

# De zaak Bodart-Fittings als toepassing van art. 63ter Venn. W.

## De kennelijke grove fouten van de staat.

Axel Haelterman

### INLEIDING

1. De uitspraak van de rechtbank van koophandel te Brussel van 22 oktober 1982 inzake de N.V. Bodart-Fittings, haalde krantenkoppen (1). Niet alleen de omvang van de veroordeling, de Belgische staat werd veroordeeld tot het betalen van 358 miljoen frank, maar vooral het feit dat de staat op een flagrante wijze op grond van art. 63 ter van de vennootschappenwet aansprakelijk is gesteld voor een deel van het passief van de N.V. Bodart-Fittings, is in se ophefmakend.

Het vonnis is vrij lang, 26 bladzijden, en wordt hier niet overgenomen. Wegens plaatsgebrek diende het te worden ingekort, en dit leek ons niet aangewezen daar dit vonnis voornamelijk ten aanzien van de feiten werd gewezen. Voor de tekst van het vonnis verwijzen wij dan ook naar meer gespecialiseerde vakpers (2).

2. Het art. 63 ter Venn. W. waar heel het vonnis rond opgebouwd is, werd ingevoerd door de 'anti-crisiswet' van 4 augustus 1978. Het bepaalt dat indien bij faillissement van de vennootschap de lasten de baten overtreffen, iedere beheerder of gewezen beheerder, alsmede ieder ander persoon die ten aanzien van de zaken van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid heeft gehad, persoonlijk aansprakelijk kan worden verklaard, met of zonder hoofdelijkheid, voor het geheel of een deel van de schulden van de vennootschap tot beloop van het gebrek aan activa, indien wordt vastgesteld dat een door hen begane kennelijke grove fout heeft bijgedragen tot het faillissement.

Vijf voorwaarden dienen dus vervuld te zijn, opdat het artikel van toepassing zou zijn :

- het faillissement van de vennootschap ;
- een actief, ontoereikend om de schuldeisers te voldoen ;
- het moet gaan om beheerders, gewezen beheerders of 'feitelijke beheerders' ;
- een kennelijke grove fout in hoofde van deze personen ;
- de fout moet in werkelijkheid bijgedragen hebben tot het faillissement.

(1) Zie o.a. : CAMBIEN, K., "Wie een put graaft voor een ander...", *Knack-magazine*, 3 november 1982, 45 ; *De Standaard*, 4 november 1982, 2.

(2) Kooph. Brussel, 22 oktober 1982, *B.R.H.*, 1982, 574 ; *J.T.*, 1983, 113.

Op de derde en de vierde voorwaarde gaat de rechtbank in haar vonnis uitvoerig in. De eerste twee voorwaarden worden als gegeven naar voren geschoven. I.v.m. de vijfde beperkt ze er zich toe op het einde van het vonnis te verklaren dat er aan voldaan is...

### **A) TOELAATBAARHEID VAN DE VORDERING**

3. De vordering tegen de Belgische staat op grond van art. 63 ter Venn. W. werd door de curator ingesteld. De rechtbank legt het verweer vanwege de staat rond dit punt opzij door bondig te stellen dat "...thans unaniem aanvaard wordt dat de curator de hoedanigheid bezit om die vordering in te stellen."

De controverse rond de vraag wie mag vorderen op grond van art. 63 ter, was ontstaan doordat in de uiteindelijke tekst van het artikel elke vermelding hieromtrent was weggefallen, terwijl in art. 113 van het Voorontwerp van Venootschappenwet (stuk 387) wel uitdrukkelijk bepaald was dat de vordering uitsluitend de curator toekomt. Deze controverse lijkt nu inderdaad beslecht te zijn in die zin dat de vordering toekomt aan de curator bij de uitvoering van zijn taak als hersteller van 'le gage commun' (3).

