

ONTROUW IN HET BEHEER (EN ANDERE MISDRIJVEN) VAN DE FAILLISSEMENTSCURATOR

L. Huybrechts *

A. Vooraf

Artikel 490 in fine Sw. bestraft de faillissementscurator die zich schuldig maakt aan ontrouw in zijn beheer. Het is op het eerste gezicht een wat mysterieus delict. Het is maar te begrijpen door de bijzondere aard van de functie van de curator en door vergelijking met de andere misdrijven waaraan hij zich schuldig kan maken.

Vervolgingen op grond van artikel 490 in fine Sw. komen – gelukkig – niet al te vaak voor. Toch is het helemaal geen overbodige of voorbijgestreefde bepaling. In het ontwerp van een nieuwe faillissementswet wordt het een apart artikel van het Strafwetboek. De Memorie van Toelichting zegt er het volgende over (*Gedr. St.*, B.Z. 1991-92, 631/1, p. 48):

‘Dit artikel betreft de ontrouw van de curator in het beheer van de faillissementen die hem zijn toevertrouwd.

De bedrieglijke gedragingen van de curator bij de vereffening van faillissementen leiden tot een belangrijke sociale verstoring. Dergelijk gedrag is des te meer laakbaar nu het uitgaat van een persoon aan wie een gerechtelijke opdracht door de rechtbank van koophandel is gegeven. Deze opdracht veronderstelt een volstrekt vertrouwen in de persoon die ermee is belast...’.

Ik wil nog een stap verder gaan. Zou de ontrouw in het beheer van gelijk welk, al of niet gerechtelijk, bewindvoerder niet strafbaar moeten worden gesteld?

Wat er ook van zij, hiermee is de vraag nog niet beantwoord wat ontrouw in het beheer van de faillissementscurator nu precies inhoudt.

B. Commentaar

1. *HISTORISCHE OORSPRONG VAN DE FUNCTIE VAN FAILLISSEMENTSCURATOR EN VAN HET MISDRIJF ONTROUW IN HET BEHEER*

Ofschoon het ministerie van faillissementscurator niet helemaal nieuw was, werd het in Frankrijk slechts ingevoerd door de Code de commerce van 1808.¹ De eerste faillissementsverrichtingen werden toen geleid door ‘des agents’ (art. 454): ze werden nadien voortgezet door ‘des syndics provisoires’ (art. 481). Deze Code de commerce bracht ook het onderscheid tussen bedrieglijke bankbreuk, eenvoudige

* L. HUYBRECHTS is Raadsheer in het Hof van Cassatie.

1. RENOARD en BEVING, *Traité*, Eerste deel, o.m. hoofdstuk IV, 51.

bankbreuk en gewoon faillissement (art. 586 en 587). Hij voorzag evenwel nog niet in een bestraffing voor ontrouw in het beheer.

De Code de commerce van 1838 maakte een onderscheid tussen 'syndics provisoires' en definitief aangestelde 'syndics' (art. 462). Hij voerde het misdrijf in van malversatie door de 'syndic' (art. 596). Dit werd bestraft overeenkomstig artikel 406 van de Code pénal van 1832, nl. met twee maanden tot twee jaar en met een geldboete die het kwart van de teruggaven en schadevergoedingen aan de bena-deelden niet mocht te boven gaan, maar niet minder mocht zijn dan 25 F.²

In België werd het instituut van de curatele ingevoerd door de Faillissementswet van 1851. Het in Frankrijk gemaakte onderscheid tussen de 'syndics' werd niet overgenomen. Artikel 575, 4° Faill. W. stelde de curator die zich schuldig maakt aan ontrouw in zijn beheer, strafbaar met de straffen van eenvoudige bankbreuk.

Artikel 490, laatste lid van het Strafwetboek van 1867 nam het misdrijf van ontrouw in het beheer over.

2. DE OPDRACHT VAN DE CURATOR

a. Aard en omvang van de opdracht

De curator wordt door de openbare macht gelast met de bewaring en het beheer van een ingevolge faillietverklaring onbeheerd vermogen.³

Men noemt de curator vaak een gerechtelijk mandataris. Ook het Hof van Cassatie gebruikt deze terminologie.⁴ De curator wordt wel door de rechtbank van koophandel benoemd maar eigenlijk is hij geen gerechtelijk mandataris maar een gerechtelijk bewindvoerder.⁵ Wat er ook van zij, de Belgische Staat is internationaal aansprakelijk voor de door de curator gestelde daden.⁶

De curator is alleszins geen mandataris van de schuldeisers, noch van de gefailleerde. Naar een aanvaard taalgebruik, dat soms ook door het Hof van Cassatie werd gehanteerd⁷, zegt men dat de curator nu eens de gefailleerde en dan weer de massa van de schuldeisers vertegenwoordigt. Nochtans is ook de figuur van de vertegenwoordiging niet juist.⁸ Het is wellicht correcter te stellen dat de curator krachtens de wet de belangen van deze partijen waarneemt.⁹ Slechts bij uitzondering kan de curator als een ware vertegenwoordiger van de schuldeisers worden

2. CHAUVÉAU en HÉLIE, *Théorie*, 2^e ed., dl. III, p. 282.

3. VAN RYN en HEENEN, *Droit commercial*, nr. 2684 e.v.; FREDERICO, L., *Belgisch handelsrecht*, nr. 2250 e.v.; CLOQUET, *Les concordats et la faillite*, nr. 2159 e.v.; VEROUĞSTRAETE, *Manuel*, nr. 49 e.v.

4. Cass., 29 oktober 1976, *A.C.*, 1977, 253.

5. VAN GERVEN, G., *Bewindsbevoegdheid, Rechtsvergelijkende bijdrage tot een algemene theorie van bewind over andermans vermogen*, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 34; THIELMAN, V., 'Kritische kanttekeningen over de theorie en de praktijk van de faillissementsafwikkeling'.

