ook praktische voordelen met zich meebrengen. Indien het forumbeding en het rechtskeuzebeding naar hetzelfde rechtstelsel wijzen, kan de bevoegde rechter zijn eigen recht toepassen, wat zeker aan te bevelen valt.

⁶⁶ Zie artikel 98, lid 2 WIPR.

⁶⁷ Dit overeenkomstig artikel 3 Rome I Verordening.

Afdeling 4 : Toepassing van Europese verwijzingsnormen : Toepasselijk recht – Rome II Verordening

53. Ook de Rome II Verordening sluit de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders uit haar toepassingsgebied uit⁶⁸. De Belgische IPR-regels met betrekking tot het recht toepasselijk op verbintenissen uit onrechtmatige daad leggen het aanknopingspunt bij het recht van de Staat op wiens grondgebied de schadelijke handeling en de schade zelf zich helemaal hebben voorgedaan of zich dreigen voor te doen⁶⁹. De uitzondering betreft wanneer de aansprakelijke persoon en de schadelijder in dezelfde staat hun gewone verblijfplaats hebben⁷⁰. Het dient opgemerkt te worden dat deze voorzieningen enorm veel gelijkenis vertonen – eigenlijk zijn ze exact hetzelfde – met de voorzieningen in de Rome II Verordening. Alvast in een Belgisch perspectief kan de uitsluiting van bestuurdersaansprakelijkheid uit de Rome II Verordening worden betreurd. Ook in het Nederlands recht vindt een toepassing van de bepalingen van de Rome II Verordening plaats. Zo bepaalt het burgerlijk wetboek dat op verbintenissen uit onrechtmatige daad, die worden uitgesloten uit het toepassingsgebied van de Rome II Verordening, de bepalingen van de verordening toch van toepassing zijn⁷¹. Ook het Franse recht kent de toepassing van de *lex loci delicti* in het geval van de onrechtmatige daad⁷². Daarnaast kent ook het Duitse recht de toepassing van de Rome II Verordening in geval van onrechtmatige daden⁷³. Het Engelse recht situeert zich in dezelfde trend en hanteert gelijkaardige principes⁷⁴.

54. De vraag kan gesteld worden waarom de Rome II Verordening de bestuurdersaansprakelijkheid uitsluit. Hoewel vele nationale stelsels gelijkaardige regels hanteren, dient men toch terug te vallen op de nationale regels. Dit betekent dat de Europese begrippen en hun autonome invulling in principe niet van toepassing zijn op zaken omtrent bestuurdersaansprakelijkheid. Dit heeft tot gevolg dat nationale verschillen wel degelijk kunnen voorkomen. De formele gelijkschakeling aan de materiële inhoudt zou mijn inziens veel rechtszekerheid met zich meebrengen. Dus hoewel de bestuurdersaansprakelijkheid uitgesloten

⁶⁸ Art. 1, 2, d) Rome II Verordening.

⁶⁹ Zie artikel 99, §1, 2° WIPR.

⁷⁰ Zie artikel 99, §1, 1° WIPR.

⁷¹ Zie artikel 159 Burgerlijk Wetboek.

⁷² C., GERNER-BEUERLE, P., PEACH, E.P., SCHUSTER, “Annex to Study on Directors’ Duties and Liability”, London, London School of Economics, 2013, 319, <http://ec.europa.eu>.

⁷³ C., GERNER-BEUERLE, P., PEACH, E.P., SCHUSTER, “Annex to Study on Directors’ Duties and Liability”, London, London School of Economics, 2013, 353, <http://ec.europa.eu>.

⁷⁴ Zie artikel 11 Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995.

wordt uit het toepassingsgebied van de Rome II Verordening, lijkt mij veel te zeggen voor de incorporatie van de bestuurdersaansprakelijkheid.

55. Dit wil echter niet zeggen dat de toepassing van de Rome II Verordening zonder problemen is. Zoals uit de verdere uiteenzetting zal blijken, kan de koppeling van de aansprakelijkheid aan de *lex loci delicti* problematisch zijn. Bovenstaande argumenten om de bestuurdersaansprakelijkheid onder Europese geharmoniseerde verordeningen samen te brengen, heeft wel degelijk voordelen. De formele eenmaking zou ervoor zorgen dat bestuurders niet meer onderworpen zijn aan de potentiële grilligheden van de nationale invullingen. Hoe de verwijzingsregels er inhoudelijk zouden moeten uitzien om de rechtszekerheid te verbeteren, wordt meer uiteengezet in afdeling 9 van dit hoofdstuk.

Afdeling 5 : Kwalificatie van de fout : Artikel 527 W.Venn.

56. De kwalificatie van de begane fout is zeer belangrijk om te bepalen welke verwijzingsnormen men moet toepassen. De verdere uiteenzetting zal focussen op de Belgische regels en de kwalificatie die daar wordt gemaakt. Een rechtsvergelijkend perspectief zal worden aangenomen waar nuttig. Hierbij dient nog te worden opgemerkt dat het vooral gaat om de kwalificatie van de fout, zonder dat de hele aansprakelijkheidsvordering wordt ontleed. Het is in het kader van deze masterproef belangrijker hoe de fout wordt gekwalificeerd, dan hoe ze daadwerkelijk wordt geredieerd.

57. Wanneer is een bestuurdersfout, begaan in de uitoefening van het bestuursmandaat, tegelijkertijd een onrechtmatige daad? Dit is vaak onduidelijk. Het algemene criterium, namelijk iedere gedraging die afwijkt van een normaal redelijk persoon in dezelfde omstandigheden, is zeer vaag⁷⁵. De aansprakelijkheid voor bestuurdersfouten is gekoppeld aan het niet of het niet naar behoren uitoefenen van het bestuursmandaat⁷⁶. De aansprakelijkheid zal in eerste instantie ten opzichte van de vennootschap zijn. Het kan echter voorvallen dat door de tekortkoming in de uitoefening van het bestuursmandaat ook derden schade lijden.

⁷⁵ H., DE WULF, I., DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen", Antwerpen, Maklu, 2004, 11.

⁷⁶ Vervat in onder andere artikel 527 W.Venn.

58. De uitoefening van het bestuursmandaat legt in principe twee verbintenissen op aan de bestuurder⁷⁷. Er bestaat een resultaatsverbintenis in hoofde van de bestuurder met betrekking tot het effectief besturen van de vennootschap. Het niet deelnemen aan vergaderingen kan aanzien worden als een schending van deze verbintenis. Er bestaat ook een middelenverbintenis in die zin dat de bestuurder de vennootschap zo goed mogelijk zal besturen. Een loutere bestuurdersfout bestaat indien er een schending is van het vennootschapsbelang. Wat onder het vennootschapsbelang moet worden begrepen, bestaan meerdere visies. Een bespreking hiervan valt echter buiten het toepassingsgebied van deze masterproef. Belangrijker is echter dat de beoordeling van de bestuurdersfout slechts marginaal is⁷⁸. De fout moet beoordeeld worden, rekening houdend met de pluraliteit van opties, zonder dat de rechter zijn mening over wat zorgvuldig is, mag opdringen. De introductie van de marginale toetsing werd in België bekritiseerd omdat het geen meerwaarde zou bieden ten opzichte van de toetsing aan het algemene foutcriterium. Gezien beide toetsingen inhoudelijk sterke gelijkenissen vertonen, lijkt een onderscheid in benaming vooral semantisch van aard te zijn⁷⁹. De rechter zal namelijk nagaan of een normaal zorgvuldig persoon dezelfde fout had begaan of niet. Het marginale karakter van de toets betreft louter het feit dat de rechter de toets moet uitvoeren aan de hand van bovengenoemd abstract begrip en niet aan de hand van de eigen visie.

Is het dan correct te stellen dat iedere bestuurdersfout, in uitvoering van het mandaat, tegelijkertijd een onrechtmatige daad betreft? Het dient te worden opgemerkt dat de beoordeling van de fout van de bestuurder doorgaans strikter wordt beoordeeld dan het algemene criterium van artikel 1382 BW⁸⁰. De bestuurder wordt als een professioneel aanzien, die in het bezit is van bijzondere bekwaamheden. Er wordt voor professionelen, zoals bestuurders, sneller aanvaard dat hun contractuele fouten ook onrechtmatige daden uitmaken. Dit omdat zij geacht worden rekening te houden met het feit dat hun handelingen ook een impact hebben op anderen dan de contractspartij⁸¹. In die zin lijkt het mij logisch dat wanneer de fout de marginale toetsing niet doorstaat en vervolgens als bestuurdersfout wordt gekwalificeerd, er een doortrekking kan zijn naar de onrechtmatige daad. Er zal namelijk a fortiori een fout gepleegd zijn in de zin van

⁷⁷ M., VANDENBOGAERDE, "Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders", Mortsel, Intersentia, 2009, 63.

⁷⁸ M., VANDENBOGAERDE, "Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders", Mortsel, Intersentia, 2009, 66.

⁷⁹ M., VANDENBOGAERDE, "Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders", Mortsel, Intersentia, 2009, 66.

⁸⁰ M., VANDENBOGAERDE, "Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders", Mortsel, Intersentia, 2009, 67-68.

⁸¹ H., DE WULF, I., DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen", Antwerpen, Maklu, 2004, 11-12.

artikel 1382 BW, wanneer het een bestuurdersfout betreft in de zin van artikel 527 W.Venn. Een vaak genoemd voorbeeld betreft het voortzetten van de onderneming wanneer er geen redelijke kans meer bestaat dat de vennootschap er bovenop komt⁸². Dergelijke fout zal in de regel ook aanleiding geven tot aansprakelijkheid op grond van artikel 1382 BW⁸³.

Toch moet deze visie genuanceerd worden. Er bestaan namelijk bestuurdersfouten die niet tegelijkertijd onrechtmatige daden zijn in de zin van artikel 1382 BW. Bijvoorbeeld de desinteresse in de activiteiten van de vennootschap kan een bestuurdersfout zijn, zonder daarmee een buitencontractuele fout te zijn⁸⁴. Er zal dus een beoordeling *in concreto* nodig zijn, aangezien beide kwalificaties wel samen kunnen vallen. In het Belgische recht kan dus één bepaalde fout meerdere kwalificaties krijgen. Dit heet de co-existentie van aansprakelijkheden⁸⁵.

59. In de relatie met derden, die een overeenkomst hebben met de vennootschap, maar derden zijn aan de bestuurdersovereenkomst, zal men rekening moeten houden met de regels in verband met de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent⁸⁶. Hierbij zal men slechts de bestuurder aansprakelijk kunnen stellen op grond van artikel 1382 BW indien de fout een tekortkoming is van de algemene zorgvuldigheidsplicht en de daaruit voortvloeiende schade anders is dan dewelke die voortvloeit uit de contractuele wanprestatie⁸⁷. Wat dit precies inhoudt is omstreden. Volgens DE WULF moet het begrepen worden in die zin dat men moet bewijzen dat de fout geen tekortkoming is van de contractuele verplichtingen, maar wel een inbreuk vormt op de algemene zorgvuldigheidsplicht⁸⁸. Dan en slechts dan kan een vordering op basis van artikel 1382 BW plaatsvinden in het kader van een contractuele setting. Dit is de essentie van het alom gekende samenloopverbod⁸⁹. Het samenloopverbod speelt ook in de verhouding tussen bestuurder en vennootschap. Een buitencontractuele fout kan dus slechts verweten worden aan de bestuurder door de vennootschap, indien aan bovenvermelde voorwaarden

⁸² Zie bijvoorbeeld Kh. Charleroi, 12 Oktober 1976, *RPS*, 1976.

⁸³ H., DE WULF, I., DE POORTER, “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen”, Antwerpen, Maklu, 2004, 12.

⁸⁴ H., BRAECKMANS, R., HOUBEN, “Handboek vennootschapsrecht”, Antwerpen, Intersentia, 2012, 346.

⁸⁵ M., DEBAENE, P., DEBAENE, “Samenloop en co-existentie contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. Afdeling 3. De co-existentie” in X, “Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer”, Mechelen, Kluwer, 2007, 1.

⁸⁶ H., DE WULF, I., DE POORTER, “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen”, Antwerpen, Maklu, 2004, 12.

⁸⁷ H., BRAECKMANS, R., HOUBEN, “Handboek vennootschapsrecht”, Antwerpen, Intersentia, 2012, 346.

⁸⁸ H., DE WULF, I., DE POORTER, “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen”, Antwerpen, Maklu, 2004, 13.

⁸⁹ Zoals geïntroduceerd in het zeer bekende stuwadoorsarrest ; Cass. 7 december 1973, *RW* 1973-74, 1597.

voldaan is. In de regel zal bij de uitoefening van het bestuursmandaat gemakkelijker besloten kunnen worden tot een contractuele fout, in de verhouding vennootschap en bestuurder. Het dient nog te opgemerkt te worden dat indien de begane fout tevens een misdrijf is, er een weerlegbaar vermoeden bestaat dat de ontstane schade buitencontractueel is⁹⁰. Indien dus de fout strafrechtelijk beteugeld wordt, speelt het samenloopverbod niet, waarbij het niet onbelangrijk is dat veel overtredingen van de boekhoud- en jaarrekeningregels worden strafrechtelijk beteugeld⁹¹.

60. De kwalificatie van de fout is dus allesbehalve vanzelfsprekend. Dit leidt ertoe dat er gewaarschuwd wordt voor de samenloop van de bovenvermelde aansprakelijkheden⁹². Gezien bestuurders, als uitvoeringsagenten van de vennootschap, genieten van de quasi-immuniteit, zal een individuele schuldeiser veelal de vordering niet kunnen instellen naar Belgisch recht⁹³. Toch is dergelijke kwalificatie niet zonder gevolgen. Indien de fout als buitencontractueel wordt gekwalificeerd, wordt het toepasselijke recht op een andere wijze aangeduid. Het aangewezen recht kan dan op zijn beurt potentieel geen samenloopverbod kennen, waardoor de buitencontractuele vordering gewoon kan plaatsvinden. De hele idee van het samenloopverbod is het vermijden van de dubbele aansprakelijkheid. Dit kan potentieel worden verhinderd door de toepassing van het internationaal privaatrecht.

61. Een specifieke toepassing van het vraagstuk naar kwalificatie van de fout in de uitoefening van het bestuursmandaat, betreft de precontractuele fout. In een achterhaald arrest van het Hof van Cassatie, gaf deze de indruk dat bestuurders niet aansprakelijk waren voor precontractuele fouten, door toepassing van de quasi-immuniteit⁹⁴. Enige jaren later bleek dit arrest echter een “slip of the pen”. Het staat momenteel vast dat bestuurders zich niet kunnen beroepen op de quasi-immuniteit om de precontractuele aansprakelijkheid te ontlopen⁹⁵. Het best gekend voorbeeld van dergelijke aansprakelijkheid betreft de situatie waar bestuurders verbintenissen aangaan terwijl men wist of had moeten weten dat de vennootschap deze niet zou kunnen nakomen. In een dergelijke zaak herhaalt het Hof van Beroep te Gent de belangrijke

⁹⁰ H., BRAECKMANS, R., HOUBEN, “Handboek vennootschapsrecht”, Antwerpen, Intersentia, 2012, 346.

⁹¹ H., DE WULF, I., DE POORTER, “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen”, Antwerpen, Maklu, 2004, 14.

⁹² C., GERNER-BEUERLE, P., PEACH, E.P., SCHUSTER, “Annex to Study on Directors’ Duties and Liability”, London, London School of Economics, 2013, 58, <http://ec.europa.eu>.

⁹³ D., BRULOOT, “Vennootschapskapitaal en schuldeisers”, Antwerpen, Intersentia, 2014, 566.

⁹⁴ H., DE WULF, I., DE POORTER, “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen”, Antwerpen, Maklu, 2004, 14.

⁹⁵ D., BRULOOT, “Vennootschapskapitaal en schuldeisers”, Antwerpen, Intersentia, 2014, 568.

principes, zoals uiteengezet door het Hof van Cassatie in 2005⁹⁶. Het feit dat er rechtstreeks een verbintenis en aansprakelijkheid ontstaat ten opzichte van de vennootschap, staat de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder niet in de weg. De leer van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent vormt geen hinderpaal voor de precontractuele aansprakelijkheid van de bestuurder. Dit is logisch aangezien in geval van de precontractuele sfeer er geen overeenkomst bestaat, zodat de aansprakelijkheid buiten het toepassingsgebied van de quasi-immuniteit valt en bestuurders door derde-contractanten kunnen worden aangesproken⁹⁷.

Afdeling 6 : Kwalificatie van de fout : Artikel 528 W.Venn.

62. Artikel 528 W.Venn. luidt als volgt : “De bestuurders zijn, hetzij jegens de vennootschap, hetzij jegens derden, hoofdelijk aansprakelijk voor alle schade die het gevolg is van overtreding van de bepalingen van dit wetboek of van de statuten van de vennootschap”. De overtreding van de wet of de statuten is altijd een fout⁹⁸. Ontsnappen aan de aansprakelijkheid is onderworpen aan drie voorwaarden, waarbij de essentie is dat bestuurders duidelijk hun afgunst moeten uiten voor de voorliggende beslissing⁹⁹. De aansprakelijkheid geldt ook ten aanzien van derden waarmee geen persoonlijke contractuele band geldt. De bestuurder zal aansprakelijk zijn voor alle schade die door de fout veroorzaakt is. Het zal in principe aan de schadelijder zijn om de geleden schade te bewijzen. De schade moet dus het gevolg zijn van de fout. Er moet met andere woorden een causaal verband zijn. De toepassing van artikel 528 W.Venn. leunt dus sterk aan bij de toepassing van artikel 1382 BW.

63. Hoewel beide aansprakelijkheidsvorderingen sterk gelijken op elkaar, zijn er toch verschillen in de toepassing. Zo zal de aansprakelijkheidsvordering op basis van artikel 528 W.Venn. gekwalificeerd worden als een vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheid en bijgevolg slechts mogelijk zijn indien de *lex societatis* verwijst naar het Belgische recht. Dit ligt anders bij de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid op basis van artikel 1382 BW, waar in principe het toepasselijke recht aangeduid wordt door de *lex loci delicti*.

⁹⁶ J., VAN EETVELDE, noot bij het arrest van Hof van Beroep te Gent van 11 mei 2015, TRV-RPS 2016, 440.

⁹⁷ J., VAN EETVELDE, noot bij het arrest van Hof van Beroep te Gent van 11 mei 2015, TRV-RPS 2016, 448.

⁹⁸ H., DE WULF, I., DE POORTER, “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen”, Antwerpen, Maklu, 2004, 17.

⁹⁹ H., DE WULF, I., DE POORTER, “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen”, Antwerpen, Maklu, 2004, 17.

Stel dat een Belgische derde, die geen contractuele relatie heeft met de bestuurder noch de vennootschap, schade lijdt door een fout van de bestuurder. Dan zal een vordering op basis van artikel 528 W.Venn. slechts mogelijk zijn indien de *lex societatis* naar het Belgische recht wijst. Daarentegen zal in principe een vordering op basis van artikel 1382 BW kunnen ingesteld worden als de schade ingetreden is in België, daar dit het voornaamste element is voor de *lex loci delicti* om het toepasselijk recht aan te duiden. Dit legt aan de kant van de bestuurder opnieuw de onvoorspelbaarheid bloot. Indien de *lex societatis* naar een ander recht dan het Belgische recht verwijst en dat recht geen equivalent kent van de vordering op basis van 1382 BW, dan kan een aansprakelijkheid op basis van de *lex loci delicti* een donderslag zijn bij heldere hemel. De bestuurder kan namelijk de vordering op basis van de *lex societatis* verwachten, gezien hij bekend is met dat recht. De vordering op basis van de *lex loci delicti* is daarentegen veel minder voorspelbaar.

64. Een fout in de zin van artikel 528 W.Venn. zal dus in de regel ook een fout zijn in de zin van artikel 1382 BW omdat de toepassingsvoorwaarden dicht aanleunen tegen elkaar. Een verschil ligt echter in het feit dat artikel 528 W.Venn. voorziet in een mogelijkheid om te ontsnappen aan de toepassing ervan. Aan de toepassing van artikel 1382 BW kan slechts ontsnapt worden indien niet voldaan is aan de toepassingsvoorwaarden. Dit situeert zich echter in de concrete toepassing van de artikelen, wat impliceert dat de vraag naar toepasselijk recht reeds beantwoord is.

Afdeling 7 : Kwalificatie van de fout : Artikel 530 W.Venn.

65. De aansprakelijkheid vervat in artikel 530 W.Venn. betreft de aansprakelijkheid voor de kennelijke grove fout die bijdraagt tot het faillissement. De zware aansprakelijkheid die rust op bestuurders impliceert dat de beoordeling van de fout niet al te laks mag gebeuren. VANDENBOGAERDE wijst op het feit dat de fout zowel kennelijk als grof dient te zijn, waarbij kennelijk niet louter als een bijwoord bij grof mag worden beschouwd¹⁰⁰. Het kennelijke karakter van de fout impliceert een marginale toetsing van de rechter, die rekening dient te houden met het voorliggen van meerdere opties¹⁰¹. Het element grof wordt gehanteerd

¹⁰⁰ M., VANDENBOGAERDE, “Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders”, Mortsel, Intersentia, 2009, 168.

¹⁰¹ M., VANDENBOGAERDE, “Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders”, Mortsel, Intersentia, 2009, 168.

om het exceptionele karakter van de fout te duiden¹⁰². Het lijkt me duidelijk dat wanneer een fout in de zin van artikel 530 W.Venn. voorligt, dat er tegelijk een fout in de zin van artikel 1382 BW voorligt. Een fout die kennelijk grof is, schendt in mijn ogen ook de algemene zorgvuldigheidsplicht. Toch dient dit te worden genuanceerd. Zo kan bijvoorbeeld een laattijdige aangifte van het faillissement een fout zijn in de zin van artikel 530 W.Venn. en tegelijkertijd geen inbreuk zijn op de algemene zorgvuldigheidsplicht. Opdat de laattijdige aangifte ook een fout is in de zin van artikel 1382 BW, is er vereist dat de bestuurder wist of behoorde te weten dat de vennootschap zich in staking van betaling bevond¹⁰³.

66. Naar aanloop van een zaak in Nederland, stelde de Nederlandse Hoge Raad enkele interessante prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie¹⁰⁴. De prejudiciële vragen hebben betrekking op de zogenaamde Peeters/Gatzen-vordering. Dit betreft een op een pauliana geïnspireerde onrechtmatige daad vordering, zoals besproken in een principearrest van de Hoge Raad van 14 januari 1983¹⁰⁵. De vordering is verwant aan de Belgische vordering tot herstel van collectieve schade. In Nederland aanvaardt men ook de co-existentie van de aansprakelijkheidsvorderingen. Zo heeft naast de curator iedere schuldeiser op grond van de onrechtmatige daad de bevoegdheid om een vordering in te stellen. Het Belgische recht kent een gelijkaardige regel, die stelt dat naast de curator ook benadeelde schuldeisers een rechtsvordering kunnen instellen¹⁰⁶. De problematiek van de bevoegdheid voor het instellen van een vordering voor collectieve schade, komt later meer uitgebreid aan bod.

67. De vragen die de Nederlandse Hoge Raad stelt, betreffen in essentie of de zogenaamde Peeters/Gatzen-vordering tot het algemeen burgerlijk recht, dan wel tot het insolventierecht behoort. Het betreft een vordering die steunt op de algemene burgerrechtelijke zorgvuldigheidsnorm, maar die wel repercussies heeft met betrekking tot het faillissement. Zoals eerder opgemerkt verschillen de verwijzingsnormen met betrekking tot de bevoegde rechter en het toepasselijk recht. Het moge ook duidelijk zijn dat deze zaak een uitstekend voorbeeld is van de moeilijke kwalificatie van de fout van bestuurders. In de verdere bespreking

¹⁰² M., VANDENBOGAERDE, “Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders”, Morsel, Intersentia, 2009, 169.

¹⁰³ D., BRULOOT, “Vennootschapskapitaal en schuldeisers”, Antwerpen, Intersentia, 2014, 570-571.

¹⁰⁴ Hoge Raad (NL), 08 september 2017, nr. 16/02741, te vinden op www.rechtspraak.nl.

¹⁰⁵ G., LINDEMANS, “De IPR-kwalificatie van pauliana-achtige aansprakelijkheid: welk label voor Peeters/Gatzen (“collectieve schade”)”, te vinden op <https://corporatefinancelab.org/2017/09/15/de-ipr-kwalificatie-van-pauliana-achtige-aansprakelijkheid-welk-label-voor-peetersgatzen-collectieve-schade/>.

¹⁰⁶ Zie artikel 530 W.Venn.

van deze masterproef, wordt er geargumenteed dat het Hof van Justitie een voorkeur heeft voor het bundelen van de vorderingen die een band hebben met het faillissement. Hoewel de meeste uitspraken gedaan werden omtrent de internationale bevoegdheid, kan deze denkwijze worden doorgetrokken naar het toepasselijke recht. In dat licht, lijkt het mij aannemelijk dat het Hof een voorkeur zal uiten voor de kwalificatie onder het insolventierecht. Hoe dan ook wordt het afwachten hoe het Hof zal reageren.