### **B) BEVOEGDHEID VAN DE RECHTBANK VAN KOOPHANDEL**

4. Rond de vraag naar de rechtbank die bevoegd is om kennis te nemen van een vordering op grond van art. 63 ter werd in de behandelde zaak niet gedebatteerd. De, zoals zal blijken logisch zeker aanvaarbare, bevoegdheid van de rechtbank van koophandel, werd door geen van de partijen in vraag gesteld. In de commentaren van verscheidene auteurs bij art. 63 ter bestond hieromtrent nogal eens onenigheid. Strikt redenerend stelden sommige auteurs dat de rechtbank van eerste aanleg bevoegd is. Art. 63 ter voorziet, in tegenstelling met het art. 113 Voorontwerp Venootschappenwet, niet in de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel. Deze auteurs stellen dan dat aangezien de curator vordert in zijn hoedanigheid van vertegenwoordiger van de schuldeisers bij faillissement, en niet in naam van de failliete rechtspersoon, art. 574, 1<sup>o</sup> Ger. W. niet kan ingeroepen worden om de bevoegd-

(3) Hierover leze men: STEENBERGEN, J., "De ondernemingsrechtelijke bepalingen in de anti-crisiswetten", *R.W.*, 1978-1979, 1060; RONSE, J., "De fakultatieve aansprakelijkheid van beheerders en zaakvoerders na faillissement met ontoereikend aktief", *Uitgave V.E.V.*, maart 1979, blz. 6 (Franse vertaling in: *R.P.S.*, 1979, 292); LIEVENS, J., "Recente tendenzen inzake aansprakelijkheid van beheerders en zaakvoerders van venootschappen", *Electica*, 1980, nr. 42, 35. Zie tevens i.v.m. de vorderingsbevoegdheid van de curator: VAN BRUYSTEGEM, B., "De bevoegdheid van de curator om schadeloosstelling te vorderen voor rekening van de boedel en/of voor rekening van de gezamenlijke schuldeisers (naar aanleiding van Cass. 12 februari 1981)", *B.R.H.*, 1981, 301.

heid van de rechtbank van koophandel op te baseren. Ook art. 574, 2° Ger. W vindt geen toepassing vermits het geschil niet op basis van het faillissementsrecht, maar wel door het vennootschapsrecht moet opgelost worden (4).

5. Een meer doelmatige oplossing wordt voorgesteld door Fredericq, en is dan bijgetreden door Ronse, waar hij stelde dat art. 63 ter weliswaar in de vennootschappenwet is opgenomen, doch "Rubrica non est lex" en het gaat hier in wezen om een faillissementsrechtelijke bepaling, zodat de rechtbank van koophandel bevoegd is op grond van art. 574, 2° Ger. W. (5).

In Frankrijk werd in 1967 een 'action en comblement du passif social' ingevoerd (art. 99, L. 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la faillite et les banqueroutes), die analoog is aan ons art. 63 ter, tenzij wat o.a. de bewijslast betreft (6). Deze gelijkgerichte bepaling bevindt zich dus daar wel degelijk in het faillissementsrecht. De bevoegde rechtbank is de rechtbank "qui a prononcé le règlement judiciaire ou la liquidation des biens de la personne morale" (7). De bewering van Fredericq, als zou art. 63 ter een faillissementsrechtelijke bepaling uitmaken, kan hier dus steun vinden.

Daar de bevoegdheid van de rechtbanken *ratione materiae* van openbare orde is, en de rechtbank dus haar eventuele onbevoegdheid ambtshalve opwerpt, trad de rechtbank van koophandel in het behandelde vonnis noodzakelijkerwijze deze tweede stelling bij.

### C) DE STAAT ALS FEITELIJK BEHEERDER VAN DE VENNOOTSCHAP

6. Na de beschouwingen over de toelaatbaarheid van de vordering en een chronologische weergave van de feiten, en alvorens in te gaan op de aansprakelijkheidsvraag, diende de rechtbank zich uit te spreken over de kwestie of de staat al dan niet kon beschouwd worden als feitelijk beheerder van de N.V. Bodart-Fittings. Het zich richten van de curator tegen de staat die de functie van feitelijk beheerder zou hebben vervuld, en daardoor dan ook kan aangesproken worden voor het ontoereikend actief na faillissement indien een kennelijke grove fout aangetoond wordt, maakt samen met de omvang van de veroordeeldint wellicht het meest spektakulaire deel van het vonnis uit. Het is trouwens niet helemaal onmogelijk dat dit vonnis wel eens gevolgen

(4) LIEVENS, J., *l.c.*, 36; RONSE, J., *l.c.*, 306.