6. E.C.M.R., 10 december 1984, *T.B.H.*, 1985, 227, noot.

7. Cass., 20 juni 1975, *A.C.*, 1975, 1124.

8. VEROUĞSTRAETE, 'Knelpunten', nr. 37; GEINGER, COLLE en VAN BUGGENHOUT, 'Rechtspraak 1975-1989', nr. 117.

9. Cass., 29 oktober 1976, *A.C.*, 1977, 253.

beschouwd, nl. wanneer hij bij toepassing van artikel 529 Faill. W. de exploitatie van het actief in hun opdracht voortzet.¹⁰

Het ware probleem is uiteindelijk niet zozeer de kwalificatie maar wel de omvang van de opdracht van de curator, wanneer die de belangen van de schuldeisers waarneemt.¹¹

De opdrachten van de curator zijn:

- het beheer van het patrimonium van de gefailleerde;
 - de wedersamenstelling van diens vermogen;
 - de realisatie van dit vermogen;
 - de verdeling ervan met inachtname van de wettelijke regels van voorrang;
- dit alles onder toezicht van de rechtbank van koophandel en de rechter-commissaris.¹²

Wat de precieze bevoegdheden en taken van de curator zijn wordt bepaald in de artikelen 474, 476, 477, 479, 481, 485, 488, 489, 492, 493, 500, 501, 502, 509, 511, 516, 519, 521, 524, 531, 533, 534, 536, 543, 547, 561, 564 en 571 Faill. W.¹³

Artikel 471 Faill. W. legt de curator de plicht op het faillissement als een goede huisvader te beheren in het belang van allen.¹⁴

b. Advocaat en curator

In België worden vaak advocaten tot curator aangesteld. De opdracht van een curator is inderdaad niet onverenigbaar met het beroep van advocaat.¹⁵

De advocaat, die optreedt als curator, verliest de hoedanigheid van advocaat niet en blijft steeds onderworpen aan de regelen van zijn Orde. Dit moet toch worden genuanceerd. Het gaat natuurlijk alleen maar om de naleving van die regelen, die verenigbaar zijn met die van het beroep van advocaat.¹⁶

De tekortkomingen door een curator, die advocaat is, aan de deontologische regelen van zijn beroep vallen onder de bevoegdheid van de Raad der Orde.¹⁷ Heeft hij ontrouw in zijn beheer als curator gepleegd, dan kan hij hiervoor geschrapt worden.¹⁸

10. VEROUGSTRAETE, *Manuel*, nr. 52.

11. Zie in dit verband, Cass., 12 februari 1981, *A.C.*, 1980-81, 662.

12. GEINGER, COLLE en VAN BUGGENHOUT, 'Rechtspraak 1975-1989', nr. 119.

13. THIELMAN, 'Kritische kanttekeningen', nr. 17.

14. Brussel, 2 juni 1965, *T.B.H.*, 1968, 95, noot PONCELET, bev. Rb. Charleroi 19 januari 1960, vernietigd door Cass., 20 juni 1968, *A.C.*, 1968, 1281.

15. MAHIEU, M. en BAUDREZ, J., *De Belgische advocatuur*, Kuurne, Leieland, 1980, nrs. 399 en 2876; DEPUYDT, R.M., 'Overzicht van rechtspraak professioneel recht advocatuur, 1980-1990', *T.P.R.*, 1991, 889 e.v., nr. 9.

16. CLOQUET, *Les concordats et la faillite*, nr. 2148ter e.v.

17. Gent, 12 april 1962, *R.W.*, 1961-62, 1864.

18. STEVENS, J., *Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, nr. 896.

c. De curator en het openbaar ministerie

De curator heeft belangrijke verplichtingen ten overstaan van het openbaar ministerie. Ofschoon zijn opdracht niet van strafrechtelijke aard is, kan de curator toch beschouwd worden als de hoeksteen van de strafrechtelijke beteugeling van de bankbreuk.¹⁹

De curator is geen gestelde overheid, openbaar officier of ambtenaar in de zin van artikel 29, eerste lid Sv. Hij valt o.i. dus niet onder de in dat artikel gestelde verplichting van ambtelijke aangifte van misdrijven.²⁰ Er moet echter onmiddellijk aan toegevoegd worden dat op de curator en de rechter-commissaris een specifieke en meer verstrekkende aangifteplicht rust.

Ingevolge artikel 494 Faill. W. moet de curator binnen de vijftien dagen na zijn ambtsaanvaarding aan de rechter-commissaris een memorie of een bondige rekening overleggen betreffende de vermoedelijke staat van het faillissement, zijn voornaamste oorzaken en omstandigheden, en betreffende het karakter dat het faillissement schijnt te hebben. De rechter-commissaris doet onmiddellijk die memorie met zijn opmerkingen toekomen aan de procureur des Konings, gebeurlijk met opgaaf van de oorzaken van vertraging.

In de praktijk stellen de parketten de curator en de rechter-commissaris zeer gedetailleerde vragenlijsten ter beschikking, die ze moeten invullen.²¹ Dit laatste gebeurt vaak onnauwkeurig en onvolledig.²²

Ingevolge artikel 585 Faill. W. is de curator ook verplicht aan het openbaar ministerie alle bescheiden, titels, papieren en inlichtingen over te leggen, waar het om vraagt.

d. Loon van de curator

Krachtens artikel 461 Faill. W. zou het salaris van de curator moeten geregeld worden door de rechtbank van koophandel volgens een tarief dat bij koninklijk besluit had moeten worden vastgelegd. Dit K.B. is er nooit gekomen. De rechtbanken van koophandel hanteren daarom eigen barema's. Het loon wordt vastgesteld in verhouding tot de aard, de omvang en de belangrijkheid van het faillissement, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen gewone en buitengewone prestaties. Het wordt door de rechtbank van koophandel getaxeerd na onderzoek van de faillissementsrekening en goedkeuring van een verantwoord beheer.²³

De rechtbank van koophandel kan de curator indien nodig voorschotten toekennen en de rechter-commissaris kan hem dan machtigen een opname te doen bij de Deposito- en Consignatiekas.²⁴

19. KELLENS, G., *Banqueroute et banqueroutiers*, Brussel, Ed. Pierre Mardaga, 1974, 76, nr. 42.

20. In de andere zin: CLOQUET, *Les concordats et la faillite*, nr. 2127; Kh. Gent, 19 juni 1986, *T.G.R.*, 1987, 126.

21. Zie voor een model: HUYBRECHTS, L., *Economisch recht en misdrijf*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1986, 273.