68. Een kort voorbeeld kan dienen om het belang van de kwalificatie aan te duiden. De hierboven genoemde aansprakelijkheid geldt in het Belgische recht niet voor de bestuurders van een kleine BVBA of CVBA¹⁰⁷. Wanneer dergelijke aansprakelijkheidsvordering als insolventierechtelijk wordt gekwalificeerd en het COMI van de vennootschap in het buitenland ligt, zal men onderworpen worden aan dat recht. Wanneer dat recht niet voorziet in een soortgelijke aansprakelijkheidsuitzondering, kan men als bestuurder van een kleine BVBA of CVBA toch aansprakelijk worden gesteld¹⁰⁸.

69. De aansprakelijkheid vervat in artikel 530 W.Venn. kent nog een complicerende factor. Zoals hierboven uiteengezet kan een fout in de zin van artikel 530 W.Venn. ook gekwalificeerd worden als een fout in de zin van artikel 1382 BW. Daarbovenop komt dat dergelijke fout ook als insolventierechtelijk kan gekwalificeerd worden. De kwalificatie is dus allesbehalve gemakkelijk. Een meer uitgebreide behandeling komt aan bod in hoofdstuk 3.

Afdeling 8 : Uitoefenen van de aansprakelijkheidsvordering

70. Indien men een vordering wil instellen tegen bestuurders in een grensoverschrijdend conflict, zal men in eerste instantie zelf de internationaal privaatrechtelijke kwalificatie moeten maken. Rechters zullen ambtshalve hun bevoegdheid moeten nagaan en de kans bestaat dat indien men zomaar ergens de vordering instelt, dat deze rechter niet bevoegd zal zijn. Men verkleint deze kans indien men de internationaal privaatrechtelijke oefening eerst zelf maakt.

¹⁰⁷ Zie artikel 265, lid 2 W.Venn. en H., DE WULF, I., DE POORTER, “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen”, Antwerpen, Maklu, 2004, 21.

¹⁰⁸ H., DE WULF, L., VAN DEN STEEN, “Enkele IPR-problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen lex concursus en lex societatis, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS”, in ERAUW, J. en TAELEMAN, P. (eds.), “Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal”, XXXVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2009, 450.

71. De rechter, waarbij de vordering wordt ingesteld, zal zijn bevoegdheid en het toepasselijk recht moeten nagaan. Hierbij maakt hij de kwalificatie. Stel dat de aangezochte rechter A de fout kwalificeert als een fout uit onrechtmatige daad, en vervolgens de bevoegdheid vaststelt bij rechter B. Dergelijke fout wordt in het rechtsstelsel van rechter B echter gekwalificeerd als een fout uit een contractuele verbintenis. Zo ontstaan er “*regulatory gaps*”¹⁰⁹, waar de bestaande rechtsfiguren inadequaat zijn om een oplossing te bieden voor de voorliggende vordering. Een meer uitgebreid voorbeeld volgt later in de uiteenzetting, in het kader van de moeilijke afbakening tussen het vennootschapsrecht en het insolventierecht.

72. Ook nationale invullingen kunnen de keuze van de vordering beïnvloeden. Zo zal in België de schadebegroting en de vergoeding in een contractuele setting verschillen met die in een buitencontractuele setting¹¹⁰. In een contractuele setting zal men in de regel slechts de contractueel voorziene vergoeding verkrijgen. In een buitencontractuele setting zal men in de regel de volledig opgelopen schade kunnen verhalen. Het kan echter voorvallen dat in een contractuele setting de bevoegdheid en het toepasselijk recht worden ingevuld door het Belgische recht, maar dat men de buitencontractuele setting verkiest, net omwille van de potentieel grotere vergoeding. Dan kan het voorvallen dat in dergelijke buitencontractuele setting de bevoegdheid en het toepasselijk recht door een ander land wordt geleverd en dat land voorziet in een andere manier van schadebegroting en vergoeding.

73. Ten gevolge de belangrijke uitspraak van het Hof van Justitie in de Holterman-zaak, zal men ook rekening moeten houden met beschermende (lees aansprakelijkheids-beperkende) maatregelen. Het Belgisch recht kent een verregaande maatregelen in de arbeidswetgeving¹¹¹. Indien de bestuurder gekwalificeerd wordt als werknemer, zal deze in principe ten gevolge artikel 18 van de genoemde wet slechts aansprakelijk zijn voor zijn bedrog en zware schuld. Traditioneel werd in België gesteld dat bestuurders zich niet konden beroepen op artikel 18 WAO, waardoor hieromtrent weinig tot geen rechtspraak bestaat. De rechtspraak kan in de beoordeling van de zwaarwichtigheid van de fout rekening houden met de discretionaire bevoegdheid die bestuurders hebben in de uitoefening van hun mandaat. De rechtspraak zal echter in geen geval mogen oordelen dat een fout in de zin van artikel 527-530 W.Venn.

¹⁰⁹ C., GERNER-BEUERLE, P., PEACH, E.P., SCHUSTER, “Study on Directors’ Duties and Liability”, London, London School of Economics, 2013, 241, <http://ec.europa.eu>.

¹¹⁰ D., BRULOOT, “Vennootschapskapitaal en schuldeisers”, Antwerpen, Intersentia, 2014, 565.

¹¹¹ Zie artikel 18 van de Wet 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, BS 22 augustus 1978.

automatisch een zware fout is. Ook al veronderstelt een fout in de zin van bijvoorbeeld artikel 527 W.Venn. dat geen enkele andere, normaal zorgvuldige bestuurder dergelijke fout had begaan, zal er toch een individuele beoordeling moeten zijn van de zwaarwichtigheid van de fout. De tegenovergestelde redenering zou ook iedere zin van de toepassing van artikel 18 WAO ontnemen, aangezien dergelijke redenering als gevolg heeft dat bestuurders *de facto* uitgesloten worden uit het gunstigere aansprakelijkheidsregime.

Artikel 530 W.Venn. hanteert daarentegen zelf het begrip van de kennelijke grove fout. In welke mate dit overeenstemt met de zware fout in de zin van artikel 18 WAO, is zeer interessant, maar valt wellicht buiten het toepassingsgebied van deze masterproef.

Afdeling 9 : Conclusie en voorstel met betrekking tot verhogen rechtszekerheid

74. Bestuurders worden geconfronteerd met potentiële aansprakelijkheidsvorderingen uit meerdere hoeken. Zowel verschillen in kwalificatie tussen rechtsstelsels als binnen eenzelfde rechtsstelsel zorgen ervoor dat bestuurders in de onmogelijkheid zijn om hun verplichtingen vooraf te kennen, laat staan de daar aan gekoppelde aansprakelijkheid. De toepassing van de Belgische aansprakelijkheidsregels is hier een zeer goed voorbeeld van, zoals blijkt uit het voorgaande. Het uitblijven van een Europese harmonisatie heeft lidstaten gedwongen om zelf maatregelen te nemen die de onzekerheid proberen tegen te gaan. Zo is momenteel in België het wetgevend proces aan de gang voor een nieuw wetboek van vennootschappen, waarbij bijvoorbeeld de toepassing van de statutaire zetelleer wordt ingevoerd¹¹². Dit zou een vergemakkelijking moeten meebrengen met betrekking tot het vaststellen van de *lex societatis*.

75. Het is de eigenheid van het Belgische aansprakelijkheidssysteem dat bestuurders geconfronteerd worden met meerdere vorderingen. De toepassing van de algemene zorgvuldigheidnorm is zodanig ruim, dat ook aansprakelijkheidsvorderingen tegen bestuurders er onder vallen. Verder wordt in het Belgische recht er meer aandacht besteed aan de aansprakelijkheid dan aan de verplichtingen¹¹³. Door de focus daar te leggen, worden bestuurders in tegenstelling tot andere landen meer geconfronteerd met aansprakelijkheidsvorderingen uit verschillende hoeken. Zo kan men uit de tabel van de

¹¹² D., BRULOOT, H., DE WULF, K., MARESCEAU, “Het vennootschapsrecht aan de vooravond van een fundamentele hervorming: een eerste overzicht en evaluatie”, Working Paper Series, 2018, 5, te raadplegen op <http://www.law.ugent.be/fli/wps/showwps.php?wpsid=291>.

¹¹³ C., GERNER-BEUERLE, P., PEACH, E.P., SCHUSTER, “Annex to Study on Directors’ Duties and Liability”, London, London School of Economics, 2013, 46, <http://ec.europa.eu>

hierboven aangehaalde rechtsvergelijkende studie afleiden dat in vele landen de aansprakelijkheid ten opzichte van andere personen dan de vennootschap zelf, aan strengere voorwaarden is onderworpen¹¹⁴. Het Engelse recht is hier het schoolvoorbeeld van. Zo zal een bestuurder slechts aansprakelijk kunnen gesteld worden indien deze “*in breach of a duty*” is. Tegenover de aandeelhouders en schuldeisers hebben bestuurders in principe geen *duties*¹¹⁵. Slechts in uitzonderlijke gevallen, wanneer een “*special factual relationship*” bestaat, zal de bestuurder verplichtingen hebben tegenover aandeelhouders en schuldeisers¹¹⁶. Tegenover schuldeisers zullen de verplichtingen in principe toenemen wanneer de vennootschap het faillissement benadert¹¹⁷. Tegenover andere belanghebbenden bestaan er geen verplichtingen.

76. Hoewel dit deel niet gebaseerd is op een uitgebreide studie van het Engelse aansprakelijkheidsrecht, lijkt een grotere focus op de verplichtingen dan de aansprakelijkheid meer rechtszekerheid te bieden. Indien bestuurders klaarblijkelijk weten wat ze moeten doen, zal een aansprakelijkheidsvordering bij een inbreuk daarop minder verrassend zijn. Daarentegen kan in de toepassing van het Belgische recht eenzelfde fout potentieel verschillende vorderingen opleveren. Zo zal het voortzetten van een reddeloze onderneming potentieel aanleiding kunnen geven tot een vordering op basis van artikel 527 W.Venn., artikel 530 W.Venn. en artikel 1382 BW. Het loskoppelen van de algemene aansprakelijkheidsnorm op de uitoefening van het bestuursmandaat en opteren voor een duidelijke set van *duties* met een daaraan gekoppelde aansprakelijkheid lijkt in mijn ogen beter te zijn met het oog op de rechtszekerheid voor bestuurders. Het dient echter opgemerkt te worden dat hoewel het hanteren van een *duty*-systeem een beperking van het aantal vorderingen met zich zal meebrengen, dit niet wil zeggen dat daarom de op de bestuurders rustende verplichtingen duidelijker zijn afgelijnd. Inhoudelijk liggen de bestuurdersverplichtingen die men kent onder het Britse recht in dezelfde lijn als bijvoorbeeld in het Belgische recht of elders.

77. Toch rust een groot deel van de onzekerheid net in het feit dat de aansprakelijkheid vanuit verschillende hoeken kan komen. Een beperking van het aantal potentiële vorderingen

¹¹⁴ C., GERNER-BEUERLE, P., PEACH, E.P., SCHUSTER, “Study on Directors’ Duties and Liability”, London, London School of Economics, 2013, 55-63, <http://ec.europa.eu>

¹¹⁵ B., HANNIGAN, “Company law”, Oxford, Oxford University Press, 2016, 179

¹¹⁶ B., HANNIGAN, “Company law”, Oxford, Oxford University Press, 2016, 180-181

¹¹⁷ C., GERNER-BEUERLE, P., PEACH, E.P., SCHUSTER, “Study on Directors’ Duties and Liability”, London, London School of Economics, 2013, 63, <http://ec.europa.eu>

zou dus al zeker een stap vooruit zijn. Duidelijk afgelijnde bestuurdersverplichtingen zouden echter een grotere stap vooruit zijn, daar bestuurders absoluut weten welke verplichtingen ze hebben en welke sancties zij mogelijks kunnen verwachten bij een schending van deze verplichtingen. Daarbij zou men nog verder kunnen gaan en een Europese harmonisatie creëren op het vlak van de op de bestuurders rustende verplichtingen. Dit lijkt echter onhaalbaar gezien de brede invulling van het bestuurdersmandaat en de discretionaire bevoegdheid die men heeft in de uitoefening ervan. Dit blijkt eveneens politiek onhaalbaar, aangezien de Europese harmonisatie van het vennootschapsrecht al zeer lang op de agenda staat.

78. Een nationale hervorming, die wegtrekt van de toepassing van de aansprakelijkheidsregels van Napoleon op bestuurders, lijkt mij toch aan te raden. De beperking van de mogelijke aansprakelijkheidsvorderingen lijkt voor bestuurders een grote stap vooruit te zijn.

79. Een ander voorstel betreft de koppeling aan een eenvormig aanknopingspunt met betrekking tot de bevoegde rechter en het toepasselijke recht in het kader van de bestuurdersverplichtingen en aansprakelijkheden. Dit eenvormig aanknopingspunt moet in mijn ogen de statutaire zetel zijn. Er wordt later in de uiteenzetting ook geargumenteed om de statutaire zetel als enige aanknopingspunt te hanteren in de afbakening tussen het vennootschapsrechtelijke en het insolventierechtelijke. De toepassing van de statutaire zetel binnen het hele domein van de bestuurdersaansprakelijkheid zou zeker zijn voordelen hebben. De hantering van de *lex societatis* zou slechts een bevestiging zijn van wat vennootschappen momenteel contractueel bedingen. De vennootschappen zullen in de contractuele relatie met de bestuurder forumbedingen en rechtskeuzebedingen opnemen die in de regel verwijzen naar de plaats van de statutaire zetel.

80. Verder zou een eenvormig aanknopingspunt ook meer rechtszekerheid bieden in de relatie tussen bestuurders en derden. De toepassing van de *lex loci delicti* biedt zowel voor de bestuurder als voor diegene die de vordering instelt geen *ex ante* zekerheid. In het algemeen kan men de plaats waar de schade zich voordoet voorspellen, maar zeker niet in alle gevallen. In dergelijk geval wordt men geconfronteerd met de toepassing van een onverwacht recht¹¹⁸.

¹¹⁸ X.E., KRAMER, "The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European Private International Law Tradition Continued - Introductory Observations, Scope, System, and General Rules", NIPR, No. 4 p. 414-424, 2008, 13.

Dit kan zeker een rem zijn op enerzijds het uitoefenen van het bestuursmandaat en anderzijds op het effectief instellen van een aansprakelijkheidsvordering. Beide partijen zijn daarmee gediend met het vastknopen van de internationale bevoegdheid en het toepasselijke recht aan de statutaire zetel. Dit ligt ook in de lijn van het voorstel tot afschaffing van de toepasselijkheid van de algemene zorgvuldigheidsnorm op bestuurders. Dergelijke algemene zorgvuldigheidsnorm dringt de toepassing van de *lex loci delicti* op, wat de voorspelbaarheid niet ten goede komt. De *lex loci delicti* wordt in tegenstelling tot de *lex societatis* door feitelijke gegevens bepaald. De koppeling aan een formeel gegeven, zoals de statutaire zetel, verhoogt daarentegen de rechtszekerheid enorm.

81. Verder kan eenzelfde fout bij meerdere personen schade teweegbrengen op verschillende plaatsen. Een toepassing van de *lex loci delicti* kan dan als gevolg hebben dat de bestuurder onderworpen wordt aan meerdere rechtsvorderingen, die elk onderworpen worden aan een ander toepasselijk recht. Dit brengt niet enkel de rechtszekerheid en voorspelbaarheid in het gedrang, maar ook de praktische uitvoering van de vorderingen. Zo riskeert men potentieel dat verschillende rechtssystemen tegenstrijdige oplossingen aanreiken, dat de procedure wordt uitgesponnen omdat de rechter zich bekend moet maken met de verschillende rechtssystemen en andere praktische problemen.

82. De aansprakelijkheidsvorderingen worden in de regel ingesteld wegens fouten begaan in de uitoefening van het bestuursmandaat. Dan is het noodzakelijk om duidelijk op voorhand te weten welke verplichtingen dat mandaat oplegt. Door de uniforme koppeling aan de statutaire zetel om de invulling van het bestuursmandaat te bepalen en bijgevolg ook de aansprakelijkheid aan te koppelen, maakt men de ordentelijke uitvoering ervan ook mogelijk. Met de toepassing van de statutaire zetel als aanknopingsfactor kan men het toepasselijke recht kiezen en weet iedereen waaraan men toe is¹¹⁹. Zo wordt de pregerechtelijke fase – de uitvoering van het mandaat - alsook de gerechtelijke fase – de aansprakelijkheidsvordering in geval van fout begaan in de uitoefening van het mandaat - vergemakkelijkt.

83. Verder impliceert het onderwerpen van de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders aan de *lex societatis* in geen enkele mate de uitsluiting van de toepassing van andere

¹¹⁹ D., BRULOOT, H., DE WULF, K., MARESCEAU, “Het vennootschapsrecht aan de vooravond van een fundamentele hervorming: een eerste overzicht en evaluatie”, Working Paper Series, 2018, 28, te raadplegen op <http://www.law.ugent.be/fli/wps/showwps.php?wpsid=291>.

regelgeving op de vennootschap zelf¹²⁰. Het zou wel impliceren dat indien de vennootschap bijvoorbeeld milieuwetgeving overtreedt, in de regel slechts de vennootschap kan aansprakelijk worden gesteld. De bestuurders kunnen slechts aansprakelijk worden gesteld indien zij ook effectief een fout begaan in de uitvoering van hun mandaat.

84. De koppeling van aan de statutaire zetel betekent wel een grote rechtskeuzevrijheid voor vennootschappen en hun bestuurders. Met betrekking tot deze rechtskeuzevrijheid dienen enkele opmerkingen te worden gemaakt met betrekking tot de zogenaamde *regulatory competition*. Vrij vertaald betekent dit de strijd die tussen staten zou ontstaan om vennootschappen naar hun grondgebied te lokken. Hierbij zouden staten hun vennootschapsrecht versoepelen om dit te verwezenlijken, waardoor het vennootschapsrecht in een neerwaartse spiraal zou terechtkomen en louter de belangen van de vennootschap zou dienen. Zo wordt er geargumenteed dat dwingende regels van derdenbescherming in het vennootschapsrecht hun beet verliezen, daar men kan kiezen voor een rechtsstelsel dat minder bescherming biedt¹²¹. Toch is de mogelijke invoering van de statutaire zetelleer in België ingegeven door de idee dat het huidige werkelijke zetelleer-concept ook niet slaagt in dergelijke opzet¹²².

85. Een effectieve competitie tussen lidstaten met betrekking tot het aantrekken van statutaire zetels lijkt onwaarschijnlijk omwille van het ontbreken van financiële drijfveren¹²³. De loutere onderwerping van de bestuurdersplichten aan de *lex societatis*, brengt geen toepassing van de *lex societatis* in insolventierechtelijke of fiscale zaken met zich mee. Hoewel in het verdere verloop van deze masterproef wordt geargumenteed dat de hantering van de *lex societatis* in insolventierechtelijke zaken potentieel grote voordelen biedt, worden tot nu toe voor bovenstaande aangelegenheden andere aanknopingsfactoren gehanteerd. Zoals hierboven ook werd aangehaald, impliceert de onderwerping van de bestuurdersaansprakelijkheid aan de *lex societatis* niet dat de vennootschap niet onderhevig is aan andere regelgeving. Bijgevolg

¹²⁰ Zie bv randnummer 69 van D., BRULOOT, H., DE WULF, K., MARESCEAU, “Het vennootschapsrecht aan de vooravond van een fundamentele hervorming: een eerste overzicht en evaluatie”, Working Paper Series, 2018, 27, te raadplegen op <http://www.law.ugent.be/fli/wps/showwps.php?wpsid=291>.

¹²¹ G., LINDEMANS, J., VANANROYE, “Vrije keuze van vennootschapsrecht: enkele kritische kanttekeningen”, te vinden op https://corporatefinancelab.org/2017/04/09/vrije-keuze-van-vennootschapsrecht-enkele-kritische-kanttekeningen/#_ftnref7.

¹²² D., BRULOOT, H., DE WULF, K., MARESCEAU, “Het vennootschapsrecht aan de vooravond van een fundamentele hervorming: een eerste overzicht en evaluatie”, Working Paper Series, 2018, 26, te raadplegen op <http://www.law.ugent.be/fli/wps/showwps.php?wpsid=291>.

¹²³ K., MARESCEAU, “De Europese markt voor vennootschapsrecht: een (her)evaluatie van het vennootschapsrechtelijke harmonisatieprogramma”, TPR 2015, 580.

zullen andere drijfveren, waarvan de fiscale drijfveren wellicht de belangrijkste zijn, meespelen in de beslissing tot vestiging. Een vrees ontstond dat het Verenigd Koninkrijk de lidstaat van ontvangst bij uitstek zou worden¹²⁴. Dergelijke vrees bleek echter ten onrechte, daar er een grotere gelijkheid ontstaat tussen vennootschappen sinds defensieve hervormingen met betrekking tot de zogenaamde brievenbus-*limiteds*¹²⁵. Verder lijkt mij de incorporatie in het Verenigde Koninkrijk dezer dagen vanuit het ondernemersperspectief ook weinig opportuun. Men ziet dan ook, met de Brexit als oorzaak, dat vele bedrijven ofwel hun hoofdzetel verplaatsen ofwel een dochtervennootschap oprichten binnen de Europese Unie, om toch gebruik te kunnen maken van de interne markt. Een andere reden tot incorporatie in het Verenigde Koninkrijk, specifiek met betrekking tot de *limited*, is het bestaan van de regels rond het minimum kapitaal. Aangezien de kapitaalnormen schuldeisers zeer beperkt beschermen, rijst de vraag naar de afschaffing van dergelijke normen. Deze vraag is in België positief beantwoord¹²⁶. Indien dergelijk voorstel het parlementair proces overleeft, zal dus in België, en gezien de brede overeenstemming in de academische wereld, ook in de rest van de wereld, het minimumkapitaal geen rol meer spelen. Hierdoor zal de voornaamste aantrekkingsfactor van de Britse *limited* moeten inbinden aan belang.

86. Verder bestaan ook andere barrières met betrekking tot een effectieve competitie. Taal en (bedrijf)-cultuur zorgen er bijvoorbeeld voor dat een Spaanse onderneming niet al te snel haar statutaire zetel in Roemenië zal plaatsen¹²⁷.

87. Een ander probleem met het aantrekken van statutaire zetels bestaat erin dat staten meer gediend zijn met het aantrekken van een effectieve economische activiteit. Anders riskeert men dat vennootschappen louter brievenbusvennootschappen oprichten om dan de effectieve activiteit elders te organiseren. Een te lakse invulling van het vennootschapsrecht kan dus negatieve gevolgen met zich meebrengen.

¹²⁴ Deze vrees ontstond vooral na het Centros-arrest.

¹²⁵ K., MARESCEAU, “De Europese markt voor vennootschapsrecht: een (her)evaluatie van het vennootschapsrechtelijke harmonisatieprogramma”, TPR 2015, 581.

¹²⁶ D., BRULOOT, H., DE WULF, K., MARESCEAU, “Het vennootschapsrecht aan de vooravond van een fundamentele hervorming: een eerste overzicht en evaluatie”, Working Paper Series, 2018, 9, te raadplegen op <http://www.law.ugent.be/fli/wps/showwps.php?wpsid=291>.

¹²⁷ K., MARESCEAU, “De Europese markt voor vennootschapsrecht: een (her)evaluatie van het vennootschapsrechtelijke harmonisatieprogramma”, TPR 2015, 582; ENRIQUES, L., GELTER, M., “How the old world encountered the new one: regulatory competition and cooperation in European company and bankruptcy law”, Cambridge, Harvard Law School, 2008, 65.

88. Al bij al kan er dus besloten worden dat het onwaarschijnlijk is dat er een Europese regelgevende competitie zou ontstaan¹²⁸. Verder kunnen vennootschappen door de uitoefening van de rechtskeuze een signaalfunctie vervullen. Door het ontvluchten van bepaalde rechtstelsels worden staten op de hoogte gesteld van eventueel inefficiënte wetgeving¹²⁹. Dit zou een bevorderend effect hebben voor de kwaliteit van wetgeving. Een nuance die hierbij dient gemaakt te worden, is dat wetgeving die niet wordt gesmaakt door ondernemingen, en bijgevolg ontlopen worden, niet altijd inefficiënt is. De wetgeving kan een belangrijk publiek doel nastreven en in die mate verplichtingen opdringen aan vennootschappen.