(5) FREDERICQ, L., en FREDERICQ, S., *Handboek van Belgisch handelsrecht*, IV, 2e uitg., blz. 524, nr. 2661; RONSE, J., "Leven en werk van prof. baron Louis Fredericq", *Academiae Analecta*, jg. 44 (1982), nr. 1, blz. 27.

(6) DE JUGLART, M. en IPPOLITO, B., *Droit Commercial*, Vol. 3, 1977, Paris, blz. 188.

(7) ROBLOT, R., en RIPERT, G., *Traité élémentaire de droit commercial*, Tome II, 1981, Paris, 933.

zou kunnen hebben in analoge gevallen waar de overheid bij betrokken is (8).

Zoals Ronse opmerkt (9) schuilt geen nieuwigheid in art. 63 ter Venn. W. waar het in de mogelijkheid voorziet dat de feitelijke beheerders, de personen die zonder geldige opdracht in feite de bestuursfuncties van beheerders uitoefenen, dezelfde verantwoordelijkheid oplopen als diegene die krachtens de vennootschappenwet rust op de regelmatig benoemde beheerders (10).

De beoogde personen zijn diegenen die feitelijk de beheerstaken hebben uitgevoerd en effectief het bestuur van de vennootschap hebben gevoerd of mee hebben helpen voeren.

7. De rechtbank heeft 11 bladzijden nodig om tot haar besluit te komen. De reden hiervoor kan zijn dat gezien het belang van de beslissing de rechtbank voor haar motivering gebruik maakte van al het feitenmateriaal dat ze in een logische opbouw poogt te verwerken en waarin alle facetten van de overheidsinmenging worden belicht en tevens de plaats en de rol van de Nationale maatschappij voor Krediet aan de Nijverheid (N.M.K.N.) wordt omschreven. Het was immers doorheen de N.M.K.N. dat de kredieten naar de vennootschap toevloeden.

Het ten aanzien van de feiten benaderen van een feitelijk begrip door de rechtbank is vrij evident, maar brengt met zich mee dat we hier niet staan voor een sterk ten aanzien van het recht uitgewerkt, juridisch-technisch interessant gedeelte van het vonnis.

8. Voor de precieze redengeving waarom in casu de staat aanzien wordt als een feitelijk beheerder, "...die zich rechtstreeks of onrechtstreeks de beslissingsmacht die aan de gewone beheerders toekomt geheel of gedeeltelijk toeëigent en die beslissingsmacht ook effectief rechtstreeks of onrechtstreeks uitoefent", zoals de rechtbank het stelt, mogen we verwijzen naar het vonnis zelf, waarvan de vindplaats in de tweede voetnoot werd opgenomen.

Men kan zich ten aanzien van de redenering van de rechtbank evenwel niet van de indruk ontdoen, dat de band van de krisismanager naar de overheid een beetje al te vlot wordt gelegd. De tussenkomst van de N.M.K.N. wordt haastig weggeminimaliseerd. Nochtans was het bij de N.M.K.N. dat de NV. Bodart-Fittings in eerste instantie aanklopte om de eerste kredietovereenkomst af te sluiten, en de aanstelling van de krisismanager wordt in deze overeenkomst voorzien.

De rechtbank schijnt overigens twee verschillende rechtsfiguren in het achterhoofd te hebben gehad, en van beide zijn sporen terug te vinden in het vonnis. Enerzijds beslist ze dat de staat feitelijk beheerder is;

(8) Zie de beschouwingen van CAMBIER, K., *l.c.*, 45.

(9) RONSE, J., *l.c.*, *R.P.S.*, 297.

(10) Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1970-1971, 153; Cass., 2 december 1963, *Rev. Soc.*, 1964, 13.

anderzijds speelt hier (en ook verder in het vonnis) de aansprakelijkheid mee van de staat als aansteller, voor de fouten van de aangestelde, de krisismanager, waarbij deze aangestelde de feitelijke beheerder is.