22. MEWISSEN, L., *Het politieonderzoek naar eenvoudige en bedrieglijke bankbreuk*, Gent, E. Story-Scientia, 1970, nr. 59.

23. *Pand. B.*, v°, *Failli, Faillite*, nr. 1362 e.v.; CLOQUET, *Les concordats et la faillite*, nr. 2708 e.v.; VEROUGSTRAETE, *Manuel*, nrs. 558, 634, 640, 750-764.

24. CLOQUET, *Les concordats et la faillite*, nrs. 2710 en 2711; VEROUGSTRAETE, *Manuel*, nr. 757.

Volgens een arrest van het Hof van Beroep van Brussel van 17 april 1987, waarop hierna nog uitgebreid teruggekomen wordt, leek het barema van de Rechtbank van Koophandel van Nijvel impliciet de toekenning van voorschotten door de rechter-commissaris te aanvaarden. Deze bevoegdheid van de rechter-commissaris wordt echter betwist.²⁵ Overigens heeft het Hof van Cassatie ze afge-
wezen in zijn hierna eveneens nog vermeld arrest van 7 december 1987.

e. Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de curator

Zolang de curator binnen zijn opdracht blijft en deze zonder fout uitvoert loopt hij geen persoonlijke civielrechtelijke aansprakelijkheid op.²⁶

De curator die echter een onrechtmatige daad begaat, hetzij binnen zijn opdracht, hetzij buiten zijn opdracht, is persoonlijk aansprakelijk met zijn eigen vermogen.²⁷

De fout van de curator zal getoetst worden aan een dubbel criterium, nl. enerzijds een objectief criterium – bezat hij de vereiste bekwaamheid? – en anderzijds een subjectief – heeft hij zijn best gedaan? In de mate dat de curator beheersda-
den vervult geniet hij evenwel over een zekere beoordelingsvrijheid en een recht van vergissing. Zijn aansprakelijkheid wordt echter niet verminderd, noch wegge-
nomen omdat hij gehandeld heeft met toelating van de rechtbank van koophan-
del of onder toezicht van de rechter-commissaris. Anders is het wanneer de cura-
tor gehandeld heeft ingevolge een bevel van de rechtbank van koophandel.²⁸

f. Ontslag van de curator

Artikel 462 Faill.W. geeft de rechtbank van koophandel de macht de curator te ontslagen. Het is echter niet mogelijk de curator te schorsen.²⁹ Overigens is ook de wraking niet door de wet voorzien.³⁰

Voor een ontzetting is vereist dat de curator ernstige en zwaarwichtige fouten van delictuele of quasi-delictuele aard heeft begaan.³¹ Een aangifte bij het parket ten laste van de gefailleerde is vanzelfsprekend geen tekortkoming, want dit be-
treft een wettelijke verplichting van de curator.³² Het enkele feit dat de curator het voorwerp uitmaakt van een strafonderzoek is geen voldoende reden om hem te ontslagen: dit schendt het vermoeden van onschuld.³³

Voor elke ontzetting moet de curator – uiteraard – vooraf worden opgeroepen en gehoord. Ook moet de rechter-commissaris verslag uitbrengen.³⁴

25. GEINGER, COLLE en VAN BUGGENHOUT, 'Rechtspraak 1975-1989', nr. 121.

26. CLOQUET, *Les concordats et la faillite*, nr. 2186.

27. GEINGER, COLLE en VAN BUGGENHOUT, 'Rechtspraak 1975-1989', nr. 124.

28. VEROUGSTRAETE, *Manuel*, nrs. 58-60; zie ook THIELMAN, 'De persoonlijke aansprakelijkheid van de curator', nr. 17.

29. Brussel, 18 maart 1987, *J.T.*, 1987, 209.

30. GEINGER, COLLE en VAN BUGGENHOUT, 'Rechtspraak 1975-1989', nr. 128.

31. Bergen, 22 november 1982, *J.T.*, 1983, 346.

32. Kh. Gent, 19 juni 1986, *T.B.H.*, 1989, 962.

33. Brussel, 18 maart 1987, *J.T.*, 1987, 209.

34. Brussel, 18 maart 1987, *J.T.*, 1987, 209.

Artikel 465, 1° Faill. W. bepaalt dat het vonnis dat een curator benoemt of ontslaat niet vatbaar is voor verzet, hoger beroep of cassatieberoep. Deze bepaling dient restrictief geïnterpreteerd te worden. Het vonnis, dat een curator heeft geschorst in strijd met de wet, is wel vatbaar voor hoger beroep.³⁵

3. ONTROUW IN HET BEHEER SENSU LATO

a. Het begrip

In het vroegere taalgebruik werd onder ontrouw in het beheer of malversatie verstaan: de zware en strafbare fouten van een openbaar officier of ambtenaar of van ieder met een openbare dienst belaste persoon, in de uitoefening van hun bediening. De term behoort eerder tot het gewone taalgebruik dan tot de rechtstaal. De ontrouw veronderstelt het nastreven van een onrechtmatig voordeel. Hij kan ook bestaan in handelingen, die op zich misdrijven zijn, zoals omkoping, knevelarij, verduistering, misbruik van vertrouwen, diefstal, enz.³⁶

Ontrouw in het beheer komt expressis verbis voor in artikel 444, 2° B.W. Krachtens deze bepaling kunnen zij wier beheer getuigt van onbekwaamheid of ontrouw, van de voogdij uitgesloten worden of eruit worden ontzet, indien zij deze reeds uitoefenen. Het beheer, waarover het hier gaat, is evenwel niet alleen het voogdijbeheer zelf, maar elk beheer van de mogelijke of aangestelde voogd, waaruit een gebrek aan vertrouwenswaardigheid blijkt.³⁷ Onbekwaamheid en ontrouw zijn niet hetzelfde. Het begrip ontrouw moet in een ruime zin worden genomen: ze bestaat in elke grove tekortkoming, zonder dat het vereist is dat de belangen van de onbekwame worden geschaad.³⁸ Er valt ter zake een recente uitspraak te noteren. Het feit dat een voogd, zonder toestemming van de toeziende voogd en zonder medewerking van de familieraad, eenzijdig, namens de onbekwame, heeft ingestemd met een pachtoverdracht door de afgaande pachter aan zijn zonen, getuigt van diens ontrouw, zodat de familieraad hem terecht heeft mogen ontzetten uit zijn voogdij.³⁹

b. De rechtspraak

De ontrouw in het beheer van faillissementscurator maakte het voorwerp uit van:

- een arrest van het Hof van Cassatie van 6 oktober 1882⁴⁰,
- een arrest van het Hof van Beroep van Brussel van 17 april 1987⁴¹,

35. Brussel, 18 maart 1987, *J.T.*, 1987, 209.

36. *Pand. B.*, v° *Malversation*.

