

Faculteit: Rechtsgeleerdheid

Studiegebied: Rechten, notariaat en criminologische wetenschappen

Opleiding: Master in het vennootschapsrecht

## **Is het faillissementsrecht in faling?**

**Over de invloed van de remuneratie van de curator op *bankruptcy governance***

Masterscriptie, aangeboden door

Dennis CARDINAELS

s0214370

tot het behalen van de graad van

Master in het vennootschapsrecht

Promotor: Prof. Dr. Joeri Vananroye

Indieningsdatum : donderdag, 21 mei 2015

**Academiejaar 2014-2015**

Faculteit: Rechtsgeleerdheid

Studiegebied: Rechten, notariaat en criminologische wetenschappen

Opleiding: Master in het vennootschapsrecht

## **Is het faillissementsrecht in faling?**

**Over de invloed van de remuneratie van de curator op *bankruptcy governance***

Masterscriptie, aangeboden door

**Dennis CARDINAELS**

s0214370

tot het behalen van de graad van

Master in het vennootschapsrecht

Promotor: Prof. Dr. Joeri Vananroye

Indieningsdatum : donderdag, 21 mei 2015

**Academiejaar 2014-2015**

*Als in hetzelfde ‘subject’ twee strijdige handelingen worden opgewekt, zal er noodzakelijk óf in allebei óf in één ervan een verandering moeten komen totdat ze niet meer strijdig zijn.<sup>1</sup>*

**(Spinoza, Ethica)**

---

<sup>1</sup> H. VAN RULER en C. VERMEULEN, *Benedictus De Spinoza: Ethica*, Amsterdam, Uitgeverij Boom, 2012, 252 (waarbij ‘subject’ metafysisch als ‘ding’ omschreven wordt en niet bedoeld wordt op een natuurlijke persoon).

## Samenvatting

Het faillissementsrecht biedt het ultieme middel om bestuursaansprakelijkheden af te dwingen. Nochtans maakt naar Belgisch recht, in tegenstelling tot het Engels en Nederlands recht, een grondig uitgewerkt *corporate governance*-model bij faillissement plaats voor een onderontwikkeld *bankruptcy governance*-model waarbij aan de curator wat het voeren van aansprakelijkheidsvorderingen tegen het voormalig bestuur van de vennootschap betreft principieel een vorderingsmonopolie wordt toegekend onder marginaal toezicht van de ondernemingsrechtbank en de rechter-commissaris enerzijds en een nog beperkter toezicht van de vergadering van schuldeisers bij afsluiting van het faillissement anderzijds.

In de deze constellatie treedt het *agency conflict* tussen de curator en de schuldeisers in de boedel op de voorgrond. Daar waar immers in de mate het actief van de boedelgemeenschap meer en meer afneemt, enerzijds verwacht kan worden dat de schuldeisers in de boedel meer en meer het voeren van een boedelaansprakelijkheidsvordering tegen de voormalige bestuurder(s) zullen verkiezen, kan anderzijds van de curator verwacht worden dat hij minder en minder geneigd zal zijn deze boedelvordering in te stellen gelet op de op hem rustende gerechts- en transactiekosten die gepaard gaan met het voeren van deze boedelvordering. Bijgevolg blijkt dat net zoals bij de manager in de vennootschap in *going concern*, *incentives* bij de curator noodzakelijk zijn om (i) zijn risico-avers karakter te ontnemen, (ii) hem dienvolgens te prikkelen deze voor de boedel noodzakelijke aansprakelijkheidsvordering(en) in te stellen en (iii) derhalve *in globo* zijn belangen te aligneren met dezen van de schuldeisers *in* de boedel.

Daar waar dit in een systeem voornamelijk gebaseerd op boedelfinanciering *de lege ferenda* gerealiseerd kan worden via een aanpassing van het voorwerp van de verloning van de curator waarbij ten aanzien van het voeren van aansprakelijkheidsvorderingen de liquidatiekosten (voorgesloten gerechtskosten gesommeerd met de transactiekosten voortvloeiend uit het voeren van aansprakelijkheidsvorderingen) aan de curator minstens verzekerd worden, rijst de vraag hoe in dergelijk systeem de curator gefinancierd kan worden voor dezelfde activiteiten bij boedels zonder enig materieel actief maar met louter één aansprakelijkheidsvordering. Voorgesteld wordt om in dat kader in hoofdorde beroep te doen op een (op te richten) curatorenfonds. In subsidiaire orde zou een bijkomende overheidsfinanciering verzocht kunnen worden in de mate de kosten die gepaard gaan met het voeren van een boedelaansprakelijkheidsvordering de draagkracht van het fonds zouden overschrijden. In de mate de te verlenen kosten lager zijn dan de verwachte opbrengsten zou uiterst subsidiair en in zoverre noodzakelijk financiering van de schuldeisers in de boedel zelf verzocht kunnen worden tot dekking van de kosten gepaard gaand met de uit te voeren boedelvordering.

Daar de remuneratie van de curator niet het sluitstuk maar eveneens het voorwerp van het *agency conflict* vormt, dient in navolging van de *managerial power approach* in tweede instantie gefocust te worden op de controle ten aanzien van de curator hetgeen zeker bij het ontnemen van het risico-avers karakter aan de curator *a fortiori* niet aan belang inboet. In navolging van het Engels en Nederlands recht kan *de lege ferenda* (i) globaal een verhoogde controle verdedigd worden via een te installeren schuldeiserscomité en (ii) kan specifiek de voorafgaande goedkeuring van de instelling van de boedelaansprakelijkheidsvordering bepleit worden.

Enkel een verandering op beide niveaus zal het faillissementsrecht toelaten de aan haar toebedeelde taak het vennootschapsrecht ‘tanden te geven’ waardig te vervullen.

## **Dankwoord**

Bij het voor de lezer prille begin van huidige masterscriptie, komt het gepast voor de nodige mensen te bedanken. Zonder deze mensen zou dit onderzoek immers onmogelijk tot hetzelfde resultaat geleiden hebben.

Ten eerste zou ik zeer graag Professor Vananroye willen bedanken voor zijn stipte begeleiding, zijn bijzonder waardevolle adviezen en kritische inzichten dewelke hij in het kader van mijn thesis doorheen het jaar deelde met me. Steeds stond professor Vananroye klaar om mijn vragen te beantwoorden en me zeer snel van de nodige feedback te voorzien. Zonder hem zou deze masterscriptie ongetwijfeld niet tot dit resultaat geleid hebben.

Ten tweede zou ik graag mijn ouders willen bedanken, niet alleen voor de onvoorwaardelijke steun die ze me ieder jaar steeds opnieuw gegeven hebben tijdens mijn rechtenopleiding, maar wederom voor het nalezen van mijn inmiddels tweede masterscriptie. Ook hun steun was zonder meer noodzakelijk om dit eindresultaat te bereiken.

*Last but not least* zou ik ook graag mijn vrienden willen bedanken niet alleen voor het nalezen van mijn thesis maar uiteraard ook voor de aangename ontspanning die ze me boden tijdens het schrijven van mijn thesis.

## Inhoudstafel

<b>Dankwoord</b> .....	<b>ii</b>
<b>Inhoudstafel</b> .....	<b>iii</b>
<b>Beknopte afkortingenlijst</b> .....	<b>vi</b>
<b>Lijst van bijlagen:</b> .....	<b>vii</b>
<b>Hoofdstuk 1 : Inleidende beschouwingen</b> .....	<b>1</b>
Afdeling A. Situering van het onderzoek .....	1
Afdeling B. Belang van het onderzoek : bankruptcy governance : <i>ubi est et quo vadis?</i> .....	3
Afdeling C. Onderzoeksvragen en onderzoeksmethodologie .....	6
Afdeling D. Werkhypotheses .....	7
<b>Hoofdstuk 2 : De boedelgemeenschap als “vereffeningsvennootschap”</b> .....	<b>9</b>
Afdeling A. Gelijkenissen tussen boedelgemeenschap en vennootschap .....	9
Afdeling B. Toepasselijke <i>agency conflicts</i> .....	15
<b>Hoofdstuk 3 : De remuneratie van de curator</b> .....	<b>20</b>
Afdeling A. Kwalificatie van de opdracht van de curator.....	20
Afdeling B. Vergoedingsregeling van de “manager” van de boedelgemeenschap .....	21
1. Gemeenrechtelijk regime .....	21
1.1. Zaakwaarneming? .....	21
1.2. Lastgeving als alternatief?.....	22
2. Huidige remuneratieregeling van de curator .....	23
2.1. Gewoon ereloon .....	23
2.2. Buitengewoon ereloon.....	24
2.3. Afzonderlijk ereloon .....	26
2.4. Kostenregeling .....	26
2.4.1. Kostenregeling algemeen .....	26
2.4.2. Gerechtskosten m.i.v. rechtsplegingsvergoeding .....	26

2.4.3. Kosten aan derden .....	29
2.4.4. Kosten voor verzekeringspremies en overige kosten .....	33
2.5. Provisioneel ereloon en provisionele kostendekking .....	34
2.6. Indexering.....	34
<b>Hoofdstuk 4 : Aansprakelijkheidsvorderingen namens de boedelgemeenschap .....</b>	<b>35</b>
Afdeling A. Karakteristieken van de aansprakelijkheidsvordering .....	35
1. De aansprakelijkheidsvordering als boedelvordering .....	35
1.1. “All together or alone?” Over collectieve of individuele schade.....	35
1.2. Ontstaan van collectieve schade.....	36
2. De aansprakelijkheidsgronden .....	37
Afdeling B. Varen of in de haven blijven? Evaluatie van de remuneratieregeling van curator in het licht van de boedelaansprakelijkheidsvordering.....	38
1. Rechtseconomische grondslag : managerial power approach.....	38
2. Rechtstreekse benadering : laag incentiverend karakter op basis van huidige remuneratieregeling.....	39
3. Onrechtstreekse benadering : laag incentiverend karakter op basis van in- en aanspraakregeling t.o.v. de curator.....	44
3.1. Controlerechten ex ante : inspraakrechten van de schuldeisers in de boedel.....	44
3.2. Controlerechten ex post: aanspraakrechten van de schuldeisers in de boedel .....	48
4. Financieringstechnieken van aansprakelijkheidsvordering in de (negatieve?) boedel	49
4.1. Voorwerp van de financiering? .....	49
4.2. Financieringswijze?.....	53
4.2.1. Toepasselijk onderscheid : boedels met en zonder materieel actief.....	53
4.2.2. Financieringsmodellen .....	54
4.2.2.1. Boedelfinanciering .....	54
4.2.2.2. Alternatieve financieringsmogelijkheden .....	56
i) Financiering via de overheid .....	56
ii) Niet-openen van insolventieprocedure.....	60

---

iii) Financiering van de aansprakelijkheidsvordering door de schuldeisers in de boedel .....	61
iv) Financiering via private derden.....	62
4.2.3. Aandachtspunten .....	66
4.2.3.1. Aanspraak op transactiekosten .....	67
4.2.3.2. Boedelarmoede.....	69
<b>Hoofdstuk 5: Voorstel <i>de lege ferenda</i> .....</b>	<b>72</b>
Afdeling A : Incentives via aangepast remuneratiebeleid.....	72
Afdeling B: Incentives via aangepast controlebeleid.....	74
1. Boedels met actiefbestanddelen .....	74
1.1. Controle ex ante: inspraakrechten van de schuldeisers in de boedel .....	74
1.2. Controle ex post: aanspraakrechten van de schuldeisers in de boedel .....	76
2. Boedels zonder of met onvoldoende actiefbestanddelen .....	76
Afdeling C: Toepassing op praktijkvoorbeelden .....	77
<b>Hoofdstuk 6: Algemeen besluit .....</b>	<b>78</b>
<b>Bibliografie.....</b>	<b>81</b>
<b>Bijlagen: .....</b>	<b>98</b>
Bijlage 1 : Artikel 2 van het KB ‘erelonen curator’ (proportionele vergoeding per schijf). 98	
Bijlage 2 : Artikel 6 van het KB ‘erelonen curator’ (afzonderlijke ereloon) .....	99



**Beknopte afkortingenlijst**

Acc.Bedr.M.	=	Accountancy en bedrijfskunde. Maandschrift
BW	=	Burgerlijk Wetboek
CFA	=	Conditional Fee Agreement
Ger.W.	=	Gerechtelijk Wetboek
ECFR	=	European Company and Financial Law Review
IA	=	Insolvency Act
InsO.	=	Insolvenzordnung
Int.Insolv.R.	=	International Insolvency Review
IR	=	Insolvency Rules
JLMB	=	Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles
KB	=	Koninklijk Besluit
Rev.Not.B.	=	Revue du notariat belge
RW	=	Rechtskundig weekblad
Sw.	=	Belgisch Strafwetboek
TBH	=	Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht
TGR-TWVR	=	Tijdschrift voor Gentse en West-Vlaamse rechtspraak
TVI	=	Nederlands Tijdschrift voor Insolventierecht
W.Faill.	=	Belgisch Faillissementswetboek
WLR	=	Wisconsin Law Review
W.Venn.	=	Belgisch Wetboek van Venootschappen

**Lijst van bijlagen:**

**Bijlage 1 : Artikel 2 van het KB ‘erelonen curator’ (proportionele vergoeding per schijf)**

**Bijlage 2 : Artikel 6 van het KB ‘erelonen curator’ (afzonderlijke ereloon)**

## Hoofdstuk 1 : Inleidende beschouwingen

1. *INLEIDING – Daar waar in de nasleep van de financiële crisis de aandacht volop gefocust wordt op ‘corporate governance’ om de uitoefening van de bestuurstaken te aligneren op de belangen van de aandeelhouders, blijft de faillissementsrechtelijke afdwinging van het vennootschapsrecht onderbelicht. Eén belangrijk kenmerk hiervan is de remuneratie van de curator die de lege lata weinig incentives voor een ‘good bankruptcy governance’ biedt. Twee casusvoorbeelden zullen de situatie illustreren waarna kort de onderzoeksvragen en –methoden gevolgd door enkele werkhypothesen toegelicht zullen worden.*

### Afdeling A. Situering van het onderzoek

2. *OPKOMST CORPORATE GOVERNANCE – In nasleep van de recente financiële crisis en voornamelijk de ermee gepaard gaande financiële schandalen (o.a. Enron, Lehman Brothers, Madoff Investments e.a.)<sup>2</sup> die leidden tot de ineensdorting van de bankenwereld en het faillissement van vele industrieën, creëerde dit niet alleen op nationaal niveau maar ook op internationaal niveau een incentive om aan vennootschappen beleidsmatig hogere eisen op te leggen wat betreft controle, transparantie en verantwoordelijkheid. Dit resulteerde dan ook in tal van nationale ‘corporate governance’- codes<sup>3</sup> en Europese initiatieven waaronder groenboek aangaande het EU-kader inzake corporate governance<sup>4</sup>.*

3. *JURIDISCH EN ECONOMISCH BELANG VAN CORPORATE GOVERNANCE – Aan de hand van dergelijke corporate governance-regels wordt getracht via een transparanter beleid en een*

---

<sup>2</sup> B. LUND “Top 10 Financial Scandals of All Time”, *Dailyfinance* 2014, raadpleegbaar op de website : <http://www.dailyfinance.com/2014/04/18/top-10-financial-scandals/>; S. DE GEYTER, “Money, money, money : over remuneratie van bestuurders en topmanagers”, *TRV* 2013, 16; W.A. ALLEN, *International Liquidity and the Financial Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 1-14; R.A.G. MONKS en N. MINOW, *Corporate Governance*, West-Sussex, John Wiley & Sons Ltd, 2011, 302-303; R.A.G. MONKS en N. MINOW, *Corporate Governance*, West-Sussex, John Wiley & Sons Ltd, 2011, xviii-xxv, 266; Specifiek over de krediet- en liquiditeitsrisico’s: M.J.K. DE CEUSTER, “Van kredietrisico tot liquiditeitsrisico: een regulatoire zoektocht naar een veiliger financieel systeem”, *Bank.Fin.* 2010, 283-288; N. LYBAERT en K. BERVOETS, “De kennisgeving van het corporate governance-hoofdstuk en de invloed op winstmanipulatie”, *Acc.Bedr.M.* 2008, 9; A. RENDERS, S. VANDENBOGAERDE en S. VERFAILLE, “Eigendomsstructuren en corporate governance: complementen of substituten”, *Acc.Bedr.M.* 2008, 3

<sup>3</sup> In onder andere Engeland, Frankrijk, Duitsland, Denemarken, Zweden, Nederland en België. Cf. D.T.N. HUY en D.T.N. HIEN, “The backbone of European corporate governance standards after financial crisis, corporate scandals and manipulation”, *EBR* 2010, 215-240

<sup>4</sup> S. DE GEYTER, “Money, money, money : over remuneratie van bestuurders en topmanagers”, *TRV* 2013, 16; O. DEBRAY en D. LEMBERGER, “La nouvelle loi “Corporate Governance” et les limites à la remuneration et aux indemnités des dirigeants d’entreprise”, *Bank.Fin.R.* 2010, 195-196

verhoogde controle een deugdelijk(er) bestuur te creëren<sup>5</sup>. Het (hernieuwde<sup>6</sup>) belang van corporate governance wordt niet alleen op juridisch gebied onderschreven maar kent ook bijval vanuit economische hoek waar het wordt ingebed in de op de ‘*law and economics*’-beweging geïnspireerde contracttheorie<sup>7</sup>. Hierbij worden ondernemingen/vennootschappen gezien als een verbinding (*nexus*) van (talloze) contractuele relaties<sup>8</sup> waarbij de economische actoren zich elk ten opzichte van elkaar bevinden in een hypothetische onderhandelings situatie. Elkeen streeft hierbij vanuit diens eigen belang naar een maximalisatie/optimalisatie van diens eigen economisch profijt<sup>9</sup>. Een cruciaal element in het streven naar een maximalisatie van de economische belangen van enerzijds de vennootschap, diens aandeelhouders, schuldeisers en werknemers en anderzijds de bestuurders is ongetwijfeld de remuneratie/vergoeding van de bestuurder en/of het management (afhankelijk van het dualistisch dan wel monistisch model). Dit krijgt nog meer reliëf indien de vergoedingen betrekking hebben op het bestuurdersmandaat in een onderneming in

---

<sup>5</sup> O. DEBRAY en D. LEMBERGER, “La nouvelle loi “Corporate Governance” et les limites à la remuneration et aux indemnités des dirigeants d’entreprise”, *Bank.Fin.R.* 2010, 195-196; H. BRAECKMANS, “Verantwoording en verantwoordelijkheid inzake behoorlijk bestuur van de vennootschap” in UALS UNIVERSITY OF ANTWERP LEGAL SCHOOL (eds.), *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2008, 278; A. RENDERS, S. VANDENBOGAERDE en S. VERFAILLE, “Eigendomsstructuren en corporate governance: complementen of substituten”, *Acc.Bedr.M.* 2008, 3-4; C. VAN HULLE, “Corporate Governance: inherent klant van de schandaalpers?”, *TEM* 2003, 180

<sup>6</sup> In de US: Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745; B. KIM, “Recent developments: Sarbanes-Oxley Act”, *Harv. J.* 2003, 235; Naar EU en Engels recht: K.J. HOPT en P.C. LEYENS, “Board Models in Europe - Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy : ECGI - Law Working Paper No. 18/2004; F.S. KIEFF en T.A. PAREDES, *Perspectives on Corporate Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 1-4 en 118; G. KIRKPATRICK, “Corporate Governance Lessons from the Financial Crisis”, *OECD Journal: Financial Market Trends*, 2009, 63-65; A. DEY, “Corporate Governance and agency conflicts”, *Journal of Accounting Research* 2008, 1144; R.C. SMITH en I. WALTER, *Governing the modern corporation: capital markets, corporate control and economic performance*, New York, Oxford University Press, 2007, 116; J. ARMOUR, S. DEAKIN en S. KONZELMANN, “Shareholder primacy and the trajectory of UK Corporate Governance” *British Journal of Industrial Relations* 2003, 532; Naar Belgisch recht: P. WATY en A. GUDIENS, “Executive compensation” in K. GEENS, K. MACOURS, X. DIEUX, P. WATY, C. DARVILLE, J. LIEVENS en BARON BUYSSE, *Tendensen in het bedrijfsrecht: corporate governance: keurslijf of sleutel tot succes?*, Brussel, Bruylant, 2010, 158; A. RENDERS, S. VANDENBOGAERDE en S. VERFAILLE, “Eigendomsstructuren en corporate governance: complementen of substituten”, *Acc.Bedr.M.* 2008, 4; L. VAN DEN BERGHE, H. DE WULF en P. HAMER, *Corporate Governance: Comment optimiser votre conseil d’administration*, Editions Kluwer, 2003, 1; C. VAN HULLE, “Corporate Governance: inherent klant van de schandaalpers?”, *TEM* 2003, 180; A. FRANÇOIS, *Vennootschapsbelang*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, 62

<sup>7</sup> J.R. MACEY, *Corporate governance : promises kept, promises broken*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2008, 19

<sup>8</sup> S. COOLS, *De verdeling van beslissingsbevoegdheden tussen de algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, proefschrift ingediend met oog op het verkrijgen van de graad van Doctor in de Rechten, 2014, 39; M.C. Jensen en W.H. Meckling, “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure”, *Journal of Financial Economics* 1976, 310

<sup>9</sup> F.H. EASTERBROOK en D.R. FISCHER, *The economic structure of corporate law*, Harvard, Harvard University Press, 1991, 6; J.R. MACEY, *Corporate governance : promises kept, promises broken*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2008, 20

moeilijkheden. Zo vormde recent, onder meer in het begin van 2014, de vergoeding van de CEO van de restbank van Dexia voorwerp van discussie<sup>10</sup>.

#### **Afdeling B. Belang van het onderzoek : bankruptcy governance : *ubi est et quo vadis?***

4. REMUNERATIE CURATOR ON(DER)BELICHT – Daar waar over de vergoeding voor CEO's inmiddels behoorlijk wat inkt gevloeid is, staat dit in schril contrast met de aandacht besteed aan de remuneratie(regeling) van de curator. Bekeken vanuit het economisch belang wat schuldeisers hebben in een faillissement is dit om meerdere redenen opmerkelijk. Ten eerste omdat schuldeisers, eerder dan bij de vergoeding van de CEO<sup>11</sup>, direct belang hebben bij een positieve vereffening. Hoewel schuldeisers bij de remuneratie van de bestuurder van een actieve vennootschap slechts een indirect belang hebben in de mate dat de vergoeding van de bestuurder een incentive creëert en een waardeverhogend effect teweegbrengt in de vennootschap, hebben zij een direct actueel omlijnd belang bij de vereffening van een gefailleerde vennootschap. Deze vaststelling verscherpt door het hoge aantal faillissementen. Hoewel in 2014 procentueel de grootste daling sinds begin deze eeuw in aantal faillissementen genoteerd kon worden, belette dit niet dat in 2014 alsnog op jaarbasis het tweede hoogst aantal faillissementen genoteerd werd. Maar zelfs in perioden van “*upswing*” van de economie<sup>12</sup>, blijven faillissementen zoals blijkt uit bovenstaande lijngrafiek een reëel risico. Ten tweede geniet de curator – als boedelschuldeiser – een verhaalvoorrang ten opzichte van de chirografaire schuldeisers en tast zijn uit de boedel betaalde remuneratie het verhaalbaar gedeelte aan van de schuldeisers met een lagere rang<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> X, Karel De Boeck blijft twee jaar langer CEO van Dexia met jaarloon van 600.000 euro, *Trends* 2014, raadpleegbaar op de website : <http://trends.knack.be/economie/mensen/karel-de-boeck-blijft-twee-jaar-langer-ceo-van-dexia-met-jaarloon-van-600-000-euro/article-normal-257875.html>

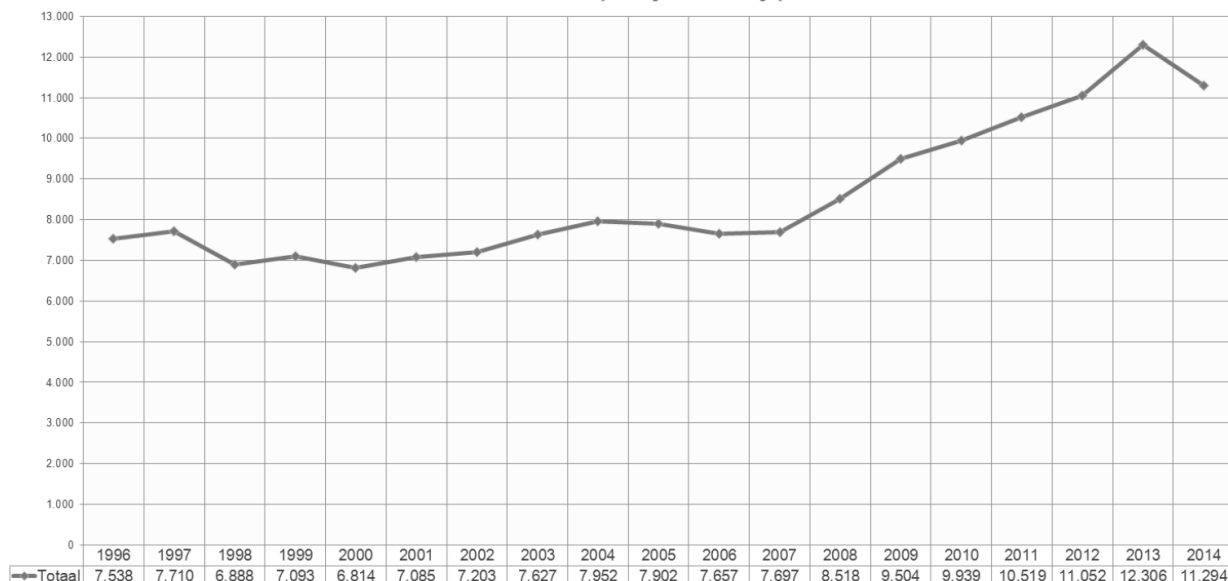
<sup>11</sup> Los van de ethische discussies omtrent de hoegrootheid van de vertrekvergoedingen en verloningen van CEO.

<sup>12</sup> Gedoeld wordt op de periode vóór de uitbraak van de financiële crisis in 2007-2008. Cf. Graydon, studie, 6 januari 2015, Faillissementen 2014, [https://graydon.be/uploads/files/20150105\\_BRANCHEONDERZOEK\\_faillissementen\\_201412.pdf](https://graydon.be/uploads/files/20150105_BRANCHEONDERZOEK_faillissementen_201412.pdf)

<sup>13</sup> Zijnde de chirografaire schuldeisers, schuldeisers met een achtergestelde schuldvordering en kapitaalschuldeisers.

GRAYDON  
open in business

Evolutie faillissementen op jaarbasis  
Évolution des faillites sur base annuelle  
bron/source: Graydon Belgium nv/sa www.graydon.be



5. BANKRUPTCY GOVERNANCE? – Net omwille van het hoge aantal faillissementen en het meerzijdig belang van de schuldeiser noopt dit tot een omstandigere kijk op de vergoedingsregeling van de curator. Indien een vennootschap insolvent is, primeren immers de belangen van de schuldeisers als *residual riskbearers* boven de *residual claims* van de aandeelhouders (cf. *infra*)<sup>14</sup>. Daar waar met de opkomst van *corporate governance* daarentegen de aandacht toegespitst werd op enerzijds de controlerechten ten aanzien van de uitvoerend bestuurders (managers) en anderzijds de remuneratie en meerwaardedoelstelling ervan, blijkt dat een analoge bankruptcy governance onterecht nauwelijks tot geen aandacht toebedeeld werd<sup>15</sup>. Sterker nog: de beperkte<sup>16</sup> controleregeling t.a.v. de curator wordt zelfs door bepaalde rechtsleer o.i. onterecht als een wantrouwen vanwege de wetgever ten aanzien van de curator beschouwd<sup>17</sup>. Zoals *infra* blijken zal, is echter ook bij de curator net zoals bij

<sup>14</sup> Naar Belgisch recht: J. VANANROYE, “Organisatierecht : werfbezoek aan een onvoltooide piramide”, *Acta Falconis*, 2014, 17; H. VANDER BAUWHEDE, “Corporate Governance and the cost of debt financing: European Evidence”, *Acc.Bedr.M.* 2008, 21; Naar Nederlands recht: M. OLAERTS, *Vennootschappelijke beleidsbepaling in geval van financiële moeilijkheden; de positie van bestuurders en aandeelhouders*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 38 en 231; Naar Engels recht: A. KEAY, “Wrongful trading and the liability of company directors: a theoretical perspective”, *Legal Studies* 2005, 433

<sup>15</sup> J. VANANROYE, “Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid”, in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 299

<sup>16</sup> Zeker rechtsvergelijkend wordt er meer aandacht besteed aan de controle op de curator bij de vereffening n.a.v. het faillissement: cf. *infra*.

<sup>17</sup> F. T. KINT en W. DERIJCKE, *La faillite*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2006, 312

de bestuurder vereist dat zijn belangen gealigneerd worden met deze van de schuldeisers *in* de boedel.

6. AANSPRAKELIJKHEIDSVORDERINGEN TEGEN VOORMALIG BESTUUR – Een belangrijk element in deze “bankruptcy governance” is de instelling van aansprakelijkheidsvorderingen (voor bestuurdersfouten) tegen het voormalig bestuur en/of management van de vennootschap<sup>18</sup>. Het faillissementsrecht fungeert als een laatste ‘wapen’ waarmee de aansprakelijkheid van de bestuurders voor vennootschapsrechtelijke fouten bestreden kan worden<sup>19</sup>. Zeker naarmate in een boedel het materieel actief afneemt, zal de hoop van de niet-bevoorrechte schuldeisers meer en meer toenemen op de instelling van een aansprakelijkheidsvordering door de curator. Twee toepassingsvoorbeelden naar Belgisch recht kunnen dit schetsen:

7. TOEPASSINGSVOORBEELDEN BOEDELAANSPRAKELIJKHEIDSVORDERINGEN – In beide procedures werd de curator belast met de vereffening van een faillissement waarin hij in de boedel een aansprakelijkheidsvordering tegen het (voormalig) bestuur van de vennootschap vond. De curator vordert in de eerste casus een aanspraak op een buitengewoon ereloon gelet op de (extra) tijd (i.e. 68h) die vereist was om de aansprakelijkheidsvordering te laten welslagen<sup>20</sup>. Een eerste (descriptieve) vraag<sup>21</sup> die hieruit voortvloeit is of de instelling van een aansprakelijkheidsvordering een *buitengewoon* ereloon kan rechtvaardigen. Ten tweede kan (normatief) gevraagd worden in welke mate überhaupt een onderscheid tussen gewoon en buitengewoon ereloon vereist is dan wel via een andere weg tot een voor de curator voldoeninggevende oplossing kan gekomen worden? De situatie werd evenwel penibeler in de tweede<sup>22</sup> casus waarin de curator een boedel aantrof zonder materieel actief. Volgens het principe dat de kosten (mede voor de instelling en uitvoering van gerechtelijke procedures) en het ereloon van de curator slechts vergoed zouden kunnen worden in de mate er actief aanwezig is dan wel gerealiseerd wordt in de boedel, rees in deze casus de vraag hoe de curator, die zoals een chirurg in Afrika zonder/met beperkte middelen een ‘ingreep’ diende uit

---

<sup>18</sup> R.D. VRIESENDORP, *Onbehoorlijk bestuur in het insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 1997, 45; J.S. JOSLIN, “Torts and bankruptcy”, *Boston College Law Review*, 1960, 185

<sup>19</sup> J. VANANROYE, “Organisatierecht : werkbezoek aan een onvoltooide piramide”, *Acta Falconis*, 2014, 33; F. TOLMIE, “Funding litigation by liquidators: a consideration of the amendment to Rule 4.218”, *Insolvency Lawyer*, 2003, 153

<sup>20</sup> Bergen, 23 oktober 2006, *TBH* 2007, 600

<sup>21</sup> De precieze onderzoeksvragen van huidig onderzoek vormen het voorwerp van afdeling 3. De vragen die hier opgeworpen worden, dienen louter om de probleemstelling via praktijkvoorbeelden te duiden.

<sup>22</sup> Brussel, 15 maart 2001, *TBH* 2001, 51 met noot R. PARIJS

te voeren<sup>23</sup>, vergoed zou worden voor de kosten gepaard gaand met de instelling van deze aansprakelijkheidsvordering...? Deze laatste toepassing laat reeds aanvoelen dat het faillissementsrecht wat initieel oogt als een sterk ‘wapen’ om vennootschapsrechtelijke fouten te bestrijden, bij gebrek aan middelen zich *de facto* dreigt te presenteren als een ‘lege huls’.

### Afdeling C. Onderzoeksvragen en onderzoeksmethodologie

8. ONDERZOEKSVRAGEN : IN ABSTRACTO – Vanuit het gebrek aan aandacht naar Belgisch recht voor bankruptcy governance, het in de probleemstelling aangetoond (miskend?) belang van een zo positief mogelijke vereffening van de boedel en de invloed die remuneratie hierop kan hebben<sup>24</sup> wordt in huidig onderzoek aandacht besteed aan de vergoeding *de lege lata* en *de lege ferenda* van de curator. Dit onderzoek valt uiteen in drie onderzoeksvragen:

- (i) Welk is de vergoeding van de curator *de lege lata* naar Belgisch recht?
- (ii) Hoe beïnvloedt de remuneratie van de curator de wijze waarop hij de vereffening / het beheer van het faillissement zal uitvoeren? Meer specifiek: in welke mate beïnvloedt de verloning van de curator de al dan niet uitvoering van aansprakelijkheidsvorderingen in de boedel?
- (iii) Welk zijn de tekortkomingen aan huidig systeem naar Belgisch recht en hoe kan er *de lege ferenda* een optimalere “bankruptcy governance” tot stand gebracht worden aan de hand van de vergoeding van de curator? Meer specifiek: hoe kan de verloning van de curator er hem toe aanzetten aansprakelijkheidsvorderingen in de boedel in te zetten?

9. ONDERZOEKSMETHODEN – Het onderzoek valt uiteen in twee methoden. Aan de ene kant een juridische methode, aan de andere kant een (rechts)economische. De juridische methode valt op zijn beurt uiteen in twee onderdelen : aan de ene kant wordt vergeleken met de corporate governance-structuur die van toepassing is op de vennootschappen in *going concern*. Aan de andere kant wordt gebruik gemaakt van een synchronische en functionele

---

<sup>23</sup> Met dank aan Prof. Vananroye voor deze vergelijking. Cf. J. VANANROYE, “Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid”, in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMANS en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 263

<sup>24</sup> U. GNEEZY, S. MEIER en P. REY-BIEL, “When and why incentives (don’t) work to modify behaviour”? *Journal of Economic Perspectives*, 2011, 191 e.v.



micro-rechtsvergelijking<sup>25</sup>. Er wordt voornamelijk gekozen voor een rechtsvergelijking met Engeland en Noord-Amerika daar de common law-traditie beter ingebed is in een law & economics-traditie dan de continentale rechtstraditie<sup>26</sup>. De *law & economics* aan de andere kant biedt talrijke studies aan die onderzoeken in welke mate de remuneratie al dan niet een invloed uitoefenen kan op de bestuursbevoegdheden van de (uitvoerend) bestuurder c.q. curator (cf. *infra* hoofdstuk 2). Voorts laat het toe om vanuit een normatieve en economisch predictieve finaliteit de regelgeving *de lege lata* te evalueren<sup>27</sup> en zo tot slot een pareto-efficiënt voorstel *de lege ferenda* te formuleren<sup>28</sup>.

## Afdeling D. Werkhypotheses

10. WERKHYPOTHESES – In het kader van huidig onderzoek wordt vertrokken van de volgende drie werkhypotheses waarop het verdere verloop van het onderzoek gefundeerd zal zijn:

- (i) In eerste instantie wordt vertrokken vanuit de vooronderstelling dat elke economisch rationele actor zo zal handelen op een manier waarmee hij/zij zijn winsten zal maximaliseren<sup>29</sup>.
- (ii) In tweede instantie wordt in navolging van de meer recente<sup>30</sup> rechtsleer ervan uitgegaan dat er *de lege lata* in het Belgisch recht gefundeerd op juridisch,

---

<sup>25</sup> G. BOURGEOIS, *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1998, 4; K. ZWEIGERT en H. KÖTZ, *Introduction to comparative law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 5

<sup>26</sup> U. MATTEI, *Comparative Law and Economics*, Michigan, The University of Michigan Press, 1997, 77

<sup>27</sup> B. OPPETIT, “Droit et économie” in F. Terré, *Archives de philosophie du droit tome 37 : droit et économie*, Parijs, Sirey 1992, 23

<sup>28</sup> B. OPPETIT, “Droit et économie” in F. Terré, *Archives de philosophie du droit tome 37 : droit et économie*, Parijs, Sirey 1992, 22

<sup>29</sup> R. COOTER en T. ULEN, *Law and economics*, Addison-Wesley, The Pearson series in economics 2014, 12-13; *Contra*: Het ACM (authentic consent model) houdt thans voor dat economische actoren niet alleen gedreven worden door self-interest maar ook door een ongespecificeerde hoeveelheid van reciprociteit : cf. A. DUGGAN, “Contractarianism and the law of corporate insolvency”, *Can.Bus.L.J.* 2005, 470-471

<sup>30</sup> Zo is er in dit kader uitvoerige literatuur over de maatschap die zonder rechtspersoonlijkheid te genieten als afgescheiden vermogen gekwalificeerd wordt (of worden kan): J. VANANROYE, “Slingerende toerekening : de zakelijke rechten van een maatschap”, *TRV* 2014, 247; K. GEENS en P. VAN OMMESLAGHE, “De organisatie van het stelsel van de personenvennootschappen”, in H. BRAECKMANS, O. CAPRASSE, Y. DE CORDT, H. DE WULF, X. DIEUX, P.A. FORIERS, A. FRANCOIS, K. GEENS, F. HELLEMANS, G. HORSMANS, K. MARESCEAU, J.M. NELISSEN GRADE, P. VAN OMMESLAGHE en M. WYCKAERT, *De modernisering van het vennootschapsrecht : op initiatief van het Belgisch centrum van het vennootschapsrecht*, Brussel, Larcier, 2014, 24; J. Vananroye, Onverdeelde boedel en rechtspersoon, Antwerpen, Biblo, 2014, 235-294; M.E. STORME, *Zekerheden- en insolventierecht Deel II en v.*, Gent-Mariakerke 2013, 195, 201 ([www.storme.be](http://www.storme.be)); K. GEENS, “200 jaar vennootschapsrecht in perspectief : Quo vadis ius societatum?”, *TPR* 2007, 80-81; M. DELBOO, de familiale burgerlijke maatschap, *Not.Fisc.M.* 2003, 270; P. VAN OMMESLAGHE, “le droit commun de la société et la société de droit commun”, in P.A FORIERS eds. *Aspects récents du droit des contrats, éditions du jeune barreau*

rechtsvergelijkende en economische motieven, afgescheiden vermogens bestaan zonder dat hiervoor rechtspersoonlijkheid vereist is.

- (iii) In navolging van de recente cassatierechtspraak en rechtsleer (cf. *infra* hoofdstuk 2) kan voortbouwend op de ‘erkenning’ van afgescheiden vermogens zonder rechtspersoonlijkheid ervan uitgegaan worden dat de boedelgemeenschap beschikt over dergelijk afgescheiden vermogen<sup>31</sup>. Deze assumptie waarbij de boedelgemeenschap met een ‘vennootschap’ wordt vergeleken laat toe om (dieper) inzicht te krijgen in de faillissementsboedel<sup>32</sup>.

\*

\*

\*

---

*de Bruxelles*, Brussel 2001, 218; J. VANOVERBEKE “De familiale burgerlijke vennootschap – Een instrument voor successieplanning”, *TFR* 2000, 609-611; 34; K. GEENS, “Overzicht van rechtspraak : vennootschappen (\*)”, 1992-1998, *TPR* 2000, 140; M.E. STORME, “Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1998, 90 raadpleegbaar op de site : <https://www.law.kuleuven.be/web/mstorme/trust.pdf>; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés : Tome 2*, Kluwer, Diegem, 1997, 202, 316 (randnummer 1476 en 1672); J. VANANROYE, “Over stille en openbare maatschappen”; K. GEENS, De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995, Biblo, Kalmthout 1995, 29-30

<sup>31</sup> Cass. 4 februari, *RW* 2011-2012, 370 met noot J. VANANROYE; Cass. 10 december 2008, *Pas.* 2008, 2907; Cass. 17 januari 2008 *TBH* 2008, 321; Cass. 24 oktober 2002, *RW* 2002-2003, 902 met concl. G. DUBRULLE, eveneens geciteerd in J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 231; Cass. 19 oktober 1999, *TRV* 2000, 457 met noot J. VANANROYE, *Arr. Cass.* 1999, 1295; Cass. 26 februari 1981, *RW* 1981-1982, 2836 waarin het Hof van Cassatie stelt dat nagegaan dient te worden of het “*een schuldvordering van de boedel dan wel een schuldvordering in de boedel is*”; J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 232; C. BERCKMANS, “Schuldeisers en stilzitten curator: het monopolie doorbroken?”, *NJW* 2012, 478; P. SOENS, “Stopzetting van een vennootschap- het faillissement” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2001, IV, 3 e.v.; Contra : A. ZENNER, “Des frais et dépenses de l’administration de la faillite aux dette de masse”, in X, *Les créanciers et le droit de la faillite*, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1983, 687

<sup>32</sup> J. VANANROYE, De Civielrechtelijke aansprakelijkheids van een curator: tanden zonder tijger? in I. SAMOY en JURA FALCONIS, *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 140-141; J. VANANROYE, “Organisatierecht : werfbezoek aan een onvoltooide piramide”, *Acta Falconis*, 2014, 30-33

## Hoofdstuk 2 : De boedelgemeenschap als “vereffeningsvennootschap”

11. *INLEIDING – De assumptie van boedelgemeenschap als afgescheiden vermogen biedt het inzicht om deze, vanuit een rechtseconomisch contractariaanse visie, functioneel te vergelijken met een vennootschap*<sup>33</sup>. Hiermee kunnen de vennootschapsrechtelijke agency conflicten getransponeerd worden naar de insolventieboedel hetgeen in de latere hoofdstukken toelaat via de managerial power approach de incentives te bepalen die vereist lijken voor een verbeterde bankruptcy governance (toegespitst specifiek t.a.v. het voeren van aansprakelijkheidsvorderingen).

