



**Universiteit
Antwerpen**

Faculteit Rechten

De feitelijke bestuurder

Proefschrift voorgelegd tot het behalen van de graad van doctor in de
Rechten aan de Universiteit Antwerpen te verdedigen door

Alexander SNYERS

Promotor:

Prof. dr. Robby Houben

Doctoraatsjury:

Prof. dr. Bruno Peeters

Prof. dr. Melissa Vanmeenen

Prof. dr. Marieke Wyckaert

Prof. dr. Diederik Bruloot

Prof. dr. Niels Appermont

Antwerpen, 2023

“Spectemur agendo”

Beoordeel ons naar onze daden

Ovidius, *Metamorfosen*

INHOUD

Algemene inleiding.....	1
Afdeling 1. Situering van de problematiek	1
Afdeling 2. Onderzoeksvraag en opbouw van het onderzoek.....	10
Afdeling 3. Afbakening van het onderzoek.....	11
I. Afbakening van het rechtsdomein	11
II. Afbakening van de materie	14
Afdeling 4. Methodologie	15
I. Een klassiek juridisch onderzoek met rechtshistorische inzichten	15
II. Een rechtsvergelijkend onderzoek: intern en internationaal	15
Deel 1. Een zoektocht naar de <i>ratio</i> achter de Belgische normering rond de figuur van de “feitelijke bestuurder”	19
Hoofdstuk 1 De Belgische normering rond de figuur van de “feitelijke bestuurder”	23
Afdeling 1. Inleiding	23
Afdeling 2. Wetshistoriek	23
Afdeling 3. De geldende wetgeving.....	56
Hoofdstuk 2 Normering met een historisch eenduidige <i>ratio</i> ?.....	59
Afdeling 1. Inleiding	59
Afdeling 2. Een historisch eenduidige <i>ratio</i> : het vermijden en desgevallend beteugelen van “misbruik”	59
Afdeling 3. De “anti-misbruik”-doelstelling en de normering in het WVV	60
Hoofdstuk 3 Tussenbesluit	63
Deel 2. De “feitelijke bestuurder” in het WVV: een analyse <i>de lege lata</i>	65
Hoofdstuk 1 Het begrip “feitelijke bestuurder” en de invulling van de notie die erachter schuilgaat....	69
Afdeling 1. Inleiding	69
Afdeling 2. Een uit Frankrijk ontleend begrip met invulling op Franse leest	70
Afdeling 3. De klassieke invulling van de notie “feitelijke bestuurder”: een driedelige toets uitgekend in het kader van de bijzondere faillissementsaansprakelijkheden voor bestuurders en het beroepsverbod dat na een faillissement kan worden opgelegd	81
I. De eerste voorwaarde: een <i>positieve daad</i> van bestuur	82

A. Algemeen.....	82
B. De externe beïnvloeding van bestuursbeslissingen.....	84
C. Daden gesteld in eigen naam?.....	88
II. De tweede voorwaarde: een positieve daad van <i>bestuur</i>	90
A. Algemeen.....	90
B. Positieve daden die geen daden van bestuur zijn.....	93
i. Algemeen.....	93
ii. Daden die geen beslissingen van bestuurlijke aard zijn.....	94
iii. Controlehandelingen.....	97
C. Positieve daden die wel daden van bestuur zijn.....	103
i. De klassieke begripsomschrijving.....	103
ii. Daden van bestuur in de BV, CV, NV en VZW.....	106
a) Enkel handelingen die nodig of dienstig zijn tot verwezenlijking van het voorwerp?	106
b) Een brede waaier aan handelingen: enkele illustraties.....	110
c) Handelingen of bevoegdheden die expliciet aan het bestuursorgaan zijn toegewezen	113
iii. Daden van bestuur in de VOF, de CommV en de stichting.....	117
iv. Ook daden van dagelijks bestuur?.....	123
v. Geen louter incidenteel optreden.....	126
III. De derde voorwaarde: een positieve daad van bestuur gesteld in alle onafhankelijkheid en soevereiniteit.....	129
A. Algemeen.....	129
B. Geen feitelijk bestuur bij het bestaan van een arbeidsovereenkomst?.....	132
C. Geen feitelijk bestuur bij het bestaan van een volmacht?.....	136
D. Geen feitelijk bestuur bij het bestaan van een managementovereenkomst?.....	139
E. Een inmenging zonder enige wettelijke of contractuele basis.....	141
Afdeling 4. Het bewijs van feitelijk bestuur.....	144
Afdeling 5. Een evaluatie van de klassieke invulling en een beoordeling van het gebruik ervan in de WVV-context.....	148
I. Inleiding.....	148
II. Enkele voorafgaande observaties.....	149
A. De faillissementscontext.....	149
B. De feitelijke bestuurder – “achterman”.....	153

C. De waarnemer (“ <i>l’observateur</i> ”)	156
III. Een nalaten leidt niet tot feitelijk bestuur, maar kan mogelijk wel leiden tot aansprakelijkheid	158
A. Algemeen.....	158
B. De gehoudenheid van de feitelijke bestuurder voor een nalatigheid onder het W.Venn.: de betwistbare opvatting.....	159
C. De gehoudenheid van de feitelijke bestuurder voor een nalatigheid onder het WVV: nog steeds vooral een gemeenrechtelijk vraagstuk.....	161
IV. Feitelijk bestuur op één of twee niveaus in een NV?	163
A. Algemeen.....	163
B. Feitelijk bestuur en het duaal bestuursmodel.....	165
C. Feitelijk bestuur en het monistisch bestuursmodel met een unieke bestuurder	166
D. <i>Ad hoc</i> bestuurssystemen.....	167
V. Daden van bestuur: een kwestie van frequentie en/of impact?	169
VI. De in de schaduw opererende beleidsbepaler ontspringt soms ten onrechte de dans	171
VII. Het wettelijk aanknopingspunt herbekeken.....	172
VIII. Conclusie: het klassieke leerstuk houdt goed stand, ook in de context van het WVV	174
Hoofdstuk 2 Een notie die een ruime lading dekt: als feitelijke bestuurder geïndiceerde personen hebben meer dan één gezicht	177
Afdeling 1. Inleiding	177
Afdeling 2. Overzicht van de geïndiceerde personen	177
I. Kredietverleners.....	178
II. Dominante contractspartijen	182
III. Familieleden.....	186
IV. Werknemers.....	187
V. Gewezen bestuurders <i>de jure</i>	190
VI. Andere als feitelijke bestuurder geïndiceerde personen.....	192
VII. Een belangrijke vaststelling: er bestaan twee soorten feitelijke bestuurders.....	193
Afdeling 3. Uitgelicht: de aandeelhouder en (professionele) adviseur als feitelijke bestuurder	194
I. De aandeelhouder	195
A. De aandeelhouder-feitelijke bestuurder in de Belgische rechtspraak	196
i. Algemeen.....	196
ii. Voorbeelden uit de Belgische rechtspraak.....	197
iii. Vaststellingen.....	203

B. De aandeelhouder-feitelijke bestuurder in de Belgische rechtsleer	204
i. In een groepscontext: de moedervenootschap als feitelijke bestuurder	204
a) Algemeen	204
b) De eigenheid van de moeder-dochterrelatie: impact en gevolgen.....	206
c) De toerekening aan de moedervenootschap	219
ii. Los van een groepscontext: de (over)actieve aandeelhouder.....	222
iii. Escalatieprocedures en vetorechten in aandeelhoudersovereenkomsten en statuten: een risico?.....	224
II. De (professionele) adviseur.....	227
Afdeling 4. De overheid als aandeelhouder en het risico op een kwalificatie als feitelijke bestuurder: een bijzondere kwestie	231
I. Inleiding.....	231
II. Analyse.....	232
A. De overheid als aandeelhouder van door haar opgerichte investeringsmaatschappijen	232
B. De overheid als aandeelhouder van “overheidsbedrijven”	237
i. De overheid als aandeelhouder van (klassieke autonome) overheidsbedrijven.....	237
ii. De overheid als (referentie)aandeelhouder van “geprivatiseerde” en naar de beurs gebrachte autonome overheidsbedrijven.....	242
C. De overheid als aandeelhouder van (zuiver) private vennootschappen	243
III. Vaststelling: de overheid kan via regeringscommissarissen een significante invloed uitoefenen op het bestuur en beleid van “haar” vennootschappen, maar verwerft daardoor niet de hoedanigheid van feitelijke bestuurder.....	244
Afdeling 5. Het petje van de zaakwaarnemer: kan het regime van de zaakwaarneming een reddingsboei zijn voor wie als beweerdelijke feitelijke bestuurder wordt aangesproken?	246
Hoofdstuk 3 <i>Breaking it down</i> : de toepassing van het WVV op de feitelijke bestuurder	253
Afdeling 1. Inleiding	253
Afdeling 2. De feitelijke bestuurder in het WVV	253
I. De situatie vóór het WVV	253
A. De klassieke strekking: feitelijke bestuurders kunnen op precies dezelfde gronden aansprakelijk worden gesteld als formeel benoemde bestuurders	254
B. De meer genuanceerde strekking: feitelijke bestuurders kunnen in de regel slechts op dezelfde gronden als formeel benoemde bestuurders aansprakelijk worden gesteld wanneer de wetgever daar expliciet in heeft voorzien	256
C. Een opvallende parallel met het Franse recht	258

D. Verdeeldheid in de (lagere) rechtspraak	261
II. Artikel 2:56 WVV: de sleutelbepaling van het huidige regime inzake bestuurdersaansprakelijkheid	262
A. De opname van de feitelijke bestuurder in artikel 2:56 WVV	262
B. De oorsprong, opbouw en draagwijdte van artikel 2:56 WVV	263
III. De aansprakelijkheid wegens gewone bestuursfouten (art. 2:56, lid 1 WVV)	266
A. Algemeen	266
B. Fouten “begaan in de uitoefening van hun opdracht”	267
i. Voorafgaand: de taalkundige betekenis van het woord “opdracht”	267
ii. De betekenis van de wettelijke zinsnede “begaan in de uitoefening van hun opdracht”	267
C. De afwezigheid van een bestuurdersovereenkomst	274
D. De ene feitelijke bestuurder is de andere niet	276
E. De wettelijke formulering van het beginsel van de marginale toetsing (art. 2:56, lid 1, in fine WVV): ook relevant voor de feitelijke bestuurder	279
IV. De aansprakelijkheid wegens inbreuken op het WVV of de statuten (art. 2:56, lid 3 WVV)	281
A. Algemeen	281
B. Enkel leden van het bestuursorgaan?	283
i. Twee opvattingen	283
ii. De voorvraag: wel of geen afzonderlijke aansprakelijkheidsgrond?	285
iii. De te volgen opvatting in het licht van de wettekst en de memorie van toelichting: enkel formeel benoemde leden van een bestuursorgaan kunnen op grond van artikel 2:56, lid 3 WVV aansprakelijk worden gesteld wegens inbreuken op het WVV en de statuten	286
V. Een hoofdelijke aansprakelijkheid met de formeel benoemde leden van het bestuursorgaan?	287
A. Een gecontesteerd vraagstuk	287
B. Besluiten tot hoofdelijkheid strookt niet met de wettekst	291
VI. De feitelijke bestuurder en de artikelen 2:57 en 2:58 WVV	291
A. De feitelijke bestuurder en artikel 2:57 WVV	291
i. Algemeen	291
ii. De personele draagwijdte van artikel 2:57 WVV – verschillende opvattingen	294
iii. Argumenten vóór een onbeperkte aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder	297
iv. Slotsom	302
B. De feitelijke bestuurder en artikel 2:58 WVV	302

C. De verzekeringskwestie: kan de aansprakelijkheid als feitelijke bestuurder worden verzekerd?	304
VII. De aansprakelijkheidsvordering tegen de feitelijke bestuurder	306
A. Algemeen	306
B. De vennootschaps- of verenigingsvordering en de minderheidsvordering in de BV, CV (en SCE), NV (en SE) en VZW	306
i. Geen vennootschaps- of verenigingsvordering tegen de feitelijke bestuurder	306
a) De wettekst maakt geen gewag van de feitelijke bestuurder	306
b) De aansprakelijkheidsvordering van de BV, CV (en SCE), NV (en SE) of VZW tegen de feitelijke bestuurder: een beslissing van het residuair bevoegde orgaan	307
ii. Geen minderheidsvordering tegen de feitelijke bestuurder	311
iii. De kwijting	316
a) De in het WVV geregelde kwijting heeft geen gevolgen voor de feitelijke bestuurder	316
b) Uitzonderlijk wel een gemeenrechtelijke kwijting?	318
C. De aansprakelijkheidsvordering in de VOF, CommV en stichting	319
D. De vordering van derden – vordering van de curator	320
VIII. Verjaring van rechtsvorderingen tegen de feitelijke bestuurder (art. 2:143 WVV)	322
Afdeling 3. Het doorwerkingsvraagstuk: sorteren WVV-bepalingen waarvan een individuele bestuurder of het bestuursorgaan de geadresseerden zijn tevens effecten voor de feitelijke bestuurder?	325
Afdeling 4. Het gemene aansprakelijkheidsrecht: ook met de gelijkstelling in artikel 2:56 WVV nog steeds dé regel voor de aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder?	328
I. Inleiding	328
II. Het vigerende recht	331
A. De aansprakelijkheid t.a.v. de rechtspersoon (intern)	331
i. Voor bestuurders <i>de jure</i> moet rekening worden gehouden met de samenloopleer	331
ii. Voor feitelijke bestuurders geldt de samenloopleer in de regel niet	333
B. De aansprakelijkheid t.a.v. derden (extern)	334
i. Algemeen	334
ii. De aansprakelijkheid t.a.v. “volstreckte” derden: feitelijke bestuurders = bestuurders <i>de jure</i>	335
iii. De aansprakelijkheid t.a.v. “contractuele” derden: feitelijke bestuurders ≠ bestuurders <i>de jure</i> (?)	336

III. Het Voorontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid	340
A. De aansprakelijkheid t.a.v. de rechtspersoon (intern).....	340
i. Het Voorontwerp BA neemt afstand van het samenloopverbod.....	340
ii. De potentiële impact van de voorgestelde hervorming op de aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder is beperkt.....	341
B. De aansprakelijkheid t.a.v. derden (extern)	342
i. Het Voorontwerp BA neemt afstand van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent	342
ii. De potentiële impact van de voorgestelde hervorming op de aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder is beperkt.....	343
Hoofdstuk 4 Tussenbesluit	345
Deel 3. De (on)zin van normering rond de figuur van de “feitelijke bestuurder” in het WVV: een analyse de lege ferenda.....	351
Hoofdstuk 1 Een functionele vergelijking met het recht van het Verenigd Koninkrijk en Australië, twee landen die normering rond de figuur van de “feitelijke bestuurder” kennen in hun basiswetgeving inzake vennootschappen	355
Afdeling 1. Inleiding	355
Afdeling 2. Niet één notie, maar twee: de “ <i>de facto director</i> ” en de “ <i>shadow director</i> ”	357
Afdeling 3. Een andere aanpak: normering via een centrale definitie en punctuele gelijkstellingen	360
Afdeling 4. De <i>ratio legis</i> achter de Engelse en Australische normering inzake “feitelijk bestuur”	365
I. Waarom normering inzake “feitelijk bestuur” in de <i>Companies Act 2006? A brief history</i>	365
A. De origine van het begrip “ <i>shadow director</i> ”: <i>don’t mention the war!</i>	366
B. De “ <i>professional capacity</i> ” uitzondering zag het levenslicht in de <i>Companies Act 1948</i> ..	367
C. De term “ <i>shadow director</i> ” werd een wettelijk begrip in de <i>Companies Act 1980</i>	367
D. De G8 top in juni 2013: het startpunt van een verder hervormingsproces	369
E. De <i>Small Business, Enterprise and Employment Act 2015 (SBEEA 2015)</i>	373
II. Waarom normering inzake “feitelijk bestuur” in de <i>Corporations Act 2001? A brief history</i>	377
A. De notie “ <i>shadow director</i> ” kwam voor het eerst voor in de verschillende <i>State Companies Acts</i> van 1961	377
B. De <i>Companies Act 1981</i> en de zaak <i>R v Drysdale</i>	378
C. De <i>Corporations Act 1989</i> : weinig nieuws onder de zon	380
D. De <i>Corporations Act 2001</i> : een verdere verfijning van de definitie van het begrip “ <i>director</i> ” zoals opgenomen in de <i>Corporations Act 1989</i>	382

III. De normering wordt in het algemeen beschouwd geruggensteund door een duidelijke <i>ratio</i>	383
Afdeling 5. De inhoudelijke draagwijdte van de noties “ <i>de facto</i> ” en “ <i>shadow director</i> ”	384
I. Wanneer is iemand in het Engelse vennootschapsrecht een “ <i>de facto</i> ” of “ <i>shadow director</i> ”?	386
A. De <i>de facto</i> directors	386
i. Inleiding	386
ii. De oorspronkelijke invulling: personen met een gebrekkige benoeming en personen die eerder bestuurder waren geweest	386
iii. De verruimde invulling na de zaak <i>Re Lo-Line Electric Motors Ltd</i> : ook nooit eerder tot bestuurder benoemde personen	389
iv. Een verdere verduidelijking in de zaak <i>Re Hydrodan (Corby) Ltd</i> : de rechtbank moet nagaan hoe de betrokkenen zich concreet hebben gedragen	391
v. De <i>Paycheck</i> zaak: de cruciale vraag is of de betrokkenen deel uitmaakten van “ <i>the corporate governing structure</i> ”	393
vi. Geen vaste toets, wel algemene principes die kunnen helpen om te determineren of een persoon een “ <i>de facto director</i> ” is	396
a) Een formele toets voor de vaststelling van een “ <i>de facto directorship</i> ”? De “ <i>holding out</i> ” test versus de “ <i>equal footing</i> ” test	396
b) Het gebruik van een formele toets voor de vaststelling van een “ <i>de facto directorship</i> ” is niet zinvol	399
B. <i>Shadow directors</i>	403
i. Inleiding	403
ii. Een “ <i>shadow director</i> ” werd lange tijd gezien als iemand die uitsluitend in de schaduw opereert, maar dat beeld is inmiddels veranderd	403
iii. De wettelijke definitie ontleed (deel 1): de betekenis van de woorden “ <i>directions or instructions</i> ”	410
iv. De wettelijke definitie ontleed (deel 2): de betekenis van de zinsnede “ <i>the directors of the company are accustomed to act</i> ”	412
v. Een drieledige uitzondering	414
a) Beroepsmatig gegeven advies (“ <i>advice given in a professional capacity</i> ”)	414
b) Instructies, een aanwijzing, sturing of advies gegeven in de uitoefening van een functie verleend bij of krachtens een wettelijke bepaling (“ <i>instructions, a direction, guidance or advice given in the exercise of a function conferred by or under an enactment</i> ”)	416

c) Sturing of advies verleend in de hoedanigheid van Minister van de Kroon (“ <i>guidance or advice given in the capacity as a Minister of the Crown</i> ”)	417
vi. Een bijzondere regeling voor moedervenootschappen en holdings	418
vii. De wettelijke definitie kan theoretisch breed worden toegepast, maar de rechtspraak is bijzonder streng en terughoudend in het aannemen van een “ <i>shadow directorship</i> ”	420
viii. De “ <i>shadow director</i> ” en de “ <i>corporate veil</i> ”	426
II. Wanneer is iemand in het Australische vennootschapsrecht een “ <i>de facto</i> ” of “ <i>shadow director</i> ”?	427
A. De facto directors	427
i. Inleiding	427
ii. De zaak <i>Corporate Affairs Commission v Drysdale</i> : het startpunt van het Australische denken rond “ <i>de facto directors</i> ”; een denken in het zog van de Engelse rechtspraak, maar toch ook niet helemaal	428
iii. De verruimde invulling na de zaak <i>Mistmorn Pty Ltd (in liquidation) & Anor v Yasseen</i> : niet alleen personen met een gebrekkige benoeming, maar ook personen die nooit tot bestuurder benoemd zijn geweest	430
iv. De zaak <i>Deputy Commission of Taxation v Austin</i> : wanneer kan men zeggen dat iemand in de positie van een bestuurder handelt (“ <i>act[s] in the position of a director</i> ”)?	431
v. De zaak <i>Natcomp Technology Australia Pty Ltd v Graiche</i> : de titel die iemand zichzelf aanmeet is niet bepalend, wel hoe hij zich heeft gedragen	434
vi. Er wordt geen vaste toets gehanteerd om te bepalen of iemand een “ <i>de facto director</i> ” is	435
B. Shadow directors	437
i. Inleiding	437
ii. De Australische rechtspraak en rechtsleer rond “ <i>shadow directors</i> ” is zich pas echt concreet beginnen ontwikkelen in de jaren '90	438
iii. De wettelijke omschrijving ontleed (deel 1): de betekenis van de woorden “ <i>instructions or wishes</i> ”	444
iv. De wettelijke omschrijving ontleed (deel 2): de betekenis van de zinsnede “ <i>the directors of the company or body are accustomed to act</i> ”	446
v. Een tweeledige uitzondering	449
a) Advies gegeven in het kader van de normale en correcte uitoefening van functies verbonden aan een professionele hoedanigheid (“ <i>advice given in the proper performance of functions attaching to a professional capacity</i> ”)	449

b) Advies gegeven in het kader van de normale en correcte uitoefening van functies verbonden met een zakelijke relatie met de bestuurders of de vennootschap of entiteit (“ <i>advice given in the proper performance of functions attaching to a business relationship with the directors or the company or body</i> ”).....	450
vi. Geen bijzondere regeling voor moedervenootschappen en holdings.....	451
vii. De lijst met personen die potentieel als “ <i>shadow directors</i> ” kunnen worden aangemerkt is omvangrijk, maar de rechtspraak stelt zich streng op	452
Afdeling 6. De gevolgen van een kwalificatie als “ <i>de facto</i> ” of “ <i>shadow director</i> ”.....	459
I. Inleiding.....	459
II. De gevolgen naar Engels vennootschapsrecht	459
A. De gevolgen van een kwalificatie als “ <i>de facto director</i> ”	459
B. De gevolgen van een kwalificatie als “ <i>shadow director</i> ”	462
III. De gevolgen naar Australisch vennootschapsrecht.....	468
Afdeling 7. De wettelijk genormeerde “ <i>derivative claim</i> ” van een (minderheids)aandeelhouder: ook mogelijk tegen de “ <i>de facto</i> ” en de “ <i>shadow director</i> ”	471
Hoofdstuk 2 De normering rond de figuur van de “feitelijke bestuurder” in de Engelse en Australische vennootschapswetgeving en haar interpretatie in de rechtspraak: een bron van inspiratie voor de Belgische wetgever en rechtspraak?.....	475
Afdeling 1. Inleiding	475
Afdeling 2. Het idee van normering inzake feitelijk bestuur in de basiswetgeving inzake vennootschappen: <i>does it make sense?</i>	476
Afdeling 3. Inzichten voor de praktijk: enkele reflecties in het licht van (vastgestelde hiaten en onduidelijkheden in) de Belgische rechtsleer, rechtspraak en wetgeving	477
I. Schaduwbestuurders = feitelijke bestuurders	477
II. <i>Size matters?!</i>	479
III. Één aanwijsbare bestuurshandeling kan volstaan?!	480
IV. Uitzonderingen voor (professionele) adviseurs en voor personen die in het bestuur van een rechtspersoon tussenkomen op grond van publiekrechtelijke wetgeving	482
V. De “ <i>derivative claim</i> ” versus “ <i>de facto</i> ” en “ <i>shadow directors</i> ”: een argument voor de uitbreiding van het personele toepassingsgebied van de minderheidsvordering naar feitelijke bestuurders	484
Hoofdstuk 3 <i>The way forward</i> voor de normering in het WVV	487
Afdeling 1. Inleiding	487

Afdeling 2. Drie (beleids)opties	487
I. Optie één: niets doen	487
II. Optie twee: de normering inzake feitelijk bestuur terug uit het WVV halen?	488
III. Optie drie: de normering updaten ... naar Angelsaksisch model?	489
Hoofdstuk 4 Tussenbesluit	501
Algemeen besluit	503
Bibliografie	511

ALGEMENE INLEIDING

AFDELING 1. SITUERING VAN DE PROBLEMATIEK

1. Rechtspersonen worden bestuurd en vertegenwoordigd door een bestuursorgaan waarvan de bevoegdheden door de wet, het voorwerp en de statuten van de rechtspersoon worden bepaald¹. BVs, CVs, NVs en VZWs kennen een wettelijk verplicht te organiseren bestuursorgaan². Ook voor hun Europese zusjes, de SEs en de SCEs, geldt de verplichting een bestuur te organiseren. In VOFs en CommVs is er geen wettelijk verplicht te organiseren bestuursorgaan, maar kan er contractueel een worden ingesteld in het vennootschapscontract, wat in het gros van de gevallen ook gebeurt³. Normaal gesproken kan enkel wie formeel gezien lid is van het bestuursorgaan mee beslissen over het bestuur van de rechtspersoon en haar, afhankelijk van het geval samen met de andere leden van het orgaan⁴, in het rechtsverkeer vertegenwoordigen⁵. Iemand is formeel lid van het bestuursorgaan wanneer hij officieel als dusdanig is aangeduid of benoemd (door de algemene vergadering van aandeelhouders of leden⁶, of, indien coöptatie mogelijk is, door de overige leden van het bestuursorgaan⁷). Personen die deel uitmaken van het bestuursorgaan (in de rechtsleer

¹ Artikel 2:49 WVV.