37. BAETEMAN, G., *Personen- en gezinsrecht*, Brussel, E. Story-Scientia, 1988, nr. 736.

38. DE PAGE, H., *Droit Civil Belge*, 4^e ed., Brussel, Bruylant, 1990, dl. II, vl. 2, nr. 1282-3.

39. Cass., 25 september 1989, *A.C.*, 1989-90, 111, *R.W.*, 1990-91, noot PINTENS, W., 'De ontzetting uit de voogdij wegens ontrouw in het beheer'.

40. Cass., 6 oktober 1882, *Pas.*, 1882, I, 345.

41. Brussel, 17 april 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 644; SPREUTELS, 'Jurisprudence 1988-1989', 747.

– en het daaropvolgend arrest van het Hof van Cassatie van 9 december 1987⁴².

Er wordt hierna herhaaldelijk naar deze rechtspraak verwezen.

4. ONTROUW DOOR VERDUISTERING

a. Ontrouw en verduistering

Iedereen zal wel spontaan het wegmaken of het verspillen door de curator van de hem toevertrouwde activabestanddelen of faillissementsgelden ontrouw in het beheer noemen. Naar het Belgische strafrecht is dat echter ook een verduistering.

In het Franse strafrecht omvat de malversatie van de curator ook de verduistering.⁴³ Artikel 146 van de Franse Wet van 13 juli 1967 'sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes' bestraft de curator, die zich plichtig maakt aan malversatie, met de straffen gesteld op gekwalificeerd misbruik van vertrouwen, nl. de door artikel 408, tweede lid Code pénal gestelde straffen, d.i. een gevangenisstraf tot 10 jaar en een geldboete tot 5.000.000 F. Ze bestraft eveneens de belangenenneming door de curator met dezelfde straffen. De malversatie – ofschoon het woord zelf uit de Wet verdwenen is – en de belangenenneming door gerechtelijke bewindvoerders worden thans gestraft door artikel 207 van de Wet van 30 december 1985.⁴⁴

b. Verwijzing

De verduistering van artikel 240 Sw. bestaat in het met bedrieglijk opzet wegmaken of het verspillen van gelden, waarden, stukken of roerende voorwerpen, die een openbaar officier of ambtenaar of ieder met een openbare dienst belast persoon onder zich heeft uit hoofde van zijn bediening.

De curator is een persoon die met een openbare dienst belast is. Hij wordt dus geïmagineerd door artikel 240 Sw. m.b.t. verduistering.⁴⁵ Dit werd nog eens bevestigd in het arrest van het Hof van Beroep van Brussel van 17 april 1987.

Voor een verdere studie van het misdrijf van verduistering moge verwezen worden naar de gekende rechtsleer.⁴⁶ Hierna worden alleen maar enkele bijzondere gevallen van verduistering door de curator onderzocht.

42. Cass., 9 december 1987, *A.C.*, 1987-88, 460, *Pas.*, 1988, I, 426, concl. adv. gen. JANSSENS DE BISTHOVEN; *R.D.P.*, 1988, 445, noot SACE, J., zie ook 1106 en 114; *T.B.H.*, 1988, 158, noot.

43. GARRAUD, *Droit pénal*, dl. VI, nr. 2686.

44. HONORAT en BERNARDINI, *Banqueroute et délits connexes*, nrs. 43 e.v.; SPREUTELS, *Droit pénal des affaires*, fasc. 2, nr. 52.

45. MARCHAL, *Crimes et délits contre l'ordre public*, nrs. 3310, 4050 en 4280; MARCHAL en JASPAR, *Droit criminel*, 3^e ed., dl. I, nr. 1110.

46. Zie b.v. CONTANT, *Manuel*, dl. 2, nr. 415 e.v.; RIGAUX en TROUSSE, *Crimes et délits*, dl. IV, 215 e.v.; DEZEURE, *Misbruik van vertrouwen en verduistering*, nr. 674 e.v.; MARCHAL, *Crimes et délits contre l'ordre public*, nr. 3234 e.v.; MARCHAL en JASPAR, *Droit criminel*, 3^e ed., dl. I, 1103 e.v.; SPREUTELS, *La banqueroute et l'insolvabilité frauduleuse*, 287; DE NAUW, *Inleiding*, 55 e.v.

c. Verduistering door tijdelijke afwending van faillissementsgelden

Er is discussie of het loutere gebruik in het eigen voordeel van een voorwerp dat men onder zich heeft, d.w.z. 'het afwenden van de rechte weg' verduistering is.⁴⁷ Wat er ook van zij, het tijdelijk gebruik van gelden is stellig verduistering.

Het arrest van het Hof van Beroep van Brussel van 17 april 1987 weerhield als verduistering door de curator:

- het achterhouden van gelden die de schuldeisers toekwamen, alsook van de sluitingsinteressen op bankrekeningen.
- de tijdelijke afwending van de faillissementsgelden van hun normale bestemming. Het misdrijf is voltrokken vanaf het moment van de afwending. Dat de curator, onder druk van de omstandigheden of wegens het aandringen van de schuldeisers, de gelden later teruggeeft, neemt het misdrijf niet weg.

d. Verduistering door onrechtmatige aanrekeningen

Curatoren doen zich vaak door zgn. 'deskundigen' bijstaan, die nog eens apart vergoed worden, d.w.z. dat die vergoeding niet wordt toegekend op het loon van de curator maar er nog eens extra bijkomt.⁴⁸ Soms is het beroep op derden te verantwoorden, in andere gevallen veel minder en gaat het meer op een stelselmatige uitbuiting lijken.