89. De toepassing van de *lex societatis* als enige aanknopingspunt in de vaststelling van bestuurdersverplichtingen en de daaraan gekoppelde aansprakelijkheid lijkt dus meer voordelen dan nadelen te hebben. Zo wordt de *ex ante* rechtszekerheid enorm verhoogd. Zoals reeds aangegeven is een duidelijk wetgevend kader omtrent de verplichtingen absoluut noodzakelijk voor bestuurders om de gevolgen van hun handelen te kunnen inschatten. De uniforme koppeling aan de statutaire zetel kan in deze opzet slagen. Het Belgisch wetgevend voorstel om de werkelijke zetel achter te laten en de statutaire zetel in te voeren, dient dan ook te worden toegejuicht. De hantering van de statutaire zetel in plaats van de werkelijke zetel maakt de vaststelling van de *lex societatis* zoveel eenvoudiger.

90. Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat er geen grote bezwaren zijn tegen de koppeling van de bestuurdersaansprakelijkheid aan de *lex societatis*. De rechtszekerheid wordt vergroot voor zowel bestuurders als slachtoffers van eventuele fouten. Verder lijkt het mij ook onwaarschijnlijk dat de toepassing van de *lex societatis* plots zou leiden naar een manifest slachtoffer-onvriendelijk recht, in tegenstelling tot de toepassing van de *lex loci delicti*. Daarnaast dient men zich ook af te vragen of bestuurders, die met hun dagelijkse beslissingen de wereldeconomie beïnvloeden, geen groter belang hebben in deze problematiek dan een individuele slachtoffer van een potentiële fout. Het antwoord lijkt mij bevestigend te zijn. Zoals eerder gesteld en later nogmaals geargumenteed zullen derden geen fundamentele slechtere behandeling krijgen onder de toepassing van de *lex societatis*. Al bij al moet dus de toepassing van de *lex societatis* worden aangemoedigd.

¹²⁸ K., MARESCEAU, “De Europese markt voor vennootschapsrecht: een (her)evaluatie van het vennootschapsrechtelijke harmonisatieprogramma”, TPR 2015, 588.

¹²⁹ K., MARESCEAU, “De Europese markt voor vennootschapsrecht: een (her)evaluatie van het vennootschapsrechtelijke harmonisatieprogramma”, TPR 2015, 585-586.

91. Los van het voorgaande kunnen ook andere wegen worden bewandeld. Zo wordt bijvoorbeeld een aansprakelijkheidsbegrenzing opportuun geacht om de belangrijkste gevolgen, namelijk de financiële, van een aansprakelijkheidsvordering te kunnen voorzien. Dit draagt ook bij tot de verzekeraarbaarheid van de aansprakelijkheidsvorderingen¹³⁰. Toch is dit niet zonder kritiek. Zo vindt de Raad van State het niet kunnen dat bijvoorbeeld de plafonds afhankelijk worden gemaakt van de omzet en het balanstotaal van een onderneming en er geen verband meer is met de omvang van de schade die bestuurders kunnen toebrengen. De Raad van State merkt ook op dat de omzet van een bedrijf precies door de fout van de bestuurders kan slinken¹³¹. Het wordt afwachten of het voorstel het wetgevend proces overleeft. Het dient hierbij nog opgemerkt te worden dat hoewel nationale oplossingen zeker welkom zijn, deze toch beperkt zijn in hun toepassing. Dergelijke oplossingen kunnen slechts toegepast worden indien dat nationaal recht ook van toepassing is. Het is net de onvoorspelbaarheid omtrent welk nationaal recht van toepassing is, dat het probleem vormt.

¹³⁰ D., BRULOOT, H., DE WULF, K., MARESCEAU, “Het vennootschapsrecht aan de vooravond van een fundamentele hervorming: een eerste overzicht en evaluatie”, Working Paper Series, 2018, 18, te raadplegen op <http://www.law.ugent.be/fli/wps/showwps.php?wpsid=291>.

¹³¹ De Tijd, “Geens begrenst schadeclaims tegen bestuurders”, te vinden op <https://www.tijd.be/netto/dossier/uwgedin2018/Geens-begrenst-schadeclaims-tegen-bestuurders/9963307>.

Hoofdstuk 3 – Aansprakelijkheid in nabijheid van insolventie

92. Een volgende aspect van de problematiek omtrent het IPR van de bestuurdersaansprakelijkheid, betreft de moeilijke afbakening tussen het insolventierecht en het vennootschapsrecht. Het dient opgemerkt te worden dat de onduidelijkheid zich niet situeert op het niveau van de internationaal privaatrechtelijke regels, gezien deze naar mijn mening duidelijk zijn. Moeilijkheden bevinden zich in de kwalificatie van het probleem en het feit dat in het IPR belangrijke gevolgen gekoppeld worden aan de kwalificatie.

Afdeling 1 - Problematisch afbakening : voorbeeld¹³²

93. Het zeer duidelijke voorbeeld omtrent de problematische afbakening tussen het vennootschapsrechtelijke en het insolventierechtelijke betreft de aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in financiële problemen. Bestuurders hebben in de meeste Europese lidstaten een plicht tot tijdige aangifte van het faillissement van de vennootschap¹³³. De aansprakelijkheid bij het falen van deze aangifte wordt in sommige lidstaten gekwalificeerd als een vennootschapsrechtelijk gegeven, in anderen als een insolventierechtelijk gegeven en in nog anderen als een strafrechtelijk gegeven¹³⁴. De verwijzingsregels bij de verscheidene rechtstakken verschillen, waardoor een ander land de bevoegde rechter, alsook het toepasselijke recht levert.

94. Veronderstel dat een vennootschap is geïncorporeerd in lidstaat A, dat de hierboven besproken aansprakelijkheid kwalificeert als insolventierechtelijk. De vennootschap heeft haar COMI in lidstaat B, dat de aansprakelijkheid kwalificeert als vennootschapsrechtelijk. Lidstaat B zal om het toepasselijke recht te bepalen bijvoorbeeld de incorporatietheorie aanhangen en terugrijpen naar het recht van de plaats waar de vennootschap haar statutaire zetel heeft, *in casu* lidstaat A. De toepassing van de IPR-regels van lidstaat B leiden naar de toepassing van het recht van lidstaat A. De rechter van lidstaat B dient het recht van lidstaat A toe te passen,

¹³² Voor een meer uitgebreide uitwerking van het voorbeeld, zie : C., GERNER-BEUERLE, E.P., SCHUSTER, .., “The Costs of Separation: Friction between Company and Insolvency Law in the Single Market”, te vinden op https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2310783, 34 e.v.

¹³³ C., GERNER-BEUERLE, E.P., SCHUSTER, “The Costs of Separation: Friction between Company and Insolvency Law in the Single Market”, te vinden op https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2310783, 15.

¹³⁴ C., GERNER-BEUERLE, E.P., SCHUSTER, “The Costs of Separation: Friction between Company and Insolvency Law in the Single Market”, te vinden op https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2310783, 34.

volgens de in lidstaat A geldende interpretatie¹³⁵. Volgens dat perspectief, is het probleem *in casu*, een insolventierechtelijk probleem. Vervolgens leiden de IPR-regels van lidstaat A naar de toepassing van het recht van lidstaat B, daar het COMI van de vennootschap in lidstaat B ligt. Hierdoor dreigt een vicieuze cirkel te ontstaan, die binnen het IPR opgelost wordt aan de hand van de theorie van het renvoi of de terugverwijzing. Die theorie stelt dat na de terugverwijzing, *in casu* van lidstaat A naar lidstaat B, er enkel verwezen wordt naar het materiële recht en niet de IPR-regels, waardoor de vicieuze cirkel doorbroken wordt¹³⁶.

In geval van kwalificatieproblemen, behoudt men vaak de eerst gemaakte kwalificatie (*lex fori*)¹³⁷. Dit betekent uiteindelijk dat de rechter van lidstaat B het probleem van de aansprakelijkheid moet oplossen aan de hand van het insolventierecht. Dit kan problematisch zijn, aangezien dergelijke aansprakelijkheidsregeling in lidstaat B niet geregeld wordt in het insolventierecht, maar in het vennootschapsrecht.

95. Een nuance dient wel gemaakt te worden in die zin dat de rechter het resultaat kan sturen en met materiële overwegingen rekening kan houden aan de hand van een gamma van technieken zoals de kwalificatie, de aanpassing, uitzonderingsclausules, en andere.¹³⁸ De hierboven beschreven problemen worden in de realiteit opgelost door een “aanpassing” van de IPR-regels waardoor de rechter in kwestie geen probleem zal hebben de zaak op te lossen. Zo kan de rechter bijvoorbeeld de terugverwijzing ruim interpreteren, zodat deze toch de nationale aansprakelijkheidsregeling omvat. Deze “aanpassing” gebeurt echter vaak op basis van een *ad hoc* interpretatie en niet op basis van een bepaald stramen waardoor dit bijdraagt bij tot de juridische onzekerheid¹³⁹.

96. Een en ander geeft aan dat het in bepaalde gevallen moeilijk kan zijn voor bestuurders om hun verplichtingen te voorspellen.

¹³⁵ T., KRUGER, J., VERHELLEN, “Internationaal privaatrecht. De essentie”, Brugge, Die Keure, 2012, 117.

¹³⁶ T., KRUGER, J., VERHELLEN, “Internationaal privaatrecht. De essentie”, Brugge, Die Keure, 2012, 141.

¹³⁷ J., ERAUW, C., CLIJMANS, “Handboek Belgisch internationaal privaatrecht”, Mechelen, Kluwer, 2006, 273.

¹³⁸ J., ERAUW, C., CLIJMANS, “Handboek Belgisch internationaal privaatrecht”, Mechelen, Kluwer, 2006, 263.

¹³⁹ C., GERNER-BEUERLE, E.P., SCHUSTER, “The Costs of Separation: Friction between Company and Insolvency Law in the Single Market”, te vinden op https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2310783, 35.

Afdeling 2 – Internationale bevoegdheid

97. De vraag naar bevoegdheid, is een moeilijke vraag waarbij het antwoord vaak het resultaat is van een afweging van belangen. Aan de ene kant wil men een uniform systeem creëren voor de bestuurder, die niet enkel onderworpen wordt aan één bepaalde set van regels, maar ook aan een bekende rechter. Een bekende rechter dient wel genuanceerd te worden in die zin dat het slechts een rechter zal zijn van hetzelfde land als de bestuurder. Aan de andere kant van de balans hangen dan de verwachtingen van de schuldeisers. Een andere belangrijke determinant in deze vergelijking is de persoonlijke kennis van de rechter. Het verdient de aanbeveling dat rechters zoveel mogelijk eigen recht kunnen toepassen¹⁴⁰.

98. Zoals reeds gesteld, wordt de bevoegdheid van de rechter in het kader van insolventieaangelegenheden bepaald aan de hand van het COMI-concept. Dit is een feitelijk gestuurd gegeven, waarbij men aandacht heeft voor objectieve criteria, zoals onder andere waar de onderneming personeel in dienst neemt, onroerende goederen in bezit heeft, bankrekeningen heeft openstaan, etc¹⁴¹. Bijzondere aandacht moet gaan naar schuldeisers. Bijgevolg moet het COMI zich bevinden op een plaats, die kenbaar is voor de schuldeisers.

99. De bevoegdheid in het kader van vennootschapsrechtelijke aangelegenheden, wordt echter in grote mate bepaald aan de hand van de woonplaats van de verweerder. Even loskoppeland van de moeilijke internationaal privaatrechtelijke kwalificatie van de fout van bestuurders en het samenspel van bevoegdheidsgronden in de Brussel I Bis Verordening, wordt de bevoegdheid voor de vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheid dus anders ingevuld dan de aansprakelijkheid in insolventierechtelijke aangelegenheden. Voor een meer uitgebreide behandeling zie hoofdstuk 2, afdeling 2.

100. Het moge duidelijk zijn dat in kader van insolventierechtelijke aangelegenheden, de bescherming van schuldeisers zwaarder doorwoog in het beleid van de wetgever dan de rechtszekerheid voor bestuurders. Het is dan ook van groot belang de kwalificatie van het

¹⁴⁰ H., DE WULF, L., VAN DEN STEEN, “Enkele IPR-problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen *lex concursus* en *lex societatis*, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS”, in ERAUW, J. en TAELMAN, P. (eds.), *Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal*, XXXVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2009, 449.

¹⁴¹ K., PANNEN, (ed.), “European Insolvency Regulation”, Berlijn, De Gruyter, 2007, 101 – Hoewel deze tekst geschreven is omtrent de oude insolventieverordening, kunnen de meeste gedachtenlijnen worden doorgetrokken naar de nieuwe insolventieverordening.

rechtsprobleem correct te maken. De ontwikkeling van het *vis attractiva concursus*-beginsel speelt een belangrijke rol omtrent deze kwalificatie. Dit beginsel bepaalt welke aangelegenheden worden aangetrokken door de insolventie en dus behandeld worden voor dezelfde forumrechter¹⁴², *in casu* de insolventierechter. De rechtspraak van het Hof van Justitie creëerde dit beginsel, wat later leidde tot de opname in de Europese Insolventie Verordening.

2.1 - Gourdain/Nadler¹⁴³

101. In het kader van het toen geldende Executieverdrag¹⁴⁴ werd aan het Hof van Justitie de vraag gesteld of de veroordeling van een bestuurder tot betaling aan de boedel een insolventierechtelijke aangelegenheid was in de zin van het Executieverdrag of het ging om een burgerlijkrechtelijke en handelsrechtelijke aangelegenheid. In het Gourdain/Nadler-arrest stelt het Hof van Justitie dat de begrippen ‘faillissement, akkoorden of soortgelijke procedures’ een autonome interpretatie moeten krijgen, aan de hand van de doelen van het verdrag en de algemene beginselen die in alle nationale rechtsstelsels terug te vinden zijn¹⁴⁵. Het Hof stelt dat beslissingen uit het toepassingsgebied van het Executieverdrag worden uitgesloten indien zij rechtstreeks uit het faillissement voortvloeien en geheel binnen het kader van een faillissement passen. Een aangelegenheid kan dus als insolventierechtelijk worden gekwalificeerd als er een dermate sterke band is met het faillissement.

102. Het Gourdain/Nadler-arrest betreft een afbakening tussen insolventieaangelegenheden en algemeen burgerlijke aangelegenheden, vervat in het toenmalige Executieverdrag. Toch is dit al een voorbeeld dat het Hof insolventieaangelegenheden aanziet als bijzonder en daarom ook de nood tot afscheiding aanvoelt. Het Hof steunt zijn uitspraak vooral op considerans 6 van de toen geldende insolventieverordening, dat stelt dat de opening van insolventieprocedures en beslissingen die rechtsreeks uit een insolventieprocedure voortvloeien en daarmee nauw samenhangen, worden beheerst door de *lex concursus*¹⁴⁶. Daarbij aanziet het Hof de *lex concursus* als een *lex specialis*, die voorrang verdient. Dus van zodra een beslissing nauw

¹⁴² L., CARBALLO PINEIRO, “Vis attractiva concursus in the European Union: its development by the European Court of Justice”, InDret, 3/2010, 4.

¹⁴³ HvJ 22 februari 1979, 133/78, Gourdain t. Nadler, www.curia.europa.eu.

¹⁴⁴ Momenteel is dit de Brussel I Bis Verordening.

¹⁴⁵ Zie overweging 3 van het arrest.

¹⁴⁶ H., DE WULF, L., VAN DEN STEEN, “Enkele IPR-problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen *lex concursus* en *lex societatis*, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS”, in ERAUW, J. en TAELMAN, P. (eds.), Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal, XXXVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2009, 448.

samenhangt met de insolventieprocedure, wordt de bevoegdheid van de rechter bepaald door de *lex concursus*.

2.2 - Deko Marty¹⁴⁷

103. De concrete vraag die werd gesteld in het Deko Marty-arrest was of de rechter die de insolventieprocedure had geopend, bevoegd was voor de behandeling van het faillissementspauliana, gericht tegen een verweerder die zijn statutaire zetel in een andere lidstaat heeft. Zo niet, werd de vraag gesteld of het faillissementspauliana onder artikel 1, lid 2, sub b, van het Executieverdrag viel en dus kon aanzien worden als een insolventierechtelijke aangelegenheid. Het Hof stelt, rekening houdend met de argumentatie uitgewerkt in het Gourdain/Nadler-arrest, dat de rechter die de insolventieprocedure opende eveneens internationaal bevoegd is om kennis te nemen van vorderingen die rechtstreeks uit deze procedure voortvloeien en daarmee nauw samenhangen. Deze overwegingen zijn vooral gesteund op de idee van een efficiënte en doeltreffende afwikkeling van de insolventieprocedure met grensoverschrijdende gevolgen¹⁴⁸. Verder stelt het Hof dat “de mogelijkheid dat verschillende gerechten een bevoegdheid uitoefenen met betrekking tot de in verschillende lidstaten ingestelde vorderingen op grond van paulianeuze handelingen, het nastreven van een dergelijk doel evenwel zou ondermijnen”. Bijgevolg is de rechter die de insolventieprocedure opende, bevoegd om uitspraak te doen over het faillissementspauliana, zelfs al is die gericht tegen een verweerder die zijn statutaire zetel in een andere lidstaat heeft.

2.3 - Notie “nauw verbonden vorderingen”

104. Om te bepalen of een vordering nauw samenhangt met de insolventieprocedure, geeft het Hof van Justitie in het Gourdain/Nadler-arrest enkele criteria aan¹⁴⁹. Het betreft onder andere of de vordering afzonderlijk geregeld is in de faillissementswet, of deze is ingesteld bij de bevoegde rechterlijke instantie die het faillissement kan uitspreken, of deze ook kan worden ingesteld door de curator ten behoeve van de boedel met het oog op voldoening van de schuldeisers en met eerbiediging van het beginsel van gelijkheid van schuldeisers, of de vordering is ingesteld ten behoeve van de boedel en al de schuldeisers ten goede komt, etc. Er

¹⁴⁷ HvJ 12 februari 2009, C-339/07, Christopher Seagon t. Deko Marty, www.curia.europa.eu.

¹⁴⁸ Zie overweging 22 van het Deko Marty-arrest.

¹⁴⁹ Zie overweging 5 van het Gourdain/Nadler-arrest

wordt ook geopperd in de rechtsleer dat de notie nauw verbonden vorderingen moet beperkt worden tot vorderingen, die afhankelijk zijn van een reeds geopende insolventieverordening¹⁵⁰.

105. In het German Graphics-arrest¹⁵¹ bepaalt het Hof dat de vordering tot eigendomsvoorbehoud *in casu* niet nauw samenhangt met de insolventieprocedure. Na een toetsing aan de in het Gourdain/Nadler-arrest vooropgestelde criteria, stelt het Hof dat de vordering een autonome vordering is en dus niet afhankelijk is van de insolventieprocedure. Het loutere feit dat de curator een partij in het geding is, is niet voldoende om deze vordering te kwalificeren als nauw samenhangend met de insolventieprocedure¹⁵². Het Hof interpreteert met andere woorden het *vis attractiva concursum*-beginsel niet uiterst breed, maar stelt er wel degelijk grenzen aan.

106. In de huidige insolventieverordening wordt aangegeven, naar aanleiding van de rechtspraak van het Hof van Justitie, hoe “samenhangend” moet geïnterpreteerd worden¹⁵³. Het dient opgemerkt te worden dat dit artikel, net zoals de motivatie van het Hof van Justitie, vooral geïnspireerd is door de idee van een efficiënte afhandeling van de insolventieprocedure.

2.4 - Resultaat : Vis attractiva concursum-beginsel

107. In de hierboven besproken arresten geeft het Hof van Justitie duidelijk weer dat zodra een beslissing nauw verbonden is met de insolventieprocedure, het wenselijk is deze voor te leggen aan de rechter die ook bevoegd is voor de betreffende insolventieprocedure. Het voorstel van de Europese commissie tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures, stelde dan ook een codificatie van deze rechtspraak voor¹⁵⁴. In de gewijzigde insolventieverordening van 2015 is effectief een artikel opgenomen dat luidt “Bevoegdheid inzake vorderingen die rechtstreeks voortvloeien uit een insolventieprocedure en er nauw verband mee houden”, dat de bevoegdheid van dergelijke vorderingen legt bij de rechter die bevoegd is voor de insolventieprocedure¹⁵⁵. Verder stelt de Europese Commissie dat deze regel het bijvoorbeeld mogelijk maakt dat een curator een op het insolventierecht

¹⁵⁰ K., PANNEN, (ed.), “European Insolvency Regulation”, Berlijn, De Gruyter, 2007, 126.

¹⁵¹ HvJ 10 september 2009, C-292/08, German Graphics Graphische Maschinen GmbH t. Alice van der Schee, www.curia.europa.eu.

¹⁵² Zie overweging 32-33 van het German Graphics-arrest.

¹⁵³ Zie artikel 6, lid 3 Insolventie verordening.

¹⁵⁴ Voorstel (Comm.) voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures, 12 december 2012, COM(2012) 744 final, 7.

¹⁵⁵ Zie artikel 6 Insolventie verordening.

gebaseerde vordering inzake bestuurdersaansprakelijkheid en een op het recht inzake onrechtmatige daad of vennootschapsrecht gebaseerde vordering tegen een bestuurder, bij dezelfde rechter instelt. Hierdoor kan men terecht stellen dat er wel degelijk een *vis attractiva concursum*-beginsel speelt en er bijgevolg meer aangelegenheden onder de bevoegdheid van de insolventierechter worden gebracht.

2.5 - Evaluatie

108. De ontwikkeling van het *vis attractiva concursum*-beginsel is zeer belangrijk in het vraagstuk naar de bevoegdheid inzake insolventierechtelijke aangelegenheden. Het Hof erkent de verregaande gevolgen en stelt daarom ook grenzen aan het beginsel. De lidstaten in de Europese Unie hanteren een verschillende aanpak met betrekking tot het *vis attractiva concursum*-beginsel. Sommigen gaan uit van een quasi-absoluut beginsel, daar waar anderen uit gaan van een meer restrictieve interpretatie¹⁵⁶. Deze restrictieve benadering lijkt mij gestuurd te zijn door de idee van bescherming van de verweerder, die door de toepassing van het beginsel kan worden geconfronteerd met een onbekende rechter, waardoor de rechten van verdediging potentieel in gevaar kunnen komen.

109. Het voornaamste argument tot creatie van het *vis attractiva concursum*-beginsel, is efficiëntie, zoals dat duidelijk wordt gesteld in de argumentatie van het Hof van Justitie in de Deko Marty-zaak. Het is praktisch zeer wenselijk om alle met de insolventieprocedure nauw verbonden vorderingen, samen met de insolventieprocedure voor dezelfde rechter te behandelen. Zo wordt een ordentelijke afhandeling van de zaak gegarandeerd en vermijdt men tegenstrijdige beslissingen. Toch is dit niet zonder problemen. Zo wordt er geargumenteed dat er ook andere manieren zijn tot het bereiken van een ordentelijke afhandeling van de insolventieprocedure. Verder moet men ook de efficiëntie van de gezamenlijke behandeling van de vorderingen afwegen tegenover andere doelen, zoals bijvoorbeeld de bescherming van de rechten van de verweerder¹⁵⁷. Ten slotte kan er ook geargumenteed worden dat een vordering, zodra deze verbonden is aan het vermogen van de verweerder, onmiddellijk voor de

¹⁵⁶ L., CARBALLO PINEIRO, “Vis attractiva concursus in the European Union: its development by the European Court of Justice”, InDret, 3/2010, 6.

¹⁵⁷ L., CARBALLO PINEIRO, “Vis attractiva concursus in the European Union: its development by the European Court of Justice”, InDret, 3/2010, 14-15.

insolventierechter moet gebracht worden, wat niet het doel was van de Insolventie verordening¹⁵⁸.

110. Een andere reden waarom het Hof het *vis attractiva concursus*-beginsel hanteert, is om *forum shopping* te vermijden¹⁵⁹. Het Hof wil vermijden dat men bepaalde vorderingen onttrekt aan de bevoegde insolventierechter, omdat men gelooft elders een betere rechtsbedeling te krijgen. Er wordt gesteld dat deze argumentatie niet overtuigend is, in die zin dat het niet uitmaakt welke rechtbank de zaak behandelt, aangezien toepasselijke recht toch hetzelfde blijft¹⁶⁰. Hierbij wordt naar mijn overtuiging uit het oog verloren dat de regels omtrent de aanwijzing van het toepasselijke recht geharmoniseerd zijn, maar de toepasselijke nationale regels wel degelijk van elkaar verschillen. Deze argumentatie kan worden bijgestaan als men uitgaat van het feit dat het COMI binnen eenzelfde land ligt en bijgevolg de toepasselijke nationale regels dezelfde zijn. Maar zoals reeds besproken, hebben rechters de neiging het COMI zo te beoordelen, dat ze hun eigen bevoegdheid kunnen vaststellen. Ook de Europese wetgever poogde aan de hand van het feitelijk gestuurde gegeven (COMI) *forum shopping* tegen te gaan¹⁶¹. Toch werd dit doel niet bereikt en toont de praktijk aan dat vennootschappen ook op insolventierechtelijk vlak veel aan *forum shopping* doen¹⁶². De hantering van het *vis attractiva concursus*-beginsel, met als rechtvaardiging om *forum shopping* tegen te gaan, staat mijns inziens dan ook niet sterk.