### Afdeling A. Gelijkenissen tussen boedelgemeenschap en vennootschap<sup>34</sup>

12. BOEDELGEMEENSCHAP = AFGESCHIEDEN VERMOGEN – Ondanks onterechte<sup>35</sup> doctrinale strekkingen die bepalen dat de faillissementsboedel rechtspersoonlijkheid<sup>36</sup> behoeft of een “instelling *sui generis*”<sup>37</sup> creëert, kan de faillissementsboedel in navolging van het Belgisch Hof van Cassatie<sup>38</sup> zoals naar Frans<sup>39</sup>, Noord-Amerikaans<sup>40</sup>, Nederlands<sup>41</sup>, Engels<sup>42</sup>, Duits<sup>43</sup>

<sup>33</sup> J. VANANROYE, “Organisatierecht : werfbezoek aan een onvoltooide piramide”, *Acta Falconis*, 2014, 30 e.v.

<sup>34</sup> J. VANANROYE, De Civielrechtelijke aansprakelijkheids van een curator: tanden zonder tijger? in I. SAMOY en JURA FALCONIS, *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 140

<sup>35</sup> De auteur (A. ZENNER, “Des frais et dépenses de l’administration de la faillite aux dette de masse”, in X, *Les créanciers et le droit de la faillite*, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1983, 687) vertrekt ten onrechte van de premisse dat afgescheiden vermogens enkel bestaan in zoverre rechtspersoonlijkheid toegekend wordt aan hen. Deze auteur stelt dat de insolventieboedel bij gebrek aan rechtspersoonlijkheid niet beschikken kan over schulden. Vanuit onze assumptie en opvatting dat er wel degelijk afgescheiden vermogens bestaan, dient in navolging van herhaaldelijke cassatierechtspraak, deze opvatting dan ook afgekeurd te worden.

<sup>36</sup> A. ZENNER, “Des frais et dépenses de l’administration de la faillite aux dette de masse”, in X, *Les créanciers et le droit de la faillite*, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1983, 687

<sup>37</sup> W. DERIJCKE, “De rechtspersoonlijkheid van de failliete boedel”, in A. BOSSUYT, B. DECONINCKX, E. DIRIX, A. FETTWEIS en E. FORIER, *Liber spei et amicitiae: Ivan Verougstraete*, Brussel, Larcier, 2012, 297-304

<sup>38</sup> Cass. 28 maart 2014, *TRV* 2014, 788 met noot G. LINDEMANS; Cass. 4 februari, *RW* 2011-2012, 370 met noot J. VANANROYE; Cass. 10 december 2008, *Pas.* 2008, 2907; Cass. 17 januari 2008 *TBH* 2008, 321; Cass. 24 oktober 2002, *RW* 2002-2003, 902 met concl. G. DUBRULLE, eveneens geciteerd in J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 231; Cass. 19 oktober 1999, *TRV* 2000, 457 met noot J. VANANROYE, *Arr.Cass.* 1999, 1295; Cass. 16 juni 1988, *RCJB* 1990, 15 met noot I. VEROUGSTRATE; J. VANANROYE, “Organisatierecht : werfbezoek aan een onvoltooide piramide”, *Acta Falconis*, 2014, 30-32; M. LEMAL, *Pratique du droit: les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2012, 13 (“*patrimoine d’affectation*”); J. VANANROYE, “Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid”, in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 268; I. VEROUGSTRATE, “Dettes de masse, privilèges et monnaie de faillite”, noot onder Cass. 16 juni 1988, *RCJB* 1990, 18 e.v.

<sup>39</sup> Het Frans recht verleent zelfs rechtspersoonlijkheid aan de faillissementsboedel: Cass.com. 27 oktober 1964, *D.* 1965, 129 met noot M. CABRILLAC; Eveneens geciteerd in C.S.A. HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Issy-les-Moulineaux Cedex, LDGJ Lextenso Editions, 2014, 24 (randnr. 28).

<sup>40</sup> U.S. Code, Title 11, §541; C.J. TABB en R. BRUBAKER, *Bankruptcy Law: Principles, Policies and Practice*, Cincinnati Ohio, Anderson Publishing Co., 2003, 129

<sup>41</sup> B. WESSELS, *Vereffening van boedels*, Deventer, Kluwer, 2001, 26-27 (baten van de boedel), 37-65 (schulden van de boedel); F. VERSTIJLEN, *De faillissementscurator*, Brabant, W.E.J. Tjeenk Willink, 1998, 168; G.A.J. BOEKRAAD, *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, 43; *Contra*: Anderen nemen ten onrechte in Nederland aan dat de insolventieboedel de vorm van een rechtspersoon zou

en Italiaans<sup>44</sup> recht als afgescheiden vermogen<sup>45</sup> gekarakteriseerd worden<sup>46</sup>. Dit betekent dat deze boedel een eigen vermogen heeft met zowel een passiefbestanddeel als een ermee correlerend actiefbestanddeel<sup>47</sup>. Eén van deze (mogelijks belangrijkste) activa<sup>48</sup>, zijn de aansprakelijkheidsvorderingen die de curator kan instellen tegen de bestuurders van de gefailleerde vennootschap voor bestuurdersfouten waarvoor zij aansprakelijk zouden zijn (cf. *infra*, hoofdstuk 4)<sup>49</sup>. Deze aansprakelijkheidsvordering doelt op de collectieve schade waarmee het netto-actief van de boedelgemeenschap gedaald is of het netto-passief gestegen is<sup>50</sup> en niet op de individuele vorderingen die de schuldeisers *ut singuli* kunnen instellen tot het ogenblik van faillissement<sup>51</sup>.

---

aannemen: J.A.L.M. LOEFF, *Wat moet worden verstaan onder faillissementskosten en hoe behooren deze te worden gedragen?*, *preadvies NJV 1935*, 's Gravenhage, Belinfante, 1935, 16

<sup>42</sup> Brook v. Reed, [2011] B.C.C. 423

<sup>43</sup> G. HUECK en C. WINDBICHLER, *Gesellschaftsrecht*, München, C.H. Beck, 307

<sup>44</sup> C. ANGELICI en G.B. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Turijn, UTET Giuridica Wolters Kluwer Italia, 651 waarin de auteur letterlijk spreekt over een afgescheiden vermogen (“*Per effetto dello spossamento si attua una specifica separazione del patrimonio dalla persona del fallito e una sua specifica destinazione al soddisfacimento dei creditori esistenti ..*”)

<sup>45</sup> Zonder rechtspersoonlijkheid weliswaar. Rechtspersoonlijkheid wordt immers slechts verkregen via de neerlegging van een uittreksel te griffie van de oprichtingsakte. Cf. M. LEMAL, *Pratique du droit: les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2012, 13

<sup>46</sup> Waarbij de activa onder collectief beslag geplaatst worden.

<sup>47</sup> Naar Belgisch recht: Cass. 26 februari 1981, RW 1981-1982, 2836 waarin het Hof van Cassatie stelt dat nagegaan dient te worden of het “*een schuldvordering van de boedel dan wel een schuldvordering in de boedel is*”; J. VANANROYE, “Organisatierecht : werfbezoek aan een onvoltooide piramide”, *Acta Falconis*, 2014, 30-32; J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 231-232; J. VANANROYE, “Quis curabit ipsos curatores”, *TRV*, 2013, 209; J. VANANROYE, “Collectieve en individuele schade na faillissement : een kwestie van concrete schadebegroting”, *RW 2011-12*, 372; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 80-81; Naar Engels recht: Brook v. Reed, [2011] B.C.C. 423; Naar Nederlands recht: M. KALFF, R. MULDER en S.H. DE RANITZ, *Insolad: de integere curator*, Deventer, Kluwer, 2007, 34; F. VERSTIJLEN, *De faillissementscurator*, Brabant, W.E.J. Tjeenk Willink, 1998, 168

<sup>48</sup> Naar Engels recht: P. WALTON, “Insolvency Litigation: a case of i fit ain’t broke, don’t fix it”, *Insolv.Int.* 2015, 9-14; Naar Noord-Amerikaans recht: J.S. JOSLIN, “Torts and bankruptcy”, *Boston College Law Review*, 1960, 185; Naar Nederlands recht: M. KALFF, R. MULDER en S.H. DE RANITZ, *Insolad: de integere curator*, Deventer, Kluwer, 2007, 28

<sup>49</sup> J.S. JOSLIN, “Torts and bankruptcy”, *Boston College Law Review*, 1960, 185: Over het belang in het kader van de vereffening: G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 154

<sup>50</sup> Cass. 17 oktober 2008 *Pas.* 2008, 2276; *RABG* 2009, 537; *JDSC* 2010, 163; Cass. 26 februari 1981, RW 1981-1982, 2836 waarin het Hof van Cassatie stelt dat nagegaan dient te worden of het “*een schuldvordering van de boedel dan wel een schuldvordering in de boedel is*”; J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 232; C. BERCKMANS, “Schuldeisers en stilzitten curator: het monopolie doorbroken?”, *NJW* 2012, 480-481; J. VANANROYE, “Collectieve en individuele schade na faillissement: een kwestie van concrete schadebegroting”, noot onder Cass. 4 februari 2011, *RW* 2011-12, 371-374

<sup>51</sup> Cf. *infra*, hoofdstuk 3, alinea 4; C. BERCKMANS, “Schuldeisers en stilzitten curator: het monopolie doorbroken?”, *NJW* 2012, 480-481

13. TYPE INSOLVENTIEBOEDEL – In de rechtsleer wordt, zoals naar Engels<sup>52</sup> recht, met betrekking tot de boedelgemeenschap een verder onderscheid gemaakt tussen de subboedel en de algemene boedel<sup>53</sup>. De subboedel bestaat uit de schuldeisers die een zakelijk zekerheidsrecht genieten en die bij voorrang vergoed worden voor de schuldeisers van en in de algemene boedel<sup>54</sup>. Hoewel dit onderscheid vanuit perspectief van de rangregeling verduidelijkend is, wordt in huidig onderzoek eenvoudigheidshalve principieel enkel de globale notie “boedelgemeenschap” gebruikt.

14. WIJZIGING ‘RESULTAAT’ VAN DE BOEDELGEMEENSCHAP – De vennootschap in going concern ondergaat ten gevolge van haar faillietverklaring enkele cruciale wijzigingen. Ten eerste wijzigt het te bereiken resultaat<sup>55</sup>. Daar waar de vennootschap in *going concern* gericht is op het creëren van winst, zal bij de boedelgemeenschap de doelstelling principieel centraal staan een zo positief mogelijke vereffening te realiseren<sup>56</sup> : de actieve vennootschap transformeert als het ware in een vereffeningvennootschap<sup>57</sup>. Dit resultaat kan *de lege lata* maar bereikt worden in de mate de curator de ingevolge het faillissement onder bewind geplaatste activa hiertoe bestemt. Het collectief<sup>58</sup> karakter van het faillissement leidt er in tweede instantie toe dat de chirografaire schuldeisers geen recht op de goederen afzonderlijk hebben maar louter rechten genieten ten aanzien van het netto-vermogen<sup>59</sup> (cf. *infra*. randnr. 8). De passiva in het raam van de bestemming van de boedelgemeenschap worden gekwalificeerd als schulden *van* de boedel en zullen net zoals naar Nederlands<sup>60</sup> recht

---

<sup>52</sup> Buchler v Talbot [2004] UKHL 9; J. ARMOUR en A. WALTERS, “Funding liquidation: a functional overview”, *Law Quarterly Review* 2006, 13

<sup>53</sup> M.E. STORME, *Zekerheden- en insolventierecht Deel II en v.*, Gent-Mariakerke 2014, 222-223 (www.storme.be); B. MAILLEUX, “Het actief van een faillissement: algemeen”, in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP en T. LYSSENS, *Faillissement en reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, 2012, II.G.10-20

<sup>54</sup> M.E. STORME, *Zekerheden- en insolventierecht Deel II en v.*, Gent-Mariakerke 2014, 222-223 (www.storme.be)

<sup>55</sup> Naar Italiaans recht: C. ANGELICI en G.B. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Turijn, UTET Giuridica Wolters Kluwer Italia, 651; Naar Duits recht: G. HUECK en C. WINDBICHLER, *Gesellschaftsrecht*, München, C.H. Beck, 307

<sup>56</sup> G.A.J. BOEKRAAD, *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, 194; Doel is om tegemoet te komen aan de collectieve verhaalsrechten van de schuldeisers: F. VERSTIJLEN, *De faillissementscurator*, Brabant, W.E.J. Tjeenk Willink, 1998, 28

<sup>57</sup> Naar Duits recht spreekt men van een “Abwicklungsgesellschaft”: G. HUECK en C. WINDBICHLER, *Gesellschaftsrecht*, München, C.H. Beck, 307

<sup>58</sup> V. FINCH, *Corporate Insolvency Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 32

<sup>59</sup> J. VANANROYE, De Civielrechtelijke aansprakelijkheids van een curator: tanden zonder tijger? in I. SAMOY en JURA FALCONIS, *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 140-141; M.E. STORME, *Zekerheden- en insolventierecht Deel II en v.*, Gent-Mariakerke 2014, 213 (www.storme.be); A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 123

<sup>60</sup> Boedelschulden behoeven geen verificatie en geven een onmiddellijke aanspraak op de boedel: HR 14 juni 1991, *NJ* 1991, 630; HR 27 mei 1988, *NJ* 1988 964, beiden eveneens geciteerd in M. PANNEVIS, *Polak*

voorrang krijgen ten aanzien van de schulden van de individuele chirografaire schuldeisers<sup>61</sup>. De rationale hiervan is dat deze boedelschulden aangegaan worden ter bescherming van de *going concern*-waarde<sup>62</sup>. Zij laten namelijk toe de bedrijfsactiviteiten voort te zetten<sup>63</sup> en vermijden dat executie door één schuldeiser de waarde van de collectieve schuldeiserspool zou aantasten (*tragedy of the commons*)<sup>64</sup>.

15. VENNOOTSCHAPS- EN BOEDELRECHTELIJKE ‘PROTAGONISTEN’ – Net zoals bij een vennootschap zijn bepaalde actoren van cruciaal belang bij de boedelgemeenschap. In een vennootschap zijn dit (i) de aandeelhouders, (ii) de al dan niet uitvoerende bestuurders en (iii) de schuldeisers die – zeker bij naderende insolventie<sup>65</sup> – mee het vennootschapsbelang kleuren<sup>66</sup>. Bij de boedelgemeenschap daarentegen worden de rechten van de schuldeisers gefixeerd en wordt het bestuur van de vereffeningsvennootschap overgenomen door een door de ondernemingsrechtbank aangestelde curator<sup>67</sup>. Aldus neemt de curator naar Belgisch recht net zoals naar Engels<sup>68</sup> en Noord-Amerikaans<sup>69</sup> recht de taak van “manager” op zich door als

---

*Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 345; F. VERSTIJLEN, *De faillissementscurator*, Brabant, W.E.J. Tjeenk Willink, 1998, 168; G.A.J. BOEKRAAD, *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, 30-32

<sup>61</sup> M.E. STORME, *Zekerheden- en insolventierecht Deel II en v.*, Gent-Mariakerke 2014, 213 (www.storme.be)

<sup>62</sup> V. FINCH, *Corporate Insolvency Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 32-33; G.A.J. BOEKRAAD, *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, 30-32

<sup>63</sup> K. BYTTEBIER, E. DE BATSELIER, E. JANSSENS, *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord herbekeken*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, 79

<sup>64</sup> J. VANANROYE, “Organisatierecht : werfbezoek aan een onvoltooide piramide”, *Acta Falconis*, 2014, 30; A. DUGGAN, “Contractarianism and the law of corporate insolvency”, *Can.Bus.L.J.* 2005, 465; M. BUCHANAN en Y.J. YOON, “Symmetric tragedies : commons and anticommons”, *JL&E* 2000, 2-3; M. HELLER, “The Tragedy of the Anticommons: a concise introduction and lexicon”, *Mod.L.Rev.* 7-8; F.I. MICHELMAN, “Ethics, economics and the law of property”, *Tulsa L. Rev* 2006, 686; G. HARDIN, “The Tragedy of the Commons”, *Science magazine* 1968, 1243-1248; R. COOTER en T. ULEN, *Law and economics*, Addison-Wesley, The Pearson series in economics 2014, 128

<sup>65</sup> Wat betreft het Engels recht: P.L. DAVIES, *Gower and Davies: principles of modern company law*, London, Sweet & Maxwell, 2008, 1519 (randnr. 16-34 en 16-35).

<sup>66</sup> J. VANANROYE, Ook de enige vennoot heeft gezelschap, *TRV* 2014, 425-426; M. WYCKAERT en F. PARREIN, “Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid?” in C. CLOTTENS, S. COOLS, K. GEENS, F. HELLEMANS, F. PARREIN, R. TAS, M. WAUTERS en M. WYCKAERT, *Themis 65 : Vennootschaps- en financieel recht*, Brugge, Die Keure, 2011, 22 *in fine*

<sup>67</sup> M.E. STORME, *Zekerheden- en insolventierecht Deel II en v.*, Gent-Mariakerke 2014, 13 (www.storme.be); M. LEMAL, *Pratique du droit: les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2012, 10-11 en 13

<sup>68</sup> P.L. DAVIES, *Gower and Davies: principles of modern company law*, London, Sweet & Maxwell, 2008, 1519 (waarin de auteur weergeeft dat de curator de plaats inneemt/vervangt van het voormalig bestuur na insolventie); E. BAILEY en H. GROVES, *Corporate Insolvency Law and Practice*, Reed Elsevier, LexisNexis Butterworths, 2007, 405 (naar Engels recht); J. VANANROYE, “Quis curabit ipsos curatores”, *TRV*, 2013, 208; A. BOSSUYT, “De curator als procespartij”, in X, *Faillissement en reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, 2009, 7

<sup>69</sup> D. KLERMAN, “Earth first: CERCLA Reimbursement Claims and Bankruptcy”, *The University of Chicago Law Review*, 1991, 814

“agent” te handelen in naam en voor rekening van de boedel<sup>70</sup>. De (potentieel) begunstigden van dit beheer zijn de schuldeisers *in* de boedel<sup>71</sup> ten aanzien van wie de kans op terugbetaling van hun chirografaire schuldvordering vergroot<sup>72</sup>. Net zoals aandeelhouders beschikken deze schuldeisers slechts over ‘netto-rechten’<sup>73</sup>. In tegenstelling tot schuldeisers wier schuldvordering door een zakelijke zekerheid gewaarborgd is, hebben de schuldeisers *in* de boedel immers maar recht op de activa onder aftrek van de boedelschulden<sup>74</sup>. De gelijkshakeling met aandeelhouders is echter onvolledig daar hun aandeel in tegenstelling tot dit van de aandeelhouders slechts geniet van de “*upswing*” van de boedelgemeenschap tot het maximumbedrag van hun schuldvordering. Gelet op de (kwantitatief relatief lage) minimumkapitaaldrempels, bestaat anderzijds ook het risico dat het aandeel wat de schuldeiser in de boedel dreigt te verliezen bij faillissement groter is in vergelijking met het verlies van de minimum inbrengvereiste die een aandeelhouder in een (actieve) vennootschap moet leveren.

16. STANDPUNT: GEVOLG TEN AANZIEN VAN BEHEER VAN/BESCHIKKING OVER DE BOEDELACTIVA – Hoewel vermoed zou kunnen worden dat de aandeelhouder van de liquidatievennootschap, in de mate hij een grotere schuldvordering heeft dan de door de

---

<sup>70</sup> E. BAILEY en H. GROVES, *Corporate Insolvency Law and Practice*, Reed Elsevier, LexisNexis Butterworths, 2007, 405-406; J. VANANROYE, “Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid”, in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMANN en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 268, A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 123

<sup>71</sup> De schuldeisers in de boedel zijn niet de eigenaar of mede-eigenaars van het vermogen waarop de samenloop van toepassing is. Het actief van de faillissementsboedel bestaat daarom niet uit het vermogen van de gefailleerde vennootschap maar uit de collectivisering van de individuele executierechten van de schuldeisers in de boedel. J. VANANROYE, De Civielrechtelijke aansprakelijkheids van een curator: tanden zonder tijger? in I. SAMOY en JURA FALCONIS, *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 140-141; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 15 (randnr. 15)

<sup>72</sup> J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 230; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 75; Naar Engels recht: A. KEAY, “Wrongful trading and the liability of company directors: a theoretical perspective”, *Legal Studies* 2005, 433 met verwijzing naar J. ARMOUR, S. DEAKIN en S. KONZELMANN, “Shareholder primacy and the trajectory of UK Corporate Governance” *Br.J.Ind.Rel.* 2003, 531; T.H. JACKSON, “Bankruptcy, Non-Bankruptcy, Entitlements, and Creditors’ Bargain”, *The Yale Law Journal* 1982, 42; Eveneens geciteerd in E.R. MORRISON, *Economics of Bankruptcy*, Cheltenham-Massachusetts, MPG Books Group UK, 2012, 896

<sup>73</sup> J. VANANROYE, De Civielrechtelijke aansprakelijkheids van een curator: tanden zonder tijger? in I. SAMOY en JURA FALCONIS, *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 141; J. VANANROYE, “Slingerende toerekening : de zakelijke rechten van een maatschap”, *TRV* 2014, 236; J. VANANROYE, “Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid”, in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMANN en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 299

<sup>74</sup> J. VANANROYE, De Civielrechtelijke aansprakelijkheids van een curator: tanden zonder tijger? in I. SAMOY en JURA FALCONIS, *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 141; J. VANANROYE, “Slingerende toerekening : de zakelijke rechten van een maatschap”, *TRV* 2014, 236-237; J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 231; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 123

(voormalige) aandeelhouder gedane inbreng, zich meer risico-avers (bv. t.a.v. de instelling van een aansprakelijkheidsvordering) zou gedragen dan de aandeelhouder van de vennootschap in *going concern*, zal dit vermoeden omkeren in de mate de schuldeiser in de boedel vreest zijn vordering niet te geïnd te krijgen. Kortom, indien de schuldeiser in de boedel vermoedt slechts een gering percentage of niets te zullen kunnen innen, zal hij tegen de verwachting in zelfs in de mate hij een grote(re) schuldvordering heeft wellicht niet risico-avers reageren. De kans dat hij via een efficiënte beschikking over de aanwezige activa tot instelling van bv. een aansprakelijkheidsvordering tegen het voormalig bestuur een groter deel van zijn vordering kan recupereren is immers groter dan wanneer de aanwezige activa louter aangewend worden tot voldoening van de bevoorrechte schuldeisers (i.e. de curator, de algemeen bevoorrechte schuldeisers, ..). Hoe minder actief in de boedel, hoe minder de schuldeiser in de boedel te verliezen heeft. Voor de curator is dit echter net andersom gezien zijn bevoorrechte positie op het mogelijks weinig nog aanwezige boedelactief en zijn risico-avers karakter<sup>75</sup>.

17. RECAPITULATIE – Deze conceptuele vergelijking tussen de voornaamste actoren in de boedelgemeenschap en de rechtspersoon leidt tot de in onderstaande tabel verduidelijkte conclusie<sup>76</sup>:

Rechtspersoon	Boedelgemeenschap
Aandeelhouders	Schuldeisers in de boedel
Uitvoerend bestuurder / Manager	Curator
Schuldeisers	Boedelschuldeisers

*Schema 1. : Vergelijking tussen de protagonisten in de rechtspersoon en boedelgemeenschap*

18. GEDISPERSEERD VS. GECONCENTREERD AANDEELHOUDERSCHAP – Thans kunnen zich naar analogie met de actieve vennootschap eveneens soortgelijke aandeelhoudersstructuren voordoen. Gedisperseerd<sup>77</sup> aandeelhouderschap doet zich o.a. voor indien de boedelgemeenschap gekenmerkt wordt door een versplinterd aandeelhouderschap met een grote hoeveelheid schuldeisers *in* de boedel die over een aan elkaar relatief gelijke

<sup>75</sup> J. VANANROYE, “Organisatierecht : werfbezoek aan een onvoltooide piramide”, *Acta Falconis*, 2014, 30-33

<sup>76</sup> J. VANANROYE, “Organisatierecht : werfbezoek aan een onvoltooide piramide”, *Acta Falconis*, 2014, 30-32

<sup>77</sup> A. RENDERS, S. VANDENBOGAERDE en S. VERFALLE, “Eigendomsstructuren en corporate governance: complementen of substituten”, *Acc.Bedr.M.* 2008, 4; Het gedisperseerd aandeelhouderschap op niveau van de vennootschap doet zich veelal voor in de U.K. en de U.S. : Cf. J. ARMOUR, B.R. CHEFFINS en D.A. SKEEL, “Corporate Ownership structure and the evolution of Bankruptcy Law: lessons from the United Kingdom”, *Vand.L.Rev.* 2002, 1703-1704



schuldvordering beschikken. Tegenovergesteld hieraan zou eveneens een geconcentreerd<sup>78</sup> aandeelhouderschap mogelijk zijn (cf. *infra*).

Definitie	Rechtspersoon	Boedelgemeenschap
Geconcentreerd aandeelhouderschap	- Eén of meer controlerende aandeelhouders - Softe(re) positie management	- Eén of enkele controlerende schuldeisers in de boedel - Sterke positie van curator
Gedisperseerd aandeelhouderschap	- Vele kleine aandeelhouders zonder grote invloed - Sterke(re) positie management	- Vele (kleine) schuldeisers in de boedel - Sterke positie van curator

*Schema 2. : Vergelijking tussen controle in de rechtspersoon en de boedelgemeenschap*

19. GELIJKENISSEN EN VERSCHILLEN – Hoewel op gebied van gedisperseerd aandeelhouderschap de gelijkenissen tussen de vennootschap en boedelgemeenschap treffend zijn, blijkt naar huidig Belgisch recht dat zelfs bij een geconcentreerd aandeelhouderschap in de boedelgemeenschap de curator over een sterke positie beschikt. Nochtans zou zuiver economisch verwacht worden dat de agencykosten (cf. *infra* afdeling 2) omgekeerd evenredig toenemen met de daling van het geconcentreerd karakter van het aandeelhouderschap. Dit valt te verklaren omdat in tegenstelling tot in een vennootschap met geconcentreerd aandeelhouderschap, de geconcentreerde aandeelhouder in de dwangvennootschap evenmin – in tegenstelling tot het Engels, Noord-Amerikaans<sup>79</sup> en Italiaans<sup>80</sup> recht – over een controlefunctie beschikt<sup>81</sup> (cf. *infra*).

## Afdeling B. Toepasselijke *agency conflicts*

20. BEGRIP – In navolging van de Amerikaanse *Law & Economics*-beweging waarin een onderneming gezien wordt als een knooppunt (*nexus/bundle*) van contracten<sup>82</sup>, kan een

<sup>78</sup> A. RENDERS, S. VANDENBOGAERDE en S. VERFAILLE, “Eigendomsstructuren en corporate governance: complementen of substituten”, *Acc.Bedr.M.* 2008, 4

<sup>79</sup> D. KLEIN en M.V. EDELMAN, “Litigating against directors and officers of bankrupt dot-com entities: a potential asset for the debtor’s estate”, *Delaware Journal of Corporate Law*, 2002, 803-806

<sup>80</sup> E.F. SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, Cedam, 2012, 117-119

<sup>81</sup> C. BERCKMANS, “Schuldeisers en stilzitten curator: het monopolie doorbroken?”, *NJW* 2012, 478; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2009, 5

<sup>82</sup> E.F. FAMA en M.C. JENSEN, “Separation of ownership and control”, *Journal of Law and Economics*, 1983, 302; Zij het, dat in de economische rechtsleer tegenwoordig ook meer en meer de aandacht gevestigd wordt op het “property”-karakter en waarbij contracten als ‘incomplete’ contracts worden beschouwd. A. KEAY en H. ZHANG, “Incomplete contracts, contingent fiduciaries and a director’s duty to creditors”, *Melbourne University Law Review* 2008, 151-157; Zo bestaat volgens Ménard de “gouden driehoek” die de moderne institutionele

‘contractuele’ benadering toegepast worden op de verhouding tussen de voornoemde actoren. Deze benadering evolueerde verder naar een “contractariaanse” opvatting van de vennootschap waarna ze finaal meer vorm verkreeg in de “agency theory”<sup>83</sup>. Agency theorie kan economisch<sup>84</sup> gedefinieerd worden als een relatie waarbij de agent een dienst levert namens de principaal die een zekere beslissingsbevoegdheid inhoudt<sup>85</sup>. Deze theorie toont aan dat de principaal en de agent aan elkaar tegengestelde belangen kunnen nastreven waarbij oplossingen hiervoor (mogelijks) door verticale<sup>86</sup> en horizontale<sup>87</sup> agencykosten en informatie-asymmetrie bemoelijk (kunnen) worden<sup>88</sup>.

---

economie dient te definiëren uit (i) transactiekosten, (ii) contracten (die onvolledig zijn en kunnen leiden tot bounded rationality enerzijds en opportunistisch gedrag anderzijds) en (iii) zakelijke rechten (property rights): Cf. F.A.G. DEN BUTTER, *Managing Transaction Costs in the Era of Globalization*, Cheltenham (UK), Edward Elgar Publishing Inc., 2013, 57; J. VANANROYE, “Organisatierecht : werfbezoek aan een onvoltooide piramide”, *Acta Falconis*, 2014, 34

<sup>83</sup> S. COOLS, *De verdeling van beslissingsbevoegdheden tussen de algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, proefschrift ingediend met oog op het verkrijgen van de graad van Doctor in de Rechten, 2014, 40-41; A. DEY, “Corporate Governance and agency conflicts”, *Journal of Accounting Research* 2008, 1144; D.R. EMERY, J.D. FINNERTY en J.D. STOWE, *Corporate Financial Management*, New Jersey, Pearson Prentice Hall, 2004, 377; A. DEY, “Corporate Governance and agency conflicts”, *Journal of Accounting Research* 2008, 1144, 1146-1147; J. KIM en J.T. MAHONEY, “Property rights theory, Transaction costs theory and agency theory: an organizational economics approach to strategic management”, *Manage. Decis. Econ.* 2005, 232; A. KEAY, “Directors’ duties to creditors: contractarian concerns relatijn to efficiency and over-protection of creditors”, *The Modern Law Review*, 2003, 665-699;

<sup>84</sup> De economische definitie is ruimer de juridische definitie van lastgeving waarin de lasthebber in naam en voor rekening van de principaal bepaalde rechtshandelingen dient te stellen. Cf. artikel 1984 e.v. BW

<sup>85</sup> S. COOLS, *De verdeling van beslissingsbevoegdheden tussen de algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, proefschrift ingediend met oog op het verkrijgen van de graad van Doctor in de Rechten, 2014, 41; J. ARMOUR, H. HANSMANN en R. KRAAKMAN, “Agency problems and legal strategies”, in R. KRAAKMAN, J. ARMOUR, P. DAVIES, L. ENRIQUES, H. HANSMANN, G. HERTIG, K.J. HOPT, H. KANDA en E.B. ROCK, *The anatomy of corporate law*, Oxford University Press, 2009, 35; N.L. GEORGAKOPOULIS, *Principles and methods of Law and Economics: basic tools for normative reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 332; M.C. Jensen en W.H. MECKLING, “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure”, *Journal of Financial Economics* 1976, 310

<sup>86</sup> Intern binnen de vennootschap c.q. boedelgemeenschap: bv. tussen schuldeisers in de boedel en de curator. Onderscheid gebaseerd op : F.A.G. DEN BUTTER, *Managing Transaction Costs in the Era of Globalization*, Cheltenham (UK), Edward Elgar Publishing Inc., 2013, 49

<sup>87</sup> Extern door beroep van vennootschap op derden. In casu door een beroep van de curator op bepaalde prestaties te leveren door deskundigen, accountants, eventueel andere advocaten e.d. tijdens de afwikkeling van het faillissement. Onderscheid wederom gebaseerd op: F.A.G. DEN BUTTER, *Managing Transaction Costs in the Era of Globalization*, Cheltenham (UK), Edward Elgar Publishing Inc., 2013, 49-50

<sup>88</sup> S. COOLS, *De verdeling van beslissingsbevoegdheden tussen de algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, proefschrift ingediend met oog op het verkrijgen van de graad van Doctor in de Rechten, 2014, 41; F.A.G. DEN BUTTER, *Managing Transaction Costs in the Era of Globalization*, Cheltenham (UK), Edward Elgar Publishing Inc., 2013, 49-50; K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, S. DE DIER en F. PARREIN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht IV: Verenigingen en vennootschappen Deel II: De Vennootschap*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2011, 28-37; F.A.G. DEN BUTTER, *Managing Transaction Costs in the Era of Globalization*, Cheltenham (UK), Edward Elgar Publishing Inc., 2013, 54-55; R.A.G. MONKS en N. MINOW, *Corporate Governance*, West-Sussex, John Wiley & Sons Ltd, 2011, 295-296 (dezelfde informatie-asymmetrie bestaat eveneens tussen een toezichhoudende raad van bestuur enerzijds en het management anderzijds); S.A. ROSS, R.W. WESTERFIELD, J.F. JAFFE en B.D. JORDAN, *Core principles and applications of corporate finance*, New York, McGraw-Hill/Irwin, 2010, 46-49;; A. AUTENNE, “Comment réguler les rémunérations managériales?”, in Y. DE CORDT, *Le statut du dirigeant d’entreprise*, Brussel, Larcier, 2009, 360; A. DEY, “Corporate Governance and agency conflicts”, *Journal of Accounting Research* 2008, 1144, 1146-1147; A. RENDERS, S.

21. VENNOOTSCHAP IN GOING CONCERN – Binnen een vennootschapsrechtelijke setting uit dit spanningsveld zich op drie manieren.<sup>89</sup> Ten eerste via de relatie tussen de aandeelhouder(s) en de al dan niet uitvoerende bestuurder(s). Ten tweede de relatie tussen de meerderheidsaandeelhouder(s) en minderheidsaandeelhouder(s) en tot slot de relatie tussen aandeelhouders en schuldeisers.

*Voorbeeld<sup>90</sup>: het eerste agency-conflict (tussen aandeelhouders en management) uit zich bijvoorbeeld in de situatie waarin het management van vennootschap A gedreven door expansiedrang tegen te hoge waarde vennootschap B overneemt waardoor vennootschap A na overname in globo een lagere waarde bezit en aandeelhouders bij reflectie een minderwaarde ondergaan op hun aandelen.*

22. BOEDELGEMEENSCHAP – Zoals de vennootschap in *going concern*, vormde de boedelgemeenschap ook al snel het voorwerp van de contractariaanse benadering<sup>91</sup>. Dit laat toe om de in een vennootschapsrechtelijke context toepasselijke agency conflicten per

---

VANDEBOGAERDE en S. VERFAILLE, “Eigendomsstructuren en corporate governance: complementen of substituten”, *Acc.Bedr.M.* 2008, 3-4; K. GEENS, “200 jaar vennootschapsrecht in perspectief: quo vadis ius societatum?” *TPR* 2007, 120-121; R.C. SMITH en I. WALTER, *Governing the modern corporation: capital markets, corporate control and economic performance*, New York, Oxford University Press, 2007, 113-115; J. KIM en J.T. MAHONEY, “Property rights theory, Transaction costs theory and agency theory: an organizational economics approach to strategic management”, *Manage. Decis. Econ.* 2005, 232; K. GEENS “Over corporate governance, aandeelhoudersstructuren en vennootschapsrecht”, in *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, Kalmthout, Biblo, 1998, ; M.C. Jensen en W.H. MECKLING, “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure”, *Journal of Financial Economics* 1976, 310; S.A. ROSS, “The Economic Theory of Agency: The Principal’s Problem”, *The American Economic Review*, 1973, 138

<sup>89</sup> K. GEENS, “200 jaar vennootschapsrecht in perspectief: quo vadis ius societatum?” *TPR* 2007, 120-121; K. GEENS “Over corporate governance, aandeelhoudersstructuren en vennootschapsrecht”, in *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, Kalmthout, Biblo, 1998,

<sup>90</sup> S.A. ROSS, R.W. WESTERFIELD, J.F. JAFFE en B.D. JORDAN, *Core principles and applications of corporate finance*, New York, McGraw-Hill/Irwin, 47-48; Men kan dit ook “director-opportunism” noemen : A. KEAY en H. ZHANG, “Incomplete contracts, contingent fiduciaries and a director’s duty to creditors”, *Melbourne University Law Review* 2008, 153-154; R.C. SMITH en I. WALTER, *Governing the modern corporation: capital markets, corporate control and economic performance*, New York, Oxford University Press, 2007, 113

<sup>91</sup> R.J. MOKAL, “Contractarianism, contractualism, and the law of corporate insolvency”, *Singapore Journal of Legal Studies*, 2007, 51-52; A. DUGGAN, “Contractarianism and the law of corporate insolvency”, *Can.Bus.L.J.* 2005, 465 : CBM staat voor de (hypothetische) overeenkomst die men zou verwachten tussen alle schuldeisers ex ante. De kritiek hierop bestaat erin dat het CBM geen indicatie geeft over het tijdstip waarop dergelijke ‘overeenkomst’ zou dienen in te treden tussen de schuldeisers.; L. PONOROFF, “Enlarging the bargaining table: some implications of the corporate stakeholder model for federal bankruptcy proceedings”, *Cap.U.L.Rev.*, 1994, 444 e.v.; D.R. KOROBKIN, “Contractarianism and the normative foundations of Bankruptcy Law”, *Tex.L.Rev.* 1992-1993, 554 (over de kritiek op het CBM waarbij louter gefocust zou worden op de contractuele schuldeisers) e.v.

analogie ook toe te passen in een faillissementsrechtelijke context<sup>92</sup>. In dit geval zullen de *agency*problemen zich afspelen tussen (i) de schuldeisers in de boedel met de curator, (ii) de schuldeiser met en zonder een voorrecht en (iii) tot slot de schuldeisers *in* de boedel met de schuldeisers *van* de boedel<sup>93</sup>. Ten gevolge van de beperkte inspraak- én aanspraakmogelijkheden<sup>94</sup> van de schuldeiser *in* de boedel ten aanzien van de curator *de lege lata* wint het *agency* conflict tussen de aandeelhouder c.q. schuldeiser in de boedel en het management c.q. de curator, zelfs in gevallen van geconcentreerd<sup>95</sup> “aandeelhouderschap” in de boedel, sterk aan belang vergeleken met de vennootschap in *going concern* waarin dit *agency* conflict zich niet of minder stelt<sup>96</sup>.

*Voorbeeld*<sup>97</sup> : *In de boedelgemeenschap zou de curator ervoor kunnen kiezen bepaalde activa niet te realiseren (bv. de aansprakelijkheidsvordering in de boedel; cf. infra) omwille van de (vermoedelijk) voor de curator (te) hoge transactiekosten (cf. infra hoofdstuk 3). Hier lijdt de boedelgemeenschap (net zoals de vennootschap in vorig voorbeeld) schade waardoor de schuldeisers in de boedel slechts recht hebben op een lager dividend. Deze laatste hun schade bestaat in het verschil tussen het normaal inbaar dividend en het nu verkregen lager dividend. Daar hun schade echter patrimoniale reflexschade is, is deze niet opvorderbaar en zal de boedelgemeenschap*

---

<sup>92</sup> J. VANANROYE, De Civielrechtelijke aansprakelijkheids van een curator: tanden zonder tijger? in I. SAMOY en JURA FALCONIS, *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 141; J. VANANROYE, “Organisatierecht : werfbezoek aan een onvoltooide piramide”, *Acta Falconis*, 2014, 30-32

<sup>93</sup> J. VANANROYE, “Organisatierecht : werfbezoek aan een onvoltooide piramide”, *Acta Falconis*, 2014, 30-32; J. VANANROYE, De Civielrechtelijke aansprakelijkheids van een curator: tanden zonder tijger? in I. SAMOY en JURA FALCONIS, *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 141

<sup>94</sup> J. VANANROYE, De Civielrechtelijke aansprakelijkheids van een curator: tanden zonder tijger? in I. SAMOY en JURA FALCONIS, *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 144

<sup>95</sup> In principe wordt aangenomen dat in (actieve) vennootschappen met (sterk) verspreid aandeelhouderschap de managers een grote(re) incentive hebben om het doel van de vennootschap af te wenden voor privébelangen eerder dan om het vennootschapsbelang te dienen. Cf. R. MORCK, A. SCHLEIFER en R.W. VISHNY, “Management ownership and market valuation: an empirical analysis”, *Journal of Financial Economics*, 1988, 293-294. De ratio ligt net in het feit dat in gevallen van verspreid aandeelhouderschap er minder controle uitgeoefend wordt op de curator. Daar, echter naar Belgisch recht steeds een eerder beperkte controle op de aandeelhouder aanwezig is (zowel indien er veel dan wel weinig schuldeisers in de boedel zijn, cf. supra randnr; 18-19), zal ook indien er een geconcentreerd “aandeelhouderschap” waarneembaar is in de boedel, een sterk *agency*conflict bestaan tussen de schuldeiser in de boedel en de curator. Een mooi symptoom hiervan is het gebrek aan instelling van een aansprakelijkheidsvordering namens de boedel (cf. *infra*).