Het arrest van het Hof van Beroep van Brussel van 17 april 1987 beschouwde als verduistering: het onrechtmatig ten laste van de boedel leggen van onkosten die in werkelijkheid onder de reeds normale beheerskosten vielen. Het ging hierbij om erelonen voor medewerkers.

e. Verregaande slordigheid in het beheer en de boekhouding van de curator, als bewijs van bedrieglijk opzet

Het arrest van het Hof van Beroep van Brussel van 17 april 1987 stelde dat gewone slordigheid in het beheer en de boekhouding van het faillissement geen misdrijf is. Is deze slordigheid echter zodanig dat ze niet anders dan opzettelijk kan zijn gepleegd met het oog op verduistering, dan mag de rechter daaruit het voor de verduistering vereiste bedrieglijk opzet afleiden.⁴⁹

47. *Contra*: RIGAUX en TROUSSE, *Crimes et délits*, dl. IV, 225; MARCHAL, *Crimes et délits contre l'ordre public*, nr. 3366. *Pro*: DEZEURE, *Misbruik van vertrouwen en verduistering*, nrs. 682 en 686; MARCHAL en JASPAR, *Droit criminel*, 3^e druk, dl. I, nr. 1117.

48. VEROUGSTRAETE, 'Knelpunten', nr. 42.

49. Vgl. met de bedrieglijke bankbreuk voor verregaande slordigheid in de boekhouding: Cass., 28 april 1981, *A.C.*, 1980-81, 978.

5. ONTROUW SENSU STRICTO

a. De constitutieve bestanddelen van het misdrijf

Verscheidene buitenlandse wetgevingen bestraffen ontrouw in het beheer.⁵⁰ In België is alleen ontrouw in het beheer van de faillissementscurator als dusdanig strafbaar gesteld.

Ontrouw in het beheer van de curator wordt zowel strafbaar gesteld in artikel 575, eerste lid, 4 Faill. Wet, als in artikel 490, laatste lid Sw.

Het klinkt vandaag wat candide, maar NYPELS schreef in 1884 over artikel 490, laatste lid Sw. alleen maar: 'Cette disposition se justifie par elle-même et elle n'exige aucune explication'.⁵¹

De ontrouw in het beheer van de faillissementscurator maakte inmiddels het voorwerp uit van de twee reeds geciteerde arresten van het Hof van Cassatie, gewezen met een tussenperiode van meer dan 100 jaar.

In zijn arrest van 6 oktober 1882 zei het Hof dat de vaststelling wat precies ontrouw in het beheer of malversatie uitmaakt, helemaal wordt overgelaten aan het oordeel van de rechter. Wel is een benadeling van de massa vereist. Ontrouw en verduistering zijn echter twee onderscheiden zaken. De rechtsleer aanvaardt die uitspraak unaniem.⁵²

In zijn arrest van 9 december 1987 preciseerde het Hof dat bij het strafbaar stellen van de ontrouw van de curator in het beheer van het faillissement de wetgever heeft bedoeld die handelingen van de curator te bestraffen die door eigenbelang of hebzucht zijn ingegeven en die afbreuk doen aan de belangen waarvan de bescherming door het instituut wordt beoogd, o.m. de belangen van de schuldeisers. Het oordeelde ook dat het feit dat de bestanddelen van het misdrijf van ontrouw in het beheer niet omschreven zijn in de Strafwet, maar aan het oordeel van de strafrechter worden overgelaten, artikel 7 E.V.R.M. niet schendt, noch het legaliteitsbeginsel en het recht van verdediging.

Belangrijk is te onderstrepen dat dus gelijk welke onregelmatigheid in een van de opdrachten van de curator ontrouw in het beheer kan opleveren.

b. Niet-storten van de ontvangsten in de Deposito- en Consignatiekas

Een eerste geval van ontrouw kan bestaan in het niet-naleven van het voorschrift van artikel 479 Faill. W. Krachtens dit artikel moet de curator de gelden die voortkomen van verkopen en van inningen, na aftrek van de bedragen door de rechter-commissaris begroot, binnen de acht dagen na ontvangst in de Deposito- en Consignatiekas storten.

50. DEZEURE, *Misbruik van vertrouwen en verduistering*, nr. 63 in fine.

51. NYPELS, J.S.G., *Le code pénal Belge*, dl. III, Brussel, Bruylant-Christophe, 1884, 270.

52. NYPELS en SERVAIS, *Code pénal*, 598; BELTJENS, *Droit pénal*, dl. I, art. 490, nrs. 6 en 13; GOEDSEELS, *Code pénal*, dl. II, nr. 2851; CONTANT, *Manuel*, dl. II, vol. II, nr. 1098; VAN RYN en HEENEN, *Droit commercial*, dl. IV, nr. 2888; R.P.D.B., v° *Faillite et banqueroute*, nr. 2655; DEMBOUR, *Les faillites et la cour de cassation*, 104; SPREUTELS, *La banqueroute et l'insolvabilité frauduleuse*, 440 C.e.v.; SPREUTELS, *Considérations sur la banqueroute*, nr. 41; VEROUGSTRAETE, *Manuel*, nr. 846; DETIENNE, *Droit pénal des Affaires*, 368.