² Zie hierover H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 227, nr. 480.

³ Zie H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 232, nr. 489.

⁴ Het bestuursorgaan kan collegiaal worden georganiseerd; collegiale besluitvorming is de regel in de NV (art. 7:85, §1 WVV (monistische NV met raad van bestuur); art. 7:105 WVV (NV met duaal bestuur – raad van toezicht), art. 7:107 WVV (NV met duaal bestuur – directieraad) en de VZW (art. 9:5 WVV) en kan statutair worden georganiseerd in de BV en de CV (art. 5:73, §1 WVV (BV) en art. 6:61, §1 WVV (CV)). Zie hierover meer uitvoerig H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 272-277.

⁵ Zie ook H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 220, nr. 469 e.v.

⁶ De benoeming van de leden van de directieraad in een NV met duaal bestuur gebeurt door de raad van toezicht (art. 7:107 WVV).

⁷ Tenzij de statuten dit uitsluiten, kunnen in een BV of CV met collegiaal bestuur, een NV met monistisch of duaal bestuur, of een VZW (die steeds bestuurd wordt door een collegiaal bestuursorgaan), de overblijvende bestuurders naar aanleiding van het tussentijds wegvallen van een bestuurder een nieuwe bestuurder aanduiden (de wetgever heeft het in de wettekst over “coöpteren”) (art. 5:71 WVV (BV); art. 6:59 WVV (CV); art. 7:88 WVV (raad van bestuur in NV met monistisch bestuur); art. 7:106 WVV (raad van toezicht in NV met duaal bestuur); art. 9:6 (VZW)).

veelal aangeduid met de begrippen “regelmatige bestuurders”⁸, “formeel benoemde bestuurders”⁹ (of kortweg “formele bestuurders”¹⁰), “bestuurders *de jure*” (in Franstalige rechtsleer: “*dirigeants de droit*”)¹¹, of ook wel “wettelijke bestuurders”¹²) hebben een specifieke rol en een bijzondere positie binnen de rechtspersoon waaraan verschillende rechten verbonden zijn, maar ook diverse verplichtingen. De niet-naleving van die verplichtingen kan aanleiding geven tot hun persoonlijke aansprakelijkheid¹³.

2. In de praktijk gebeurt het soms dat personen die formeel geen lid zijn van het bestuursorgaan de wettelijke spelregels inzake het bestuur van de rechtspersoon miskennen en feitelijk als dusdanig handelen of tussenkomen¹⁴. Deze personen worden in de rechtsleer en de rechtspraak aangeduid met het begrip “feitelijke bestuurders”¹⁵ (in oudere Franstalige rechtsleer:

⁸ Zie bv. S. VAN CROMBRUGGE, *De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1984, 266.

⁹ J. RONSE en J. LIEVENS, “De doorbraakproblematiek” in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 158, nr. 23.

¹⁰ Zie bv. E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 273, nr. 447.

¹¹ Zie bv. T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, Diegem, Kluwer, 1996, 767; O. POELMANS, “L’affaire des ‘Forges de Clabecq’ et le droit de la faillite” (noot onder Voorz. Kh. Nijvel 3 januari 1997 en Brussel 1 maart 1997), *DAOR* 1997, afl. 43, (69) 76; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 77.

¹² Zie bv. P. COLLE, “Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond artikel 63ter Venn.W.”, *TBH* 1985, (163) 167; V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-30b.

¹³ D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 764 en 771.

¹⁴ De redenen voor dit feitelijk optreden zijn divers: zij mogen geen bestuurder zijn, zij trachten de verplichtingen en aansprakelijkheden die met het statuut van bestuurder gepaard gaan te omzeilen, zij waren bestuurders en denken verkeerdelijk dat zij dat nog altijd zijn, ...

¹⁵ Zie o.m. J. LIEVENS, “Artikel 63ter en de aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder” (noot onder Brussel 14 september 1988), *TRV* 1989, (55) 55; H. DE WULF en I. DE POORTER, “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen” in VLAAMSE CONFERENTIE DER BALIE VAN GENT (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, (195) 202; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 6 e.v.; L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “Les résidus de la responsabilité des administrateurs” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (251) 258; S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 2, nr. 5; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 767-768. Zie voor enkele voorbeelden uit de rechtspraak: Brussel 14 september 1988, *TRV* 1989, 49, noot J. LIEVENS; Rb. Gent 26 maart 1993, *TBH* 1993, 935; Kh. Dendermonde 6 december 1999, *JDSC* 2001 (verkort), 143, noot P. KILESTE, en C. BERTSCH, *RW* 2001-02, 128, *TBH* 2000, 659 en *TRV* 2000, 40, noot; Kh. Gent 9 januari 2017, *TIBR* 2019, afl. 2, 73.

“*gérants de fait*” of “*dirigeants de fait*”¹⁶ en meer recent: “*administrateurs de fait*”¹⁷). Het gaat – zonder hiermee een algemene definitie te willen formuleren – om personen die zichzelf bestuursbevoegdheid aanmeten door¹⁸:

- 1) zich volledig in de plaats te stellen van de bestuurders *de jure*; of
- 2) de bestuurders *de jure* (van achter de schermen) aan te sturen¹⁹.

3. Het bestaan van de figuur van de “feitelijke bestuurder” werd door de wetgever enkele decennia geleden uitdrukkelijk onderkend en in de vennootschapswetgeving op een specifieke wijze genormeerd. Zo koos de wetgever er in 1978 voor om de figuur van de feitelijke bestuurder in de context van de aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement in de wet gelijk te stellen met de bestuurder *de jure*²⁰. Hij deed dat concreet door in twee nieuw uitgewerkte artikelen 63*ter* (NV) en 133*bis* (PVBA, later BVBA) Venn.W.²¹ niet enkel te verwijzen naar de (gewezen) bestuurders (toen nog beheerders genoemd) en zaakvoerders, maar ook naar “*ieder ander persoon die ten aanzien van de zaken van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid heeft gehad*”. Verschillende in de praktijk vastgestelde misbruiken hadden

¹⁶ Zie o.m. J. RONSE, “La responsabilité facultative des administrateurs et gérant en cas de faillite avec insuffisance d’actif”, *RPS* 1979, (292) 297; J.-L. JASPAR en A. DE SMETH, “La notion de gérant de fait”, *JT* 1984, (645) 645; C. PARMENTIER, “La responsabilité des dirigeants d’entreprises en cas de faillite”, *TBH* 1986, (741) 771. Zie voor enkele voorbeelden uit de rechtspraak: Kh. Brussel 30 maart 1981, *JT* 1981, 524; Brussel 12 februari 1992, *JLMB* 1993, 155, *Pas.* 1992, II, 23, *RPS* 1993, 256, noot F. T’ KINT en *TBH* 1993, 1041, noot J. BUYLE en X. THUNIS; Kh. Charleroi 16 december 1998, *JDSC* 2002, 209 en *TBH* 2000, 642.

¹⁷ Zie o.m. J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 77; M. COIPEL, M. DAVAGLE en V. SEPULCHRE, *ASBL in Rép.Not.*, Brussel, Larcier, 2017, 698, nr. 924; P. BOSSARD, *CSA: examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, 122, nr. 195; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE en H. CULOT, *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020, 270, nr. 594.

¹⁸ M. COIPEL, M. DAVAGLE en V. SEPULCHRE, *ASBL in Rép.Not.*, Brussel, Larcier, 2017, 698, nr. 924; S. DE GEYTER, “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, (888) 889, nr. 3. Cf. M. WYCKAERT en D. ALPER, “Faillissementsaansprakelijkheid van bestuurders en feitelijke bestuurders. Oude wijn in nieuwe zakken of ‘something old, something new?’” in D. VAN GERVEN en J. VANANROYE (eds.), *Leerstukken ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (189) 204.

¹⁹ De bestuurders *de jure* fungeren in deze hypothese veelal als “stromannen” of “marionetten” voor degene die werkelijk de touwtjes in handen heeft.

²⁰ Dat gebeurde via de artikelen 91 en 94 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering (*BS* 17 augustus 1978, 9106).

²¹ Worden bedoeld: de op 30 november 1935 gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen, zoals destijds opgenomen in het Wetboek van Koophandel, Boek I – Titel IX. – Handelsvennootschappen (*BS* 5 december 1935, 7707).

hem tot het aannemen van zulke regel bewogen²².

De vandaag alom bekende aansprakelijkheidsregel (op heden terug te vinden in artikel XX.225 WER) luidde aanvankelijk als volgt: “*Indien bij faillissement van de vennootschap de lasten de baten overtreffen en indien wordt vastgesteld dat een door hen begane kennelijk grove fout heeft bijgedragen tot het faillissement, kan iedere beheerder of gewezen beheerder alsmede ieder ander persoon die ten aanzien van de zaken van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid heeft gehad, persoonlijk aansprakelijk worden verklaard, met of zonder hoofdelijkheid, voor het geheel of een deel van de schulden van de vennootschap tot het beloop van het gebrek aan activa*”.

Naar de bewoordingen “*ieder ander persoon die...*” werd in de praktijk al snel verwezen met het begrip “feitelijke bestuurder”²³. De eerste auteurs die de artikelen 63ter en 133bis Venn.W. becommentarieerden, ontleenden dit begrip aan het Franse recht, waar onze wetgever de mosterd voor voornoemde artikelen en de wettelijke gelijkstelling had gehaald²⁴. In de Franse wetgeving werd immers gesproken over “*le dirigeant de fait*”²⁵.

4. Een tweede actie die de wetgever in 1978 ondernam om de figuur van de “feitelijke bestuurder” nader te normeren, was de invoering van een nieuw artikel 3bis in het KB nr. 22 van 24 oktober 1934 houdende de mogelijkheid om een beroepsverbod op te leggen²⁶. Op grond van dit artikel 3bis kon de rechter na het faillissement van een vennootschap aan een beheerder of zaakvoerder of “*enig ander persoon die zonder beheerder of zaakvoerder te zijn, werkelijk de*

²² Memorie van toelichting bij het ontwerp van wet tot economische heroriëntering, *Parl.St.* Senaat 1977-78, nr. 415/1, 46-47.

²³ Zie o.m. A. HAELTERMAN, “De zaak Boddart-Fittings als toepassing van art. 63ter Venn.W.: de kennelijk grove fouten van de staat”, *Jura Falc.* 1982-83, (373) 375-376; P. COLLE, “Kritische bedenkingen nopens een aantal problemen rond artikel 63ter Venn.W.”, *TBH* 1985, (163) 166; Y. MERCHERS, “Aansprakelijkheid van bestuurders in N.V. en B.V.B.A.”, *TPR* 1986, (405) 419; J. LIEVENS, “Artikel 63ter en de aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder” (noot onder Brussel 14 september 1988), *TRV* 1989, (55) 55.

²⁴ Zie Verslag namens de bijzondere commissie belast met het onderzoek van het ontwerp van wet tot economische heroriëntering uitgebracht door de heren GIJS, LAGAE, VERNIMMEN, HERMAN, Mevr. PETRY en de heer VAN DER ELST, *Parl.St.* Senaat 1977-78, nr. 415/2, 150.

²⁵ Onze wetgever baseerde zich op artikel 99 van *la Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes*, waarvan het eerste lid voluit luidde als volgt: “*Lorsque le règlement judiciaire ou la liquidation des biens d’une personne morale fait apparaître une insuffisance d’actif, le tribunal peut décider, à la requête du syndic, ou même d’office, que les dettes sociales seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants sociaux, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non, ou par certains d’entre eux*” (eigen nadruk).

²⁶ Dit gebeurde via artikel 87 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering (*BS* 17 augustus 1978, 9106).

bevoegdheid zal hebben gehad om de in staat van faillissement verklaarde vennootschap te beheren” het verbod opleggen om nog enige taak van beheerder of zaakvoerder uit te oefenen, wanneer was komen vast te staan dat zijn kennelijk grove fout had bijgedragen tot het faillissement.

5. De tekst van de artikelen 63*ter* en 133*bis* Venn.W. en de daarin opgenomen gelijkstelling ging in 1999 op in de artikelen 265 (BVBA), 409 (CVBA) en 530 (NV) van het Wetboek van Vennootschappen (“W.Venn.”)²⁷. In 2006 werden deze bepalingen aangevuld met een tweede paragraaf om een extra aansprakelijkheidsgrond in het leven te roepen voor uitstaande RSZ-schulden in geval van faillissement²⁸. Daarin werd een gelijkaardige gelijkstelling opgenomen. De artikelen 265, 409 en 530 W.Venn. werden in 2018 op hun beurt opgeheven en overgeheveld naar Boek XX “Insolventie van ondernemingen” van het Wetboek van Economisch Recht (“WER”)²⁹. Aan de eerder genoemde gelijkstelling tussen feitelijke bestuurders en bestuurders *de jure* werd bij deze operatie niet geraakt. Zij kan in het huidige recht worden teruggevonden in twee artikelen, namelijk het artikel XX.225 WER (aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout) en het artikel XX.226 WER (aansprakelijkheid voor RSZ-schulden).

Ook in het artikel XX.227 WER (aansprakelijkheid ingevolge *wrongful trading*) dat in 2018 het levenslicht zag, werd een identieke gelijkstelling opgenomen³⁰. De inhoud van het eerder genoemde artikel 3*bis* KB nr. 22 dat samenhangt met de artikelen 63*ter* en 133*bis* Venn.W. en later met de artikelen 265, 409 en 530 W.Venn. kan vandaag worden teruggevonden in artikel XX.229

²⁷ Zie Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende invoering van het Wetboek van vennootschappen, *Parl.St.* Kamer 1998-99, nr. 1838/1 – 98/99, 72, 101 en 123.

²⁸ Dat gebeurde via de artikelen 56, 57 en 58 van de programmawet van 20 juli 2006 (*BS* 28 juli 2006 (ed.2), 36.921). De programmawet van 20 juli 2006 introduceerde niet alleen in het W.Venn. een nieuwe aansprakelijkheidsgrond voor (feitelijke) bestuurders; via de artikelen 14 en 15 werden ook in het domein van het fiscaal recht twee nieuwe aansprakelijkheidsgronden ingevoerd waarin expliciet van de feitelijke bestuurder gewag werd gemaakt, te weten: de artikelen 442*quater* WIB92 (achterstallige bedrijfsvoorheffing) en 93*undecies*C WBTW (achterstallige BTW). De inhoud van deze laatste twee artikelen is sedert medio 2019 terug te vinden in artikel 51 van het Wetboek van de minnelijke en gedwongen invordering van fiscale en niet-fiscale schuldvorderingen (*BS* 30 april 2019, 41.412).

²⁹ Zie hierover H. DE WULF, “Het voorontwerp van een wetboek van vennootschap en verenigingen: een eerste overzicht”, *TAA* 2017, afl. 56, (7) 22; R. HOUBEN en A. SNYERS, “De nietigheid van besluiten en bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe recht” in *BCV* (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen - Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (211) 252.

³⁰ Zie ter zake Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende invoering van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen”, in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoering van de definities eigen aan boek XX, en van de rechtshandavingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 105.

WER³¹.

6. De normering rond de figuur van de “feitelijke bestuurder” is in het vennootschapsrecht lange tijd beperkt gebleven tot de faillissementscontext en tot twee bijzondere aansprakelijkheidsgronden (*i.e.* de aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout en de aansprakelijkheid voor RSZ-schulden³²). In 2018 werden deze gronden uit het Wetboek van Vennootschappen gelicht, waarmee de figuur van de feitelijke bestuurder uit de basiswetgeving inzake vennootschappen verdween. In 2019 kwam hij echter terug in het vizier. De wetgever koos er bij de uitwerking van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen (“WVV”) namelijk voor om opnieuw een gelijkstelling in de wettekst op te nemen. Hij deed dat net zoals in 1978 in een aansprakelijkheidsbepaling, meer bepaald in het artikel 2:56 WVV, maar zonder daarbij veel duiding te geven³³.

Het vandaag geldende artikel 2:56, lid 1 WVV bepaalt dat “*de in artikel 2:51 WVV bedoelde personen³⁴ en alle andere personen die ten aanzien van de rechtspersoon werkelijke bestuursbevoegdheid hebben of hebben gehad jegens de rechtspersoon aansprakelijk zijn voor fouten begaan in de uitoefening van hun opdracht*” (eigen nadruk).

7. Uit de memorie van toelichting blijkt dat deze bepaling is geïnspireerd op het oude artikel 527 W.Venn. dat tot in 2019 in de NV de grondslag was op basis waarvan bestuurders *de jure*

³¹ Deze bepaling houdt een nieuwe autonome burgerrechtelijke sanctie in (zie Verantwoording onder amendement nr. 49 bij het wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen”, in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan Boek XX en van de rechtshandavingsbepalingen eigen aan Boek XX in het Boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/002, 60).

³² Sinds de programmawet van 20 juli 2006 (*BS* 28 juli 2006 (ed.2)), bestaat er ook buiten de formele vennootschapswetgeving om een bijzondere aansprakelijkheidsgrond waarin de “feitelijke bestuurder” wordt gevisieerd. Het gaat om de aansprakelijkheidsgrond voor achterstallige bedrijfsvoorheffing en BTW, vandaag terug te vinden in artikel 51 van het Wetboek van de minnelijke en gedwongen invordering van fiscale en niet-fiscale schuldvorderingen, en in 2006 ingevoerd in de vorm van de artikelen 442*quater* WIB92 en 93*undecies*C WBTW (aanvankelijk dus opgesplitst in twee aansprakelijkheidsgronden). Deze grond heeft nooit deel uitgemaakt van het W.Venn. Vandaar de “algemene stelling” dat de normering rond de figuur van de “feitelijke bestuurder” in het vennootschapsrecht lange tijd beperkt is gebleven tot de faillissementscontext en tot twee bijzondere aansprakelijkheidsgronden.

³³ Zie Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 59.

³⁴ De in artikel 2:51 WVV bedoelde personen zijn de leden van een bestuursorgaan of dagelijks bestuurders. Artikel 2:51 WVV luidt immers: “*Elk lid van een bestuursorgaan of dagelijks bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak*” (eigen nadruk).

aansprakelijk konden worden gesteld voor gewone betuursfouten³⁵. Een verdere lezing van de memorie maakt duidelijk dat de wetgever in artikel 2:56 WVV wilde verduidelijken dat “*feitelijke bestuurders op dezelfde manier aansprakelijk zijn als formeel benoemde bestuurs- of toezichtsorganen*”³⁶. De eigenlijke tekst van de wet is echter niet zo helder. Integendeel, de wettekst roept meer vragen op dan echt duidelijkheid te scheppen.

Om te beginnen, valt moeilijk in te zien hoe een feitelijke bestuurder fouten kan begaan “in de uitoefening van een opdracht”. Als er een opdracht bestaat, is er of kan er dan nog wel sprake zijn van feitelijk bestuur, dat een feitelijke inmenging veronderstelt? En houdt het, in het verlengde daarvan, überhaupt wel steek om een feitelijke bestuurder aan het aansprakelijkheidsregime voor gewone bestuursfouten – die door de meeste auteurs worden bestempeld als contractuele fouten³⁷ – te onderwerpen?

8. Wie de opbouw van artikel 2:56 WVV bekijkt, zal zien dat dit artikel uit vier leden bestaat. Alleen het eerste lid omvat een verwijzing naar de figuur van de feitelijke bestuurder. In het derde lid, dat volgens de memorie van toelichting is geïnspireerd op het oude artikel 528 W.Venn. inzake de NV³⁸ (de aansprakelijkheidsgrond voor overtredingen van de statuten en het W.Venn.) wordt geen gewag gemaakt van de feitelijke bestuurder. Wat dit precies betekent voor de aansprakelijkheid en de rechtspositie van de feitelijke bestuurder, is een vraagteken. De rechtsleer

³⁵ Zie Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 59.

³⁶ Zie Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 59. Zie ook K. MARESCEAU en B. JOYE, “Het bestuur van vennootschappen in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen” in M. WYCKAERT, P. ERNST, D. BRULOOT, K. MARESCEAU, B. JOYE, C. PIETTE, A. FRANÇOIS, M. VERHEYDEN en R. TAS (eds.), *De nieuwe vennootschapswet: VPG studiedag 2018*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018, (83) 104, nr. 55.

³⁷ Zie o.m. J. VAN RYN en X. DIEUX, “La responsabilité des administrateurs ou gérants d’une personne morale à l’égard des tiers”, *JT* 1988, (401) 401 (“*Les relations entre les personnes morales et leurs organes de gestion sont légalement assimilées à celles qui existent entre mandant et mandataire. Leur responsabilité est donc en principe celle, contractuelle, du mandataire*”); J.-L. FAGNART, “La responsabilité des administrateurs de la société anonyme” in J.-L. FAGNART, X. DIEUX en C. DALCQ (eds.), *La responsabilité des Associés. Organes et Préposés des Sociétés*, Bruxelles, Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, (1) 25; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 771-772, nr. 426; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 305.

³⁸ Zie Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 60-61.

is verdeeld en biedt weinig of geen fundamentele inzichten³⁹. Zij die uitgaan van een wettelijke gehoudenheid van de feitelijke bestuurder voor inbreuken op de statuten en het WVV duiden alvast niet hoe het precies kan dat een persoon die niet de geadresseerde van een wettelijke of statutaire bepaling is, toch gehouden kan zijn tot de naleving ervan.

9. Naast artikel 2:56, lid 1 is er nog een andere bepaling in het WVV waarin de wetgever een uitdrukkelijke gelijkstelling tussen feitelijke bestuurders en bestuurders *de jure* heeft opgenomen en dat is het artikel 2:143⁴⁰. De artikelen 2:143, §1, vierde streepje (vennootschappen met rechtspersoonlijkheid) en 2:143, §2, eerste streepje (VZWs en stichtingen) WVV bepalen dat “*alle rechtsvorderingen tegen leden van het bestuursorgaan, dagelijks bestuurders, commissarissen, vereffenaars, vaste vertegenwoordigers van rechtspersonen die één van de voornoemde functies bekleeden, of tegen alle andere personen die ten aanzien van [de vennootschap / vereniging of stichting] werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad wegens verrichtingen in verband met hun taak, verjaren door verloop van vijf jaren te rekenen vanaf die verrichtingen of, indien ze met opzet verborgen zijn gehouden, te rekenen vanaf de ontdekking ervan*”. De wetgever geeft in de memorie van toelichting jammer genoeg niet met zoveel woorden aan waarom hij het nodig achtte om de figuur van de “feitelijke bestuurder” ook in deze bepaling te normeren. Een kritische lezing van artikel 2:143 WVV doet al snel de vraag rijzen of er aan het adres van een feitelijke bestuurder wel over rechtsvorderingen wegens verrichtingen “in verband met een taak” kan worden gesproken. Een andere en meer fundamentele vraag is of een feitelijke bestuurder überhaupt van

³⁹ Toepassing van artikel 2:56, lid 3 WVV op de feitelijke bestuurder: E. POTTIER en F. LEFEVRE, “De aansprakelijkheid van de organen”, *TBH* 2018, (1091) 1096, nr. 17; E. POTTIER en F. LEFEVRE, “La responsabilité des organes” in A.-P. ANDRE-DUMONT en T. TILQUIN (eds.), *La société à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier Legal, 2019, (173) 181, nr. 17; J.-F. GOFFIN en A. CAUWENBERGH, “Les nouvelles responsabilités des administrateurs” in M. DAVAGLE (ed.), *Le nouveau visage des ASBL après le 1er mai 2019*, Limal, Anthemis, 2019, (193) 201, nrs. 30-31. Geen toepassing van artikel 2:56, lid 3 WVV op de feitelijke bestuurder: S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 5, nr. 13; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE en H. CULOT, *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020, 278.