111. Er bestaat in mijn ogen ook een praktisch bezwaar tegen een te vergaande toepassing van het *vis attractiva concursus*-beginsel, in het geval van de aansprakelijkheid van bestuurders. Het kan efficiënt zijn een aansprakelijkheidsvordering tegen een bestuurder voor de schulden van een vennootschap samen met de insolventieprocedure te behandelen, maar de concrete uitvoering van deze aansprakelijkheidsvordering lijkt problematisch. Stel bijvoorbeeld dat er beslag moet gelegd worden op de goederen van de bestuurder, gekoppeld aan een openbare verkoop ervan, volgens welke regels wordt dit dan geregeld? De procedureregels van

¹⁵⁸ L., CARBALLO PINEIRO, “Vis attractiva concursus in the European Union: its development by the European Court of Justice”, InDret, 3/2010, 11.

¹⁵⁹ Dit blijkt ook uit de argumentatie van de Deko Marty-zaak, waar het Hof verwijst naar considerans 4 van de toenmalige insolventieverordening.

¹⁶⁰ L., CARBALLO PINEIRO, “Vis attractiva concursus in the European Union: its development by the European Court of Justice”, InDret, 3/2010, 11.

¹⁶¹ K., MARESCEAU, “De Europese markt voor vennootschapsrecht: een (her)evaluatie van het vennootschapsrechtelijke harmonisatieprogramma”, TPR 2015, 567.

¹⁶² K., MARESCEAU, “De Europese markt voor vennootschapsrecht: een (her)evaluatie van het vennootschapsrechtelijke harmonisatieprogramma”, TPR 2015, 571.

de forumrechter of van het land van herkomst van de bestuurder? Dergelijke zaken nemen ook tijd in beslag, waardoor de hele insolventieprocedure dreigt te worden uitgesponnen, waardoor het argument van efficiëntie onder druk komt te staan.

Zoals blijkt uit het voorgaande, heeft een bundeling van bevoegdheid voor eenzelfde rechter voor- en nadelen. Nu er duidelijkheid is omtrent het bestaan van het *vis attractiva concursum*-beginsel, heeft dit tot gevolg dat er meer discussie ontstaat tussen de allocatie van vorderingen tussen enerzijds de Brussel I Bis Verordening en anderzijds de Insolventie Verordening. Hierbij rijst het potentiële gevaar dat men steeds een tussenkomst van het Hof van Justitie nodig heeft om de discussie te beslechten¹⁶³. Opnieuw komt dit de efficiëntie van de behandeling van de insolventieprocedure niet ten goede.

112. Hoewel het *vis attractiva concursum*-beginsel zich ontwikkeld heeft in de afbakening van burgerlijke aangelegenheden ten opzichte van insolventierechtelijke aangelegenheden, is dit toch relevant voor de afbakening ten opzichte van de vennootschapsrechtelijke aangelegenheden. Het Hof erkent namelijk dat de insolventierechtelijke aangelegenheden bijzonder zijn en dit heeft ook een impact op de kwalificatie en de afbakening ten opzichte van vennootschapsrechtelijke aangelegenheden.

113. Het moge voor bestuurders duidelijk zijn dat de tendens, om vorderingen als insolventierechtelijk te kwalificeren indien deze een sterke band met het insolventiegebeuren tonen, bestaat. Dit brengt rechtsonzekerheid mee voor de bestuurders, in die zin dat ze geconfronteerd worden met een onbekende rechter en vaak ook een onbekend recht, omdat de gehanteerde aanknopingsfactor voor insolventierechtelijke aangelegenheden moeilijk voorspelbaar is. Het mag duidelijk zijn dat deze rechtsonzekerheid een rem kan zijn op de grensoverschrijdende activiteiten van ondernemingen en bestuurders, wat zeker niet wenselijk is.

¹⁶³ L., CARBALLO PINEIRO, “Vis attractiva concursus in the European Union: its development by the European Court of Justice”, InDret, 3/2010, 22.

Afdeling 3 - Toepasselijk recht

114. Nadat de bevoegde rechter is bepaald, zal de vraag naar het toepasselijke recht rijzen. De vraag rijst of men de kwalificatie van de rechtsvraag bij het bepalen van de internationale bevoegdheid ook mag hanteren voor het bepalen van het toepasselijke recht. Is met andere woorden een aangelegenheid insolventierechtelijk voor het bepalen van het toepasselijke recht, indien dit als insolventierechtelijk werd gekwalificeerd bij het bepalen van de internationale bevoegdheid? Men kan zich dan ook afvragen of het *vis attractiva concursus*-beginsel ook bij het bepalen van het toepasselijke recht speelt.

115. Om een duidelijke afbakening te kunnen maken en te bepalen wat tot het vennootschapsrecht dan wel tot het insolventierecht behoort, moet het toepassingsgebied van de *lex societatis* en de *lex concursus* onderzocht worden. De *lex concursus* wordt algemeen beschouwd als een *lex specialis* ten opzichte van de *lex societatis*¹⁶⁴. Daaruit kan men afleiden dat datgene dat niet behoort tot de *lex concursus*, behoort tot de *lex societatis*. Daarom zal dus vooral het toepassingsgebied van de *lex concursus* onderzocht worden.

116. Zoals eerder gesteld wordt het toepasselijke recht geleverd door het land waar de schuldenaar zijn COMI heeft. Drie argumenten kunnen dit rechtvaardigen¹⁶⁵. Een eerste argument stelt dat de hantering van het COMI-begrip, in een wereld van verschillende regelingen, de toepassing van één set van regels vergemakkelijkt en een coherent en voorspelbaar juridisch raamwerk vooropstelt. Partijen kunnen in zekere mate eigen rechten en verplichtingen voorspellen. Een nuance die ik hierbij wil maken, is dat hoewel het resultaat potentieel kan zorgen voor een coherent en juridisch raamwerk, de hantering van het COMI-begrip toch een onzekerheidsfactor omvat. Omdat het COMI-begrip een feitelijk gestuurd gegeven is, lijkt het mij toch gevaarlijk te stellen dat de hantering ervan een voorspelbaar juridisch raamwerk vooropstelt, aangezien een feitelijk gestuurd gegeven nooit echt vast staat. Een tweede argument, wat in mijn ogen een sterker argument is, is het argument van efficiëntie. De hantering van het COMI-begrip levert zowel de bevoegde rechter als het toepasselijke recht.

¹⁶⁴ H., DE WULF, L., VAN DEN STEEN, “Enkele IPR-problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen *lex concursus* en *lex societatis*, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS”, in ERAUW, J. en Taelman, P. (eds.), “Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal”, XXXVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2009, 444.

¹⁶⁵ M., VIRGOS, F., GARCIMARTIN, “The European Insolvency Regulation: Law and Practice”, Den Haag, Kluwer Law International, 2004, 72.

117. Dit heeft als gevolg dat de rechter de insolventiezaak kan behandelen op basis van zijn eigen recht, wat vooral praktisch zeer wenselijk is. Het dient opgemerkt te worden dat het efficiëntie-argument niet zonder kritiek bestaat, zoals vermeld bij afdeling 2 van dit hoofdstuk. Een derde en laatste argument stelt dat iedere schuldeiser en de schuldenaar in één procedure moeten worden betrokken, wat een ordentelijke afhandeling van het faillissement ten goede komt, alsook de kost van administratie doet dalen.

118. Aan de andere kant zijn ook argumenten te vinden tegen de hantering van het COMI-begrip¹⁶⁶. Sommige van de argumenten hebben betrekking op de internationale bevoegdheid van rechters, zoals het *race to the courthouse*-argument. Andere argumenten hebben betrekking op het toepasselijke recht, zoals het *cherry picking*-argument en het *Flucht in das Insolvenzrecht*-argument. Hierbij wordt geargumenteed dat vennootschappen zich oprichten in een staat met flexibel vennootschapsrecht en streng insolventierecht en hun COMI plaatsen in een staat met een flexibel insolventierecht, maar een streng vennootschapsrecht en zo tussen de mazen van het net glippen. Verder zullen staten de nood voelen meer en meer zaken, die zij van essentieel belang vinden, te regelen via hun materieel insolventierecht om zo het herkomstlandbeginsel van het vennootschapsrecht te omzeilen. Staten zullen de terugkoppeling naar de statutaire zetel omzeilen, door essentiële zaken in het insolventierecht te regelen en toe te passen op vennootschappen wiens COMI zich binnen die bepaalde staat bevindt. De vraag kan ook gesteld worden of deze ontwikkeling niet strijdig is met de vrijheid van vestiging en pleit later ook voor de afschaffing van het COMI-begrip.¹⁶⁷ Het is in kader van het vraagstuk omtrent vrijheid van vestiging dat later het Kornhaas-arrest wordt besproken.

119. Het toepassingsgebied van de *lex concursus* wordt bepaald aan de hand van het toepassingsgebied van de Insolventie Verordening. Om een aangelegenheid als insolventierechtelijk te kwalificeren, is het dus belangrijk om na te gaan of de Insolventie Verordening van toepassing is. De *lex concursus* is van toepassing op de opening, het verloop en de beëindiging van de insolventieprocedure, waarbij de Insolventie Verordening ook een specifieke lijst aangeeft van zaken die door de *lex concursus* worden behandeld¹⁶⁸. Daarbij is het duidelijk dat niet alle rechtsvragen onderworpen moeten worden aan de *lex concursus*. De

¹⁶⁶ Zie voor een zeer duidelijke behandeling MARESCEAU, K., “De Europese markt voor vennootschapsrecht: een (her)evaluatie van het vennootschapsrechtelijke harmonisatieprogramma”, TPR 2015, 568 ev.

¹⁶⁷ K., MARESCEAU, “De Europese markt voor vennootschapsrecht: een (her)evaluatie van het vennootschapsrechtelijke harmonisatieprogramma”, TPR 2015, 569-574.

¹⁶⁸ Zie artikel 7, 2, a) tot m), Insolventie Verordening.

aansprakelijkheid van bestuurders wordt bijvoorbeeld niet vermeld, daar deze ook niet mogen vereenzelvigd worden met de debiteur, namelijk de vennootschap *in casu*¹⁶⁹.

120. Om te bepalen of een norm als insolventierechtelijk kan gekwalificeerd worden, lijkt het echter onbelangrijk of deze norm opgenomen is in wat nationaal insolventieregulerend wordt genoemd¹⁷⁰. Men moet wel nagaan of de norm een speciaal effect heeft op de insolventieprocedure, dan wel nauw verbonden is met de insolventieprocedure¹⁷¹. Een aantal criteria kunnen helpen om de kwalificatie te maken. Is een de facto faillissement vereist voor toepassing van de norm? Streeft de norm zelf een insolventierechtelijk doel na¹⁷²? Is het antwoord op één van bovenstaande vragen positief, dan kan de norm als insolventierechtelijk gekwalificeerd worden. Men moet met andere woorden telkens een beoordeling *in concreto* maken om de gegeven feiten al dan niet als insolventierechtelijk te kunnen kwalificeren. Het dient opnieuw opgemerkt te worden, dat de nood aan een *in concreto* beoordeling en dus het uitblijven van een algemene standaard, rechtsonzekerheid in de hand werkt.

121. Verder kan een dubbele abstracte richtlijn gehanteerd worden om de toepassing van de *lex concursus* te verantwoorden¹⁷³. Ten eerste stelt deze richtlijn dat als de toepassing van de *lex concursus* de verwachtingen van de rechtsonderhorigen dreigt te doorkruisen, men extra voorzichtig moet zijn in de toepassing ervan. Ten tweede kan de toepassing toch verantwoord worden, wanneer de norm *in casu* een specifiek en belangrijk insolventierechtelijk doel nastreeft. Op de eerste gedachtenlijn geeft DE WULF zelf de kritiek dat het een zeer vaag criterium betreft, dat zeer grote beoordelingsruimte geeft aan de rechter. Hierdoor is men als rechtsonderhorige afhankelijk van een beoordeling *in concreto*, waardoor de voorspelbaarheid in het gedrang komt. Een norm die een specifiek en belangrijk insolventierechtelijk doel nastreeft, is in mijn ogen opnieuw een vaag criterium. Zijn normen die louter een impact hebben op het verloop van de procedure, normen die een belangrijk insolventierechtelijk doel

¹⁶⁹ H., DE WULF, L., VAN DEN STEEN, “Enkele IPR-problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen *lex concursus* en *lex societatis*, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS”, in ERAUW, J. en TAELEMAN, P. (eds.), “Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal”, XXXVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2009, 442.

¹⁷⁰ Zie in die zin ook het Kornhaas-arrest, zoals besproken in afdeling 4 van hoofdstuk 3.

¹⁷¹ Zie K., PANNEN, (ed.), “European Insolvency Regulation”, Berlijn, De Gruyter, 2007, 206 - Hoewel de tekst geschreven is rond de oude insolventieverordening, kunnen de meeste gedachtenlijnen worden doorgetrokken naar de nieuwe insolventieverordening.

¹⁷² K., PANNEN, (ed.), “European Insolvency Regulation”, Berlijn, De Gruyter, 2007, 207.

¹⁷³ H., DE WULF, K., VAN DEN STEEN, “Enkele IPR-problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen *lex concursus* en *lex societatis*, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS”, in ERAUW, J. en TAELEMAN, P. (eds.), “Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal”, XXXVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2009, 442.

nastreven? Of zijn enkel normen die een materiële impact hebben, zoals bijvoorbeeld normen die de gelijkheid van schuldeisers handhaven, belangrijk genoeg¹⁷⁴?

122. Zoals reeds aangegeven vermeldt artikel 7, § 2 van de Insolventie Verordening geen enkele vorm van bestuurdersaansprakelijkheid. Doch worden dergelijke vorderingen vaak voorgelegd aan de rechter, die bevoegd is volgens het COMI, zoals besproken bij de ontwikkeling van het *vis attractiva concursus*-beginsel¹⁷⁵. Dan is het logisch dat, de idee indachtig dat de rechter zoveel mogelijk zijn eigen recht zou moeten kunnen toepassen, dergelijke vorderingen ook beheerst worden volgens het recht van de bevoegde rechter. Bijgevolg zou men de criteria, ter afbakening van de bevoegde rechter¹⁷⁶, ook kunnen hanteren om het toepasselijke recht te bepalen¹⁷⁷. Aan de andere kant stelt het Hof duidelijk dat criteria ter bepaling van het toepasselijke recht, geen enkele weerslag hebben op het bepalen van de bevoegde rechter¹⁷⁸. Mag men dan zomaar concluderen dat de criteria ter bepaling van de bevoegde rechter wel mogen gehanteerd worden in het bepalen van het toepasselijke recht? Als men te gemakkelijk de toepassing van *lex concursus* aanvaardt, kunnen bepaalde probleemgevallen zich voordoen. Zo kunnen bijvoorbeeld bestuurders/zaakvoerders niet genieten van een nationaal gunstregime, wanneer het COMI van de vennootschap in een ander land ligt en dit land niet voorziet in een soortgelijk gunstregime.

123. Verder kan het geargumenteed worden dat de aansprakelijkheid geregeld in art 530 Wetboek van Vennootschappen de toepassing van de *lex concursus* rechtvaardigt, indien de schade zich voordoet in het land waar het COMI gelegen is¹⁷⁹. Deze artikelen zijn eigenlijk een uiting van de algemene idee die schuilgaat achter de onrechtmatige daad. Er wordt in het kader

¹⁷⁴ Zie voor een uitgewerkt voorbeeld met betrekking tot de techniek van inbreng van bedrijfstuk : H., DE WULF, L., VAN DEN STEEN, “Enkele IPR-problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen *lex concursus* en *lex societatis*, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS”, in ERAUW, J. en TAELEMAN, P. (eds.), “Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal”, XXXVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2009, 443 ev.

¹⁷⁵ Zie boven randnummer 107.

¹⁷⁶ Zoals ontwikkeld in het Gourdain/Nadler-arrest, zie randnummer 104.

¹⁷⁷ H., DE WULF, L., VAN DEN STEEN, “Enkele IPR-problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen *lex concursus* en *lex societatis*, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS”, in ERAUW, J. en TAELEMAN, P. (eds.), “Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal”, XXXVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2009, 449.

¹⁷⁸ Zie overweging 37 van HvJ 10 september 2009, C-292/08, German Graphics Graphische Maschinen GmbH t. Alice van der Schee, www.curia.europa.eu.

¹⁷⁹ H., DE WULF, L., VAN DEN STEEN, “Enkele IPR-problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen *lex concursus* en *lex societatis*, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS”, in ERAUW, J. en TAELEMAN, P. (eds.), “Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal”, XXXVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2009, 450.

van de onrechtmatige daad veel aandacht besteed aan de plaats waar de schade zich voordoet. Bijgevolg kan de *lex concursus* worden toegepast, indien de plaats van de schade samenvalt met het COMI. De sprong die gemaakt wordt van de toepassing van de *lex loci delicti*, waarop de redenering gebaseerd is, naar de *lex concursus*, is hoogst waarschijnlijk opnieuw te verantwoorden door efficiëntie. Indien er een toepassing wordt gemaakt van de *lex loci delicti*, dan bestaat de mogelijkheid dat voor iedere schuldeiser een ander recht moet worden toegepast, indien diens schade zich elders bevindt dan de schade van de andere schuldeisers. Wanneer men echter de aansprakelijkheid als een insolventierechtelijke aangelegenheid kwalificeert en de toepassing van de *lex concursus* daaraan koppelt, wordt voor iedere schuldeiser hetzelfde recht toegepast.

124. De koppeling aan de *lex loci delicti* lijkt mij beter vanuit het perspectief van de schuldeiser, daar deze de schade lijdt in het land waar hij, in een ideale setting, bekend is met het recht. Daartegenover kunnen bestuurders geconfronteerd worden met de toepassing van verschillende rechtstelsels, die potentieel in elkaars vaarwater komen met tegenstrijdige regels. De *lex concursus* lijkt dus aangewezen zodat een rechter zijn eigen recht kan toepassen en zo tegenstrijdige beslissingen kan vermijden. Ook voor de bestuurders wordt er zo een uniforme set van rechten en plichten gecreëerd, wat noodzakelijk is alvorens men bestuurders kan verwijten dat zij afgeweken zijn van deze rechten en plichten¹⁸⁰. De toepassing van de *lex concursus* houdt echter vaak, voor zowel schuldeisers als bestuurders, de toepassing van een vreemd recht in door de koppeling aan het COMI, wat rechtsonzekerheid met zich meebrengt¹⁸¹. Wat er ook van zij, in België kwalificeert men dergelijke aansprakelijkheid als insolventierechtelijk, zoals dat bevestigd wordt door de voorbereidende werken van het wetboek internationaal privaatrecht¹⁸².

¹⁸⁰ H., DE WULF, L., VAN DEN STEEN, “Enkele IPR-problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen *lex concursus* en *lex societatis*, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS”, in ERAUW, J. en TAEJMAN, P. (eds.), “Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal”, XXXVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2009, 451.

¹⁸¹ Voor bestuurders betekent de *lex concursus* een vreemd recht, daar rechters vaak al te snel concluderen tot de eigen bevoegdheid, en zo het COMI op een plaats wordt vastgesteld die de bestuurder niet konden voorspellen. Voor schuldeisers betekent de *lex concursus* ook een vreemd recht, daar voor het bepalen van het COMI de werkelijke activiteiten van de vennootschap geen belangrijke rol spelen en dus de activiteiten vaak niet geconcentreerd zijn in het COMI-land. Schuldeisers leiden wel meestal schade op de plaats waar de vennootschap haar activiteiten uitoefent, waardoor er dus een discrepantie ontstaat tussen de plaats waar de schade zich voordoet en de plaats waar het COMI ligt.

¹⁸² Wetsontwerp houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, Parl.St. Senaat 2003-04, nr. 3/27-7, 205-206.

125. Hoewel er vragen kunnen gesteld worden bij de rechtvaardiging ervan, worden meer en meer zaken, net zoals bij de bepaling van de internationale bevoegdheid, als insolventierechtelijk gekwalificeerd bij het bepalen van het toepasselijke recht. Deze tendens wordt gerechtvaardigd door het feit dat de forumrechter, bevoegd voor de insolventieprocedure, zijn eigen recht kan toepassen. Verder wordt een ordentelijke afhandeling gemakkelijker behaald, wanneer procedurele en materiële regels door hetzelfde land worden geleverd. Naast de efficiëntie, probeert men ook de toepassing van de *lex concursus* te verantwoorden door de bescherming van de schuldeisers, die worden beschermd door het feit dat vennootschappen niet kunnen *forum shoppen* op vlak van het insolventierecht.

Afdeling 4 - Kornhaas¹⁸³

126. Dit recent en zeer belangrijke arrest van het Hof van Justitie biedt verduidelijking in de moeilijke afbakening tussen het vennootschapsrecht en het insolventierecht. Toch bestaan verschillende standpunten over de implicaties van deze rechtspraak, zoals zal blijken uit de verdere uiteenzetting van het arrest.

4.1 - Feiten

127. S. Kornhaas was zaakvoerder van een Britse vennootschap (“private company limited by shares”), ingeschreven te Cardiff. De vennootschap verrichtte hoofdzakelijk haar activiteiten te Duitsland en werd ook te Duitsland failliet verklaard, nadat deze zelf het faillissement had aangegeven. Onder toepassing van de toen geldende Insolventie Verordening¹⁸⁴ was het toepasselijke recht het Duitse recht, aangezien het COMI van de vennootschap in Duitsland lag. In het kader van dit faillissement werd een curator aangesteld, met name T. Dithmar. Deze was van oordeel dat het faillissement zich feitelijk maanden voor de effectieve aangifte bevond. In deze periode had Kornhaas ten laste van de vennootschap voor in totaal 110 151,66 EUR betalingen verricht. Naar aanleiding hiervan stelde de curator een vordering tot vergoeding in tegen Kornhaas, op basis van § 64, lid 2, eerste volzin, GmbHG, waarvan de vertaling het volgende is :

¹⁸³ HvJ 10 december 2015, C-594/14, Simona Kornhaas t. Thomas Dithmar, www.curia.europa.eu.

¹⁸⁴ De Insolventie Verordening voor de herschikking van 2015 – zie : Verord. (EG) nr.1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, Pb.L 30 juni 2000, 160.

(1) “In geval van insolventie van de vennootschap dienen de bestuurders onverwijld, en uiterlijk drie weken nadat de insolventie is ingetreden, een verzoek in tot opening van de insolventieprocedure. Dit geldt eveneens, in wezen, indien blijkt dat de vennootschap een te hoge schuldenlast heeft.

(2) De bestuurders zijn gehouden de vennootschap te vergoeden voor betalingen die zijn verricht na het intreden van de insolventie van de vennootschap of nadat is vastgesteld dat zij een te hoge schuldenlast heeft. [...]”

128. Het aansprakelijkheidsregime van § 64, lid 2, eerste volzin, GmbHG is duidelijk streng in die zin dat er geen beoordeling is van de rechtmatigheid van de betalingen en er in het Duitse recht niet enkel sprake is van insolventie in het geval van liquiditeitsproblemen, maar ook wanneer de vennootschap teveel schulden heeft in verhouding tot haar activa¹⁸⁵.

4.2 - Rechtsvragen

129. Een eerste vraag die het Hof moet beantwoorden, was of § 64, lid 2, eerste volzin, GmbHG kon gekwalificeerd worden als een insolventierechtelijke vordering in de zin van de oude Insolventie Verordening. Een bevestigend antwoord op deze vraag leidt tot de mogelijkheid voor de Duitse rechter om deze bepaling, die voortspuit uit een vennootschapswet, toe te passen op bestuurders van buitenlandse vennootschappen, indien deze hun COMI in Duitsland hebben. Het Duitse § 64, lid 2, eerste volzin, GmbHG is terug te vinden in de Duitse vennootschapswet, die in principe enkel op Duitse vennootschappen in de vorm van GmbH van toepassing is. Gezien de strengheid van de regel, lijkt een toepassing op buitenlandse vennootschappen verregaand. Toch lijkt het eindresultaat verdedigbaar in die zin dat wanneer een buitenlandse vennootschap haar COMI in een ander land heeft dan haar statutaire zetel, zij volledig onderworpen wordt aan het insolventierecht van dat ander land, ook al vindt een deel van dat recht zijn oorsprong in de vennootschapswet¹⁸⁶.

130. In een tweede vraag aan het Hof, vraagt het Bundesgerichtshof indien § 64, lid 2, eerste volzin, GmbHG als insolventierechtelijk kan worden gekwalificeerd, dit in strijd is met de regels omtrent vrijheid van vestiging.

¹⁸⁵ H., DE WULF, “Kornhaas: verduidelijking over de interferentie van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen met insolventierechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsregelingen”, TBH 2016, 438.