## **D) DE KENNELIJKE GROVE FOUTEN VAN DE STAAT**

9. Heel wat fouten werden door de rechtbank weerhouden in hoofde van de staat waarvan er verscheidene als kennelijk grof bestempeld worden. Eerst zullen deze fouten even op een rijtje gezet worden, dan volgt een poging om deze concrete fouten systematiserend te benaderen vanuit een meer theoretisch concept van een kennelijke fout en van een grove fout.

Op drie vlakken heeft de staat foutief gehandeld :

a) In de eerste plaats trad de staat inzake de N.V. Bodart-Fittings op **zonder enige wettelijke grondslag.**

10. De staat baseerde zich op de wet van 17 juli 1959 tot invoering en ordening van maatregelen ter bevordering van de economische expansie en de oprichting van nieuwe industrieën, om de staatswaarborg te verstrekken voor de leningen die via de N.M.K.N. toegestaan werden. Door deze wet werd echter geen steunverlening aan industrieën in moeilijkheden beoogd. Paradoxaal genoeg werd door de staat geen beroep gedaan op de latere wetten van 30 december 1970 en van 15 augustus 1978 waarin steun aan ondernemingen in moeilijkheden wel voorzien is. De reden waarom dit gebeurde zal hieronder blijken. Ook voor het overheidsinitiatief dat de staat nam, door de N.V. Bodart-Fittings na de kredietverlening van haar afhankelijk te maken en de krisismanager onder haar controle werkzaam te doen zijn, ontbreekt elke wettelijke grondslag. De staat deed immers geen beroep op de wet die dit overheidsinitiatief regelt, noch op de Nationale investeringsmaatschappij, noch op de Gewestelijke Ontwikkelingsmaatschappij.

11. De rechtbank stelt dat deze fouten van de overheid kennelijk grof zijn. Zij zijn grof omdat "het gedrag van de staat indruist tegen gedragsnormen die voor de economische, politieke en sociale organisatie van de bestaande samenleving van essentieel belang zijn." Ze zijn vervolgens grof, en hier wordt geraakt aan de kern van het overheidsoptreden inzake de N.V. Bodart-Fittings, omdat de staat eigenlijk de anti-crisiswet van 1978 omzeilde en aldus elke controle op haar optreden uit de weg ging. Zij vreesde immers dat, door de werking van de in de wet ingebouwde controles, verhinderd zou worden steun te verlenen. Tegenover het steunen van ondernemingen door het nemen van een participatie, wat in de anti-crisiswet voorzien is, stond er het negatief advies vanwege de GOM en de Gewestelijke Investeringsmaatschappij Vlaanderen, omdat de onderneming virtueel failliet was. Het verlenen van rechtstreekse kredieten op basis van de anti-crisiswet, diende door het beperkt ministerieel comité te geraken, wat eerder

twijfelachtig was. Met CAMBIEN in Knack-magazine kunnen we vervolgen: "... Dan moest de anti-crisiswet maar omzeild worden en hoe dat concreet in zijn werk ging is aangetoond. De rechtbank heeft dat omzeilen van eigen wetsnormen door de overheid terecht een kennelijke grove fout genoemd."

De rechtbank meende dat deze grove fout tevens een kennelijk grove fout was, omdat de gedragsnormen waartegen het gedrag van de overheid indruiste, door ieder normaal, voorzichtig en redelijk mens ook worden ervaren en beoordeeld als van essentieel belang voor de economische, politieke en sociale organisatie van de bestaande samenleving.

**b) Kennelijke grove fouten vanwege de staat bij de conceptie van het zgn. reddingsplan.**

12. Zowel bij de conceptie van de kredietverstrekking aan de N.V. Bodart-Fittings, als bij de conceptie van het tot stand gekomen economisch overheidsinitiatief, gaat de staat volgens de rechtbank niet vrijuit.

1° De staat dient zich, volgens de rechtbank, zoals elke kredietverstrekker, tegenover derden als een normaal, voorzichtig en redelijk kredietverstrekker te gedragen. De N.V. Bodart-Fittings werd door andere kredietverstrekkers niet meer als kredietwaardig beschouwd. Toch sloot de staat via de N.M.K.N. de eerste overeenkomst van kredietopening ten belope van 60 miljoen Fr. af, zonder dat enig herstrukturingsplan bestond dat toeliet een daadwerkelijk inzicht te verwerven in de overlevingskansen van de onderneming op dat ogenblik, en dus zonder dat ze er zich kon van vergewissen dat het krediet nuttig zou gebruikt worden in functie van de redding van de onderneming.