⁴⁰ Zie hierover ook R. HOUBEN en A. SNYERS, “De nietigheid van besluiten en bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe recht” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen – Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (211) 286, nr. 132. Zie ook P. BOSSARD, *CSA: examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, 131, nr. 213; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 838-839.

dit bijzondere, van het gemene recht afwijkende⁴¹ verjaringsregime zou moeten kunnen genieten. Geen enkele auteur blijkt zich reeds over deze vraagstukken te hebben gebogen in de rechtsleer.

10. Een vernieuwing waarover in de aanloop naar het WVV heel wat te doen is geweest, is het thans in artikel 2:57 WVV terug te vinden wettelijk plafond (ook wel de “cap” genoemd⁴²) op de aansprakelijkheid van bestuurders⁴³. Of dit wettelijk plafond enkel geldt voor bestuurders *de jure*, of zich ook uitstrekt tot de in artikel 2:56 WVV genormeerde feitelijke bestuurders, maakt het voorwerp uit van discussie in de rechtsleer⁴⁴. Aan de basis van die discussie ligt de aanhef van artikel 2:57 WVV, die allesbehalve een toonbeeld is van duidelijke wetgeving⁴⁵. Niemand lijkt zich echter de vraag te stellen of het wel verantwoord is dat een wettelijke regel de

⁴¹ Zie onder het oude recht maar nog steeds relevant: A. VAN OEVELEN, “Commentaar bij art. 198 § 1 W. Venn. (oud art. 194 Venn. W.)” in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.V.en V.*, Mechelen, Kluwer, 2000, losbl., (1) 5.

⁴² H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 342, nr. 713.

⁴³ Zie o.m. Adv.RvS, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/002, 12-18; R. HOUBEN en A. SNYERS, “De nietigheid van besluiten en bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe recht” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen – Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (211) 271-273; O. CAPRASSE en L. LÉONARD, “Les principes généraux de la réforme” in R. AYDOGDU en O. CAPRASSE (eds.), *Le code des sociétés et des associations. Introduction à la réforme du droit des sociétés*, Luik, Anthemis, 2018, (7) 35; E. POTTIER en F. LEFEVRE, “De aansprakelijkheid van de organen”, *TBH* 2018, (1091) 1098-1099; P. DE WOLF, “La responsabilité des administrateurs ou la recherche de l’impossible équilibre”, *TAA* 2019, afl. 63, (25) 28; E. POTTIER en F. LEFEVRE, “La responsabilité des organes” in A.-P. ANDRE-DUMONT en T. TILQUIN (eds.), *La société à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier Legal, 2019, (173) 185-187; E.-J. NAVEZ en A. NAVEZ, *Le code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Bruxelles, Larcier Legal, 2019, 70-74; L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “Les résidus de la responsabilité des administrateurs” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (251) 273-281.

⁴⁴ Zie voor een ruime opvatting van de cap die de feitelijke bestuurder omvat: E. POTTIER en F. LEFEVRE, “De aansprakelijkheid van de organen”, *TBH* 2018, (1091) 1101-1102, nr. 30; E. POTTIER en F. LEFEVRE, “La responsabilité des organes” in A.-P. ANDRE-DUMONT en T. TILQUIN (eds.), *La société à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier Legal, 2019, (173) 192, nr. 30; P. BOSSARD, *CSA: examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, 135, nr. 219; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 784. Zie voor een enge opvatting van de cap: S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 10; L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “Les résidus de la responsabilité des administrateurs” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (251) 283, nr. 41; J. DELANOTE, *De vennootschap & de civiele aansprakelijkheid van haar bestuurders*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 108, nr. 194.

⁴⁵ De aanhef van artikel 2:57 WVV, die luidt als volgt, kan op meer dan één manier worden gelezen en begrepen: “§1. De aansprakelijkheid bedoeld in artikel 2:56, elke andere schadeaansprakelijkheid die voortvloeit uit dit wetboek of andere wetten of reglementen ten laste van de personen vermeld in artikel 2:51, evenals de aansprakelijkheid voor de schulden van de rechtspersoon bedoeld in artikel XX.227 van het Wetboek van economisch recht is beperkt tot de volgende bedragen: (...)”

aansprakelijkheid van een feitelijke bestuurder beperkt of zou kunnen beperken.

11. De vraag hoe er in het vennootschaps- en verenigingsrecht op het vlak van normering het best met de figuur van de “feitelijke bestuurder” kan worden omgegaan, is in de rechtsleer nog niet op een fundamentele wijze onderzocht⁴⁶. Dit proefschrift tracht aan deze lacune tegemoet te komen en een diepgaande analyse uit te voeren.

AFDELING 2. ONDERZOEKSVRAAG EN OPBOUW VAN HET ONDERZOEK

12. De centrale onderzoeksvraag van dit proefschrift is als volgt: “*Wat is de precieze draagwijdte van de normering rond de feitelijke bestuurder in het WVV en heeft de wetgever er goed aan gedaan om die normering in het WVV op te nemen?*”.

In deze centrale onderzoeksvraag liggen twee hoofdvragen besloten:

I. De eerste hoofdvraag luidt “*Wat is de precieze draagwijdte van de normering rond de feitelijke bestuurder in het WVV?*”. Zij valt uiteen in twee deelvragen:

- 1) De eerste deelvraag hangt samen met de erg summiere memorie van toelichting bij de WVV-bepalingen waarin de feitelijke bestuurder expliciet wordt geïndiceerd. Het is de vraag naar de *ratio legis* achter de WVV-normering inzake feitelijk bestuur. Kan men zeggen dat er gelijkaardige motieven en doelstellingen achter de WVV-normering inzake feitelijk bestuur schuilgaan als achter oudere of tot andere rechtsdomeinen behorende normering inzake feitelijk bestuur, of heeft de WVV-

⁴⁶ Zie meer fragmentarisch onderzoek: J.-L. JASPAR en A. DE SMETH, “La notion de gérant de fait”, *JT* 1984, 645-648; J. LIEVENS, “Artikel 63ter en de aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder” (noot onder Brussel 14 september 1988), *TRV* 1989, 55-56; J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, 195-210; V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., II.1-27 – II.1-30b; B. HUYLEBROEK, “Vereffenaar is geen feitelijke zaakvoerder van een failliete vennootschap” (noot onder Kh. Turnhout 10 december 2007), *RABG* 2008, 500-503; P. SOENS, L. WYNANT en T. DE KOSTER, “Kapitaal en Budget – Kapitaal tijdens de werking van de vennootschap – De aansprakelijkheid van (feitelijke) bestuurders op grond van een kennelijk grove fout” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2016, losbl., (II.2-3) II.2-11-II.2-14; S. DE GEYTER, “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal!” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, 888-893.

normering een totaal andere draagwijdte? Deze eerste deelvraag wordt onderzocht in Deel 1 van dit proefschrift.

2) De tweede deelvraag is de vraag hoe de normering inzake feitelijk bestuur in het WVV *de lege lata* precies moet worden begrepen. De wettekst blinkt zoals hierboven al aangestipt immers niet uit in duidelijkheid. Deze vraag valt uiteen in drie subvragen:

- Wat wordt er in de context van het WVV precies verstaan onder de notie “feitelijke bestuurder”?
- Hoe kunnen de regels die in het WVV zijn opgenomen volgens de rechtsleer en de rechtspraak op de feitelijke bestuurder worden toegepast?
- Rijzen er juridisch bepaalde problemen bij de toepassing van het WVV op de feitelijke bestuurder?

Deze tweede deelvraag en haar verschillende onderdelen worden verder onderzocht in Deel 2 van dit proefschrift.

II. De tweede hoofdvraag luidt “***Heeft de wetgever er goed aan gedaan om normering rond de figuur van de feitelijke bestuurder op te nemen in het WVV?***”. Deze vraag is een vraag *de lege ferenda*. Zij is erop gericht om te beoordelen of de keuze van de wetgever om normering rond de figuur van de feitelijk bestuurder op te nemen in het WVV niet meer vragen oproept en problemen doet rijzen, dan dat er oplossingen uit voortvloeien voor de praktijk. Als dat namelijk zo is, dan is een heroverweging van die keuze op haar plaats. De tweede hoofdvraag wordt onderzocht in Deel 3 van dit proefschrift.

AFDELING 3. AFBAKENING VAN HET ONDERZOEK

I. AFBAKENING VAN HET RECHTSDOMEIN

13. Het onderzoek dat in dit proefschrift wordt gevoerd, situeert zich in het rechtsdomein van het vennootschaps- en verenigingsrecht⁴⁷. Dit is niet het enige rechtsdomein dat normering rond

⁴⁷ Begrepen in de enge zin van het woord, als het recht dat is opgenomen in het WVV.

de figuur van de feitelijke bestuurder kent. Ook in het fiscaal- en strafrecht, kan er normering rond de figuur van de feitelijke bestuurder worden teruggevonden, en sinds 2018 geldt dit evenzeer voor wat men formeel gezien zou kunnen omschrijven als het insolventierecht. Op deze rechtsdomeinen wordt in dit proefschrift, dat de WVV-normering als voorwerp heeft, slechts in beperkte mate ingegaan:

- *Het strafrecht* – Het strafrecht komt aan bod voor zover de behandeling ervan kan bijdragen tot de beantwoording van de hierboven gestelde onderzoeksvragen. Er wordt verder niet op ingegaan. Deze afbakeningskeuze hangt samen met het voorwerp van dit proefschrift, maar is niet alleen daardoor ingegeven. Zij is ook beïnvloed door de vaststelling dat het strafrecht haar eigen conceptuele autonomie kent⁴⁸. Een uitvoerige analyse van de strafbepalingen inzake feitelijk bestuur zou weinig toevoegen aan het onderzoek in dit proefschrift, omdat inzichten en beschouwingen uit het strafrecht niet zomaar naar het vennootschaps- en verenigingsrecht kunnen worden getransponeerd. Het strafrecht heeft een eigen voorwerp⁴⁹ en de strafrechter is wanneer het op de interpretatie van begrippen uit andere rechtsdomeinen aankomt, niet verplicht om daaraan dezelfde betekenis toe te kennen als degene die zij in de andere rechtsdomeinen hebben⁵⁰. Een voorbeeld kan dit verder verduidelijken: in de vennootschapsrechtsleer en -rechtspraak⁵¹ wordt er algemeen van uitgegaan dat de vereffenaar van een ontbonden vennootschap geen feitelijke bestuurder kan zijn, omdat hij een contractuele en een wettelijke opdracht heeft; in het strafrecht wordt een andere visie gehuldigd: zo wordt er voor de toepassing van het befaamde artikel 492*bis* Sw. inzake misbruik van vennootschapsgoederen van uitgegaan dat de vereffenaar van een ontbonden vennootschap wel een “bestuurder in feite” kan

⁴⁸ B. GILLARD, *Misbruik van vennootschapsgoederen*, Gent, Larcier, 2017, 64. Zie over de autonomie van het strafrecht meer uitvoerig: R. LEGROS, “Essai sur l’autonomie du droit pénal”, *Rev.dr.pén.* 1955-56, 143-176.

⁴⁹ Zie A. DE NAUW en F. DERUYCK, *Overzicht van het Belgisch algemeen strafrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 35.

⁵⁰ Zie Cass. 27 maart 1995, *Arr.Cass.* 1995, 351, *Bull.* 1995, 362, *JT* 1995 (verkort), 704, *Pas.* 1995, I, 362; Cass. 2 oktober 2012, *Arr.Cass.* 2012, 2092, *Pas.* 2012, 1797, *JDSC* 2013, 256, *TRV* 2013, 779; Cass. 24 oktober 2012, *JLMB* 2013, 1452. Zie ook A. DE NAUW en F. DERUYCK, *Overzicht van het Belgisch algemeen strafrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 35-36.

⁵¹ Zie bv. Kh. Turnhout 10 december 2007, *RABG* 2008, 492, noot B. HUYLEBROEK en *JDSC* 2009, 122, noot P. KILESTE en C. STAUDT; D. VAN GERVEN, “Kroniek Vennootschapsrecht 2007-2008”, *TRV* 2008, (463) 494, nr. 89.

zijn⁵².

- *Het fiscaal recht* – Het fiscaal recht komt, net zoals het strafrecht, aan bod voor zover de behandeling ervan kan bijdragen tot de beantwoording van de hierboven gestelde onderzoeksvragen. Deze afbakeningskeuze is net zoals de keuze om het strafrecht uit te sluiten ingegeven door het voorwerp van dit proefschrift. Een omstandige analyse van alle fiscaalrechtelijke bepalingen inzake feitelijk bestuur zou het onderzoek te ver weg leiden van zijn kern.
- *Het insolventierecht* – Het insolventierecht krijgt in dit proefschrift een bijzondere plaats. De normering rond de figuur van de feitelijke bestuurder die in het verleden deel uitmaakte van de vennootschapswetgeving (de oude Venn.W. en nadien het W.Venn.), en in 2018, samen met het befaamde beroepsverbod (oud artikel 3bis KB nr. 22), werd overgeheveld naar de insolventiewetgeving (te weten: het huidige Boek XX WER), of beter gezegd, de interpretatie daarvan, is een belangrijke bron van inspiratie voor het onderzoek. Het gaat om de gelijkstellingen in de bijzondere bestuurdersaansprakelijkheden bij faillissement⁵³, en het bestuursverbod dat na faillissement kan worden opgelegd⁵⁴. Een meer omstandige analyse van de inhoudelijke draagwijdte daarvan kan bijdragen tot de beantwoording van de hierboven gestelde onderzoeksvragen en leidt het onderzoek allesbehalve weg van zijn kern. Het insolventierecht in zijn betekenis van “het recht dat de insolventie van ondernemingen beheerst”, komt in dit proefschrift in beginsel niet verder aan bod.

Komen in dit proefschrift verder ook aan bod, doch enkel voor zover relevant in relatie tot het gevoerde onderzoek: bepaalde aspecten van publiek recht en gemeen verbintenissenrecht, alsook het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht.

⁵² Zie B. TILLEMEN en P. TRAEST, “Misbruik van vennootschapsgoederen” in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (941) 977-978; S. LOSSY, “Misbruik van vennootschapsgoederen” in A. VANDEPLAS, P. ARNOU en S. VAN OVERBEKE (eds.), *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2019, losbl., (1) 6.

⁵³ Te weten: de aansprakelijkheden wegens kennelijk grove fout en in geval van achterstallige RSZ-schulden (de oude artikelen 63ter en 133bis Venn.W., zoals opgegaan in de artikelen 265, 409 en 530 W.Venn. en overgeheveld naar de huidige artikelen XX.225-226 WER).

⁵⁴ Oud artikel 3bis KB nr. 22, en thans artikel XX.229 WER.

II. AFBAKENING VAN DE MATERIE

14. Inhoudelijk omvat het onderzoek in dit proefschrift alle in het WVV geregelde vennootschaps- en verenigingsvormen met rechtspersoonlijkheid, d.w.z. de VOF, de CommV, de BV, de CV, de NV en de VZW⁵⁵. Het zwaartepunt wordt evenwel gelegd bij de BV, CV, NV en VZW. Ook de stichting komt beperkt aan bod. Op de Europese vennootschapsvormen (de SE en de SCE) en de IVZW wordt in beginsel niet verder ingegaan. Wanneer dit ter zake doet, wordt wel kort aangegeven of een regel of principe ook voor deze rechtspersonen relevant is.

15. Dat ervoor wordt gekozen om de figuur van de “feitelijke bestuurder”⁵⁶ in dit proefschrift te onderzoeken in alle in het WVV geregelde rechtspersonen zou niet mogen verbazen. De WVV-normering inzake feitelijk bestuur, die het voorwerp uitmaakt van dit proefschrift, maakt deel uit van Boek 2 van het WVV dat de bepalingen bevat die gemeenschappelijk zijn aan alle in het WVV geregelde rechtspersonen. Er zouden zeer moeilijk algemene conclusies uit het onderzoek kunnen worden getrokken wanneer een deel daarvan van het onderzoek zou worden uitgesloten.

De keuze om het zwaartepunt van het onderzoek te leggen bij de BV, CV, NV en VZW is vooral een pragmatische keuze. Uit een dwarsdoorsnede van de rechtsleer en een preliminaire analyse van de rechtspraak inzake feitelijk bestuur blijkt dat er voor deze rechtspersonen de meeste casuïstiek terug te vinden is.

16. De maatschap werd hierboven niet vermeld. Er wordt bewust voor gekozen om deze vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid⁵⁷ in dit proefschrift niet aan een afzonderlijke analyse te onderwerpen. De reden daarvoor is dat dit proefschrift de WVV-normering inzake feitelijk bestuur tot voorwerp heeft en de figuur van de “feitelijke bestuurder”⁵⁸ in de maatschap niet op een bijzondere wijze is genormeerd⁵⁹.

⁵⁵ Zie artikel 1:5, §2 en artikel 1:6, §2 WVV.

⁵⁶ In dit proefschrift wordt het begrip “feitelijke bestuurder” in een generieke betekenis gebruikt; het omvat ook de notie “feitelijke zaakvoerder” (VOF en CommV), tenzij uitdrukkelijk anders aangegeven.

⁵⁷ Zie artikel 1:5, §1 WVV.

⁵⁸ Opnieuw te begrijpen in een generieke betekenis.

⁵⁹ Ter zake geldt het gemeen verbintenissen- en aansprakelijkheidsrecht. Zie H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 53, nr. 80. Zie ook Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse

AFDELING 4. METHODOLOGIE

I. EEN KLASSIEK JURIDISCH ONDERZOEK MET RECHTSHISTORISCHE INZICHTEN

17. Het onderzoek in dit proefschrift volgt een klassieke rechtswetenschappelijke onderzoeksmethodologie⁶⁰. Het ontplooit zich in een literatuurstudie (onderzoek van de Belgische vennootschapsrechtsleer inzake feitelijk bestuur) en in een rechtspraakanalyse, die om praktische redenen wordt beperkt tot de gepubliceerde rechtspraak. Er wordt in dit proefschrift geen gebruik gemaakt van niet-juridische methodes van analyse, waarbij men in het bijzonder zou kunnen denken aan analyses vanuit een rechtseconomische invalshoek. De reden is dat zij niet nodig zijn voor de beantwoording van de hierboven gestelde onderzoeksvragen.

18. Omdat de huidige normering rond de figuur van de “feitelijke bestuurder” in het WVV historisch gezien niet de eerste normering inzake feitelijk bestuur is in een “vennootschapswet” en niet helemaal duidelijk is welke redenering (*ratio*) erachter schuilgaat, wordt het onderzoek ook rechtshistorisch gevoerd⁶¹. De idee is dat inzichten uit het verleden kunnen helpen om de huidige normering te kaderen en beter te begrijpen.

II. EEN RECHTSVERGELIJKEND ONDERZOEK: INTERN EN INTERNATIONAAL

19. Om te kunnen blootleggen of er achter de huidige WVV-normering inzake feitelijk bestuur gelijkaardige motieven en doelstellingen schuilgaan als achter andere normering inzake feitelijk bestuur, wordt er in combinatie met de eerdergenoemde rechtshistorische onderzoeksmethode in beperkte mate ook gebruik gemaakt van interne rechtsvergelijking met het fiscaal- en strafrecht⁶².

bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 36.

⁶⁰ Zie voor meer achtergrond bij deze onderzoeksmethodologie L. KESTEMONT, *Naar een rechtswetenschappelijke methodeleer*, Brugge, die Keure, 2017, 20-21.

⁶¹ Een rechtshistorisch onderzoek staat heel dicht bij een zogenaamde inter-temporele rechtsvergelijking, waarbij het recht geldend op diverse tijdstippen wordt vergeleken (zie D. PIETERS en B. DEMARSIN, *Rechtsvergelijking - De uitdagende wereld van het recht*, Leuven, Acco, 2018, 15). In dit proefschrift wordt expliciet gekozen voor een rechtshistorisch onderzoek, nu daaruit duidelijker bepaalde tendensen en ontwikkelingen naar voor komen, dan uit een vergelijking van twee of meer statische foto's (*i.e.* een inter-temporeel rechtsvergelijking onderzoek).

⁶² Zie wat de notie “interne rechtsvergelijking” betreft: D. PIETERS en B. DEMARSIN, *Rechtsvergelijking - De uitdagende wereld van het recht*, Leuven, Acco, 2018, 14.

De vergelijking wordt gelet op de afbakening van het onderzoek wel bewust beknopt gehouden en volledig ingebed in de historische analyse.

De bijzondere regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement en de regels aangaande het beroepsverbod dat bij faillissement kan worden opgelegd (thans terug te vinden in de insolventiewetgeving), worden eveneens bij de historische analyse betrokken. Omdat het denken rond de erin vervatte gelijkstellingen richtinggevend is voor de interpretatie van de WVV-normering rond de feitelijke bestuurder, gaat er in dit proefschrift naar deze bijzondere regels logischerwijze meer aandacht uit, dan naar de in het fiscaal- en strafrecht vervatte normering inzake feitelijk bestuur, die eveneens relevant is, maar slechts in mindere mate sturend is voor de interpretatie van het WVV.

20. Naast een beperkt intern rechtsvergelijkend onderzoek, wordt er in dit proefschrift ook een functioneel internationaal rechtsvergelijkend onderzoek gevoerd⁶³. Om de analyse overzichtelijk en beheersbaar te houden, wordt ervoor gekozen om niet alle elementen inhoudelijk aan een systematisch rechtsvergelijkend onderzoek te onderwerpen, maar andere rechtsstelsels slechts aan bod te laten komen wanneer de vergelijking interessante inzichten oplevert.

Een eerste rechtsstelsel waaruit rechtsvergelijkende inzichten worden geput, is het Franse rechtsstelsel. De keuze om naar het Franse recht te kijken, is ingegeven door de vaststelling dat dit recht in het verleden een bijzonder belangrijke inspiratiebron is geweest voor onze wetgever en de eerste auteurs die in de Belgische context over de figuur van de “feitelijke bestuurder” schreven. Ook vandaag blijven de parallellen tussen het Belgische en het Franse recht, die beide tot de *civil law*-familie behoren⁶⁴, groot. Heel wat argumenten uit de Franse rechtspraak en rechtsleer kunnen naar het Belgische recht worden doorgetrokken. Een vergelijking tussen beide rechtsstelsels kan

⁶³ Zie over de techniek van de functionele rechtsvergelijking uitvoerig: H.P. GLENN, “Aims of comparative law” in J.M. SMITS (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2006, 57-65. Zie ook F. GORLÉ, G. BOURGEOIS, H. BOCKEN, F. REYNTJENS, W. DE BONDT en K. LEMMENS, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 32-35. Zie wat de notie “*internationale rechtsvergelijking*” betreft: D. PIETERS en B. DEMARSIN, *Rechtsvergelijking - De uitdagende wereld van het recht*, Leuven, Acco, 2018, 14.

⁶⁴ Rechtsstelsels die tot dezelfde rechtsfamilie behoren kunnen vanuit een methodologisch oogpunt goed met elkaar worden vergeleken. Zie hierover A. E. ODERKERK, *De preliminaire fase van het rechtsvergelijkend onderzoek*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1999, 47-60.

de Belgische rechtsleer voeden en de Belgische rechtspraak inspireren. Om dit duidelijk te maken en de vergelijking zo inzichtelijk en bruikbaar mogelijk te maken, wordt de analyse van het Franse recht zoveel mogelijk geïntegreerd in het onderzoek naar het Belgische recht.