<sup>96</sup> K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, S. DE DIER en F. PARREIN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht IV: Verenigingen en vennootschappen Deel II: De Vennootschap*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2011, 34. De Belgische vennootschappen kenmerken zich in tegenstelling tot de Angelsaksische tegenhangers immers tot een eerder geconcentreerd aandeelhouderschap.

<sup>97</sup> M.E. STORME, “Dikè, Hydra, Zeno in het insolventierecht”, *Acta Falconis* 2013, 23; J. VANANROYE, “Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid”, in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMANS en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 301-302; A. KEAY en M. MURRAY, “Making Company Directors Liable: A Comparative Analysis of Wrongful Trading in the United Kingdom and Insolvent Trading in Australia”, *Int.Insolv.Rev.* 2005, 49

*tot inning dienen over te gaan. Maar die boedelgemeenschap wordt echter bestuurd door de veroorzaker van de in hoofde van de schuldeiser ontstane schade...*

23. SAMENVATTEND SCHEMA – In onderhavig onderzoek zal voornamelijk het eerste spanningsveld tussen de schuldeisers in de boedel en de curator naar voren komen vertrekkend van de premisse dat de curator de boedelgemeenschap dient te managen in het belang van de dwangvennootschap<sup>98</sup> waarbij een waardeverhoging op niveau van de boedel zich finaal reflecteren zal in de aangroei van de terugbetalingsmogelijkheid van het aandeel van de schuldeiser *in* de boedel. Samengevat situeren er zich naast het conflict tussen de schuldeisers in de boedel en de curator nog twee andere conflicten (met name tussen de schuldeisers met een voorrecht vs. schuldeisers zonder een voorrecht enerzijds en schuldeisers *in* de boedel vs. schuldeisers *van* de boedel)<sup>99</sup> hieronder schematisch weergegeven (cf. *supra*, randnr. 17).

<b>Rechtspersoon</b>	<b>Boedelgemeenschap<sup>100</sup></b>
Aandeelhouders vs. bestuurders	Schuldeisers in de boedel vs. de curator
Meerderheid vs. minderheidsaandeelhouder	Schuldeisers met voorrecht vs. schuldeisers zonder voorrecht
Aandeelhouders vs. schuldeisers	Schuldeisers in de boedel vs. schuldeisers van de boedel

*Schema 3. : Agency conflicten op niveau van de boedelgemeenschap*

<sup>98</sup> De curator vertegenwoordigt de boedel maar valt niet samen met de boedel : *Re Prestige Grinding Ltd* [2006] B.C.C. 421

<sup>99</sup> In de mate de verloning van de curator kwalificeert als een boedelschuld (cf. *infra*, hoofdstuk 3 en 4), situeert het conflict tussen de schuldeiser in de boedel en de curator zich eveneens op dit vlak.

<sup>100</sup> J. VANANROYE, “Organisatierecht : werkbezoek aan een onvoltooide piramide”, *Acta Falconis*, 2014, 30-32

### Hoofdstuk 3 : De remuneratie van de curator

24. *INLEIDING – In eerste instantie wordt na de opdracht van de curator te hebben gekwalificeerd in huidig hoofdstuk de huidige remuneratieregeling van de curator de lege lata toegelicht. Dit laat toe om in het volgend hoofdstuk vanuit de daar, toegepast op het voeren van aansprakelijkheidsvorderingen, geschetste pijnpunten van de huidige remuneratieregeling naar Belgisch recht in te gaan op de wijze waarop de curator via een aangepast verloningsbeleid geïncentiveerd zou kunnen worden tot instelling van boedelaansprakelijkheidsvorderingen (cf. infra : hoofdstuk 4).*

#### Afdeling A. Kwalificatie van de opdracht van de curator

25. **KWALIFICATIEPROBLEMATIEK EN STANDPUNT –** Teneinde de remuneratie van de curator te beoordelen dient in eerste instantie zijn opdracht gekwalificeerd te worden. Daar waar aan de ene kant gesteld wordt dat de curator geen vertegenwoordiger is (maar bv. zaakwaarnemer), ontvlamt aan de andere kant de discussie over het conventioneel dan wel wettelijk<sup>101</sup> karakter van de vertegenwoordiging. Hoewel uit artikel 27 e.v. van de faillissementswet zou kunnen afgeleid worden dat de curator over een wettelijk mandaat beschikt, kan uit de (noodzakelijke) aanvaarding<sup>102</sup> van zijn opdracht de vraag rijzen in welke mate de insolventieboedel niet op een “conventionele” leest kan geschoeid worden<sup>103</sup>? In deze laatste visie wordt de boedelgemeenschap als een dwangvennootschap beschouwd naar analogie met de rechtseconomische theorieën op grond waarvan de onderneming als een knooppunt van contracten beschouwd wordt. Deze economische visie biedt enerzijds het voordeel meer ruimte open te laten voor onderhandeling met als doel het maximaliseren<sup>104</sup> van de *going-concern* waarde van de boedel. Anderzijds geeft zij aan waarom *de lege lata* net wel of net geen efficiënt resultaat bereikt zou worden.

26. **RECHTSVERGELIJKING EN STANDPUNT –** Rechtsvergelijkend is deze contractuele benadering van de boedelgemeenschap meer ingeburgerd via schuldeiserscomités die naar

---

<sup>101</sup> M.E. STORME, *Vertegenwoordiging, lastgeving, kwaliteitsrekening en aanverwante rechtsfiguren: syllabus ten behoeve van het vak notarieel zaken- en contractenrecht*, Gent-Mariakerke, 2009-2010, 29, raadpleegbaar op de website : <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/ZCR-lastgeving.pdf>; P. JEHASSE, *Manuel de liquidation*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2007, 211

<sup>102</sup> Artikel 40 van de faillissementswet waarin bepaald wordt dat “*De curators nemen dadelijk na het vonnis van faillietverklaring hun taak op zich nadat zij de aanvaarding van hun ambt hebben bevestigd door ondertekening van het proces-verbaal van aanstelling.*”

<sup>103</sup> J. VANANROYE, “Quis curabit ipsos curatores”, *TRV*, 2013, 209

<sup>104</sup> Of het creëren van een pareto-efficiënt resultaat: S.A. ROSS, “The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem”, *The American Economic Review*, 1973, 138

Engels recht aan de ene kant de remuneratie bepalen met de curator en die aan de andere kant controle uitoefenen op het management van de curator in de door hem ‘geleide’ dwangvennootschap. Positief hierbij is dat beide partijen via een gestructureerd onderhandelingsproces een voor elk optimaal resultaat kunnen nastreven. Voor de schuldeisers in de boedel betekent dit dat de curator optreden zal in het belang van de boedelgemeenschap (en niet als rechtstreeks vertegenwoordiger van de rechten van de schuldeiser *ut singuli*, maar als ‘beheerder’ van de dwangvennootschap). In andere landen zoals bv. Italië komt aan het schuldeiserscomité louter een controlefunctie toe en geen bevoegdheid om de remuneratie van de curator te stipuleren.<sup>105</sup> Hierdoor worden aan de aandeelhouders van de dwangvennootschap enkel *ex post* maatregelen gegeven zonder de mogelijkheid te anticiperen (via remuneratieregeling) op mogelijk wanbeheer. Het Belgisch<sup>106</sup> en het Nederlands<sup>107</sup> recht kennen respectievelijk ook ‘een vergadering van schuldeisers’ en ‘crediteurencommissie’ doch met minder bevoegdheden dan in de Angelsaksische<sup>108</sup> landen.

## Afdeling B. Vergoedingsregeling van de “manager” van de boedelgemeenschap

### 1. Gemeenrechtelijk regime

#### 1.1. Zaakwaarneming?

27. GEMEENRECHTELIJK REGIME : ZAAKWAARNEMING (?) – Indien zou worden uitgegaan van de zaakwaarneming<sup>109</sup>, zou de curator terugvallen op de burgerrechtelijke regeling<sup>110</sup>. Los van het feit dat het mandaat van de curator niet als zaakwaarnemer beschouwd kan worden (cf. *supra* randnr. 7), kan de (beperkte) vergoedingsregeling die hieruit zou voortvloeien om zowel juridische<sup>111</sup> als economische<sup>112</sup> redenen geen aanknopingspunt vormen. Juridisch gezien doelt zaakwaarneming namelijk enerzijds op het (i) spontaan behartigen van andermans belangen met het (ii) onbaatzuchtig oogmerk een dienst te bewijzen<sup>113</sup> waarbij in

<sup>105</sup> Artikel 40 en 41 van de Legge Fallimentare (i.e. de Italiaanse faillissementswet). E.F. SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, Cedam, 2012, 117-119

<sup>106</sup> Artikel 79 en 80 van de Belgische Faillissementswet; Gent 25 juni 2012, *TGR-TWVR* 2012, 335 : er kan pas tegen de curator worden opgetreden vanaf de sluitingsvergadering. Indien dit niet gebeurt dan, is de curator, behoudens bedrog gekweten voor de door hem uitgevoerde taken.

<sup>107</sup> M. KALFF, R. MULDER en S.H. DE RANITZ, *Insolad: de integere curator*, Deventer, Kluwer, 2007, 37

<sup>108</sup> Cf. *infra*, hoofdstuk 4, afdeling 3

<sup>109</sup> Brussel, 6 maart 1975, *TBH* 1975, 260; J. GUILLEMYN, “De gevolgen van de nietigverklaring van een vonnis waarin het faillissement wordt uitgesproken”, *Jura Falconis* 1990-1991, 71

<sup>110</sup> Artikel 1372-1375 van het Burgerlijk Wetboek (BW)

<sup>111</sup> Cf. *infra* volgend randnr. Dezelfde ratio waarom lastgeving niet mogelijk is, geldt *per analogiam* ten aanzien van zaakwaarneming.

<sup>112</sup> Cf. *infra* over de “pay for performance” en economische modellen n.a.v. de remuneratie van “managers”.

<sup>113</sup> Cass. 12 november 1998, *ArrCass.* 1998, 1048 (nr. 481); Brussel, 12 november 2013, *Res Jur.Imm.* 2014, 229; *RW* 2013-14, 1383; Kh. Antwerpen 27 april 2001, *RW* 2001-02, 846; Vred. Gent, 24 september 1999, *T.G.R.* 2001, 33; R. DEKKERS, A.L. VERBEKE, N. CARETTE en K. VANHOVE, *Handboek Burgerlijk Recht: Deel*

principe enkel de onkosten vergoed worden bij goedkeuring van de zaakwaarneming<sup>114</sup>. De curator daarentegen handelt noch spontaan noch vanuit een onbaatzuchtig oogmerk. Anderzijds zou dergelijke regeling de curator economisch gezien geen enkele *incentive* geven om de vereffening van de faillissementsboedel aan te vatten (laat staan procedures namens de boedel te voeren).

## 1.2. Lastgeving als alternatief?

28. LASTGEVING EVENMIN TOEPASSELIJK – Indien men de vergoeding zou schoeien op de burgerrechtelijke leest inzake lastgeving zou dit betekenen dat er een vermoeden van kosteloosheid van het mandaat zou zijn<sup>115</sup>. Net zoals voor de “manager” in een vennootschap werd hiervan wetgevend afgeweken<sup>116</sup>. Los van deze aparte regeling zou lastgeving enkel als basis gebruikt kunnen worden in de mate de curator als mandataris van de boedelmeeenschap zou optreden<sup>117</sup>. Hij is echter geen vertegenwoordiger van de schuldeisers<sup>118</sup> noch van de (gewezen) aandeelhouder<sup>119</sup>. Onterecht stelt bepaalde rechtsleer (cf. *supra*, hoofdstuk 2) dan ook dat de curator slechts een bewind voert waarbij hij door zich uitsluitend te richten op een object louter “naamloos en neutraal” handelt<sup>120</sup>. Ook hier zou de

---

*III : verbintenissen, bewijsleer en gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 193-194; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbindenissenrecht*, Leuven-Den Haag, Acco, 2006, 278-279; V. Sagaert, “Zaakwaarneming” in X, Bijzondere overeenkomsten: artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, IV, Commentaar verbintenissenrecht, *Comm.Bijz.Ov.* 2004, 15; H. DE PAGE, *Traité Élémentaire de droit civil Belge*, Brussel, Bruylant, 1964, II, 1129 e.v.; F. Laurent, *Principes de droit civil*, Brussel, Bruylant, 1878, XX, nr. 310-340

<sup>114</sup> R. DEKKERS, A.L. VERBEKE, N. CARETTE en K. VANHOVE, *Handboek Burgerlijk Recht: Deel III : verbintenissen, bewijsleer en gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 196

<sup>115</sup> Artikel 1986 BW; Rb. Charleroi 16 december 2008, *Rec.gén.enr.not.* 2010, 71

<sup>116</sup> Voor de managers in de NV: artikel 96 W.Venn. Voor de curator: artikel 33 e.v. van de faillissementswet verder uitgewerkt in het K.B. van 10 augustus 1998.

<sup>117</sup> J. VANANROYE, “Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid”, in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 268

<sup>118</sup> Cass. 24 oktober 2002, *Pas.* 2002, 2026; Cass. 2 mei 1994, *Pas.* 1994, 429; Cass. 1 juni 1876, *Pas.* 1878, I, 221; I. VEROUGSTRAETE, C. JASSOGNE, J.P. LEBEAU, J.P. HORDIES, M. KOKOT, M. LEMAL, M. MELLAH, M. WILLEMART en S. WILLEMART, *Traité pratique de droit commercial Tome II : Insolvabilité et distribution*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2010, 316; L. CORNELIS, “Persoonlijk : over schade en de aansprakelijkheidsvordering van de curator”, in K. BERNAUW, H. JACQUES HERBOTS, H. COUSY en S. STIJNS, *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, Die Keure, 2001, 72-73; I. VEROUGSTRAETE, “Knelpunten van het faillissementsrecht”, *TPR* 1986, 596;

<sup>119</sup> F. VERSTIJLEN, *De faillissementscurator*, Brabant, W.E.J. Tjeenk Willink, 1998, 363; sL. CORNELIS, “Persoonlijk : over schade en de aansprakelijkheidsvordering van de curator”, in K. BERNAUW, H. JACQUES HERBOTS, H. COUSY en S. STIJNS, *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, Die Keure, 2001, 72-73; I. VEROUGSTRAETE, “Knelpunten van het faillissementsrecht”, *TPR* 1986, 596

<sup>120</sup> De curator kan namelijk functioneel vergeleken worden als de “manager” van de boedelmeeenschap. In dit kader handelt hij wel degelijk in het boedelbelang wat zijn neutraliteit toch in vraag doet stellen. Contra: A. BOSSUYT, “De curator als procespartij”, in X, *Faillissement en reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, 2009, 7; E. DIRIX, “De bewindvoerder in het insolventierecht” in *Liber Amicorum Walter Van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, 521



kosteloosheid van het mandaat economisch gezien niet incentiverend werken en derhalve de belangen tussen de schuldeisers in de boedel en de curator niet (voldoende) op elkaar afstemmen.

## 2. Huidige remuneratieregeling van de curator

29. INLEIDING – De begroting van de vergoeding van de curator kan *de lege lata* opgedeeld worden in vier luiken. In eerste instantie heeft de curator recht op een gewoon ereloon. In tweede instantie bestaat de mogelijkheid tot het toekennen van een buitengewoon ereloon, in derde instantie is er het bijzonder/afzonderlijk ereloon en tot slot zijn er de vergoedingen voor administratieve – en gerechtskosten. Elk onderdeel zal kort toegelicht worden samen met het al dan niet incentiverend effect.

### 2.1. Gewoon ereloon

30. GEWOON ERELOON – Ten eerste heeft de curator recht op een gewoon ereloon. Dit ereloon dekt de prestaties die hij gewoon verricht in het kader van een normale vereffening van de failliete boedel<sup>121</sup>. De begroting bestaat in een proportionele vergoeding per schijf berekend op het gerealiseerd actief. Hoewel de percentages naarmate de opeenvolging van de schijven dalen, stijgt de recupereerde vergoeding initieel per schijf daar de daling van de percentages minder sterk toeneemt dan het te recupereren actief per schijf. Anderzijds wordt een verhoging van het gewoon ereloon gewaarborgd via de accumulatie van erelonen per schijf hetgeen meteen een eerste incentive op een zo positief mogelijke vereffening schuilt<sup>122</sup>.

*Bijvoorbeeld: De curator die naar aanleiding van het faillissement 80.000 euro realiseert, heeft recht op :  $\{[(129.319,23-73.035,23) \cdot 10\%] + 11.953,66\}$  (waarbij het laatste getal het geaccumuleerd bedrag van de voorgaande schijven vormt) = 17.582,06 euro.*

CORRECTIECOËFFICIËNT – Een andere incentive in het gewone ereloon schuilt in de mogelijkheid om via de toepassing van een correctiecoëfficiënt in functie van het gerealiseerd actief een verhoging van het ereloon te laten vaststellen door de ondernemingsrechtbank. Tegelijkertijd kan deze correctiecoëfficiënt ook negatief werken. De beperking tot maximum

---

<sup>121</sup> Artikel 2 en 3 KB 10 augustus 1998; H. BRAECKMANS, E. DIRIX, M.E. STORME, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN (eds.) *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen III*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia 2012,

<sup>122</sup> De huidig gebruikte tabellen conform het KB van 10 augustus 1998 worden opgenomen in bijlage 1.

20% meer of minder verloning samen met de vereiste van een gemotiveerde beslissing namens de rechtbank van koophandel remmen het incentiverend karakter echter af. Ook naar Engels recht wordt een slecht beheer door de curator gereflecteerd in zijn remuneratie. In tegenstelling tot het Belgisch recht wordt echter geen correctiecoëfficiënt gehanteerd maar kan het schuldeiserscomité rekening houden bij de bepaling van de remuneratie (i) met de exceptioneel ernstige aansprakelijkheid van de curator en (ii) de effectiviteit van diens beheer<sup>123</sup>. Het exceptioneel ernstig karakter waaraan de aansprakelijkheid dient te voldoen toont aan dat het Engels recht evenmin als het Belgisch recht de curator tracht te sanctioneren via zijn verloning. Het Engels recht biedt daarentegen ruimere “controle mogelijkheden *ex post*” aan dan het Belgisch recht (cf. *infra* hoofdstuk 4).

## 2.2. Buitengewoon ereloon

31. BUITENGEWOON ERELOON EN STANDPUNT – Gezien de vergoeding van de curator niet uitsluitend mag bestaan uit een percentage van het gerealiseerd actief, werd een o.i. rechtsonzeker (cf. *infra*, randnr. 36) onderscheid ingevoerd tussen het gewoon en buitengewoon ereloon<sup>124</sup>. Hoewel de mogelijke toekenning van een buitengewoon ereloon een incentive voor de curator kan zijn, zal deze incentive door het rechtsonzeker karakter weinig effect ressorteren. Vereist voor de toekenning zijn de cumulatieve voorwaarden (i) prestaties geleverd te hebben anders dan nodig voor een normale vereffening<sup>125</sup> die (ii) bijdroegen of redelijkerwijze konden bijdragen tot de vermeerdering van het netto-actief van de boedelgemeenschap<sup>126</sup>. Ingeval het voeren van een aansprakelijkheidsvordering als uitzonderlijke prestatie aangemerkt wordt waarvan de opbrengst redelijkerwijze tot voordeel zou strekken/gestrekt hebben van de boedel is een buitengewoon ereloon gerechtvaardigd. Berekening gebeurt evenwel *ex aequo et bono*<sup>127</sup>.

---

<sup>123</sup> Artikel 4.127 (4) (c) Insolvency Rules

<sup>124</sup> A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 148

<sup>125</sup> Verslag aan de Koning, B.S. 8 september 1998 bij artikel 7 van het KB van 10 augustus 1998 : Hierin wordt gesproken van uitzonderlijke prestaties wat de lat aanzienlijk hoger legt om in aanmerking te komen voor een buitengewoon ereloon.

<sup>126</sup> Artikel 7 KB van 10 augustus 1998; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 94; H. BORN, “La notion de devoirs extraordinaires en matière de faillites et leur évaluation”, *JCB* (nu: *TBH-RDCB*) 1980, 261 e.v.

<sup>127</sup> Verslag aan de Koning, B.S. 8 september 1998 bij artikel 7 van het KB van 10 augustus 1998 bepalend in fine dat “ *wanneer de rechtbank van koophandel, rekening houdend met hetgeen voorafgaat, dan ook van oordeel is dat de curator buitengewone taken heeft verricht, zij hem ex aequo et bono een bijkomend ereloon toekent* “; Bergen, 20 februari 2003, *JLMB* 2004, 73; Beiden eveneens geciteerd in A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 94

32. KRITIEK EN TOEPASSING – Gezien de vage bepaling op grond waarvan een buitengewoon ereloon gerechtvaardigd is, kan nooit met zekerheid *ex ante* geweten worden (i) of er een buitengewoon ereloon zal toegekend worden en (ii) indien dit zo is, hoeveel dit kwantitatief is, laat staan of dit (a) de voorgeschoten gerechtskosten én (b) de bijkomende transactiekosten voor het voeren van een aansprakelijkheidsvordering zal dekken. Dit is niet enkel in het nadeel van de curator, maar vooral in het nadeel van de schuldeisers in de boedel die dan ook hun transactiekosten (in controle op de curator, in zoverre mogelijk) zienderogen zien stijgen<sup>128</sup>. Tot slot kan het onderscheid tussen buitengewoon en gewoon ereloon eveneens in vraag gesteld worden vanuit rechtsvergelijkend perspectief. Zo maken o.a. noch het Engels<sup>129</sup> noch het Nederlands<sup>130</sup> recht een onderscheid tussen gewoon en buitengewoon ereloon.

VERGOEDING VOOR AANSPRAKELIJKHEIDSVORDERING NAMENS DE BOEDEL (?) EN STANDPUNT – Toegepast op het voeren van een procedure c.q. aansprakelijkheidsvordering tegen het voormalig bestuur (cf. *infra*), blijkt dat de curator *de lege lata* in het ene geval wel aanspraak kan maken op een buitengewoon ereloon gelet op bijkomend geleverde werkuren (in casu: 68h)<sup>131</sup>, daar waar andere rechtspraak – zij het bekritiseerd in de rechtsleer<sup>132</sup> – oordeelt dat het voeren van aansprakelijkheidsprocedures behoort tot de normale vereffening van de vennootschap en derhalve geen recht verleent op de verkrijging van een buitengewoon ereloon<sup>133</sup>. Zoals naar Engels recht<sup>134</sup> werd opgemerkt zal de curator niet snel geneigd zijn om over te gaan tot het instellen en voeren van aansprakelijkheidsvorderingen als hij niet *ex ante* zekerheid heeft dat de door hem bijkomend gemaakte kosten gedekt zullen worden door deze vergoeding.

---

<sup>128</sup> Met onderzoekskosten of er een aansprakelijkheidsvordering rust binnen de insolventieboedel én of de curator deze aansprakelijkheidsvordering al dan niet instelt.

<sup>129</sup> Artikel 4.127 (2) Insolvency Rules : Het Engels recht maakt evenwel een onderscheid tussen een vergoeding op basis van vaste tijdstippen én een vergoeding in functie van een bepaald percentage van het actief van de boedelgemeenschap.

<sup>130</sup> Artikel 71 van de Nederlandse Faillissementswet; M. PANNEVIS, *Polak: Faillissementsrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 178

<sup>131</sup> Bergen, 23 oktober 2006, *TBH* 2007, 600 (cf. *supra*, Inleiding: casusvoorbeeld I)

<sup>132</sup> K. CREYF, “De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-11

<sup>133</sup> Kh. Brussel, 8 december 1999, *DAOR* 2000, 145

<sup>134</sup> A. KEAY en M. MURRAY, “Making Company Directors Liable: A Comparative Analysis of Wrongful Trading in the United Kingdom and Insolvent Trading in Australia”, *Int.Insolv.Rev.* 2005, 49; R. SCHULTE, “Enforcing wrongful trading as standard of conduct for directors and a remedy for creditors: the special case of corporate insolvency”, *Company Lawyer*, 1999, 80-82

### 2.3. Afzonderlijk ereloon

33. AFZONDERLIJK ERELOON – Bij realisatie door de curator van een onroerend goed waarop een hypotheek of onroerend voorrecht rust geniet de curator een afzonderlijk ereloon in de mate de separatist met eerst ingeschreven hypotheek niet zelf overgaat tot executie<sup>135</sup>. De verkoopprijs wordt toebedeeld aan de hypothecaire schuldeiser onder aftrek van de subboedelvordering (i.e. het afzonderlijk ereloon) van de curator. De berekening gebeurt *mutatis mutandis* zoals de berekening van het gerealiseerd actief bij vaststelling van het gewoon ereloon, zij het dat percentages verschillen in functie van eveneens gewijzigde opeenvolgende schijven<sup>136</sup>.

### 2.4. Kostenregeling

#### 2.4.1. Kostenregeling algemeen

34. KOSTENREGELING EN INDEXERING: ALGEMEEN – Tot slot geniet de curator in navolging van artikel 11 van het KB van 10 augustus 1998 een recht op een afzonderlijke en forfaitaire vergoeding voor de limitatief opgesomde administratieve kosten<sup>137</sup>. Daarnaast geniet hij ook een recht op een vergoeding voor de gerechtskosten en kosten aan derden. Deze kosten worden ook geïndexeerd conform artikel 8 van het KB<sup>138</sup>.

#### 2.4.2. Gerechtskosten m.i.v. rechtsplegingsvergoeding

35. GERECHTSKOSTEN – Met *gerechtskosten* wordt bedoeld op de kosten die verband houden met de faillissementsprocedure zelf, de daaruit voortvloeiende procedures en de procedures verricht door de curator met oog op de afwikkeling van het faillissement. Deze kosten zijn geen gedingkosten in de zin van artikel 1017 en 1018 Ger.W.<sup>139</sup> *iuncto* artikel 17

---

<sup>135</sup> K. CREYF, “De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-9

<sup>136</sup> A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 95

<sup>137</sup> P. DESEYNE, L. VANDENBROUCKE, J. DECLERQ en B. DE FLEUR, *Vademecum voor de rechter-commissaris met een softwareprogramma voor de opvolging van de faillissementsafwikkeling*, Kortrijk-Heule, Uitgeverij UGA, 2011, 483; K. CREYF, “De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-20

<sup>138</sup> Artikel 8 KB van 10 augustus 1998; P. DESEYNE, L. VANDENBROUCKE, J. DECLERQ en B. DE FLEUR, *Vademecum voor de rechter-commissaris met een softwareprogramma voor de opvolging van de faillissementsafwikkeling*, Kortrijk-Heule, Uitgeverij UGA, 2011, 489

; K. CREYF, “De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-20

<sup>139</sup> Cass. 7 juni 2012, RW 2012-13, 544 met noot F. HELSEN; K. CREYF, “De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-20

en 19 hypotheekwet<sup>140</sup>. De kosten van dagvaarding die een aansprakelijkheidsvordering tegen het voormalig bestuur inleiden vormen eveneens een gerechtskost die als boedelschuld kwalificeert<sup>141</sup>. In principe genieten dergelijke gerechtskosten een algemeen voorrecht behalve als deze gerechtskosten verband houden met de afwikkeling van de subboedel dan wel bewezen wordt dat deze gerechtskosten nuttig waren voor de separatisten<sup>142</sup>.

36. RECHTSPLEGINGSVERGOEDING : SUCCESVOLLE PROCEDURE EN STANDPUNT – De rechtsplegingsvergoeding is een forfaitaire tegemoetkoming toegekend per aanleg<sup>143</sup> aan de door de winnende partij gedragen kosten van diens advocaat voor materiële en intellectuele prestaties enerzijds en erelonen anderzijds lastens de in het ongelijk gestelde partij<sup>144</sup>. Indien de curator een (aansprakelijkheids)procedure voert namens de boedel en deze wint, ontstaat een boedelvordering wat betreft de inning van deze rechtsplegingsvergoeding. Deze rechtsplegingsvergoeding zou, niettegenstaande andersluidende rechtspraak<sup>145</sup>, evenwel enkel verschuldigd zijn indien de curator beroep deed op een derde-advocaat (cf. *infra* paragraaf: ‘kosten aan derden’) waarvoor hij (zij het eerder uitzonderlijk<sup>146</sup>) toestemming verkreeg van

---

<sup>140</sup> H. BRAECKMANS, E. DIRIX, M.E. STORME, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN (eds.) *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen III*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia 2012, ; Contra: P. DESEYNE, L. VANDENBROUCKE, J. DECLERQ en B. DE FLEUR, *Vademecum voor de rechter-commissaris met een softwareprogramma voor de opvolging van de faillissementsafwikkeling*, Kortrijk-Heule, Uitgeverij UGA, 2011, 483

<sup>141</sup> A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 90

<sup>142</sup> A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 75 (randnr. 123-124); I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer Editions Juridiques Belgique et E.Story-Scientia, 1998, 401 ; Ook naar Engels recht vormen de kosten die verband houden met het voeren van procedures een schulden toerekenbaar aan de boedel, zij het dat dit na bepaalde ontkennende rechtspraak (*Re Floo Fourteen Ltd*) ingevoegd diende te worden in rule 4.218 van de Insolvency Rules. Cf. *Lewis v IRC Comrs* [2001] 2 BCLC 392; E. BAILEY en H. GROVES, *Corporate Insolvency Law and Practice*, Reed Elsevier, LexisNexis Butterworths, 2007, 645

<sup>143</sup> Cass. 10 januari 2011, *P&B* 2011, 192; Eveneens geciteerd in J. LAENENS, K. BROEKX, D. SCHEERS en P. THIRRIAR, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2012, 488

<sup>144</sup> Artikel 1022 Ger.W.; I. SAMOY en V. SAGAERT, “De wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen van een advocaat”, *RW* 2007-2008, 681-682; J. LAENENS, K. BROEKX, D. SCHEERS en P. THIRRIAR, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2012, 488-492; B. Maes, *Inleiding tot het burgerlijk procesrecht*, Brugge, Die Keure, 2008, 206; Voor de wetwijziging in 2007 was de rechtsplegingsvergoeding enkel een vergoeding voor het verrichten van bepaalde materiële prestaties aan een partij die werd bijgestaan door een advocaat: cf. ; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 156

<sup>145</sup> Veelal indien de curator vertegenwoordigd werd door een kantoorgenoot (zie hierover meer *infra*): Antwerpen, 27 februari 2012, *TBH* 2013 796 met noot C. BERCKMANS; *RABG* 2012, 756 met noot P. VANLERSBERGHE; Gent 8 december 2010, *TBH* 2011, 265;

<sup>146</sup> Bergen, 9 september 2013, *JLMB* 2014, 1607; De curator is namelijk zelf advocaat en zal derhalve zelf procedures namens de boedel kunnen voeren zonder beroep op een derde-advocaat. Indien het daarentegen een juridisch-technische materie betreft, kan wel toestemming verleend worden door de rechter-commissaris op een in die materie gespecialiseerde advocaat. Cf. L. VANDENBROUCKE, “De curator” in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, M.E. STORME, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen III*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 104, randnr. 51

de rechter-commissaris<sup>147</sup>. Wanneer een advocaat daarentegen uitsluitend opgetreden is als curator, treedt hij – zelfs al voert hij (aansprakelijkheids)procedures namens de boedel – niet op als advocaat die een partij bijstaat in de zin van artikel 1022 Ger.W. en zal in navolging van betreuenswaardige rechtspraak van het Hof van Cassatie geen rechtsplegingsvergoeding verschuldigd zijn aan de boedel<sup>148</sup>. Dit laatste wordt dan ook terecht bekritiseerd in bepaalde doctrine<sup>149</sup> daar niet in te zien valt waarom enkel aan de curator een rechtsplegingsvergoeding verschuldigd zou zijn in de mate hij beroep doet op een derde-advocaat. Het voorbehouden ambt van curator aan advocaten faciliteert net de mogelijkheid om procedures namens de boedel te voeren<sup>150</sup>. Door het verlies van RPV wordt echter een *incentive* gecreëerd om alsnog beroep te doen op een derde-advocaat (met mogelijks minder faillissementsrechtelijke kennis) waardoor het nut van voorgaande doelstelling volledig uitgehold dreigt te worden. Los van de vraag of het mandaat van de curator wettelijk dan wel conventioneel is, kan uit het feit dat de *opdracht* van de curator wettelijk gemoduleerd wordt niet afgeleid worden dat aan hem geen RPV zou toekomen<sup>151</sup>. Immers, indien de curator geen beroep op een derde-advocaat doet, rusten naast de procedurekosten ook de economische<sup>152</sup> kosten op hem.

37. RECHTSPLEGINGSVERGOEDING : ONONTVANKELIJKE / ONGEGRONDE PROCEDURE EN STANDPUNT – Verliest<sup>153</sup> de curator de door hem ingestelde/uitgevoerde<sup>154</sup> procedure

<sup>147</sup> L. VANDENBROUCKE, “De curator” in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, M.E. STORME, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen III*, Antwerpen, Intersentia, 2014, randnr. 53; Bepaalde rechtbanken hebben evenwel een praktijk waarbij ten aanzien van gebruikelijke gevallen van bijstand door derden te verlenen door middel van een beslissing genomen door de algemene vergadering van de rechtbank. Doel is om de stroom aan verzoeken en administratieve last van de rechtbanken te beperken. Cf. L. VANDENBROUCKE, “De curator” in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, M.E. STORME, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen III*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 106, randnr. 53

<sup>148</sup> Cass. 6 mei 1983, *RCJB*, 1986, 712 met noot P. GÉRARD; Cass. 6 mei 1983, *ArrCass.* 1982-83, 1108; Antwerpen, 27 februari 2012, *TBH* 2013 796 met noot C. BERCKMANS; Brussel, 21 april 2010, *RPS* 2013, 115 met noot C. COIPEL; Gent 8 december 2010, *TBH* 2011, 265; Kh. Brugge, 10 mei 2010, *RW* 2012-13, 349; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen-Oxf ord, Intersentia, 2005, 157(randnr. 158, voetnoot 477). B. VANDER MEULEN en D. VERCRUYSE, *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, Mechelen, Kluwer, 2007, 287

<sup>149</sup> A. CLOQUET, *Les nouvelles: droit commercial tome IV : les concordats et la faillite*, Brussel, Maison Ferdinand Larcier, 1985, 626

<sup>150</sup> A. CLOQUET, *Les nouvelles: droit commercial tome IV : les concordats et la faillite*, Brussel, Maison Ferdinand Larcier, 1985, 625 (randnr; 2147)

<sup>151</sup> De wettelijke modulering ter zake is er maar om de transactiekosten te trachten inperken voor de boedelmeeenschap (coase-theorema).

<sup>152</sup> Gedoeld wordt op: de transactiekosten die gepaard gaan met het voeren van een procedure zoals de onderzoekskosten, de extra uren besteed aan de procedure, de kosten verbonden aan de uitvoering van het vonnis e.a.

<sup>153</sup> De vordering werd onontvankelijk of ongegrond verklaard in eerste aanleg dan wel in graad van hoger beroep. Cf. Artikel 1017 Ger.W. ; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 155

daarentegen, dan zal de rechtsplegingsvergoeding een kost zijn die ontstaat na samenloop en dienvolgens aangerekend worden aan de insolventieboedel als boedelschuld<sup>155</sup>. De curator die *ipso facto* van nature risico-avers<sup>156</sup> is en naar Belgisch recht onvoldoende incentives<sup>157</sup> geniet ten aanzien van het voeren van (aansprakelijkheids)vorderingen, zal mede door het risico zijn verloning aangetast te zien door een aan de winnende partij verschuldigde rechtsplegingsvergoeding, niet snel geneigd zijn om procedures in te leiden, behoudens wanneer met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid *ex ante* succes verwacht kan worden<sup>158</sup>.

### 2.4.3. Kosten aan derden

38. KOSTEN AAN DERDEN - *Kosten aan derden* slaat op kosten van deskundigen (e.g. revisoren, accountants, technisch adviseurs, gespecialiseerde advocaten<sup>159</sup> ..) die de curator bij zijn management bijstaan. Cumulatieve voorwaarden om deze laatste kosten ten laste van de boedel<sup>160</sup> te leggen zijn (i) de onmogelijkheid van de curator deze opdracht zelf uit te voeren én (ii) een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris<sup>161</sup>. Indien de curator de

<sup>154</sup> Een minderheidsstrekking in de rechtsleer oordeelt dat een voor samenloop ingestelde procedure die na samenloop verdergezet werd door de curator geen boedelschuld maar een schuld in de boedel is : Kh. Luik, 3 december 1986, *JLMB* 1987, 1377. Ten aanzien van de inning van het ereloon en de kosten van de curator zou dit gunstig zijn, gezien hij in die visie een voorrang zou genieten op de gerechtskosten verschuldigd voor voortgezette procedures. De meerderheidsopvatting is evenwel dat ook de gerechtskosten n.a.v. procedures die ingesteld zijn voor samenloop en erna door hem werden verdergezet net zoals de gerechtskosten n.a.v. procedures die ingesteld (en verder uitgevoerd) werden door de curator na samenloop een boedelschuld opleveren. Cf. A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 102 met verwijzing naar Luik, 7 april 1982, *TBH* 1983, 266; *Arbrb. Gent*, 27 april 1987, *RW* 1987-1988, 749;

<sup>155</sup> *Gent*, 24 juni 2009, *TGR-TWVR* 2011, 212; Bergen, 6 november 1989, *TBH*, 1990, 977; *Gent*, 5 februari 1986, *TBH* 1989, 602 e.v. met advies van het openbaar ministerie; Antwerpen, 12 december 1983, *TBH* 1984, 529; I. VEROUWSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer Editions Juridiques Belgique et E.Story-Scientia, 1998, 402

<sup>156</sup> R. SCHULTE, “Enforcing wrongful trading as standard of conduct for directors and a remedy for creditors: the special case of corporate insolvency”, *Company Lawyer*, 1999, 80-88; Cf. *infra*: over de gerechtskosten en transactiekosten die gepaard gaan met de instelling van een aansprakelijkheidsvordering namens de boedel.

<sup>157</sup> Cf. *supra*

<sup>158</sup> In gelijkaardige zin met betrekking tot “adverse costs”: A. KEAY en M. MURRAY, “Making Company Directors Liable: A Comparative Analysis of Wrongful Trading in the United Kingdom and Insolvent Trading in Australia”, *Int.Insolv.Rev.* 2005, 49

<sup>159</sup> Artikel 10 van het KB van 10 augustus 1998; B. VANDER MEULEN en D. VERCRUYSE, *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, Mechelen, Kluwer, 2007, 287

<sup>160</sup> P. DESEYNE, L. VANDENBROUCKE, J. DECLERQ en B. DE FLEUR, *Vademecum voor de rechter-commissaris met een softwareprogramma voor de opvolging van de faillissementsafwikkeling*, Kortrijk-Heule, Uitgeverij UGA, 2011, 483; Naar Nederlands recht spreekt men van “dwangcrediteuren” in de mate derden door de curator worden ingeschakeld in het kader van het beheer en de vereffening van de boedel. Cf. M.J.M. FRANKEN, H.H. DETHMERS, M.J.W. VAN INGEN, P.P.G. DE JONG, J.C. ROSENBERG POLAK en J. WIND, *Insolad: Rapport Insolad Afwikkeling faillissementen*, Deventer, Kluwer, 2011, 41

<sup>161</sup> L. VANDENBROUCKE, “De curator” in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, M.E. STORME, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen III*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 104, randnr. 51; P. DESEYNE, L. VANDENBROUCKE, J. DECLERQ en B. DE FLEUR, *Vademecum voor de rechter-commissaris met een softwareprogramma voor de opvolging van de faillissementsafwikkeling*, Kortrijk-Heule, Uitgeverij

toestemming niet bekomt van de rechter-commissaris zal hij (en niet de boedel) hiervoor persoonlijk aansprakelijk zijn<sup>162</sup>.