Het in uitvoering van deze kredietovereenkomst door de krisismanager opgestelde "herstrukturingsplan" dat als basis diende voor de tweede kredietverlening ten belope van 155 miljoen Fr., was noodzakelijkerwijze onvolledig, onnauwkeurig en zelfs kennelijk foutief en leende zich geenszins tot het maken van prognoses. Dit onder meer omdat in de onderneming nauwelijks enige administratieve planning of controle, en geen enkel informatiesysteem bestonden.

De staat beging dus een fout, want geen enkel normaal, voorzichtig en redelijk kredietverstrekker zou zich hebben geleend tot toekenning van een dergelijk krediet aan deze virtueel failliete onderneming zonder degelijk herstrukturingsplan, en met volledige miskenning van de belangen van derden (leveranciers, schuldeisers, werknemers).

2° Op het vlak van de conceptie van het economisch overheidsinitiatief, wordt in de eerste plaats als fout weerhouden, de totale misrekening m.b.t. de reactie van de statutaire beheerders op het verlies van de beslissingsmacht (zij bleven zich als eigenaars en hoofd van de onderneming gedragen en dwarsboomden reorganisaties). Deze reactie was

te voorkomen door inschakeling van de N.I.M.

Bovendien rustte op de overheid de strafrechtelijk beteugelde verplichting om de staking van betaling te bekennen van de virtueel failliete N.V. Bodart-Fittings op het moment van de kredietverstrekking (art. 440 Faill. W.) en dit vanaf het ogenblik dat ze de krisismanager in het bedrijf kon opdringen.

Ten slotte werd de onderneming gedwongen de failliete N.V. Scapi over te nemen. Dit gebeurde in het uitsluitend belang van de overheid (die daarmee een bijzonder delikaat sociaal probleem poogde op te lossen), maar met miskenning van de economische behoeften van de N.V. Bodart-Fittings waar reeds teveel was geïnvesteerd en waar men met liquiditeitsproblemen kampte.

### c) Kennelijke grove fouten bij de uitvoering van het reddingsplan

13. 1<sup>o</sup> Op het vlak van de kredietverstrekking stelde de rechtbank vast dat de staat zich geenszins bekommerde om de naleving van de aan de N.V. Bodart-Fittings opgelegde kredietvoorwaarden en ze daarenboven de N.M.K.N. er toe aanzette de kredieten uit te keren terwijl ze wist dat de voorwaarden niet waren verwezenlijkt en ze daarover nooit opmerkingen formuleerde.

2<sup>o</sup> De eigenlijke uitvoering van het reddingsplan werd in deze zaak helemaal een puinhoop.

De krisismanager ondernam geen enkele ernstige poging om snel en efficiënt tot een aantal, in het herstrukturingsplan onontbeerlijk geachte, wijzigingen te komen. Het bleef in de onderneming zelfs nog mogelijk in het zwart te werken en de krisismanager was hiervan op de hoogte maar schijnt daartegen niet te zijn opgetreden.

De krisismanager loodste als commissaris een accountant in de vennootschap binnen, die geen bedrijfsrevisor was, maar lid was van een accountantskantoor waar de krisismanager zelf adviseur was, zodat deze commissaris zich niet onafhankelijk kon opstellen.

De krisismanager heeft zich eigenlijk nooit ten volle met het beleid en het beheer van de N.V. Bodart-Fittings ingelaten, omdat hij elders een andere opdracht vervulde.

De staat nu, die van de evolutie van de onderneming op de hoogte bleef, of minstens kon blijven, dulde deze feiten allemaal en reageerde er niet op.

12. De rechtbank besluit dat de staat kennelijke grove fouten beging. Volgens de structuur van het vonnis zou dit besluit enkel betrekking hebben op de fouten naar aanleiding van de uitvoering van het reddingsplan (zie c.). Naar de inhoud handelt dit besluit echter ook over de fouten op het vlak van de conceptie van het reddingsplan (zie b.). De rechtbank had trouwens tot hiertoe nog niets gezegd over het karakter van deze fouten.