Naast de vergelijking met het Franse recht wordt er ook een vergelijking gemaakt met twee rechtsstelsels die tot de *common law*-familie behoren, met name het recht van het Verenigd Koninkrijk en het Australische recht⁶⁵. De vergelijking gebeurt opnieuw met een functionele bril op; het is niet de bedoeling om dit vreemd recht in dit proefschrift *in extenso* te behandelen. De vergelijking met het recht van het Verenigd Koninkrijk en Australië is om verschillende redenen interessant voor het onderzoek. De eerste – en meteen ook belangrijkste – reden is dat beide landen er in het verleden voor hebben gekozen om bijzondere normering rond de figuur van de “feitelijke bestuurder” aan te nemen in hun basiswetgeving inzake vennootschappen, net zoals onze wetgever in 2019 heeft gedaan in het WVV. Het is interessant om na te gaan waarom deze keuze werd gemaakt, en of zij tot gevolg heeft dat er in deze landen ook buiten de context van een faillissement procedures worden ingeleid tegen personen die bij ons gevat worden onder de noemer “feitelijke bestuurders”. Een tweede reden waarom de vergelijking interessant is, is omdat er in beide landen, anders dan bij ons niet slechts één notie “feitelijke bestuurder” bestaat, maar een onderscheid wordt gemaakt tussen de concepten “*de facto director*” enerzijds, en “*shadow director*” anderzijds. In het recht van het Verenigd Koninkrijk is het concept “*de facto director*” een zuiver jurisprudentiële creatie en kent het concept “*shadow director*” een wettelijke definitie⁶⁶. In het Australische recht wordt er vertrokken van een algemene wettelijke definitie van “*director*”, waaronder de concepten “*de facto director*” en “*shadow director*” worden vervat⁶⁷. Dit is een andere benadering dan in het Belgische recht. Het is waardevol om te onderzoeken of zulk onderscheid en dan in het bijzonder de wettelijke omschrijving ervan ook in ons recht een meerwaarde zou kunnen bieden. Een derde reden waarom de vergelijking interessant is, is omdat er in beide landen heel wat rechtspraak en

⁶⁵ De vergelijking van het Belgische recht (*civil law*) met het recht van twee landen die tot een andere rechtsfamilie worden gerekend, is methodologisch verantwoord omdat de gekozen rechtsstelsels juridische concepten kennen die functioneel een grote parallel vertonen met onze notie “feitelijke bestuurder”. Zie voor een theoretische duiding hierbij: G. DANNEMAN, “Comparative law: study of similarities or differences?” in M. REIMANN en R. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, New York, 2006, 383-419.

⁶⁶ Zie sectie 251 van de *Companies Act 2006*.

⁶⁷ Zie sectie 9 van de *Corporations Act 2001*.

rechtsleer bestaat over de “*duties and obligations imposed on de facto / shadow directors*”. Hier wordt in de Belgische context een stuk minder aandacht aan besteed. De vergelijking met het recht van het Verenigd Koninkrijk en het Australische recht wordt verder uitgewerkt in Deel 3 van dit proefschrift.

**DEEL 1. EEN ZOEKTOCHT NAAR DE *RATIO* ACHTER
DE BELGISCHE NORMERING ROND DE FIGUUR VAN
DE “FEITELIJKE BESTUURDER”**

21. In Deel 1 van dit proefschrift wordt onderzocht in welke wetsbepalingen de Belgische wetgever allemaal normering rond de figuur van de “feitelijke bestuurder” heeft uitgewerkt en waarom die normering precies noodzakelijk werd geacht. De bedoeling is om het denken van de wetgever op het gebied van normering inzake feitelijk bestuur bloot te leggen en de motieven en doelstellingen erachter in kaart te brengen, om te kunnen beoordelen of de WVV-normering inzake feitelijk bestuur – die in de memorie van toelichting maar heel summier wordt toegelicht – door gelijkaardige motieven en doelstellingen geïnspireerd zou kunnen zijn. De analyse is opgedeeld in twee hoofdstukken. In hoofdstuk 1 wordt de Belgische normering rond de figuur van de “feitelijke bestuurder” in kaart gebracht, en worden de verschillende wetsbepalingen waarin de figuur van de “feitelijke bestuurder” (expliciet) wordt geviseerd, opgelijst. In hoofdstuk 2 wordt nagegaan of het denken achter die normering eenduidig is, dan wel verschilt van bepaling tot bepaling.

HOOFDSTUK 1

DE BELGISCHE NORMERING

RONDE DE FIGUUR VAN DE

“FEITELIJKE BESTUURDER”

AFDELING 1. INLEIDING

22. De wetgever heeft door de jaren heen diverse wetsbepalingen uitgewerkt waarin personen die geen bestuurder in een rechtspersoon zijn, soms toch worden behandeld alsof zij dat wel waren. Zij worden – hoewel de wetgever dit begrip zelf zelden in de mond neemt – in de rechtspraak en de rechtsleer stuk voor stuk “feitelijke bestuurders” genoemd. In dit hoofdstuk zal aan de hand van een historisch overzicht worden nagegaan om welke bepalingen het precies gaat en waarom de wetgever het nodig vond om deze bepalingen in te voeren. Er wordt dus op zoek gegaan naar de oorsprong van de notie “feitelijke bestuurder” in de wet én haar *raison d’être*. Tegelijk wordt ook nagegaan of er door de jaren heen belangrijke evoluties in de wetgeving kunnen worden ontwaard. Dit alles gebeurt op een chronologische wijze, tenzij de coherentie uitzonderlijk vereist dat een thema inhoudelijk op dezelfde plaats wordt behandeld.

AFDELING 2. WETSHISTORIEK

23. Onze reis doorheen de tijd begint aan het begin van de twintigste eeuw en start, anders dan men misschien zou verwachten, niet in het domein van het vennootschapsrecht, maar in het fiscaal recht, meer bepaald bij de begrotingswet van 30 december 1901⁶⁸. In artikel 1, §2, lid 2 van deze wet werd voor het eerst een gelijkstelling opgenomen tussen “*anderen die bedieningen uitoefenen welke met die van beheerder gelijkstaan*” (in de Franstalige tekst: “*autres remplissant des fonctions analogues*”) en bestuurders, of beheerders, zoals zij destijds werden genoemd.

⁶⁸ Wet 30 december 1901 inhoudende de Begroting van ’s Lands Middelen voor het dienstjaar 1902, BS 1 januari 1902, 2.

Artikel 1, §2 van de wet van 30 december 1901 luidde voluit als volgt: “*Bij wijziging in artikel 6 der wet van 21 mei 1819 en in de bij die wet gevoegde tabel nr. 11, worden de beheerders en commissarissen der naamloze vennootschappen en der vennootschappen bij wijze van geldschieting door aandeelen, voor het patentrecht aangeslagen wegens het bedrag der jaarwedden, vooraflichtingen en het bijkomende door hen genoten gedurende het jaar, hetwelk dat der aandeelsbepaling onmiddellijk voorafgaat, volgens de taxe vastgesteld voor het patentrecht dier vennootschappen*” (lid 1). “*Worden met de beheerders of met de commissarissen gelijkgesteld, de gouverneurs, directeurs, censoren en andere die bedieningen uitoefenen welke met die van beheerder of commissaris gelijkstaan*” (lid 2 – eigen nadruk).

De invoering ervan moet worden begrepen tegen de achtergrond van het patentrecht, een directe belasting op beroepsinkomsten die aan onze huidige inkomstenbelastingen voorafging⁶⁹. Aan het begin van de jaren 1900 werd door de regering besloten om deze belasting voor beheerders en commissarissen van naamloze en commanditaire vennootschappen te verhogen⁷⁰. Dit liet toe om bedienden met een beperkt jaarwedde van minder dan 1.200 frank van belasting te ontlasten⁷¹. Uit het rapport van de voorafgaande besprekingen in de Kamer blijkt dat de wetgever met een ruime formulering van de relevante wetsbepalingen vooral de belangen van de staatskas wilde vrijwaren⁷². De wetgever wilde klaarblijkelijk vermijden dat (al dan niet vanuit het buitenland opererende) personen die functies uitoefenden die analoog waren aan die van een beheerder, aan de belasting zouden (kunnen) ontkomen⁷³.

Artikel 2 van de begrotingswet van 28 december 1904⁷⁴ wijzigde de formulering van voormelde gelijkstelling in het Nederlands niet veel later in “*anderen die eene betrekking uitoefenen welke overeenkomt met degene van beheerder*”. Dit blijkt niet veel meer dan een andere vertaling, nu de tekst in het Frans gewoon “*autres remplissant des fonctions analogues*” bleef luiden.

⁶⁹ Het patentrecht werd geheven op basis van een indeling in verschillende beroepscategorieën. Zie voor de historiek van deze belasting P. JANSSENS, H. VERBOVEN en A. TIBERGHIE, *Drie Eeuwen Belgische Belastingen: Van contributies, controleurs en belastingconsulenten*, Brussel, Fiscale Hogeschool, 1990, 172-176.

⁷⁰ *Hand. Kamer* 1901-02, 20 december 1901, 335.

⁷¹ *Hand. Kamer* 1901-02, 20 december 1901, 335. Zie ook Verslag namens de Middenafdeeling uitgebracht door den heer WAUWERMANS, *Parl.St. Kamer* 1918-19, nr. 320, 55.

⁷² *Hand. Kamer* 1901-02, 20 december 1901, 335.

⁷³ *Hand. Kamer* 1901-02, 20 december 1901, 335. Zie ook Note préliminaire bij het Wetsontwerp inhoudende de begroting van 's Lands middelen voor het dienstjaar 1905, *Parl.St. Kamer* 1904-05, nr. 4 – I, 3-4.

⁷⁴ Wet 28 december 1904 inhoudende de begroting van 's Lands middelen voor het dienstjaar 1905, *BS* 30 december 1904, 6553.

24. Ook in de daarop volgende fiscale wetgeving werd telkens een wettelijke gelijkstelling opgenomen. In artikel 5, §2 van de wet van 1 september 1913⁷⁵ werd gesproken over “*alle anderen die betrekkingen, overeenkomende met diegene van beheerder waarnemen*”. Deze formulering verschilt licht van de door de wet van 28 december 1904 gewijzigde gelijkstelling, maar dit is opnieuw het gevolg van een andere vertaling in het Nederlands. Zo blijkt uit de memorie van toelichting bij artikel 5⁷⁶ die duidelijk maakt dat dit artikel gewoon de tekst van het oude artikel 2 overnam, en het feit dat de formulering van de gelijkstelling in het Frans wederom ongewijzigd bleef.

In artikel 35, §4, lid 1 van de na-oorlogse fiscale wet van 29 oktober 1919 tot vestiging van cedulaire belastingen op de inkomsten en van eene bijkomende belasting op het globaal inkomen⁷⁷ was er sprake van beheerders en “*anderen die gelijkaardige ambten waarnemen*”.

Artikel 35, §4, lid 1 van de wet van 29 oktober 1919, dat betrekking had op de bedrijfsbelasting (een van drie in 1919 nieuw ingevoerde cedulaire belastingen), luidde voluit als volgt: “*Met afwijking van de §§2 en 3 wordt de belasting gelijkelijk bepaald: 1° Op 2 t. h. voor de inkomsten in den vreemde of in de kolonie behaald en belast; 2° Op 10 t. h. voor de winsten der vreemde vennootschappen op aandelen en de vergoedingen der beheerders, commissarissen, vereffenaars of anderen die gelijkaardige ambten waarnemen bij Belgische, vreemde of tot de kolonie behorende vennootschappen op aandelen*” (eigen nadruk).

Het betrof in wezen nog maar eens een andere Nederlandstalige vertaling van dezelfde wettelijke

⁷⁵ Wet 1 september 1913 waarbij, in vervanging van het evenredig patentrecht en van het evenredig mijnrecht, eene taxe wordt gevestigd op de inkomsten of winsten behaald in de vennootschappen op aandelen en waarbij de wetgeving, in zake patentrecht voor sommige financieële- en nijverheidsberoepen wordt gewijzigd, *BS* 8-9 september 1913, 5931.

⁷⁶ De memorie van toelichting bij artikel 5 bevat letterlijk volgende passage: “*Die voorgestelde tekst neemt insgelijkt artikel 2 der wet van 28 december 1904 over, waarbij met de beheerders en commissarissen gelijkgesteld worden de gouverneurs, bestuurders, censoren en alle andere die eene betrekking uitoefenen welke overeenkomt met degene van beheerder of van commissaris.*” Zie Wetsontwerp 31 mei 1913 waarbij, in vervanging van het evenredig patentrecht en het evenredig mijnrecht, eene taxe wordt gevestigd op de inkomsten of winsten behaald in de vennootschappen op aandelen en in zekere financieële- en nijverheidsbedrijven, *Parl.St.* Kamer 1912-13, nr. 291, 11.

⁷⁷ Wet 29 oktober 1919 tot vestiging van cedulaire belastingen op de inkomsten en van eene bijkomende belasting op het globaal inkomen, *BS* 24-25 november 1919, 6370.

gelijkstelling, dit maal in de context van de cedulaire⁷⁸ belastingen⁷⁹, een stelsel van belastingen dat een aantal bestaande belastingen (waaronder het hiervoor genoemde patentrecht) verving⁸⁰. In het Frans verwees de tekst net als voorheen naar “*des fonctions analogues*”. Hoewel de wetgever nergens uitdrukkelijk aangeeft waarom hij ook hier een gelijkstelling opnam, lijkt het logisch dat hij dit vanuit dezelfde overweging deed als in 1901, met name om de belangen van de staatskas te vrijwaren. De wet van 29 oktober 1919 ging na wijziging door de wet van 3 augustus 1920⁸¹, en na ordening bij KB van 9 augustus 1920⁸², op in de zogenaamde “samengeordende wetten op de inkomstenbelastingen” of “SWIB”⁸³.

Artikel 19, I van de wet van 13 juli 1930⁸⁴ zorgde voor een vierde keer voor een andere formulering van de gelijkstelling in het Nederlands. Het voerde een belangrijke wijziging door aan de tekst van artikel 25, §1, 2° SWIB dat de nieuwe wettelijke grondslag werd voor de gelijkstelling.

Artikel 25, §1, 2° SWIB luidde voluit als volgt: “*De bedrijfsbelasting treft al de nagemelde inkomsten: 2° De verschillende bezoldigingen: a) Van alle personen bezoldigd door een derde, zonder verbonden te zijn door een aannemingscontract, met inbegrip van de verkrijgers van pensioenen of lijfrenten; b) Van de beheerders, commissarissen of vereffenaars van de vennootschappen op aandelen, met inbegrip van de*

⁷⁸ Het woord “cedulair” is en was voor de meeste mensen onverstaanbaar. Het blijkt te zijn ingegeven door de wens geleerd over te komen. Het woord komt rechtstreeks van het woord “schedule” dat voor de Engelstaligen allicht begrijpbaar klinkt, onrechtstreeks van het oude-Franse “schedule” en het laat-Latijnse “schedula” (dat “lijst” of “noot” of rekening “betekent”) en blijkt ook verwant te zijn met het Sanskriet “chhid” (dat “klieven” betekent). Zie P. JANSSENS, H. VERBOVEN en A. TIBERGHIE, *Drie Eeuwen Belgische Belastingen: Van contributies, controleurs en belastingconsulenten*, Brussel, Fiscale Hogeschool, 1990, 251, vn. 13.

⁷⁹ Het stelsel van de cedulaire belastingen bestond uit vier belastingen: drie cedulaire belastingen op de inkomsten van onroerende goed (de “*belasting op de inkomsten van de grondeigendommen of grondbelasting*”), van roerende goederen (de “*belasting op het inkomen van roerend kapitaal of belasting op roerende zaken*”) en van bedrijfswerkzaamheid (de “*belasting op de bedrijfsinkomsten of bedrijfsbelasting*”), en één belasting op het totale inkomen of “globaal” inkomen (de “*bijkomende inkomstenbelasting of supertaxe*”). Zie P. JANSSENS, H. VERBOVEN en A. TIBERGHIE, *Drie Eeuwen Belgische Belastingen: Van contributies, controleurs en belastingconsulenten*, Brussel, Fiscale Hogeschool, 1990, 251.

⁸⁰ Werden afgeschaft: de oude grondbelasting, de personele belasting op huurwaarde, deuren, venster en meubilair, het patentrecht en de belasting op de winsten van vennootschappen. Zie hierover P. JANSSENS, H. VERBOVEN en A. TIBERGHIE, *Drie Eeuwen Belgische Belastingen: Van contributies, controleurs en belastingconsulenten*, Brussel, Fiscale Hogeschool, 1990, 250.

⁸¹ Wet 3 augustus 1920 tot wijziging der wetgeving betreffende de belastingen op de inkomsten, *BS* 14 augustus 1920, 5946.

⁸² KB 9 augustus 1920 houdende de samengeordende wetten van 29 oktober 1919 en van 3 augustus 1920, tot vestiging van cedulaire belastingen op de inkomsten en van eene bijkomende belasting op het globaal inkomen, *BS* 14 augustus 1920, 5948.

⁸³ Zie hierover ook P. JANSSENS, H. VERBOVEN en A. TIBERGHIE, *Drie Eeuwen Belgische Belastingen: Van contributies, controleurs en belastingconsulenten*, Brussel, Fiscale Hogeschool, 1990, 250.

⁸⁴ Wet 13 juli 1930 houdende wijziging van de wetten op de rechtstreekse belastingen, *BS* 16 juli 1930, 3727.

gouverneurs, bestuurders, regenten, censoren en anderen die soortgelijke ambten vervullen als deze belastingplichtigen” (eigen nadruk).

Er werd voortaan niet langer gesproken over “anderen die gelijkaardige ambten waarnemen”, maar over “*anderen die soortgelijke ambten vervullen*”. Aan deze tekstuele wijziging moet, wat de gelijkstelling zelf betreft, opnieuw niet al te veel gewicht worden toegekend. In de Franstalige tekst van de wet had de wetgever het immers nog altijd over “*des fonctions analogues*”. Wel relevant om te noteren is dat de fiscus in de jaren 1930 gretig begon gebruik te maken van de in artikel 25, §1, 2° b) SWIB opgenomen gelijkstelling tussen beheerders en zij die “soortgelijke ambten” vervullen⁸⁵. Om te begrijpen waarom dat gebeurde is het van belang om te weten dat de vergoedingen toegekend aan beheerders van vennootschappen in die periode een stuk zwaarder werden belast dan de bezoldigingen van werknemers⁸⁶. Dit had in de praktijk tot gevolg dat vele beheerders hun beheersmandaat vaarwel zeiden en als werknemer of directeur gingen werken⁸⁷. Zij genoten dan enkel nog inkomsten uit een dienstbetrekking die lager werden belast. De fiscus stelde vast dat vele van deze voormalige beheerders of personen die voordien als beheerder zouden zijn benoemd, taken en bevoegdheden uitoefenden die normaal aan een beheerder toekwamen. Hij kon daar via artikel 25, §1, 2° b) SWIB tegen ingaan en de aan hen uitbetaalde vergoedingen als inkomsten verkregen uit soortgelijke ambten als die van beheerders taxeren⁸⁸.

25. Het feit dat de in artikel 25, §1, 2° b) SWIB opgenomen gelijkstelling in de praktijk een succesnummer bleek, is ongetwijfeld één van de redenen waarom de wetgever ook in de opvolger van het SWIB, het Wetboek van de Inkomstenbelastingen van 1964 (het “WIB64”), een wettelijke gelijkstelling opnam. Het WIB64 kwam tot stand via de wet van 20 november 1962 houdende hervorming van de inkomstenbelastingen⁸⁹ en het KB van 26 februari 1964 tot coördinatie van de

⁸⁵ E. BOURS, “Régime fiscal applicable aux dirigeants non-administrateurs de sociétés par actions”, *Ann.dr.Lg.* 1982, (379) 380; D. DESCHRIJVER, *Bedrijfsvoorheffing*, Gent, Larcier, 2016, 192-193.

⁸⁶ D. DESCHRIJVER, *Bedrijfsvoorheffing*, Gent, Larcier, 2016, 193.

⁸⁷ E. BOURS, “Régime fiscal applicable aux dirigeants non-administrateurs de sociétés par actions”, *Ann.dr.Lg.* 1982, (379) 380.

⁸⁸ Merk op dat het argument dat vergoedingen toegekend aan bestuurders zwaarder worden belast dan bezoldigingen van werknemers vandaag niet meer speelt. Er is echter wel nog altijd een onderscheid wat betreft de heffing van de belasting. Zo zijn vergoedingen toegekend aan bestuurders zowel onderworpen aan het stelsel van de bedrijfsvoorheffing als het stelsel van de vrijwillige voorafbetalingen. Zie ook D. DESCHRIJVER, *Bedrijfsvoorheffing*, Gent, Larcier, 2016, 193.

⁸⁹ Wet 20 november 1962 houdende hervorming van de inkomstenbelastingen, *BS* 1 december 1962, 10674.

wetsbepalingen betreffende de inkomstenbelastingen⁹⁰. Artikel 20, 2° b) van dit wetboek nam de tekst van artikel 25, §1, 2° b) SWIB integraal over⁹¹.

26. In de jaren 1970 werd opnieuw aan de tekst van de gelijkstelling inzake bezoldigingen van beheerders gesleuteld. Dat gebeurde via artikel 15 van de programmawet van 5 januari 1976⁹². Naast een aantal inhoudelijke wijzigingen aan artikel 20 WIB64 zelf, werd voor de zesde keer voor een andere vertaling van de bewoordingen “*fonctions analogues*” gekozen. Waarom dit precies gebeurde, wordt nergens in de voorbereidende documenten vermeld. Er werd vanaf dat ogenblik in artikel 20, 2°, b) echter niet langer gesproken over de vervulling van “soortgelijke ambten”, maar over de vervulling van een “*soortgelijke opdracht of taak*”.

De tekst van het gewijzigde artikel 20, 2°, b) luidde voluit als volgt: “*De bedrijfsbelasting treft al de nagemelde inkomsten: 2° De verschillende bezoldigingen: b) van beheerders, commissarissen, vereffenaars of andere personen die een soortgelijke opdracht of taak vervullen in een Belgische of buitenlandse vennootschap op aandelen of in enige andere rechtspersoon naar Belgisch of buitenlands recht welke voor de toepassing van de vennootschapsbelasting met een vennootschap op aandelen is gelijkgesteld of ermede zou zijn gelijkgesteld indien de maatschappelijke zetel, de voornaamste inrichting of de zetel van bestuur of beheer ervan in België zou zijn gelegen;*” (eigen nadruk).

Artikel 17 van de programmawet van 5 januari 1976 voerde ook een nieuw artikel 27 in het WIB64 in, waarin aan de hand van een opsomming werd verduidelijkt wat precies moest worden verstaan onder bezoldigingen van beheerders. Ook in dit nieuwe artikel 27, §1, lid 1 WIB64, dat verwees naar het gewijzigde artikel 20, 2°, b) WIB64, werden de bewoordingen “soortgelijke opdracht of taak” opgenomen.

Artikel 27, §1, lid 1 WIB64 luidde voluit als volgt: “*Tot de in artikel 20, 2°, b, bedoelde bezoldigingen behoren, ongeacht de schuldenaar, de benaming en de wijze waarop zij worden vastgesteld en toegekend, alle beloningen die voor de verkrijger de opbrengst vertegenwoordigen van een opdracht als beheerder, commissaris of vereffenaar of van een soortgelijke opdracht of taak die krachtens een volmacht of een*

⁹⁰ KB 26 februari 1964 tot coördinatie van de wetsbepalingen betreffende de inkomstenbelastingen, *BS* 10 april 1964, 3809.

⁹¹ Zo blijkt uit de verklarende voetnoten en de tabel van overeenstemming bij het KB van 26 februari 1964. Zie KB 26 februari 1964 tot coördinatie van de wetsbepalingen betreffende de inkomstenbelastingen, *BS* 10 april 1964, 3816 en 3911.

⁹² Wet 5 januari 1976 betreffende de budgettaire voorstellen 1975-1976, *BS* 6 januari 1976, 81.

contract in een vennootschap op aandelen of in een daarmede gelijkgestelde Belgische of buitenlandse rechtspersoon wordt vervuld” (eigen nadruk).