Deze verplichting wordt zelden nageleefd. De curatoren verkiezen de gelden van hun beheer bij privé-instellingen te deponeren. Ze argumenteren dat de interest, die de Deposito- en Consignatiekas verleent, veel te laag is. Het Ministerieel Besluit van 31 december 1991 (*B.S.*, 24 januari 1992) bepaalde die rentevoet met ingang van 1 januari 1992 op 7,5%. Er wordt ook ingeroepen dat de verrichtingen van de kas te traag zijn en niet toelaten om de gelden als een goed huisvader te beheren.⁵³ Bovendien verstrekken de banken een gelijkaardige waarborg als de Deposito- en Consignatiekas. Alle banken en privé-spaarkassen hebben inderdaad met het Herdisconterings- en Waarborginstituut een overeenkomst afgesloten, houdende een bijstandstelsel ten gunste van bank- en spaarinstellingen in moeilijkheden.⁵⁴

Het heet dat deze praktijk grote instemming ontmoet, voor zover uiteraard de rechter-commissaris zijn akkoord ervoor gaf.⁵⁵

Ofschoon het niet-storten van de ontvangsten op de Deposito- en Consignatiekas inderdaad op goede gronden kan verantwoord worden door het belang van de boedel en een goed beheer, is ze toch niet zonder gevaar. De rechter-commissaris en de rechtbank van koophandel schieten vaak tekort in hun controle op het beheer van de curator. Het niet-storten van de ontvangsten op de Deposito- en Consignatiekas biedt tevens onkiese curatoren en bankiers de gelegenheid bijzondere overeenkomsten te sluiten. Artikel 479 Faill. W. beoogt nu net een gemakkelijke controle op het beheer toe te laten en ontrouw van de curator te vermijden.⁵⁶ Het niet-naleven van de verplichting van artikel 479 Faill. W. is een van die praktijken die een gewettigde verdenking kan werpen op de faillissementscuratele als instelling.

Een voorbeeld uit Frankrijk toont wat er kan gebeuren. Werd veroordeeld wegens ontrouw in zijn beheer, een 'syndic' die stelselmatig naliet de ontvangsten op de Deposito- en Consignatiekas te storten en ze op verschillende bankrekeningen plaatste om er, ten eigen profijte, hogere interesten uit te halen dan deze die de Deposito- en Consignatiekas toekende, wat hij met vervalste of onvolledige trimestriële staten aan de rechter-commissaris had verborgen gehouden.⁵⁷

c. Het nemen van voorschotten zonder voorafgaande toelating en het zich doen toekennen van erelonen op grond van onjuiste gegevens

Het Hof van Beroep van Brussel oordeelde in zijn arrest van 17 april 1987 dat ontrouw in zijn beheer pleegt, de curator die:

- voorschotten opneemt zonder voorafgaande toelating van de rechtbank van koophandel. Hierbij moet rekening gehouden worden met de omstandigheid dat dit voor de boedel het verlies van substantiële interesten meebrengt;
- zich erelonen heeft doen toekennen op grond van gegevens, waarvan de onjuistheid hem niet kon ontgaan. Het ging om ereloon voor de voortzetting van de

53. VEROUGSTRAETE, 'Knelpunten', nr. 43.

54. I.V., 'Deposito- en consignatiekas: een verplichte en dure omweg?', *B.R.H.*, 1981, 463.

55. THIELMAN, 'Kritische kanttekeningen', nr. 24.

56. COPPENS en 'T KINT', 'Jurisprudence 1979-1983', nr. 20.

57. Cass. Fr., 11 juni 1979, *Bull. Crim.*, 200; *D.*, L.R.; *J.C.P.*, 1979, I, 8160, obs. CABRILLAC et ARGENTON; SPREUTELS, *Considérations sur la banqueroute*, 331-363, nr. 41.

handelsactiviteit van de gefailleerde op grond van een veel te hoog voorgesteld zakencijfer.

In Frankrijk beschouwt men het als een ontrouw in het beheer, wanneer in de rekeningen van de 'syndic' meerder onjuistheden worden vastgesteld die ondenkbaar zijn zonder dat er bedrieglijk opzet voorhanden is, wanneer verschillende bedragen slechts maanden na de homologatie van die rekeningen en onder dreiging van strafvervolgning worden terugbetaald en de kwade trouw van de beklaagde en zijn vaste wil om zich deze fondsen toe te eigenen worden vastgesteld.⁵⁸

d. Bestrafing

Het misdrijf van ontrouw in het beheer van de curator werd in België ingevoerd bij artikel 575 in fine van de Faillissementswet van 1851. Later werd het ook opgenomen in artikel 490 in fine van het huidige Strafwetboek.

Artikel 490 Sw. straft de ontrouw in het beheer met een gevangenisstraf van een maand tot twee jaar en tot een geldboete van 100 tot 3.000 F.

Artikel 575 in fine Faill. W. bepaalt dat de schulden bovendien veroordeeld worden tot geldboeten gelijk aan de waarde van de onwettig bedongen voordelen of aan de teruggave en schadeloosstelling die aan de failliete boedel is verschuldigd, en die niet minder dan 100 F mag bedragen. Deze straf moet echter als opgeheven worden beschouwd. De artikelen 489 en 490 Sw. bevatten inderdaad een volledig systeem van bestrafing van de faillissementsmisdrijven. Er is dus geen reden meer om artikel 575 Faill. W. toe te passen, zoals het Hof van Beroep van Brussel oordeelde in zijn arrest van 17 april 1987.⁵⁹

Gelet op de gestelde gevangenisstraf is de ontrouw in het beheer ingevolge artikel 16, paragraaf 1 van de Wet van 20 juli 1990 een misdrijf, waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is. Het is ook een misdrijf dat krachtens artikel 1, paragraaf 2 van de Uitleveringswet van 15 maart 1974 grond zou kunnen opleveren voor uitlevering.

6. *BURGERLIJKE HERSTELMAATREGELEN: DE TERUGKEER TOT DE FAILLIETE BOEDEL VAN DE DOOR DE CURATOR ONTVREEMDE GOEDEREN, RECHTEN OF RECHTSVORDERINGEN*

Artikel 579, eerste lid, 1° Faill. W. bepaalt dat de strafrechter, bij wie vervolgingen aanhangig zijn

– wegens bedrieglijke bankbreuk, zoals omschreven in de artikelen 577 en 578 Faill. W.,

– en lastens personen die naar aanleiding van het faillissement een van de misdrijven omschreven in artikel 575 Faill. W. hebben gepleegd,

58. Cass. Fr., 4 juli 1901, *D.P.*, 1903, 5, 575; SPREUTELS, *Considérations sur la banqueroute*, nr. 41.

59. Zie ook *Pand. B.*, v° *Banqueroute*, nr. 80, en noot bij reeds geciteerd, Cass., 9 december 1987, *T.B.H.*, 1988, 166, nr. 3.