39. KOSTEN AAN KANTOORGENOTEN VAN DE CURATOR – Daar waar in het gemeen procesrecht de kosten van kantoorgenoten worden opgenomen in de honoraria van de advocaat<sup>163</sup>, rijst de vraag (i) óf en zo ja (ii) in welke mate de curator de kosten van een beroep op zijn medewerkers/kantoorgenoten ook kan doorrekenen aan de boedel. In de rechtspraak en rechtsleer wordt algemeen aangenomen dat de curator zich mag laten vertegenwoordigen door een kantoorgenoot<sup>164</sup>. Het Nederlands<sup>165</sup> recht toont echter dat dit niet zo evident is. Samen met een mogelijk primerend kantoorbelang boven het boedelbelang<sup>166</sup>, bestaat het risico dat tijdrovende procedures waarvan de slaagkans gering is ‘uitbesteed’ worden aan een stagiair(e) op kantoor die onmogelijk even objectief als een derde zal ageren<sup>167</sup>. Teneinde een vermenging tussen boedel- en kantoorbelang te vermijden is het dan ook logisch dat het ereloon van de kantoorgenoot, in tegenstelling tot dit van een onafhankelijke derde-advocaat, geen *kost aan een derde* uitmaakt en niet ten laste van de boedel kan gelegd worden<sup>168</sup>. Over de vraag of er een rechtsplegingsvergoeding verschuldigd is aan de curator wanneer hij vertegenwoordigd werd door een kantoorgenoot bestaat betwisting (cf. *supra*)<sup>169</sup>. In navolging van CLOQUET dient m.i. steeds een RPV aan de curator betaald te worden indien hij een procedure wint, ongeacht of hij zelf opgetreden is,

---

UGA, 2011, 485; K. CREYF, “De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-20

<sup>162</sup> K. CREYF, “De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-20; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 90

<sup>163</sup> Vred. Sint-Jans-Molenbeek, 14 maart 1989, *JT* 1989, 384; R. DE PUYDT, “De kosten- en ereloonstaat van de advocaat” *TPR* 2007, 1766

<sup>164</sup> Antwerpen, 27 februari 2012, *NJW* 2012, 644; Antwerpen, 27 februari 2012, *TBH* 2013 796 met noot C. BERCKMANS; Gent 8 december 2010, *TBH* 2011, 265; K. CREYF, “De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-20; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 157

<sup>165</sup> M. KALFF, R. MULDER en S.H. DE RANITZ, *Insolad: de integere curator*, Deventer, Kluwer, 2007, 36

<sup>166</sup> M. KALFF, R. MULDER en S.H. DE RANITZ, *Insolad: de integere curator*, Deventer, Kluwer, 2007, 36-37

<sup>167</sup> M. KALFF, R. MULDER en S.H. DE RANITZ, *Insolad: de integere curator*, Deventer, Kluwer, 2007, 37

<sup>168</sup> Artikel 10 lid 2 van het KB van 10 augustus 1998; K. CREYF, “De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-20

<sup>169</sup> Voorstander van een RPV aan de curator indien vertegenwoordigd door een kantoorgenoot: Brussel 25 januari 1990, *TBH* 1990, 888; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 157; *Contra*: Antwerpen, 27 februari 2012, *TBH* 2013 796 met noot C. BERCKMANS; *RABG* 2012, 756 met noot P. VANLERSBERGHE; Gent 8 december 2010, *TBH* 2011, 265



vertegenwoordigd werd door een kantoorgenoot dan wel vertegenwoordigd werd door een derde-advocaat<sup>170</sup>.

40. KOSTELOZE RECHTSPLEGING – Indien de curator een boedel aantreft zonder of met onvoldoende (materieel) actief, wordt aangenomen dat, bij gebrek aan actief, geen kosten ten laste van de boedel gelegd kunnen worden<sup>171</sup>. Hoewel de staat niet instaat voor de kosten van de volledige vereffening van de boedel zullen de “eerste vereffeningkosten<sup>172</sup>” aan de ene kant evenwel voor haar rekening komen<sup>173</sup>. Hoewel deze kosten noch de erelonen en kosten van de curator noch *alle* kosten die betrekking hebben op het beheer van het faillissement dekken<sup>174</sup>, zou dit bedrag daarentegen wel het instellen van vorderingen (waaronder aansprakelijkheids- en pauliaanse vorderingen) moeten vergoeden<sup>175</sup>. Aan de andere kant is er een praktijk ontstaan waarbij de Vlaamse rechtbanken van koophandel bij een faillissement met ontoereikend actief de Belgische Staat alsnog veroordelen tot een (beperkt) forfaitair ereloon en (een beperkte) vergoeding voor onkosten<sup>176</sup>. Ook kosten van deskundigen kunnen ten laste van de staat gelegd worden. Belangrijk is echter dat de curator verzoekt om de kosteloze rechtspleging, zo niet zal hij alsnog de volledige kosten dienen te vergoeden<sup>177</sup>. Daarenboven wordt verdedigd dat de curator extra gemaakte onkosten zou kunnen

---

<sup>170</sup> Anderen verdedigen nochtans dat de curator nooit aanspraak kan maken op een RPV als hij als curator opgetreden is in het kader van een faillissement : B. VANDER MEULEN en D. VERCRUYSSSE, *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, Mechelen, Kluwer, 2007, 287 met verwijzing naar Cass. 6 mei 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 1108; Bergen, 16 februari 1981, *Pas.* 1981, 61

<sup>171</sup> K. CREYF, “De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-7 waarin de auteur overweegt dat bij een boedel waarin geen enkel actief meer aanwezig is de curator noch aanspraak kan maken op een gewoon ereloon noch op een buitengewoon ereloon. Evenmin zou de Staat hiertoe veroordeeld kunnen worden.

<sup>172</sup> Artikel 666 Ger.W.

<sup>173</sup> Krachtens artikel 666 lid 1 Ger.W. kan de rechter immers ambtshalve dan wel op verzoek van de curator de kosteloze rechtspleging uitvaardigen indien het actief van het faillissement ontoereikend blijkt te zijn. K. CREYF, “De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-20

<sup>174</sup> De Staat kan aldus niet veroordeeld worden tot de volledige onkosten van de vereffening van de gefailleerde vennootschap. K. CREYF, “De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-7

<sup>175</sup> Gezien enkel de *instelling* vergoed wordt, betekent dit dat de curator nog altijd in zal staan voor een correcte *uitvoering* van deze vorderingen. K. CREYF, “De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-20 waarin de auteur verwijst naar Kh. Gent, 10 juni 2004 (nr. 02/0050), *onuitg.* én Kh. Gent, 12 september 2006 (nr. 251/05), *onuitg.*

<sup>176</sup> K. CREYF, “De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-20 : de auteur stelt dat dit gemiddeld een ereloon ad 500 euro gesommeerd met een vergoeding voor onkosten ad 125 euro is.

<sup>177</sup> B. VANDER MEULEN en D. VERCRUYSSSE, *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, Mechelen, Kluwer, 2007, 512

terugvorderen van de Belgische staat in de mate dat de verkrijging hiervan onafhankelijk is van het bestaan van een *gerealiseerd* actief (in contrast met het gewoon en buitengewoon ereloon)<sup>178</sup> en in de mate dit niet gedekt wordt door artikel 666 Ger.W. en in de rangorde bepaald in artikel 695 Ger.W.<sup>179</sup>. Deze rechtsonzekere aanpak waarbij louter de *mogelijkheid* bestaat op een vergoeding van de onkosten ex artikel 11 van het KB van 10 augustus 1998, vergoedt nog niet de met de aansprakelijkheidsvordering gepaard gaande transactiekosten waardoor wederom teruggevallen dient te worden op de door de rechtbanken van koophandel ontwikkelde praktijk...

41. STANDPUNT A.D.H.V. AANSPRAKELIJKHEIDSVORDERINGEN VOORBEELD I – Deze nogal praetoriaanse aanpak zal de curator in geen geval incentiveren om de boedel optimaal te vereffenen. Het eerste (inleidend) casusvoorbeeld<sup>180</sup> – waar geen kosteloze rechtspleging voorhanden was – toonde zo de situatie waarin de curator een buitengewoon ereloon vorderde van 5.000 euro en verkreeg ad 3.200 euro voor de 68 extra geleverde uren in het kader van de uitoefening van een aansprakelijkheidsvordering tegen het voormalige bestuur van de vennootschap. Welnu: indien de curator diezelfde ‘ingreep’ dient uit te voeren in een boedel zonder materieel actief zal de staat wel de *instelling* van de aansprakelijkheidsvordering dekken maar dient de curator voor de vergoeding van de *uitvoering* van deze (ingestelde) vordering te hopen op de *goodwill* van een door de rechtbanken van koophandel ontwikkelde praktijk die zelfs al wordt een beperkt forfaitair bedrag toegekend, geenszins de effectief door de curator gemaakte kosten zal weerspiegelen. De prijs die de curator (wellicht graag) zal betalen voor de niet-instelling van de aansprakelijkheidsvordering in ruil voor zekerheid is het verlies van de kans op een gewoon (en mogelijks buitengewoon) ereloon (cf. *infra in extenso*)<sup>181</sup>. Het desincentiverend karakter lijkt bovendien nog vergroot te worden in het licht van recente cassatierechtspraak<sup>182</sup> waarin bepaald wordt dat niet louter de inkomsten maar het *volledig* actief van de rechtspersoon in aanmerking dient te worden genomen voor een geslaagd beroep op artikel 666 Ger.W. Hoewel de feiten in deze casus gingen om een deficitaire VZW die blijkens het Hof van Cassatie beschikte over voldoende financiële

<sup>178</sup> K. CREYF, “De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-14

<sup>179</sup> K. CREYF, “De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-14

<sup>180</sup> Bergen, 23 oktober 2006, *TBH* 2007, 600

<sup>181</sup> Algemeen: J.P. GOULD, “The economics of legal conflicts”, *The Journal of Legal Studies*, 1973, 279-280

<sup>182</sup> Cass. 17 november 2011, *P&B* 2012, 26; Cass. 17 november 2011, *Ius & Actores*, 2012, 165

middelen om een procedure ter verwezenlijking van haar maatschappelijk doel te voeren, lijkt het transfereren van dergelijke redenering naar de boedelgemeenschap bijzonder nadelig in de situatie waarin de boedel over geen enkel actief beschikt behoudens één (grote) aansprakelijkheidsvordering tegen haar (voormalige) bestuurders.

#### 2.4.4. Kosten voor verzekeringspremies en overige kosten

42. ADMINISTRATIEVE KOSTEN EN VERZEKERINGSPREMIES – Tot slot heeft de curator nog recht op een forfaitaire vergoeding voor een aantal limitatief opgesomde administratieve kosten<sup>183</sup>. De niet in artikel 11 van het KB opgenomen posten (zoals kosten voor versturen mails, vergoeding voor kopieën, briefwisseling na afsluiting faillissement, ..)<sup>184</sup> komen in principe niet in aanmerking om ten laste van de boedel gelegd te worden<sup>185</sup>. Ook de premies voor de verzekering burgerrechtelijke en beroepsaansprakelijkheid komen in principe niet in aanmerking om ten laste van de boedel gelegd te worden, behoudens toestemming van de rechter-commissaris<sup>186</sup>. Hoewel een verzekering tegen risico's het risico-avers karakter van de curator zou indijken, kan de omvang van bepaalde risico's hoog oplopen en zou de kost ten laste van de boedel leggen nadelig (kunnen) zijn voor deze laatste. Een aantal balies zijn aan deze problematiek tegemoetgekomen door een collectieve polis af te sluiten waarvan de kosten in principe<sup>187</sup> mits goedkeuring van de rechter-commissaris ten laste van de boedel gelegd kunnen worden<sup>188</sup>.

---

<sup>183</sup> Artikel 11 van het KB van 10 augustus 1998; K. CREYF, "De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren" in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-21

<sup>184</sup> K. CREYF, "De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren" in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-21-22

<sup>185</sup> K. CREYF, "De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren" in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-21; Deze verzekeringspremies dekken normaliter aansprakelijkheid contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid voor fouten gepleegd in de beroepswerkzaamheid als curator hetzij door de curator zelf hetzij door zijn bedienden, stagiaires, aangestelden, vaste medewerkers, personeel, ... cf. B. VANDER MEULEN en D. VERCRUYSE, *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, Mechelen, Kluwer, 2007, 484-485

<sup>186</sup> Artikel 10 van het KB van 10 augustus 1998; B. VANDER MEULEN en D. VERCRUYSE, *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, Mechelen, Kluwer, 2007, 485; K. CREYF, "De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren" in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-22; L. VANDENBROUCKE, "De curator" in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, M.E. STORME, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen III*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 106-107, randnr. 55

<sup>187</sup> Daar sommige balies type polissen met forfaitaire tarieven hebben afgesloten geldt voor bepaalde rechtbanken de individuele goedkeuring van de rechter-commissaris niet meer. K. CREYF, "De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren" in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-22

<sup>188</sup> K. CREYF, "De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren" in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007,

## 2.5. Provisioneel ereloon en provisionele kostendekking

43. PROVISIONEEL ERELOON EN PROVISIONELE KOSTENDEKKING – Tot slot kan de curator verzoeken om een provisioneel ereloon en provisionele kostendekking zonder dat dit  $\frac{3}{4}$  van het ereloon overstijgen mag<sup>189</sup>.

## 2.6. Indexering

44. INDEXERING – De schijven van het gewone en afzonderlijke loon van de curator alsmede de administratieve kosten<sup>190</sup> worden periodiek aangepast aan de wijzigingen van het indexcijfer van de consumptieprijzen volgens de formule [(basisbedrag . index consumptieprijzen december jaar<sup>n-1</sup>) / index consumptieprijzen december 1997] met jaar ‘n’ als het jaar waarin de aanpassing dient te gebeuren<sup>191</sup>.

\*

\*

\*

---

II.D.21-22; L. VANDENBROUCKE, “De curator” in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, M.E. STORME, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen III*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 106-107, randnr. 55

<sup>189</sup> Artikel 33 W.Faill.; Kh. Charleroi 9 mei 2001, *JLMB* 2001, 1754

<sup>190</sup> Artikel 8 van het KB van 10 augustus 1998

<sup>191</sup> L. VANDENBROUCKE, “De curator” in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, M.E. STORME, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen III*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 107, randnr. 56; P. DESEYNE, L. VANDENBROUCKE, J. DECLERQ en B. DE FLEUR, *Vademecum voor de rechter-commissaris met een softwareprogramma voor de opvolging van de faillissementsafwikkeling*, Kortrijk-Heule, Uitgeverij UGA, 2011, 489

## Hoofdstuk 4 : Aansprakelijkheidsvorderingen namens de boedelgemeenschap

45. *INLEIDING – Zoals Thomas van Aquino stelde dat indien het hoogste doel van een kapitein het behouden van zijn schip zou zijn<sup>192</sup>, hij altijd in de haven zou blijven, zo rijst de vraag in welke mate de huidige remuneratieregeling de curator incentiveert om het juiste doel te bereiken. Incentiveert de huidige remuneratieregeling de curator om de (beperkte?) boedel (louter) te behouden dan wel – zoals het zou moeten – optimaal deze boedel te reconstrueren met oog op een zo positief mogelijke vereffening? Meer concreet wordt onderzocht (i) waar de huidige remuneratieregeling (besproken in het vorige hoofdstuk, cf. supra: hoofdstuk 3) de curator incentiveert om aansprakelijkheidsvorderingen te voeren en (ii) waar de huidige remuneratieregeling tekortschiet. Deze evaluatie zal plaatsvinden aan de hand van twee criteria : met name (i) de anticipatie op het risico-avers karakter van de curator enerzijds en (ii) de in- en aanspraakmogelijkheden van de schuldeisers anderzijds. Gelet op het beperkt bestek van huidig onderzoek, zal de klemtoon gelegd worden op de remuneratieregeling m.i.v. het risico-avers karakter van de curator, eerder dan de beperkte in- en aanspraakmogelijkheden van de schuldeisers in de boedel die volledigheidshalve ook kort toegelicht worden. Vooraleer hier dieper op in te gaan wordt evenwel eerst beknopt aandacht besteed aan de karakteristieken van de aansprakelijkheidsvordering als vordering van de boedel..*

### Afdeling A. Karakteristieken van de aansprakelijkheidsvordering

#### 1. De aansprakelijkheidsvordering als boedelvordering

##### 1.1. “All together or alone?” Over collectieve of individuele schade

46. *NOTIE COLLECTIEVE OF INDIVIDUELE SCHADE?* – Door het ontstaan van de samenloop en de ermee gepaard gaande principiële gelijkheid van de schuldeisers<sup>193</sup> kunnen schuldeisers een aansprakelijkheidsvordering niet meer zelf veruitwendigen of voortzetten<sup>194</sup> tegen de gefailleerde met uitzondering van de vordering tegen de aansprakelijke derde die niet onderhevig is aan de buitenbezitstelling van de gefailleerde<sup>195</sup>. De schuldeisers kunnen beschikken over twee soorten aansprakelijkheidsvorderingen : aan de ene kant een

---

<sup>192</sup> In J. GASPERSZ, *Grijp je kans! Vind en benut nieuwe mogelijkheden*, Houten, Uitgeverij Het Spectrum, 2009, 1

<sup>193</sup> Artikel 7 en 8 van de hypotheekwet waaruit de principiële gelijkheid van de schuldeisers uit voortvloeit.

<sup>194</sup> Artikel 24 Faillissementswet; C. BERCKMANS, “Schuldeisers en stilzitten curator: het monopolie doorbroken?”, *NJW* 2012, 479

<sup>195</sup> Cass. 8 maart 1965, *Pas.* 1965, I, 684; eveneens geciteerd in C. BERCKMANS, “Schuldeisers en stilzitten curator: het monopolie doorbroken?”, *NJW* 2012, 479

aansprakelijkheidsvordering voor persoonlijke schade<sup>196</sup> of een aansprakelijkheidsvordering voor collectieve schade op grond van een daling van het netto-actief of een verhoging van het netto-passief van het vennootschapsvermogen<sup>197</sup>. Enkel deze laatste vordering vormt een actief van de boedelgemeenschap<sup>198</sup>. De eruit afgeleide schade voor de deelgenoot is patrimoniale reflexschade die in het privévermogen valt van de “aandeelhouder” en, niettegenstaande bepaalde doctrinale kritiek<sup>199</sup>, net zoals bij een vennootschap in *going concern* niet inbaar zal zijn<sup>200</sup> door de ‘aandeelhouder’ zelf doch mogelijks wel door de onvrijwillige schuldeisers die met hem contracteerden<sup>201</sup>. De aansprakelijkheidsvordering voor individuele schade daarentegen valt evenmin in het (collectief) vermogen van de boedelgemeenschap maar zal wel inbaar zijn<sup>202</sup>. In het kader van huidig onderzoek naar de instelling van aansprakelijkheidsvorderingen door de curator namens de boedelgemeenschap, wordt enkel de aandacht gevestigd op de aansprakelijkheidsvordering die de curator kan instellen naar aanleiding van collectieve schade.

## 1.2. Ontstaan van collectieve schade

47. ONTSTAAN VAN COLLECTIEVE SCHADE EN STANDPUNT – Dergelijke collectieve schade (verhoging netto-passief óf verlaging netto-actief) kan op zijn beurt ontstaan op twee manieren: Aan de ene kant voor fouten tijdens de periode van continuïteit in vennootschap en anderzijds tijdens na discontinuïteit van de vennootschap. In het eerste geval kunnen zowel fouten begaan door het bestuur<sup>203</sup> (intern) als fouten begaan door derden<sup>204</sup> (extern) die geleid

---

<sup>196</sup> Bv. In geval van buitencontractuele aansprakelijkheid door de gefailleerde ten aanzien van hen

<sup>197</sup> De principiësarresten hieromtrent zijn: Cass. 5 december 1997, *TBH* 1998, 523 (Sepp-arrest); Cass. 2 maart 1995, *Pas.* 1995, I, 250 (Sefi-arrest); Cass. 12 februari 1981, *Pas.* 1981, I, 639 (het Unac-arrest); G. LINDEMANS, “Eenvoudig, maar niet gemakkelijk: over collectieve schade bij faillissement” *TRV* 2014, 794-796; C. BERCKMANS, “Schuldeisers en stilzitten curator: het monopolie doorbroken?”, *NJW* 2012, 480-482; M. WYCKAERT en F. PARREIN, “Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid?” in C. CLOTTENS, S. COOLS, K. GEENS, F. HELLEMANS, F. PARREIN, R. TAS, M. WAUTERS en M. WYCKAERT, *Themis 65 : Vennootschaps- en financieel recht*, Brugge, Die Keure, 2011, 15

<sup>198</sup> In het kader van huidig onderzoek wordt dan ook op deze aansprakelijkheidsvordering gedoeld. L. CORNELIS, “Persoonlijk : over schade en de aansprakelijkheidsvordering van de curator”, in K. BERNAUW, H. JACQUES HERBOTS, H. COUSY en S. STIJNS, *Liber Amicorum Yvette Merchiens*, Brugge, Die Keure, 2001, 73-75

<sup>199</sup> D. DE MAREZ, *De afgeleide schade van aandeelhouders van een naamloze vennootschap: onderzoek naar het bestaan van een eigen vorderingsrecht van individuele aandeelhouders voor de via het vermogen van een naamloze vennootschap geleden schade*, proefschrift ingediend met het oog op het behalen van de academische graad van doctor in de rechten aan de Katholieke Universiteit Leuven, *Onuitg.* Leuven, 2004, 324-348

<sup>200</sup> Cass. 23 februari 2012, *TRV* 2012, 319; J. VANANROYE, “Aandeelhouders hebben geen zelfstandig vorderingsrecht voor afgeleide schade”, noot onder Cass. 23 februari 2012, *TRV* 2012, 319; J. VANANROYE, “Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en –handhaving”, *TRV* 1999, 154 *in fine*

<sup>201</sup> J. VANANROYE, “Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en –handhaving”, *TRV* 1999, 154 *in fine*

<sup>202</sup> C. BERCKMANS, “Schuldeisers en stilzitten curator: het monopolie doorbroken?”, *NJW* 2012, 479

<sup>203</sup> Antwerpen, 20 december 2001, *RW* 2002-03, 708

hebben tot een daling van het netto-actief of een stijging van het nettopassief aanleiding geven tot collectieve schade. In het andere geval worden handelingen met oog op de benadeling van de schuldeisers<sup>205</sup> van een vennootschap in moeilijkheden geviseerd. In dit laatste geval zou men uit de *actio pauliana* een schadevergoedingsaanspraak kunnen putten zonder dat het gevolg van de *actio pauliana* (zakelijke werking) met het gevolg van een aansprakelijkheidsvordering verward mag worden (persoonlijke vordering met gebrek aan zakelijke werking)<sup>206</sup>. Hoewel bepaalde rechtsleer<sup>207</sup> de curator een vorderingsrecht ontzegde bij verhoging van het passief van de boedel, werd dit in het Sepp-arrest<sup>208</sup> terecht afgewezen door het Hof van Cassatie. De ontzegging van de uitoefening van dit vorderingsrecht zou namelijk één van de mogelijk belangrijkste<sup>209</sup> actiefbestanddelen ontnemen aan de schuldeisers in de boedel.

## 2. De aansprakelijkheidsgronden

48. Het zou het bestek van huidig onderzoek te buiten gaan een overzicht te geven van de diverse aansprakelijkheidsgronden die de curator ter beschikking staan. Volledigheidshalve wordt echter vermeld dat in onderhavig onderzoek bedoeld wordt op de interne aansprakelijkheidsvorderingen gericht tegen bestuurders<sup>210</sup>.

---

<sup>204</sup> Cass. 24 oktober 2002, *RW* 2002-03, 902

<sup>205</sup> A. KEAY, "Directors' duties to creditors: contractarian concerns relating to efficiency and over-protection of creditors", *The Modern Law Review*, 2003, 665-699

<sup>206</sup> Ten onrechte besliste het Hof van Cassatie meermaals dat de pauliaanse vordering tot een schadevergoeding zou leiden: Cass. 25 januari 2013, *RW* 2012-13, 1584 met conclusie van de advocaat-generaal A. VAN INGELGEM ; Cass. 26 april 2012, *RW* 2012-13, 944; J. VANANROYE, "Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en –handhaving", *TRV* 1999, 161

<sup>207</sup> C. VAN BUGGENHOUT en O. CLEVENBERG, "L'action en responsabilité pour aggravation du passif, préjudice collectif et cumul des préjudices individuels: tentative d'éclaircissement", *TBH* 1995, 540 e.v.; J. HEENEN, "Le curateur, peut-il exercer, au nom des créanciers une action en responsabilité contre un tiers dont la faute a causé une diminution de l'actif ou un aggravation du passif de la masse?", *RCJB* 1983, 27; Beiden eveneens geciteerd in J. VANANROYE, "Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en –handhaving", *TRV* 1999, 152

<sup>208</sup> Cass. 5 december 1997, *TBH* 1997, 106; J. VANANROYE, "Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en –handhaving", *TRV* 1999, 154

<sup>209</sup> J.S. JOSLIN, "Torts and bankruptcy", *Boston College Law Review*, 1960, 185

<sup>210</sup> Voor de NV : artikel 527, 528, 529, 530 W.Venn. *iuncto* artikel 1382 BW wat aansprakelijkheid betreft voor onzorgvuldig bestuur, dan wel schending van de wet en/of de statuten, dan wel niet-naleving van de belangenconflictenregeling of faillissementsaansprakelijkheid. Anderzijds wordt ook bedoeld op de pauliaanse vorderingen (artikelen 17-20 W.Faill.).

## Afdeling B. Varen of in de haven blijven<sup>211</sup>? Evaluatie van de remuneratieregeling van curator in het licht van de boedelaansprakelijkheidsvordering.

### 1. Rechtseconomische grondslag : managerial power approach

49. AT-ARM'S-LENGTH, PAY FOR PERFORMANCE OF PAY WITHOUT PERFORMANCE? – De *at-arm's-length* doctrine of de “*optimal contracting*” – theorie impliceert dat vergoedingen gekoppeld (dienen te) zijn aan werkelijke prestaties<sup>212</sup>. Daar waar het *agency conflict* tussen de aandeelhouders en CEO's in dat kader voorspelt dat een waardecreatie van de aandeelhouders voor een positieve remuneratie van de CEO zou zorgen<sup>213</sup>, tonen recente studies aan dat er slechts een triviale positieve reflectie op de remuneratie is bij positieve performantie<sup>214</sup>. De *managerial power approach*<sup>215</sup> (cf. *supra*) die uit deze kritiek voortspuit, koppelt terecht de remuneratie van managers aan enerzijds de sterkte van hun positie en anderzijds de controlemogelijkheden ten aanzien van hen (cf. *infra* hoofdstuk 4, alinea 4).

50. VERGOEDING VAN MANAGERS IN VENNOOTSCHAPPEN IN GOING CONCERN – Daar waar ten aanzien van managers in *going-concern*vennootschappen tal van mogelijkheden op vlak van incentives bestaan<sup>216</sup>, beperkt de aard van de boedelgemeenschap gelijkaardige incentiveschema's ten aanzien van de curator. Vanuit het *agency conflict* tussen de schuldeiser in de boedel en de curator blijken incentives voor de curator evenwel net zo

---

<sup>211</sup> Op basis van de gezegde van Thomas van Aquino.

<sup>212</sup> S. COOLS, *De verdeling van beslissingsbevoegdheden tussen de algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, proefschrift ingediend met oog op het verkrijgen van de graad van Doctor in de Rechten, 2014, 273

<sup>213</sup> S. COOLS, *De verdeling van beslissingsbevoegdheden tussen de algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, proefschrift ingediend met oog op het verkrijgen van de graad van Doctor in de Rechten, 2014, 273; M.C. JENSEN en K.J. MURPHY, “Performance Pay and Top-Management Incentives”, *The Journal of Political Economy*, 1990(a), 242; S.P. ROBBINS en M. COULTER, *Management*, Harlow-Essex, Pearson Education Limited, 2014, 552

<sup>214</sup> K. KRAFT en A. NIEDERPRÜM, “Determinants of management compensation with risk-averse agents and dispersed ownership of the firm”, *Journal of Economic Behavior & Organization*, 1999, 18; M.C. JENSEN en K.J. MURPHY, “Performance Pay and Top-Management Incentives”, *The Journal of Political Economy*, 1990(a), 244; S. COOLS, *De verdeling van beslissingsbevoegdheden tussen de algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, proefschrift ingediend met oog op het verkrijgen van de graad van Doctor in de Rechten, 2014, 273

<sup>215</sup> S. COOLS, *De verdeling van beslissingsbevoegdheden tussen de algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, proefschrift ingediend met oog op het verkrijgen van de graad van Doctor in de Rechten, 2014, 274; L. BEBCHUK en J. FRIED, *Pay without performance: the unfulfilled promise of executive compensation*, Cambridge, Massachusetts en London, Harvard University Press, 2004, 80-81

<sup>216</sup> S. COOLS, “Variabele remuneratie: de rol van tantièmes uitgespeeld of onderschat”, *TRV* 2012, 153 e.v.; H. DE WULF, C. VAN DER ELST en S. VERMEESCH, “Radicalisering van corporate governance-regelgeving: remuneratie en transparantie na de wet van 6 april 2010”, *TBH* 2010, 956 e.v.;



belangrijk/nuttig als voor de manager met oog op een zo positief mogelijk beheer van de boedel (cf. *infra*, hoofdstuk 4, alinea)<sup>217</sup>.

## 2. Rechtstreekse benadering : laag incentiverend karakter op basis van huidige remuneratieregeling

51. INLEIDING – In het licht van het belang van incentives, wordt in navolging van de *managerial power approach* een onderscheid gemaakt tussen de incentives die gecreëerd worden via de verloning van de curator enerzijds en hierop voortbouwend de (corrigerende) incentives op controlevlak ten aanzien van de curator wat betreft (i) inspraak en (ii) aanspraak (cf. *infra*, alinea 3).

52. A./ RISICO<sup>218</sup> T.A.V. REMUNERATIE : GEWOON ERELOON – Hoewel het gewoon ereloon (deels) gekoppeld is aan het gerealiseerd actief tijdens de vereffening<sup>219</sup>, bestaat een reëel risico dat door deze *globale* koppeling van het *gewoon* ereloon van de curator aan de effectief *gerealiseerde* schijf de curator niet beloond wordt voor de instelling van een aansprakelijkheidsvordering<sup>220</sup> (daar hij de kosten van uitvoering van de aansprakelijkheidsvordering dient te dragen maar enkel bij een ontvankelijke en gegronde vordering baten zou verkrijgen). Dit probleem verscherpt naarmate de boedel over een lager netto-actief of mogelijk zelfs geen netto-actief meer beschikt (cf. *infra* alinea 3).

53. B./ MINIMAAL VASTGESTELD GEWOON ERELOON : DE VERGETEN AANSPRAKELIJKHEIDSVORDERING (?) – Nochtans geniet de curator *ipso facto* een recht op een gewoon ereloon ad 1.005,07 euro<sup>221</sup> voor de vereffening van de gefailleerde vennootschap. Gezien de onzekere uitkomst van een aansprakelijkheidsvordering en de ermee gepaard gaande kosten, zal de curator beopdracht met de vereffening van een boedelgemeenschap met

---

<sup>217</sup> De vraag specifiek met betrekking tot boedelaansprakelijkheidsvorderingen is dan ook (i) *wat* vergoed dient te worden van een incentiveoogmerk en (ii) *hoe* dergelijke financiering bekomen kan worden (cf. *infra*, hoofdstuk 4).

<sup>218</sup> R.J. VAN GALEN, J.G. PRINCEN en R. MULDER, *Insolad: De insolvente vennootschap*, Deventer, Kluwer, 2010, 84;

<sup>219</sup> Artikel 33 van de faillissementswet iuncto artikel 2 KB van

<sup>220</sup> Met name in de mate de aansprakelijkheidsvordering ingesteld namens de curator onontvankelijk en/of ongegrond verklaard zou worden en bijgevolg niet leidt tot een verhoging van het netto-actief. Cf. Artikel 2 KB van 10 augustus 1998; K. CREYF, “De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-9

<sup>221</sup> Artikel 2 van het KB van 10 augustus 1998; Bericht voorgeschreven door artikel 8, tweede lid, van het koninklijk besluit van 10 augustus 1998 houdende de vaststelling van de regels en barema's tot bepaling van de kosten en het ereloon van de curatoren, BS, 15 december 2011, 74661 raadpleegbaar op de website: [http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi\\_loi/change\\_lg.pl?language=nl&la=N&table\\_name=wet&cn=2011121502](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&table_name=wet&cn=2011121502)

beperkt actief hierdoor zelfs een incentive hebben geen aansprakelijkheidsvordering in te stellen<sup>222</sup> (tenzij met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid de slaagkans vaststaat). De prijs die de curator betaalt voor zijn zekerheid is het verlies op de kans aanspraak te maken op een groter gewoon (en mogelijks buitengewoon) ereloon. Het management van de (nog niet failliete vennootschap) verkrijgt zo anderzijds een incentive om een verlieslatende onderneming zo verlieslatend mogelijk te maken<sup>223</sup>.

MINIMAAL GEWOON ERELOON BIJ NEGATIEVE BOEDEL? – Kosten en erelonen kunnen in principe evenwel enkel verhaald en betaald worden voor zover er voldoende actief in de boedel is<sup>224</sup>. In dit kader werd in de schoot van de conferentie van de voorzitters van de Nederlandstalige ondernemingsrechtbanken echter een regeling uitgewerkt op grond waarvan de curator aanspraak kan maken op een forfaitair ereloon en een forfaitaire vergoeding voor diens administratieve kosten<sup>225</sup>. Hoewel het principe thans is dat de Belgische staat niet veroordeeld kan worden voor de onkosten van de vereffening van het faillissement<sup>226</sup>, zullen voornoemde forfaitaire bedragen alsnog ten laste gelegd worden van de Belgische staat na diens veroordeling hiertoe<sup>227</sup>. Dergelijke veroordeling is evenwel geen automatisme<sup>228</sup>. Gelet op het gebrek aan materieel actief in de boedel zal hier *a fortiori* het risico-avers karakter van de curator zegevieren. Een regeling aangaande een minimaal vastgestelde verloning is derhalve een slag in het water daar het geen (minstens onvoldoende) rekening houdt met de werkelijke (transactie)kosten van de curator en hierdoor niet tegemoetkomt aan zijn ‘aversie’ voor het instellen van aansprakelijkheidsvorderingen (cf. *infra*).

---

<sup>222</sup> J. VANANROYE, “Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid” in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 264 waarbij Prof. Vananroye al lachend het advies “*pecca fortiter*” gaf aan de bestuurders van een vennootschap of m.a.w. dat om aansprakelijkheidsvorderingen te vermijden je als bestuurder ervoor zorgen moet dat de vennootschap werkelijk volledig aan de grond zit. Deze opvatting werd echter bekritiseerd door M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2009, 2-3

<sup>223</sup> J. VANANROYE, “Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid” in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 264

<sup>224</sup> L. VANDENBROUCKE, “De curator” in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, M.E. STORME, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen III*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 97

<sup>225</sup> L. VANDENBROUCKE, “De curator” in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, M.E. STORME, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen III*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 108-109

<sup>226</sup> K. CREYF, “De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-7

<sup>227</sup> L. VANDENBROUCKE, “De curator” in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, M.E. STORME, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen III*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 108

<sup>228</sup> L. VANDENBROUCKE, “De curator” in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, M.E. STORME, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen III*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 108

54. C./ CORRECTIECOËFFICIËNT – De beperkte correctie ten aanzien van het gewoon ereloon (cf. supra) die de curator mogelijks toebedeeld kan worden, zal evenmin van aard zijn om zijn risico-averse houding te overbruggen en incentiverend werken ten aanzien van de veruitwendiging van een boedelaansprakelijkheidsvordering. Niet alleen het rechtsonzeker karakter ervan maar ook het gering percentage ervan zullen hiervoor aan de grondslag liggen.

55. D./ BUITENGEWOON ERELOON – De curator vergoeden via een buitengewoon ereloon<sup>229</sup> - zoals *de lege lata* toegepast kan worden (cf. supra inleiding, casusvoorbeeld 1) - lost de problematiek evenmin op. Gezien de rechtbank van koophandel dit buitengewoon ereloon na de aansprakelijkheidsprocedure begroot, zal de curator zo niet alleen *ex ante* geen zekerheid hebben of hij in eerste instantie aanspraak kan maken op een vergoeding voor de kosten die gepaard gaan met de uitvoering van deze aansprakelijkheidsvordering. Daar in tweede instantie het buitengewoon ereloon *ex aequo et bono* begroot wordt, heeft de curator<sup>230</sup> – in de mate een buitengewoon ereloon toegekend zou worden – geen zekerheid of er op voldoende wijze tegemoetgekomen wordt aan de met de instelling van een aansprakelijkheidsvordering gepaard gaande (bijkomende) kosten (cf. infra). Deze vaststelling noopt tot een herziening van de remuneratieregeling van de curator (cf. infra).

56. E./ RECHT OP RECHTSPLEGINGSVERGOEDING? – De huidige meerderheidsstrekking<sup>231</sup> *contra* toekenning van een rechtsplegingsvergoeding aan de curator die zelf een geslaagde aansprakelijkheidsvordering instelt, is zoals *supra* verdedigd al evenmin van aard om de curator te incentiveren aansprakelijkheidsvorderingen in te stellen<sup>232</sup>.

---

<sup>229</sup> K. CREYF, “De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-9

<sup>230</sup> Bergen, 20 februari 2003, *JLMB* 2004, 73; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 150

<sup>231</sup> Cass. 6 mei 1983, *RCJB*, 1986, 712 met noot P. GÉRARD; Cass. 6 mei 1983, *ArrCass.* 1982-83, 1108; Antwerpen, 27 februari 2012, *TBH* 2013 796 met noot C. BERCKMANS; Brussel, 21 april 2010, *RPS* 2013, 115 met noot C. COIPEL; Gent 8 december 2010, *TBH* 2011, 265; Kh. Brugge, 10 mei 2010, *RW* 2012-13, 349; L. VANDENBROUCKE, “De curator” in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, M.E. STORME, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen III*, Antwerpen, Intersentia, 2014, randnr. 53; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 157(randnr. 158, voetnoot 477). B. VANDER MEULEN en D. VERCRUYSSSE, *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, Mechelen, Kluwer, 2007, 287;

<sup>232</sup> Cf. supra hoofdstuk 3 voor de uiteenzetting.

57. F./ VERLIES VAN VOORRECHT BIJ INTREKKING FAILLISSEMENT – Hoewel het voorrecht van de curator ex artikel 99 van de faillissementswet<sup>233</sup> en artikel 17 en 19,1° van de hypotheekwet<sup>234</sup> in principe een *incentive* is met oog op een correcte vereffening van de subboedel resp. algemene boedel, loopt de curator bij intrekking<sup>235</sup> faillissement het risico zijn bevoorrechte positie te verliezen. De aan de curator te vergoeden kosten en erelonen vallen dan in het heroplevend vennootschapsvermogen<sup>236</sup> zonder bevoorrechte status<sup>237</sup>. Gevolg hiervan zou zijn dat indien de vennootschap zijn schulden niet vergoedt aan de curator en alsnog failliet gaat, de curator een schuld met slechts een chirografair statuut zou hebben, daar waar chronologisch andersom de voorlopige bewindvoerder voor het voor faillissement gesteld beheer wel een bevoorrechte schuld in het faillissement zal hebben<sup>238</sup>.

58. G./ PRO DEO-RECHTSPLEGING – Zoals supra reeds uiteengezet kan de curator beroep doen op een kosteloze rechtspleging bij boedels met ontoereikend actief. In dit geval kan hij in principe rekenen op een financiële tussenkomst van de Belgische staat met betrekking tot de eerste vereffeningkosten, de kosten van de aanstelling van een gerechtsdeurwaarder en/of

---

<sup>233</sup> A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 110; Hoewel bepaalde rechtsleer in artikel 99 van de faillissementswet een algemene theorie leest voor de grondslag van boedelschulden, stelt andere rechtsleer aan de hand van een engere interpretatie dat artikel 99 van de faillissementswet louter slaat op de verdelingswijze van de erelonen van de curator en de eigenlijke procedurekosten. Cf. A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 110. De voorstanders voor de ruime interpretatie zijn: H. GEINGER, C. VAN BUGGENHOUT en C. VAN HEUVERSWIJN, “Overzicht van rechtspraak: het faillissement en het gerechtelijk akkoord”, *TPR*, 1996, 1098-1099; C. VAN BUGGENHOUT en I. VAN MIEROP, “De boedelschulden onder faillissementsbeheer: status quaestionis”, *Not.Fisc.M.* 1996, 86 zich baserend op Cass. 16 juni 1988, *RCJB* 1990, 44 met noot I. VEROUGSTRAETE. Andere rechtsleer daarentegen gaat ervan uit dat er niet noodzakelijk een algemeen rechtsbeginsel gelezen mag worden in artikel 99 van de faillissementswet doch dat de voorrang van de boedelschulden afgeleid worden uit de noodwendigheden van het beheer van de boedel. I. VEROUGSTRAETE, “Dettes de masse, privilèges et monnaie de faillite”, noot onder Cass. 16 juni 1988, *RCJB* 1990, 20-21 (randnr. 4-6). Los van de strekking die men voorstaat geniet de curator in beide gevallen een in principe *algemeen* voorrecht op zijn ereloon en kosten.

<sup>234</sup> A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 111 : Volgens deze auteur geldt een rechtvaardiging op grond van artikel 17 en 19,1° Hyp.W. enkel ondergeschikt gezien de kosten en erelonen van de curator kwalificeren als boedelschuld; *RPDB v° Faillite et Banqueroute* nr.1605

<sup>235</sup> Bv. Na verzet of hoger beroep ingesteld door de gefailleerde; Cf. J. GUILLEMYN, “De gevolgen van de nietigverklaring van een vonnis waarin het faillissement wordt uitgesproken”, *Jura Falconis* 1990-1991, 71; K. CREYF, “De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtelijk akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-9

<sup>236</sup> Tenzij het uitgesproken faillissement te wijten is aan een fout van de handelaar zelf, de schuldeiser die verzocht om het faillissement of de Belgische staat afhankelijk van de situatie. K. CREYF, “De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtelijk akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-25

<sup>237</sup> Cass. 15 juni 2001, *RW* 2001-02, 842; K. CREYF, “De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtelijk akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-25

<sup>238</sup> Aangenomen wordt dan dat hij als precurator fungeerde. A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 151 met verwijzing naar Vz. Kh. Gent 26 januari 1998, *TBH* 1998, 122

deskundige, de kosten van publicatie in het Belgisch Staatsblad en een ontlasting van betaling van zegel- registratie-, griffie- en uitgiftrechten, allen al dan niet samen met een bijkomende veroordeling van de Belgische staat door de rechtbanken van koophandel tot vergoeding van een forfaitair ereloon en een forfaitaire vergoeding voor de onkosten van de curator voor een bedrag ad respectievelijk 600 en 150 euro. Hoewel deze financiële tussenkomst aanzienlijk mag lijken, is het in wezen slechts een (dun) doekje voor het bloeden. Figuurlijk krijgt de curator door het kosteloos karakter van de *instelling* van een aansprakelijkheidsprocedure als ‘jager’ louter ‘het geweer’ zonder dat hij voorzien wordt van ‘de kogels’ om de *uitvoering* van de aansprakelijkheidsvordering te kunnen dekken. In dat geval zal de curator – zoals ook in de Engelse doctrine<sup>239</sup> werd vastgesteld – liever afzien van een procedure ook al wordt hij vergoed voor de instelling van de aansprakelijkheidsvordering.