De rechtbank stelt dat de fouten *grof* zijn omdat de overheid in feite met kennis van zaken, wetende dat ze zich steunde op onjuiste, onvolledige en gebrekkige gegevens en in strijd met de faillissementswet die van openbare orde is, besliste een onderneming te steunen en voert te zetten die, rekening gehouden met de steunmaatregelen, geen overlevingskansen meer had, en dit dank zij onregelmatig toegekende kredieten. Bovendien druisen de overheidsbeslissingen in tegen de meest fundamentele rechtsregels i.v.m. een gezond beheer van ondernemingen (b.v. voorrang van het belang van de onderneming op dat van een individuele beheerder) en ondermijnen ze aldus de bestaande economische ordening van de samenleving.

De fouten zijn kennelijke grove fouten, omdat ieder normaal, voorzichtig en redelijk mens die van de feiten kennis neemt, noodzakelijk tot het besluit komt dat de staat die met kennis van zaken handelde en over alle middelen beschikte om zich grondig te laten inlichten en te documenteren over de toestand van en binnen de N.V. Bodart-Fittings, op grove wijze aan haar verplichtingen te kort kwam. Zij beschikte op lichtzinnige wijze over gemeenschapsgelden zonder rekening te houden met de rechtmatige belangen van derden.

## E) HET BEGRIP GROVE FOUT

13. Om tot een goed begrip omtrent de notie 'grove fout' te komen, dienen vooraf enkele onduidelijkheden en terminologische onnauwkeurigheden opgeklaard te worden (11).

In ons aansprakelijkheidsrecht kent men geen gradatie in het foutbegrip naargelang van de intrinsieke zwaarte van de fout. De graad van fout speelt in de quasi-delictuele aansprakelijkheid geen rol, de lichtste afwijking van de norm, de lichtste fout volstaat (12). Deze norm zal verschillen naargelang men te maken heeft met een resultaatsverbintenis, waar het minste tekortschieten ten opzichte van het beoogde een fout uitmaakt, of een inspanningsverplichting, waar dan de minste afwijking van het modelgedrag van de 'bonus pater familias' een fout zal uitmaken.

Duidelijk is echter dat een bepaalde gedraging een fout uitmaakt of niet, het is het ene of het andere. Dit is het uitgangspunt dat men voor ogen moet houden bij elke beschouwing omtrent de 'grove fout'.

14. Men treft de 'grove fout' aan op een aantal plaatsen in de rechtspraak en in de wet (o.a. de onverzekerbaarheid van de grove fout, art. 16 Verzekeringwet; in het begrip 'dringende reden' voor het ontslag

(11) Dit gedeelte van de uiteenzetting heeft inhoudelijk geput uit VELAERS, J., "Het begrip 'zware fout' in het aansprakelijkheidsrecht en het verzekeringsrecht", *Jura Falconis*, 1980-81, 61, en uit een gedachtenwisseling met B. Van Bruystegem, assistent aan de K.U.L.

(12) Zie de verwijzingen bij VELAERS, J., *l.c.*, 63.



in het arbeidsrecht, art. 18 W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten).

Velaers toont in zijn artikel op een overtuigende wijze aan dat in verscheidene rechterlijke uitspraken met het begrip grove fout geschermd wordt, om het zo duidelijk mogelijk te maken dat er een fout is. Verbaal nemen de rechtbanken vaak hun toevlucht tot de grove fout, waar ze gewoon een fout bedoelen.

Als korte illustratie een voorbeeld, ontleend uit de bijdrage van Velaers, van de rechtbank van 1e aanleg van Brussel die zegt dat een handeling "...in dezelfde omstandigheden door elk ander voorzichtig handelend geneesheer zou gedaan geweest zijn en geen zware fout uitmaakt" (13). De rechtbank stelt dat er in casu geen fout was en drukt dit uit door te zeggen dat er geen zware fout was...

15. Indien men de ingeslagen redeneringswijze even verder doortrekt, kan men theoretisch stellen dat ook de terminologische weergave "kennelijke fout" in se pleonastisch is. Met deze uitdrukking wordt verwezen naar de marginale toetsing die de rechter zal hanteren telkens een beleidsvrijheid voor de handelende persoon dient in aanmerking te worden genomen (14). De rechter zal dan niet aan de hand van a posteriori zekerheden, het optreden van het subject in een onzekere wereld mogen beoordelen. Maar deze wijze van oordelen ligt reeds vervat in ons foutbegrip.