– zelfs in geval van vrijspraak ambtshalve beslist over de terugkeer tot de failliete boedel van alle goederen, rechten of rechtsvorderingen die bedrieglijk zijn onvreemd. Dit is een burgerlijke herstelmaatregel.⁶⁰

Artikel 575, eerste lid, 4° Faill. W. betreft de curator die zich schuldig maakt aan ontrouw in zijn beheer. De correctionele rechter mag dus de curator veroordelen tot de teruggave aan de failliete boedel van goederen, rechten of rechtsvorderingen die door hem bedrieglijk zijn onvreemd. Dit werd nog eens bevestigd door het cassatiearrest van 9 december 1987.

7. PRO MEMORIE: ANDERE MISDRIJVEN VAN DE FAILLISSEMENTSCURATOR

a. Mededaderschap aan de bankbreuk van gefailleerde

De ontrouw van een curator heeft niets te maken met het bedrog of de fout van de gefailleerde. Dit werd reeds opgemerkt in het cassatiearrest van 6 oktober 1882. Een curator kan echter mededader worden aan de bankbreuk van een gefailleerde.⁶¹

b. Andere misdrijven in het beheer: knevelarij, belangenneming en passieve omkoping

Zoals reeds gezegd, is de curator een persoon die met een openbare dienst belast is. Hij wordt dus ook geviséerd door de artikelen 240 tot 248 Sw. m.b.t. o.m. knevelarij, belangenneming en passieve omkoping.⁶²

Zoals reeds vermeld bevat de Franse wetgeving een speciale bepaling betreffende de belangenneming door de curator.

c. Misdrijven ter gelegenheid van het beheer: briefgeheim, boekhoudkundige, sociale en fiscale verplichtingen

De curator mag krachtens artikel 478 Faill. W. brieven aan de gefailleerde gericht openen en kennis nemen van feiten die het faillissement betreffen. Dit is geen schending van het briefgeheim.⁶³

Deze bepaling moet echter strikt geïnterpreteerd worden. Ze is dus niet van toepassing op de brieven bestemd voor de echtgenote of de kinderen van de gefailleerde.⁶⁴ Indien de curator deze opent, zou hij zich kunnen plichtig maken aan een schending van het briefgeheim, bestraft overeenkomstig artikel 460 Sw.⁶⁵

Artikel 6 van de Wet van 17 juli 1975 op de boekhouding en de jaarrekening van de ondernemingen regelt de bewaring van de verantwoordingsstukken, aan de

60. R.P.D.B., v° *Faillite et banqueroute*, nr. 2663 e.v.; SPREUTELS, *La banqueroute et l'insolvabilité frauduleuse*, 440 F, nr. 54; SPREUTELS, 'Jurisprudence 1988-1989', 747.

61. *Pand. B.*, v° *Banqueroute*, nr. 83.

62. MARCHAL, *Crimes et délits contre l'ordre public*, nrs. 3310, 4050 en 4280; MARCHAL en JASPAR, *Droit criminel*, 3^e ed., nr. 1110; Brussel, 17 april 1987, zie nrs. 6 en 11.

63. Kh. Namen, 3 februari 1983, *Rev. Rég. Dr.*, 1983, 152.

64. VEROUGSTRAETE, *Manuel*, nr. 206.

65. Zie b.v. MARCHAL en JASPAR, *Droit criminel*, 3^e ed., dl. I, nrs. 59 tot 68 en 263 tot 292.

hand waarvan de boekingen moesten geschieden. Ingevolge artikel 8, paragraaf 2 van de Wet worden de regels voor het bewaren van de boeken zelf bepaald bij K.B. Krachtens artikel 9 van het K.B. 12 september 1983 moeten de ondernemingen hun boeken gedurende 10 jaar bewaren, te rekenen van de eerste januari van het jaar dat de afsluiting volgt.

Artikel 17 van de Wet op de boekhouding en de jaarrekening stelt de handelaars of de terzake verantwoordelijken van de handelsvennootschappen strafbaar voor de overtreding van deze verplichtingen, hetzij met geldboete van 50 tot 10.000 F als ze alleen maar opzettelijk hebben gehandeld, hetzij met gevangenisstraf van 1 maand tot 1 jaar en/of met geldboeten van 50 tot 10.000 F als ze met bedrieglijk opzet hebben gehandeld.

De curatoren worden niet in artikel 17 van de Wet op de boekhouding en de jaarrekening vermeld als strafrechtelijk aansprakelijke personen. Dit doet geen afbreuk aan het feit dat zij het zijn die bij faillissement deze voorschriften in acht moeten nemen of minstens doen nemen door de gefailleerde. Mocht de curator de boeken wegmaken of doen wegmaken, dan valt hij o.i. onder de strafbepalingen van de Wet op de boekhouding en de jaarrekening.

Indien de afgifte van sociale documenten een verplichting uitmaakt voor de werkgever, kan men hetzelfde niet eisen van de curator die in de onmogelijkheid verkeert om deze documenten in de plaats van de gefailleerde op te maken, rekening houdende met de toestand van het archief van de gefailleerde. Evenwel kan de werknemer die bewijst dat hij een nadeel heeft geleden door het ontbreken van deze documenten, schadevergoeding bekomen ten laste van de boedel.⁶⁶

Het misdrijf geen loon te hebben uitbetaald, dat door de werkgever voor het faillissement werd gepleegd, kan de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de curator niet in het gedrang brengen.⁶⁷

In beginsel is de curator een B.T.W.-belastingplichtige. Artikel 44 W.B.T.W. voorziet slechts in een vrijstelling voor de prestaties door de advocaten in de uitoefening van hun normale beroepswerkzaamheden.⁶⁸ Overtreedt de curator met bedrieglijk opzet of met het oogmerk de bepalingen van het B.T.W.-Wetboek of van de Uitvoeringsbesluiten dan is hij strafbaar met de straffen voorzien in artikel 73 van het B.T.W.-Wetboek.

d. Misdrijven begaan bij het voorlopig voortzetten van de handelsverrichtingen van de gefailleerde: Wet op de boekhouding en de jaarrekening van vennootschappen, Wet op de handelspraktijken

Ingevolge artikel 475 Faill. W. kan de rechtbank van koophandel bevelen dat de handelsverrichtingen van de gefailleerde voorlopig worden voortgezet door de curator of door een derde onder zijn toezicht. Deze moeten o.i. dan terzake de voorschriften van de Wet van 17 juli 1975 m.b.t. de boekhouding en de jaarrekening van de ondernemingen naleven.