¹⁸⁶ H., DE WULF, “Kornhaas: verduidelijking over de interferentie van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen met insolventierechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsregelingen”, TBH 2016, 439-440.

4.3 - Behandeling van de rechtsvragen door het Hof

131. De eerste vraag of § 64, lid 2, eerste volzin, GmbHG als insolventierechtelijk kon worden gekwalificeerd, hoewel dit artikel terug te vinden is in wat formeel vennootschapswetgeving wordt genoemd, werd door het Hof positief beantwoord. In een eerdere zaak oordeelde het Hof reeds dat § 64, lid 2, eerste volzin, GmbHG als insolventierechtelijk dient gekwalificeerd te worden, met betrekking tot de bepaling van de internationale bevoegdheid van de rechter¹⁸⁷. Het Hof verantwoordt deze kwalificatie omdat de aansprakelijkheid afwijkt van de gemeen burgerlijk en handelsrecht, omwille van de staat van insolventie waarin de vennootschap zich bevindt¹⁸⁸. Daaruit besloot het Hof dat dergelijke vordering valt onder vorderingen die nauw verbonden zijn met de insolventieprocedure en vermijdt zo een lacune tussen de bevoegdheidsregelen van de toen geldende EEX Verordening en de Insolventie Verordening¹⁸⁹. Hoewel de redeneringen in het H-arrest betrekking hebben op de internationale bevoegdheid van de rechter, trekt het Hof deze gedachtenlijn door naar het domein van het toepasselijke recht en stelt dat § 64, lid 2, eerste volzin, GmbHG onder het toepassingsgebied van artikel 4, lid 1, van verordening nr. 1346/2000 valt¹⁹⁰. Hierbij vermeldt het Hof duidelijk dat op dergelijke vordering het recht mag worden toegepast van de rechter waar de insolventieprocedure is geopend (*lex fori concursus*)¹⁹¹. Hierbij lijkt het Hof ook groot belang te hechten aan het feit dat rechters zoveel mogelijk het eigen recht kunnen toepassen.

132. Hoewel het Hof ook andere, minder overtuigende argumenten hanteert, is de motivering in het algemeen rechtvaardigend om dergelijke vordering als insolventierechtelijke te kwalificeren¹⁹². Een nadeel aan deze rechtspraak is dat men per individueel geval zal moeten oordelen over het insolventierechtelijke dan wel vennootschapsrechtelijke karakter. Het Hof lijkt als algemene richtlijn het concept ‘met de insolventieprocedure nauw verbonden vorderingen’, zoals ontwikkeld in de arresten Gourdain/Nadler en Deko Marty, te hanteren om het insolventierechtelijke karakter vast te stellen. Dit zowel op het vlak van internationale bevoegdheid als op vlak van het toepasselijk recht. Toch biedt deze algemene richtlijn geen

¹⁸⁷ Zie overweging 26 van het H-arrest ; HvJ 4 december 2014, C-295/13, H. t. H.K., www.curia.europa.eu.

¹⁸⁸ Zie overweging 16 Kornhaas-arrest.

¹⁸⁹ HvJ 10 december 2015, , C-594/14, ECLI:EU:C:2015:806, INS 2015, 0358, noot A.L. JONKERS.

¹⁹⁰ De oude Insolventie Verordening, momenteel is dit artikel 7 Insolventie Verordening.

¹⁹¹ Ze overweging 17 Kornhaas.

¹⁹² Zie voor een bespreking H., DE WULF, “Kornhaas: verduidelijking over de interferentie van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen met insolventierechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsregelingen”, TBH 2016, 441.

sterke houvast. Zo wordt in mijn ogen correct geargumenteed dat vooraf het insolventierechtelijk karakter van § 64, lid 2, eerste volzin, GmbHG allesbehalve duidelijk was, ondanks het feit dat het Hof meermaals stelt dat de vordering wel een duidelijk insolventierechtelijk karakter heeft. Het betreft met name een vordering, terug te vinden in wat formeel als vennootschapsregulering wordt aangemerkt, die kan worden ingesteld buiten formele insolventie, waardoor dus het insolventierechtelijk karakter toch niet evident is¹⁹³.

133. Hoewel er in de toekomst potentieel nood is aan een interpretatie van het Hof van Justitie per probleemgeval, lijkt in ieder geval de plaats van de norm binnen het nationaal stelsel irrelevant bij de kwalificatie van het karakter ervan. Of een norm nu uit vennootschaps- of insolventieregelgeving afkomstig is, is irrelevant voor de vraag of de norm onder het toepassingsgebied van de *lex societatis*, dan wel de *lex concursus* valt.

134. De tweede vraag betrof de vraag naar compatibiliteit met de regels van vrijheid van vestiging. De consequenties van de rechtspraak zijn potentieel enorm en het is ook in die zin dat naar mijn mening deze rechtspraak verkeerd begrepen wordt. De ontwikkeling van de rechtspraak omtrent de vrijheid van vestiging is zeer belangrijk in dit aspect, maar een te uitgebreide behandeling valt buiten het toepassingsgebied van deze masterproef¹⁹⁴.

In de argumentering brengt het Hof in herinnering dat het miskennen van rechtsbevoegdheid van een in een andere lidstaat rechtmatige opgerichte vennootschap een schending is van de vrijheid van vestiging. De aansprakelijkheid gekoppeld aan nationale bepalingen betreffende minimumkapitaal, kunnen ook strijdig zijn met de vrijheid van vestiging¹⁹⁵. Het Hof gaat verder met te stellen dat § 64, lid 2, eerste volzin, GmbHG geen van dergelijke normen betreft en dat deze geen betrekking heeft op de oprichting van een vennootschap, noch op de latere vestiging ervan. Het Hof besluit dan ook dat de toepassing van een nationale bepaling zoals § 64, lid 2, eerste volzin, GmbHG de vrijheid van vestiging niet aantast. Omtrent deze uitspraak van het Hof bestaan er meerdere, uiteenlopende opvattingen.

135. De opvatting, die in mijn ogen te kort door de bocht is, stelt dat geen enkele regel van het insolventierecht moet worden getoetst aan de regels van de vrijheid van vestiging. Hierdoor

¹⁹³ HvJ 10 december 2015, C-594/14, ECLI:EU:C:2015:806, INS 2015, 0358, noot A.L. JONKERS.

¹⁹⁴ Voor een gedetailleerde bespreking van de rechtspraak omtrent de vrijheid van vestiging, zie : H., DE WULF, “Grensoverschrijdende zetelverplaatsingen en vrijheid van vestiging voor vennoot schappen in de EU: wat kan en wat kan nog niet na de recentste arresten van het Hof van Justitie?”, in DE BROE, L., FALCONIS, J., WYCKAERT, M., “Corporate Mobility in België en Europa”, Antwerpen, Intersentia, 2014, 11-46.

¹⁹⁵ Het Hof verwijst hier naar de Uberseering- en de Inspire Art-rechtspraak. Zie overweging 23 en 24.

zouden staten strenge regelgeving kunnen opdringen aan buitenlandse vennootschappen, door het loutere feit de normen op te nemen in wat formeel als insolventiewetgeving wordt aanzien. Hierbij zou de *lex concursus* kunnen dienen als een ‘safe harbour’¹⁹⁶. Dit kan geenszins het beoogde doel van het Hof geweest zijn. Iedere norm kan worden getoetst aan de vrijheid van vestiging, ongeacht deze behoort tot de *lex concursus* dan wel *lex societatis*¹⁹⁷. Het enige relevante criterium dat het Hof naar voor schuift, is dat de regels een impact moeten hebben op de oprichting of op de latere vestiging van de vennootschap. Indien normen louter de activiteit van een vennootschap raken, zullen deze niet onderworpen worden aan de compatibiliteitstest. Het is ongetwijfeld waar dat de normen in *lex concursus* meer betrekking hebben op de activiteiten van de vennootschap, maar het is fout te stellen dat geen enkele norm uit het insolventierecht dient te worden onderworpen aan de test¹⁹⁸.

136. De Kornhaas-rechtspraak wordt vaak vergeleken met de Inspire Art-rechtspraak¹⁹⁹. Hierbij wordt tussen de twee zaken een onderscheid gemaakt op basis van *ratione materiae*. In de Inspire Art-zaak oordeelde het Hof dat de aansprakelijkheid gekoppeld aan het naleven van de minimumkapitaalnormen de vrijheid van vestiging aantastte, aangezien het een impact had op de oprichting of de latere vestiging van de vennootschap. Maar in de Kornhaas-rechtspraak stelt het Hof dat de aansprakelijkheid voor het falen van aangifte van faillissement de vrijheid van vestiging niet aantast, daar het geen betrekking heeft op de oprichting of de latere vestiging van de vennootschap. Dit onderscheid vertoont veel gelijkenissen met de uitzondering die het Hof maakte in de rechtspraak omtrent de vrijheid van goederen, de zogenaamde *Keck*-uitsluiting²⁰⁰. In die rechtspraak stelt het Hof dat enkel normen betreffende de goederen zelf de vrijheid van goederen raken, in tegenstelling tot bijvoorbeeld normen die louter betrekking hebben op de wijze van verkoop van de goederen. Een bepaalde categorie van normen worden dus uitgesloten van de regels omtrent vrijheid van goederen. Het kan geargumenteed worden dat het Hof dergelijke ingreep ook toepast in de Kornhaas-zaak. Toch is dit niet zonder kritiek. Zo wordt er geargumenteed dat enige vorm van bestuurdersaansprakelijkheid, of het nu betrekking heeft op de oprichting van de vennootschap of haar activiteiten, een impact kan

¹⁹⁶ HvJ 10 december 2015, C-594/14, ECLI:EU:C:2015:806, INS 2015, 0358, noot A.L. JONKERS.

¹⁹⁷ H., DE WULF, “Kornhaas: verduidelijking over de interferentie van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen met insolventierechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsregelingen”, TBH 2016, 443.

¹⁹⁸ H., DE WULF, “Kornhaas: verduidelijking over de interferentie van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen met insolventierechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsregelingen”, TBH 2016, 443.

¹⁹⁹ Zie HvJ 30 september 2003, C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam t. Inspire Art Ltd, www.curia.europa.eu.

²⁰⁰ Zie hiervoor HvJ 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, B. Keek t. D. Mithouard, www.curia.europa.eu.

hebben op de beslissing waar de vennootschap zal incorporeren²⁰¹. Het loutere feit dat de aansprakelijkheid geen formele betrekking heeft op de vestiging van de vennootschap, wil niet zeggen dat deze de vrijheid van vestiging niet aantast. Zo kan het geargumenteed worden dat indien de aansprakelijkheid van § 64, lid 2, eerste volzin, GmbHG mevrouw Kornhaas afschrikte om te incorporeren in Engeland en Wales, terwijl de activiteiten zich in Duitsland bevonden, er toch een aantasting is van de vrijheid van vestiging.

137. Toch is de parallel tussen Kornhaas-zaak en de Keck-zaak niet zonder grenzen²⁰². Zo is de situatie van goederen en van vennootschappen niet dezelfde. Goederen kunnen zonder veel tegenspraak onderworpen worden aan lokale regels, zoals bijvoorbeeld verdere doorverkoop, na de import ervan. Vennootschappen daarentegen kunnen wel twijfelen of zij na de vestiging in een ander land dan het land van origine, zich moeten gedragen volgens de regels van dat nieuwe land, dan wel de regels van het land van origine.

138. Toch is het duidelijk dat het Hof een onderscheid maakt tussen normen die de vrijheid van vestiging raken en normen die dat niet doen, waarbij deze laatsten niet aan de volle proportionaliteitstoets moeten worden onderworpen, maar slechts moet worden nagegaan of deze niet discriminerend worden toegepast²⁰³. Verder argumenteert DE WULF dat er niet veel moet gezocht worden achter de verwijzing naar de Überseering- en Inspire Art-rechtspraak. Het Hof verwijst hier louter naar omwille van het feit dat het Bundesgerichtshof in haar prejudiciële vragen zelf naar die rechtspraak verwijst²⁰⁴. Het Hof stelt louter dat § 64, lid 2, eerste volzin, GmbHG geen betrekking heeft op de vestiging van de vennootschap, maar zegt niets over hoe de vestiging moet geïnterpreteerd worden.

4.4 - Conclusie

139. De oproep tot *insolventification*, het opnemen van regels in wat formeel als insolventiewetgeving wordt aangeduid, moet dus genuanceerd worden. Het loutere feit dat een

²⁰¹ G., LINDEMANS, “The Walls Have Fallen, Run for the Keep: Insolvency Law as the New Company Law for Third Parties”, *European Review of Private Law* (volume 24), 2016, Issue 5, 888.

²⁰² H., DE WULF, “Kornhaas: verduidelijking over de interferentie van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen met insolventierechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsregelingen”, TBH 2016, 444

²⁰³ H., DE WULF, “Kornhaas: verduidelijking over de interferentie van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen met insolventierechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsregelingen”, TBH 2016, 444

²⁰⁴ H., DE WULF, “Kornhaas: verduidelijking over de interferentie van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen met insolventierechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsregelingen”, TBH 2016, 445

norm tot insolventieregulering behoort, betekent niet dat deze geen impact heeft op de vrijheid van vestiging. Een onderscheid moet gemaakt worden tussen de normen die betrekking hebben op de vestiging van de vennootschap en normen die louter betrekking hebben op de activiteiten van de vennootschap. Hoewel het correct is te stellen dat de *lex concursus* in grote mate louter betrekking heeft op de activiteiten van de vennootschap, is het fout te stellen dat de *lex concursus* een *safe harbour* is voor de regels omtrent de vrijheid van vestiging. In de verdere verfijning van het onderscheid tussen de categorieën is het essentieel dat men een evenwicht vindt in de noodzaak schuldeisers te beschermen en de rechtszekerheid van bestuurders²⁰⁵. Het dient wel opgemerkt te worden dat vele landen overgaan tot de zogenaamde *insolvencification*, hoewel de Kornhaasrechtspraak hiertoe dus geen verplichting oplegt. Zo wordt bijvoorbeeld in België de gelijkaardige *wrongful trading*-bepaling van artikel 530 van de huidige vennootschapswet opgeheven en opgenomen in boek XX, artikel 229 van de nieuwe insolventiewetgeving, die terug te vinden is in het wetboek economisch recht²⁰⁶.

Afdeling 5- Toepassingen

5.1 - Indienen faillissement en daaraan gekoppelde aansprakelijkheid

140. De plicht tot aangifte van het faillissement is in België vervat in de Faillissementswet²⁰⁷, daar waar de aansprakelijkheid voor het uitlaten van dergelijke aangifte niet geregeld wordt in dezelfde wet. Laattijdige aangifte wordt enkel bestraft als de bestuurder wist of behoorde te weten dat de vennootschap failliet was. Het gedrag van de bestuurder wordt getoetst aan de algemene zorgvuldigheidsnorm²⁰⁸. Het is echter inherent aan de taak van de bestuurder de financiële toestand van de vennootschap te kennen. Bijgevolg zal het moeilijk zijn voor de bestuurder te ontsnappen aan een aansprakelijkheidsvordering in geval van laattijdige aangifte. Daarnaast speelt de plicht tot aangifte een grote rol in de opening van de insolventieprocedure en streeft het bijgevolg een insolventierechtelijk doel na. Het is daarom een logisch gevolg dat

²⁰⁵ H., DE WULF, “Kornhaas: verduidelijking over de interferentie van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen met insolventierechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsregelingen”, TBH 2016, 447-448

²⁰⁶ Wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen”, in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XX, en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht, Parl.St. Kamer, 20 april 2017, nr. 2407/001, 313.

²⁰⁷ Zie artikel 9 van de Faillissementswet.

²⁰⁸ M., WYCKAERT, F., PARREIN, “Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid?” in K. GEENS (ed.), Vennootschaps- en financieel recht. Themis, Brugge, die Keure, 2011, 26.

de plicht tot aangifte van het faillissement als insolventierechtelijk gekwalificeerd wordt en de *lex concursus* van toepassing is.

141. De kwalificatie van de daaraan gekoppelde aansprakelijkheid ligt minder voor de hand. Er wordt geargumenteed dat de aansprakelijkheid behoort tot de *lex societatis*, indien de plicht tot aangifte vaak vervat ligt in een formele vennootschapswet²⁰⁹. Er is echter reeds aangetoond dat de plaats in de nationale wetgeving niet determinerend is voor de kwalificatie van de norm. Anderen stellen dat de aansprakelijkheid behoort tot de *lex concursus* om consequent te blijven met de kwalificatie van de plicht²¹⁰. Aangezien de plicht tot aangifte een essentieel insolventierechtelijk doel nastreeft, lijkt het logisch ook de aansprakelijkheid als insolventierechtelijk te kwalificeren²¹¹.

142. Een andere mogelijkheid is om de aansprakelijkheid aan de *lex loci delicti* te onderwerpen, indien de aansprakelijkheid geldt als schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm en niet als schending van een specifieke insolventierechtelijke plicht. Hoewel de aansprakelijkheid in België volgens de algemene zorgvuldigheidsplicht wordt beoordeeld, is deze toch gekoppeld aan een specifieke insolventierechtelijke plicht, waardoor toepassing van de *lex concursus* het meest aangewezen lijkt. Zo onderwerpt men zowel de plicht als haar gevolgen aan dezelfde *lex*²¹². Dit krijgt evenwel kritiek in de Duitse rechtsleer en wordt bestempeld als te oppervlakkig²¹³. Toch lijkt er veel te zeggen voor het feit dat zowel de plicht als de aansprakelijkheid aangeduid worden door hetzelfde recht. Dit werd ook geargumenteed in de vorige hoofdstukken van deze uiteenzetting. De onderwerping aan hetzelfde recht verhoogt namelijk de voorspelbaarheid en rechtszekerheid.

143. Een ander criterium dat kan dienen om het onderscheid tussen de *lex loci delicti* en de *lex concursus* te maken, is de bevoegdheid van de curator of van individuele schadelijders om

²⁰⁹ K., PANNEN, (ed.), “European Insolvency Regulation”, Berlijn, De Gruyter, 2007, 237.

²¹⁰ H., DE WULF, L., VAN DEN STEEN, “Enkele IPR-problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen *lex concursus* en *lex societatis*, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS”, in ERAUW, J. en TAELEMAN, P. (eds.), “Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal”, XXXVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2009, 452.

²¹¹ M., VIRGOS, F., GARCIMARTIN, “The European Insolvency Regulation: Law and Practice”, Den Haag, Kluwer Law International, 2004, 82.

²¹² H., DE WULF, L., VAN DEN STEEN, “Enkele IPR-problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen *lex concursus* en *lex societatis*, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS”, in ERAUW, J. en TAELEMAN, P. (eds.), “Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal”, XXXVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2009, 453.

²¹³ K., PANNEN, (ed.), “European Insolvency Regulation”, Berlijn, De Gruyter, 2007, 238.

de rechtsvordering in te stellen²¹⁴. Wanneer het een vordering met betrekking tot collectieve schade betreft, waarbij de schade gemeen is aan de boedel, is de curator in principe bevoegd. De reden hiervoor is dat zo de rechtsvorderingen in het kader van de insolventieprocedure gekanaliseerd worden bij één persoon²¹⁵. Het lijkt dan ook logisch dat indien de curator de vordering instelt dit een duidelijk insolventierechtelijk doel nastreeft en bijgevolg de vordering beheerst wordt door de *lex concursus*. Daartegenover staat dat wanneer de vordering individuele schade betreft, de schadelijder individueel een vordering kan instellen. Het lijkt dan aangewezen dergelijke vordering te laten beheersen volgens de *lex loci delicti* omdat de band met de insolventie meer op de achtergrond komt.

144. In België wordt de aansprakelijkheid gekoppeld aan een laattijdige aangifte van faillissement doorgaans als insolventierechtelijk gekwalificeerd.

5.2 - Wrongful Trading

145. De aansprakelijkheid in België, gevat door artikel 530 van het wetboek van vennootschappen, lijkt op, maar verschilt van de *wrongful trading*-bepalingen van bijvoorbeeld het Engelse recht. De artikel 530-aansprakelijkheid vat iedere zware fout van de bestuurders die bijdragen tot het faillissement, daar waar de *wrongful trading*-bepalingen specifiek toepasselijk zijn op het verder zetten van een reddeloze onderneming. België kent geen specifieke regels omtrent *wrongful trading* op dit moment, waardoor dergelijke aansprakelijkheid vaak gelinkt wordt aan artikel 530 van het wetboek van vennootschappen.

146. De bepaling stelt dat de bestuurder aansprakelijk is voor het geheel of een deel van de schulden van de vennootschap tot het beloop van het tekort, indien een door de bestuurder begane kennelijk grove fout heeft bijgedragen tot het faillissement van de vennootschap. Het meest gehanteerde voorbeeld is de situatie waarin de bestuurder de deficitaire onderneming voortzet, wanneer er geen redelijke kansen op herstel zijn (wat sterk lijkt op *wrongful trading*). De toepassing van artikel 530 vereist dus dat ten tijde van het handelen van de bestuurder, de

²¹⁴ H., DE WULF, L., VAN DEN STEEN, “Enkele IPR-problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen *lex concursus* en *lex societatis*, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS”, in ERAUW, J. en TAELEMAN, P. (eds.), “Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal”, XXXVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2009, 452.

²¹⁵ Het lijkt veel efficiënter om alle vorderingen betreffende collectieve schade via de curator te laten verlopen, dan wanneer iedere schuldeiser individueel een vordering instelt, voor schade die veel gelijkenissen heeft met de schade van andere schuldeisers.

vennootschap nog niet failliet was. Indien er al een effectief faillissement was, dragen de verdere acties van de bestuurder niet bij tot het faillissement.

147. De toepassing van artikel 530 W.Venn. vindt dus plaats op moment dat de vennootschap in kwestie reeds geconfronteerd wordt met insolventie. Op dat moment vinden schuldeisers niet genoeg actief in de vennootschap, waardoor ze verhaal proberen halen op anderen, *in casu* de bestuurders. Om artikel 530 W.Venn. te kunnen toepassen is het noodzakelijk dat de vennootschap in staat van faillissement is. Het lijkt dan ook logisch de vorderingen te kwalificeren als insolventierechtelijk wanneer er reeds een insolventieprocedure geopend is en de vorderingen bijdragen tot vergoeding van de schuldeisers. Verder is de aanwezigheid van het faillissement dus een absolute voorwaarde om een vordering op basis van artikel 530 W.Venn. te kunnen instellen. Men ging ook uit van de idee dat de bevoegdheid voor dergelijke vorderingen slechts bij de curator lag, waardoor de band met de *lex concursus* nog versterkt wordt. Daarom lijkt het aannemelijk om de vordering op basis van artikel 530 W.Venn. als insolventierechtelijk te kwalificeren. Toch is de bevoegdheid gewijzigd en kan iedere individuele schuldeiser dergelijke vordering instellen volgens het Belgisch Faillissementsrecht²¹⁶. Daar dergelijke vordering enkel strekt tot voldoening van de individuele schuldeiser en niet ten goede komt aan de boedel, lijkt de band met de *lex concursus* meer op de achtergrond te komen.

148. In België wordt toch algemeen aanvaard dat de artikel 530-aansprakelijkheid beheerst wordt door de *lex concursus*, zoals dat ook bevestigd wordt in de voorbereidende werken van het Wetboek Internationaal Privaatrecht²¹⁷. Er wordt namelijk gesteld dat “de verzwaarde aansprakelijkheid in geval van faillissement ... wordt vastgesteld volgens het gemeen recht en andere bepalingen van het wetboek”, waardoor men bevestigt dat de artikel 530-aansprakelijkheid niet onder de *lex societatis* valt. Hoewel de *lex societatis* geschikt is om aan de bestuurder één bundel van rechten en plichten te geven, wordt er meer belang gehecht aan de rechten en de verwachtingen van schadelijders²¹⁸. De noodzaak van een voorliggende

²¹⁶ M., WYCKAERT, F., PARREIN, “Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid?” in K. GEENS (ed.), *Vennootschaps- en financieel recht*. Themis, Brugge, die Keure, 2011, 17-18.

²¹⁷ Wetsontwerp houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, Parl.St. Senaat 2003-04, nr. 3/27-7, 205-206.

²¹⁸ H., DE WULF, L., VAN DEN STEEN, “Enkele IPR-problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen *lex concursus* en *lex societatis*, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS”, in ERAUW, J. en TAELEMAN, P. (eds.), “Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal”, XXXVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2009, 452.

insolventie om de artikel 530-aansprakelijkheid te kunnen instellen, lijkt een grote reden voor de kwalificatie als insolventierechtelijk.

Ook in de Duitse rechtsleer wordt bijvoorbeeld het verbod tot verrichtingen van betalingen hoofdzakelijk aanzien als insolventierechtelijk net omdat de insolventie van de vennootschap een voorwaarde is voor de toepassing van de norm²¹⁹.