In een onzekere wereld kan een voorzichtig en vooruitziend persoon op meer dan één wijze redelijk optreden, deze handelswijze mag nooit a posteriori beoordeeld worden. Handelt men zoals een redelijk, voorzichtig en vooruitziend persoon kan handelen, dan zal men niet alleen geen kennelijke fout begaan, maar gewoon geen fout in de juridische betekenis van het woord. Het is niet omdat deze handelswijze achteraf niet opportuun is gebleken dat ze dan plots wel een juridische fout zou worden. Neemt men dit laatste daarentegen wel aan, waarbij dus een aanvankelijk redelijk optreden op grond van het a posteriori vastgestelde nadeel plots als foutief wordt bestempeld, dan heeft men inderdaad nood aan een begrip als de 'kennelijke fout', waarbij de 'gewone fout' geen en de 'kennelijke fout' wel de aansprakelijkheid zou genereren.

(13) Rb. Brussel, 8 maart 1978, *R.G.A.R.*, 1979, 10 024; geciteerd bij VELAERS, J., *l.c.*, 85. En omtrent het foutbegrip ook: VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., "Overzicht van rechtspraak, Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad", *T.P.R.*, 1980, 1162 e.v.

(14) Omtrent deze marginale toetsing raadplege men; RONSE, J., "Marginale toetsing in het privaatrecht", *T.P.R.*, 1977, 207-222; VAN GERVEN, W., "Variaties op het thema misbruik", *R.W.*, 1979-80, 2467; DE PUYDT, P., "Marginale toetsing of de rechter als grensrechter", *Jura Falconis*, 1974-75, 435; en het overzicht bij CORNELIS, L., "De aansprakelijkheid van beheerders na faillissement", *B.R.H.*, 1981, 132.

Deze theoretische parenthesis samenvattend kunnen we dus stellen dat telkens een beleidsvrijheid in aanmerking dient te worden genomen, iemand die handelt binnen de grenzen waarbinnen redelijke mensen van mening kunnen verschillen geen fout begaat, en niet aansprakelijk kan gesteld worden indien later toch enig nadeel blijkt uit dit handelen. Wiens handelingen wel buiten die marge vallen begaat een fout en zal eventueel aansprakelijk zijn indien er schade ontstaat als gevolg van dit foutief optreden.

Het hanteren van de term 'kennelijke fout' heeft het voordeel dat de in aanmerking te nemen beleidsvrijheid expliciet vermeld wordt.

16. Onder nr. 14 stelden we vast dat wat betreft de quasi-delictuele aansprakelijkheid uit de intrinsieke zwaarte van de fout, geen gradaties in het foutbegrip konden afgeleid worden.

Een begrip 'grove fout' heeft echter wel een plaats in ons quasi-delictueel aansprakelijkheidsrecht. Het zal, los van elke gradatie in de zwaarte van de fout zelf, nuttig aangewend worden, telkens een moreel beoordeelingsaspect het foutbegrip komt vervoegen. De meest treffende omschrijving van de grove fout vinden we dan ook nog steeds bij Carbonnier: "On dirait qu'il le fait exprès" (15). Het gaat om de fout waarvan de dader wist of diende te weten dat er schade zou veroorzaakt worden (16).

Men staat hier niet enkel voor het objectieve gegeven van de gepleegde fout, maar tevens voor een aan opzet grenzende enormiteit.

De aard van de fout zelf kan wel een vingerwijzing verschaffen om te besluiten "on dirait qu'il le fait exprès". De verscheidene criteria om de grove fout van de gewone fout te onderscheiden, zoals het criterium van de voorzienbaarheid van schade (17), zijn meer objectieve vingerwijzingen om te doen besluiten tot de aanwezigheid van het morele aspect.