27. Tot dusver had de wetgever enkel in de fiscale wetgeving bijzondere aandacht besteed aan het gegeven dat een vennootschap ook door een andere persoon kan worden geleid dan een formeel benoemde bestuurder. Daar kwam aan het einde van de jaren 1970 verandering in. De wetgever voerde in die periode via de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering⁹³ – een van de befaamde anticrisiswetten⁹⁴ die in de nasleep van de oliecrisis onze economie terug op de rails moesten krijgen – ook in de vennootschapswetgeving een wettelijke gelijkstelling in. Dat gebeurde via de artikelen 91 en 94 van deze wet die twee nieuwe artikelen 63ter (NV) en 133bis (PVBA, later BVBA) invoegden in de toenmalige gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen⁹⁵ (de “Venn.W.”).

Artikel 63ter Venn.W. luidde voluit als volgt: *“Indien bij faillissement van de vennootschap de lasten de baten overtreffen en indien wordt vastgesteld dat een door hen begane kennelijk grove fout heeft bijgedragen tot het faillissement, kan iedere beheerder of gewezen beheerder alsmede **ieder ander persoon die ten aanzien van de zaken van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid heeft gehad**, persoonlijk aansprakelijk worden verklaard, met of zonder hoofdelijkheid, voor het geheel of een deel van de schulden van de vennootschap tot het beloop van het gebrek aan activa”* (eigen nadruk).

Artikel 133bis Venn.W. kende ietwat andere bewoordingen en luidde voluit: *“Artikel 63ter is toepasselijk op de zaakvoerders, de gewezen zaakvoerders van personenvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, alsmede op **de personen die ten aanzien van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad**”* (lid 1 – eigen nadruk). *“Het is nochtans niet toepasselijk op de personen bedoeld in het vorige lid, wanneer de gefailleerde vennootschap in de loop van de drie boekjaren die het faillissement voorafgaan, een gemiddeld omzetscijfer van minder dan 25 miljoen frank, buiten de belasting over de toegevoegde waarde heeft verwezenlijkt, en wanneer het totaal van de balans bij het einde van het jongste boekjaar niet hoger was dan 15 miljoen frank”* (lid 2).

⁹³ Wet 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering, BS 17 augustus 1978, 9106.

⁹⁴ Zie ook A. HAELTERMAN, “De zaak Bodart-Fittings als toepassing van artikel 63ter Venn.W.: de kennelijk grove fouten van de staat”, *Jura Falc.* 1982-83, (373) 373; Y. MERCHIEERS, “Aansprakelijkheid van bestuurders in N.V. en B.V.B.A.”, *TPR* 1986, (405) 405, nr. 1.

⁹⁵ Worden bedoeld: de op 30 november 1935 gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen, zoals destijds opgenomen in het Wetboek van Koophandel, Boek I – Titel IX. – Handelsvennootschappen (BS 5 december 1935, 7707).

Krachtens deze nieuwe bepalingen konden (gewezen) beheerders of (gewezen) zaakvoerders in geval van faillissement van een vennootschap met ontoereikend actief persoonlijk aansprakelijk worden verklaard, met of zonder hoofdelijkheid, voor het geheel of een deel van de schulden van de vennootschap tot het beloop van het gebrek aan activa, indien werd vastgesteld dat een door hen begane kennelijk grove fout had bijgedragen tot het faillissement.

Deze bijzondere aansprakelijkheidsregel gold niet enkel voor (gewezen) beheerders of (gewezen) zaakvoerders, maar – en zie hier de nieuwe gelijkstelling – ook voor “*ieder ander persoon die ten aanzien van de zaken van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid heeft gehad*” (NV) resp. “*de personen die ten aanzien van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad*” (BVBA). Waarom de wetgever in het NV-recht voor een andere formulering koos dan in het BVBA-recht, is niet duidelijk.

Uit de memorie van toelichting bij het ontwerp van wet tot economische heroriëntering blijkt dat de belangrijkste reden voor de invoering van de artikelen 63ter en 133bis Venn.W. was gelegen in de strijd tegen de zogenaamde koppelbazen⁹⁶. Deze figuren, die men zou kunnen omschrijven als tussenpersonen die werknemers ronselen met de bedoeling om hen onder de reguliere marktprijs uit te lenen aan andere ondernemingen, vormden lange tijd een ware plaag⁹⁷. De wetgever stelde vast dat zij in de praktijk vaak gebruik maakten van sterk ondergefinancierde vennootschappen als dekmantel voor hun werkelijke activiteiten. Van zodra die dreigden te worden blootgelegd, lieten zij de betrokken vennootschappen, die vaak slechts in feite door hen werden bestuurd⁹⁸, gewoon failliet gaan en dit zonder enig schadelijk gevolg, noch voor hun persoonlijk patrimonium, noch voor de mogelijkheid om hun ongeoorloofde activiteiten onder een andere dekmantel verder te zetten⁹⁹. De wetgever hoopte hieraan via de artikelen 63ter en 133bis Venn.W. paal en perk te kunnen stellen.

⁹⁶ Memorie van toelichting bij het ontwerp van wet tot economische heroriëntering, *Parl.St.* Senaat 1977-78, nr. 415/1, 46.

⁹⁷ Zie ook K. SALOMEZ, “Koppelbazen in het sociaal strafrecht” in F. DERUYCK en M. ROZIE (eds.), *Liber Amicorum Alain de Nauw: het strafrecht bedreven*, Brugge, die Keure, 2011, (771) 771-773.

⁹⁸ Memorie van toelichting bij het ontwerp van wet tot economische heroriëntering, *Parl.St.* Senaat 1977-78, nr. 415/1, 47.

⁹⁹ Memorie van toelichting bij het ontwerp van wet tot economische heroriëntering, *Parl.St.* Senaat 1977-78, nr. 415/1, 47.

Vershillende senatoren merkten tijdens de bespreking van deze nieuwe vennootschapsrechtelijke bepalingen op dat zij een wel erg ruime draagwijdte kenden en heel wat meer personen viseerden dan enkel de koppelbazen. Uit een verslag dat destijds werd uitgebracht namens de bijzondere commissie belast met het onderzoek van het ontwerp van wet tot economische heroriëntering blijkt dat diverse senatoren de regering verzochten om artikel 91 van het ontwerp van wet in te trekken¹⁰⁰. Zij waren van mening dat andere artikelen van het ontwerp – in het bijzonder deze die voorzagen in de invoering van een stelsel van oprichtersaansprakelijkheid gekoppeld aan de verplichting om een financieel plan op te stellen¹⁰¹ – ruim volstonden om de kwaal van de koppelbazen te bestrijden. Het voorgestelde artikel 63ter Venn.W. had volgens hen inhoudelijk weinig of niets te maken met de strijd tegen de koppelbazen en zou in tijden van crisis meer kwaad dan goed hebben gedaan¹⁰². Alle kritieken ten spijt, koos de wetgever er uiteindelijk toch voor om deze bepaling in te voeren. Hij verantwoordde zijn positie door te benadrukken dat artikel 63ter Venn.W. gewoon een kopie was van een bepaling uit een Franse wet die reeds sinds 1967 van kracht was en dat wij in België dus zeker niet de eerste waren om hieraan te denken¹⁰³. Interessant om te noteren is dat de Franse wetgever in artikel 99 van *la Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes*¹⁰⁴ – waar onze wetgever de mosterd voor artikel 63ter Venn.W. haalde – niet sprak over “*tout autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société*”, maar over “*les dirigeants sociaux, de droit ou de fait, apparents ou occultes*”¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Verslag namens de bijzondere commissie belast met het onderzoek van het ontwerp van wet tot economische heroriëntering uitgebracht door de heren GIJS, LAGAE, VERNIMMEN, HERMAN, Mevr. PETRY en de heer VAN DER ELST, *Parl.St.* Senaat 1977-78, nr. 415/2, 150.

¹⁰¹ Worden bedoeld: de artikelen 89 en 90 tot invoering van de artikelen 29ter en 35, 6° in de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen (deze laatste artikelen werden naderhand opgenomen in de artikelen 444 en 449 W.Venn., respectievelijk in het artikel 456 W.Venn.).

¹⁰² Verslag namens de bijzondere commissie belast met het onderzoek van het ontwerp van wet tot economische heroriëntering uitgebracht door de heren GIJS, LAGAE, VERNIMMEN, HERMAN, Mevr. PETRY en de heer VAN DER ELST, *Parl.St.* Senaat 1977-78, nr. 415/2, 150.

¹⁰³ Verslag namens de bijzondere commissie belast met het onderzoek van het ontwerp van wet tot economische heroriëntering uitgebracht door de heren GIJS, LAGAE, VERNIMMEN, HERMAN, Mevr. PETRY en de heer VAN DER ELST, *Parl.St.* Senaat 1977-78, nr. 415/2, 150.

¹⁰⁴ Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, *JORF* 14 juillet 1967, 7059.

¹⁰⁵ Artikel 99 van *La Loi n°67-563* luidde voluit als volgt: “*Lorsque le règlement judiciaire ou la liquidation des biens d’une personne morale fait apparaître une insuffisance d’actif, le tribunal peut décider, à la requête du syndic, ou même d’office, que les dettes sociales seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les*

28. De wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering introduceerde niet alleen twee nieuwe bepalingen in de vennootschapswetgeving. Zij bracht ook verschillende wijzigingen aan aan het KB nr. 22 van 24 oktober 1934¹⁰⁶ houdende de mogelijkheid om een beroepsverbod op te leggen. Eén van die wijzigingen, opgenomen in artikel 87 van de wet, was de invoering van een nieuw artikel 3bis in het KB nr. 22. Op grond van dit artikel 3bis kon de rechter na het faillissement van een vennootschap aan een beheerder of zaakvoerder het verbod opleggen om nog enige taak van beheerder of zaakvoerder uit te oefenen, wanneer was komen vast te staan dat zijn kennelijk grove fout had bijgedragen tot het faillissement. Deze mogelijkheid gold luidens artikel 3bis, §1 niet enkel ten aanzien van beheerders en zaakvoerders van een in staat van faillissement verklaarde vennootschap, maar ook – en hier zien we opnieuw een wettelijke gelijkstelling – ten aanzien van “*enig ander persoon die zonder beheerder of zaakvoerder te zijn, werkelijk de bevoegdheid zal hebben gehad om de in staat van faillissement verklaarde vennootschap te beheren*”.

Artikel 3bis, §1 van het KB nr. 22 van 24 oktober 1934 luidde voluit als volgt: “*Voor de toepassing van dit artikel worden met de gefailleerde gelijkgesteld, de beheerders en zaakvoerders van een in staat van faillissement verklaarde handelsvennootschap wier ontslag niet een jaar voor de faillietverklaring in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad is bekendgemaakt, alsmede enig ander persoon die zonder beheerder of zaakvoerder te zijn, werkelijk de bevoegdheid zal hebben gehad de in staat van faillissement verklaarde vennootschap te beheren*” (eigen nadruk).

De invoering van artikel 3bis was net als de invoering van de artikelen 63ter en 133bis Venn.W. over de kennelijk grove fout ingegeven door de strijd tegen de koppelbazen¹⁰⁷. De wetgever wilde

dirigeants sociaux, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux” (lid 1 – eigen nadruk). “*L'action se prescrit par trois ans à compter de l'arrêté définitif des créances. En cas de résolution ou d'annulation du concordat, la prescription, suspendue pendant le temps qu'a duré le concordat, recommence à courir. Toutefois, le syndic dispose à nouveau, pour exercer l'action, d'un délai qui ne peut en aucun cas être inférieur à un an*” (lid 2). “*Pour dégager leur responsabilité, les dirigeants impliqués doivent faire la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires*” (lid 3).

¹⁰⁶ Wordt bedoeld: het KB nr. 22 van 24 oktober 1934 houdende verbod, ten opzichte van sommige veroordeelden en van de gefailleerden om deel te nemen aan het beheer van en het toezicht over de vennootschappen op aandelen, de personenvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, de coöperatieve vennootschappen en om het beroep van wisselagent uit te oefenen of de bedrijvigheid van depositobanken waar te nemen (BS 27 oktober 1934, 5768). De wet van 4 augustus 1978 wijzigde het opschrift van dit KB in “*waarbij aan bepaalde veroordeelden en aan de gefailleerden verbod wordt opgelegd bepaalde ambten, beroepen of werkzaamheden uit te oefenen of waarbij aan de rechtbanken van koophandel de bevoegdheid wordt toegekend dergelijk verbod uit te spreken*” (art. 82).

¹⁰⁷ Memorie van toelichting bij het ontwerp van wet tot economische heroriëntering, *Parl.St.* Senaat 1977-78, nr. 415/1, 46.

deze personen niet alleen een grotere verantwoordelijkheid opleggen, maar wilde hen tegelijkertijd ook uit het handelsverkeer kunnen bannen¹⁰⁸. Hij had daarbij niet enkel de situatie voor ogen waarbij zij in rechte beheerder van een vennootschap waren geweest, maar ook de situatie waarbij zij slechts in feite het bestuur hadden gevoerd.

29. Aan het begin van de jaren 1990 vond er opnieuw een belangrijke hervorming plaats in de fiscale wetgeving. Via het KB van 10 april 1992¹⁰⁹ werd de tekst van de op dat ogenblik geldende bepalingen inzake inkomstenbelastingen gecoördineerd. Deze coördinatieoefening mondde, via de wet van 12 juni 1992¹¹⁰, uit in het Wetboek van inkomstenbelastingen 1992 (“WIB92”). Dit nieuwe wetboek, dat vandaag nog altijd van kracht is, nam voor een groot stuk de bepalingen van het WIB64 over, daaronder begrepen het door hogervermelde wet van 5 januari 1976 gewijzigde artikel 20 WIB64, en het door diezelfde wet ingevoerde artikel 27 WIB64 met betrekking tot de bezoldiging van beheerders (of bestuurders, zoals zij sedert 12 augustus 1985 worden genoemd¹¹¹). Het was in deze bepalingen dat de eerder besproken gelijkstelling tussen bestuurders en zij die een “soortgelijke opdracht of taak” vervullen kon worden teruggevonden. Na in de Nederlandstalige versie van de wettekst nog maar eens op een andere wijze te zijn vertaald als “soortgelijke functie”, kon zij voortaan worden teruggevonden in het nieuwe artikel 32, lid 1 WIB92. En daar vinden we haar vandaag nog altijd terug.

Artikel 32, lid 1 WIB92 luidde op dat moment als volgt: “*Bezoldigingen van bestuurders zijn alle beloningen die voor de verkrijger de opbrengst zijn van zijn opdracht of taak als bestuurder of vereffenaar of van een gelijksoortige functie*” (eigen nadruk).

Artikel 32 WIB92 werd in de jaren daarna wel nog verschillende keren gewijzigd. Artikel 5 van het KB van 20 december 1996 houdende diverse fiscale maatregelen¹¹², bekrachtigd bij wet van

¹⁰⁸ Memorie van toelichting bij het ontwerp van wet tot economische heroriëntering, *Parl.St.* Senaat 1977-78, nr. 415/1, 46.

¹⁰⁹ KB 10 april 1992 tot coördinatie van wettelijke bepalingen inzake inkomstenbelastingen, *BS* 30 juli 1992, 17121.

¹¹⁰ Wet 12 juni 1992 tot bekrachtiging van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, gecoördineerd op 10 april 1992, *BS* 30 juli 1992, 17120.

¹¹¹ Het in de artikelen 20, 2°, b) en 27, §1, lid 1 WIB64 gebruikte woord “beheerder” werd via de artikelen 4 en 6 van het KB van 12 augustus 1985 tot wijziging, wat de Nederlandse tekst betreft, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen (*BS* 3 september 1985, 12616) vervangen door het woord “bestuurder”.

¹¹² KB 20 december 1996 houdende diverse fiscale maatregelen, met toepassing van de artikelen 2, § 1, en 3, § 1, 2° en 3°, van de wet van 26 juli 1996 strekkende tot realisatie van de budgettaire voorwaarden tot deelname van België aan de Europese Economische en Monetaire Unie, *BS* 31 december 1996, 32635.

13 juni 1997¹¹³, zorgde zelfs voor een volledig nieuwe wettekst¹¹⁴. Daarin werd niet langer gesproken over bezoldigingen van bestuurders, maar over bezoldigingen van “*bedrijfsleiders*”. Een begrip dat luidens de nieuwe tekst twee groepen van personen omvatte. Enerzijds de natuurlijke personen die een opdracht als bestuurder, zaakvoerder, vereffenaar of “*gelijksoortige functies*” uitoefenden (art. 32, lid 1, 1° WIB92); hier zien we onze gekende fiscale gelijkstelling terug, opnieuw met licht gewijzigde bewoordingen in de Nederlandstalige versie van de tekst. En anderzijds de natuurlijke personen die in de vennootschap een werkzaamheid of een leidende functie van dagelijks bestuur, van commerciële, technische of financiële aard uitoefenden buiten een arbeidsovereenkomst (art. 32, lid 1, 2° WIB92).

Artikel 32, lid 1 WIB92 luidde op dat ogenblik voluit als volgt: “*Bezoldigingen van bedrijfsleiders zijn alle beloningen verleend of toegekend: 1° aan een natuurlijk persoon, wegens de uitoefening van een opdracht als bestuurder, zaakvoerder, vereffenaar of gelijksoortige functies; 2° aan een natuurlijk persoon die in de vennootschap een werkzaamheid of een leidende functie van dagelijks bestuur, van commerciële, technische of financiële aard uitoefent buiten een arbeidsovereenkomst*” (eigen nadruk).

30. Op 13 april 1995 werd via artikel 53 van de wet tot wijziging van de wetten op de handelsvennootschappen¹¹⁵ een volledig nieuw artikel 158 in de Venn.W. ingevoerd. Dit artikel, dat specifiek betrekking had op de CVBA, bevatte een aantal verwijzingsregels naar bepalingen die van toepassing waren op de NV en de BVBA¹¹⁶. Eén van die bepalingen was het hierboven besproken artikel 133bis Venn.W. over de kennelijk grove fout, waarin de befaamde wettelijke gelijkstelling tussen de beheerder en “*ieder ander persoon die ten aanzien van de zaken van de*

¹¹³ Wet 13 juni 1997 tot bekrachtiging van de koninklijke besluiten genomen met toepassing van de wet van 26 juli 1996 strekkende tot realisatie van de budgettaire voorwaarden tot deelname van België aan de Europese Economische en Monetaire Unie, en de wet van 26 juli 1996 tot modernisering van de sociale zekerheid en tot vrijwaring van de leefbaarheid van de wettelijke pensioenstelsels, *BS* 19 juni 1997, 16399.

¹¹⁴ Zie hierover ook D. VAN LAERE, “De invoering van de nieuwe categorie bezoldigingen van bedrijfsleiders en haar fiscale implicaties” in W. MAECKELBERGH en P. CARLIER (eds.), *Fiscaal praktijkboek '97 – '98: directe belastingen*, Diegem, CED Samsom, 1997, (35) 37-45; J.L. DAVAIN en D. ECTORS, “Le dirigeant d’entreprise: un flou artistique?”, *RGF* 2004, alf. 5, (16) 16-17; E. BOIGELLOT, *Fiscalité des cadres et dirigeants d’entreprise*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2006, 11-12.

¹¹⁵ Wet 13 april 1995 tot wijziging van de wetten op de handelsvennootschappen, gecoördineerd op 30 november 1935, *BS* 17 juni 1995, 17.492.

¹¹⁶ Zie ook H. BRAECKMANS, “De vennootschapswet van 13 april 1995: repareren en innoveren”, *RW* 1995-96, (1457) 1475, nr. 76.

vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid heeft gehad” kon worden teruggevonden¹¹⁷. Deze gelijkstelling deed met ingang van 1 juli 1996 ook haar intrede in het CVBA-recht¹¹⁸.

31. In de tweede helft van 1997 volgden twee belangrijke ingrepen in de strafwetgeving, een domein waarbinnen de wetgever tot dan toe nog niet specifiek had stilgestaan bij het gegeven dat een vennootschap niet enkel in rechte, maar ook in feite bestuurd kan worden. Een eerste ingreep hield verband met de op dat ogenblik gekende misdrijven bankbreuk en bedrieglijk onvermogen¹¹⁹. De wetgever had vastgesteld dat de wetteksten met betrekking tot deze misdrijven sterk verouderd waren en weinig samenhangend¹²⁰. Zij kwamen tegelijkertijd in het Strafwetboek (oude artikelen 489 en 490) en in het Wetboek van Koophandel (oude artikelen 438, 537 tot 585) voor en hun toepassing vereiste verwijzingen van het ene wetboek naar het andere. Dit bood geen model van klaarheid, juridische logica en methode¹²¹. Om deze situatie te remediëren, had de wetgever ervoor gekozen om een sterke vereenvoudiging door te voeren. Dat gebeurde via de artikelen 118 tot en met 124 van de faillissementswet van 8 augustus 1997¹²². Deze bepalingen vervingen de artikelen 489 en 490 Sw. door een reeks nieuwe artikelen met nieuwe misdrijven¹²³, die de “*misdrijven die verband houden met de staat van faillissement*” werden genoemd¹²⁴. Uit de memorie van toelichting bij het initiële ontwerp van de faillissementswet, blijkt dat de wetgever daarbij het voorbeeld van de Franse wetgever volgde die in de aanloop naar *la Loi n° 85-98 du 25 janvier*

¹¹⁷ Het door artikel 53 van de wet van 13 april 1995 ingevoerde artikel 158 Venn.W. luidde voluit als volgt: “*Op de coöperatieve vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid zijn van toepassing: 1° artikel 52ter; 2° artikel 62; 3° artikel 77, eerste tot vierde lid, zesde en zevende lid; 4° artikel 78, met uitzondering van het eerste lid, 3° en van het tweede lid; 5° artikel 79; 6° artikel 80, met uitzondering van het tweede lid, 3°; 7° artikel 80bis; 8° artikel 132bis; 9° artikel 133bis*” (eigen nadruk).

¹¹⁸ Zie artikel 133 van de wet van 13 april 1995.

¹¹⁹ Zie hierover o.m. J. DETIENNE, *Droit pénal des affaires*, Brussel, De Boeck, 1989, 358-373; J. SPREUTELS, “*La banqueroute et l’insolvabilité frauduleuse*” in G. SCHUIND en A. VANDEPLAS (eds.), *Traité pratique de droit criminel*, Brussel, Swinnen, 1991, losbl., 437-440N.

¹²⁰ Zie Memorie van toelichting bij het ontwerp van faillissementswet, *Parl.St. Kamer 1991-92 (BZ)*, nr. 631/1 – 91/92, 41.

¹²¹ Zie Memorie van toelichting bij het ontwerp van faillissementswet, *Parl.St. Kamer 1991-92 (BZ)*, nr. 631/1 – 91/92, 41.

¹²² *BS* 28 oktober 1997, 28562.

¹²³ Men denke hierbij onder meer aan het verzuim van aangifte van het faillissement (art. 489bis Sw.), de verduistering van activa en het doen verdwijnen van boeken of bescheiden (art. 489ter Sw.) en de ontrouw in het beheer (art. 489sexies Sw.).

¹²⁴ Het opschrift van afdeling I van boek II, titel IX, hoofdstuk II van het Strafwetboek, waarin de nieuwe artikelen 489 tot en met 490 werden opgenomen, werd overeenkomstig gewijzigd door artikel 117 van de faillissementswet van 8 augustus 1997.

1985 *relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*¹²⁵ een gelijkaardige oefening had gemaakt¹²⁶.

Een tweede ingreep hield verband met de vaststelling dat het in ons strafrechtelijk systeem niet altijd eenvoudig was om het handelen van bestuurders tegen de belangen van een onderneming en het daarmee gepaard gaande bedrieglijke gebruik van haar goederen – in het algemeen beter bekend als het “misbruik van vennootschapsgoederen”¹²⁷ – te bestraffen. De wetgever wilde ook dit euvel verhelpen. Na opnieuw inspiratie te hebben opgedaan bij onze Franse burens¹²⁸, voerde hij via artikel 142 van de faillissementswet een geheel nieuwe bepaling in onze strafwetgeving in: het artikel 492bis Sw.