66. Arbrb. Luik, 18 mei 1972, *Pas.*, 1972, 68.

67. Arbrb. Hoei, 28 november 1979, *J.T.T.*, 1981, 95.

68. Adm. Besl., 20 november 1985, *B.T.W.-Revue*, 1985, 281.

Een curator die enkel overgaat tot het realiseren van de activa is geen handelaar in de zin van artikel 54 W.H.P.⁶⁹ Zet hij de handelsverrichtingen van de gefailleerde echter voort bij toepassing van artikel 475 Faill. W., dan valt hij onder de voorschriften en stafbepalingen van de Wet op de Handelspraktijken van 14 juli 1971.⁷⁰ Deze Wet is vervangen door de Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument. Onder de nieuwe Wet is een curator, die de handelsactiviteiten van de gefailleerde voortzet en in het kader daarvan producten of diensten verkoopt, als verkoper te beschouwen.⁷¹ De nieuwe Wet wordt overigens gekenmerkt door strengere strafbepalingen.⁷²

C. Bibliografie

1. BELGISCHE AUTEURS

- BELTJENS, G., *Encyclopédie du droit criminel belge*, I, *Le code pénal et les lois pénales spéciales*, Brussel-Parijs, Bruylant-Maresq, 1901.
- CLOQUET, A., *Les Nouvelles*, dl. IV, *Droit Commercial*, Brussel, Bruylant, 1985.
- CONTANT, J., *Manuel de droit pénal*, Liège, Faculté de droit, 1986.
- COPPENS, P. en 'T KINT, Fr., 'Examen de jurisprudence (1979 à 1983), *Les faillites et les concordats*, *R.C.J.B.*, 1984, 446 e.v.
- DEMBOUR, P., *Les faillites et la cour de cassation*, Brussel, Bruylant, 1974.
- DE NAUW, A., *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, 2^e ed., Deurne, Kluwer rechtswetenschappen, 1992.
- DETIENNE, J., *Droit pénal des affaires*, Brussel, De Boeck Professional Publishing, 1989.
- DEZEURE, R., *Misbruiken van vertrouwen en verduistering*, in *A.P.R.*, Brussel, Larcier, 1968.
- FREDERICQ, L., *Handboek van Belgisch handelsrecht*, 2^e ed., dl. IV, Brussel, Bruylant, 1982.
- GINGER, H., COLLE, Ph. en VAN BUGGENHOUT, Chr., 'Overzicht van rechtspraak 1975-1989, Het faillissement en het gerechtelijk akkoord', *T.P.R.*, 1991, 407 e.v.
- GOEDSEELS, J., *Commentaire du Code pénal belge*, 2 delen, 2^e ed., Brussel, Bruylant, 1948.
- MARCHAL, A., *Crimes et délits contre l'ordre public commis par des fonctionnaires*, in *Les Nouvelles*, dl. III, *Droit pénal*, dl. III, Brussel, Bruylant, 1972.
- MARCHAL, A. en JASPAR, J.P., *Droit criminel, Traité théorique et pratique*, 3 delen, 3^e ed., Brussel, Larcier, 1975-82.
- NYPELS, J.S.G., *Le Code pénal belge interprété*, 4 delen, 2^e éd., herwerkt door SERVAIS, J., Brussel, Bruylant, 1896-99.

69. Kh. Brussel, 8 december 1986, *T.B.H.*, 1988, 225, noot DE CALUWE, A.

70. DE VROEDE, P. en BALLON, G., *Handelspraktijken*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1986, nr. 35.

71. FAGNART, J.L., 'Le projet de loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur', *T.B.H.*, 1991, 258 e.v., nr. 4.

72. DE VROEDE, P., 'De wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument', *R.W.*, 1991-92, 793 e.v., nr. 80.

Pand. B., dl. 42, v° *Failli, Faillite*.

Pand. B., dl. 61, v° *Malversation*.

RENOUARD, A. Ch. en BEVING, J., *Traité des faillites et banqueroutes*, Brussel, Panthéon classique et littéraire, 1851.

R.P.D.B., v° *Faillite et banqueroute*.

SCHUIND, G., *Traité pratique de droit criminel*, 2 delen, herwerkt door VANDEPLAS, A., 4^e ed., Brussel, Swinnen, 1980-82.

SPREUTELS, J.P. en MESSINE, J., 'Questions spéciales de droit pénal, Considérations sur la banqueroute', in *L'entreprise en difficulté*, Brussel, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles.

SPREUTELS, J., 'Droit pénal des affaires, Chronique de jurisprudence (1988-1989)', *T.B.H.*, 1990, 724 e.v.

THIELMAN, V., 'De persoonlijke aansprakelijkheid van de curator voor het voeren van misleidende handelspubliciteit n.a.v. de tegeldemaking van de activa van het faillissement', noot bij Brussel, 13 september 1989, *R.W.*, 1990-91, 505.

THIELEMAN, V., 'Kritische kanttekeningen over de theorie en de praktijk van de faillissementsontwikkeling', *R.W.*, 1991-92, 553 e.v.

VAN RYN, J. en HEENEN, J., *Principes de droit commercial*, dl. IV, Brussel, Bruylant, 1965.

VEROUGSTRAETE, I., *Manuel du curateur de faillite*, Brussel, Swinnen, 1987.

VEROUGSTRAETE, I., 'Knelpunten in het faillissementsrecht', *T.P.R.*, 1986, 573 e.v.

2. *FRANSE AUTEURS*

GARRAUD, R., *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 3^e ed., 6 vol., Parijs, Sirey, 1913-35.

HONORAT, A. en BERNARDINI, R., *Banqueroutes et délits connexes*, art. 402 à 404, fasc. 5, in *Jurisclasseur, Code Pénal*, 379-459.

MERLE, R. en VITU, A., *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, 2 vol., Parijs, Cujas, 1982.