59. RECAPITULATIE: KOSTEN > OPBRENGSTEN AANSPRAKELIJKHEIDSVORDERING – Wat betreft de instelling van aansprakelijkheidsvordering namens de boedel werd aangetoond dat, in weerwil van bepaalde incentives in het KB, de transactiekosten van de uitvoering van een aansprakelijkheidsvordering door de curator *ex ante* wellicht vermoed worden de opbrengsten die eruit zouden (kunnen) resulteren te overtreffen (tenzij de slaagkans van de vordering met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid vast zou staan)<sup>240</sup>. Evenmin komen de beperkte incentives toe aan de vraag hoe de curator vergoed dient te worden indien de boedel als enig actief een aansprakelijkheidsvordering heeft die door de curator zou veruitwendigd dienen te worden. Nochtans hoeft dit niet te betekenen dat de curator deze vorderingen niet zou instellen, gezien incentives ook uit een controle<sup>241</sup> (*in casu* door de ondernemingsrechtbank en de rechter-commissaris, maar beter door de schuldeisers in de boedel) zou kunnen voortvloeien. Het risico op respectievelijk een “aantasting/vermindering”<sup>242</sup> dan wel verlies<sup>243</sup> van verloning, zal dan incentiverend werken.

---

<sup>239</sup> A. KEAY en M. MURRAY, “Making Company Directors Liable: A Comparative Analysis of Wrongful Trading in the United Kingdom and Insolvent Trading in Australia”, *Int.Insolv.Rev.* 2005, 47

<sup>240</sup> R. SCHULTE, “Enforcing wrongful trading as standard of conduct for directors and a remedy for creditors: the special case of corporate insolvency”, *Company Lawyer*, 1999, 80-82

<sup>241</sup> M. AGHA, “Leverage, executive incentives and corporate governance”, *Accounting and Finance*, 2013, 9

<sup>242</sup> In geval van aansprakelijkheid. Dit zou kunnen door bijvoorbeeld zijn remuneratie terug te schaven enerzijds of anderzijds door hem een bepaalde schadevergoedingsplicht op te leggen. Cf. Naar Engels recht: Artikel 4.129 Insolvency Rules; *Re Tony Rowse NMC Ltd v M.E. Mann QC*, [1996] B.C.C. 196

<sup>243</sup> In geval van ontslag

### 3. Onrechtstreekse benadering : laag incentiverend karakter op basis van in- en aanspraakregeling t.o.v. de curator

60. RECHTSECONOMISCHE INLEIDING – Naast een benadering die *rechtstreeks* het vergoedingsaspect als voorwerp benadert (cf. *supra*), verdient een benadering waarmee *onrechtstreeks* invloed op de remuneratie uitgeoefend kan worden dan ook voldoende aandacht. Specifiek ten aanzien van de boedelgemeenschap waar de vergoeding meer nog dan bij een vennootschap in *going concern* afhangt van de aanwezige/gerealiseerde activa<sup>244</sup> speelt immers ten aanzien van de specifieke transacties (i) het risico-avers karakter van de curator en (ii) de transactiekosten meer nog dan bij een actieve vennootschap een belangrijke (zo niet: cruciale) rol. Daar de transactiekosten voor de curator ten aanzien van de schuldeisers *in* de boedel het karakter van een *agency*kost hebben enerzijds en anderzijds controlerechten ten aanzien van de curator kunnen fungeren als een incentive<sup>245</sup> waarmee via het terugdringen van opportunistisch handelen een hogere ondernemingswaarde bereikt kan worden<sup>246</sup>, dient – zoals de *managerial power approach*<sup>247</sup> terecht aangeeft – niet alleen toegespitst te worden op het zuivere vergoedingsaspect (rechtstreekse benadering) maar dient de controle ten aanzien van de curator met betrekking tot zijn verloning (onrechtstreekse benadering) ook in aanmerking te worden genomen gezien de verloning anders zelf voorwerp dreigt te worden van het *agency* conflict tussen de schuldeiser *in* de boedel en curator (resp. aandeelhouder en manager)<sup>248</sup>. Deze controle splitst zich op in enerzijds de controle *ex ante* en anderzijds de controle *ex post*.

#### 3.1. Controlerechten *ex ante* : inspraakrechten van de schuldeisers *in* de boedel

61. CONCEPT – Aan de hand van de controlerechten *ex ante* wordt met betrekking tot de remuneratie van de curator onderzocht in welke mate schuldeisers *in* de boedel invloed kunnen uitoefenen op (i) de vergoeding die toekomt aan de curator en (ii) de instelling (en uitvoering) van een aansprakelijkheidsvordering en ruimer de vereffening van de boedel beheerd door de curator.

---

<sup>244</sup> M. PANNEVIS, *Polak: Faillissementsrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 178

<sup>245</sup> M. AGHA, “Leverage, executive incentives and corporate governance”, *Accounting and Finance*, 2013, 9

<sup>246</sup> H. VANDER BAUWHEDE, “Corporate Governance and the cost of debt financing: European Evidence”, *Acc.Bedr.M.* 2008, 21

<sup>247</sup> L.A. BEBCHUK en J.M. FRIED, “Pay without performance: overview of the issues”, in F.S. KIEFF en T.A.PAREDES, *Perspectives on Corporate Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 141; H. VANDER BAUWHEDE, “Corporate Governance and the cost of debt financing: European Evidence”, *Acc.Bedr.M.* 2008, 21 L. BEBCHUK en J. FRIED, *Pay without performance: the unfulfilled promise of executive compensation*, Cambridge, Massachusetts en London, Harvard University Press, 2004, 80-81;

<sup>248</sup> L. BEBCHUK en J. FRIED, *Pay without performance: the unfulfilled promise of executive compensation*, Cambridge, Massachusetts en London, Harvard University Press, 2004, 68

62. BEPALING VAN VERGOEDING CURATOR? – In tegenstelling tot bij de vennootschap in *going concern* beslissen bij de boedelgemeenschap naar Belgisch recht in tegenstelling tot het Engels<sup>249</sup> en Noord-Amerikaans<sup>250</sup> recht niet de schuldeisers in de boedel over de verloning van de curator maar dient de ondernemingsrechtbank hierover te oordelen naar verhouding van het belang en de complexiteit van de zaak<sup>251</sup>. De schuldeisers in de boedel beschikken derhalve geenszins over de mogelijkheid om via onderhandeling tot een pareto-efficiënt resultaat te bekomen<sup>252</sup>. Nochtans tonen het Engels en Noord-Amerikaans voorbeeld aan dat dergelijk onderhandelingsproces wel mogelijk is via de installatie van een schuldeiserscomité. Dit bewijst dat transactie- en agencykosten principieel onvoldoende hoog zijn om onderhandelingen niet op te starten<sup>253</sup>. Het schuldeiserscomité<sup>254</sup> fungeert in Engeland *de facto ex ante* als een remuneratiecomité met meer dan een louter aanbevelende bevoegdheid<sup>255</sup>. Bij gebreke van een schuldeiserscomité wordt naar Engels recht de verloning in principe beslist door een resolutie van de schuldeisers. Zij dienen bij de begroting naast de complexiteit ook rekening te houden met de doeltreffendheid en de kwaliteit waarmee de curator zijn “managementfunctie” vervuld heeft. Slechts indien er noch een schuldeisercomité noch een schuldeisersresolutie is, kan de rechtbank hierover beslissen naar Engels recht.

63. STANDPUNT – De mogelijkheid overlaten aan de schuldeisers in de boedel om de remuneratie te bepalen (zoals naar Engels recht) verdient aanbeveling. Als *residual riskbearers*, hebben zij immers net zoals de aandeelhouders in een vennootschap – in

---

<sup>249</sup> Artikel 4.127 Insolvency Rules; S.A. FRIEZE, “Opposing other creditors’ claims and the office holder’s remuneration”, *Insolv.Int.* 2012, 11-15; I.A. FLETCHER, *The Law of Insolvency*, London, Sweet & Maxwell, 2002, 552

<sup>250</sup>

<sup>251</sup> Artikel 33 van de faillissementswet; F. T. KINT en W. DERIJCKE, *La faillite*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2006, 314; *RPDB v° Faillite et Banqueroute* nr.1599

<sup>252</sup> R.B. COOTER en T. ULEN, *Law and economics*, Edinburgh Gate, Pearson, 2014, 71; R. FISHER en W. URY, *Getting to yes: negotiating an agreement without giving in*, London, Random House Business Books, 2012, 4; Specifiek over transactiekosten die een pareto-efficiënt resultaat verhinderen ten gevolge van enerzijds boundend rationality en anderzijds opportunistisch gedrag: F.A.G. DEN BUTTER, *Managing Transaction Costs in the Era of Globalization*, Cheltenham (UK), Edward Elgar Publishing Inc., 2012, 54-55

<sup>253</sup> R.B. COOTER en T. ULEN, *Law and economics*, Edinburgh Gate, Pearson, 2014, 71; N.L. GEORGAKOPOULIS, *Principles and methods of Law and Economics: basic tools for normative reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 99 waar transactiekosten als het grootste euvel aanzien worden om een (optimale) overeenkomst te bereiken.

<sup>254</sup> Via de installatie van dit orgaan wordt eveneens het risico op een sterkere onderhandelingspositie van de curator in geval van gedisperseerd “aandeelhouderschap” ingedijkt.

<sup>255</sup> Artikel 526quater §5 W.Venn. waarin bepaald wordt dat het remuneratiecomité slechts “voorstellen” kan doen. H. DE WULF, A. LEVRAU, D. MEEUS, L. VAN DEN BERGHE, C. VAN DER ELST, L.H. VERBEKE en E. WYMEERSCH, *Corporate Governance: het Belgisch perspectief*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1998, 104

tegenstelling tot de ondernemingsrechtbank – een direct belang bij (i) de uitkomst van het gevoerde bestuur<sup>256</sup> en vooral (ii) de “kostprijs” hiervan. Bij een vennootschap in *going concern* gaat de remuneratie van de bestuurder ook terug tot een beslissing van de algemene vergadering<sup>257</sup>. Zoals het Engels recht terecht bepaalt, dient de begroting evenwel steeds een evenredige uitdrukking te zijn van de aard, de omvang (m.i.v. aansprakelijkheidsvorderingen e.d.) en de complexiteit van de vereffening en de eraan bestede uren<sup>258</sup>. Met andere woorden: schuldeisers in de boedel mogen via het recht de remuneratie te bepalen de rechten van de curator op een proportionele vergoeding niet fnuiken.

64. INSTELLING VAN BOEDELAANSPRAKELIJKHEIDSVORDERINGEN? – Naast de bepaling van de vergoeding, vormt de vraag *wie* beslist over de instelling van de aansprakelijkheidsvordering een belangrijk aspect in het licht van de controle *ex ante*, te meer daar de *instelling* en *uitvoering* van een aansprakelijkheidsvordering een invloed heeft op de verloning van de curator. Rechtsvergelijkend kunnen vier modellen gevonden worden gaande van een zeer beperkte tot een zeer verregaande schuldeiserscontrole. Het Belgisch recht vormt een toepassing van het eerste (m.n. een zeer beperkte controle). De curator beschikt over een vorderingsmonopolie namens de boedel<sup>259</sup>. Er is een te beperkte controle vanwege de rechter-commissaris<sup>260</sup> en behoudens de mogelijkheid de aanstelling van een curator *ad hoc* te vorderen, kunnen de schuldeisers enkel opmerkingen formuleren op de afsluitingsvergadering<sup>261</sup>. Ook al wordt de controlefunctie van de rechter-commissaris ook in Nederland als te beperkt<sup>262</sup> ervaren biedt het Nederlands recht de schuldeisers al iets meer rechten. De curator is verplicht het advies van de schuldeiserscommissie (indien er één

---

<sup>256</sup> H. VANDER BAUWHEDE, “Corporate Governance and the cost of debt financing: European Evidence”, *Acc.Bedr.M.* 2008, 21

<sup>257</sup> Artikel 554 lid 3 W.Venn. op grond waarvan de Algemene vergadering het remuneratieverslag dient goed te keuren.

<sup>258</sup> *Brook v Reed* [2011] *EWCA Civ* 331; S.A. FRIEZE, “Opposing other creditors’ claims and the office holder’s remuneration”, *Insolv.Int.* 2012, 11-15

<sup>259</sup> J. VANANROYE, De Civielrechtelijke aansprakelijkheids van een curator: tanden zonder tijger? in I. SAMOY en JURA FALCONIS, *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 160; J. VANANROYE, “Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid”, in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 263 (Sinds 2002 verkregen de schuldeisers ex artikel 530 W.Venn. evenwel ook de mogelijkheid om voor de door hen geleden individuele schade te vorderen wegens de bijzondere faillissementsaansprakelijkheid).

<sup>260</sup> J. VANANROYE, “Organisatierecht : werfbezoek aan een onvoltooide piramide”, *Acta Falconis*, 2014, 33

<sup>261</sup> Kh. Charleroi, 2 september 1998, *JLMB* 1999, 987; Kh. Charleroi, 2 september 1998, *TBH* 2000, 635 met noot B. VOGLET

<sup>262</sup> H.S. MENSONIDES en P.C. VOÛTE, “Good bankruptcy governance: checks and balances”, *TVI* 2004, 23 e.v.; A.H. VAN DELDEN en E. BAUW, “Toezicht in faillissementen: een rechterlijke taak?”, *TVI* 2004, 51; S.C.J.J. KORTMANN, “Bad bankruptcy governance”, *TVI* 2003, 265 e.v.



ingesteld is) in te winnen indien hij een vordering wil instellen/voortzetten<sup>263</sup>. Dit advies (te nemen in het belang van gezamenlijke schuldeisers)<sup>264</sup> is echter niet bindend<sup>265</sup>. Het Noord-Amerikaans recht vormt het ander uiterste. In *chapter* 11-casussen komt de beslissing of er een aansprakelijkheidsvordering dient ingesteld te worden toe aan de schuldeisers in de boedel<sup>266</sup>. Het Engels recht gaat iets minder ver dan het Noord-Amerikaans recht, maar wel verder dan het louter niet-bindend advies van de schuldeiserscommissie in Nederland daar hier de schuldeiser(s) in de boedel goedkeuring dienen te geven aan de curator voor de instelling van een aansprakelijkheidsvordering<sup>267</sup>.

65. STANDPUNT – Deze Engelse oplossing geniet de voorkeur daar ze een effectieve schuldeiserscontrole *ex ante* (i.e. het geven van goedkeuring) combineert met een verdere afhandeling (instelling en uitvoering van procedure) door een gespecialiseerd curator. Niet alleen komt deze oplossing ten goede van de curator die steun krijgt van de schuldeisers voor de instelling en uitvoering van een aansprakelijkheidsvordering, maar ook komt deze oplossing ten goede aan de boedel daar ze hier *ex ante* kunnen anticiperen op curatoren die mogelijks uit eigenbelang ‘te gretig’ zouden kunnen handelen<sup>268</sup>. Daar de goedkeuring van de schuldeisers in de boedel hier als een soort ‘kwijting *ex ante*’ beschouwd kan worden, is het

---

<sup>263</sup> Artikel 78 lid 1 van de Nederlandse faillissementswet waarin bepaald wordt: “*De curator is verplicht het advies der commissie in te winnen, alvorens een rechtsvordering in te stellen of een aanhangige voort te zetten of zich tegen een ingestelde of aanhangige rechtsvordering te verdedigen, behalve waar het geldt verificatiegeschillen; omtrent het al of niet voortzetten van het bedrijf des gefailleerden; alsmede in de gevallen van de artikelen 37, 39, 40, 58, tweede lid, 73, tweede lid, 100, 101, 175, laatste lid en 177, en in het algemeen omtrent de wijze van vereffening en tegeldemaking van de boedel en het tijdstip en het bedrag der te houden uitdelingen.*”; M. PANNEVIS, *Polak Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 273; I. SPINATH, J.E. STADIG en M. WINDT, *Insolad: Curator en crediteuren*, Deventer, Kluwer, 2009, 59

<sup>264</sup> Rb. Haarlem, 15 januari 2007, *JOR* 2007, 59 eveneens geciteerd in M. PANNEVIS, *Polak Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 273

<sup>265</sup> Artikel 79 van de Nederlandse faillissementswet; M. PANNEVIS, *Polak Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 345

<sup>266</sup> Section 1103 (c) (2) van de Amerikaanse Bankruptcy Code; D. KLEIN en M.V. EDELMAN, “Litigating against directors and officers of bankrupt dot-com entities: a potential asset for the debtor’s estate”, *Delaware Journal of Corporate Law*, 2002, 804. Terzijde dient opgemerkt te worden dat ‘chapter 11-cases’ doelt op de reorganisatie van de “gefailleerde”. Een uitgebreide analyse van chapter 11-casussen zou, hoewel zeer boeiend, het bestek van dit onderzoek evenwel te buiten gaan. Toch dient opgemerkt te worden dat de vergelijking met chapter-11 casussen alsnog steek houdt daar in het kader van artikel 75 §4 van de faillissementswet ook naar Belgisch recht de onderneming in *going concern* overgedragen kan worden bij faillissement : Cf. E. VAN CAMP en I. MERTENS, *Faillissementswet anno 2008*, Mechelen, Wolters Kluwers, 2008, 292. Bij chapter 11-casussen blijft de gefailleerde zelf beschikkingsbevoegd ten aanzien van zijn vermogen (zij het onder een ruime controle van het schuldeiserscomité). Naar Belgisch recht gelijkt de WCO op deze Amerikaanse procedure.

<sup>267</sup> A. KEAY en M. MURRAY, “Making Company Directors Liable: A Comparative Analysis of Wrongful Trading in the United Kingdom and Insolvent Trading in Australia”, *Int.Insolv.Rev.* 2005, 49

<sup>268</sup> Dit laatste zal het geval zijn indien de redenen waarom de curator *de lege lata* risico-avers is ten aanzien van de instelling en de uitvoering van een aansprakelijkheidsvordering tegen bestuurders wordt weggenomen (cf. *infra*, hoofdstuk 4). Cf. R.D. VRIESENDORP, *Insolad: onbehoorlijk bestuur in het insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 1997, 45

evenwel van belang dat de curator de schuldeisers voorafgaande voldoende en correct informeert over de rechtsgronden op basis waarvan een aansprakelijkheidsvordering ingesteld kan worden en de slaagkansen hiervan. Anderzijds mag deze goedkeuring de curator niet belemmeren in zijn vereffeningsproces. Zo zou bij inertie van de schuldeisers in de boedel (bv. omwille van aanhoudende (te grote) desinteresse) de curator subsidiair<sup>269</sup> kunnen terugvallen op een door de rechter-commissaris te verlenen goedkeuring.

### 3.2. Controlerechten *ex post*: aanspraakrechten van de schuldeisers in de boedel

66. CONCEPT – Naarmate de curator onvoldoende *incentives* geniet die rechtstreeks inwerken op zijn vergoeding met oog op het instellen van een aansprakelijkheidsvordering, de schuldeisers in de boedel amper tot geen *inspraak* hebben met betrekking tot de aanstelling, vergoeding en het bestuur van de curator, vergroot de nood van corrigerende *incentives*<sup>270</sup> via een aanspraakregeling<sup>271</sup>.

67. BEPERKTE TOEPASSING – Zoals bij de bestuurder/manager in de vennootschap botsen de schuldeisers in de boedel hier op het *agency conflict* tussen hen en de curator. Spijts diverse wettelijke bepalingen onder dewelke de aansprakelijkheid van de curator zowel op (i) burgerrechtelijk<sup>272</sup> als op (ii) strafrechtelijk<sup>273</sup> gebied in het gedrang kan gebracht worden, (iii) de mogelijkheid een curator *ad hoc* te vorderen<sup>274</sup> en (iv) de mogelijkheid de curator af te zetten<sup>275</sup> en (v) te vervangen<sup>276</sup> blijkt in de praktijk slechts een beperkte controle door

---

<sup>269</sup> Pas als en slechts als de schuldeisers in de boedel inert zijn en/of weigeren goedkeuring te verlenen aan een voor de vereffening noodzakelijk in te stellen aansprakelijkheidsvordering.

<sup>270</sup> M. AGHA, “Leverage, executive incentives and corporate governance”, *Accounting and Finance*, 2013, 9

<sup>271</sup> J. VANANROYE, De Civielrechtelijke aansprakelijkheids van een curator: tanden zonder tijger? in I. SAMOY en JURA FALCONIS, *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 140; J. VANANROYE, “Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid”, in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMANS en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 301

<sup>272</sup> Kh. Namen, 20 oktober 1987, *Rev.Not.B.* 1990, 656; J. VANANROYE, De Civielrechtelijke aansprakelijkheids van een curator: tanden zonder tijger? in I. SAMOY en JURA FALCONIS, *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 165 (over de terecht verdedigde mogelijkheid voor een afgeleide aansprakelijkheidsvordering van de schuldeisers tegen de curator); B. VANDER MEULEN en D. VERCRUYSE, *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, Mechelen, Kluwer, 2007, 364 e.v.

<sup>273</sup> Artikel 489sexies Sw.; B. VANDER MEULEN en D. VERCRUYSE, *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, Mechelen, Kluwer, 2007, 370

<sup>274</sup> Gent 25 juni 2012, *TGR-TWVR* 2012, 335

<sup>275</sup> Artikel 31 W.Faill.; De afzetting kan evenwel slechts gebeuren indien de feiten toegeschreven aan de curator reëel, ernstig en gewichtig zijn. De afzetting wordt als een uitzonderlijk zware straf aangemerkt : Cf. Kh. Nijvel, 6 juni 1997, *JLMB* 1997, 1223; Kh. Gent, 19 juni 1987, *JL* 1989, 603; J. VANANROYE, De Civielrechtelijke aansprakelijkheids van een curator: tanden zonder tijger? in I. SAMOY en JURA FALCONIS, *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 159

<sup>276</sup> J. VANANROYE, De Civielrechtelijke aansprakelijkheids van een curator: tanden zonder tijger? in I. SAMOY en JURA FALCONIS, *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 159

rechtbank en rechter-commissaris te bestaan. Door (i) de laattijdige mogelijkheid op te treden als schuldeiser<sup>277</sup>, (ii) de niet-betrokkenheid van de schuldeiser bij de vereffening<sup>278</sup> en (iii) de ermee gepaard gaande hoge onderzoekskosten teneinde een (geslaagde) aansprakelijkheidsvordering te kunnen instellen, bestaan er naar Belgisch recht eveneens onvoldoende *incentives ex post* die de curator zouden kunnen incentiveren een aansprakelijkheidsvordering in te stellen<sup>279</sup>.

68. ACTIO MANDATI VAN DE SCHULDEISERS IN DE BOEDEL? – Gelet op het *agency conflict* tussen de curator en de schuldeiser in de boedel lijkt het bovendien te verdedigen om zoals geregeld bij vennootschappen in *going concern* de aansprakelijkheid van de curator in het gedrang te kunnen laten brengen via een aansprakelijkheidsvordering via een meerderheidsbeslissing van een in te richten schuldeiserscomité<sup>280</sup>. Een andere oplossing zou erin kunnen bestaan een curator *ad hoc* in te stellen die de bevoegdheid wordt opgelegd de boedelvordering tegen de voormalige curator in te stellen<sup>281</sup>. *De lege lata* beslist de curator echter of hij tegen zichzelf een aansprakelijkheidsvordering (die immers kwalificeert als boedelvordering) instellen zal<sup>282</sup>. De kans dat hij dit zal doen, lijkt vanzelfsprekend zeer gering, zo niet *de facto* onbestaand.

#### 4. Financieringstechnieken van aansprakelijkheidsvordering in de (negatieve?) boedel

##### 4.1. Voorwerp van de financiering?

69. INLEIDING – In afwezigheid van voldoende incentives (zoals blijkt uit de hierboven beschreven kritiek ten aanzien van de huidige remuneratieregeling en de casusvoorbeelden in de inleiding), zal de curator gelet op diens risico-avers karakter economisch enkel geneigd zijn over te gaan tot de instelling van een aansprakelijkheidsvordering als (i) de te verkrijgen aansprakelijkheidsvordering voldoende

---

<sup>277</sup> B. VANDER MEULEN en D. VERCRUYSSSE, *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, Mechelen, Kluwer, 2003, 368

<sup>278</sup> B. VANDER MEULEN en D. VERCRUYSSSE, *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, Mechelen, Kluwer, 2003, 368

<sup>279</sup> J. VANANROYE, “Organisatierecht : werfbezoek aan een onvoltooide piramide”, *Acta Falconis*, 2014, 33

<sup>280</sup> Naar analogie met artikel 561 W.Venn. toepasselijk in de NV.

<sup>281</sup> J. VANANROYE, “Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid”, in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 302

<sup>282</sup> J. VANANROYE, “Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid”, in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 301-302

hoog is en (ii) *ex ante* met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid de slaagkans van deze vordering vastligt.

70. GEDRAGSVerschil CURATOR VS. SCHULDEISERS IN DE BOEDEL – De onzekerheid waarin de curator verkeert ten aanzien van de vergoeding die hij verkrijgt voor de instelling leidt derhalve tot een ongewenst gevolg. Indien de schuldeisers in de boedel zouden dienen te beslissen tot de instelling van een aansprakelijkheidsvordering zouden zij dit doen telkens als de verwachte opbrengst hoger is dan de eruit voortvloeiende transactiekosten. De curator, die anders dan de schuldeisers in de boedel (meer) risico-avers is, zal dit slechts doen indien de opbrengst die hij verwacht voldoende hoog is, *nét* omdat hij – anders dan de schuldeisers in de boedel – niet zeker is *de lege lata* of hij wel vergoed zal worden voor de door hém gemaakte liquidatiekosten<sup>283</sup>.

71. VOORBEELD : ECONOMISCHE BESLISSINGSBOOM<sup>284</sup> – Abstractie makend van de (eventuele) overige activa in de boedel kan dit bij een gegeven waarde van de liquidatiekosten en gegeven kans op succes mathematisch aangetoond worden. Gesteld dat er een 50% kans bestaat op een gegronde aansprakelijkheidsvordering en de liquidatiekosten begroot zouden worden op 5000 euro, zal de curator een vordering instellen conform de vergelijking<sup>285</sup>  $[0,5^{286} (0,2X - 5000) + 0,5(-5000) = 0]$  waarbij X de waarde van de schadevergoeding weergeeft vanaf wanneer de curator in het licht van de liquidatiekosten en de onzekerheid ten aanzien een positieve uitkomst (c.q. gegronde vordering) een aansprakelijkheidsvordering instellen zal. In dit voorbeeld zou dit slechts zijn vanaf wanneer de aansprakelijkheidsvordering (X), 50.000 euro opleveren zou, daar waar de schuldeisers in de boedel gebaat zouden zijn met ieder bedrag (resultierend uit een geslaagde aansprakelijkheidsvordering) hoger dan de liquidatiekosten ad 5.000 euro.

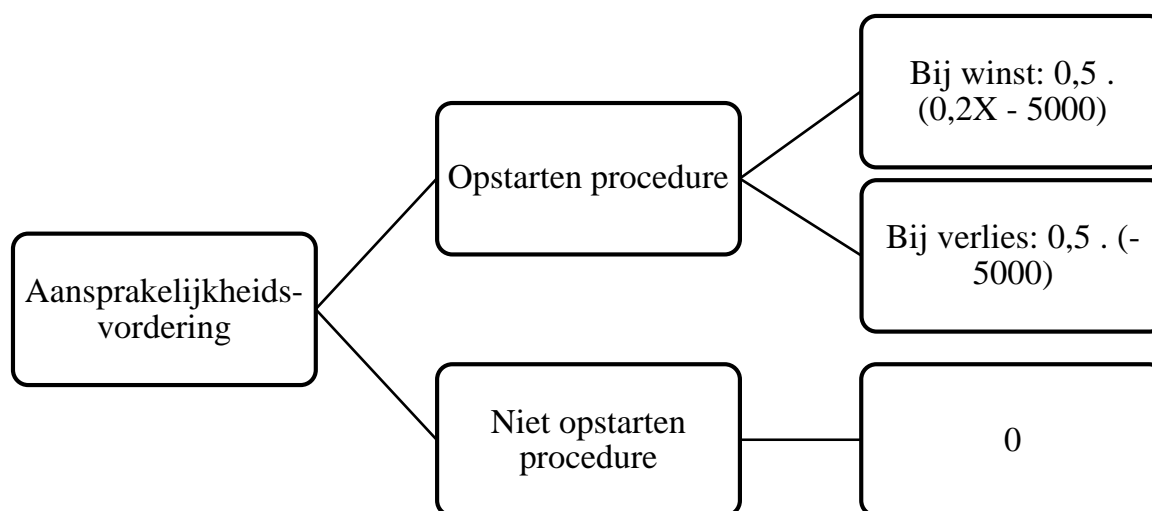
---

<sup>283</sup> *In casu* wordt de term liquidatiekosten gehanteerd als verzamelterm voor (i) de door de curator al da niet voorgeschoten gerechtskosten en (ii) de transactiekosten die gepaard gaan met de instelling van een aansprakelijkheidsvordering (met name: de eraan gespendeerde uren, de onderzoekskosten, ...).

<sup>284</sup> R. COOTER en T. ULEN, *Law and economics*, Addison-Wesley, The Pearson series in economics 2014, 380-381

<sup>285</sup> *In casu* wordt geopteerd voor 20% (hetgeen conform artikel 3 van het KB van 10 augustus 1998 het eerste barema inhoudt). R. COOTER en T. ULEN, *Law and economics*, Addison-Wesley, The Pearson series in economics 2014, 380-381

<sup>286</sup> Er wordt een multiplicator van 0,5 toegepast gelet op de 50% kans.



**Figuur 1. Economische beslissingsboom bij instelling aansprakelijkheidsvorderingen<sup>287</sup>**

72. OPLOSSING VOOR AGENCY CONFLICT - Teneinde tegemoet te komen aan bovenstaand *agency conflict* dient aldus geanticipeerd te worden op het risico-avers karakter van de curator hetgeen ten aanzien van de instelling van een aansprakelijkheidsvordering veel veroorzaakt wordt (i) door de onzekerheid over het al dan niet ontvankelijk én gegrond karakter van aansprakelijkheidsvordering en (ii) de liquidatiekosten die gepaard gaan met de instelling van de aansprakelijkheidsvordering waarbij (iii) onzekerheid bestaat over de vraag of de te verkrijgen schadevergoeding resulterend uit een positieve aansprakelijkheidsvordering de liquidatiekosten (met inbegrip van de curators' transactiekosten) wel dekken zou. Gezien nooit *a priori* met zekerheid het ontvankelijk dan wel gegrond karakter van de vordering, laat staan het door de rechter te begroten bedrag onomstootbaar vaststaan kan, verschuift de focus hiermee naar de door de curator gemaakte transactiekosten<sup>288</sup>. Immers, wat de uitkomst ook is van de aansprakelijkheidsvordering, indien de curator *a priori* weet dat hij minstens vergoed wordt voor de door hem voorgeschoten gerechtskosten gecumuleerd met de op hem rustende

<sup>287</sup> R. COOTER en T. ULEN, *Law and economics*, Addison-Wesley, The Pearson series in economics 2014, 380-381

<sup>288</sup> *Groewood Holdings Plc v James Capel & Co Ltd*, [1995], B.C.C. 760; G. VAN DUICK, "Biedt een basisvergoeding soelaas? : Empirisch onderzoek naar de salaristekorten in faillissement", *TVI* 2013, 3 (tijd is belangrijk om als parameter mee te nemen in de bepaling van de vergoeding van de curator); A. KEAY en M. MURRAY, "Making Company Directors Liable: A Comparative Analysis of Wrongful Trading in the United Kingdom and Insolvent Trading in Australia", *Int.Insolv.Rev.* 2005, 49; R. SCHULTE, "Enforcing wrongful trading as standard of conduct for directors and a remedy for creditors: the special case of corporate insolvency", *Company Lawyer*, 1999, 80-88

transactiekosten, zal, zoals de Australische, Engelse en Nederlandse rechtsleer terecht aangeeft de vrees van de curator (i) niet of (ii) te beperkt<sup>289</sup> vergoed te worden voor de instelling en verdere uitvoering van de aansprakelijkheidsvordering in de kiem gesmoord worden. Hiermee zou tevens tegemoet worden gekomen aan de aanbeveling van de ‘United Nations Commission on International Trade Law (Uncitral)’ teneinde in de nationale rechtstelsels zekerheid te bieden wat betreft de remuneratie van de curator, hierin begrepen de kosten van de vereffening van de boedel<sup>290</sup>. Daar de aansprakelijkheidsvordering een groot onderdeel vormt/vormen kan van deze vereffening, lijkt zekerheid (i) wat *globaal* vergoed wordt en (ii) wat *in concreto*<sup>291</sup> vergoed dient te worden aldus ten eerste aan te raden.

73. LIQUIDATIEKOSTEN ALS RISICOPREMIE : NOODZAKELIJK MAAR OOK VOLDOENDE? – Hierbij fungeren de voorgeschoten gerechts<sup>292</sup>- en transactiekosten<sup>293</sup> aldus als een soort ‘risicopremie’<sup>294</sup> teneinde de risico-aversie van de curator te beperken en de disconnectie tussen de stilzittende curator die geen vordering instelt én uitvoert omwille van de te hoge liquidatiekosten en de schuldeisers in de boedel die wel een vordering zouden willen instellen met oog op de verkrijging van een hoger dividend deels<sup>295</sup> opgelost kan worden. Hiernaast dienen – zoals ook de Nederlandse<sup>296</sup> en Engelse doctrine aangeven – verhoogde *checks & balances* een stroomlijning tussen curator en schuldeiser in de boedel te bevorderen. Dit vindt bovendien ondersteuning in de rechtseconomische literatuur waar verdedigd wordt dat een beperkte(re) (mogelijkheid tot) toekenning van (hoger(e)) incentives (hetgeen vergeleken met een vennootschap eerder regel dan uitzondering zal zijn bij de boedelgemeenschap) best aangevuld kan worden via corrigerende incentives die focussen op controle ten opzichte van de curator<sup>297</sup>.

---

<sup>289</sup> Cf. casusvoorbeeld 1 : Bergen, 23 oktober 2006, *TBH* 2007, 600

<sup>290</sup> Uncitral Legislative Guide on Insolvency Law part one and two (25 juni 2004), *UN Doc.* E.05.V.10, (2005); M.J.M. FRANKEN, *Insolad: Rapport Beloning Curatoren*, Wolters Kluwer BV, 2008, 23-24

<sup>291</sup> Hiervoor wordt verwezen naar infra waar enkele checks & balances worden geformuleerd

<sup>292</sup> De gerechtskosten zijn *ex* artikel 19, 1<sup>o</sup> hyp.w. bevoorrecht voor alle andere schuldeisers.

<sup>293</sup> G. VAN DIJCK, “Biedt een basisvergoeding soelaas? : Empirisch onderzoek naar de salaristekorten in faillissementen”, *TVI* 2013, 3, waarin de auteur aangeeft dat de bestede tijd een belangrijke parameter is die in rekening dient gehouden te worden bij de bepaling van de vergoeding van de curator.

<sup>294</sup> A. DECOSTER, L. BERLAGE, P. DE GRAUWE, J. EYCKMANS, M. GOOS, E. SCHOKKAERT, P. VAN CAYSEELE, F. VERBOVEN en A. WATTEYNE, *Economie : een inleiding*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 647

<sup>295</sup> Anderzijds dient ook ingespeeld te worden op de controlefunctie en het creëren van een strengere governance-type (cf. hoofdstuk 4).

<sup>296</sup> M.J.M. FRANKEN, *Insolad: Rapport Beloning Curatoren*, Wolters Kluwer BV, 2008, 36-37

<sup>297</sup> M. AGHA, “Leverage, executive incentives and corporate governance”, *Accounting and Finance*, 2013, 9

74. RECAPITULATIE – Gecombineerd met de huidige remuneratieregeling zou een vergoeding van de liquidatiekosten voor de curator leiden tot onderstaand schema:

**Samenvattend schema: Incentiverende vergoeding n.a.v. instelling aansprakelijkheidsvordering door curator:**

- *Onontvankelijke / ongegronde aansprakelijkheidsvordering: geen verhoging netto-actief / geen verlaging nettopassief van de boedel:*
  - ⇒ Enkel vergoeding voor de liquidatiekosten (met name: de voorgeschoten gerechts- en transactiekosten).
- *Ontvankelijke en gegronde aansprakelijkheidsvordering : verhoging netto-actief<sup>298</sup> van de boedel:*
  - ⇒ Vergoeding voor liquidatiekosten gesommeerd met een bepaald percentage<sup>299</sup> van het inbaar gedeelte van de toegekende aansprakelijkheidsvordering.

*Schema 4. Incentiveren van aansprakelijkheidsvorderingen via remuneratie*

**4.2. Financieringswijze?**

**4.2.1. Toepasselijk onderscheid : boedels met en zonder materieel actief**

75. CONCEPT – In zowel de Belgische<sup>300</sup> als de Nederlandse<sup>301</sup> doctrine wordt een onderscheid gemaakt tussen de positieve en negatieve boedels. Aangenomen wordt dat er sprake is van een negatieve boedel als het actief van de boedel onvoldoende is om de schulden van de boedel te vergoeden<sup>302</sup>. Indien dit niet het geval is, is er aldus een positieve boedel.

76. NUANCERING – Bovenstaand onderscheid is evenwel niet dienstig in het kader van het onderzoek naar de incentives en/of financiële mogelijkheden van de curator om aansprakelijkheidsvorderingen namens te boedel te kunnen instellen. Conform bovenstaande definitie van een negatieve boedel zou immers een boedel waarin zich louter één

<sup>298</sup> Hieronder (cf. *infra* 4.2. financieringswijze?) wordt de hypothese belicht waarin ondanks een geslaagde aansprakelijkheidsvordering alsnog een nettopassief aanwezig blijft in de boedel.

<sup>299</sup> Artikel 2 van het KB van 10 augustus 1998; Cf. *supra* (gewoon ereloon).

<sup>300</sup> B. VANDER MEULEN en D. VERCRUYSSSE, *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, Mechelen, Kluwer, 2007, 287

<sup>301</sup> F. VERSTIJLEN, *De faillissementscurator*, Brabant, W.E.J. Tjeenk Willink, 1998, 172

<sup>302</sup> B. VANDER MEULEN en D. VERCRUYSSSE, *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, Mechelen, Kluwer, 2007, 287; F. VERSTIJLEN, *De faillissementscurator*, Brabant, W.E.J. Tjeenk Willink, 1998, 172

(aanzienlijke) aansprakelijkheidsvordering bevindt voldoende zijn om niet meer te kunnen spreken van een negatieve boedel. Nochtans zal (ook) in deze laatste boedel een boedelfinanciering niet mogelijk zijn (cf. infra) en zal de (te?) beperkte financiële overheidssteun een onvoldoende prikkel geven aan de curator om aansprakelijkheidsvorderingen in te stellen (cf. supra). Vanuit die insteek wordt in huidig onderzoek een onderscheid gemaakt tussen de boedel met én zonder materiële activa.

## 4.2.2. Financieringsmodellen

### 4.2.2.1. Boedelfinanciering

77. BOEDELFINANCIERING : UITGANGSPUNT – Naarmate in België zoals in Nederland<sup>303</sup> de vergoeding van de curator vergoed wordt op basis van de gerealiseerde activa in de boedel (i.e. systeem van boedelfinanciering)<sup>304</sup>, rijst de vraag hoe bovenstaande pragmatische oplossing met oogmerk de curator te incentiveren aansprakelijkheidsvordering(en) in te stellen in dergelijk systeem van boedelfinanciering getransponeerd kan worden naar boedels *zonder* materiële activa (doch louter een (mogelijks hoge) aansprakelijkheidsvordering). Een model (voornamelijk) gebaseerd op boedelfinanciering<sup>305</sup> (met mogelijks geringe overheidstussenkomst) zoals naar Belgisch recht levert zonder meer onvoldoende incentives (cf. supra)<sup>306</sup>. Zoals uit het tweede casusvoorbeeld<sup>307</sup> bleek, is deze vraag naar de vergoeding van de curator in de boedel zonder (materiële) activa, zeker in een landschap met een hoog aantal faillissementen, zeker geen louter academische vraag. Onterecht neemt bepaalde Nederlandse doctrine dan ook onverkort aan dat de vereffening van een negatieve boedel niet meer zou kunnen geschieden in het belang van de schuldeisers *in* de boedel<sup>308</sup>.