De nieuw ingevoerde “*misdrifven die verband houden met de staat van faillissement*” kenden een erg ruim toepassingsgebied *ratione personae*. De wetgever had er bewust voor geopteerd om niet alleen de kooplieden die zich in staat van faillissement bevonden in het vizier te nemen, maar ook de bestuurders, in rechte of in feite, van handelsvennootschappen die zich in staat van faillissement bevonden.

Het toepassingsgebied van de nieuwe faillissementsmisdrifven werd omschreven in artikel 489, lid 1 Sw., zoals ingevoerd door artikel 188 van de faillissementswet. Dit artikel luidde verkort als volgt: “*Met gevangenisstraf van ... en met geldboete van ... of met een van die straffen alleen worden gestraft de kooplieden die zich in staat van faillissement bevinden in de zin van artikel 2 van de faillissementswet, of de bestuurders, in rechte of in feite, van handelsvennootschappen die zich in staat van faillissement bevinden,*

¹²⁵ Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, *JORF* 26 janvier 1985, 1097.

¹²⁶ Zie Memorie van toelichting bij het ontwerp van faillissementswet, *Parl.St.* Kamer 1991-92 (BZ), nr. 631/1 – 91/92, 41.

¹²⁷ Zie Memorie van toelichting bij het ontwerp van faillissementswet, *Parl.St.* Kamer 1991-92 (BZ), nr. 631/1 – 91/92, 50.

¹²⁸ Zo blijkt uit de memorie van toelichting bij artikel 134 het initiële ontwerp van faillissementswet (later artikel 142) waarin wordt gesteld: “*Daarom wordt voorgesteld een nieuwe bepaling geïnspireerd door artikel 424, 4° van de Franse wetten op de vennootschappen, in het Strafwetboek in te voeren*”. Zie Memorie van toelichting bij het ontwerp van faillissementswet, *Parl.St.* Kamer 1991-92 (BZ), nr. 631/1 – 91/92, 50. De wetgever verwees hierbij allicht per vergissing naar het artikel 424 (dat slechts uit enkele regels bestond) en bedoelde in werkelijkheid het inmiddels opgeheven artikel 425, 4° van *la Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales* (*JORF* 26 juillet 1966, 6402) dat luidde als volgt: “*Seront punis d’un emprisonnement d’un an à cinq ans et d’une amende de 2.000 F à 40.000 F ou de l’une de ces deux peines seulement: (...) 4° Les gérants qui, de mauvaise foi, auront fait, des biens ou du crédit de la société, un usage qu’ils savaient contraire à l’intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement*”.

die: ...” (eigen nadruk). In de artikelen 489*bis* e.v. Sw. werd telkens teruggekoppeld naar dit artikel 489 Sw.

De wetgever sprak daarbij voor het eerst met zoveel woorden over de “*bestuurders in feite*”. Uit de memorie van toelichting bij het initiële ontwerp van de faillissementswet valt op te maken dat hij bij deze woordkeuze werd geleid door het beginsel van de toemeetbaarheid van inbreuken¹²⁹. Hij wilde dat de natuurlijke personen die krachtens dit beginsel verantwoordelijk waren voor het beheer van de vennootschap binnen het toepassingsgebied van de nieuwe wetsbepalingen zouden vallen. Dit laatste verdient wat bijkomende toelichting.

32. In het verleden werd in ons strafrecht algemeen aangenomen dat een rechtspersoon geen strafbaar feit kon plegen / niet langs strafrechtelijke weg verantwoordelijk kon worden gesteld¹³⁰. Het Hof van Cassatie nuanceerde dit in 1946¹³¹, door te stellen dat een rechtspersoon wel misdrijven kon plegen, maar dat enkel natuurlijke personen ervoor konden worden gestraft. Dit maakte dat de strafrechter bij een misdrijf zoals bedrieglijke bankbreuk gepleegd door een vennootschap moest nagaan langs welke natuurlijke persoon de vennootschap had gehandeld om een straf te kunnen uitspreken¹³². De strafrechter was – gelet op de autonome toepassing van het strafrecht¹³³ – bij die beoordeling niet gebonden door de titel of de wijze waarop de functie van de betrokken natuurlijke persoon was omschreven. Ook wie slechts *de facto* het bestuur over een

¹²⁹ Zie Memorie van toelichting bij het ontwerp van faillissementswet, *Parl.St.* Kamer 1991-92 (BZ), nr. 631/1 – 91/92, 42. Zie ook P. TRAEEST, “Misdrijven die verband houden met de staat van faillissement” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP en T. LYSSENS (eds.), *Faillissement & Reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (VIII.A.10-1) VIII.A.10-13; P. WAETERINCKX, “Strafrechtelijke verantwoordelijkheid” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2007, losbl., (II.1-26bc) II.1-26bj.

¹³⁰ Zie voor een overzicht van de evoluties in het denken terzake Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot invoering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen, met aangepaste bedrijfsstraffen, *Parl.St.* Senaat 1995-96, nr. 1-131/1, 1-14. Zie ook F. DERUYCK, *De rechtspersoon in het strafrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 13-39; P. BRAECKMANS, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen: de onderneming strafbaar (I)”, *Or.* 1999, 186-187.

¹³¹ Cass. 8 april 1946, *Arr.Cass.* 1946, 137.

¹³² Zie ook Cass. 20 februari 1956, *Arr.Cass.* 1956, 496 en F. DERUYCK, *De rechtspersoon in het strafrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 9-10, nr. 14.

¹³³ Zie over de autonomie van het strafrecht R. LEGROS, “Essai sur l’autonomie du droit pénal”, *Rev.dr.pén.* 1955-56, 143-176; B. GILLARD, *Misbruik van vennootschapsgoederen*, Gent, Larcier, 2017, 63-66.

vennootschap had gevoerd kon worden veroordeeld¹³⁴ en dat gebeurde ook¹³⁵. Vandaag geldt er een heel ander uitgangspunt: rechtspersonen kunnen nu zelfstandig strafrechtelijk verantwoordelijk worden gesteld op basis van artikel 5 Sw.¹³⁶.

Hoewel dit niet met zoveel woorden in de memorie van toelichting bij het initiële ontwerp van de faillissementswet staat neergeschreven, lijkt de keuze van de wetgever om de “bestuurders in feite” uitdrukkelijk in de tekst van de strafwet op te nemen naast de bestuurders in rechte, vooral te zijn ingegeven door de wil om de in 1997 vigerende rechtspraak te codificeren¹³⁷.

33. De wetgever nam de bestuurders in feite niet alleen in het vizier in het kader van de nieuwe faillissementsmisdrijven. Ook in het nieuw ingevoerde artikel 492*bis* Sw. betreffende het misbruik van vennootschapsgoederen werden zij gelijkgesteld met de bestuurders in rechte.

Dit artikel luidde voluit als volgt: “*Met gevangenisstraf van een maand tot vijf jaar en met geldboete van honderd frank tot vijfhonderdduizend frank worden gestraft de bestuurders, in feite of in rechte, van burgerlijke en handelsvennootschappen, alsook van verenigingen zonder winstoogmerk, die met bedrieglijk opzet en voor persoonlijke rechestreekse of indirecte doeleinden gebruik hebben gemaakt van de goederen of van het krediet van de rechtspersoon, hoewel zij wisten dat zulks op betekenisvolle wijze in het nadeel was van de vermogensbelangen van de rechtspersoon en van die van zijn schuldeisers of vennoten*” (lid 1 – eigen

¹³⁴ P. TRAEST, “Misdrijven die verband houden met de staat van faillissement” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP en T. LYSSENS (eds.), *Faillissement & Reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (VIII.A.10-1) VIII.A.10-13.

¹³⁵ Zie bijvoorbeeld Brussel 19 juni 1978, *JT* 1978, 494.

¹³⁶ Artikel 5 Sw. werd ingevoerd bij wet van 4 mei 1999 (*BS* 22 juni 1999, 23.411) en gewijzigd bij wet van 26 april 2002 (*BS* 30 april 2002, 18126 (ed. 2)). Het luidt, na integraal te zijn vervangen bij wet van 11 juli 2018 (*BS* 20 juli 2018) thans als volgt: “*Een rechtspersoon is strafrechtelijk verantwoordelijk voor de misdrijven die hetzij een intrinsiek verband hebben met de verwezenlijking van zijn doel of de waarneming van zijn belangen, of die, zoals blijkt uit de concrete omstandigheden, voor zijn rekening zijn gepleegd. Met rechtspersonen worden gelijkgesteld: 1° tijdelijke handelsvennootschappen en stille handelsvennootschappen; 2° vennootschappen bedoeld in artikel 2, § 4, tweede lid, van het Wetboek van Vennootschappen, alsook handelsvennootschappen in oprichting; 3° burgerlijke vennootschappen die niet de vorm van een handelsvennootschap hebben aangenomen. De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersonen sluit die van de natuurlijke personen, die daders zijn van dezelfde feiten of eraan hebben deelgenomen, niet uit*”. Zie ook: P. WAETERINCKX en R. VAN HERPE, “De wettelijke regeling i.v.m. de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon ontdekt zich na 19 jaar van twee groeipiïnen”, *NC* 2018, 541-560.

¹³⁷ Zie ook P. TRAEST, “Misdrijven die verband houden met de staat van faillissement” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP en T. LYSSENS (eds.), *Faillissement & Reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (VIII.A.10-1) VIII.A.10-13 – VIII.A.10-14.

nadruk). “De schuldigen kunnen daarenboven veroordeeld worden tot ontzetting van hun rechten overeenkomstig artikel 33” (lid 2).

Waarom de wetgever ook in deze bepaling een gelijkstelling opnam, blijkt niet uit de memorie van toelichting, noch uit andere parlementaire documenten. Het feit dat hij dezelfde bewoordingen gebruikte als in het nieuwe artikel 489 Sw., doet vermoeden dat hij zich door de formulering in deze bepaling liet inspireren en dezelfde lijn wenste door te trekken naar andere strafbepalingen waarin de bestuurders werden geïndiceerd¹³⁸. Het artikel 492*bis* kan vandaag nog altijd in dezelfde vorm worden teruggevonden in het Strafwetboek.

34. Op 4 mei 1999 werd alweer gesleuteld aan het nog maar pas bij KB van 20 december 1996 vervangen artikel 32 WIB92 inzake bezoldigingen van bedrijfsleiders. Via artikel 2 van de wet van 4 mei 1999 houdende diverse fiscale bepalingen¹³⁹ werden een aantal belangrijke verduidelijkingen¹⁴⁰ aan het eerste lid van deze fiscale bepaling aangebracht. Het daaruit voortvloeiende artikel, inzonderheid de in lid 1, 1° opgenomen wettelijke gelijkstelling tussen de bestuurders en natuurlijke personen die “*gelijksoortige functies*” uitoefenen (waaraan voor één keer eens geen wijzigingen werden aangebracht), is vandaag nog altijd van kracht.

Artikel 32, lid 1 WIB92 luidt vandaag voluit als volgt: “*Bezoldigingen van bedrijfsleiders zijn alle beloningen verleend of toegekend aan een natuurlijk persoon die: 1° een opdracht als bestuurder, zaakvoerder, vereffenaar of gelijksoortige functies uitoefent; 2° in de vennootschap een leidende functie of een leidende*

¹³⁸ De expliciete vermelding van de bestuurders in feite in de tekst van artikel 492*bis* Sw. was op de keper beschouwd eigenlijk overbodig. De autonomie van het strafrecht zou het sowieso mogelijk hebben gemaakt om die personen die formeel geen orgaan waren van de vennootschap als bestuurder aan te merken. Zie J. LIEVENS en S. LERUT, “Het nieuwe misbruik van vennootschapsgoederen: een Belgisch compromis”, *V&F* 1998, 4, nr. 15; P. ERNST, “Misbruik van vennootschapsgoederen. Enkele bedenkingen vanuit het vennootschapsrecht bij de introductie van een nieuw misdrijf in het rechtspersonenrecht” in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Rechtspersonenrecht. Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Gent, Mys & Breesch, 1999, (339) 359-360; B. TILLEMEN en P. TRAEEST, “Misbruik van vennootschapsgoederen” in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (941) 977; B. GILLARD, *Misbruik van vennootschapsgoederen*, Gent, Larcier, 2017, 65.

¹³⁹ Wet 4 mei 1999 houdende diverse fiscale bepalingen, *BS* 12 juni 1999, 22001.

¹⁴⁰ Volgens de memorie van toelichting bij artikel 2 van de wet van 4 mei 1999 wilde de wetgever verduidelijken dat de opdrachten als bestuurder, zaakvoerder, vereffenaar of de gelijksoortige functies waarvan de beloningen krachtens artikel 32, lid 1, 1°, WIB92, als bezoldigingen van bedrijfsleiders moeten worden aangemerkt, alle opdrachten of functies zijn die worden uitgeoefend bij vennootschappen. Zie Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende diverse fiscale bepalingen, *Parl.St.* Kamer 1998-99, nr. 1949/1 – 98/99, 3.

werkzaamheid van dagelijks bestuur, van commerciële, financiële of technische aard, uitoefent buiten een arbeidsovereenkomst” (eigen nadruk).

35. Het jaar 1999 bleek uiteindelijk erg vruchtbaar op wetgevend vlak. Niet lang na voormelde ingreep in het fiscaal recht, volgde op 7 mei 1999 een grote hervorming in het vennootschapsrecht. Via de wet houdende het wetboek van vennootschappen¹⁴¹ werden alle bestaande burgerrechtelijke en handelsrechtelijke bepalingen inzake vennootschappen gehergroepeerd en gecodificeerd¹⁴² in een volledig nieuw wetboek (het “W.Venn.”). Voorheen waren zij verspreid terug te vinden in het oud BW, de Venn.W. (welke deel uitmaakten van Boek I – Titel IX. van het Wetboek van Koophandel) en diverse bijzondere wetten¹⁴³.

De in 1978 ingevoerde artikelen 63*ter* en 133*bis* Venn.W. over de kennelijk grove fout en het in 1995 ingevoerde artikel 158, 9° Venn.W., allen gekend van de befaamde gelijkstelling tussen een bestuurder en “*ieder ander persoon die ten aanzien van de zaken van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid heeft gehad*”¹⁴⁴, werden in het kader van deze integratieoefening volledig in het W.Venn. hernomen. Artikel 63*ter* Venn.W. werd hernomen in artikel 530 W.Venn. (NV)¹⁴⁵ en artikel 133*bis*, lid 1 Venn.W. werd in een geherformuleerde vorm hernomen in artikel 265 W.Venn. (BVBA)¹⁴⁶. Artikel 158, 9° Venn.W., verwijzend naar artikel 133*bis* Venn.W., werd tot slot in een geherformuleerde vorm hernomen in artikel 409 W.Venn. (CVBA)¹⁴⁷.

De op dat ogenblik nieuwe artikelen 265, 409 en 530 W.Venn. luiden voluit als volgt:

- Artikelen 265 en 409 W.Venn.: “*Indien bij faillissement van de vennootschap de schulden de baten overtreffen, kunnen zaakvoerders of gewezen zaakvoerders, alsmede alle andere personen die ten*

¹⁴¹ Wet 7 mei 1999 houdende het wetboek van vennootschappen, *BS* 6 augustus 1999 (ed. 2), 29.440.

¹⁴² Zie Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende invoering van het Wetboek van vennootschappen, *Parl.St. Kamer* 1998-99, nr. 1838/1 – 98/99, 4-5.

¹⁴³ Zie Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende invoering van het Wetboek van vennootschappen, *Parl.St. Kamer* 1998-99, nr. 1838/1 – 98/99, 2-5. Bij wijze van kanttekening kan worden opgemerkt dat het geheel van bepalingen inzake bestuurdersaansprakelijkheid vandaag weer verspreid is terug te vinden over verscheidene wetboeken, te weten het WER, het WVV en, meer algemeen, het BW.

¹⁴⁴ In artikel 133*bis* Venn.W.: “*de personen die ten aanzien van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad*”.

¹⁴⁵ Zie Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende invoering van het Wetboek van vennootschappen, *Parl.St. Kamer* 1998-99, nr. 1838/1 – 98/99, 123.

¹⁴⁶ Zie Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende invoering van het Wetboek van vennootschappen, *Parl.St. Kamer* 1998-99, nr. 1838/1 – 98/99, 72.

¹⁴⁷ Zie Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende invoering van het Wetboek van vennootschappen, *Parl.St. Kamer* 1998-99, nr. 1838/1 – 98/99, 101.

aanzien van de zaken van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad, persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk worden verklaard voor het geheel of een deel van de schulden van de vennootschap ten belope van het tekort, indien komt vast te staan dat een door hen begane, kennelijk grove fout heeft bijgedragen tot het faillissement” (lid 1 – eigen nadruk).
“Het eerste lid is evenwel niet van toepassing wanneer de gefailleerde vennootschap over de drie boekjaren voor het faillissement een gemiddelde omzet van minder dan 25 miljoen frank, buiten de belasting over de toegevoegde waarde, heeft verwezenlijkt, en wanneer het totaal van de balans bij het einde van het laatste boekjaar niet hoger was dan 15 miljoen frank” (lid 2).

- Artikel 530 W.Venn.: *“Indien bij faillissement van de vennootschap de schulden de baten overtreffen, kunnen bestuurders of gewezen bestuurders, alsmede **alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad**, persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk worden verklaard voor het geheel of een deel van de schulden van de vennootschap tot het beloop van het tekort, indien komt vast te staan dat een door hen begane, kennelijk grove fout heeft bijgedragen tot het faillissement”* (eigen nadruk).

Uit een analyse van de tekst van deze nieuwe bepalingen blijkt dat de wetgever van de gelegenheid gebruik maakte om de formulering van de wettelijke gelijkstelling in het NV-recht lichtjes aan te passen en af te stemmen op de formulering in het BVBA- en CVBA-recht. Er werd voortaan niet langer gesproken over *“ieder ander persoon die ten aanzien van de zaken van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid heeft gehad”*, maar wel over *“alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad”*. De artikelen 265, 409 en 530 W.Venn. traden in werking op 6 februari 2001¹⁴⁸.

In de loop van 2002 werden zij nog aangevuld met twee nieuwe leden¹⁴⁹. In een eerste nieuw lid werd verduidelijkt dat zowel de curator als een benadeelde schuldeiser een rechtsvordering kon instellen. In een tweede nieuw lid werd bepaald dat iedere vorm van ernstige en georganiseerde fiscale fraude in de zin van de antiwitwaswetgeving een kennelijk grove fout uitmaakte. De eerder genoemde gelijkstelling kon als gevolg van deze aanvullingen voortaan worden teruggevonden in artikel 265, lid 1; 409, lid 1 en 530, lid 1 W.Venn. Aan de tekst ervan werd inhoudelijk niet geraakt.

¹⁴⁸ Zie artikel 25 van de wet van 7 mei 1999.

¹⁴⁹ Dat gebeurde via de artikelen 34, 35 en 36 van de wet van 4 september 2002 tot wijziging van de faillissementswet van 8 augustus 1997, het Gerechtelijk Wetboek en het Wetboek van vennootschappen (BS 21 september 2002 (ed.2), 42928).

36. In de tweede helft van 2006 kwam de figuur van de “feitelijke bestuurder” andermaal in beeld. Dit keer zowel in het fiscaal recht, als in het vennootschapsrecht. Om te beginnen voerde de wetgever in deze periode via de artikelen 14 en 15 van de programmawet van 20 juli 2006¹⁵⁰ twee nieuwe bepalingen in in het fiscaal recht: de artikelen 442*quater* WIB92 en 93*undecies*C WBTW. Deze artikelen stelden een hoofdelijke aansprakelijkheid in ten laste van de bestuurders in geval van een gebrek aan betaling van de bedrijfsvoorheffing of de BTW door de vennootschap of de rechtspersoon waarvan zij het bestuur waarnamen. Die aansprakelijkheid werd getriggert indien het gebrek aan betaling het gevolg was van een door hen begane fout in het beheer van de onderneming¹⁵¹.

De wetgever viseerde daarbij niet alleen formeel benoemde bestuurders, maar “*elke persoon die, in feite of in rechte, de bevoegdheid heeft of heeft gehad om de vennootschap of de rechtspersoon te besturen*” (in de Franstalige tekst: “*toute personne qui, en fait ou en droit, détient ou a détenu le pouvoir de gérer la société ou la personne morale*”)¹⁵².

De artikelen 442*quater*, §1, lid 3 WIB92 en 93*undecies*C, §1, lid 3 WBTW bepalen in dit verband beide het volgende: “*Onder bestuurder van een vennootschap of van een rechtspersoon in de zin van dit artikel wordt verstaan, elke persoon die, in feite of in rechte, de bevoegdheid heeft of heeft gehad om de vennootschap of de rechtspersoon te besturen, met uitsluiting van de gerechtelijke mandatarissen*” (eigen nadruk).

Deze formulering doet denken aan de tekst van de wettelijke gelijkstelling uit de artikelen 265, 409 en 530 W.Venn. (inzake de kennelijk grove fout), én de bewoordingen die het personele toepassingsgebied van de artikelen 489 e.v. (faillissementsmisdrijven) en 492*bis* Sw. (misbruik van vennootschapsgoederen) afbakenen. Of de wetgever zich door deze bepalingen liet inspireren bij het uitwerken van de artikelen 442*quater* WIB92 en 93*undecies*C WBTW, valt te betwijfelen. Er zijn geen aanwijzingen in de parlementaire stukken terug te vinden waaruit blijkt dat dit het geval zou zijn geweest. Integendeel, uit de verantwoording bij de artikelen 442*quater* WIB92 en 93*undecies*C WBTW, blijkt dat deze bepalingen, wat hun principe betreft, juist in belangrijke mate

¹⁵⁰ Programmawet 20 juli 2006, *BS* 28 juli 2006 (ed.2), 36.921.

¹⁵¹ Zie ook Verantwoording onder amendement nr. 1 bij het ontwerp van programmawet ingediend in de commissie voor de Financiën door de regering, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2517/002, 4-5.

¹⁵² Zie artikel 442*quater*, §1, lid 3 WIB92 en artikel 93*undecies*C, §1, lid 3 WBTW.

werden geïnspireerd door het Nederlandse en het Franse recht¹⁵³, in het bijzonder door artikel 36 van de Nederlandse Invorderingswet 1990¹⁵⁴ en de artikelen 266¹⁵⁵ en 267 van het Franse *Livre des procédures fiscales*¹⁵⁶.

Of onze wetgever zich bij het uitwerken van het toepassingsgebied van de artikelen 442^{quater} WIB92 en 93^{undecies}C WBTW liet leiden door gelijkaardige bekommernissen als de Franse en de Nederlandse wetgever of eerder gewoon een “*copy-paste*” oefening doorvoerde, wordt formeel nergens bevestigd. Het lijkt zeer aannemelijk dat hij zich inderdaad door dezelfde bekommernissen liet leiden. De Nederlandse wetgever had in artikel 36, lid 5 b. van de Invorderingswet 1990 een gelijkstelling uitgewerkt tussen de formeel benoemde bestuurder en “*degene ten aanzien van wie aannemelijk is dat hij het beleid van het lichaam heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder*”. Hij wilde hiermee de “beleidsbepaler” die de spreekwoordelijke touwtjes achter een onderneming in handen hield onder het Nederlandse aansprakelijkheidsregime voor fiscale schulden brengen¹⁵⁷. De vrees bestond dat die beleidsbepaler anders al te gemakkelijk aan aansprakelijkheid zou kunnen ontkomen door een andere, minder kapitaalkrachtige, persoon in

¹⁵³ Zie Verantwoording onder amendement nr. 1 bij het ontwerp van programmawet ingediend in de commissie voor de Financiën door de regering, *Parl.St. Kamer* 2005-06, nr. 2517/002, 5.

¹⁵⁴ Wet van 30 mei 1990 inzake invordering van rijksbelastingen, andere dan invoerrechten en accijnzen, *Stb.* 1990, 221.

¹⁵⁵ Deze bepaling werd opgeheven bij artikel 15 van *la Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie (JORF 27 juillet 2005, 12160)*.