## **F) ART. 63 TER, CORRECT TOEGEPAST ?**

17. Opdat de beheerders op grond van art. 63 ter Venn. W. persoonlijk zouden kunnen aansprakelijk gesteld worden, is vereist dat hun kennelijke grove fout heeft bijgedragen tot het faillissement. Ook de rechtbank formuleert deze vereiste bij de aanvang van haar vonnis. Er wordt niet vereist dat de fout de enige, noch zelfs de noodzakelijke voorwaarde was zonder dewelke er geen faillissement zou geweest zijn (18), wel dat ze werkelijk bijgedragen heeft tot het faillissement. Aan

(15) CARBONNIER, *Droit Civil*, Vol II, 512.

(16) RONSE, J., *l.c.*, *R.P.S.*, 1979, 300.

(17) Zie de verwijzingen bij CORNELIS, L., "De aansprakelijkheid van beheerders na faillissement", *B.R.H.*, 1981, 136.

(18) RONSE, J., *l.c.*, *R.P.S.*, 302.

de rechter wordt een matigingsbevoegdheid gelaten om te bepalen in welke mate de aansprakelijke beheerder zal instaan voor het gebrek aan activa.

18. Achteraan het vonnis beperkt de rechtbank er zich toe te stellen dat "bewezen is dat bovenvermelde handelingen en grove tekortkomingen tot het faillissement hebben bijgedragen en er zelfs de enige oorzaak van zijn."

Deze bewering staat echter in schril contrast met de vaststellingen door de rechtbank, hoger in het vonnis, dat uit een grondige boekhoudkundige en economische analyse blijkt dat de onderneming virtueel failliet was toen de overheidssteun werd toegekend, en dat op de staat de verplichting van art. 440 Faill. W. rustte de staking van de betaling te bekennen van zodra ze kennis van had of kon krijgen van de werkelijke bedrijfseconomische toestand van de onderneming (deze verplichting kan trouwens strafrechtelijk beteugeld worden op grond van art. 574, 4<sup>o</sup> Faill. W.).

Men kan dan ook onmogelijk staande houden dat personen, in casu de staat als feitelijk beheerder, die in een onderneming komen op het ogenblik dat deze virtueel failliet is, door latere fouten tot dit faillissement bijdragen, zodat deze vereiste van art. 63 ter niet vervuld lijkt te zijn.

19. Waar deze fouten wel kunnen toe bijdragen in tot een vermeerdering van het passief, en zij hebben daar de facto ook toe bijgedragen. Ook het verderzetten van een verlieslatende onderneming maakt een fout uit (19), en beheerders kunnen persoonlijk aansprakelijk gesteld worden wanneer zij het voorrecht van de beperkte aansprakelijkheid misbruiken door verbintenissen aan te gaan terwijl ze wisten of behoorden te weten dat de vennootschap nooit in staat zou zijn ze na te komen (20).

Bij de bepaling van het bedrag ten belope waarvan de staat wordt veroordeeld stelt de rechtbank trouwens dat het gepast voorkomt te veroordelen tot het verlies dat uitsluitend werd veroorzaakt door de beslissing van de staat de activiteiten van de N.V. Bodart-Fittings voort te zetten en die van de N.V. Scapi over te nemen. De staat dient dan ook het verschil bij te passen tussen het geschatte liquidatieverlies op het ogenblik van de eerste kredietovereenkomst en het tekort aan activa op het ogenblik van de veroodeling.

20. Deze eerste toepassing van art. 63 ter blijkt dus uiteindelijk geen correcte toepassing in te houden.

Men kan het bereikte resultaat, de omvang van de veroordeling, bijtreden, maar de weg ertoe is niet art. 63 ter doch een eenvoudigere weg

(19) Zie bijvoorbeeld: Kooph. Charleroi, 10 januari 1979, *B.R.H.*, 1979, 510.

(20) RONSE, J., VAN HULLE, K., NELISSEN, J.M. en VAN BRUYSTEGEM, B., "Overzicht van rechtspraak (1968-1977) Vennootschappen", *T.P.R.*, 1978, nr. 202.

waarbij geen kennelijke grove fout dient te worden aangetoond. Misschien werd art. 63 ter gehanteerd om gebruik te kunnen maken van het begrip feitelijk beheerder en aldus de staat zelf te kunnen grijpen. Maar ook hier kunnen, zoals gezien, vragen bij gesteld worden.