78. BELANG VAN FINANCIERING – Een doordachte financiering van de aansprakelijkheidsvordering is immers niet alleen van belang ten aanzien van de schuldeisers in de boedel maar ook ten aanzien van de curator. Daar waar de schuldeiser namelijk een hoger ‘dividend’ verkrijgen kan bij een geslaagde aansprakelijkheidsvordering (zeker

<sup>303</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 138

<sup>304</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 138

<sup>305</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 140

<sup>306</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 155

<sup>307</sup> Brussel, 15 maart 2001, *TBH* 2001, 51 met noot R. PARIJS

<sup>308</sup> G.A.J. BOEKRAAD, *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, 187



wanneer de aansprakelijkheidsvordering het enige actief in de boedel is), zal de curator bij de te lage incentives niet geneigd zijn aansprakelijkheidsvorderingen in te stellen<sup>309</sup>. Dit gebrek aan (voldoeninggevende) incentives houdt derhalve een ‘*crowding-out*’-risico in ten aanzien van de (gespecialiseerde) curator actief in ‘high-end’ advocatenkantoren<sup>310</sup>. In de mate hij meer verdient door *geen* curatele op zich te nemen behalve in boedels met voldoende activa, zouden rechtbanken derhalve mogelijks louter vereffeningen van ‘rijke’ boedels toebedelen aan curatoren afkomstig van ‘high-end’ advocatenkantoren<sup>311</sup>. Dit zal er dan weer toe leiden dat curatoren van ‘low-end’ advocatenkantoren zullen weigeren de ‘resterende’ boedels (dewelke een beperkter of geen actief hebben) te vereffenen<sup>312</sup>. De Duitse<sup>313</sup> oplossing in dat geval (cf. *infra*) is het niet-openen van een insolventieprocedure indien de activa van de boedel onvoldoende zijn om de vereffening te kunnen financieren<sup>314</sup> doch kan dit m.i niet onderschreven worden. In de mate geen (voldoeninggevende) *incentives* gecreëerd worden, is de schuldeiser *in* de boedel finaal het kind van de rekening. Bij boedels met onvoldoende (materieel) actief zal noch de curator afkomstig uit een ‘high-end’ advocatenkantoor noch de curator afkomstig uit een ‘low-end’ advocatenkantoor bereid zijn de vereffening op zich te nemen, laat staan een onderzoek te doen naar de (i) reden *waarom* de onderneming failliet ging (= oorzaak van faillissement) en (ii) hiermee samenhangend of een (potentiële) aansprakelijkheidsvordering een reël actief betekent van de boedel<sup>315</sup>. In de mate de curator alsnog overgaat tot de vereffening van negatieve boedels bestaat het risico dat ten gevolge van het gebrek aan incentives in negatieve boedels de curator dit compenseren wil via het claimen

---

<sup>309</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 140-141

<sup>310</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 140-141

<sup>311</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 140-141; N. KOOPS, “Curator bedankt voor oninteressant faillissement; Advocatuur voor faillissementen van bedrijven waar niks meer te halen is, is nauwelijks nog een curator te vinden”, *NRC Handelsblad*, 2009, 13; M.J.M. FRANKEN, *Insolad: Rapport Beloning Curatoren*, Wolters Kluwer BV, 2008, 1; G. VAN DIJCK, R.D. VRIESENDORP, D.C.M.H. VIELVOYE en N. RACHID, “Lege boedels: code rood of vals alarm? Een verkennende empirische studie naar Bredase ervaringen met lege boedels”, *TVI* 2008, 33

<sup>312</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 140-141; N. KOOPS, “Curator bedankt voor oninteressant faillissement; Advocatuur voor faillissementen van bedrijven waar niks meer te halen is, is nauwelijks nog een curator te vinden”, *NRC Handelsblad*, 2009, 13; M.J.M. FRANKEN, *Insolad: Rapport Beloning Curatoren*, Wolters Kluwer BV, 2008, 1-2

<sup>313</sup> K. SCHMIDT, “Insolvenzeröffnung mit Massekostenvorschuss – Vor einer neuerlichen Änderung des § 26 InsO”, *NJW* 2011, 1255; G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 147; M.J.M. FRANKEN, *Insolad: Rapport Beloning Curatoren*, Wolters Kluwer BV, 2008, 1

<sup>314</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 147-148

<sup>315</sup> Gebaseerd op: G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 140-141

van (te) hoge vergoedingen in ‘rijkere’ boedels met voldoende activa<sup>316</sup>. Steeds is de schuldeiser *in* de boedel echter de dupe : in het eerste geval via het ‘*crowding-out*’-effect, in het tweede geval ten gevolge van een (vermoede) overmatige toepassing van kruissubsidiëring<sup>317</sup>. Bovendien geeft de instelling van de aansprakelijkheidsvordering door de curator een middel om de corporate governance-regels meer slagkracht te geven. Bestuurders die weten dat de kans zeer gering zal zijn dat een aansprakelijkheidsvordering zal worden ingesteld zullen<sup>318</sup>, spijs de vennootschapsrechtelijke (m.i.v. de *corporate governance*—regulering), niet afgeschrikt worden en verliezen aldus een *incentive* om de vennootschap te besturen (mede) in het belang van diens aandeelhouders<sup>319</sup>.

#### 4.2.2.2. Alternatieve financieringsmogelijkheden

79. ALTERNATIEVE FINANCIERINGSMOGELIJKHEDEN – Teneinde tegemoet te komen aan deze problematiek, bestaan er naast het model gebaseerd op boedelfinanciering (cf. *supra*) diverse andere modellen die zich aandienen teneinde de curator te incentivieren de aansprakelijkheidsvordering die deel uitmaakt van de boedel in te stellen. In eerste instantie wordt de financiering via de overheid besproken, vervolgens het Duits systeem waarin geen insolventieprocedure wordt geopend bij onvoldoende actief maar een voorlopige curator louter een ‘quick scan’ doorvoert<sup>320</sup> om tot slot de financiering via private derden uit te leggen na de financiering door de schuldeisers in de boedel zelf.

##### i) *Financiering via de overheid*

80. OVERHEIDSFINANCIERING – Een eerste financieringsmogelijkheid kan gevonden worden via overheidsfinanciering. Voorbeelden hiervan worden gevonden in de *common law*-landen (o.a. Engeland en Wales, Australië<sup>321</sup> en Nieuw Zeeland<sup>322</sup>) als in het *civil law*-stelsel

<sup>316</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 140-141

<sup>317</sup> G. VAN DIJCK en M.A. GRAMATIKOV, “De beloning van curatoren empirisch onderzocht”, *TVI* 2010, 2

<sup>318</sup> Naar Belgisch recht: J. VANANROYE, “Organisatierecht : werfbezoek aan een onvoltooide piramide”, *Acta Falconis*, 2014, 33; Naar Engels recht: M.J. MUMFORD en A.J. KATZ, Making creditor protection effective, London, The Centre for Business Performance, 2010, 63;

<sup>319</sup> J. VANANROYE, “Organisatierecht : werfbezoek aan een onvoltooide piramide”, *Acta Falconis*, 2014, 33; F. TOLMIE, “Funding litigation by liquidators: a consideration of the amendment to Rule 4.218”, *Insolvency Lawyer*, 2003, 153

<sup>320</sup> § 22 InsO.; W.A.H. MELISSEN en R. MULDER, “Beloning curatoren en lege boedels; stand van zaken, wat wordt van curatoren verlangd?”, *TVI* 2009, 185

<sup>321</sup> V. FINCH, *Corporate Insolvency Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 562

<sup>322</sup> V. FINCH, *Corporate Insolvency Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 562

(o.a. het Nederlands recht<sup>323</sup>). In het Engels recht maakt men in dit kader toepassing van het “*official receivership*” waarbij de ‘*official receiver* (hierna: OR)’, onder toezicht en instructie van de inspecteur-generaal<sup>324</sup> of (minder vaak) de Minister<sup>325</sup> staand, handelt als ‘provisionele curator’. De hoofddoelstelling van OR is namelijk het bewaren en realiseren van de activa en onderzoek te voeren naar de *oorzaak* van het faillissement hierin begrepen de potentiële aansprakelijkheidsvorderingen tegen o.a. de bestuurders<sup>326</sup>. Verder gaat de OR na of er voldoende activa in de boedel aanwezig zijn om een curator aan te stellen<sup>327</sup>. Indien de boedel echter over onvoldoende activa beschikt zal de OR de taak van de curator op zich nemen.<sup>328</sup> Het door de OR gevoerd onderzoek zal hoe dan ook of er nu voldoende dan wel onvoldoende assets in de boedel aanwezig zijn, leiden tot een reductie van de transactiekosten (met name: de onderzoekskosten) die *de lege lata* in België nog wel volledig op de curator rusten. Hoe de verdere kosten van *uitvoering* van de aansprakelijkheidsvordering daarentegen gefinancierd dienen te worden is minder zeker. De OR beschikt over verschillende mogelijkheden<sup>329</sup>. Zo kan hij met name (i) de aansprakelijkheidsvordering negeren (en derhalve niet instellen), (ii) een buitengerechtelijk akkoord trachten te bereiken met de bestuurder, (iii) een curator van de *civil recovery rota* benoemen, (iv) financiering proberen te bekomen van de schuldeisers in de boedel zoals ook het Duits<sup>330</sup> recht aanneemt dan wel (v) geënt op het Australisch<sup>331</sup> recht de aansprakelijkheidsvordering verkopen aan een derde<sup>332</sup>. In dit laatste geval dient de OR te onderzoeken of (i) de schuldeisers in de boedel voordeel halen uit de overdracht van de

<sup>323</sup> P. YILDIRIM, “De Garantstellingsregeling curatoren” in W.H. VAN BOOM, S.D. LINDENBERGH en S.B. PAPE, *Privaatrecht ondersteund : doelen, baten, kosten en effecten van bijzondere ondersteuning door de overheid van privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2007, 115 e.v.

<sup>324</sup> Technical Manual, Chapter 1, Part 2, par. 1.4. raadpleegbaar op de site [https://www.insolvencydirect.bis.gov.uk/technicalmanual/Ch1-12/Chapter1/part2/part\\_2.htm](https://www.insolvencydirect.bis.gov.uk/technicalmanual/Ch1-12/Chapter1/part2/part_2.htm) ; G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 142

<sup>325</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 142

<sup>326</sup> Technical Manual, Chapter 1, Part 2, par. 1.4.; G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 142-143; Daar de official receiver reeds onderzoek doet naar de faillissementsoorzaak en de mogelijkheid om al dan niet aansprakelijkheidsvorderingen in te stellen worden een groot deel van de transactiekosten voor de eventueel later aangestelde curator ontnomen.

<sup>327</sup> Technical Manual, Chapter 1, Part 2, par. 1.4.; G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 141-142

<sup>328</sup> Technical Manual, Chapter 1, Part 2, par. 1.4.; G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 141-142

<sup>329</sup> Technical Manual, Chapter 60, Part 5, par. 60.35

<sup>330</sup> K. SCHMIDT, “Insolvenzeröffnung mit Massekostenvorschuss – Vor einer neuerlichen Änderung des § 26 InsO”, *NJW* 2011, 1255; G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 147

<sup>331</sup> *UTSA Pty Ltd v. UltraTune Australia Pty Ltd* (1996) 14 ACLC 1262 (waar slechts een deel van de vordering werd overgedragen); *Groveswood Holdings Plc v. James Capel & Co Ltd* [1995] BCC 760; A. KEAY en M. MURRAY, “Making Company Directors Liable: A Comparative Analysis of Wrongful Trading in the United Kingdom and Insolvent Trading in Australia”, *Int.Insolv.Rev.* 2005, 49

<sup>332</sup> Technical Manual, Chapter 60, Part 5, par. 60.35 *iuncto* Technical Manual, Chapter 31.9, Part 6, par. 31.9.97

aansprakelijkheidsvordering<sup>333</sup> én (ii) dient hij juridisch advies in te winnen over (a) de oorzaak van het geschil, (b) de overdraagbaarheid en (c) de verjaringstermijn<sup>334</sup>. De (taak van de) OR wordt gefinancierd via kruissubsidiëring<sup>335</sup> en deels door de (jaarlijks oplopende)<sup>336</sup> kosten van het verzoekschrift<sup>337</sup>.

81. GARANTSTELLINGREGELING CURATOREN – Een alternatief systeem van overheidsfinanciering systeem enigszins gelijkend op het Nieuw-Zeelands<sup>338</sup> systeem is de Nederlandse Garantstellingsregeling Curatoren (hierna: NGR)<sup>339</sup> waarbij de curator een financiële tegemoetkoming van de overheid verkrijgen kan teneinde aansprakelijkheidsvorderingen te kunnen voeren tegen het voormalig bestuur van de vennootschap. De voorwaarden om in aanmerking te komen van deze NGR zijn drievoudig<sup>340</sup>. Ten eerste dienen de verhaalmogelijkheden in het specifieke geval waarschijnlijk te zijn<sup>341</sup>. Indien dit niet zo is, kan de curator verzoeken voor een tegemoetkoming van diens onderzoekskosten naar de slaagkansen van (mogelijks) in te stellen aansprakelijkheidsvorderingen<sup>342</sup>. Ten tweede dient het gevraagde bedrag door de

---

<sup>333</sup> Technical Manual, Chapter 60, Part 5, par. 60.36 *iuncto* Technical Manual, Chapter 31.9, Part 6, par. 31.9.101; Zo mag de claim bijvoorbeeld ook niet tergend en roekeloos zijn : G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 143

<sup>334</sup> Technical Manual, Chapter 60, Part 5, par. 60.36 *iuncto* Technical Manual, Chapter 31.9, Part 6, par. 31.9.102; G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 143

<sup>335</sup> Dit houdt in dat de te vergoeden kosten in de boedels zonder of met onvoldoende activa vergoed worden door de opbrengsten in boedels met voldoende activa.

<sup>336</sup> The Insolvency Service, *Annual Report and Accounts 2010-11*, 17 geciteerd in G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 144

<sup>337</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 144.

<sup>338</sup> V. FINCH, *Corporate Insolvency Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 562; Ook naar Nederlands recht wordt de curator namelijk geen financiering toegekend in de mate de procedure geen slaagkans geniet: P. YILDIRIM, “De Garantstellingsregeling curatoren” in W.H. VAN BOOM, S.D. LINDENBERGH en S.B. PAPE, *Privaatrecht ondersteund : doelen, baten, kosten en effecten van bijzondere ondersteuning door de overheid van privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2007, 117

<sup>339</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 145; P. YILDIRIM, “De Garantstellingsregeling curatoren” in W.H. VAN BOOM, S.D. LINDENBERGH en S.B. PAPE, *Privaatrecht ondersteund : doelen, baten, kosten en effecten van bijzondere ondersteuning door de overheid van privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2007, 116; R.D. VRIESENDORP, F.M.J. VERSTIJLEN en G. VAN DIJCK m.m.v. D.F. KOPALIT, *Evaluatie Garantstellingsregeling Curatoren 1999-2005*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 1

<sup>340</sup> De

<sup>341</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 145; R.D. VRIESENDORP, F.M.J. VERSTIJLEN en G. VAN DIJCK m.m.v. D.F. KOPALIT, *Evaluatie Garantstellingsregeling Curatoren 1999-2005*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 25

<sup>342</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 145

curator in redelijke verhouding te staan tot de verhaalmogelijkheden<sup>343</sup>. Het Nederlands ministerie van Justitie hanteert een 1:4 ratio<sup>344</sup>. Tot slot dient de door de curator gevraagde vergoeding proportioneel te zijn aan de totale schulden van de boedel<sup>345</sup>. Indien de curator een voorschot wordt verleend in de vorm van een garantstelling wordt een speciale rekening-courant geopend bij een door de minister aangewezen kredietinstelling<sup>346</sup>. Indien bij afsluiting van het faillissement voldoende baten gerealiseerd zijn, dient de curator een debetsaldo op deze rekening-courant aan te zuiveren tenzij hij hiertoe kwijtschelding verkreeg<sup>347</sup>.

82. KRITIEK – Hoewel bovenstaande regeling efficiënt<sup>348</sup> lijkt kan het systeem van overheidsfinanciering bekritiseerd worden. Daar waar het Engels recht in een uitgewerkt systeem voorziet, shift het via het systeem van kruissubsidiëring de druk rustend op schuldeisers in de boedel met onvoldoende (materieel) actief op de schuldeisers in de boedel met voldoende (materieel) actief<sup>349</sup>. Het Nieuw-Zeelands<sup>350</sup> systeem waarin de overheid voorziet in financiering van aansprakelijkheidsvorderingen kan evenzeer bekritiseerd worden daar ze *enkel* funding voorziet voor de gevallen waarvan ze *a priori* gelooft dat ze voldoende slaagkans genieten. Daar waar de voorwaarden naar Nederlands recht in vergelijking met het Nieuw Zeelands recht minder vaag zijn, legt zeker de tweede voorwaarde een hoge drempel op de curator waardoor de slagkracht van de NGR net zoals de afdwinging van het

---

<sup>343</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 145; R.D. VRIESENDORP, F.M.J. VERSTIJLEN en G. VAN DIJCK m.m.v. D.F. KOPALIT, *Evaluatie Garantstellingsregeling Curatoren 1999-2005*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 25

<sup>344</sup> De verwachte opbrengst moet Aldus de verwachte kost vier keer overstijgen. Cf. Regeling van de Minister van Veiligheid en Justitie van 27 februari 2012, nr. 5725931/12, houdende regels voor de beoordeling van de gegrondheid van verzoeken van curatoren tot verstrekking van een voorschot en de grenzen waarbinnen zodanige verzoeken kunnen worden toegewezen (Garantstellingsregeling curatoren 2012), *Staatscourant* 2012, 5; G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 145

<sup>345</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 145; R.D. VRIESENDORP, F.M.J. VERSTIJLEN en G. VAN DIJCK m.m.v. D.F. KOPALIT, *Evaluatie Garantstellingsregeling Curatoren 1999-2005*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 25 : Deze laatste voorwaarde dient voornamelijk om de schuldeisers in de boedel te beschermen. Zo werden verzoeken van de curator tot kostenverhoging afgewezen daar louter de fiscus en andere preferente schuldeisers hiermee gebaat zouden zijn zonder dat dit tot voordeel strekken zou van de schuldeisers in de boedel.

<sup>346</sup> Artikel 2, derde lid van de Regeling van de Minister van Veiligheid en Justitie van 27 februari 2012, nr. 5725931/12, houdende regels voor de beoordeling van de gegrondheid van verzoeken van curatoren tot verstrekking van een voorschot en de grenzen waarbinnen zodanige verzoeken kunnen worden toegewezen (Garantstellingsregeling curatoren 2012), *Staatscourant* 2012, 5 (hierna: Garantstellingsregeling curatoren 2012)

<sup>347</sup> Artikel 11, eerste lid van de Garantstellingsregeling curatoren 2012

<sup>348</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 146

<sup>349</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 144-145

<sup>350</sup> V. FINCH, *Corporate Insolvency Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 562

vennootschappelijk aansprakelijkheidsrecht sterk ingeperkt wordt<sup>351</sup>. Naast deze kritiek op de *specifieke* toepassingen van overheidsfinanciering, kan ook een *algemene* bekommernis geformuleerd worden met betrekking tot overheidsfinanciering. Zo zal de door de overheid toegekende financiering veelal zowel forfaitair als begrotingsgevoelig zijn<sup>352</sup>. Van dit forfaitair karakter is de huidige Belgische regelgeving bovendien een goed voorbeeld<sup>353</sup>. Tot slot blijkt de NGR een lange en ambtelijke procedure, reden waarom dit financieringsmodel naar Nederlands recht bekritiseerd wordt<sup>354</sup>.

## ii) *Niet-openen van insolventieprocedure*

83. NIET-OPENEN VAN INSOLVENTIEPROCEDURE – Zoals hierboven reeds gesteld toont het Duits recht een tweede alternatief voor de financieringsproblematiek van de curator maar levert het geen antwoord op de vraag *hoe* de aansprakelijkheidsvordering die zich als enige asset in een boedel zonder materieel actief bevindt gefinancierd kan worden. De Duitse oplossing bestaat er namelijk in bij boedels zonder of met onvoldoende actief om de kosten van de curator te dekken geen insolventieprocedure op te starten<sup>355</sup>. De afwijzing van de opening van een faillissementsprocedure leidt evenwel tot een (i) schrapping van de vennootschap in het handelsregister, (ii) het verlies van procesbekwaamheid<sup>356</sup> en (iii) de ontbinding en vereffening van de vennootschap waartoe het bestuur van de vennootschap zelf dient in te staan. Het ontbreken van een onafhankelijk bewindvoerder die het vennootschapsvermogen vereffent mag dan wel tegemoetkomen aan het financieringsprobleem van (de handelingen van) de curator, het komt allerminst tegemoet aan de belangen van de schuldeisers in de boedel. Zij lopen namelijk het risico dat de vereffening door de “*insider*” arbitrair verlopen zal<sup>357</sup>. Zo is het niet onwaarschijnlijk dat via deze

---

<sup>351</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 147; P. YILDIRIM, “De Garantstellingsregeling curatoren” in W.H. VAN BOOM, S.D. LINDENBERGH en S.B. PAPE, *Privaatrecht ondersteund : doelen, baten, kosten en effecten van bijzondere ondersteuning door de overheid van privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2007, 115

<sup>352</sup> M.J.M. FRANKEN, *Insolad: Rapport Beloning Curatoren*, Wolters Kluwer BV, 2008, 34

<sup>353</sup> Cf. supra : Krachtens artikel 666 lid 1 Ger.W. ; H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSSENS, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, 20

<sup>354</sup> W. AERTS, “De rol van de curator bij de bestijding van faillissementsfraude”, *TVI* 2005, 12; Eveneens geciteerd in J. VANANROYE, “Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid”, in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMANS en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 301

<sup>355</sup> §26 (1) InsO waarin bepaald wordt dat “*Das Insolvenzgericht weist den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ab, wenn das Vermögen des Schuldners voraussichtlich nicht ausreichen wird, um die Kosten des Verfahrens zu decken.*”

<sup>356</sup> Hierdoor kunnen schuldeisers evenwel ook geen procedure meer opstarten tegen de vennootschap.

<sup>357</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 148

regeling de waarde van het vennootschapsvermogen daalt ten koste van de schuldeiser in de boedel. Immers, naast het niet uitvoeren van bepaalde openstaande vorderingen, krijgen de bestuurders mede door het verlies van procesbekwaamheid van de vennootschap een *incentive* om mogelijke voor de vennootschap (en bijgevolg de schuldeisers) financieel nadelige transacties te verbergen<sup>358</sup>. Dit probleem wordt nog erger indien er een “identiteit” bestaat de aandeelhouders en het bestuur<sup>359</sup>.

**iii) Financiering van de aansprakelijkheidsvordering door de schuldeisers in de boedel**

84. FINANCIERING DOOR DE SCHULDEISERS IN DE BOEDEL ZELF - Een methode waarvan zowel naar Duits<sup>360</sup> als naar Engels<sup>361</sup> recht toepassing wordt gemaakt is de financiering door de schuldeiser in de boedel zelf. Belangrijk is echter – indien hiervan toepassing gemaakt wordt – om de schuldeiser te incentivieren<sup>362</sup>. Naar Engels<sup>363</sup> en Australisch recht wordt dit bekomen door een verhaalvoorrang toe te kennen aan de schuldeiser in de boedel die de aansprakelijkheidsvordering financierde<sup>364</sup>. Los van het feit dat dit zoals naar Nederlands<sup>365</sup> recht, evenmin mogelijk is naar Belgisch<sup>366</sup> recht daar het provenu van de aansprakelijkheidsvordering ten goede dient te komen aan alle schuldeisers *in* de boedel die pondspondsgewijs naar verhouding van hun schuldvordering vergoed zullen worden<sup>367</sup>, kunnen zelfs ingeval van de toekenning van een verhaalvoorrang bedenkingen bij deze techniek geformuleerd worden. Door het dragen van de kost te verschuiven van de curator naar de schuldeisers in de boedel wordt het risico meteen geshift naar deze schuldeisers. Daar waar in een boedel zonder actief de schuldeiser in de boedel niets te verliezen heeft indien de curator de kosten op zich neemt die gepaard gaan met een aansprakelijkheidsvordering, zal de

<sup>358</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 148 en 154 met verwijzing naar W. UHLENBRUCK, H. HIRTE en H. VALLENDER, *Insolvenzordnung: Kommentar*, München, C.H. Beck Verlag, rn. 45

<sup>359</sup> Gelet op het agencyconflict tussen de aandeelhouders en de schuldeisers. Zie met betrekking tot de vereffening naar Belgisch recht hieromtrent : J. VANANROYE, “Kwaliteitsverandering op de vereffening : tijd voor een verandering van focus”, *TRV* 2011, 529-530

<sup>360</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 147

<sup>361</sup> Katz & Ors v McNally & Ors [1997] BCC 784; V. FINCH, *Corporate Insolvency Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 556

<sup>362</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 150

<sup>363</sup> V. FINCH, *Corporate Insolvency Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 556

<sup>364</sup> Katz & Ors v McNally & Ors [1997] BCC 784

<sup>365</sup> HR 16 september 2005, *NJ* 2006, 311; HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 95 (Lunderstädt vs. De Kok); HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96 (Sobi vs. Hurks II); Eveneens geciteerd in G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 150

<sup>366</sup> Cass. 29 oktober 2004, *TRV* 2005, 554 met noot J. VANANROYE; Cass. 2 maart 1995, *TBH* 1995, 569

<sup>367</sup> Artikel 7 en 8 van de hypotheekwet

schuldeiser in de boedel die zelf de aansprakelijkheidsvordering dient te financieren meer risico-avers ageren. In dat kader zullen o.a. naast de financiële repercussies ook overwegingen als (i) de lengte en (ii) de onzekerheid van de te volgen procedure in acht worden genomen<sup>368</sup>. Indien bijkomend geen verhaalvoorrang toegekend wordt (zoals naar Belgisch recht *de lege lata*), zal de schuldeiser aldus zelden (voldoende) geïncentiveerd zijn om een aansprakelijkheidsvordering voor rekening van de boedel te financieren.

#### iv) *Financiering via private derden*

85. ALGEMEEN – Financiering kan ook plaatsvinden via een beroep op private derden. Rechtsvergelijkend worden vier verschillende mogelijkheden hiertoe onderschreven (i) het aangaan van een ‘no cure, no pay-fee’ met een door de curator aangestelde advocaat, (ii) het aangaan van een verzekering voor de RPV, (iii) de overdracht van de aansprakelijkheidsvordering tegen bestuurders en (iv) het beroep op een curatorenfonds.

86. 1./ ‘CONDITIONAL FEE AGREEMENT’ – Bij een ‘*conditional fee arrangement*’ (hierna: CFA) dient de curator naar Engels recht geen vergoeding te betalen aan de door hem ingeschakelde advocaat bij verlies van de ingestelde procedure<sup>369</sup>. Indien deze advocaat daarentegen slaagt in de (aansprakelijkheids)procedure, zal de boedel hem daarentegen een ‘*success fee*’ dienen te betalen<sup>370</sup>. Hoewel hiermee het risico van de met de aansprakelijkheidsvordering gepaard gaande kosten verplaatst wordt van de curator naar de door hem ingeschakelde advocaat<sup>371</sup>, kan dit financieringsmodel *de lege lata* niet naar Belgisch recht getransponeerd worden. Wordt de ‘*success fee*’ immers in principe aanvaard in België, dan zal de vergoeding van de advocaat die volledig afhangt van de uitkomst van het geding strijdig zijn met het verbod op het *pactum de quota litis*<sup>372</sup>. De boedel zal bij verlies

<sup>368</sup> V. FINCH, *Corporate Insolvency Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 556

<sup>369</sup> V. FINCH, *Corporate Insolvency Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 559-560

<sup>370</sup> V. FINCH, *Corporate Insolvency Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 559-560

<sup>371</sup> En niet zoals bij het vorige financieringsmodel naar de schuldeisers in de boedel.

<sup>372</sup> In het licht van het verbod op het *pactum de quota litis* : cf. artikel 446ter Ger.W. wat inhoudt dat “*een beding omtrent het ereloon van de advocaat dat uitsluitend verbonden is aan de uitslag van het geschil, is verboden.*” Dit wijst erop dat ‘contingency fees’ in het Belgisch recht uitgesloten zijn, maar een ‘success fee’ wel toegekend kan worden. Cf. Bergen 11 januari 2013, *JLMB* 2013, 1745 waarin bepaald werd : ‘*het verbod van het pactum de quota litis staat er echter niet aan in de weg dat de advocaat achteraf rekening houdt met het verkregen resultaat bij de vaststelling van het ereloon of een uurloon combineert met een loon in functie van het behaalde resultaat.*” Gent 28 februari 2008, *P&B* 2009, 141; Luik, 14 februari 2006, *JLMB* 2006, 829; Rb. Namen 27 februari 1877, *JLMB* 2011, 1353; Contra : Rb. Luik 10 oktober 2001, *JLMB* 2002, 120; Rb. Brussel 23 januari 1895, *JLMB* 2011, 1354



van de procedure aldus een forfait aangerekend worden<sup>373</sup>. Ten tweede regelt de CFA in dit geval niets omtrent de RPV die door de boedel verschuldigd zal zijn<sup>374</sup>. Ten derde geeft deze ‘financieringsoplossing’ een *incentive* aan de curator om een andere advocaat in te schakelen eerder dan om zelf te ageren daar waar naar Belgisch recht de curator net een vorderingsmonopolie toekent<sup>375</sup>. Wenst de curator de uitvoering van de aansprakelijkheidsvordering uit te besteden aan een kantoormedewerker, dan bestaat ten vierde het risico dat het kantoorbelang primeren zal boven het boedelbelang<sup>376</sup>.

87. 2./ AFSLUITEN VAN “ATE”-VERZEKERING – Naar Engels recht kan de curator in plaats van een ‘*no cure no pay*’-fee of toegevoegd hieraan een ‘*after the event*’ (hierna: ATE) verzekering afsluiten<sup>377</sup>. Dit type verzekering verzekert een partij tegen de te betalen RPV indien een door de boedel gevoerde (aansprakelijkheids)vordering niet zou slagen<sup>378</sup>. Indien de door de eiser ingestelde vordering faalt, dient zij evenmin de verzekeringspremie te betalen<sup>379</sup>. Naast de bekommernis dat een geslaagd beroep op deze verzekering maar slagen zal indien de verzekeraar er met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid<sup>380</sup> ervan

<sup>373</sup> Bergen 11 januari 2013, *JLMB* 2013, 1745; Gent 28 februari 2008, *P&B* 2009, 141; Luik, 14 februari 2006, *JLMB* 2006, 829; Rb. Namen 27 februari 1877, *JLMB* 2011, 1353; Nochtans wordt in bepaalde doctrine geargumenteed dat risico en beloning gealigneerd dienen te worden. Zo zou degene die de procedure financiert en een deel van de winst hiervoor krijgt, ook dienen in te staan voor de kosten. Cf. M. LEGG, E. PARK, N. TURNER, en L. TRAVERS, “The rise and regulation of litigation funding in Australia”, *Northern Kentucky Law Review* 2011, 651. Daar waar dit nog verdedigd kan worden ten aanzien van externe financiers, lijkt dit standpunt echter niet houdbaar ten aanzien van interne financiers (zoals schuldeisers in de boedel die in financiering zouden voorzien, daar dit voor hen belemmerend / niet-incentiverend werkt).

<sup>374</sup> V. FINCH, *Corporate Insolvency Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 560; Zij het dat hiervoor eventueel een verzekering zou kunnen afgesloten worden.

<sup>375</sup> Onder voorbehoud van de mogelijkheid voor de schuldeisers om te vorderen op basis van artikel 530 W.Venn. voor de door hen geleden individuele schade voor ‘kennelijk grove fouten’ begaan door de al dan niet feitelijke bestuurders die hebben geleid tot het faillissement. Cf. J. VANANROYE, “Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid”, in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMANS en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 263; Kh. Charleroi, 2 september 1998, *JLMB* 1999, 987; Kh. Charleroi, 2 september 1998, *TBH* 2000, 635 met noot B. VOGLET

<sup>376</sup> M. KALFF, R. MULDER en S.H. DE RANITZ, *Insolad: de integere curator*, Deventer, Kluwer, 2007, 37; Zo zal het kantoor niet geneigd zijn een aansprakelijkheidsvordering te voeren waarvan in het licht van de CFA geen vergoeding bekomen kan worden. Over de hoge ‘threshold’ van financierders : G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 153

<sup>377</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 151

<sup>378</sup> C. VELJANOVSKI, “Third-party litigation funding in Europe”, *Journal of Law, Economics & Policy* 2011-12, 409; A. HOWE, “Use of after-the-event insurance in asset recovery”, *Recovery*, 2007, 26-27

<sup>379</sup> C. VELJANOVSKI, “Third-party litigation funding in Europe”, *Journal of Law, Economics & Policy* 2011-12, 409

<sup>380</sup> De kans op success dient min of meer ingeschat te worden rond 70% wil derde-partij financiering slagen : cf. G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 153

uitgaat dat de vordering zal slagen, dekt deze ATE-verzekering louter de RPV<sup>381</sup> en is aldus geen geslaagd middel om de met de *uitvoering* van de aansprakelijkheidsvordering gepaard gaande kosten te dekken. Daarentegen zou deze financieringstool wel een mogelijkheid bieden om risico-avers gedrag van de curator vanwege een (gevreemde hoge) RPV bij een boedel met enig actief<sup>382</sup> in te dekken<sup>383</sup>.

88. 3./ OVERDRACHT VAN DE AANSPRAKELIJKHEIDSVORDERING – Naar Belgisch en Nederlands<sup>384</sup> recht geniet de curator principieel een vorderingsmonopolie op het instellen van aansprakelijkheidsvorderingen namens de boedel<sup>385</sup>. Bovendien dient eenieder die een vordering wil instellen een rechtmatig belang te hebben hiertoe<sup>386</sup>. Naar Australisch recht geniet de curator daarentegen de mogelijkheid om de aansprakelijkheidsvordering van de boedel tegen de (voormalige) bestuurders voor door hen begane bestuurdersfouten over te dragen aan derden<sup>387</sup>. Aanvankelijk kwam naar Engels recht zoals naar Belgisch recht ook louter de mogelijkheid aan de curator toe om de aansprakelijkheidsvordering in te stellen en werd de mogelijkheid om deze vordering over te dragen betwist vanuit het verbod op financiële bijstand door derden die geen belang bij de onderhavige procedure hadden/hebben<sup>388</sup>. Na doctrinale kritiek<sup>389</sup> in navolging van het Australisch recht werd via

---

<sup>381</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 152; Hoewel kan dit in cases waarin de RPV hoog oploopt alsnog als zeer positief ervaren worden.

<sup>382</sup> Indien de boedel geen (materieel) actief meer heeft, zal, gelet op het feit dat de RPV voorafgenomen wordt als boedelschuld, de curator in dit geval het al dan niet q.q. moeten betalen van een RPV niet meenemen in de overweging wel of geen aansprakelijkheidsvordering in te stellen. Belangrijk hier is voornamelijk dat de door de curator voorgeschoten gerechtskosten en met de aansprakelijkheidsvordering gepaard gaande transactiekosten vergoed worden aan hem.

<sup>383</sup> Over het onderscheid tussen het wegnemen van een remmingsmiddel (bv. de kosten van RPV) en het creëren van een incentive: Cf. A. REISBERG, *Derivative actions and corporate governance*, New York, Oxford University Press, 2009, 233

<sup>384</sup> M. PANNEVIS, *Polak Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 73

<sup>385</sup> Kh. Charleroi, 2 september 1998, *JLMB* 1999, 987; Kh. Charleroi, 2 september 1998, *TBH* 2000, 635 met noot B. VOGLET; J. VANANROYE, “Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid”, in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMANS en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 299

<sup>386</sup> Artikel 17 en 18 Gerechtelijk Wetboek; Cass. 17 oktober 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, 217; *Pas.* 1987, I, 200; *RW* 1986-87, 1033; *R.C.J.B.* 1988, 327 met noot P. DE VROEDE; Cass. 19 november 1982, *ArrCass.* 1983, 373; Het belang is het voordeel dat de vordering in rechte aan de eiser kan opleveren via de handhaving van diens subjectieve rechten (in abstracto) dan wel via het voorwerp van het geschil (in concreto) : Cf. P. VAN ORSHOVEN, M. BOES en B. ALLEMEERSCH, *Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, Leuven, Acco, 2011, 215; J. LAENENS, K. BROEKX, D. SCHEERS en P. THIRRIAR, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2012, 81-82; Het belang dient, naast persoonlijk en rechtstreeks bovendien rechtmatig te zijn. Cass. 28 november 2013, *RABG* 2014, 351 met noot S. SONCK

<sup>387</sup> A. KEAY en M. MURRAY, “Making Company Directors Liable: A Comparative Analysis of Wrongful Trading in the United Kingdom and Insolvent Trading in Australia”, *Int.Insolv.Rev.* 2005, 49

<sup>388</sup> Naar Engels recht werd dit vertaald als het verbod op ‘champerty of maintenance’: A. KEAY en M. MURRAY, “Making Company Directors Liable: A Comparative Analysis of Wrongful Trading in the United Kingdom and Insolvent Trading in Australia”, *Int.Insolv.Rev.* 2005, 48; R. SCHULTE, “Enforcing wrongful trading as standard

artikel 118<sup>390</sup> van de *Small Business, Enterprise and Employment Act* anno 2015 wettelijk bepaald dat de curator ook naar Engels recht vorderingen betreffende bestuurdersaansprakelijkheid kan overdragen. Dergelijk fenomeen waarbij de controle over de vordering losgekoppeld wordt van de economische eigendom die deels<sup>391</sup> toevallt aan de insolventieboedel lijkt op het vennootschapsrechtelijk fenomeen ‘*empty voting*’<sup>392</sup>. Zoals in een vennootschap ‘*empty voting*’ nadelig kan zijn<sup>393</sup>, zo dient, omwille van het gebrek aan een juridisch belang van de overnemer van de aansprakelijkheidsvordering enerzijds en het gebrek aan controle door de schuldeiser in de boedel c.q. curator anderzijds dergelijk financieringsmodel m.i. afgeraden te worden ten aanzien van de boedelgemeenschap. Hoewel dit model nochtans de transactiekosten die gepaard gaan met de instelling en uitvoering van een aansprakelijkheidsvordering ontnemt aan de curator, is het niet ondenkbaar dat de (potentiële) overnemer van de aansprakelijkheidsvordering zijn eigen belang vooropstellen zal ten nadele van de schuldeisers in de boedelgemeenschap. Hoewel de curator, behoudens de onderzoekskosten voor het zoeken van een overnemer, ontlast is, verschuift het “*Berle en Means*”-probleem<sup>394</sup> zich hier van de schuldeisers in de boedel vs. de curator naar de schuldeiser in de boedel vs. de overnemer die ageert *zoals* de curator. Daar waar de curator ‘gered’ is, loopt de schuldeiser ‘in’ de boedel het risico nog steeds in een niet veel betere positie terecht te komen.

89. 4./ CURATORENFONDS – Een oplossing die daarentegen tegemoetkomt aan de belangen van zowel de curator als de schuldeiser in de boedel zou de oprichting van een curatorenfonds

---

of conduct for directors and a remedy for creditors: the special case of corporate insolvency”, *Company Lawyer*, 1999, 80-82 met verwijzing naar *Re Oasis Merchandising Services Ltd.* [1995] B.C.C. 911

<sup>389</sup> P. WALTON, “Insolvency litigation: a case of “if it ain’t broke, don’t fix it”?”, *Insolv.Int.* 2015, 11; A. KEAY en M. MURRAY, “Making Company Directors Liable: A Comparative Analysis of Wrongful Trading in the United Kingdom and Insolvent Trading in Australia”, *Int.Insolv.Rev.* 2005, 48

<sup>390</sup> Dit artikel voegt artikel 246ZD Insolvency Act in (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/26/part/10/crossheading/officeholder-actions/enacted>).

<sup>391</sup> De boedel verkrijgt immers een gedeelte van de opbrengst van de vordering. A. KEAY en M. MURRAY, “Making Company Directors Liable: A Comparative Analysis of Wrongful Trading in the United Kingdom and Insolvent Trading in Australia”, *Int.Insolv.Rev.* 2005, 48

<sup>392</sup> In een vennootschapscontext worden de stemrechten losgekoppeld van de vermogensrechten die de aandelen vertegenwoordigen : Cf. G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 165 (voetnoot 53); C. CLOTTENS, *Proportionaliteit van stemrecht en risico in kapitaalvennootschappen*, Antwerpen, Biblo, 2012, 394

<sup>393</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 165 (voetnoot 53)

<sup>394</sup> Met name het agencyconflict tussen de schuldeiser in de boedel vs. de curator (waarbij aldus in dit geval niet de curator handelt, maar een derde die de aansprakelijkheidsvordering overgenomen heeft). Een mogelijk probleem wat zich kan voordoen is de situatie waarin de schuldeiser in de boedel een te laag aandeel verkrijgt van de overnemer van de aansprakelijkheidsvordering.

kunnen zijn zoals ook de INSOLAD-werkgroep in Nederland voorstelde<sup>395</sup>. Dit fonds zou gevormd kunnen worden via de betaling van een al dan niet jaarlijkse (beperkte) verwijderingsbijdrage<sup>396</sup> door de ondernemingen ingeschreven in de kruispuntbank voor ondernemingen<sup>397</sup>. Gezien (i) geen rangorde van de schuldeisers in de boedel doorbroken dient te worden teneinde hen te incentiveren de (instelling en uitvoering van de) aansprakelijkheidsvordering te financieren, (ii) geen beroep gedaan dient te worden op een vermoedelijk forfaitair en mogelijks begrotingsgevoelig overheidsbedrag, (iii) de volledige transactie-/liquidatiekosten vergoed kunnen worden en (iv) de curator zelf, onverminderd de *de lege ferenda* verdedigde mogelijkheid de goedkeuring van de instelling van de aansprakelijkheidsvordering te laten rusten op de schuldeiser in de boedel, bevoegd blijft om de aansprakelijkheidsvordering in te stellen én uit te voeren, lijkt een beroep op een curatorenfonds tegemoet te komen aan het *agency conflict* tussen de curator en de schuldeisers in de boedel wat betreft het voeren van aansprakelijkheidsvorderingen tegen bestuurders. Het verschil bij een beroep op een curatorenfonds in geval van boedelarmoede met de situatie van boedelrijkdom situeert zich op gebied van controle. Daar waar de curator bij boedelrijkdom (*de lege ferenda*) het best verantwoording aan de schuldeisers in de boedel zou dienen af te leggen<sup>398</sup> omtrent de kosten gepaard gaand met het voeren van een aansprakelijkheidsvordering, zal de curator bij een beroep op een fonds bij boedelarmoede eerder verantwoording dienen af te leggen omtrent de door hem verwachte kosten aan het fonds teneinde er een geslaagd beroep op te kunnen doen (cf. infra, alinea 4.2.3.)<sup>399</sup>. Dit laatste is echter een minder drastische controlebeperking dan de overdracht (of ‘het uit handen geven’) van de aansprakelijkheidsvordering aan derden.