149. De aansprakelijkheid van artikel 530 W.Venn. moet worden beschouwd als een *culpa in contrahendo* en dus als onrechtmatige daad. De schade die uit deze onrechtmatige daad voortvloeit dient volgens DE WULF als collectieve schade te worden gekwalificeerd, daar er een stijging is van het passief van de gefailleerde²²⁰. Voor dergelijke schade zou louter de curator bevoegd zijn. Er werd echter reeds gesteld dat artikel 530 W.Venn. toch voorziet in de uitdrukkelijke bevoegdheid om een rechtsvordering in te stellen voor iedere schuldeiser afzonderlijk²²¹. De wet stipuleert verder dat wanneer een individuele schuldeiser dergelijke vordering instelt, het door de rechter toegekende bedrag louter aan die schuldeiser toekomt. Bijgevolg komt bij het instellen van de vordering door de individuele schuldeiser, de insolventierechtelijke idee van gelijkheid van schuldeisers, meer op de achtergrond. Daarom lijkt ingeval van de individuele vordering, de toepassing van de *lex loci delicti* meer aangewezen. In de toepassing van de *lex loci delicti* wordt veel aandacht besteed aan de plaats waar de schade zich voordoet. Het loutere argument dat de *lex loci delicti* en de *lex concursus* vaak samenvallen, is geen afdoend argument. Het is namelijk reeds aangetoond dat de schade zich vaak bevindt buiten de COMI-staat, daar de activiteiten van een vennootschap zich niet noodzakelijk bevinden in de COMI-staat.

150. Hoewel dus in het algemeen aanvaard wordt dat de artikel 530-aansprakelijkheid ressorteert onder de *lex concursus*, valt er in het geval van het instellen van de vordering door een individuele schadelijder, veel te zeggen voor de toepassing van de *lex loci delicti*. Toch lijkt het best de vraag naar wie bevoegd is te laten beantwoorden door de *lex concursus*, met oog op een ordentelijke afhandeling van de insolventieprocedure. Inhoudelijke aspecten van de vordering kunnen dan behandeld worden door de *lex loci delicti*.

²¹⁹ K., PANNEN, (ed.), "European Insolvency Regulation", Berlijn, De Gruyter, 2007, 239.

²²⁰ De argumentatie wordt gesteund door een relatief oud cassatie-arrest. Zie : H., DE WULF, L., VAN DEN STEEN, "Enkele IPR-problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen *lex concursus* en *lex societatis*, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS", in ERAUW, J. en Taelman, P. (eds.), "Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal", XXXVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2009, 453.

²²¹ Zie artikel 530, §1, lid 2 W.Venn.

151. Zowel de toepassing van de *lex loci delicti* als de *lex concursus* lijken dus een mogelijkheid, waardoor er verwarring kan ontstaan, daar beide *leges* niet noodzakelijk naar hetzelfde rechtstelsel leiden. Het onderscheid tussen de verschillende *leges* is zeker geen academische oefening, in die zin dat nationale rechtssystemen vaak verregaande inhoudelijke verschillen kennen. Zo wordt bijvoorbeeld in de rechtsleer het Verenigd Koninkrijk als populair insolventieforum genoemd, omwille van verschillende redenen^{222,223}.

Met oog op de toekomstige Belgische insolventiewet is het belangrijk te wijzen op enkele (nieuwe) artikelen²²⁴. Artikel XX.230 voert nu expliciet een wettelijke basis in voor *wrongful trading*-vorderingen, waarbij dus het onderscheid met de aansprakelijkheid op basis van artikel 530 W.Venn. duidelijker wordt. Artikel XX.231 stelt uitdrukkelijk dat voorgaande vorderingen, waaronder de oude artikel 530 W.Venn. en de nieuwe bepaling omtrent *wrongful trading* uitsluitend als insolventierechtelijk dienen gekwalificeerd te worden. Zelfs indien de vordering wordt ingesteld door een individuele schuldeiser zal deze dus als insolventierechtelijk gekwalificeerd worden.

5.3 - Diskwalificatie

152. De problematiek van de diskwalificatie van bestuurders (ook wel het beroepsverbod genoemd) wordt in België geregeld bij Koninklijk Besluit²²⁵. In het algemeen regelt de *lex concursus* het regime van de sancties gekoppeld aan de insolventie. Het beroepsverbod, dat bestuurders kunnen opgelegd krijgen, verschilt hier echter van²²⁶. De diskwalificatie kan enerzijds aanzien worden als een sanctie gekoppeld aan de insolventie. Dat het beroepsverbod ressorteert onder de *lex concursus* kan verantwoord worden door het feit dat de Insolventie Verordening stelt dat het beroepsverbod op dezelfde wijze moet erkend worden als de

²²² K., MARESCEAU, “De Europese markt voor vennootschapsrecht: een (her)evaluatie van het vennootschapsrechtelijke harmonisatieprogramma”, TPR 2015, 572 ev.

²²³ M., WYCKAERT, F., PARREIN, “Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid?”, in GEENS, K., Vennootschaps- en financieel recht. Themis, Brugge, die Keure, 2011, 21 en de daar gehanteerde verwijzingen.

²²⁴ Zie Wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen”, in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XX, en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht, Parl.St. Kamer, 20 april 2017, nr. 2407/001, 896.

²²⁵ KB nr. 22 van 24 oktober 1934 betreffende het rechterlijk verbod aan bepaalde veroordeelden en gefailleerden om bepaalde ambten, beroepen of werkzaamheden uit te oefenen, BS 27 oktober 1934, 5768.

²²⁶ M., VIRGOS, F., GARCIMARTIN, “The European Insolvency Regulation: Law and Practice”, Den Haag, Kluwer Law International, 2004, 82-83.

insolventieprocedure²²⁷. De diskwalificatie kan anderzijds aanzien worden als een maatregel ter bescherming van het publiek. Aan de hand van de uitsluiting van sommige personen wordt een hogere en betere standaard nagestreefd in de ondernemingswereld. Aangezien het hier doorslaggevend is wie al dan niet bestuurder kan worden, lijkt het logischer dat het toepasselijk recht wordt aangeduid door de *lex societatis*. Indien dus de bestuurder gediskwalificeerd wordt ten gevolge de fouten die hij of zij pleegde in het kader van het faillissement, lijkt de toepassing van de *lex concursus* het meest aangewezen. De sanctie van de diskwalificatie kent namelijk sterke banden met de insolventie. Indien de problematiek van de diskwalificatie naar boven komt, zonder dat het een sanctie van een faillissement is, lijkt de *lex concursus* niet aangewezen. De diskwalificatie streeft in dit geval de bescherming van het publiek na, waardoor de band met de *lex concursus* op de achtergrond komt. In dergelijke gevallen lijkt de toepassing van de *lex societatis* meer aangewezen.

153. Het is noodzakelijk dat er een band bestaat tussen de vennootschap van de bestuurder en het land waar de diskwalificatie wordt uitgesproken²²⁸. Verder kennen de regels omtrent de diskwalificatie geen Europese basis. De oplegging van een beroepsverbod in één land verhindert niet noodzakelijk de aanstelling van de bestuurder in een ander land. Lidstaten kunnen moeilijkheden ondervinden om hun nationale regels op te leggen aan gediskwalificeerde bestuurders die aangesteld worden door een buitenlandse vennootschap, zelfs al is deze actief binnen het grondgebied van die lidstaat²²⁹. Zo kunnen bestuurders door de mazen van het net glippen, door te pogen te voldoen aan een voldoende nauwe band met een ander land voor de insolventieprocedure opent. Daartegenover staat enerzijds dat het BGH heeft geoordeeld dat de weigering een bijkantoor van een Britse Limited in Duitsland in te schrijven niet strijdig was met de vrijheid van vestiging, aangezien de bestuurder een beroepsverbod had opgelegd gekregen²³⁰.

154. Hoewel er geargumenteed wordt dat er een voldoende band moet bestaan tussen de vennootschap van de bestuurder en het land waar de diskwalificatie wordt uitgesproken,

²²⁷ Zie artikel 19 en volgende van de Insolventie Verordening.

²²⁸ C., GERNER-BEUERLE, P., PEACH, E.P., SCHUSTER, “Study on Directors’ Duties and Liability”, London, London School of Economics, 2013, 242, <http://ec.europa.eu>.

²²⁹ C., GERNER-BEUERLE, P., PEACH, E.P., SCHUSTER, “Study on Directors’ Duties and Liability”, London, London School of Economics, 2013, 242, <http://ec.europa.eu>.

²³⁰ H., DE WULF, L., VAN DEN STEEN, “Enkele IPR-problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen *lex concursus* en *lex societatis*, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS”, in ERAUW, J. en TAELEMAN, P. (eds.), “Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal”, XXXVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2009, 455.

verhindert dit de Britse rechtspraak niet hun bevoegdheid ruim te interpreteren²³¹. De Britse rechtspraak oordeelt namelijk dat er een voldoende nauwe band is indien de vennootschap kan ontbonden worden volgens de Britse Insolvency Act²³². Gezien de vaak al te gemakkelijke aanvaarding van de bevoegdheid inzake insolventieprocedures, dient men er dus van de op de hoogte te zijn dat men sneller onder de Britse regels valt dan gedacht.

Afdeling 6 – Evaluatie

155. Uit bovenstaande uiteenzetting blijkt dat van zodra er voldoende nauwe banden zijn met de insolventie, het wenselijk is om de aangelegenheden als insolventierechtelijk te kwalificeren. Dit is ook de weg die het Hof van Justitie in zijn rechtspraak bewandelt. Toch kunnen er vragen gesteld worden bij de concrete toepassing van de *lex concursus*.

156. Met de creatie van de insolventieverordening streefde de Europese wetgever drie basisdoelstellingen na. Deze zijn met name (1) rechtszekerheid voorzien in grensoverschrijdende insolventieaangelegenheden, (2) efficiëntie van de insolventieprocedure bevorderen, (3) het verwijderen van ongelijkheden²³³. Uit het volgende kan worden besloten dat de wetgever niet altijd haar doelstellingen bereikt.

157. De Europese wetgever wou meer rechtszekerheid creëren door enerzijds bevoegdheidsconflicten tussen de verschillende lidstaten weg te werken en de voorspelbaarheid verhogen omtrent de bevoegde rechter en het toepasselijke recht. Er werd echter aangetoond dat rechters vaak al te snel de feiten zo beoordelen dat ze kunnen besluiten tot de eigen bevoegdheid. Aangezien het COMI-begrip een feitelijk gestuurd gegeven is, hebben rechters de nodige appreciatiemarge om deze beoordeling op dergelijke wijze te maken²³⁴. Omwille van deze realiteit gaan ondernemingen aan *forum shopping* doen, waardoor de voorspelbaarheid van de bevoegde rechter en het toepasselijke recht in het gedrang komt. De wetgever probeerde in de nieuwe insolventieverordening *forum shopping* tegen te gaan door het vermoeden dat het

²³¹ I., FLETCHER, “Insolvency in private international law”, Oxford, Oxford University Press, 2de editie, 2005, 153 ev.

²³² H., DE WULF, L., VAN DEN STEEN, “Enkele IPR-problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen *lex concursus* en *lex societatis*, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS”, in ERAUW, J. en TAELEMAN, P. (eds.), “Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal”, XXXVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2009, 455.

²³³ M., VIRGOS, F., GARCIMARTIN, “The European Insolvency Regulation: Law and Practice”, Den Haag, Kluwer Law International, 2004, 7

²³⁴ K., MARESCEAU, M., TISON, “Vragen rond de aanknopingspunten in de Europese Insolventieverordening”, in “Juristes sans frontières? Juristen zonder grenzen?” Brussel, Bruylant, 2013. 18

COMI zich bevindt op de plaats van de statutaire zetel.²³⁵ Dit heeft opnieuw weinig effect omdat enerzijds rechters de weerlegging van dit vermoeden vaak al te graag aanvaarden en anderzijds vennootschappen vaak hun COMI verleggen op andere manieren.

158. Het verschil in de aanknopingsfactoren tussen enerzijds het vennootschapsrecht en anderzijds het insolventierecht, gepaard met de moeilijke afbakening, werken vanzelfsprekend ook rechtsonzekerheid in de hand. Het verschil in de benaderingen met betrekking tot de beide rechtstakken, leidt ertoe dat vennootschappen tussen de mazen van het net glippen. Zij zullen met andere woorden proberen om onder de meest voordelige rechtsstelsels te vallen²³⁶. Dit wordt *cherry picking* genoemd.

159. Het bereiken van efficiëntie aan de hand van het samenbrengen van zowel procedurele als materiële regels, moet ook sterk genuanceerd worden. Het kan potentieel efficiënt zijn voor de rechter die de procedure behandelt om de zaak te beoordelen volgens een recht waarmee deze bekend is. Maar vaak worden partijen geconfronteerd met een recht waarmee zij niet bekend zijn. Hierbij stel ik mij dan toch de vraag of het niet beter zou zijn het recht waarmee de partijen bekend zijn toe te passen, in plaats van het recht waarmee de rechter bekend is. Het zijn immers de partijen wiens belangen op het spel staan. Verder zijn er ook praktische problemen bij de hantering van het COMI-begrip en de realiteit van de beoordeling ervan. Vaak worden zowel schuldeisers als de vennootschap en haar bestuurders geconfronteerd met de vaststelling van het COMI in een totaal ander land waar deze gevestigd is. Hierdoor ontstaan praktische problemen waaronder de verplaatsing, het onbekend zijn met het vreemde recht, taalproblemen, etc. In mijn ogen wordt efficiëntie niet bereikt door louter naar de kant van de rechter te kijken in de procedure.

160. Een laatste doelstelling van de wetgever was het wegwerken van nationale verschillen aan de hand van een Europese harmonisatie. Hierbij kan onmiddellijk opgemerkt worden dat de wetgever louter de IPR-regels harmoniseerde en niet de inhoudelijke materiële regels. Er zijn wel degelijk nationale verschillen op het vlak van materiële regels, waardoor de plaats waar men de procedure aanvangt een enorme impact heeft²³⁷.

²³⁵ Zie artikel 3, lid 2 Insolventie Verordening

²³⁶ K., MARESCEAU, M., TISON, “Vragen rond de aanknopingspunten in de Europese Insolventieverordening”, in “Juristes sans frontières? Juristen zonder grenzen?” Brussel, Bruylant, 2013. 23

²³⁷ K., MARESCEAU, M., TISON, “Vragen rond de aanknopingspunten in de Europese Insolventieverordening”, in “Juristes sans frontières? Juristen zonder grenzen?” Brussel, Bruylant, 2013. 15

161. De Insolventie Verordening en de hantering van het COMI-begrip lijken dus niet te slagen in hun opzet. Meer nog, het COMI-begrip werkt vaak net het tegenovergestelde resultaat in de hand. Rechtsonzekerheid is inherent aan het feitelijke karakter van het COMI-begrip. Is het dan niet aangewezen af te stappen van dit begrip en over te schakelen op iets wat beter de belangen van de vennootschappen en de schuldeisers dient?

Afdeling 7 – Mogelijke oplossingen

162. In het kader van de aansprakelijkheid in nabijheid van insolventie, ligt het grote knelpunt dus op vlak van de rechtszekerheid. Rechtsonderhorigen kunnen niet voorspellen welke regels ze moeten naleven en worden potentieel aansprakelijk gesteld voor het niet nakomen van verplichtingen waarvan ze niet wisten dat ze deze moesten naleven. Een oplossing voor dergelijke situatie moet dus resulteren in het wegwerken van deze rechtsonzekerheid.

163. Een eerste oplossing zou kunnen bestaan in de harmonisering van de toepasselijke materiële normen. Iedere lidstaat onderwerpen aan dezelfde materiële regels, heeft tot gevolg dat de voorspelbaarheid absoluut is. Maar gezien de politieke haalbaarheid lijkt dit een utopische oplossing. Daartegenover lijkt een uniforme Europese kwalificatie, op basis van functionele gelijkheid tussen rechtsfiguren, een meer haalbare oplossing²³⁸. Dit betekent dat voor alle aangelegenheden, die functioneel gelijkwaardig zijn, een uniforme kwalificatie moet gehanteerd worden. Zo zullen bijvoorbeeld Belgische regels omtrent aangifte van het faillissement dezelfde kwalificatie moeten krijgen als het equivalent in het Duitse recht. Dit zou ervoor zorgen dat nationale verschillen in kwalificatie niet meer bestaan. Dat zou enorm bevorderend zijn voor de rechtszekerheid. Maar het vinden van functionele gelijkaardige rechtsfiguren is zeer moeilijk, gezien de onderlinge verwevenheid met andere rechtsfiguren en andere rechtstakken²³⁹.

164. Een andere oplossing waar men aan kan denken is het strenger beperken van de rechterlijke vrijheid bij het beoordelen van het COMI-concept, zoals dat bedoeld was in de

²³⁸ C., GERNER-BEUERLE, E.P., SCHUSTER, “The Costs of Separation: Friction between Company and Insolvency Law in the Single Market”, te vinden op https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2310783, 41.

²³⁹ C., GERNER-BEUERLE, E.P., SCHUSTER, “The Costs of Separation: Friction between Company and Insolvency Law in the Single Market”, te vinden op https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2310783, 41.

Eurofood-rechtspraak van het Hof van Justitie. De rechter zou slechts mogen afwijken van het vermoeden dat het COMI ligt op de plaats van de statutaire zetel indien aan de hand van objectieve, voor derden verifieerbare factoren kan worden aangetoond dat de werkelijke situatie verschilt van diegene de aanknopingsfactor bij de statutaire zetel wordt geacht te weerspiegelen²⁴⁰. Indien rechters dit vermoeden strenger hanteren en zich dus meer vastklampen aan de statutaire zetel, ontstaat er meer rechtszekerheid met betrekking tot welke rechter bevoegd is en welk recht toepasselijk is.

165. In lijn met de voorgaande gedachte, namelijk het vastklampen aan de statutaire zetel, ligt de idee van de afschaffing van het COMI-concept als aanknopingsfactor voor insolventierechtelijke zaken. Aangezien het vennootschapsrechtelijke en het insolventierechtelijke vaak in elkaars vaarwater komen (denk bijvoorbeeld aan herstructurerings na vaststelling van faillissement of de aansprakelijkheid van het bestuur in nabijheid van insolventie), lijkt een uniforme aanknopingsfactor aangewezen²⁴¹. Dit lost echter niet alle problemen op. Er kan echter verwacht worden dat de voordelen van een uniforme aanknopingsfactor, zoals de voorspelbaarheid, het wegwerken van het niet afgestemd zijn insolventierechtelijke en vennootschapsrechtelijke regels en de algemene bijdrage tot de rechtszekerheid opwegen tegen de potentiële nadelen ervan²⁴².

166. De hantering van de statutaire zetel brengt namelijk drie grote voordelen met zich mee²⁴³. Ten eerste is er een grotere *ex ante* voorspelbaarheid met betrekking tot het toepasselijke recht en de bevoegde rechter. De statutaire zetel staat namelijk vast op moment van het openen van de insolventieprocedure. Door niet te koppelen aan een feitelijk gestuurd gegeven wordt aan de partijen voorafgaand aan een geschil meer rechtszekerheid geboden. Een tweede voordeel bestaat erin dat zowel het vennootschapsrecht als het insolventierecht door hetzelfde land worden geleverd. Dit komt de toepassing van de vaak met elkaar verweven rechtstakken ten goede. Een laatste voordeel bestaat erin dat door de hantering van een uniforme aanknopingsfactor de afbakeningsproblematiek tussen het vennootschapsrecht en het

²⁴⁰ Zie overweging 33 en 34 van het Eurofoodarrest.

²⁴¹ C., GERNER-BEUERLE, E.P., SCHUSTER, “The Costs of Separation: Friction between Company and Insolvency Law in the Single Market”, te vinden op https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2310783, 42

²⁴² C., GERNER-BEUERLE, E.P., SCHUSTER, “The Costs of Separation: Friction between Company and Insolvency Law in the Single Market”, te vinden op https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2310783, 42

²⁴³ K., MARESCEAU, M., TISON, “Vragen rond de aanknopingspunten in de Europese Insolventieverordening”, in “Juristes sans frontières? Juristen zonder grenzen?” Brussel, Bruylant, 2013. 24 ev

insolventierecht onbestaande wordt. Het zal geen belang meer hebben of een bepaalde regel formeel als insolventierechtelijk dan wel vennootschapsrechtelijk wordt gekwalificeerd, aangezien het toepasselijk recht in beide rechtstakken op dezelfde manier wordt vastgesteld. Deze voordelen leiden tot het verhogen van de rechtszekerheid voor ondernemingen en hun bestuurders, waardoor de grensoverschrijdende activiteiten minder worden afgeremd.

167. Ook op het vlak van schuldeiserbescherming zou de koppeling aan de *lex societatis* voordelen kunnen bieden. Het koppelen aan de statutaire zetel zou er namelijk toe leiden dat vennootschappen slechts het toepasselijke insolventierecht kunnen wijzigen na een zetelverplaatsing. Aangezien de zetelverplaatsing gepaard gaat met een wettelijke dan wel rechterlijke tussenkomst kunnen schuldeiser beschermende maatregelen gekoppeld worden aan deze procedure, zoals dat gebeurt bij de grensoverschrijdende fusies²⁴⁴. Daarnaast blijven de regels omtrent secundaire insolventieprocedures toepasselijk. Hierdoor kunnen vennootschappen het toepasselijke recht niet veranderen zonder de belanghebbende partijen te betrekken. Verder kunnen vennootschappen niet helemaal ontsnappen aan de toepassing van het recht van het exploitatieland, omdat de daar gelegen activa via een secundaire procedure kunnen geliquideerd worden²⁴⁵. Dit leidt ertoe dat vennootschappen niet meer zo gemakkelijk als vandaag het toepasselijk recht kunnen wijzigen, wat ook de rechtszekerheid ten goede komt.

168. Een tegenargument voor de hantering van de statutaire zetel, kan worden gesteund op de “*regulatory competition*”, die tussen staten zou ontstaan. In die zin zouden lidstaten hun recht dermate afzwakken om ondernemingen naar hun grondgebied te lokken. Dit zou kunnen leiden tot een neerwaartse spiraal, waar de bescherming van de schuldeiser op de achtergrond komt. De bespreking van de regelgevende competitie in hoofdstuk 2, afdeling 9 kan naar analogie worden overgeheveld naar de bespreking van de aansprakelijkheid in nabijheid van insolventie. Het belangrijkste argument vanuit het perspectief van de regelgevende competitie betreft het argument dat de belangen van schuldeisers minder zouden beschermd worden, indien er daadwerkelijk een regelgevende competitie zou ontstaan. Ten eerste is het allesbehalve vanzelfsprekend dat er daadwerkelijk een regelgevende competitie zou ontstaan. Ten tweede kan uit het bovenstaande worden afgeleid dat de belangen van schuldeisers minstens even goed,

²⁴⁴ C., GERNER-BEUERLE, E.P., SCHUSTER, “The Costs of Separation: Friction between Company and Insolvency Law in the Single Market”, te vinden op https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2310783, 43.

²⁴⁵ K., MARESCEAU, “De Europese markt voor vennootschapsrecht: een (her)evaluatie van het vennootschapsrechtelijke harmonisatieprogramma”, TPR 2015, 573.

misschien zelfs beter, worden beschermd onder de toepassing van de *lex societatis* dan onder de toepassing van de *lex concursus*. Het argument van de regelgevende competitie lijkt dan ook niet zaligmakend om de koppeling aan de *lex societatis* tegen te gaan.

169. Er kan dus besloten worden dat omwille van de vele voordelen en de weinige bezwaren, de hantering van de statutaire zetel als aanknopingsfactor in insolventierechtelijke aangelegenheden wenselijk is. Het is daarom ook logisch dat er in de rechtsleer reeds voor de afschaffing van het COMI-concept gepleit wordt²⁴⁶. Het recht moet de partijen wiens belangen op het spel staan, dienen. Door het bevorderen van de rechtszekerheid, dient de koppeling aan de statutaire zetel de belangen van de partijen op een betere wijze dan het COMI-concept.

²⁴⁶ Zie voor een opsomming van auteurs : K., MARESCEAU, M., TISON, “Vragen rond de aanknopingspunten in de Europese Insolventieverordening”, in “Juristes sans frontières? Juristen zonder grenzen?” Brussel, Bruylant, 2013. 26.

Hoofdstuk 4 – Fundamentele vrijheden

170. De vier fundamentele vrijheden werden in het leven geroepen om de creatie van de interne markt te verzekeren. Europa kent pas een eengemaakte markt indien goederen, personen, diensten en kapitaal zich vrij over de grenzen van de lidstaten kunnen bewegen. De betrokken bepalingen in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie zijn echter zeer elementair in hun bewoording²⁴⁷. Men kan met andere woorden de precieze draagwijdte van de fundamentele vrijheden niet afleiden uit de bewoording van het verdrag. Gelukkig heeft het Hof van Justitie een voorttrekkende rol gespeeld in de toepassing van de fundamentele vrijheden in de Europese markt. De baanbrekende rechtspraak in de Cassis de Dijon-zaak heeft aanleiding gegeven tot meer rechtspraak omtrent de fundamentele vrijheden. De rechtspraak heeft geleid tot aanpassing van de wetgeving in nationale rechtstelsels op verschillende vlakken. Een goed voorbeeld hiervan is de algemene overstap van de toepassing van de werkelijke zetelleer naar de statutaire zetelleer, ten gevolge de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de vrijheid van vestiging²⁴⁸. Dit is belangrijk om aan te geven omdat de rechtspraak van het Hof wel degelijk een impact heeft nationale rechtstelsels.