¹⁵⁶ Zie Verantwoording onder amendement nr. 1 bij het ontwerp van programmawet ingediend in de commissie voor de Financiën door de regering, *Parl.St. Kamer* 2005-06, nr. 2517/002, 5.

¹⁵⁷ Zo blijkt uit de memorie van toelichting bij het ontwerp van Invorderingswet (Tweede Kamer (NL), vergaderjaar 1987-88, 20.588, nr. 3, p. 99). In de memorie van toelichting bij artikel 37 van het ontwerp van Invorderingswet (artikel 36 in de aangenomen versie van de wettekst) wordt over de “beleidsbepaler” het volgende gezegd: “*Onder beleidsbepalers moeten voorts worden gerekend grootaandeelhouders of anderen die in de vennootschap een machtspositie bekleden en onder omstandigheden als feitelijke bestuurders kunnen worden beschouwd. Uit de toevoeging «als ware hij bestuurder» blijkt dat de enkele omstandigheid dat iemand het beleid van het lichaam mede heeft bepaald niet reeds grond is voor aansprakelijkheid. De aansprakelijkheid berust hierop dat de persoon in kwestie zich daadwerkelijk als bestuurder heeft gedragen. Zo zal een commissaris die binnen de grenzen van zijn wettelijke en statutaire bevoegdheden gehandeld heeft, niet als feitelijk bestuurder kunnen worden aangemerkt. Ook zijn niet aansprakelijk de externe beleidsbepalers, zoals banken die bij kredietverlening bepaalde voorwaarden betreffende het beleid in de vennootschap kunnen stellen of bedrijfskundige adviseurs, wier adviezen op het te voeren beleid van grote invloed kunnen zijn. Men kan niet stellen dat dezen als bestuurders het beleid bepalen of mede-bepalen. De bestuurders hebben immers met de voorwaarden van de bank ingestemd of hebben het advies van de bedrijfskundige overgenomen en uitgevoerd. De verantwoordelijkheid daarvoor en voor het overeenkomstig die voorwaarden of adviezen gevoerde beleid blijft uitsluitend bij hen*”.

zijn plaats te laten optreden als formele bestuurder¹⁵⁸.

De Franse wetgever had naar aanleiding van *la Loi n°80-30 du 18 janvier 1980 de finances pour 1980*¹⁵⁹ een gelijkkluidende analyse gemaakt. Om te vermijden dat iemand via een stroman aan het Franse aansprakelijkheidsregime voor fiscale schulden zou kunnen ontsnappen, had hij in artikel 74 van *la Loi n°80-30*¹⁶⁰ een gelijkstelling opgenomen tussen formeel benoemde bestuurders en “*toute personne exerçant en droit ou en fait, directement ou indirectement, la direction effective de la société, de la personne morale ou du groupement*”. Deze gelijkstelling kwam uiteindelijk terecht in artikel 267 van het Livre des procédures fiscales, waarop onze wetgever zich baseerde bij de uitwerking van de artikelen 442*quater* WIB92 en 93*undecies*C WBTW.

37. De wetgever stond in de programmawet van 20 juli 2006 niet enkel stil bij het fiscaal recht. Via de artikelen 56, 57 en 58 van deze wet voerde hij ook een belangrijke wijziging door in het vennootschapsrecht¹⁶¹. Die wijziging bestond in de aanvulling van de artikelen 265, 409 en 530 W.Venn. (waarin de regels over de bestuurdersaansprakelijkheid in geval van kennelijk grove fout die heeft bijgedragen aan het faillissement waren opgenomen) met een nieuwe tweede paragraaf. Daarin werd voorzien in een persoonlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid voor bepaalde bij het faillissement van een vennootschap onbetaald gebleven RSZ-schulden ten laste van de (gewezen) bestuurders of (gewezen) zaakvoerders van een BVBA, CVBA of NV¹⁶².

Net als in de eerste paragraaf van de artikelen 265, 409 en 530 W.Venn. nam de wetgever in de context van deze nieuwe aansprakelijkheidsbepaling niet enkel de formeel benoemde bestuurders in het vizier, maar ook die groep van personen die men onder de noemer “feitelijke bestuurder” zou kunnen brengen. De wetgever koppelde in de artikelen 265, §2; 409, §2 en 530, §2 W.Venn.

¹⁵⁸ Zie Tweede Kamer (NL), vergaderjaar 1987-88, 20.588, nr. 3, p. 99.

¹⁵⁹ Loi n°80-30 du 18 janvier 1980 de finances pour 1980, *JORF* 19 janvier 1980, 147.

¹⁶⁰ Loi n°80-30 du 18 janvier 1980 de finances pour 1980, *JORF* 19 janvier 1980, 157. Zie ook Exposé des Motifs sur le projet de loi de finances pour 1980, n°1560 du 27 décembre 1979 (VI^e législature).

¹⁶¹ Deze artikelen zagen het levenslicht in een amendement bij het ontwerp van programmawet. Zie amendement nr. 1 bij het ontwerp van programmawet ingediend in de commissie voor Sociale Zaken door de regering, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2517/003, 1-5.

¹⁶² Zij konden volgens de artikelen 265, §2, lid 1; 409, §2, lid 1 en 530, §2, lid 1 W.Venn. aansprakelijk worden gesteld, indien kwam vast te staan dat een door hen begane grove fout aan de basis lag van het faillissement, of indien zij betrokken waren geweest bij twee of meer faillissementen, vereffeningen of gelijkaardige operaties met schulden ten aanzien van een inningorganisme van de sociale zekerheidsbijdragen.

eigenlijk gewoon terug naar het personele toepassingsgebied van de artikelen 265, §1; 409, §1 en 530, §1 W.Venn.¹⁶³. Dat gebeurde echter niet altijd op een even consistente wijze. In artikel 265, §2, lid 1 W.Venn. had de wetgever het over “*de in §1 bedoelde zaakvoerders, gewezen zaakvoerders en alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad*”. Deze bewoordingen stemden overeen met die van artikel 265, §1 W.Venn. In artikel 409, §2, lid 1 W.Venn. gebruikte de wetgever vreemd genoeg een andere formulering en had hij het over “*de in §1 bedoelde bestuurders, gewezen bestuurders en personen*”. Ook in artikel 530, §2, lid 1 W.Venn. week hij van de bewoordingen van artikel 530, §1 W.Venn. af. Hij had het in deze bepaling letterlijk over “*de in §1 bedoelde bestuurders, gewezen bestuurders en feitelijke bestuurders*”. Een mooi staaltje van slordige legistiek.

De artikelen 409, §2, lid 1 en 530, §2, lid 1 W.Venn. luiden voluit als volgt:

- Artikel 409, §2, lid 1 W.Venn.: “*Onverminderd § 1 kunnen **de in § 1 bedoelde** bestuurders, gewezen bestuurders en **personen** door de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid en de curator persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor het geheel of een deel van alle op het ogenblik van de uitspraak van het faillissement verschuldigde sociale bijdragen, bijdrageopslagen, verwijlinteressen, en de vaste vergoeding bedoeld in artikel 54ter van het koninklijk besluit van 28 november 1969 tot uitvoering van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, indien komt vast te staan dat een door hen begane grove fout aan de basis lag van het faillissement, of indien zij zich, in de loop van de periode van vijf jaar voorafgaand aan de faillietverklaring in de situatie bevonden hebben zoals beschreven in artikel 38, § 3octies, 8°, van de wet van 29 juni 1981 houdende de algemene beginselen van de sociale zekerheid voor werknemers*” (eigen nadruk).
- Artikel 530, §2, lid 1 W.Venn.: “*Onverminderd § 1 kunnen de in § 1 bedoelde bestuurders, gewezen bestuurders en **feitelijke bestuurders** door de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid en de curator persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor het geheel of een deel van alle op het ogenblik van de uitspraak van het faillissement verschuldigde sociale bijdragen, bijdrageopslagen, verwijlinteressen en de vaste vergoeding bedoeld in artikel 54ter van het koninklijk besluit van 28 november 1969 tot uitvoering van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, indien komt vast te staan dat een door hen begane grove fout aan de basis lag van het faillissement, of indien zij zich, in de loop van*

¹⁶³ Zo blijkt uit de aanhef van deze bepalingen die luidde als volgt: “*Onverminderd § 1 kunnen **de in § 1 bedoelde** bestuurders (resp. zaakvoerders), gewezen bestuurders (resp. zaakvoerders) en ...*” (eigen nadruk).

de periode van vijf jaar voorafgaand aan de faillietverklaring in de situatie bevonden hebben zoals beschreven in artikel 38, § 3octies, 8°, van de wet van 29 juni 1981 houdende de algemene beginselen van de sociale zekerheid voor werknemers” (eigen nadruk).

Waarom de wetgever zich tot de categorie van de “feitelijke bestuurders” richtte, of het daar zelfs met zoveel woorden over had, blijkt niet uit de verantwoording die bij de artikelen 56, 57 en 58 van de programmawet¹⁶⁴ werd gegeven¹⁶⁵. Vermoedelijk wilde hij net als bij voormelde fiscale aansprakelijkheidsbepalingen vermijden dat de nieuwe regeling al te gemakkelijk via stromannen zou kunnen worden omzeild.

38. Na de programmawet van 20 juli 2006, bleef het op wetgevend vlak een hele tijd stil rond de “feitelijke bestuurder”. Pas in 2017 verscheen hij opnieuw op het toneel¹⁶⁶. De wetgever voerde in dat jaar een belangrijke hervorming door in de context van het insolventierecht. Via de wet van 11 augustus 2017¹⁶⁷ voegde hij de bestaande wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen¹⁶⁸ en de faillissementswet van 8 augustus 1997 samen tot één coherent geheel¹⁶⁹. Dat geheel werd geïntegreerd in het Wetboek van Economisch Recht in een nieuw Boek

¹⁶⁴ De artikelen 56, 57 en 58 van de programmawet waren genummerd als *50bis*, *50ter* en *50quater* in het amendement dat hen in het ontwerp van wet invoerde.

¹⁶⁵ Zie Verantwoording onder amendement nr. 1 bij het ontwerp van programmawet ingediend in de commissie voor Sociale Zaken door de regering, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2517/003, 6-7.

¹⁶⁶ Dit keer zelfs heel nadrukkelijk. Zie terzake Verslag van de eerste lezing van het wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen”, in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XX, en van de rechtshandhavingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht namens de Commissie voor Handels- en Economisch Recht uitgebracht door de heer DIRK JANSSENS en Mevrouw ANN VANHESTE, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/004, 20-21, 87 en 103; zie ook Verslag van de tweede lezing van het wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen”, in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XX, en van de rechtshandhavingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht namens de Commissie voor Handels- en Economisch Recht uitgebracht door de heer DIRK JANSSENS en Mevrouw ANN VANHESTE, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/008, 49.

¹⁶⁷ Wet 11 augustus 2017 houdende invoeging van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen”, in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan Boek XX en van de rechtshandhavingsbepalingen eigen aan Boek XX in het Boek I van het Wetboek van economisch recht, *BS* 11 september 2017, 83100.

¹⁶⁸ Wet 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen, *BS* 9 februari 2009, 8436 (de “WCO-wet”).

¹⁶⁹ Zie Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen”, in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XX, en van de rechtshandhavingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 4.

XX, dat zeer treffend “Insolventie van ondernemingen” werd gedoopt.

De wetgever stond in Boek XX niet enkel stil bij het bestaande WCO- en faillissementsrecht, dat hij niet enkel coördineerde, maar ook inhoudelijk van een grondige update voorzag¹⁷⁰. Hij maakte ook van de gelegenheid gebruik om de in de artikelen 265, 409 en 530 W.Venn. opgenomen regels over de aansprakelijkheid van bestuurders in geval van faillissement van het vennootschapsrecht over te hevelen naar het insolventierecht¹⁷¹. In deze bepalingen was de gekende gelijkstelling tussen bestuurders en “*alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad*” opgenomen.

De wetgever lichtte in de memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX in het WER nergens toe waarom hij deze aansprakelijkheidsregels naar Boek XX van het WER verhuisde¹⁷². De overheveling ervan moet worden begrepen tegen de achtergrond van het Europese IPR, dat inzake vennootschapsrecht gestaag is geëvolueerd naar de aanname van de statutaire zetelleer¹⁷³. Dit behoeft wat bijkomende duiding.

Vandaag geldt als uitgangspunt dat vennootschappen met statutaire zetel in het buitenland, in een land dat de statutaire zetelleer aanhangt, onderworpen zijn aan buitenlands vennootschapsrecht¹⁷⁴,

¹⁷⁰ Zie Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen”, in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XX, en van de rechtshandavingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 4. Zie ook: D. DE MAREZ en C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, 4.

¹⁷¹ De artikelen 265, 409 en 530 W.Venn. waren, met uitzondering van enkele zeer beperkte aanpassingen in 2013 (zie artikelen 9-11 wet 15 juli 2013 houdende dringende bepalingen inzake fraudebestrijding (*BS* 19 juli 2013 (ed. 2), 45431)) en 2017 (zie artikelen 156-159 en 161-162 wet 18 september 2017 tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en tot beperking van het gebruik van contanten (*BS* 6 oktober 2017, 90839)) om hen in overeenstemming te brengen met de laatste stand van zaken wat betreft de antiwitwaswetgeving, sedert de programmawet van 20 juli 2006 onaangeroerd gebleven.

¹⁷² Zie voor eenzelfde vaststelling D. DE MAREZ en C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, 341.

¹⁷³ Zie in dit verband recent nog het Polbud-arrest van het Europees Hof van Justitie (HvJ 25 oktober 2017, nr. C-106/16, Polbud/Wykonawstwo sp. z o.o., *Pb. C*, afl. 437, 7) dat inzake vennootschapsrecht het einde van de werkelijke zetelleer inluidt (zie ook de interessante beschouwingen van J. MEEUSEN, “Het Polbud-arrest van het Hof van Justitie: Europese vennootschapsmobiliteit op nieuwe wegen”, *RW* 2017-18, 602). Zie ook: R. HOUBEN en A. SNYERS, “De nietigheid van besluiten en bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe recht” in *BCV* (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen - Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (211) 251-252, nr. 69.

¹⁷⁴ Ook België heeft in het WVV voor de statutaire zetelleer gekozen. Zie hierover E. POTTIER en F. LEFEVRE, “De aansprakelijkheid van de organen”, *TBH* 2018, (1091) 1104, nr. 40; E. POTTIER en F. LEFEVRE, “La

waaronder de buitenlandse regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid, zelfs indien hun werkelijke zetel in België ligt¹⁷⁵. In geval van insolventie is ook de werkelijke zetel van de vennootschap relevant. Het Belgische insolventierecht (dat de regels betreffende bestuurdersaansprakelijkheid in geval van insolventie omvat) is van toepassing wanneer de COMI (*centre of main interests*) van een onderneming in België is gelegen¹⁷⁶. De COMI wordt vermoed samen te vallen met de plaats van de statutaire zetel van de onderneming¹⁷⁷, maar kan door de nationale rechter evenzeer worden geïnterpreteerd als samenvallend met de werkelijke zetel¹⁷⁸.

Het befaamde *Kornhaas*-arrest¹⁷⁹ van het Europees Hof van Justitie laat toe om een onderscheid te maken tussen bepalingen van vennootschapsrecht en bepalingen van insolventierecht¹⁸⁰. De regels over bestuurdersaansprakelijkheid in de context van faillissement worden tot laatstgenoemde categorie gerekend¹⁸¹. Hoewel het Hof van Justitie bevestigde dat de plaats van een norm – in een vennootschapswet of in een insolventiewet – irrelevant is voor de vennootschapsrechtelijke of insolventierechtelijke kwalificatie ervan in het IPR¹⁸², werd het door

responsabilité des organes” in A.-P. ANDRE-DUMONT en T. TILQUIN (eds.), *La société à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier Legal, 2019, (173) 197-198, nr. 40.

¹⁷⁵ Zie hierover uitvoerig K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen. De effecten van regelgevende competitie op vennootschapsrechtelijk vlak*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 167-297. Zie eveneens H. DE WULF, “Kornhaas: verduidelijking over de interferentie van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen met insolventierechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsregelen” (noot onder HvJ 10 december 2015), *TBH* 2016, (435) 437.

¹⁷⁶ Zie art. 3, lid 1 *juncto* art. 7, lid 1 Verord. (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures, *Pb.L.* 141, 5 juni 2015, 19 (hierna “InsolventieVo”). Zie ook J. VANANROYE en R. VERHEYDEN, “De insolventieprocedures in het nieuwe boek XX WER” in M.E. STORME (ed.), *Themis 107 - Insolventie- en beslagrecht*, Brugge, die Keure, 2018, (13) 26; R. VERHEYDEN, “De vordering wegens kennelijk grove fout en de individuele schuldeiser” (noot onder Antwerpen 15 juni 2017), *TRV-RPS* 2018, (553) 556; F. DE LEO, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 386.

¹⁷⁷ Zie art. 3, lid 2 InsolventieVo. Het betreft een weerlegbaar vermoeden.

¹⁷⁸ R. HOUBEN en A. SNYERS, “De nietigheid van besluiten en bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe recht” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen - Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (211) 252.

¹⁷⁹ HvJ 10 december 2015, nr. C-594/14, Simona Kornhaas/Thomas Dithmar, *TBH* 2016, 436, noot H. DE WULF en *TRV-RPS* 2016, 589, noot A. VAN HOE.

¹⁸⁰ Zie ook D. DE MAREZ en C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, 342-343.

¹⁸¹ Dit wordt ook bevestigd in de Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3/27-7, 205-206. Zie ook V. SIMONART, “L’application du droit belge aux sociétés constituées dans un autre état de la communauté et, en particulier, aux Limited”, *RPS* 2008, (111) 127.

¹⁸² H. DE WULF, “Kornhaas: verduidelijking over de interferentie van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen met insolventierechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsregelen” (noot onder HvJ 10 december 2015), *TBH* 2016, (435) 441.

enkele auteurs van Boek XX WER toch veiliger geacht om, ter bevestiging van die rechtspraak, de artikelen 265, 409 en 530 W.Venn. naar Boek XX te verplaatsen¹⁸³. Op die manier zou er nog minder aan kunnen worden getwijfeld dat, indien een Belgische rechter internationaal bevoegd is om een insolventieprocedure te openen in België¹⁸⁴, hij ook bevoegd is om de regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement toe te passen¹⁸⁵ (ook al bevindt de statutaire zetel van de onderneming zich niet in België, maar in het buitenland)¹⁸⁶.

39. De wetgever nam de artikelen 265, 409 en 530 W.Venn. niet zomaar woordelijk in het WER over. Om te beginnen kregen zij in Boek XX hun weerslag in twee afzonderlijke bepalingen. De regels inzake de aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement (opgenomen in de eerste paragraaf van voornoemde bepalingen) werden opgenomen in een nieuw artikel XX.225 WER. De regels aangaande de aansprakelijkheid voor bepaalde bij het faillissement uitstaande RSZ-schulden (opgenomen in de tweede paragraaf van voornoemde bepalingen) werden opgenomen in een nieuw artikel XX.226 WER. De tekst van de betrokken artikelen werd daarnaast ook inhoudelijk onder handen genomen¹⁸⁷. Het toepassingsgebied werd aanzienlijk verruimd¹⁸⁸ en de verschillen die voorheen bestonden tussen de bewoordingen van de verschillende bepalingen – ook wat betreft daar daarin opgenomen gelijkstelling – werden volledig

¹⁸³ Zie H. DE WULF, “Het voorontwerp van een wetboek van vennootschap en verenigingen: een eerste overzicht”, *TAA* 2017, afl. 56, (7) 22; R. HOUBEN en A. SNYERS, “De nietigheid van besluiten en bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe recht” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen - Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (211) 252.

¹⁸⁴ Op grond van art. 3, lid 1 InsolventieVo.

¹⁸⁵ Zie ook S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 12.

¹⁸⁶ H. DE WULF, “Het voorontwerp van een wetboek van vennootschap en verenigingen: een eerste overzicht”, *TAA* 2017, afl. 56, (7) 22; R. HOUBEN en A. SNYERS, “De nietigheid van besluiten en bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe recht” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen - Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (211) 252; D. BRULOOT, H. DE WULF en K. MARESCEAU, “Hervorming vennootschapsrecht. Overzicht en evaluatie”, *NJW* 2018, (414) 427, nr. 66. Zie ook J. VANANROYE en G. LINDEMANS, “Schuldeisersbescherming tegen misbruik van rechtspersonen: het insolventierecht geeft en het vennootschapsrecht neemt”, *DAOR* 2017, afl. 123, (4) 15.

¹⁸⁷ Zie hierover R. HOUBEN en A. SNYERS, “De nietigheid van besluiten en bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe recht” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen - Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (211) 253-254 en 261-263.

¹⁸⁸ De betrokken artikelen kunnen worden ingeroepen in geval van het faillissement van “een onderneming”. Het begrip onderneming moet in deze context worden begrepen in de zin van artikel XX.1, §1 WER en omvat a) iedere natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent, b) iedere rechtspersoon en c) iedere andere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid. Artikel XX.224 WER voegt daaraan toe dat natuurlijke personen die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefenen niet op grond van de artikelen XX.225-227 WER aansprakelijk kunnen worden gesteld. Dat is logisch vermits zij geen bestuursorgaan hebben.

weggewerkt. Kunnen volgens de artikelen XX.225 en XX.226 WER worden aangesproken: de huidige of gewezen bestuurders, zaakvoerders, dagelijks bestuurders, leden van een directieraad of van een raad van toezicht, “*alsmede alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de onderneming werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad*”¹⁸⁹.

De artikelen XX.225, §1, lid 1 en XX.226, lid 1 WER luiden voluit als volgt:

- Artikel XX.225, §1, lid 1 WER: “*Indien bij faillissement van een onderneming, de schulden de baten overtreffen, kunnen de huidige of gewezen bestuurders, zaakvoerders, dagelijks bestuurders, leden van een directieraad of van een raad van toezicht, alsmede **alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de onderneming werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad**, persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk worden verklaard voor het geheel of een deel van de schulden van de onderneming ten belope van het tekort, indien komt vast te staan dat een door hen begane, kennelijk grove fout heeft bijgedragen tot het faillissement*” (eigen nadruk).
- Artikel XX.226, lid 1 WER: “*Onverminderd artikel XX.225 kunnen de huidige of gewezen bestuurders, zaakvoerders, dagelijkse bestuurders, leden van een directieraad of van een raad van toezicht, alsmede **alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de onderneming werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad**, op vordering van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid of van de curator persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor het geheel of een deel van alle op het ogenblik van de uitspraak van het faillissement verschuldigde sociale bijdragen met inbegrip van de verwijlinteressen, indien zij, in de loop van de periode van vijf jaar voorafgaand aan de faillietverklaring, betrokken zijn geweest bij minstens twee faillissementen of vereffeningen van ondernemingen waarbij schulden ten aanzien van een inningsorganisme van de sociale zekerheidsbijdragen onbetaald zijn gebleven, voor zover zij bij die eerder failliet verklaarde of vereffende ondernemingen ten tijde van de faillietverklaring, ontbinding of aanvang van de vereffening tevens bestuurder, gewezen bestuurder, lid of gewezen lid van de directieraad of van de raad van toezicht waren of ten aanzien van de zaken van de onderneming werkelijke bestuursbevoegdheid hadden of hebben gehad*” (eigen nadruk).

Naast deze gekende aansprakelijkheidsgronden voerde de wetgever ook een “nieuwe” grondslag voor bestuurdersaansprakelijkheid in Boek XX in: het artikel XX.227 WER. Hij wilde met deze nieuwe bepaling de vigerende rechtspraak inzake de aansprakelijkheid van bestuurders die een reddeloos verloren onderneming verderzetten, in de wet hernemen en bevestigen¹⁹⁰. Net als in de

¹⁸⁹ Artikel XX.225, §1, lid 1 WER en artikel XX.226, lid 1 WER.

¹⁹⁰ Zie Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen”, in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek

artikelen XX.225 WER en XX.226 WER viseert hij daarbij niet enkel de formeel benoemde leden van een bestuursorgaan, maar ook “*alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de onderneming werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad*”¹⁹¹. Een formulering die vooral lijkt te zijn ingegeven door de wens om de verschillende aansprakelijkheidsbepalingen op een gelijke wijze af te bakenen¹⁹². Boek XX WER trad in werking op 1 mei 2018¹⁹³.