#### 4.2.3. Aandachtspunten

90. ALGEMEEN – Na rechtsvergelijkend de *de lege lata* veelal gehanteerde financieringsmodellen te hebben blootgelegd, dienen er evenwel enkele algemene aandachtspunten vermeld te worden toegepast op (i) de *incentive* om de curator

---

<sup>395</sup> M.J.M. FRANKEN, *Insolad: Rapport Beloning Curatoren*, Deventer, Wolters Kluwer BV, 2008, 36-37

<sup>396</sup> M.J.M. FRANKEN, *Insolad: Rapport Beloning Curatoren*, Deventer, Wolters Kluwer BV, 2008, 36-37

<sup>397</sup> M.J.M. FRANKEN, *Insolad: Rapport Beloning Curatoren*, Deventer, Wolters Kluwer BV, 2008, 36-37

<sup>398</sup> Hetgeen *de lege lata* naar Belgisch recht niet het geval is, doch supra op basis van het Engels recht verdedigd werd.

<sup>399</sup> Anders geformuleerd formuleert de Nederlandse doctrine dat “geen blanco-cheque” toegekend mag worden aan de curator bij een beroep op een curatorenfonds. Cf. M.J.M. FRANKEN, *Insolad: Rapport Beloning Curatoren*, Deventer, Wolters Kluwer BV, 2008, 36-37

aansprakelijkheidsvorderingen te (kunnen) laten stellen (m.n. vergoeding van transactie-/liquidatiekosten) en (ii) de oplossing bij boedelarmoede.

#### 4.2.3.1. Aanspraak op transactiekosten

91. 1./ TRANSPARANTIE<sup>400</sup> OMTRENT TRANSACTIEKOSTEN – Teneinde het risico-avers karakter van de curator te kunnen ontnemen en met andere woorden de met de uitvoering van de aansprakelijkheidsvordering gepaard gaande transactie-/liquidatiekosten te vergoeden, dienen deze kosten in eerste instantie bekend te zijn wil *de lege ferenda* het schuldeiserscomité een vergoeding stipuleren voor de curator waarmee met deze kosten rekening werd gehouden. In dit kader zou de functie weggelegd voor het remuneratiecomité bij de genoteerde vennootschap getransponeerd kunnen worden naar de schuldeiserscomité waarbij in dit geval de curator *ex ante* een inschatting doet van de verwachte transactiekosten en in eerste instantie<sup>401</sup> het schuldeiserscomité mede op basis hiervan de vergoedingsbasis voor de curator bepaalt<sup>402</sup>. Het Engels<sup>403</sup> recht levert hier het voorbeeld waarbij het schuldeiserscomité bij de bepaling van de vergoedingsbasis van de curator rekening kan houden met de door de curator en diens medewerkers aan de vereffening (m.i.v. het voeren van aansprakelijkheidsvorderingen) te spenderen tijd<sup>404</sup>. Vanuit de functionele gelijkshakeling tussen de aandeelhouders (in vennootschapscontext) en de schuldeisers *in* de boedel (in de faillissementssfeer) lijkt het aldus mogelijk om zoals naar Engels<sup>405</sup> recht een niet louter adviserende (zoals het remuneratiecomité naar Belgisch recht) maar tevens een beslissende rol weg te leggen voor de schuldeisers *in* de boedel.

92. 2./ KOSTENEFFICIËNTIE – Het risico-avers karakter ten aanzien van het voeren van aansprakelijkheidsvorderingen ontnemen bij de curator lost het *agency conflict* tussen hem en

---

<sup>400</sup> L.A. BEBCHUK en J.M. FRIED, “Pay without performance: overview of the issues”, in F.S. KIEFF en T.A.PAREDES, *Perspectives on Corporate Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 141 : Deze auteurs verdedigen terecht dat de klemtoon niet louter liggen mag op de remuneratie, maar anderzijds ook op de controle en transparantie ten aanzien van de remuneratie. L. BEBCHUK en J. FRIED, *Pay without performance: the unfulfilled promise of executive compensation*, Cambridge, Massachusetts en London, Harvard University Press, 2004, 61-62

<sup>401</sup> Indien er geen schuldeiserscomité is en er geen vergadering van schuldeisers beslist over de vergoedingsbasis van de curator, zal deze bevoegdheid alsnog dienen toe te komen aan de rechtbank van koophandel (ondernemingsrechtbank).

<sup>402</sup> Artikel 526quater W.Venn.

<sup>403</sup> Artikel 4.127 Insolvency Rules

<sup>404</sup> Artikel 4.127 (2) (b) Insolvency Rules

<sup>405</sup> Artikel 4.127 Insolvency Rules

de schuldeisers in de boedel evenwel nog niet volledig op<sup>406</sup>. Daar waar naar Nederlands<sup>407</sup> en Engels<sup>408</sup> recht een verplichting rust op de curator om *tijdens* de vereffening informatie te verstrekken aan de schuldeisers en te antwoorden op de door deze laatsten gestelde vragen, hebben de schuldeisers in de boedel naar Belgisch recht slechts de (beperkte<sup>409</sup>) mogelijkheid om, behoudens het verzoek een curator *ad hoc* aan te stellen<sup>410</sup>, op te treden op de sluitingsvergadering tegen de curator<sup>411</sup>. Daarom lijkt naast een goedkeuring *ab initio* in navolging van het Engels<sup>412</sup> recht door het schuldeiserscomité van de *instelling* van een aansprakelijkheidsvordering tegen de (voormalige) bestuurder, naar analogie met het vennootschapsrecht in navolging van het Nederlands en Engels<sup>413</sup> recht eveneens een (i) vraagrecht<sup>414</sup>, (ii) controle- en onderzoeksrecht<sup>415</sup>, (iii) inzagerecht, (iv) informatierecht<sup>416</sup> en (v) bezwaarrecht<sup>417</sup> dienen te bestaan ten voordele van de schuldeiser in de boedel ten aanzien van de *uitvoering* van de procedure. Zeker indien het risico-avers karakter aan de curator ontnomen wordt, is het immers niet ondenkbeeldig dat de curator mogelijks ‘te ijverig’ of zoals de Nederlandse doctrine stelt ‘te gretig’ aansprakelijkheidsvorderingen zou gaan instellen gedreven eerder vanuit zijn eigen belang dan vanuit het belang van de schuldeisers<sup>418</sup>. Noch de schuldeisers in de boedel noch de (aansprakelijk te stellen) bestuurders zijn gebaat met tergende en/of roekeloze aansprakelijkheidsvorderingen<sup>419</sup>.

---

<sup>406</sup> De curator mag dan wel een incentive krijgen om aansprakelijkheidsvordering in te stellen, hiermee is nog niet bepaald dat de curator dit steeds instelt conform de noden van het boedelbelang. R.D. VRIESENDORP, *Insolad: onbehoorlijk bestuur in het insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 1997, 45

<sup>407</sup> Artikel 76 van de Nederlandse Faillissementswet; R.D. VRIESENDORP, *Insolventierecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2013, 210; I. SPINATH, J.E. STADIG en M. WINDT, *Insolad: Curator en crediteuren*, Deventer, Kluwer, 2009, 61

<sup>408</sup> E. BAILEY en H. GROVES, *Corporate Insolvency Law and Practice*, Reed Elsevier, LexisNexis Butterworths, 2007, 676

<sup>409</sup> J. VANANROYE, “Organisatierecht : werfbezoek aan een onvoltooide piramide”, *Acta Falconis*, 2014, 33

<sup>410</sup> B. VANDER MEULEN en D. VERCRUYSSSE, *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, Mechelen, Kluwer, 2003, 368

<sup>411</sup> B. VANDER MEULEN en D. VERCRUYSSSE, *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, Mechelen, Kluwer, 2003, 368

<sup>412</sup> A. KEAY en M. MURRAY, “Making Company Directors Liable: A Comparative Analysis of Wrongful Trading in the United Kingdom and Insolvent Trading in Australia”, *Int.Insolv.Rev.* 2005, 49

<sup>413</sup> Artikel 4.155 Insolvency Rules

<sup>414</sup> Toegepast in een vennootschap in *going concern*: Brussel, 13 maart 2012, *DAOR* 2012, 305; Gent, 18 april 2002, *TRV* 2002, 255; Kh. Ieper, 17 mei 1999, *TRV* 1999, 534 (= het vraagrecht kan niet ingeperkt worden).

<sup>415</sup> Artikel 166 W.Venn.

<sup>416</sup> Bekeken vanuit de schuldeiser in de boedel gaat het over een *informatierecht*. Bekeken vanuit de positie van de curator zou het gebaseerd op het Nederlands en Engels recht daarentegen dienen te gaan om een *informatieplicht*. Cf. E. BAILEY en H. GROVES, *Corporate Insolvency Law and Practice*, Reed Elsevier, LexisNexis Butterworths, 2007, 676 (Engels recht) en Artikel 76 van de Nederlandse Faillissementswet; R.D. VRIESENDORP, *Insolventierecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2013, 210; I. SPINATH, J.E. STADIG en M. WINDT, *Insolad: Curator en crediteuren*, Deventer, Kluwer, 2009, 61 (Nederlands recht).

<sup>417</sup> M. PANNEVIS, *Polak Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 196

<sup>418</sup> R.D. VRIESENDORP, *Insolad: onbehoorlijk bestuur in het insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 1997, 45; Over de vraag of er wel aansprakelijkheidsvorderingen dienen ingesteld te worden vanuit een beleidskeuze : G. VAN

93. 3./ MINDERHEIDSRECHTEN IN DE BOEDEL – Gezien via de werking van een schuldeiserscomité waarin zowel naar Engels<sup>420</sup> als naar Nederlands<sup>421</sup> recht slechts een beperkt aantal schuldeiser zetelen het *agency conflict* tussen de schuldeiser in de boedel ten opzichte de curator wijzigt naar een *agency conflict* tussen de schuldeiser met en zonder voorrecht (waarin het voorrecht *in casu* beschouwd kan worden als de aan het schuldeiserscomité toekomende controlerechten), houdt het Engels<sup>422</sup> recht terecht rekening met de rechten van de ‘minderheidsschuldeisers’ in de boedel<sup>423</sup>.

#### 4.2.3.2. Boedelarmoede

94. 1./ BEROEP OP FINANCIERING VIA DERDEN : VOORWAARDEN? – Zoals *supra* reeds gesteld, verschuift de transparantieplicht die dient te rusten op de curator ten voordele van de schuldeisers in de boedel bij boedelarmoede naar de derden van wie de curator financiering zou dienen te bekomen voor de vergoeding van de met het voeren van de aansprakelijkheidsvordering gepaard gaande kosten<sup>424</sup>. Zoals de Nederlandse doctrine stelt kan financiering ‘geen blanco-cheque’ inhouden<sup>425</sup>. Dit betekent dat er aldus voorwaarden

---

DIJCK, R.D. VRIESENDORP, D.C.M.H. VIELVOYE en N. RACHID, “Lege boedels: code rood of vals alarm? Een verkennende empirische studie naar Bredase ervaringen met lege boedels”, *TVI* 2008, 33 e.v.

<sup>419</sup> R.D. VRIESENDORP, *Insolad: onbehoorlijk bestuur in het insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 1997, 45; Dit zou bovendien nefast zijn voor het ondernemingsleven en mogelijks bestuurders ontmoedigen het bestuursambt op te nemen Cf. A. KEAY, “Wrongful trading and the liability of company directors : a theoretical perspective”, *Legal Studies*, 2005, 435

<sup>420</sup> E. BAILEY en H. GROVES, *Corporate Insolvency Law and Practice*, Reed Elsevier, LexisNexis Butterworths, 2007, 416

<sup>421</sup> M. PANNEVIS, *Polak Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 202; Tijdens de vergadering van de schuldeisers wordt beslist met volstrekte meerderheid van de aanwezige schuldeisers. Het gewicht van de stem van de schuldeiser wordt gekoppeld aan de hoogte van de schuldvordering hetwelk de schuldeiser heeft in de boedel : M. PANNEVIS, *Polak Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 304; J.E. STADIG, “Beroepsethiek, kwaliteitsvoorschriften en toezicht”, in M. KALFF, R. MULDER en S.H. DE RANITZ, *Insolad: de integere curator*, Deventer, Kluwer, 2007, 37

<sup>422</sup> Artikel 4.49E Insolvency Rules op grond waarvan de schuldeiser in de boedel die 5 procent vertegenwoordigt van de totale waarde die alle schuldeisers in de boedel vertegenwoordigen om extra informatie kan verzoeken. De schuldeiser in de boedel die beschikt over 10 % van de totale waarde van alle schuldeisers in de boedel kan bovendien verzoeken ex artikel 4.131 van de IR dat de remuneratie van de curator herzien wordt in de mate de rechtbank eveneens oordeelt dat deze verloning excessief zou zijn. Naar analogie met het vennootschapsrecht zou bovendien aan een minderheidsvordering van de ‘minderheidsschuldeiser’ in de boedel gedacht kunnen worden : cf. J. VANANROYE, “Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid”, in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 300.

<sup>423</sup> Hier in detail op ingaan, zou echter het bestek van huidig onderzoek, waarin louter toegespitst wordt op de (i) remuneratie van de curator *de lege lata*, (ii) de beperkingen ten aanzien van de instelling van een aansprakelijkheidsvordering vanuit remuneratieaspect en (iii) oplossingen ter verbetering hiervan, te buiten gaan. Een mogelijk voorbeeld ter oplossing zou de ‘special litigation committee’ naar Noord-Amerikaans recht kunnen zijn. M. MYERS, “The decisions of the Corporate Special Litigation Committees: an empirical investigation”, *Indiana Law Journal* 2009, 1309-1311.

<sup>424</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 4, afdeling B, alinea 4

<sup>425</sup> M.J.M. FRANKEN, *Insolad: Rapport Beloning Curatoren*, Deventer, Wolters Kluwer BV, 2008, 36-37

zullen gekoppeld worden aan de verkrijging van financiering<sup>426</sup>. Deze voorwaarden dienen echter proportioneel te zijn ten aanzien van het te bereiken resultaat<sup>427</sup> en mogen geen onnodige belemmering voor de curator inhouden<sup>428</sup>.

95. 2./ KENNELIJK ONVERMOGEN CURATORENFONDS? – Vanuit de keuze voor een curatorenfonds als financieringsmiddel (cf. *supra*), dient geanticipeerd te worden op de situatie waarin de middelen van het curatorenfonds zelf ontoereikend zouden zijn om de kosten voortvloeiend uit het voeren van een aansprakelijkheidsvordering te dekken. Bij wijze van voorbeeld diende *IM Litigation Funding* zo in Engeland haar activiteiten te staken<sup>429</sup> nadat ze zonder afsluiting van een ATE verzekering investeerde in *Moore Stephens v Stone Rolls Ltd*<sup>430</sup> en na verlies 2,5 miljoen pond ‘RPV’<sup>431</sup> diende te betalen. Hoewel naar Belgisch recht slechts voorzien wordt in een forfaitaire tussenkomst in de kosten en erelonen van de tegenpartij met een maximum RPV ad 33.000,00 euro<sup>432</sup> lijkt de vraag naar de oplossing indien de financiële draagkracht van het fonds ontoereikend is om de kosten van de aansprakelijkheidsvordering te dekken niet louter theoretisch. Evenwel zou in dergelijke gevallen teruggevallen kunnen worden op één/meerdere van de overige financieringsmodellen. O.i. lijkt vanuit het belang aansprakelijkheden te sanctioneren enerzijds en het algemeen belang dat gefailleerde ondernemingen op een correct vereffende manier uit het rechtsverkeer verdwijnen<sup>433</sup> de overheid hiertoe in eerste instantie het best toe geplaatst is. In de mate een overheidstussenkomst evenmin zou volstaan zou in derde instantie alsnog beroep een financiële tussenkomst van de schuldeisers in de boedel zelf gedaan

---

<sup>426</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 155; Zie voor de voorwaarden gekoppeld aan de NGR : cf. *supra*

<sup>427</sup> Zijnde enerzijds het verhogen van het actief in de boedel via het voeren van aansprakelijkheidsvorderingen tegen de bestuurders voor tekortkomingen begaan door hen in het bestuur en anderzijds het tegengaan van roekeloze vorderingen.

<sup>428</sup> Op basis van G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 155

<sup>429</sup> G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 152; C. VELJANOVSKI, “Third-party litigation funding in Europe”, *Journal of Law, Economics & Policy* 2011-12, 410

<sup>430</sup> *Moore Stephens v Stone Rolls Ltd* [2009] 3 WLR, 455; [2009] UKHL, 39; [2009] Bus LR 1356

<sup>431</sup> In het Engels recht genaamd “adverse costs”.

<sup>432</sup> Artikel 2 van het KB tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek en tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de artikelen 1 tot 13 van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van de advocaat zoals gewijzigd sinds 1 maart 2011 ingevolge artikel 8 van het KB inzake de RPV (indexering).

<sup>433</sup> J. VANANROYE, “Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid”, in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 301



kunnen worden. Via een op Nederlandse<sup>434</sup> leest geschoeide terugbetaling van het ontvangen voorschot indien de boedel bij afsluiting van het faillissement over voldoende baten beschikt (e.g. ten gevolge van een geslaagde aansprakelijkheidsvordering) zou bovendien een onvermogen van het fonds maximaal beperkt kunnen worden.

96. 3./ GESLAAGDE AANSPRAKELIJKHEIDSVORDERING DOCH LOUTER DALING NETTOPASSIEF – In de mate de curator financiering bekommt voor het voeren van een boedelaansprakelijkheidsvordering, rijst de vraag of deze vordering ook *ipso facto* tot een netto-actief dient te leiden? In de mate dit als financieringsvoorwaarde gesteld zou worden, is kans bij negatieve boedels reëel dat alsnog vele aansprakelijkheidsvorderingen tegen bestuurders niet ingesteld zullen worden<sup>435</sup>. Indien deze voorwaarde zich niet stelt maar er louter een daling van het nettopassief is ingevolge een geslaagde aansprakelijkheidsvordering, rijst wederom de vraag hoe de curator vergoed worden zal. Evenwel kan hier – bij gebreke aan te verdelen actief – verdedigd worden dat de curator minstens via financiering vergoed wordt voor de door hem voorgeschoten gerechtskosten en de door hem (aan te tonen) gemaakte transactiekosten. Anders oordelen erover zou het faillissementsrecht als ‘tool’ om afdwingbaarheid<sup>436</sup> te geven aan het vennootschapsrecht wederom verzwakken.

\*

\*

\*

---

<sup>434</sup> Artikel 11 lid 1 van de Garantstellingsregeling curatoren 2012

<sup>435</sup> Op basis van G. VAN DIJCK, “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 155

<sup>436</sup> J. VANANROYE, “Organisatierecht : werfbezoek aan een onvoltooide piramide”, *Acta Falconis*, 2014, 33

## Hoofdstuk 5: Voorstel *de lege ferenda*

*“Leges bonae ex malis moribus procreantur*

*(Macrobius, Saturnalia)”*

97. *INLEIDING – Vanuit bovenstaande analyse en de er geciteerde juridische pijnpunten naar Belgisch recht, leek het o.i. huidig onderzoek ten goede te komen vanuit deze kritische aspecten en eigen standpunten ontwikkeld doorheen huidig onderzoek beknopt een voorstel te formuleren waarbij een (o.i. beter) evenwicht gevonden zou kunnen worden tussen de rechten van de schuldeisers in de boedel en de verloning van de curator wat betreft de instelling van de boedelaansprakelijkheidsvorderingen. Hiermee werd getracht tegemoet te komen aan het agency conflict tussen beide partijen. Vanuit de managerial power approach wordt eerst toegespitst op het remuneratiebeleid (hetgeen het centraal onderzoeksthema is in huidig onderzoek) om erna beknopt een incentiverend controlebeleid voor te stellen.*

### **Afdeling A : Incentives via aangepast remuneratiebeleid**

98. *ALGEMEEN – Zowel bij de boedel met voldoende als onvoldoende actief stelt zich de vraag wat er vergoed dient te worden ten aanzien van de instelling en uitvoering van boedelaansprakelijkheidsvorderingen teneinde de curator te incentiveren hiertoe. Bijkomend stelt zich in de boedel met onvoldoende (materieel) actief de vraag hoe deze boedelvordering gefinancierd kan worden.*

99. *RECAPITULATIE: HUIDIGE REGELGEVING<sup>437</sup> – De lege lata wordt naar Belgisch recht voornamelijk toepassing gemaakt van boedelfinanciering waarbij het ereloon en de kosten gepaard gaand met de uitvoering van boedelvorderingen vergoed worden op basis van het boedelactief. Het in toepassing van artikel 33 W.Faill. gemaakt onderscheid tussen gewoon en buitengewoon ereloon leidt er evenwel toe dat de curator in de mate de boedel over voldoende materieel actief beschikt voor de transactiekosten aanspraak kan maken *ex post* op buitengewoon ereloon zonder zekerheid (i) of dit toegekend wordt en (ii) indien een buitengewoon ereloon toegekend zou worden of dit alle gemaakte kosten dekken zal. In de mate de boedel over onvoldoende materieel actief beschikt, zal de curator slechts vergoed worden in de mate er actief is en conform de rangregeling ex artikel 695 Ger.W<sup>438</sup>. Verliest de*

---

<sup>437</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 2 en 3

<sup>438</sup> Cf. het tweede casusvoorbeeld: Brussel, 15 maart 2001, *TBH* 2001, 51 met noot R. PARIJS

curator in dat geval een door hem namens de boedel gevoerde aansprakelijkheidsvordering, zal hij, behoudens de eerste vereffeningkosten, niet vergoed worden voor de door hem gemaakte transactiekosten<sup>439</sup>.

100. OPLOSSING DE LEGE FERENDA<sup>440</sup> : WAT VERGOEDEN? – De verdedigde oplossing *de lege ferenda* beoogt niet alleen rechtszekerheid te creëren *ex ante* maar ook te anticiperen op het risico-avers karakter van de curator. Voorgesteld wordt dan ook om de door de curator voorgeschoten gerechtskosten enerzijds en de transactiekosten die gepaard gaan met het voeren van boedelvorderingen te vergoeden. In dit geval neemt de curator niet het risico zelf financieel te verarmen en lijkt zijn belang beter gealigneerd op de belangen van de schuldeisers in de boedel. Belangrijk is echter (i) dat de curator transparant is over de verwachte en gemaakte transactiekosten en (ii) dat er geen roekeloze aansprakelijkheidsvorderingen ingesteld zullen worden<sup>441</sup>.

101. OPLOSSING DE LEGE FERENDA<sup>442</sup> : HOE VERGOEDEN? – Daar waar in antwoord op de vraag *hoe* de curator vergoed wordt de techniek van boedelfinanciering behouden kan blijven in de boedel met voldoende materieel actief, wordt voorgesteld in de boedel zonder materieel actief te voorzien in een trapsgewijze financiering. In eerste instantie wordt een model verdedigd waarbij beroep gedaan kan worden op een curatorenfonds op zijn beurt gefinancierd via de ‘ondernemende wereld’. In tweede instantie – in de mate de financiële draagkracht van het fonds ontoereikend zou zijn – wordt een beroep op overheidsfinanciering naar voorbeeld van de Nederlandse NGR verdedigd en in derde instantie – in de mate alsnog een voor de uitvoering van de vordering noodzakelijk tekort zou blijven bestaan – zou alsnog beroep gedaan worden op financiering van de schuldeisers in de boedel zelf. In dit geval, anders dan wanneer in hoofdorde financiering van deze schuldeisers gevraagd wordt, kan verwacht worden dat gelet op het beperkter bedrag hetwelk ze dienen te investeren de (verwachte) opbrengst van de aansprakelijkheidsvordering het geïnvesteerde bedrag (in de

---

<sup>439</sup> K. CREYF, “De organen van het faillissement. Kosten en erelonen curatoren” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, en T. LYSENS, *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2007, II.D.21-20

<sup>440</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 4, afdeling B, alinea 4.1

<sup>441</sup> Naar Nederlands recht: R.D. VRIESENDORP, *Insolad: onbehoorlijk bestuur in het insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 1997, 45; Naar Engels recht: Het door de curator gevorderd bedrag moet redelijk zijn en mag niet disproportioneel zijn ten aanzien van het te bereiken resultaat: *Brook v Reed* [2011] EWCA Civ 331; S.A. FRIEZE, “Opposing other creditors’ claims and the office holder’s remuneration”, *Insolv.Int.* 2012, 11-15

<sup>442</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 4, afdeling B, alinea 4.2

mate dit nodig was) overstijgen zal<sup>443</sup>. Opnieuw weze herhaald dat het risico op insolventie van het fonds sterk beperkt kan worden via een terugbetaling door de curatoren van het ontvangen voorschot indien de door hen af te wikkelen boedel bij afsluiting over voldoende activa beschikt behoudens het geval waarbij de curator kwijtschelding van aanzuivering verkrijgt.

## **Afdeling B: Incentives via aangepast controlebeleid**

102. ALGEMEEN – Wordt via een aangepast remuneratiebeleid het risico-avers van de curator ten aanzien van het voeren van boedelvorderingen ontnomen, dan lost dit het *agency conflict* tussen de schuldeiser in de boedel en de curator nog niet op. Daarom wordt in tweede instantie toegespitst op de vereiste controlemogelijkheden<sup>444</sup>. Hiertoe wordt een onderscheid gemaakt tussen de boedels met activa (al dan niet louter een aansprakelijkheidsvordering) en de boedels die absoluut negatief zijn (en waarbij geen of absoluut onvoldoende activa in de boedel zijn (m.a.w. : ook geen aansprakelijkheidsvordering)).

### **1. Boedels met actiefbestanddelen**

#### **1.1. Controle ex ante: inspraakrechten van de schuldeisers in de boedel**

103. INDELING IN TIJD - In de boedels die niet negatief zijn doch waarin zich bv. één aansprakelijkheidsvordering bevindt, dient wat betreft de controle ex ante (i.e. de inspraakrechten) een onderscheid gemaakt te worden tussen drie momenten met name (i) de fase voor de uitvoering van de vereffening plaatsvindt, (ii) de fase tijdens de vereffening en (iii) de fase waarin de vereffening wordt afgesloten.

104. VOOR DE VEREFFENING – In de fase voor de vereffening kan in navolging van het Engels recht de installatie van een (facultatief<sup>445</sup>) schuldeiserscomité verdedigd worden hetwelk de vergoeding bepaalt van de curator. Wat betreft de aansprakelijkheidsvordering<sup>446</sup> kan op basis van de door de curator verwachte liquidatiekosten een inschatting gemaakt

---

<sup>443</sup> Analooq in het kader van de ‘derivative action’: Cf. A. REISBERG, *Derivative actions and corporate governance*, New York, Oxford University Press, 2009, 224; M.C. JENSEN en K.J. MURPHY, “Performance Pay and Top-Management Incentives”, *The Journal of Political Economy*, 1990(a), 242 (waarin algemeen wordt geformuleerd dat verwachte opbrengst, de verwachte kost dient te overstijgen in principe).

<sup>444</sup> L. BEBCHUK en J. FRIED, *Pay without performance: the unfulfilled promise of executive compensation*, Cambridge, Massachusetts en London, Harvard University Press, 2004, 61-62

<sup>445</sup> Zoals naar Nederlands recht kan de finale beslissing een schuldeiserscomité in te stellen overgelaten worden aan de schuldeisers in de boedel. M. PANNEVIS, *Polak Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 202 op basis van artikel 74 en 75 van de Nederlandse faillissementswet.

<sup>446</sup> In de veronderstelling dat in de boedel de aansprakelijkheidsvordering als actiefbestanddeel zich bevindt.

worden die de schuldeiser in de boedel mee in rekening kunnen nemen bij de begroting van de remuneratie van de curator. Bij betwistingen omtrent de vergoeding kan subsidiair toevlucht genomen worden tot de ondernemingsrechtbank. In ieder geval dienen minstens de (voorgesloten) gerechtskosten en de met het voeren van een aansprakelijkheidsvordering (redelijke) transactiekosten gedekt te worden aan de curator.

105. TIJDENS DE VEREFFENING – Naast een verhoogde controlebevoegdheid van de schuldeisers in de boedel via de toekenning van een (i) vraagrecht, (ii) onderzoeks- en controlerecht, (iii) inzagerecht en (iv) een recht bezwaar te maken tegen voor de boedel nadelige handelingen enerzijds en een op de curator rustende informatieplicht ten opzichte van het schuldeiserscomité *tijdens* de vereffening anderzijds, kan in navolging van het Engels recht specifiek ten aanzien van de instelling van een boedelaansprakelijkheidsvordering de goedkeuring van het schuldeiserscomité verdedigd worden<sup>447</sup>. Belangrijk is dat de door dit schuldeiserscomité te nemen beslissing geïnformeerd dient te gebeuren. Het doel hiermee is een transparant en kostenefficiënte vereffening te realiseren. Indien de schuldeisers in de boedel c.q. het schuldeiserscomité ongegrond weigert de boedelaansprakelijkheidsvordering goed te keuren kan toestemming van de rechter-commissaris en/of de rechtbank van koophandel verdedigd worden wederom geschoeid op Engelse leest<sup>448</sup>. Daarnaast dient ook gewaakt te worden over de rechten van de “minderheidsschuldeisers” die zoals bepaald naar Engels recht ook dienen te beschikken over een vraagrecht. Gestoeld op het Belgisch vennootschapsrecht kan *per analogiam* eveneens een individueel onderzoeks- en controlerecht evenals een inzagerecht opgelegd worden aan deze ‘minderheidsschuldeisers’. Indien de minderheidsschuldeisers benadeeld zouden worden door de curator kan bij inertie van de ‘meerderheidsschuldeisers’ eveneens een ‘minderheidsvordering’ van de ‘minderheidsschuldeiser’ verdedigd worden (zijdelings te vorderen voor rekening van de boedel)<sup>449</sup>. Naar Noord-Amerikaans recht wordt hiertoe bij vennootschappen in *going*

<sup>447</sup> A. KEAY, “Litigation expenses in liquidations”, *Insolv.Int.* 2009, 113-116

<sup>448</sup> A. KEAY, “Litigation expenses in liquidations”, *Insolv.Int.* 2009, 113-116

<sup>449</sup> J. VANANROYE, “Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid”, in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 300; Teneinde de (minderheids)schuldeiser in de boedel te incentivieren deze vordering ook effectief (in het belang van de boedel) door te voeren zou mogelijks in navolging van het Israëliësch vennootschapsrecht verdedigd kunnen worden een bepaald percentage van de opbrengst van de zijdelingse vordering te betalen teneinde de transactiekosten te ontnemen aan deze minderheidsschuldeiser. Een andere oplossing zou bestaan in de betaling van de met de aansprakelijkheidsvordering tegen de curator gepaard gaande kosten. Cf. A. REISBERG, *Derivative actions and corporate governance*, New York, Oxford University Press, 2009, 244-251 : Hoewel het in casu niet over een ‘derivative actions’ gaat wordt de curator echter met een gelijkaardige problematiek geconfronteerd waardoor o.i. de vergelijking alsnog opgaat : R. SCHULTE, “Enforcing

*concern* een ‘*special litigation committee*’ opgericht doch lijkt, *a fortiori* gezien de beperkte middelen aanwezig in een insolventieboedel, de oprichting van een extra comité niet aangeraden.

106. AFSLUITING VAN VEREFFENING – In de laatste fase (als de vereffening wordt afgesloten), kan de sluitingsvergadering met alle schuldeisers in de boedel behouden blijven waarbij – behoudens opmerkingen van de schuldeisers in de boedel – algemeen gekweten wordt voor de door hem uitgevoerde vereffening.

### 1.2. Controle ex post: aanspraakrechten van de schuldeisers in de boedel

107. SANCTIEMOGELIJKHEDEN – Hoewel het het bestek van huidig onderzoek te buiten zou gaan een grondige uiteenzetting te geven over de toepassing van de sanctiemogelijkheden *de lege lata* en de verbeteringen *de lege ferenda* zal een verscherpt controlebeleid de schuldeisers in de boedel o.a. beter toelaten om *de lege ferenda* indien nodig (i) de aansprakelijkheid van de curator in het gedrang te kunnen brengen, (ii) een curator ad hoc te vorderen en/of (iii) de afzetting en vervanging te bewerkstelligen van de curator.

108. PROCEDURELE ASPECTEN? – Procedureel lijkt het in dat kader te verdedigen om zoals geregeld bij vennootschappen in *going concern* de aansprakelijkheid van de curator in het gedrang te kunnen laten brengen via een aansprakelijkheidsvordering via een meerderheidsbeslissing van de schuldeisers in de boedel of op niveau van een in te richten schuldeiserscomité<sup>450</sup>. Een andere oplossing zou erin kunnen bestaan een curator *ad hoc* in te stellen die de bevoegdheid wordt opgelegd de boedelvordering tegen de voormalige curator in te stellen<sup>451</sup>.

## 2. Boedels zonder of met onvoldoende actiefbestanddelen

109. NEGATIEVE BOEDEL – Indien de boedel negatief is en er derhalve zich noch materiële activa noch aansprakelijkheidsvorderingen bevinden in de boedel kan de vraag naar de noodzaak van een scherpe controle van de schuldeisers in de boedel gesteld worden daar

---

wrongful trading as standard of conduct for directors and a remedy for creditors: the special case of corporate insolvency”, *Company Lawyer*, 1999, 88

<sup>450</sup> Naar analogie met artikel 561 W.Venn. toepasselijk in de NV.

<sup>451</sup> J. VANANROYE, “Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid”, in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 302

dezen *ipso facto* hun vordering niet meer kunnen innen<sup>452</sup>. Vanuit een transparantievereiste lijkt het in dit geval alsnog noodzakelijk dat aangetoond wordt (i) dat er zich (naast het gebrek aan andere materiële activa) geen aansprakelijkheidsvorderingen als actiefbestanddeel bevinden in de insolventieboedel om (ii) de afsluiting van de vereffening vervolgens versneld te kunnen laten plaatsvinden.

110. LATER OPDUIKEN VAN ACTIVA TIJDENS VEREFFENING – Indien tijdens de vereffening van de negatief geachte boedel alsnog activa zouden opduiken, dienen de schuldeisers in de boedel hier onverwijld van in kennis gesteld te worden. In dit geval kan derhalve de *supra* beschreven procedure gevolgd worden toepasselijk op de boedels met actiefbestanddelen.

### Afdeling C: Toepassing op praktijkvoorbeelden

111. CASUS 1 EN 2 *DE LEGE FERENDA* – Bovenstaand voorstel *de lege ferenda* zou toegepast op de twee in de inleiding vermelde casusvoorbeelden leiden tot een geheel ander resultaat. Immers, daar waar de curator in het arrest van het hof van beroep te Bergen (eerste casusvoorbeeld)<sup>453</sup> slechts een gedeeltelijke vergoeding voor de gemaakte transactiekosten verkreeg via een toekenning buitengewoon ereloon, zou op basis van de voorgestelde hervorming de curator *alle* (redelijke) transactiekosten vergoed krijgen op basis van een voor de vereffening opgesteld remuneratieverslag door een (geïnformeerd) schuldeiserscomité. Ook in het tweede casusvoorbeeld<sup>454</sup> zou de curator op basis van de voorgestelde hervorming *volledig* vergoed worden voor de door haar gemaakte transactiekosten wederom op basis van een door de schuldeisers in de boedel opgesteld remuneratieverslag. *In casu* kon de curator echter bij gebrek aan actief geen aanspraak maken op een ereloon of vergoeding voor de door haar gemaakte transactiekosten bij gebreke aan actief in de boedel<sup>455</sup>. De financiering zou hier evenwel dienen te verlopen via een voorgesteld curatorenfonds.

112. Niet alleen de curator zou gebaat zijn met bovenstaande hervorming. Ook de schuldeisers in de boedel (die aanspraak kunnen maken op een groter dividend) en de maatschappij (waarin bestuursaansprakelijkheid effectief gesanctioneerd wordt via het faillissementsrecht) zou o.i. wel varen hiermee.

---

<sup>452</sup> L.I. COUWENBERG, F. ELSKAMP, A.J.J. VAN DER HEIDEN, C.M. VAN DER HEIJDEN, P.J. PETERS EN A.D.W. SOEDIRA, *Praktijkboek Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 40-41

<sup>453</sup> Bergen, 23 oktober 2006, *TBH* 2007, 600

<sup>454</sup> Brussel, 15 maart 2001, *TBH* 2001, 51 met noot R. PARIJS

<sup>455</sup> Brussel, 15 maart 2001, *TBH* 2001, 51 met noot R. PARIJS

## Hoofdstuk 6: Algemeen besluit

113. Het faillissement van een handelaar/handelsvennootschap. Zoals bleek uit de graydon-analyse een veel voorkomend fenomeen, *a fortiori* in de nasleep van een financiële crisis. Een financiële crisis die vanuit het *agency*probleem tussen de aandeelhouder en manager/bestuurder de aandacht volop legde bij de onderneming in *going concern* en meer bepaald fors inzette op de ‘*corporate governance*’-gedachte. Het faillissement “zet” het vennootschapsrecht echter “aan de deur” en ruimt plaats voor een *bankruptcy governance*, een systeem waarin idealiter het vennootschapsrecht maximaal in wordt afgedwongen. Dit laatste wordt daarentegen door de praktijk tegengesproken, gelet op het beperkt aantal aansprakelijkheidsvorderingen die curatoren blijken in te stellen. Daar de vergoeding in de rechtseconomie als hét middel bij uitstek werd beschouwd om te fungeren als incentive, noopte deze problematiek tot een onderzoek naar de invloed van de remuneratie van de curator op ‘*bankruptcy governance*’ en meer bepaald: het instellen van aansprakelijkheidsvorderingen namens de boedel.

114. GELIJKENIS TUSSEN VENNOOTSCHAP EN BOEDELGEMEENSCHAP – Vertrokken werd van de vaststelling dat bij de ‘uitvaart’<sup>456</sup> van een handelsvennootschap een organisatievorm (i.e. de faillissementsboedel) ontstaat die bijzonder sterk lijkt op de vennootschap. Immers, analoog aan de vennootschap ontstaan eveneens drie *agency conflicts* bij de boedelgemeenschap wat op *governance*-niveau het spanningsveld tussen de schuldeiser in de boedel en de curator centraal plaatst. Ondanks de bestemmingswijziging van de boedelgemeenschap vergeleken met de vennootschap kunnen incentives bij de curator namelijk net zoals bij de manager in de vennootschap in *going concern* zijn gedrag positief aligneren met de belangen van de boedelgemeenschap en bij uitbreiding de schuldeisers *in* de boedel.

115. BOEDELFINANCIERING ALS PRIMAIR FINANCIERINGSMIDDEL = ONVOLDOENDE – Gezien voor de berekening van de vergoeding van de remuneratie van de curator als voor het voeren van boedelvorderingen hoofdzakelijk toepassing gemaakt wordt van het model van boedelfinanciering heeft dit als hoofdsymptomen dat de curator enerzijds niet vergoed kan worden indien er geen activa gerealiseerd worden in de boedel en de boedel zonder materieel actief anderzijds *de facto* gelijkgesteld wordt met de boedel zonder actief. Het pervers gevolg

---

<sup>456</sup> Gedoeld wordt op het faillissement van de handelsvennootschap.



hiervan is dat belangrijke activa – zoals de aansprakelijkheidsvorderingen tegen het voormalig bestuur van de vennootschap – onaangeroerd blijven gelet op het risico-avers karakter van de curator. Een *mogelijke* toekenning van een buitengewoon ereloon (eveneens vallend onder het model van boedelfinanciering) en een vergoeding van de Belgische staat voor de ‘eerste vereffeningkosten’ en *mogelijks* de bijkomende administratieve onkosten vormen in ieder geval noch een rechtszeker noch een helend medicijn gezien de curator bij het voeren van aansprakelijkheidsvorderingen zeker in een boedel zonder materieel actief alsnog (i) de gerechtskosten dient voor te schieten en (ii) niet vergoed wordt voor de met aansprakelijkheidsvordering gepaard gaande transactiekosten en (iii) geen zekerheid *a priori* heeft omtrent de kosten die vergoed zullen worden aan hem.

116. NAAR EEN ONDERBOUWDE BANKRUPTCY GOVERNANCE-STRUCTUUR? – Derhalve treedt er met de insolventieboedel wel een op de vennootschap gelijkaardige organisatievorm op de voorgrond maar dient een vrij grondig ontwikkelde *corporate governance*-structuur plaats te maken voor een onderontwikkelde *bankruptcy governance*-structuur, daar waar nochtans het faillissementsrecht dé *tool* bij uitstek dient te vormen om het vennootschapsrecht (meer bepaald: onregelmatigheden op bestuursniveau) te sanctioneren. Teneinde het faillissementsrecht zijn bestemming te geven dewelke (mede) aan haar toegedragen wordt, is het determinerend in welke mate het risico-avers karakter aan de curator ontnomen kan worden.