171. In de bespreking van de bestuurdersaansprakelijkheid in grensoverschrijdende geschillen, rijst in mijn ogen een zeer belangrijke vraag. Kan de toepassing van een (strenger) buitenlands aansprakelijkheidsregime een belemmering zijn van de uitoefening van de fundamentele vrijheden? Zou bijvoorbeeld de toepassing van bijkomstige verplichtingen en aansprakelijkheidsbepalingen, via de toepassing van de *lex loci delicti*, een belemmering zijn van de fundamentele vrijheden²⁴⁹? Eenzelfde vraag kan rijzen met betrekking tot de toepassing van de *lex concursus*. Om dit te kunnen onderzoeken dringt een bespreking van enkele kernarresten van het Hof van Justitie zich op.

²⁴⁷ Zie respectievelijk artikelen 28, 45, 56, 63 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (geconsolideerde versie), Pb. C 326, 26 oktober 2012, p. 47–390.

²⁴⁸ In het Centros-arrest, het Überseering-arrest en daaropvolgende arresten bleek het Hof een voorkeur te geven aan de statutaire zetelleer, zonder effectief de werkelijke zetelleer af te schieten.

²⁴⁹ C., GERNER-BEUERLE, P., PEACH, E.P., SCHUSTER, “Study on Directors’ Duties and Liability”, London, London School of Economics, 2013, xviii, <http://ec.europa.eu>.

4.1 - Cassis de Dijon²⁵⁰

172. In het alom gekende Cassis de Dijon-arrest gaf het Hof van Justitie het vrije verkeer van goederen voor het eerst tanden. Het Franse gelijknamige product werd geweigerd aan de Duitse grens, omdat het niet voldeed aan de betrokken Duitse regulering. De Duitse regulering was algemeen toepasselijk, waardoor er geen sprake was van een *de iure* discriminatie. Het was dan ook de verwachting dat Duitsland haar regels kon toepassen zoals het gedaan had.

173. Toch sloeg het Hof een andere weg in. Het Hof stelt namelijk dat verschillen in nationale wettelijke regelingen slechts aanvaard moeten worden in het geval ze dwingende behoeften nastreven en noodzakelijk zijn in het bereiken van dergelijke behoefte²⁵¹. Dit betekende *de facto* het in leven roepen van de wederzijdse erkenning. Goederen die op rechtsgeldige wijze geproduceerd werden in een lidstaat moeten geaccepteerd worden in andere lidstaten, tenzij er dwingende redenen van algemeen belang zijn die een weigering rechtvaardigen.

174. Deze belangrijke uitspraak werd later de basis voor andere rechtspraak, die Cassis de Dijon verfijnen.

4.2 - Gebhard²⁵²

175. Reinhard Gebhard was een Duitse onderdaan, die het advocatenberoep wou uitoefenen te Italië. Hij wou zichzelf benoemen als “avvocato”, waarschijnlijk om het Italiaanse cliënteel gemakkelijker aan zich te binden. Om dit te kunnen doen werd hij echter verplicht zich te vestigen in Italië. Gebhard werd dus met andere woorden verplicht aan een aantal voorwaarden te voldoen voor hij grensoverschrijdend actief kon zijn. Het Hof stelt dat men in principe de nationale voorwaarden moet naleven van de lidstaat waar men activiteiten wil verrichten²⁵³. Toch stelt het Hof verder dat wanneer nationale regels een belemmering vormen voor de uitoefening van de fundamentele vrijheden, er moet voldaan zijn aan vier voorwaarden²⁵⁴. Deze

²⁵⁰ HvJ 20 februari 1979, NO. 120/78, Rewe-Zentral AG t. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, www.curia.europa.eu.

²⁵¹ Zie overweging 8 van het Cassis de Dijon-arrest.

²⁵² HvJ 30 November 1995, C-55/94, Reinhard Gebhard t. Consiglio dell' Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, www.curia.europa.eu.

²⁵³ Zie overweging 36 van het Gebhard-arrest.

²⁵⁴ Volgens het Hof is een belemmering: “liable to hinder or make less attractive the exercise of fundamental freedoms”. Zie overweging 37 van het Gebhard-arrest (Engelstalige versie).

regels mogen niet discriminerend zijn, ze moeten gerechtvaardigd worden door dwingende redenen van algemeen belang, ze moeten passend zijn om dat vooropgestelde doel te bereiken en ze mogen niet verder gaan dan wat nodig is.

176. Het bijzondere aan dit arrest is dat het Hof niet specifiek spreekt over één van de vier vrijheden. Deze rechtspraak verruimt de toepassing van de Cassis de Dijon-rechtspraak met betrekking tot het vrije verkeer van goederen naar alle fundamentele vrijheden²⁵⁵. Nationale regels kunnen dus de uitoefening van de fundamentele vrijheden belemmeren. Dit is volgens het Hof slechts toegestaan, indien voldaan is aan de vier voorwaarden (de rechtvaardiging)²⁵⁶. Een belemmering van de fundamentele vrijheden zal in de regel slechts gerechtvaardigd worden ingeval er een dwingende reden van algemeen belang aanwezig is. Men kan hierbij denken aan de integriteit van het fiscale systeem, algemene volksgezondheid, consumentenbescherming, etc. Verder dient de belemmering ook proportioneel en passend te zijn. Dit betekent dat de regel die de belemmering uitmaakt adequaat moet zijn om het vooropgestelde doel te bereiken, zonder dat deze verder gaat dan wat nodig is. Het Hof zal dit veelal beoordelen aan de hand van potentiële alternatieven. Vervolgens mogen lidstaten slechts regulerend optreden in het geval er geen Europese harmonisatie is. Ten laatste mogen de regels niet discriminerend worden toegepast. De rechtvaardiging is dus aan strenge voorwaarden onderworpen. Er zal een *in concreto* beoordeling moeten plaatsvinden van de potentiële rechtvaardigingen waar staten zich op beroepen. Dit veronderstelt echter dat personen, die geraakt worden door de belemmeringen, zullen moeten procederen om van de belemmeringen af te geraken.

177. Welke regels al dan niet een belemmering zijn, is niet duidelijk. Het Hof definieert namelijk het begrip op een vage manier. Is iedere regel die een minimale extra kost oplegt een belemmering? Of moet er een bepaalde drempel overschreden zijn, voor er sprake is van een belemmering? Hieromtrent bestaan er meerdere visies²⁵⁷.

²⁵⁵ C., BARNARD, "The substantive law of the EU", Oxford, Oxford University Press, 2013, 529 ; CARO DE SOUSA, P., "The European fundamental freedoms a contextual approach", Oxford, Oxford University Press, 2015, 88.

²⁵⁶ C., BARNARD, "The substantive law of the EU", Oxford, Oxford University Press, 2013, 309.

²⁵⁷ C., BARNARD, "The substantive law of the EU", Oxford, Oxford University Press, 2013, 21.

4.3 - Caixa-Bank²⁵⁸

178. Caixa-Bank was een Franse vennootschap die een dochtervennootschap was van een Spaanse holding (Caixa Holding). Deze bood in Frankrijk een rekening-courant aan, waarvan vanaf een uitstaand bedrag van 1500 euro, 2 % rente per jaar werd vergoed. De Franse commissie van bancaire en financiële aangelegenheden verbood Caixa-bank om nieuwe overeenkomsten te sluiten en beval om de bedingen in de bestaande overeenkomsten op te zeggen. Caixa-bank ging in beroep bij de Conseil d'Etat, die prejudiciële vragen stelde aan het Hof van Justitie.

179. Het belangrijke aan dit arrest is dat het Hof meer uitleg geeft omtrent hoe een belemmering moet worden geïnterpreteerd. Het is namelijk voor het eerst dat het Hof expliciet het concept van de markttoegang hanteert²⁵⁹. Het Franse verbod beperkte namelijk de mogelijkheid voor de bank om kapitaal van het publiek aan te trekken, wat een van de meest doeltreffende methoden is om concurrentie aan te gaan met reeds gevestigde banken. Hierdoor werd *in casu* de markttoegang belemmerd²⁶⁰. Toch dient niet iedere beperking van de markttoegang te worden gekwalificeerd als een belemmering. Zo is er slechts sprake van een belemmering indien de markttoegang substantieel wordt beperkt²⁶¹. Dit neemt echter niet weg dat de hantering van het concept van de markttoegang bekritiseerd wordt. Deze kritiek bestaat er in dat virtueel iedere regel als een belemmering kan aanzien worden en dat bijgevolg ook zeer snel kan besloten worden tot het bestaan van een belemmering²⁶².

4.4 - Bestuurdersaansprakelijkheid

180. Hoewel de bovenstaande rechtspraak betrekking heeft op de bankensector, is het toch relevant met betrekking tot de bestuurdersaansprakelijkheid. Ten gevolge van de Gebhard-zaak is de toepassing van de rechtspraak omtrent de belemmeringen van de fundamentele vrijheden namelijk verruimd. Daarom dient het onderzocht te worden of de toepassing van een (strenger) aansprakelijkheidsregime op bestuurders geen belemmering is van de fundamentele vrijheden.

²⁵⁸ HvJ 5 oktober 2004, C-442/02, Caixa-Bank France t. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, www.curia.europa.eu.

²⁵⁹ Zie overweging 12 van het Caixa-bank arrest.

²⁶⁰ Zie overweging 13-14 van het Caixa-bank arrest.

²⁶¹ C., BARNARD, "The substantive law of the EU", Oxford, Oxford University Press, 2013, 253.

²⁶² P., CARO DE SOUSA, "The European fundamental freedoms a contextual approach", Oxford, Oxford University Press, 2015, 88-113.

De relevante vrijheden betreffen voornamelijk de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening. Zo kunnen bestuurders, in hun beoordeling om al dan niet een vestiging in het buitenland op te zetten of om diensten te verlenen aan het buitenland, beïnvloed worden door het toepasselijke aansprakelijkheidsregime. Stel dat in land A het aansprakelijkheidsregime dermate zwaar is, dan lijkt het logisch dat bestuurders in land A geen diensten zullen verlenen en eerder kiezen voor land B, waar een veel soepeler aansprakelijkheidsregime geldt. De plaats waar diensten worden verleend, kan immers een grote impact hebben op de bepaling van de *lex loci delicti*. Daarom lijkt het logisch dat de bestuurders land A zoveel mogelijk zullen ontwijken.

Daarnaast kunnen bijvoorbeeld aansprakelijkheidsvorderingen gebaseerd op de *lex concursus* vanuit verschillende hoeken komen omwille van de moeilijke voorspelbaarheid van het COMI. De loutere mogelijkheid dat dergelijke vorderingen kunnen ingesteld worden, heeft een impact op de grensoverschrijdende activiteiten van een vennootschap. Dit lijkt moeilijk te rijmen met de idee van de fundamentele vrijheden.

181. In mijn ogen moet de toepassing van buitenlandse (streng) aansprakelijkheidsregimes dan ook aanzien worden als belemmeringen in de zin van de Gebhard-rechtspraak. Het bestaan van een streng aansprakelijkheidsregime zal zeker een ontradend effect hebben voor bestuurders om hun activiteiten naar dat land te verplaatsen. De mogelijkheid van aansprakelijkheid zal het namelijk veel minder attractief maken om in dat bepaalde land diensten te verlenen. Verder belemmert de toepassing van het COMI concept ook de volle uitoefening van de fundamentele vrijheden. Indien vennootschappen grensoverschrijdend actief zijn, verhoogt dit namelijk de kans dat het COMI elders wordt vastgesteld dan de plaats van de statutaire zetel. Bovenstaande maakt duidelijk dat een belemmering van de markttoegang en bijgevolg ook een belemmering van de uitoefening van de fundamentele vrijheden voorligt. Aangezien een belemmering gemakkelijk kan worden vastgesteld, dient te worden onderzocht of deze potentieel kan worden gerechtvaardigd.

182. Ten eerste is er ruimte voor nationale lidstaten om regulerend op te treden aangezien er geen Europese harmonisatie op dit vlak bestaat. Ten tweede mogen de bestaande aansprakelijkheidsregimes niet discriminerend zijn. Op deze vlakken lijken de bestaande aansprakelijkheidsregimes te voldoen aan de voorwaarden. Ten derde moet de bestaande belemmering gerechtvaardigd worden door een dwingende reden van algemeen belang. Hierbij kan men kijken naar de algemene functies van een aansprakelijkheidssysteem. De functies zijn

globaal gezien tweevoudig. Enerzijds is er de vergoedende functie en anderzijds de preventieve functie²⁶³. Het eerstgenoemde wil vooral voorzien in herstel van de schade door de aansprakelijke, zodat de schadelijder terug in de situatie wordt geplaatst alsof de schade nooit heeft plaatsgevonden. Het laatstgenoemde wil eerder de aansprakelijke persoon voorafgaand bepaalde stimuli geven zodat deze de schade nooit zou veroorzaken. Gezien aansprakelijkheidssystemen overal in de wereld bestaan en deze ook daadwerkelijk een belangrijk doel nastreven, lijkt mij voldaan te zijn aan de derde voorwaarde. Dit doel bestaat er dan in om schadelijdende personen herstel te bieden en de maatschappij te ordenen via stimuli om bepaald gedrag te voorkomen. Ook op dit vlak lijkt dus voldaan te zijn aan de voorwaarden. Een laatste voorwaarde, die vaak door het Hof wordt uitgesplitst in twee verschillende toetsingscriteria, betreft de proportionaliteit. De vooropgestelde maatregelen moet passend zijn in het bereiken van het doel en niet verder gaan dan wat nodig is. Het is deze voorwaarde die mijn inziens voor problemen kan zorgen.

183. Hoewel een aansprakelijkheidsregime passend is in het bereiken van bovenstaande doelen, bestaan er toch problemen in verband met de proportionaliteit. Het voorbeeld van de kleine BVBA is reeds gegeven. Bestuurders van een kleine BVBA genieten in België een beperking van aansprakelijkheid. Indien de bestuurder aansprakelijk wordt gesteld onder toepassing van de *lex concursus*, waarbij het COMI in een ander land ligt, kan het voorvallen dat het COMI-land niet voorziet in een soortgelijke aansprakelijkheidsbeperking. Dan kunnen bestuurders plots geconfronteerd worden met een zware aansprakelijkheid, die men normaal gezien niet zou lopen. Verder zijn er ook inherente problemen met aansprakelijkheidssystemen waarbij de bestuurder aansprakelijk kan worden gesteld voor de schulden van de vennootschap. Dergelijke aansprakelijkheid kan zeer hoog oplopen en een te zware last betekenen voor de bestuurder. Daarnaast kunnen deze procedures zeer lang duren en zeer veel kosten. Verder kan ook de bestuurder niet in staat zijn om dergelijk zware last te dragen. Hierbij rijst de vraag of er geen betere alternatieven voor handen zijn. Zo worden verzekeringssystemen vaak aangegeven als volwaardige vervangers van het aansprakelijkheidssysteem²⁶⁴. In het Belgische wetsvoorstel voor het nieuwe wetboek van vennootschappen wordt ook een beperking van de

²⁶³ H., BOCKEN, I., BOONE, M., KRUIHOF, “Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels”, Brugge, Die Keure, 2014, 25.

²⁶⁴ H., BOCKEN, I., BOONE, M., KRUIHOF, “Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels”, Brugge, Die Keure, 2014, 13 ev.

aansprakelijkheid voorgesteld dat bijdraagt tot de verzekerbaarheid van de aansprakelijkheid²⁶⁵. Er lijken dus problemen te zijn omtrent de proportionaliteit van de toepassing van een strenger aansprakelijkheidsregime, in het kader van grensoverschrijdende activiteiten. Aangezien het Hof zich sterk laat leiden door alternatieven in de beoordeling van de proportionaliteit, lijkt het mij dat het Hof zich ook vragen zal stellen bij de proportionaliteit. Bijgevolg lijkt het moeilijk om de belemmering te rechtvaardigen. Daartegenover heeft het Hof reeds gesteld dat het loutere feit dat een lidstaat minder strenge regels hanteert niet voldoende is om het strengere regime in een andere lidstaat als disproportioneel te kwalificeren²⁶⁶. Toch lijkt het mij dat er volwaardige alternatieven zijn, die het Hof zou kunnen overtuigen van de disproportionaliteit.

184. Er moeten hieromtrent nog enkele opmerkingen worden gemaakt. Bovenstaande problemen van een aansprakelijkheidssysteem bestaan niet enkel indien men in een grensoverschrijdende context zit. De grensoverschrijdende context is echter wel noodzakelijk om zich te kunnen beroepen op de fundamentele vrijheden. Daarbovenop is het systeem van de aansprakelijkheid, niet beperkt tot de bestuurdersaansprakelijkheid, reeds een hevig bediscussieerd onderwerp. Toch is het belangrijk om te wijzen op potentiële conflicten met de fundamentele vrijheden.

185. Omwille van het feit dat de fundamentele vrijheden zich vooral ontwikkeld hebben in de rechtspraak van het Hof van Justitie, is het ook noodzakelijk dat dergelijke zaken effectief voor het Hof worden gebracht. Een zaak betreffende de bestuurdersaansprakelijkheid is vooralsnog niet voor het Hof gebracht. Dit kan verklaard worden door het feit dat het vennootschapsrecht, meer specifiek de bestuurdersaansprakelijkheid, niet geharmoniseerd is en bijgevolg het Hof ook niet bevoegd is om zich daarover uit te spreken. Toch betekent dit niet dat er geen enkel probleem is met betrekking tot de fundamentele vrijheden.

186. Wat wel met zekerheid kan gesteld worden, is wanneer de aansprakelijkheid gekoppeld wordt aan de *lex societatis*, dat de problemen in verband met de fundamentele vrijheden zich niet stellen. Bestuurders zullen immers meer bekend zijn met de eigen aansprakelijkheidsregels en bijgevolg zullen zij niet geconfronteerd worden met een potentieel disproportioneel en

²⁶⁵ D., BRULOOT, H., DE WULF, K., MARESCEAU, “Het vennootschapsrecht aan de vooravond van een fundamentele hervorming: een eerste overzicht en evaluatie”, Working Paper Series, 2018, 17-18, te raadplegen op <http://www.law.ugent.be/fli/wps/showwps.php?wpsid=291>.

²⁶⁶ Zie overweging 58 van HvJ 5 mei 1995, C-384/93, Alpine Investments BV t. Minister van Financiën, www.curia.europa.eu.

vreemd aansprakelijkheidsregime. Door de koppeling aan de *lex societatis* zal men in mijn ogen veel minder snel te maken hebben met een belemmering van de fundamentele vrijheden. De aansprakelijkheid blijft immers dezelfde of men nu diensten verleent binnen het rechtsstelsel van de *lex societatis* of daarbuiten. Bijgevolg zal het aansprakelijkheidssysteem geen negatieve impact hebben op de beslissing om al dan niet in het buitenland diensten te verlenen. Aangezien er geen sprake is van een belemmering, is er ook geen nood aan een rechtvaardiging. De koppeling aan de *lex societatis* lijkt dus aangewezen om te ontsnappen aan een potentiële belemmering van de fundamentele vrijheden.

187. Hoewel het bovenstaande allesbehalve vaststaat, is de theoretische denkoefening zeer interessant en belangrijk om te maken.

4.5 - Kornhaas²⁶⁷

188. Een laatste deel in deze bespreking, betreft de Kornhaas-rechtspraak. Aangezien deze rechtspraak reeds uitvoerig werd besproken, kan een korte herhaling volstaan. In de Kornhaas-zaak stelt het Hof dat de aansprakelijkheid op basis van het Duitse recht noch betrekking heeft op de erkenning van de rechtsbevoegdheid van een vennootschap noch op de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders wanneer het kapitaal van deze vennootschap het door de nationale wettelijke regeling voorgeschreven minimumbedrag niet bereikt²⁶⁸. De aansprakelijkheid van de bestuurders had louter betrekking op het doen van betalingen in een stadium waarin zij normaal de insolventieprocedure moesten aanvragen²⁶⁹. Er valt veel voor te zeggen dat het bestaan van een bepaald aansprakelijkheidsregime de keuze van incorporatie kan aantasten en bijgevolg ook een impact heeft de vrijheid van vestiging²⁷⁰. Toch concludeert het Hof dat de aansprakelijkheid geen betrekking had op de oprichting nog op de latere vestiging van de vennootschap en daarom de vrijheid van vestiging niet aantast²⁷¹.

²⁶⁷ HvJ 10 december 2015, C-594/14, Simona Kornhaas t. Thomas Dithmar, www.curia.europa.eu.

²⁶⁸ Zie overweging 25 Kornhaas-arrest.

²⁶⁹ Zie overweging 26 Kornhaas-arrest.

²⁷⁰ G., LINDEMANS, "The Walls Have Fallen, Run for the Keep: Insolvency Law as the New Company Law for Third Parties", *European Review of Private Law* (volume 24), 2016, Issue 5, 888.

²⁷¹ Zie overweging 28 Kornhaas-arrest.

189. Het Hof past hier dus een Keck-uitzondering²⁷² toe en stelt dat bepaalde regels de vrijheden niet aantasten²⁷³. Toch lijkt het mij te verregaand om te stellen dat geen enkele aansprakelijkheid de vrijheid van vestiging kan aantasten. De betrokken aansprakelijkheid in het Kornhaas-arrest betrof noch de oprichting, noch de vestiging van de vennootschap. Het bestaan van een streng aansprakelijkheidsregime kan echter wel degelijk de beslissing om bijvoorbeeld al dan niet een dochtervennootschap op te richten in het buitenland, het zogenaamde secundaire vestigingsrecht, beïnvloeden. Dit beïnvloedt dan wel degelijk de beslissing om een vennootschap op te richten aan en zou bijgevolg, in lijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie, ook de vrijheid van vestiging aantasten.

190. Verder mag ook niet zomaar de parallel getrokken worden met de vrijheid van dienstverlening. Het is niet omdat een bepaalde regel de vrijheid van vestiging niet aantast, dat deze de vrijheid van dienstverlening niet aantast.

4.6 - Conclusie

191. De rechtspraak van het Hof van Justitie omtrent belemmeringen heeft ertoe geleid dat er zeer snel kan worden geconcludeerd tot het bestaan van een belemmering. Het loutere feit dat regels voorwaarden opleggen in het nastreven van een economische activiteit, die potentieel winstmarges of andere voordelen kunnen beperken, kan volstaan om dergelijke regels als belemmeringen te kwalificeren²⁷⁴. De fundamentele vrijheden kunnen vervolgens misbruikt worden om dergelijke regels uit de wereld te helpen. Het dient opgemerkt te worden dat dit niet de bedoeling was en dat de vier vrijheden niet zouden mogen gebruikt worden om iedere regel die potentieel een belemmering is uit de weg te ruimen²⁷⁵.

192. Toch kan, volgens de huidige stand van de rechtspraak, het argument gemaakt worden dat de toepassing van strengere aansprakelijkheidsregimes potentieel een belemmering is van de fundamentele vrijheden. Of dat het opportuun is om via de fundamentele vrijheden strengere aansprakelijkheidsregimes tegen te gaan, is een andere vraag.

²⁷² In de zin van het Keck en Mithouard arrest ; HvJ 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, B. Keck t. D. Mithouard, www.curia.europa.eu.

²⁷³ H., DE WULF, “Kornhaas: verduidelijking over de interferentie van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen met insolventierechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsregelingen”, TBH 2016, 444.

²⁷⁴ C., BARNARD, “The substantive law of the EU”, Oxford, Oxford University Press, 2013, 268.

²⁷⁵ H., DE WULF, “Kornhaas: verduidelijking over de interferentie van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen met insolventierechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsregelingen”, TBH 2016, 444.

193. Doorheen deze masterproef wordt geargumenteed dat de koppeling aan de *lex societatis* als enige aanknopingsfactor voor de bestuurdersaansprakelijkheid, een vooruitgang zou betekenen. Ook in het kader van de problematiek omtrent de fundamentele vrijheden biedt de koppeling aan de *lex societatis* voordelen. Zo zal er veel minder snel tot een belemmering kunnen besloten worden en ontsnapt men aan de mogelijkheid dat de toepassing van strengere aansprakelijkheidsregimes als een schending van de fundamentele vrijheden wordt aanzien.