1./ INSPELEN OP ‘PAY-SETTING’-PROCES – Daar waar dit – in een systeem gebaseerd op boedelfinanciering – bij een boedel met voldoende materieel actief nog eenvoudig op te lossen lijkt via een rechtszekere toekenning van de liquidatiekosten (al dan niet voorgeschoten gerechtskosten gesommeerd met de effectief te dragen transactiekosten), stelt zich de vraag hoe dit georganiseerd kan worden in een boedel waarvan de middelen ontoereikend zijn. In navolging van de Nederlandse doctrine lijkt in hoofdorde de oprichting van een curatorenfonds gefinancierd via bijdragen van de ondernemingswereld hier de oplossing te bieden. Indien de middelen van het fonds daarentegen ontoereikend zouden zijn om een bepaalde aansprakelijkheidsvordering te financieren lijkt in subsidiaire orde teruggevallen te kunnen worden op een overheidstussenkomst. In uiterst subsidiaire orde en op voorwaarde dat de verwachte opbrengsten de verwachte kosten overstijgen zou ten slotte naar Duits voorbeeld beroep gedaan kunnen worden op een financiële tussenkomst van de schuldeisers in de boedel

zelf. Cruciaal in deze afwegingen zullen steeds de voorwaarden om beroep te kunnen doen op derdenfinanciering zijn. Aan de ene kant mag een beroep op een financiële tussenkomst geen ‘blanco-cheque’ zijn voor de curator, maar aan de andere kant mogen de voorwaarden geen remmend effect hebben gezien dan het faillissement opnieuw aan slagkracht inboet aan het vennootschapsrecht af te dwingen.

2./ INSPELEN OP ‘CONTROLE’-PROCES – Hoewel een rechtszekere verloning van de curator als een ‘oplossing’ voor het *agency conflict* tussen de curator en de schuldeiser in de boedel kan lijken, wijst de *managerial power approach* er terecht op dat het ‘*pay-setting*’-proces zelf voorwerp dreigt te worden van dit *agency conflict*. Concreet zou het ontnemen van het risico-avers gedrag van de curator in de boedelgemeenschap aanleiding kunnen geven tot het roekeloos instellen van boedelvorderingen (zeker wanneer er geen enkel materieel actief in de boedel aanwezig is). *De lege lata* controleert de curator zichzelf evenwel onder het marginaal toezicht van de rechtbank van koophandel en de rechter-commissaris. *De lege ferenda* wordt daarom een verscherpte schuldeiserscontrole naar Nederlands en Engels model bepleit en specifiek ten aanzien van de instelling van de boedelaansprakelijkheidsvordering tegen de voormalige bestuurders de *a priori* goedkeuring van het schuldeiserscomité. In de fase voor de vereffening kan bovendien in navolging van het Engels recht een bepaling van de vergoeding van de curator door het schuldeiserscomité verdedigd worden waarbij het schuldeiserscomité rekening houdt met de effectief door de curator gepresteerde uren. Niet alleen bij het afsluiten van de vereffening maar zowel voor als tijdens de vereffening dienen derhalve transparantie ten aanzien van en controle door de schuldeisers in de boedel een verhoogde incentive te creëren op een kostenefficiënt beheer van de faillissementsboedel.

117. BESLUIT – Via die tweedeling (inspelen op zowel het ‘*pay-setting*’-proces via de verloning van de curator als op het controleproces) zou het faillissementsrecht de taak die aan haar opgedragen werd – met name om het vennootschapsrecht af te dwingen – ook naar Belgisch recht eindelijk kunnen verwezenlijken...

## **Bibliografie**

### **A. Wetgeving**

#### *1) Belgisch recht*

Burgerlijk Wetboek

Belgische Faillissementswet

Gerechtig Wetboek

Hypotheekwet

Strafwetboek

Wetboek van Koophandel

Wetboek van Vennootschappen

Koninklijk besluit van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 van het Gerechtig Wetboek en tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de artikelen 1 tot 13 van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van de advocaat.

KB van 10 augustus 1998 houdende vaststelling van de regels en barema's tot bepaling van de kosten en het ereloon van de curatoren.

#### *2) Duits recht*

Insolvenzordnung

#### *3) Engels recht*

Insolvency Act

Insolvency Rules

Small Business Enterprise and Employment Act 2015

Technical Manual

#### *4) Nederlands recht*

Nederlandse faillissementswet

Regeling van de Minister van Veiligheid en Justitie van 27 februari 2012, nr. 5725931/12, houdende regels voor de beoordeling van de gegrondheid van verzoeken van curatoren tot

verstrekking van een voorschot en de grenzen waarbinnen zodanige verzoeken kunnen worden toegewezen (Garantstellingsregeling curatoren 2012), Staatscourant 2012, 5

5) *Noord-Amerikaans recht*

Amerikaanse Bankruptcy Code

**B. Rechtspraak:**

1) *Belgisch recht*

Cass. 28 november 2013, *RABG* 2014, 351 met noot SONCK, S.

Cass. 25 januari 2013, *RW* 2012-13, 1584 met concl. VAN INGELGEM, A.

Cass. 7 juni 2012, *RW* 2012-13, 544 met noot HELSEN, F.

Cass. 26 april 2012, *RW* 2012-13, 944

Cass. 23 februari 2012, *TRV* 2012, 319

Cass. 17 november 2011, *P&B* 2012, 26

Cass. 17 november 2011, *Ius & Actores*, 2012, 165

Cass. 4 februari 2011, *RW* 2011-2012, 370 met noot VANANROYE, J.

Cass. 10 januari 2011, *P&B* 2011, 192

Cass. 10 december 2008, *Pas.* 2008, 2907

Cass. 17 januari 2008 *TBH* 2008, 321

Cass. 17 oktober 2008, *Pas.* 2008, 2276

Cass. 17 oktober 2008, *RABG* 2009, 537

Cass. 17 oktober 2008, *JDSC* 2010, 163

Cass. 24 oktober 2002, *Pas.* 2002, 2026

Cass. 24 oktober 2002, *RW* 2002-2003, 902 met concl. DUBRULLE, G.,

Cass. 15 juni 2001, *RW* 2001-02, 842

Cass. 19 oktober 1999, *TRV* 2000, 457 met noot VANANROYE, J.

Cass. 5 december 1997, *TBH* 1998, 523 (Sepp-arrest);

Cass. 2 maart 1995, *Pas.* 1995, I, 250 (Sefi-arrest);

Cass. 2 mei 1994, *Pas.* 1994, 429

Cass. 16 juni 1988, *RCJB* 1990, 44 met noot VEROUGSTRAETE, I..

Cass. 17 oktober 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, 217

Cass. 17 oktober 1986, *Pas.* 1987, I, 200

Cass. 17 oktober 1986, *RW* 1986-87, 1033

Cass. 17 oktober 1986, *R.C.J.B.* 1988, 327 met noot DE VROEDE, P.

Cass. 6 mei 1983, *RCJB*, 1986, 712 met noot GÉRARD, P.  
Cass. 6 mei 1983, *ArrCass.* 1982-83, 1108;  
Cass. 19 november 1982, *ArrCass.* 1983, 373  
Cass. 26 februari 1981, *RW* 1981-1982, 2836  
Cass. 12 februari 1981, *Pas.* 1981, I, 639 (het Unac-arrest);  
Cass. 8 maart 1965, *Pas.* 1965, I, 684  
Cass. 1 juni 1876, *Pas.* 1878, I, 221  
Antwerpen, 27 februari 2012, *NJW* 2012, 644  
Antwerpen, 27 februari 2012, *TBH* 2013 796 met noot BERCKMANS, C.;  
Antwerpen, 27 februari 2012 *RABG* 2012, 756 met noot VANLERSBERGHE, P.  
Antwerpen, 20 december 2001, *RW* 2002-03, 708  
Antwerpen, 12 december 1983, *TBH* 1984, 529  
Bergen, 9 september 2013, *JLMB* 2014, 1607  
Bergen 11 januari 2013, *JLMB* 2013, 1745  
Bergen, 23 oktober 2006, *TBH* 2007, 600  
Bergen, 20 februari 2003, *JLMB* 2004, 73  
Bergen, 6 november 1989, *TBH*, 1990, 977  
Bergen, 16 februari 1981, *Pas.* 1981, 61  
Brussel, 13 maart 2012, *DAOR* 2012, 305  
Brussel, 21 april 2010, *RPS* 2013, 115 met noot COIPEL, C.  
Brussel, 15 maart 2001, *TBH* 2001, 51 met noot PARIJS, R.  
Brussel 25 januari 1990, *TBH* 1990, 888;  
Gent 25 juni 2012, *TGR-TWVR* 2012, 335  
Gent, 18 april 2002, *TRV* 2002, 255  
Gent 8 december 2010, *TBH* 2011, 265  
Gent, 24 juni 2009, *TGR-TWVR* 2011, 212  
Gent 28 februari 2008, *P&B* 2009, 141  
Gent, 5 februari 1986, *TBH* 1989, 602  
Luik, 14 februari 2006, *JLMB* 2006, 829  
Luik, 7 april 1982, *TBH* 1983, 266;  
Arbrb. Gent, 27 april 1987, *RW* 1987-1988, 749;  
Kh. Brugge, 10 mei 2010, *RW* 2012-13, 349  
Kh. Brussel, 8 december 1999, *DAOR* 2000, 14

Kh. Charleroi, 2 september 1998, *JLMB* 1999, 987  
Kh. Charleroi, 2 september 1998, *TBH* 2000, 635 met noot VOGLET, B.  
Kh. Gent, 19 juni 1987, *JL* 1989, 603  
Kh. Ieper, 17 mei 1999, *TRV* 1999, 534  
Kh. Luik, 3 december 1986, *JLMB* 1987, 1377.  
Kh. Namen, 20 oktober 1987, *Rev.Not.B.* 1990, 656;  
Kh. Nijvel, 6 juni 1997, *JLMB* 1997, 1223;  
Rb. Brussel 23 januari 1895, *JLMB* 2011, 1354  
Rb. Luik 10 oktober 2001, *JLMB* 2002, 120  
Rb. Namen 27 februari 1877, *JLMB* 2011, 1353  
Vz. Kh. Gent 26 januari 1998, *TBH* 1998, 122  
Vred. Sint-Jans-Molenbeek, 14 maart 1989, *JT* 1989, 384

## 2) *Engels recht*

*Brook v Reed* [2011] *EWCA Civ* 331  
*Moore Stephens v Stone Rolls Ltd* [2009] 3 *WLR*, 455  
*Moore Stephens v Stone Rolls Ltd* [2009] *UKHL*, 39; [2009] *Bus LR* 1356  
*Re Prestige Grinding Ltd* [2006] *B.C.C.* 421  
*Buchler v Talbot* [2004] *UKHL* 9  
*Lewis v IRC Comrs* [2001] 2 *BCLC* 392  
*Katz & Ors v McNally & Ors* [1997] *BCC* 784;  
*UTSA Pty Ltd v. UltraTune Australia Pty Ltd* [1996] 14 *ACLC* 1262  
*Re Tony Rowse NMC Ltd v M.E. Mann QC*, [1996] *B.C.C.* 196  
*Groewood Holdings Plc v James Capel & Co Ltd*, [1995], *B.C.C.* 760  
*Re Oasis Merchandising Services Ltd.* [1995] *B.C.C.* 911

## 3) *Nederlands recht*

HR 16 september 2005, *NJ* 2006, 311  
HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 95 (Lunderstädt vs. De Kok)  
HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96 (Sobi vs. Hurks II);

HR 14 juni 1991, *NJ* 1991, 630;  
HR 27 mei 1988, *NJ* 1988, 964  
Rb. Haarlem, 15 januari 2007, *JOR* 2007, 59

### C. Rechtsleer:

#### 1) Doctrinaal wetgevende initiatieven

Uncitral Legislative Guide on Insolvency Law part one and two (25 juni 2004), *UN Doc. E.05.V.10*, (2005)

#### 2) Boeken:

##### *i) Algemene literatuur (m.i.v. rechtseconomie)*

ALLEN, W.A., *International Liquidity and the Financial Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 255p.

BEBCHUK, L.A. en FRIED, J.M., “Pay without performance: overview of the issues”, in KIEFF, F.S. en PAREDES, T.A., *Perspectives on Corporate Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 479p.

BEBCHUK, L. en FRIED, J., *Pay without performance: the unfulfilled promise of executive compensation*, Cambridge, Massachusetts en London, Harvard University Press, 2004, 278p.

BOURGEOIS, G., *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1998, 184p.

COOTER, R. en ULEN, T., *Law and economics*, Addison-Wesley, The Pearson series in economics 2014, 538p.

DECOSTER, A., BERLAGE, L., DE GRAUWE, P., EYCKMANS, J., GOOS, M., SCHOKKAERT, E., VAN CAYSEELE, P., VERBOVEN, F. en WATTEYNE, A., *Economie : een inleiding*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 911p.

EASTERBROOK, F.H. en FISCHER, D.R., *The economic structure of corporate law*, Harvard, Harvard University Press, 1991, 370p.

FISHER, R. en URY, W., *Getting to yes: negotiating an agreement without giving in*, London, Random House Business Books, 2012, 204p.

GEORGAKOPOULIS, N.L., *Principles and methods of Law and Economics: basic tools for normative reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 378p.

Graydon, studie, 3 maart 2014, Faillissementen januari-februari 2014, <https://graydon.be/uploads/files/140303%20FaillissementenNL.pdf>, 12

KIEFF, F.S. en PAREDES, T.A., *Perspectives on Corporate Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 479p.

MACEY, J.R., *Corporate governance : promises kept, promises broken*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2008, 334p.

MATTEI, U., *Comparative Law and Economics*, Michigan, The University of Michigan Press, 1997, 266p.

MONKS, R.A.G. en MINOW, N., *Corporate Governance*, West-Sussex, John Wiley & Sons Ltd, 2011, 512p.

OPPETIT, B., “Droit et économie” in F. Terré, *Archives de philosophie du droit tome 37 : droit et économie*, Parijs, Sirey 1992, 398p.

ROBBINS, S.P. en COULTER, M., *Management*, Harlow-Essex, Pearson Education Limited, 2014, 720p.

SMITH, R.C. en WALTER, I., *Governing the modern corporation: capital markets, corporate control and economic performance*, New York, Oxford University Press, 2007, 322p.

ZWEIGERT, K. en KÖTZ, H., *Introduction to comparative law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 714p.

ii) *Belgisch recht*

BOSSUYT, A., “De curator als procespartij”, in X, *Faillissement en reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, 2009, 7

BRAECKMANS, H., DIRIX, E., STORME, M.E., TILLEMANS, B. en VANMEENEN, M. (eds.) *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen III*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia 2012, 560p.

BYTTEBIER, K., DE BATSELIER, E. en JANSSENS, E., *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord herbekeken*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, 245p.

CLOTTENS, C., *Proportionaliteit van stemrecht en risico in kapitaalvenootschappen*, Antwerpen, Biblo, 2012, 545p.

COOLS, S., *De verdeling van beslissingsbevoegdheden tussen de algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, proefschrift ingediend met oog op het verkrijgen van de graad van Doctor in de Rechten, 2014, 651p.

CORNELIS, L., “Persoonlijk : over schade en de aansprakelijkheidsvordering van de curator”, in BERNAUW, K., JACQUES HERBOTS, H., COUSY, H. en STIJNS, S., *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, Die Keure, 2001, 1030p.



CLOQUET, A., *Les nouvelles: droit commercial tome IV : les concordats et la faillite*, Brussel, Maison Ferdinand Larcier, 1985, 870p.

DE MAREZ, D., *De afgeleide schade van aandeelhouders van een naamloze vennootschap: onderzoek naar het bestaan van een eigen vorderingsrecht van individuele aandeelhouders voor de via het vermogen van een naamloze vennootschap geleden schade*, proefschrift ingediend met het oog op het behalen van de academische graad van doctor in de rechten aan de Katholieke Universiteit Leuven, *Onuitg.* Leuven, 2004, 500p.

DE PAGE, H., *Traité Élémentaire de droit civil Belge*, Brussel, Bruylant, 1964, II, 1167p.

DE WILDE, A., *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 408p.

DE WULF, H., LEVRAU, A., MEEUS, D., VAN DEN BERGHE, L., VAN DER ELST, C., VERBEKE, L.H. en WYMEERSCH, E., *Corporate Governance: het Belgisch perspectief*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1998, 244p.

DEKKERS, R., VERBEKE, A.L., CARETTE, N. en VANHOVE, K., *Handboek Burgerlijk Recht: Deel III : verbintenissen, bewijsleer en gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 892p.

DESEYNE, P., VANDENBROUCKE, L., DECLERQ, J. en DE FLEUR, B., *Vademecum voor de rechter-commissaris met een softwareprogramma voor de opvolging van de faillissementsafwikkeling*, Kortrijk-Heule, Uitgeverij UGA, 2011, 700p.

DIRIX, E., “De bewindvoerder in het insolventierecht” in *Liber Amicorum Walter Van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, 600p.

FRANÇOIS, A., *Het vennootschapsbelang in het Belgische vennootschapsrecht : inhoud en grondslagen*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, 795p.

GEENS, K., *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, Biblo, 1995, 372p.

GEENS, K. en VAN OMMESLAGHE, P., “De organisatie van het stelsel van de personenvennootschappen”, in BRAECKMANS, H., CAPRASSE, O., DE CORDT, Y., DE WULF, H., DIEUX, X., FORIERS, P.A., FRANÇOIS, A., GEENS, K., HELLEMANS, F., HORSMANS, G., MARESCEAU, K., NELISSEN GRADE, J.M., VAN OMMESLAGHE, P. en WYCKAERT, M., *De modernisering van het vennootschapsrecht : op initiatief van het Belgisch centrum van het vennootschapsrecht*, Brussel, Larcier, 2014, 268p.

GEENS, K. “Over corporate governance, aandeelhoudersstructuren en vennootschapsrecht”, in *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, Kalmthout, Biblo, 1998, 780p.

JHASSE, P., *Manuel de liquidation*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2007, 776p.

LAENENS, J., BROEKX, K., SCHEERS, D. en THIRRIAR, P., *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2012, 853p.

- LAURENT, F., *Principes de droit civil*, Brussel, Bruylant, 1878, XX, 746p.
- LEMAL, M., *Pratique du droit: les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2012, 188p.
- MAES, B., *Inleiding tot het burgerlijk procesrecht*, Brugge, Die Keure, 2008, 294p.
- MAILLEUX, B., “Het actief van een faillissement: algemeen”, in BRAECKMANS, H., DE TANDT, F., DIRIX, E., VAN CAMP, E. en LYSENS, T., *Faillissement en reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, 2012, II.G.10-20
- OLAERTS, M., *Vennootschappelijke beleidsbepaling in geval van financiële moeilijkheden; de positie van bestuurders en aandeelhouders*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 441p.
- SAGAERT, V., “Zaakwaarneming” in X, *Bijzondere overeenkomsten: artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, IV, Commentaar verbintenissenrecht, Comm.Bijz.Ov.* 2004, 15;
- SOENS, P., “Stopzetting van een vennootschap- het faillissement” in VAN OEVELEN, A., ERNST, P., FRANÇOIS, A. en VAN PASSEL, M. (eds.), *Bestendig handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2001, IV, 2dln., 2000p.
- STORME, M.E., *Zekerheden- en insolventierecht Deel II en v.*, Gent-Mariakerke 2013, 1175p. ([www.storme.be](http://www.storme.be));
- STORME, M.E., *Vertegenwoordiging, lastgeving, kwaliteitsrekening en aanverwante rechtsfiguren: syllabus ten behoeve van het vak notarieel zaken- en contractenrecht*, Gent-Mariakerke, 2009-2010, 77p., raadpleegbaar op de website : <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/ZCR-lastgeving.pdf>;
- ‘T KINT, F. en DERIJCKE, W., *La faillite*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2006, 439p.
- TILQUIN, T. en SIMONART, V., *Traité des sociétés : Tome 2*, Diegem, Kluwer, 1997, 399p.
- VAN CAMP, E. en MERTENS, I., *Faillissementswet anno 2008*, Mechelen, Wolters Kluwers, 2008, 455p.
- VAN DEN BERGHE, L., DE WULF, H. en HAMER, P., *Corporate Governance: Comment optimiser votre conseil d’administration*, Editions Kluwer, 2003, 244p.
- VANDER MEULEN, B. en VERCRUYSSSE, D., *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, Mechelen, Kluwer, 2007, 679p.
- VAN GERVEN, W. en COVEMAEKER, S., *Verbintenissenrecht*, Leuven-Den Haag, Acco, 2006, 719p.
- VAN OMMESLAGHE, P., “le droit commun de la société et la société de droit commun”, in FORIERS, P.A eds. *Aspects récents du droit des contrats, éditions du jeune barreau de Bruxelles*, Brussel 2001, 341p.

VAN ORSHOVEN, P., BOES, M. en ALLEMEERSCH, B., *Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, Leuven, Acco, 2011, 485p.

VANANROYE, J., “Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid”, in BRAECKMANS, H., COUSY, H., DIRIX, E., TILLEMANS, B. en VANMEENEN, M. (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 1029p.

VANANROYE, J., *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 365p.

VANANROYE, J., De Civielrechtelijke aansprakelijkheids van een curator: tanden zonder tijger? in SAMOY, I. en JURA FALCONIS, *Professionele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 166p.

VEROUGSTRAETE, I., JASSOGNE, C., LEBEAU, J.P., HORDIES, J.P., KOKOT, M., LEMAL, M., MELLAH, M., WILLEMART, M. en WILLEMART, S., *Traité pratique de droit commercial Tome II : Insolvabilité et distribution*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2010, 1152p.

WYCKAERT, M. en PARREIN, F., “Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid?” in CLOTTENS, C., COOLS, S., GEENS, K., HELLEMANS, F., PARREIN, F., TAS, R., WAUTERS, M. en WYCKAERT, M., *Themis 65 : Vennootschaps- en financieel recht*, Brugge, Die Keure, 2011, 160p.

ZENNER, A., “Des frais et dépenses de l’administration de la faillite aux dette de masse”, in X, *Les créanciers et le droit de la faillite*, Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1983, 795p.

iii) *Duits recht:*

HUECK, G. en WINDBICHLER, C., *Gesellschaftsrecht*, München, C.H. Beck, 2008, 505p.

UHLENBRUCK, W., HIRTE, H. en FALLENDER, H., *Insolvenzordnung: Kommentar*, München, C.H. Beck Verlag, 3424p. (op de website: [https://beck-online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata/komm/UhlenbruckKoInsO\\_13/InsO/cont/UhlenbruckKoInsO.InsO.p26.glVIII.htm](https://beck-online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata/komm/UhlenbruckKoInsO_13/InsO/cont/UhlenbruckKoInsO.InsO.p26.glVIII.htm))

iv) *Engels recht*

BAILEY, E. en GROVES, H., *Corporate Insolvency Law and Practice*, Reed Elsevier, LexisNexis Butterworths, 2007, 405p.

DAVIES, P.L., *Gower and Davies: principles of modern company law*, London, Sweet & Maxwell, 2008, 1258p.

FINCH, V., *Corporate Insolvency Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 867p.

FLETCHER, I.A., *The Law of Insolvency*, London, Sweet & Maxwell, 2002, 920p.

MUMFORD, M.J. en KATZ, A.J., *Making creditor protection effective*, London, The Centre for Business Performance, 2010, 77p.

v) *Frans recht:*

HOUIN, C.S.A., *Droit des entreprises en difficulté*, Issy-les-Moulineaux Cedex, LDGJ Lextenso Editions, 2013, 701p.

vi) *Italiaans recht:*

ANGELICI, C. en FERRI, G.B., *Manuale di diritto commerciale*, Turijn, UTET Giuridica Wolters Kluwer Italia, 1087p.

SANTI, E.F., *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, Cedam, 2012, 671p.

vii) *Nederlands recht*

BOEKRAAD, G.A.J., *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, 323p.

COUWENBERG, L.I., ELSKAMP, F., VAN DER HEIDEN, A.J.J., VAN DER HEIJDEN, C.M., PETERS, P.J. EN SOEDIRA, A.D.W., *Praktijkboek Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 128p.

FRANKEN, M.J.M., DETHMERS, H.H., VAN INGEN, M.J.W., DE JONG, P.P.G., ROSENBERG POLAK, J.C. en WIND, J., *Insolad: Rapport Insolad Afwikkeling faillissementen*, Deventer, Kluwer, 2011, 355p.

FRANKEN, M.J.M., *Insolad: Rapport Beloning Curatoren*, Wolters Kluwer BV, 2008, 41p.

KALFF, M., MULDER, R. en DE RANITZ, S.H., *Insolad: de integere curator*, Deventer, Kluwer, 2007, 106p.

LOEFF, J.A.L.M., *Wat moet worden verstaan onder faillissementskosten en hoe behooren deze te worden gedragen?*, preadvies NJV 1935, 's Gravenhage, Belinfante, 1935, 361p.

PANNEVIS, M., *Polak Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 438p.

PANNEVIS, M., *Polak: Faillissementsrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 438p.

SPINATH, I., STADIG, J.E. en WINDT, M., *Insolad: Curator en crediteuren*, Deventer, Kluwer, 2009, 175p.

VAN GALEN, R.J., PRINCEN, J.G. en MULDER, R., *Insolad: De insolvente vennootschap*, Deventer, Kluwer, 2010, 178p.

VERSTIJLEN, F., *De faillissementscurator*, Brabant, W.E.J. Tjeenk Willink, 1998, 449p.

VRIESENDORP, R.D., *Insolventierecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2013, 464p.

VRIESENDORP, R.D., VERSTIJLEN, F.M.J. en VAN DIJCK, G. m.m.v. KOPALIT, D.F., *Evaluatie Garantstellingsregeling Curatoren 1999-2005*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 113p.

VRIESENDORP, R.D., *Insolad Onbehoorlijk bestuur in het insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 1997, 82p.

WESSELS, B., *Vereffening van de boedel*, Deventer, Kluwer, 2001, 216p.

YILDIRIM, P., “De Garantstellingsregeling curatoren” in VAN BOOM, W.H., LINDENBERGH, S.D. en PAPE, S.B., *Privaatrecht ondersteund : doelen, baten, kosten en effecten van bijzondere ondersteuning door de overheid van privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2007, 239p.

viii) *Noord-Amerikaans recht*

REISBERG, A., *Derivative actions and corporate governance*, New York, Oxford University Press, 2009, 334p.

SMITH, R.C. en WALTER, I., *Governing the modern corporation: capital markets, corporate control and economic performance*, New York, Oxford University Press, 2007, 322p.

TABB, C.J. en BRUBAKER, R., *Bankruptcy Law: Principles, Policies and Practice*, Cincinnati Ohio, Anderson Publishing Co., 2003, 686p.

3) Tijdschriftartikels:

i) *Working paper*

HOPT, K.J. en LEYENS, P.C., “Board Models in Europe - Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy : ECGI - Law Working Paper No. 18/2004;

ii) *International- en Europees recht*

HUY, D.T.N. en HIEN, D.T.N., “The backbone of European corporate governance standards after financial crisis, corporate scandals and manipulation”, *EBR* 2010, 215-240

VANDER BAUWHEDE, H., “Corporate Governance and the cost of debt financing: European Evidence”, *Acc.Bedr.M.* 2008, 20-28

iii) *Australisch recht*

LEGG, M., PARK, E., TURNER, N., en TRAVERS, L., “The rise and regulation of litigation funding in Australia”, *Northern Kentucky Law Review* 2011, 625-673

iv) *Belgisch recht*

BERCKMANS, C., “Schuldeisers en stilzitten curator: het monopolie doorbroken?”, *NJW* 2012, 478-494

BORN, H., “La notion de devoirs extraordinaires en matière de faillites et leur évaluation”, *JCB* (nu: *TBH-RDCB*) 1980, 261-290

COOLS, S., “Variabele remuneratie: de rol van tantièmes uitgespeeld of onderschat”, *TRV* 2012, 153-172

DE CEUSTER, M.J.K. “Van kredietrisico tot liquiditeitsrisico: een regulatoire zoektocht naar een veiliger financieel systeem”, *Bank.Fin.* 2010, 283-288

DE GEYTER, S. “Money, money, money : over remuneratie van bestuurders en topmanagers”, *TRV* 2013, 16-23

DE PUYDT, R., “De kosten- en ereloonstaat van de advocaat” *TPR* 2007, 1762-1784

DE WULF, H., VAN DER ELST, C. en VERMEESCH, S., “Radicalisering van corporate governance-regelgeving: remuneratie en transparantie na de wet van 6 april 2010”, *TBH* 2010, 911-963

DEBRAY, O. en LEMBERGER, D., “La nouvelle loi “Corporate Governance” et les limites à la remuneration et aux indemnités des dirigeants d’entreprise”, *Bank.Fin.R.* 2010, 195-196

DELBOO, M., « De familiale burgerlijke maatschap », *Not.Fisc.M.* 2003, 265-281

DERIJCKE, W., “De rechtspersoonlijkheid van de failliete boedel”, in BOSSUYT, A., DECONINCKX, B., DIRIX, E., FETTWEIS, A. en FORIER, E., *Liber spei et amicitiae: Ivan Verougstraete*, Brussel, Larcier, 2012, 297-304

GEENS, K., “200 jaar vennootschapsrecht in perspectief : Quo vadis ius societatum?”, *TPR* 2007, 73-140

GEINGER, H., VAN BUGGENHOUT, C. en VAN HEUVERSWIJN, C., “Overzicht van rechtspraak: het faillissement en het gerechtelijk akkoord”, *TPR*, 1996, 909-1189

HEENEN, J., “Le curateur, peut-il exercer, au nom des créanciers une action en responsabilité contre un tiers dont la faute a causé une diminution de l’actif ou un aggravation du passif de la masse?”, *RCJB* 1983, 14-34

KIRKPATRICK, G., “Corporate Governance Lessons from the Financial Crisis”, *OECD Journal Financial Market Trends*, 2009, 1-30

LINDEMANS, G., “Eenvoudig, maar niet gemakkelijk: over collectieve schade bij faillissement” *TRV* 2014, 794-796

LYBAERT, N. en BERVOETS, K., “De kennisgeving van het corporate governance-hoofdstuk en de invloed op winstmanipulatie”, *Acc.Bedr.M.* 2008, 9-25

SAMOY, I. en SAGAERT, V., “De wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen van een advocaat”, *RW* 2007-2008, 674-698

STORME, M.E., “Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1998, 90 raadpleegbaar op de site : <https://www.law.kuleuven.be/web/mstorme/trust.pdf>;

RENDERS, A., VANDENBOGAERDE, S. en VERFAILLE, S., “Eigendomsstructuren en corporate governance: complementen of substituten”, *Acc.Bedr.M.* 2008, 3-15

*RPDB v° Faillite et Banqueroute* nr.1599-1605

VAN BUGGENHOUT, C. en VAN MIEROP, I., “De boedelschulden onder faillissementsbeheer: status quaestionis”, *Not.Fisc.M.* 1996, 85-96

VAN HULLE, C., “Corporate Governance: inherent klant van de schandaalpers?”, *TEM* 2003, 179-197

VANANROYE, J., “Organisatierecht : werfbezoek aan een onvoltooide piramide”, *Acta Falconis*, 2014, 1-63

VANANROYE, J., “Slingerende toerekening : de zakelijke rechten van een maatschap”, *TRV* 2014, 233-259

VANANROYE, J., “Ook de enige vennoot heeft gezelschap”, *TRV* 2014, 425-426;

VANANROYE, J., “Aandeelhouders hebben geen zelfstandig vorderingsrecht voor afgeleide schade”, noot onder Cass. 23 februari 2012, *TRV* 2012, 319-325

VANANROYE, J., “Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en –handhaving”, *TRV* 1999, 152-170

VAN BUGGENHOUT, C. en CLEVENBERG, O., “L’action en responsabilité pour aggravation du passif, préjudice collectif et cumul des préjudices individuels: tentative d’éclaircissement”, *TBH* 1995, 536-545

VANOVERBEKE, J. “De familiale burgerlijke vennootschap – Een instrument voor successieplanning”, *TFR* 2000, 607-626

VEROUGSTRAETE, I., “Dettes de masse, privilèges et monnaie de faillite”, noot onder Cass. 16 juni 1988, *RCJB* 1990, 18-44

VEROUGSTRAETE, I., “Knelpunten van het faillissementsrecht”, *TPR* 1986, 573-609

v) *Duits recht:*

SCHMIDT, K., “Insolvenzeröffnung mit Massekostenvorschuss – Vor einer neuerlichen Änderung des § 26 InsO”, *NJW* 2011, 1255-1259

vi) *Engels recht:*

ARMOUR, J., CHEFFINS, B.R. en SKEEL, D.A., “Corporate Ownership structure and the evolution of Bankruptcy Law: lessons from the United Kingdom”, *Vand.L.Rev.* 2002, 1699-1785

ARMOUR, J., DEAKIN, S. en KONZELMANN, S. “Shareholder primacy and the trajectory of UK Corporate Governance” *British Journal of Industrial Relations* 2003, 531-555

ARMOUR, J. en WALTERS, A., “Funding liquidation: a functional overview”, *Law Quarterly Review* 2006, 295-326

FRIEZE, S.A., “Opposing other creditors’ claims and the office holder’s remuneration”, *Insolv.Int.* 2012, 11-15

HOWE, A., “Use of after-the-event insurance in asset recovery”, *Recovery*, 2007, 26-27

KEAY, A., “Litigation expenses in liquidations”, *Insolv.Int.* 2009, 113-116

KEAY, A., “Wrongful trading and the liability of company directors: a theoretical perspective”, *Legal Studies* 2005, 431-461

KEAY, A. en MURRAY, M., “Making Company Directors Liable: A Comparative Analysis of Wrongful Trading in the United Kingdom and Insolvent Trading in Australia”, *Int.Insolv.Rev.* 2005, 27-55

KEAY, A., “Directors’ duties to creditors: contractarian concerns relating to efficiency and over-protection of creditors”, *The Modern Law Review*, 2003, 665-699

SCHULTE, R., “Enforcing wrongful trading as standard of conduct for directors and a remedy for creditors: the special case of corporate insolvency”, *Company Lawyer*, 1999, 80-82

TOLMIE, F., “Funding litigation by liquidators: a consideration of the amendment to Rule 4.218”, *Insolvency Lawyer*, 2003, 153-156

WALTON, P., “Insolvency litigation: a case of “if it ain’t broke, don’t fix it”?”, *Insolv.Int.* 2015, 9-14

vii) *Nederlands recht:*

AERTS, W., “De rol van de curator bij de bestijding van faillissementsfraude”, *TVI* 2005, 12



KOOPS, N., “Curator bedankt voor oninteressant faillissement; Advocatuur voor faillissementen van bedrijven waar niks meer te halen is, is nauwelijks nog een curator te vinden”, *NRC Handelsblad*, 2009, 13

KORTMANN, S.C.J.J., “Bad bankruptcy governance”, *TVI* 2003, 265

MELISSEN, W.A.H. en MULDER, R., “Beloning curatoren en lege boedels; stand van zaken, wat wordt van curatoren verlangd?”, *TVI* 2009, 185

MENSONIDES, H.S. en VOÛTEN P.C., “Good bankruptcy governance: checks and balances”, *TVI* 2004, 23

VAN DELDEN, A.H. en BAUW, E., “Toezicht in faillissementen: een rechterlijke taak?”, *TVI* 2004, 51

VAN DIJCK, G., “How to fund assetless estates in insolvency? Assessing European Funding Mechanisms”, *ECFR* 2014, 154

VAN DIJCK, G., “Biedt een basisvergoeding soelaas? : Empirisch onderzoek naar de salaristekorten in faillissementen”, *TVI* 2013, 3

VAN DIJCK, G., VRISENDORP, R.D., VIELVOYE, D.C.M.H. en RACHID, N., “Lege boedels: code rood of vals alarm? Een verkennende empirische studie naar Bredase ervaringen met lege boedels”, *TVI* 2008, 33

VAN DIJCK, G., VRISENDORP, R.D., VIELVOYE, D.C.M.H. en RACHID, N., “Lege boedels: code rood of vals alarm? Een verkennende empirische studie naar Bredase ervaringen met lege boedels”, *TVI* 2008, 33 e.v.

viii) *Noord-Amerikaans recht*

JOSLIN, J.S., “Torts and bankruptcy”, *Boston College Law Review*, 1960, 185-195

KIM, B., “Recent developments: Sarbanes-Oxley Act”, *Harv. J.* 2003, 235-252

KLEIN, D. en EDELMAN, M.V., “Litigating against directors and officers of bankrupt dot-com entities: a potential asset for the debtor’s estate”, *Delaware Journal of Corporate Law*, 2002, 803-834

KLERMAN, D., “Earth first: CERCLA Reimbursement Claims and Bankruptcy”, *The University of Chicago Law Review*, 1991, 795-822

MYERS M., “The decisions of the Corporate Special Litigation Committees: an empirical investigation”, *Indiana Law Journal* 2009, 1309-1311

PONOROFF, L., “Enlarging the bargaining table: some implications of the corporate stakeholder model for federal bankruptcy proceedings”, *Cap.U.L.Rev.*, 1994, 441-498

ix) *Rechtseconomie*

AGHA, M., “Leverage, executive incentives and corporate governance”, *Accounting and Finance*, 2013, 1-30

BUCHANAN, M. en YOON, Y.J., “Symmetric tragedies : commons and anticommons”, *JL&E* 2000, 1-13

DEY, A., “Corporate Governance and agency conflicts”, *Journal of Accounting Research* 2008, 1143-1181

DUGGAN, A., “Contractarianism and the law of corporate insolvency”, *Can.Bus.L.J.* 2005, 470-471

FAMA, E.F. en JENSEN, M.C., “Separation of ownership and control”, *Journal of Law and Economics*, 1983, 301-325

GNEEZY, U., MEIER, S. en REY-BIEL, P., “When and why incentives (don’t) work to modify behaviour”? *Journal of Economic Perspective*, 2011, 191-210

GOULD, J.P., “The economics of legal conflicts”, *The Journal of Legal Studies*, 1973, 279-300

HARDIN, G., “The Tragedy of the Commons”, *Science magazine* 1968, 1243-1248

HELLER, M., “The Tragedy of the Anticommons: a concise introduction and lexicon”, *Mod.L.Rev.* 6-25

JENSEN, M.C. en MURPHY, K.J., “Performance Pay and Top-Management Incentives”, *The Journal of Political Economy*, 1990(a), 225-264

JENSEN, M.C. en MECKLING, W.H., “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure”, *Journal of Financial Economics* 1976, 301-325

KOROBKIN, D.R., “Contractarianism and the normative foundations of Bankruptcy Law”, *Tex.L.Rev.* 1992-1993, 541-631

KRAFT, K. en NIEDERPRÜM, A., “Determinants of management compensation with risk-averse agents and dispersed ownership of the firm”, *Journal of Economic Behavior & Organization*, 1999, 17-27

MOKAL, R.J., “Contractarianism, contractualism and the law of corporate insolvency”, *Sing.J.Legal Stud.* 2007, 51-95

MICHELMAN, F.I., “Ethics, economics and the law of property”, *Tulsa L. Rev* 2006, 663-690

VELJANOVSKI, C., “Third-party litigation funding in Australia and Europe”, *Journal of Law, Economics & Policy* 2011-12, 409-449

**Krantenartikel:**

X, Karel De Boeck blijft twee jaar langer CEO van Dexia met jaarloon van 600.000 euro, *Trends* 2014, raadpleegbaar op de website : <http://trends.knack.be/economie/mensen/karel-de-boeck-blijft-twee-jaar-langer-ceo-van-dexia-met-jaarloon-van-600-000-euro/article-normal-257875.html>

**Bijlagen:****Bijlage 1 : Artikel 2 van het KB ‘erelonen curator’ (proportionele vergoeding per schijf)<sup>457</sup>**

0,01 tot 26.801,92 EUR	20 %	-
26.801,93 tot 52.933,79 EUR	16 %	5.360,39 EUR
52.933,80 tot 73.035,22 EUR	12 %	9.541,49 EUR
73.035,23 tot 129.319,23 EUR	10 %	11.953,66 EUR
129.319,24 tot 318.942,77 EUR	6 %	17.582,05 EUR
318.942,78 tot 963.528,77 EUR	5 %	28.959,47 EUR
963.528,78 tot 1.927.057,54 EUR	3 %	61.188,77 EUR
1.927.057,55 tot 3.189.427,63 EUR	2 %	90.094,64 EUR
		115.342,04 EUR]1

Voor het gedeelte boven de laatste schijf opgegeven in het vorige lid, wordt het ereloon, dat niet meer dan 1 % mag bedragen, bepaald door de rechtbank van koophandel.

(1)<VARIA 2011-12-15/02, art. M, 004; Inwerkingtreding : 01-01-2012>

<sup>457</sup> Artikel 2 van het KB van 10 augustus 1998

**Bijlage 2 : Artikel 6 van het KB ‘erelonen curator’ (afzonderlijke ereloon)<sup>458</sup>**

0,01 tot 335.023,91 EUR	5 %	-
335.023,92 tot 1.675.119,55 EUR	3 %	16.751,20 EUR
1.675.119,56 tot 3.350.239,11 EUR	2 %	56.954,06 EUR
meer dan 3.350.239,11 EUR	1 %	90.456,46 EUR]1

(1)<VARIA 2011-12-15/02, art. M, 004; Inwerkingtreding : 01-01-2012>

---

<sup>458</sup> Artikel 6 van het KB van 10 augustus 1998 (afzonderlijk ereloon van de curator).