Hoofdstuk 5 – Algemene conclusie

194. De bestuurdersaansprakelijkheid is een meerkoppig beest dat banden vertoont met zeer veel aspecten van het (internationaal) ondernemen. De theorie verschilt ook vaak van wat in de praktijk gebeurt. Het is daarom soms moeilijk om het bos nog door de bomen te zien. Toch kan een groot deel van de problematiek worden herleid naar het feit dat bestuurders geconfronteerd worden met grote rechtsonzekerheid. In de finale conclusie van deze masterproef worden de belangrijkste gevolgtrekkingen op een rij gezet en wordt een antwoord geboden op de onderzoeksvragen.

195. Bestuurders worden geconfronteerd met een grote rechtsonzekerheid met betrekking tot de op hen rustende verplichtingen en de daaraan gekoppelde aansprakelijkheid. Deze onzekerheid is zeker voelbaar in grensoverschrijdende geschillen. Indien vennootschappen grensoverschrijdend actief zijn, kunnen deze in verschillende landen schade veroorzaken. Om hun schade vergoed te zien, kunnen schadelijders vaak zowel de vennootschap als de bestuurders aansprakelijk stellen. Het is in dergelijke gevallen dat bestuurders potentieel aansprakelijk worden gesteld voor het niet naleven van verplichtingen, waarvan deze niet op de hoogte waren dat ze bestonden. Zij zijn immers niet bekend met de verschillende nationale verplichtingen en de verschillende nationale aansprakelijkheidsregimes. Aan de ene kant liggen nationale verschillen in zowel de verplichtingen als de aansprakelijkheidsregimes aan de basis van de rechtsonzekerheid. Aan de andere kant liggen nationale verschillen in de kwalificatie van de begane fout aan de basis van de rechtsonzekerheid. Het is niet zozeer de verschillende kwalificatie die het probleem is, maar wel de gevolgen die deze kwalificatie kent in de toepassing van het internationaal privaatrecht. Het is duidelijk dat de regels omtrent de aansprakelijkheid van bestuurders niet één kwalificatie kennen en bijgevolg niet onderworpen worden aan één bepaalde set van regels. Het Belgische aansprakelijkheidssysteem is hier het schoolvoorbeeld van. Zo kan bijvoorbeeld het verderzetten van een reddeloze onderneming aanzien worden als een vennootschapsrechtelijke fout in de zin van artikel 527 W.Venn., als een gemeenrechtelijke fout in de zin van artikel 1382 BW en als een insolventierechtelijke fout in de zin van artikel 530 W.Venn. Om daadwerkelijk toepassing te kunnen maken van bovenstaande artikelen is het noodzakelijk dat het Belgisch recht wordt aangewezen als het toepasselijke recht. De aanknopingsfactoren zijn echter verschillend voor ieder van de drie kwalificaties.

196. Een ander probleem betreft de discrepantie in de gehanteerde aanknopingsfactoren voor enerzijds de bevoegde rechter en anderzijds het toepasselijke recht. In het aanduiden van de bevoegde rechter speelt de woonplaats van de verweerder een zeer grote rol. Het toepasselijke recht wordt echter op verscheidene manieren aangeduid, zoals hierboven reeds werd gesteld. Het is niet verwonderlijk dat het voorvalt dat de bevoegde rechter een vreemd recht zal moeten toepassen, daar de aanknopingsfactoren andere rechtstelsels aanwijzen. Zo zal in de regel bij het aanwijzen van het toepasselijke recht de woonplaats van de verweerder weinig of geen impact hebben. Dit creëert een discrepantie tussen de bevoegde rechter en het toe te passen recht. Het is echter reeds vele malen opgemerkt in de uitzetting van deze masterproef dat het wenselijk is dat een rechter zoveel mogelijk zijn eigen recht kan toepassen.

197. Daarnaast is het inherent aan feitelijk gestuurde concepten zoals bij de *lex loci delicti* en bij de *lex concursus* dat de *ex ante* voorspelbaarheid in het gedrang komt. In de toepassing van de *lex loci delicti* zal in ieder geval een *in concreto* beoordeling moeten plaatsvinden, voor het toepasselijk recht gekend is. In de toepassing van de *lex concursus* werd aangetoond dat het een groot belang heeft waar de procedure wordt aangevat, aangezien rechters de neiging hebben om te besluiten tot hun eigen bevoegdheid. Verder is ook het COMI-concept een feitelijk gestuurd gegeven dat vaak voor discussie vatbaar is en nood heeft aan een *in concreto* beoordeling. De toepassing van de *lex contractus* kent dit probleem niet, aangezien men in de contractuele relatie het toepasselijke recht kan bepalen, voorafgaand aan enig geschil. Bijgevolg zal in contractuele relaties het mogelijk zijn om de *ex ante* voorspelbaarheid absoluut te maken. Dit veronderstelt echter dat er een contractuele relatie is en lost bijgevolg de bovenstaande problemen in buitencontractuele relaties niet op.

198. Verbonden met het voorgaande, bevindt zich het probleem van de moeilijke afbakening tussen het vennootschapsrecht en het insolventierecht. Het is belangrijk te weten hoe aangelegenheden worden gekwalificeerd omwille van de repercussies in het internationaal privaatrecht. Het is op dit vlak dat het Hof van Justitie poogt om meer rechtszekerheid te creëren, maar niet altijd slaagt in zijn opzet. Zoals blijkt uit de uiteenzetting heeft het Hof een voorkeur om zaken te kwalificeren als insolventierechtelijk, indien deze een nauwe band vertonen met de insolventie. Hoe nauw deze band echter moet zijn, is vaak niet duidelijk. Het Hof zet enkele criteria uiteen in het Gourdain/Nadler arrest waaruit de nauw verbondenheid kan blijken. Daartegenover werden echter ook zaken als insolventierechtelijk gekwalificeerd in het geval dat de nauw verbondenheid allesbehalve duidelijk was. De kwalificatie van de Duitse

aansprakelijkheidsnorm als insolventierechtelijk in het Kornhaas arrest (ook al bevestigt het Hof hier oudere rechtspraak) kwam enigszins onverwacht aangezien het argument kon gemaakt worden dat er geen nauwe verbondenheid was met de insolventie. Het kan dus gesteld worden dat de algemene tendens bestaat in de rechtspraak van het Hof van Justitie om aangelegenheden als insolventierechtelijk te kwalificeren, zelfs al is de band met de insolventie gering. Dit kan echter problematisch zijn voor bestuurders, aangezien deze kunnen onderworpen worden aan aansprakelijkheidsregimes aangeduid door de *lex concursus* als er een band met de insolventie aanwezig is.

199. De bovenstaande problemen hebben als gemeen kenmerk dat er een onvoorspelbaarheid is met betrekking tot de toepasselijke regels. Toch zijn deze problemen niet onoplosbaar. In de uiteenzetting van deze masterproef heb ik een aantal oplossingen aangereikt die de genoemde problemen kunnen remediëren. Het belangrijkste voorstel betreft de hantering van een uniform aanknopingspunt om de bevoegde rechter en het toepasselijk recht aan te duiden met betrekking tot de bestuurdersaansprakelijkheid. Dit moet een formeel aanknopingspunt zijn om de *ex ante* voorspelbaarheid absoluut te maken. Via de hantering van een uniform aanknopingspunt verdwijnt het probleem van de verschillende nationale kwalificaties, de moeilijke afbakening tussen het vennootschapsrecht en het insolventierecht, de potentiële discrepantie tussen het bevoegde gerecht en het toepasselijke recht en potentieel tegenstrijdige beslissingen.

Het voorgestelde formeel en uniform aanknopingspunt dient dus in mijn ogen de statutaire zetel van de vennootschap zijn. De koppeling aan de statutaire zetel brengt namelijk meerdere voordelen met zich mee. Een eerste voordeel ligt in het feit dat indien om zowel de bevoegde rechter als het toepasselijk recht aan te duiden eenzelfde aanknopingspunt wordt gehanteerd, er een grotere synergie ontstaat tussen de twee. Zo zal de bevoegde rechter zijn eigen recht kunnen toepassen, wat zeker aan te bevelen valt. Een tweede voordeel ligt in het feit dat indien alle vragen in verband met de bestuurdersaansprakelijkheid door één rechtsstelsel beantwoord worden, de mogelijkheid op tegenstrijdige beslissingen onbestaande is. Momenteel kunnen er tegenstrijdige beslissingen ontstaan door de toepassing van de *lex loci delicti*. Ook kunnen er potentieel tegenstrijdige beslissingen ontstaan wanneer de *lex societatis* en de *lex concursus* door verschillende landen geleverd worden. Dit wordt verholpen door de uniforme koppeling aan de *lex societatis*. Een derde voordeel ligt in het feit dat de nationale verschillen in kwalificatie geen belang meer hebben. Indien aan de *lex societatis* wordt gekoppeld voor iedere vorm van aansprakelijkheid van de bestuurder in relatie met de uitoefening van zijn mandaat, worden nationale kwalificaties irrelevant. Aangezien de aanknopingsfactoren niet meer

verschillen, zal het niet meer uitmaken of een bepaald gegeven als insolventierechtelijk dan wel vennootschapsrechtelijk wordt gekwalificeerd. Een vierde en meest belangrijke voordeel ligt in het feit dat de rechtszekerheid voor bestuurders enorm verhoogd wordt. Zo wordt het voor bestuurders *ex ante* absoluut voorspelbaar onder toepassing van welke regels hun aansprakelijkheid zal beoordeeld worden. Dit zal de uitoefening van het bestuursmandaat zeker ten goede komen.

200. Tegenover bovenstaande voordelen zijn er zeer weinig nadelen die de invoering van de statutaire zetel als enige aanknopingspunt in de weg staan. Hoewel de negatieve aspecten van de regelgevende competitie een valabel argument leken om de koppeling aan de statutaire zetel tegen te gaan, werd dit toch weerlegd.

Er is daarom weinig in te brengen tegen de voorgestelde verandering. Waarom de Europese wetgever niet meegaat in deze verandering blijft een vraagteken. Het lijkt nog steeds politiek onhaalbaar om op verregaande wijze het vennootschapsrecht te harmoniseren. Toch is de harmonisering op Europees vlak nodig. Het is reeds opgemerkt dat nationale oplossingen, zoals bijvoorbeeld de beperking van de bestuurdersaansprakelijkheid opgenomen in het Belgische voorstel voor een nieuw wetboek van vennootschappen, zeer welkom, maar toch onvoldoende zijn. Indien er niets gedaan wordt aan de voorspelbaarheid van welke set van regels van toepassing is, verandert de inhoud van die regels immers niets aan de rechtszekerheid. Dus zowel nationale inhoudelijke regels als nationale IPR regels zijn in mijn ogen niet geschikt om het probleem van de rechtsonzekerheid op te lossen.

201. Hoewel het grotendeel van de aandacht richting het perspectief van de bestuurder is gegaan, werden andere partijen niet uit het oog verloren. Het blijkt dat het huidige wetgevend kader er ook niet altijd in slaagt om de belangen van derden te beschermen. Het meest duidelijke voorbeeld hiervan is de huidige Insolventie Verordening. Het werd aangetoond dat deze niet slaagt in zijn doelstellingen en bijgevolg wordt gepleit voor een afschaffing van het COMI-concept. De hantering van de statutaire zetel zou niet enkel positief zijn voor bestuurders, maar ook voor derden. De hogere voorspelbaarheid en rechtszekerheid geldt namelijk ook voor derden.

202. Een andere belangrijke vraag in de behandeling van het IPR van de bestuurdersaansprakelijkheid is de vraag naar de compatibiliteit van het toepassen van vreemde aansprakelijkheidsregimes met de fundamentele vrijheden. Hoewel de rechtspraak van het Hof

van Justitie zich vooral binnen de bankensector situeert, is deze toch relevant voor de bestuurdersaansprakelijkheid. In de huidige stand van de rechtspraak kan het argument gemaakt worden dat de toepassing van buitenlandse aansprakelijkheidsregimes een belemmering is van de fundamentele vrijheden. De regels die een belemmering van de fundamentele vrijheden vormen, mogen slechts worden toegepast indien deze gerechtvaardigd kunnen worden. Omtrent de toepassing van strenge aansprakelijkheidsregimes kunnen potentieel problemen ontstaan met betrekking tot het proportionele karakter van de regels. Indien er besloten wordt tot disproportionaliteit kunnen de regels niet gerechtvaardigd worden en bijgevolg niet toegepast worden. Hoewel het Hof van Justitie hierover geen uitspraak over deed, is het zeer belangrijk om te beseffen dat er potentieel sprake kan zijn van een belemmering van de fundamentele vrijheden.

203. Er bestaat dus een grote rechtsonzekerheid voor bestuurders. Toch kan deze relatief eenvoudig verholpen worden. Het is dan ook hopen dat de stilte binnen de Europese Unie doorbroken wordt en deze problematiek uit de wereld geholpen wordt.

BIBLIOGRAFIE

RECHTSLEER

- BARNARD, C., *“The substantive law of the EU”*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 704.
- BOCKEN, H., BOONE, I., KRUIHOF, M., *“Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels”*, Brugge, Die Keure, 2014, 270.
- BRAECKMANS, H., HOUBEN, R., *“Handboek vennootschapsrecht”*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 924.
- BRULOOT, D., *“Vennootschapskapitaal en schuldeisers”*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 824.
- BRULOOT, D., DE WULF, H., MARESCEAU, K., *“Het vennootschapsrecht aan de vooravond van een fundamentele hervorming: een eerste overzicht en evaluatie”*, Working Paper Series, 2018, 28, te vinden op <http://www.law.ugent.be/fli/wps/showwps.php?wpsid=291>.
- CARBALLO PINEIRO, L., *“Vis attractiva concursus in the European Union: its development by the European Court of Justice”*, InDret, 3/2010, 29.
- CARO DE SOUSA, P., *“The European fundamental freedoms a contextual approach”*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 256.
- DE WULF, H. en VAN DEN STEEN, L., *“Enkele IPR-problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen lex concursus en lex societatis, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS”*, in ERAUW, J. en TAELMAN, P. (eds.), *“Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal”*, XXXVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2009, 389-484.
- DE WULF, H., *“Kornhaas: verduidelijking over de interferentie van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen met insolventierechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsregelingen”*, TBH 2016, 435-468.
- DE WULF, H., *“Aandeelhoudersvorderingen met het oog op schadevergoeding – of waarom elke aandeelhouder vergoeding van reflexschade kan vorderen, België class actions moet invoeren en de minderheidsvordering moet hervormen”*, in BRAECKMANS, H., COIPEL, M., DE CORDT, Y., *“10 jaar Wetboek Vennootschappen in werking = 10 ans d'entrée en vigueur du Code des Sociétés”*,

Mechelen, Wolters Kluwen, 2011, 536, te vinden op <http://www.law.ugent.be/fli/wps/pdf/WP2011-03.pdf>.

- DE WULF, H., “*Grensoverschrijdende zetelverplaatsingen en vrijheid van vestiging voor vennoot schappen in de EU: wat kan en wat kan nog niet na de recentste arresten van het Hof van Justitie?*”, in DE BROE, L., FALCONIS, J., WYCKAERT, M., “*Corporate Mobility in België en Europa*”, Antwerpen, Intersentia, 2014, 11-46.
- DE WULF, H., DE POORTER, I., “*De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen*”, Antwerpen, Maklu, 2004, 75.
- DEBAENE, M., DEBAENE, P., “*Samenloop en co-existentie contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. Afdeling 3. De co-existentie*” in X, “*Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*”, Mechelen, Kluwer, 2007, 20.
- ENRIQUES, L., “*A Harmonized European Company Law: Are We There Already?*”, Oxford, 2017, 15 te vinden op www.ssrn.com.
- ENRIQUES, L., GELTER, M., “*How the old world encountered the new one: regulatory competition and cooperation in European company and bankruptcy law*”, Cambridge, Harvard Law School, 2008, 65.
- ERAUW, J., CLIJMANS, C., “*Handboek Belgisch internationaal privaatrecht*”, Mechelen, Kluwer, 2006, 615.
- FLETCHTER, I., “*Insolvency in private international law : national and international approaches*”, Oxford, Oxford University Press, 2005, 716.
- GERNER-BEUERLE, C., PEACH, P., SCHUSTER, E.P., “*Annex to Study on Directors’ Duties and Liability*”, London, London School of Economics, 2013, 892, te vinden op <http://ec.europa.eu>.
- GERNER-BEUERLE, C., PEACH, P., SCHUSTER, E.P., “*Study on Directors’ Duties and Liability*”, London, London School of Economics, 2013, 396, te vinden op <http://ec.europa.eu>.
- GERNER-BEUERLE, C., SCHUSTER, E-P., “*The Costs of Separation: Friction between Company and Insolvency Law in the Single Market*”, 43, te vinden op https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2310783.
- GIULIANO, M., LAGARDE, P., “*Council report on the convention on the law applicable to contractual obligations*”, 31 oktober 1980, C-282/1, 50.

- HAAS, P. “CJEU Case Note: CJEU 10 September 2015, C-47/14 (*Holterman Ferho v. Spies*)”. *European Company Law* 13, no. 2 (2016): 79–81, te vinden op https://www.akd.nl/Downloads/PublicatiesPDF-EN/09-05-2016_Case-notes_PHaas.pdf.
- HANNIGAN, B., “*Company law*”, Oxford, Oxford University Press, 2016, 795.
- HvJ 10 december 2015, , C-594/14, ECLI:EU:C:2015:806, INS 2015, 0358, noot A.L. JONKERS.
- JAFFERALI, R., “*Article 111 - domaine du droit applicable a` la personne morale*” in “*Het Wetboek internationaal privaatrecht becommentarieerd*”, Antwerpen, Intersentia, 2006, 579-583.
- JAFFERALI, R., “*L’application du droit belge aux sociétés de droit étranger: Une esquisse des contours de la lex societatis*”, *Larcier, R.D.C.* 2004/8, 764-790, te vinden op <https://ssrn.com/abstract=2249946>.
- KRAMER, X.E., “*The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European Private International Law Tradition Continued - Introductory Observations, Scope, System, and General Rules*”, *NIPR*, No. 4 p. 414-424, 2008, 19.
- KRUGER, T., VERHELLEN, J., “*Internationaal privaatrecht. De essentie*”, Brugge, Die Keure, 2012, 339.
- LINDEMANS, G., “*The Walls Have Fallen, Run for the Keep: Insolvency Law as the New Company Law for Third Parties*”, *European Review of Private Law* (volume 24), 2016, Issue 5, 877–891.
- MARESCEAU, K., “*De Europese markt voor vennootschapsrecht: een (her)evaluatie van het vennootschapsrechtelijke harmonisatieprogramma*”, *TPR* 2015, 549 – 596.
- MARESCEAU, K., TISON, M., “*Vragen rond de aanknopingspunten in de Europese Insolventieverordening*”, in “*Juristes sans frontières? Juristen zonder grenzen?*” Brussel, Bruylant, 2013. 28.
- PANNEN, K., (ed.), “*European Insolvency Regulation*”, Berlijn, De Gruyter, 2007, 912.
- VAN EETVELDE, J., noot bij het arrest van Hof van Beroep te Gent van 11 mei 2015, *TRV-RPS* 2016, 439-448.
- VANDENBOGAERDE, M., “*Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*”, Mortsel, Intersentia, 2009, 210.

- VIRGOS, M., GARCIMARTIN, F., “*The European Insolvency Regulation: Law and Practice*”, Den Haag, Kluwer Law International, 2004, 256.
- WYCKAERT, M., PARREIN, F., “*Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid?*” in K. GEENS (ed.), *Vennootschaps- en financieel recht. Themis, Brugge, die Keure*, 2011, 132.
- WYCKAERT, M.; PARREIN, F., “*Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid?*”, in GEENS, K., *Vennootschaps- en financieel recht. Themis, Brugge, die Keure*, 2011, 1-36.

WETGEVING

EUROPESE UNIE

- Verord. van het Europees Parlement en de Raad nr. 864/2007, van 11 juli 2007, betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, Pb. L 31 juli 2007, 199/40. (Rome II Verordening)
- Verord. van het Europees Parlement en de Raad nr. 2015/848, van 20 mei 2015, betreffende insolventieprocedures, Pb. L 5 juni 2015, 141/19. (Insolventie Verordening)
- Voorstel (Comm.) voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures, 12 december 2012, COM(2012) 744 final
- Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (geconsolideerde versie), *Pb. C* 326, 26 oktober 2012, p. 47–390.
- Verord. (EG) nr.1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, Pb.L 30 juni 2000, 160 (Insolventie Verordening voor de herschikking)
- Verord. van het Europees Parlement en Raad nr. 1215/2012, 12 december 2012, betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Pb. L 20 december 2012, afl. 351. (Brussel I Bis Verordening)
- Verord. van het Europees Parlement en Raad nr. 593/2008, 17 juni 2008, inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Pb. L 4 juli 2008, afl. 177. (Rome I Verordening)

BELGIE

- Wetsontwerp houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, Parl.St. Senaat 2003-04, nr. 3/27-7, 205-206.
- Wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen”, in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XX, en van de rechtshandhavingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht, Parl.St. Kamer, 20 april 2017, nr. 2407/001, 896.
- KB nr. 22 van 24 oktober 1934 betreffende het rechterlijk verbod aan bepaalde veroordeelden en gefailleerden om bepaalde ambten, beroepen of werkzaamheden uit te oefenen, BS 27 oktober 1934, 5768.
- Wet 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, BS 22 augustus 1978
- Wet van 8 augustus 1997 betreffende het faillissement, BS 28 oktober 1997. (Faillissementswet)
- Wet van 7 mei 1999 betreffende het wetboek van Vennootschappen, BS 6 augustus 1999. (W.Venn.)
- Wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, BS 27 juli 2004. (WIPR)

NEDERLAND

- Burgerlijk Wetboek, *Staatsblad Koninkrijk der Nederlanden*

VERENIGD KONINKRIJK

- Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995, te raadplegen op <http://www.legislation.gov.uk>

RECHTSPRAAK

EUROPESE UNIE

- HvJ 20 februari 1979, NO. 120/78, Rewe-Zentral AG t. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, www.curia.europa.eu.
- HvJ 22 februari 1979, 133/78, Gourdain t. Nadler, www.curia.europa.eu.
- HvJ 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, B. Keek t. D. Mithouard, www.curia.europa.eu.
- HvJ 5 mei 1995, C-384/93, Alpine Investments BV t. Minister van Financiën, www.curia.europa.eu.
- HvJ 30 november 1995, C-55/94, Reinhard Gebhard t. Consiglio dell' Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, www.curia.europa.eu.
- HvJ 30 september 2003, C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam t. Inspire Art Ltd, www.curia.europa.eu.
- HvJ 5 oktober 2004, C-442/02, Caixa-Bank France t. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, www.curia.europa.eu.
- HvJ 2 mei 2006, C-341/04, Eurofood IFCS Ltd, www.curia.europa.eu.
- HvJ 12 februari 2009, C-339/07, Christopher Seagon t. Deko Marty, www.curia.europa.eu.
- HvJ 10 september 2009, C-292/08, German Graphics Graphische Maschinen GmbH t. Alice van der Schee, www.curia.europa.eu.
- HvJ 12 mei 2011, C-144/10, Berliner Verkehrsbetriebe (BVG) t. JPMorgan Chase Bank NA, Frankfurt Branch, www.curia.europa.eu.
- HvJ 4 december 2014, C-295/13, H. t. H.K., www.curia.europa.eu.
- HvJ 10 september 2015, C-47/14, Holterman Ferho Exploitatie BV, Ferho Bewehrungsstahl GmbH, Ferho Vechta GmbH, Ferho Frankfurt GmbH t. Friedrich Leopold Freiherr Spies von Büllenheim, www.curia.europa.eu.
- HvJ 10 december 2015, C-594/14, Simona Kornhaas t. Thomas Dithmar, www.curia.europa.eu.

BELGIE

- Cass. 7 december 1973, RW 1973-74, 1597.
- Kh. Charleroi, 12 Oktober 1976, *RPS*, 1976.

NEDERLAND

- Hoge Raad (NL), 08 september 2017, nr. 16/02741, te vinden op www.rechtspraak.nl

ANDERE

- De Tijd, “*Geens begrenst schadeclaims tegen bestuurders*”, te vinden op <https://www.tijd.be/netto/dossier/uwgeldin2018/Geens-begrenst-schadeclaims-tegen-bestuurders/9963307>.
- LINDEMANS, G., “*De IPR-kwalificatie van pauliana-achtige aansprakelijkheid: welk label voor Peeters/Gatzen (“collectieve schade”)?”*”, te vinden op <https://corporatefinancelab.org/2017/09/15/de-ipr-kwalificatie-van-pauliana-achtige-aansprakelijkheid-welk-label-voor-peetersgatzen-collectieve-schade/>.
- LINDEMANS, G., VANANROYE, J., “*Vrije keuze van vennootschapsrecht: enkele kritische kanttekeningen*”, te vinden op https://corporatefinancelab.org/2017/04/09/vrije-keuze-van-vennootschapsrecht-enkele-kritische-kanttekeningen/#_ftnref7.