Het vigerende artikel XX.227, §1 WER luidt voluit als volgt: “*Indien bij faillissement van een onderneming, de schulden de baten overtreffen, kunnen de huidige of gewezen bestuurders, zaakvoerders, dagelijks bestuurders, leden van een directieraad of van een raad van toezicht, alsmede **alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de onderneming werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad**, persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk worden verklaard voor het geheel of een deel van de schulden van de onderneming ten belope van het tekort jegens de boedel, indien: a) op een gegeven ogenblik voorafgaand aan het faillissement, de betrokken persoon wist of behoorde te weten dat er kennelijk geen redelijk vooruitzicht was om de onderneming of haar activiteiten te behouden en een faillissement te vermijden; b) de betrokken persoon op dat ogenblik één van de hierboven vermelde hoedanigheden had; en c) de betrokken persoon vanaf het ogenblik bedoeld in a) niet heeft gehandeld zoals een normaal voorzichtig en zorgvuldig bestuurder in dezelfde omstandigheden zou hebben gehandeld*” (eigen nadruk).

40. De wetgever voerde via de wet van 11 augustus 2017 niet alleen Boek XX in het WER in. Hij bracht via deze wet ook nog verschillende andere wijzigingen aan. Om rekening te houden met het verdwijnen van de faillissementswet, paste hij allereerst de bewoordingen van de artikelen 489 e.v. Strafwetboek aan. In deze bepalingen worden, zoals aangegeven, niet enkel de bestuurders in rechte geïsoleerd, maar ook “de bestuurders in feite”. De afdeling waarin zij zijn opgenomen kreeg ook een nieuwe benaming. Er wordt niet langer gesproken over de “Misdriften die verband houden met de staat van faillissement”, maar over de “Misdriften die verband houden met insolventie”¹⁹⁴.

XX, en van de rechtshandavingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl.St. Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 105.*

¹⁹¹ In de memorie van toelichting omschreef de wetgever deze personen letterlijk als “feitelijke bestuurders”: “*Deze bepaling herneemt en bevestigt de geldende rechtspraak inzake de aansprakelijkheid van bestuurders en **feitelijke bestuurders** die een reddeloos verloren onderneming verder voeren*” (eigen nadruk).

¹⁹² Zie ook D. DE MAREZ en C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, 347, 362 en 370.

¹⁹³ Artikel 76 wet 11 augustus 2017.

¹⁹⁴ Zie artikel 4 wet 11 augustus 2017.

Het vigerende artikel 489 Sw. luidt voluit als volgt: “*Met gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met geldboete van honderd euro tot honderdduizend euro of met een van die straffen alleen worden gestraft de ondernemingen bedoeld in artikel I.1, eerste lid, 1° van het Wetboek van economisch recht, of de bestuurders, in rechte of in feite, van vennootschappen of rechtspersonen die zich in staat van faillissement bevinden, die: 1° zonder voldoende tegenprestatie, ten behoeve van derden met inachtneming van de financiële toestand van de onderneming te aanzienlijke verbintenissen hebben aangegaan; 2° zonder wettig verhinderd te zijn, verzuimd hebben de verplichtingen gesteld bij artikel XX.146 van het Wetboek van economisch recht na te leven*” (eigen nadruk).

Een tweede wijziging hield verband met de artikelen 442^{quater} WIB92 en 93^{undecies}C WBTW over de aansprakelijkheid van bestuurders in geval van niet-betaling van de bedrijfsvoorheffing of de BTW, waarin evenzeer een gelijkstelling is opgenomen. Deze bepalingen werden vanuit een procedurele invalshoek aangevuld om hun verhouding tot het nieuwe artikel XX.225 WER scherp te stellen¹⁹⁵. Aan hun toepassingsgebied, en de gelijkstelling tussen bestuurders in rechte en “in feite”, werd evenwel niet geraakt.

Een derde wijziging had betrekking op het eerder besproken artikel 3^{bis} van het KB nr. 22 van 24 oktober 1934. Dit artikel, dat een rechter de mogelijkheid bood een beroepsverbod op te leggen aan een bestuurder, of “*enig ander persoon die zonder beheerder of zaakvoerder te zijn, werkelijk de bevoegdheid zal hebben gehad om de in staat van faillissement verklaarde vennootschap te beheren*”, werd met ingang van 1 mei 2018 opgeheven. Het werd vervangen door een nieuwe bepaling in Boek XX: het artikel XX.229 WER¹⁹⁶. Volgens dit artikel kan de insolventierechtbank aan een gefailleerde het verbod opleggen persoonlijk of door een tussenpersoon een onderneming uit te baten. Worden in artikel XX.229, §3 WER met de gefailleerde gelijkgesteld: de bestuurders en zaakvoerders van een failliet verklaarde rechtspersoon wier ontslag niet een jaar voor de faillietverklaring is bekendgemaakt, en “*enig ander persoon die zonder beheerder of zaakvoerder*

¹⁹⁵ Zie artikelen 54 en 55 wet 11 augustus 2017. Zie ook R. HOUBEN en A. SNYERS, “De nietigheid van besluiten en bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe recht” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen - Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (211) 270, nr. 105.

¹⁹⁶ Deze bepaling houdt een nieuwe autonome burgerrechtelijke sanctie in (zie Verantwoording onder amendement nr. 49 bij het wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen”, in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan Boek XX en van de rechtshandavingsbepalingen eigen aan Boek XX in het Boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/002, 60).

te zijn, werkelijk de bevoegdheid zal gehad hebben de failliet verklaarde rechtspersoon te beheren”.

Artikel XX.229, §3 WER luidt letterlijk: “Voor de toepassing van dit artikel worden met de gefailleerde gelijkgesteld, de bestuurders en zaakvoerders van een failliet verklaarde rechtspersoon wier ontslag niet een jaar voor de faillietverklaring is bekendgemaakt, alsmede **enig ander persoon die zonder beheerder of zaakvoerder te zijn, werkelijk de bevoegdheid zal gehad hebben de failliet verklaarde rechtspersoon te beheren**” (eigen nadruk).

Men herkent hierin onmiddellijk de bewoordingen van het opgeheven artikel *3bis*. De wetgever blijkt bij zijn “*copy-paste*” oefening zelfs niet eens de moeite te hebben genomen om het begrip “beheerder” te vervangen door het sinds 1985 gebruikte begrip “bestuurder”.

41. Op 1 mei 2018 – de dag waarop Boek XX WER in werking trad en de artikelen 265, 409 en 530 W.Venn. (waarin de bijzondere faillissementsaansprakelijkheden wegens kennelijk grove fout en voor niet-betaalde RSZ-schulden waren opgenomen) werden opgeheven¹⁹⁷ – verdween de figuur van de “feitelijke bestuurder” uit het W.Venn. De bewoordingen “*alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad*”, waarmee hij tot dan toe formeel in het W.Venn. geïmpliceerd was geweest, werden op deze datum overgeheveld naar de artikelen XX.225 WER (kennelijk grove fout), XX.226 WER (niet-betaalde RSZ-schulden) en XX.227 WER (*wrongful trading*). Dit alles had concreet tot gevolg dat er in het W.Venn., de “moedertekst” wat betreft vennootschapsrecht, geen bepalingen meer konden worden teruggevonden waarin het bestaan van de “feitelijke bestuurder” met zoveel woorden werd erkend.

De wetgever bracht hem echter opnieuw in die moedertekst binnen bij de redactie van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen (“WVV”), dat het W.Venn. met ingang van 1 mei 2019 heeft vervangen¹⁹⁸. Hij koos er in artikel 2:56, lid 1 WVV, dat vandaag de nieuwe kernbepaling vormt inzake bestuurdersaansprakelijkheid, uitdrukkelijk voor om niet enkel de formeel benoemde

¹⁹⁷ Zie artikelen 57, 58 en 59 wet 11 augustus 2017.

¹⁹⁸ Zie voor de overgangsbepalingen ter zake: artikelen 39-44 wet 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *BS* 4 april 2019, 33239.

leden van het bestuursorgaan van een rechtspersoon te viseren, maar ook “*alle andere personen die ten aanzien van de rechtspersoon werkelijke bestuursbevoegdheid hebben of hebben gehad*”.

Artikel 2:56, lid 1 WVV bepaalt terzake: “*De in artikel 2:51 bedoelde personen en alle andere personen die ten aanzien van de rechtspersoon werkelijke bestuursbevoegdheid hebben of hebben gehad zijn jegens de rechtspersoon aansprakelijk voor fouten begaan in de uitoefening van hun opdracht. Dit geldt ook jegens derden voor zover de begane fout een buitencontractuele fout is. Deze personen zijn evenwel slechts aansprakelijk voor beslissingen, daden of gedragingen die zich kennelijk buiten de marge bevinden waarbinnen normaal voorzichtige en zorgvuldige bestuurders, geplaatst in dezelfde omstandigheden, redelijkerwijze van mening kunnen verschillen*” (eigen nadruk).

Uit de memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot invoering van het WVV blijkt dat hij zo de feitelijke bestuurders onder de vernieuwde aansprakelijkheidsregeling wilde brengen¹⁹⁹. Die regeling omvat zowel de aansprakelijkheid voor gewone bestuursfouten als voor inbreuken op het WVV en de statuten²⁰⁰. Waarom de wetgever het precies nodig vond om die regeling uit te breiden naar de figuur van de feitelijke bestuurder en hem terug in de vennootschapswetgeving binnen te loodsen, is onduidelijk. De memorie van toelichting is ter zake erg summier en omvat enkel de volgende passage: “*In de eerste zin van het eerste lid [wordt verduidelijkt²⁰¹], dat ook feitelijke bestuurders, gedefinieerd als zij die ten aanzien van de rechtspersoon werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad²⁰², op dezelfde manier aansprakelijk zijn als formeel*

¹⁹⁹ Zie Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 59. Zie ook K. MARESCEAU en B. JOYE, “Het bestuur van vennootschappen in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen” in M. WYCKAERT, P. ERNST, D. BRULOOT, K. MARESCEAU, B. JOYE, C. PIETTE, A. FRANÇOIS, M. VERHEYDEN en R. TAS (eds.), *De nieuwe vennootschapswet: VPG studiedag 2018*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018, (83) 104, nr. 55.

²⁰⁰ Zie R. HOUBEN en A. SNYERS, “De nietigheid van besluiten en bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe recht” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen - Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (211) 237-239 en 242; E.-J. NAVEZ en A. NAVEZ, *Le code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Brussel, Larcier, 2019, 68; E. POTTIER en F. LEFEBRE, “La responsabilité des organes” in A.-P. ANDRE-DUMONT en T. TILQUIN (eds.), *La société à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier, 2019, (173) 179, nr 13 en 181, nr. 17.

²⁰¹ Het weze opgemerkt dat deze woorden ontbreken in de Nederlandstalige tekst van de memorie van toelichting. Dit is wellicht een vergetelheid. De Franstalige tekst luidt immers: “*Il est précisé à cet égard, dans la première phrase de l’alinéa 1er, que les administrateurs de fait, définis comme ceux qui ont effectivement détenu le pouvoir de gérer la personne morale, sont responsables de la même manière que les organes d’administration ou de surveillance formellement nommés*” (Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 59).

²⁰² De wetgever haalde de spreekwoordelijke mosterd voor deze bewoordingen duidelijk uit de bewoordingen van het artikel XX.225 WER (en de historisch daaraan voorafgaande artikelen 63ter Venn.W. en 530 W.Venn.).

*benoemde bestuurs- of toezichtsorganen*²⁰³. Veel valt hieruit niet af te leiden voor wat betreft de *ratio* achter de gelijkstelling in artikel 2:56 WVV.

42. Het zou kunnen dat de wetgever de inhoudelijke gevolgen van zijn ingreep eigenlijk niet verder heeft doordacht en in het WVV gewoon heeft willen breken met het verleden. Wanneer een feitelijke bestuurder zich in het W.Venn.-tijdperk schuldig maakte aan een inbreuk op het wetboek of de statuten, of een bestuursfout, dan moest er in principe een beroep worden gedaan op het gemene aansprakelijkheidsrecht om hem aansprakelijk te kunnen stellen²⁰⁴. De figuur van de feitelijke bestuurder werd volgens de letter van de wet namelijk niet door de oude artikelen 262; 408, lid 1 en 527 W.Venn. (gewone bestuursfout) én 263; 408, lid 2 en 528 W.Venn. (inbreuken op het W.Venn. of de statuten) gevat²⁰⁵. Dit gaf in de rechtsleer soms aanleiding tot discussie, en het is aannemelijk dat de wetgever daar bij de uitwerking van het WVV een einde aan heeft willen stellen²⁰⁶.

43. Naast artikel 2:56, lid 1, nam de wetgever ook nog in een andere bepaling van het WVV een uitdrukkelijke gelijkstelling tussen de formeel benoemde leden van het bestuursorgaan en “*alle andere personen die ten aanzien van de rechtspersoon werkelijke bestuursbevoegdheid hebben of hebben gehad*” op, en dat is het artikel 2:143 over de verjaring van rechtsvorderingen (tegen leden van het bestuursorgaan.) De artikelen 2:143, §1, vierde streepje (vennootschappen met rechtspersoonlijkheid) en 2:143, §2, eerste streepje (verenigingen (VZWs) en stichtingen met rechtspersoonlijkheid) WVV bepalen dat “*alle rechtsvorderingen tegen leden van het bestuursorgaan, dagelijks bestuurders, commissarissen, vereffenaars, vaste vertegenwoordigers van rechtspersonen die één van de voornoemde functies bekleeden, of tegen alle andere personen die ten aanzien van [de vennootschap / vereniging of stichting] werkelijke bestuursbevoegdheid*

²⁰³ Zie Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 59.

²⁰⁴ Zie J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 77; S. DE GEYTER, “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, (888) 889.

²⁰⁵ Zie ook J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 77; K. MARESCEAU en B. JOYE, “Het bestuur van vennootschappen in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen” in M. WYCKAERT, P. ERNST, D. BRULOOT, K. MARESCEAU, B. JOYE, C. PIETTE, A. FRANÇOIS, M. VERHEYDEN en R. TAS (eds.), *De nieuwe vennootschapswet: VPG studiedag 2018*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018, (83) 104, nr. 55.

²⁰⁶ Zie hierover ook verder randnrs. 188 t.e.m. 196.

hebben gehad wegens verrichtingen in verband met hun taak, verjaren door verloop van vijf jaren te rekenen vanaf die verrichtingen of, indien ze met opzet verborgen zijn gehouden, te rekenen vanaf de ontdekking ervan”. Uit de memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot invoering van het WVV blijkt niet waarom de wetgever het nodig vond om de figuur van de feitelijke bestuurder ook in deze bepaling nader te normeren. Het meest aannemelijk is dat hij gewoon de tekst van het oude artikel 198 W.Venn., waarop artikel 2:143 WVV (in het voorontwerp: artikel 2:136) is geïnspireerd²⁰⁷, heeft willen afstemmen op het personele toepassingsgebied van het nieuwe artikel 2:56 WVV²⁰⁸. Er lijken verder geen bijzondere motieven achter schuil te gaan²⁰⁹.

44. Niet lang na de wet tot invoering van het WVV maakte de wetgever ook schoon schip in het fiscaal recht. Via een wet van 13 april 2019 hevelde hij diverse fiscale bepalingen, waaronder de in 2006 ingevoerde artikelen 442^{quater} WIB92 en 93^{undecies}C WBTW, over naar een nieuw wetboek²¹⁰. Dat wetboek kreeg de toepasselijke titel “Wetboek van de minnelijke en gedwongen invordering van fiscale en niet-fiscale schuldvorderingen”²¹¹ (hierna het “Invorderingswetboek”). Het trad in werking op 1 januari 2020²¹². Van belang voor de figuur van de feitelijke bestuurder is dat de inhoud van de artikelen 442^{quater} WIB92 en 93^{undecies}C WBTW, waarin hij tot voor kort werd geïnterpreteerd, nagenoeg integraal werd overgenomen in artikel 51 van het Invorderingswetboek.

AFDELING 3. DE GELDENDE WETGEVING

45. Als men de vigerende wetsbepalingen waarin melding wordt gemaakt van de figuur van de

²⁰⁷ Zie Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 106. Zie ook S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 14, nr. 32.

²⁰⁸ Zie ook R. HOUBEN en A. SNYERS, “De nietigheid van besluiten en bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe recht” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen - Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (211) 286, nr. 132; P. BOSSARD, *CSA: examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, 131, nr. 213.

²⁰⁹ Zie voor een aantal kritische beschouwingen ter zake randnr. 251.

²¹⁰ Zie Wet 13 april 2019 tot invoering van het Wetboek van de minnelijke en gedwongen invordering van fiscale en niet-fiscale schuldvorderingen, *BS* 30 april 2019, 41.412.

²¹¹ Wetboek van de minnelijke en gedwongen invordering van fiscale en niet-fiscale schuldvorderingen, *BS* 30 april 2019, 41.412.

²¹² Zie artikel 139 wet 13 april 2019 tot invoering van het Wetboek van de minnelijke en gedwongen invordering van fiscale en niet-fiscale schuldvorderingen, *BS* 30 april 2019, 41.412.

“feitelijke bestuurder” schematisch op een rijtje zet, dan vallen meteen een aantal punten op. Een eerste punt dat opvalt, is dat het bestaan van de figuur van de “feitelijke bestuurder” niet enkel in de vennootschaps- en verenigingswetgeving een vertaling heeft gekregen, maar evenzeer in de insolventiewetgeving, en de fiscale en strafwetgeving.

Een tweede punt dat opvalt, is dat er verschillende bewoordingen worden gebruikt om de figuur van de “feitelijke bestuurder” te omschrijven. Bij het gros daarvan wordt expliciet de focus gelegd op het al dan niet hebben van bestuursbevoegdheid.

Een derde punt dat opvalt, is dat de meeste van de geïdentificeerde wetsbepalingen handelen over de aansprakelijkheid van bestuurders.

Overzicht van de geldende wetsbepalingen:

Wetsbepaling	Gebruikte bewoordingen
Artikel 2:56 WVV	Alle andere personen die ten aanzien van de rechtspersoon werkelijke bestuursbevoegdheid hebben of hebben gehad
Artikel 2:143 WVV	
Artikel XX.225 WER	Alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de onderneming werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad
Artikel XX.226 WER	
Artikel XX.227 WER	
Artikel XX.229 WER	Enig ander persoon die zonder beheerder of zaakvoerder te zijn, werkelijk de bevoegdheid zal gehad hebben de failliet verklaarde rechtspersoon te beheren
Artikel 32 WIB92	Een natuurlijke persoon die gelijksoortige functies uitoefent
Artikel 51 Invorderingswetboek	Elke persoon die, in feite of in rechte, de bevoegdheid heeft of heeft gehad om de vennootschap of de rechtspersoon te besturen
Artikel 489-489ter Sw.	Bestuurders, in feite
Artikel 492bis Sw.	

HOOFDSTUK 2

NORMERING MET EEN

HISTORISCH EENDUIDIGE *RATIO*?

AFDELING 1. INLEIDING

46. In het vorige hoofdstuk werd een overzicht gegeven van de verschillende wetsbepalingen waarin de figuur van de “feitelijke bestuurder” een plaats heeft gekregen, en werd aangegeven waarom de wetgever het noodzakelijk achtte om deze bepalingen in te voeren en er de figuur van de “feitelijke bestuurder” in te viseren. Een vraag waar nog niet nader op werd ingegaan, is of er bepaalde verbanden bestaan in het denken van de wetgever m.b.t. de nood aan deze normering, en, zo ja, of daaruit bepaalde conclusies kunnen worden getrokken voor de WVV-normering inzake feitelijk bestuur, waaraan geen bijzondere motivering lijkt ten grondslag te liggen. Op deze vraag wordt een antwoord gezocht in dit hoofdstuk.

AFDELING 2. EEN HISTORISCH EENDUIDIGE *RATIO*: HET VERMIJDEN EN DESGEVALLEND BETEUGELLEN VAN “MISBRUIK”

47. Wanneer men het denken van de wetgever achter de wetsbepalingen waarin de figuur van de “feitelijke bestuurder” in het verleden (*lees*: vóór het WVV) een plaats heeft gekregen, in kaart brengt, dan blijkt dat daarin een opvallende rode draad kan worden ontwaard. Die rode draad kan als volgt worden samengevat: door in de tekst van een wetsbepaling een gelijkstelling op te nemen tussen formeel benoemde bestuurders en “feitelijke bestuurders”, wou de wetgever vermijden dat al te gemakkelijk aan het toepassingsgebied van die bepaling zou kunnen worden ontsnapt. In wezen wou de wetgever er telkens voor zorgen dat de nieuwe regels die hij introduceerde hun toepassing zouden vinden, niet omdat iemand op papier een bepaalde titel of functie had, maar wel omdat iemand op een bepaalde manier handelde of optrad.

48. Men zou kunnen zeggen dat de wetgever door uitdrukkelijk aandacht te besteden aan de feitelijke realiteit, eigenlijk keer op keer een bijzondere “anti-misbruikregel” in het leven riep. Iemand die zich formeel juridisch anders voordeed dan in realiteit het geval was, om aan het

(personele) toepassingsgebied van een wetsbepaling te ontsnappen, werd er via een woordelijke gelijkstelling namelijk terug onder gebracht.

Wat opvalt, is dat de wetgever bij iedere wetgevende ingreep waaruit uiteindelijk een bepaling met een gelijkstelling tussen formeel benoemde bestuurders en “feitelijke bestuurders” is voortgekomen, geïnspireerd lijkt te zijn geweest door – in de praktijk vastgestelde – misbruiken. Dit is een belangrijke vaststelling. Als de normering inzake feitelijk bestuur tot op vandaag – of toch minstens tot aan de komst van het WVV – inderdaad ingegeven is geweest door de overweging om (een vorm van) “misbruik” te vermijden en ervoor te zorgen dat dit misbruik – middels de ingevoerde gelijkstelling – desgevallend ook kan worden beteugeld, dan gaat er historisch gezien een eenduidige *ratio* achter schuil. De ultieme doelstelling lijkt te zijn om te vermijden dat een persoon die feitelijk hetzelfde doet als een formeel benoemde bestuurder, aan het einde van de rit juridisch beter af is dan zijn formeel benoemde evenknie²¹³. Dat laatste zou de misbruiken die men wil vermijden namelijk net in de hand kunnen werken.

AFDELING 3. DE “ANTI-MISBRUIK”-DOELSTELLING EN DE NORMERING IN HET WVV

49. Zoals hierboven al werd aangestipt²¹⁴, valt nergens uit de memorie van toelichting bij het WVV op te maken waarom de wetgever het nodig vond om ook in de artikelen 2:56 en 2:143 WVV een gelijkstelling tussen formeel benoemde bestuurders en “feitelijke bestuurders” op te nemen. Was er een maatschappelijke nood aan deze normering, ging er een specifieke rechterlijke uitspraak achter schuil of wilde de wetgever gewoon een discussie in de rechtsleer beslechten? Een sluitend antwoord op deze vraag formuleren is niet mogelijk. Het lijkt er echter op dat de wetgever vooral het laatste voor ogen had. Er blijken in de laatste jaren alvast geen grote, ophefmakende zaken te zijn geweest, waaruit men een roep om bijkomende normering inzake

²¹³ Cf. in Frankrijk: N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, “La responsabilité du dirigeant de fait”, *Rev. Sociétés* 1997, (499) 510, nr. 23: “À la qualité de dirigeant de droit, dont l’identification ne soulève pas normalement de difficulté, correspond un ensemble de règles qui déterminent ses obligations, sa responsabilité mais également ses pouvoirs et ses droits. Les conséquences attachées à la reconnaissance de la qualité de dirigeant de fait sont très différentes. En effet, la direction de fait n’est prise en compte qu’en vue d’appliquer à la personne qui s’y trouve placée un des effets négatifs qu’elle devrait supporter si elle se trouvait dans la situations de droit correspondante”.

²¹⁴ Zie hierboven randnrs. 41 en 43.

feitelijk bestuur zou kunnen afleiden.

50. In de vorige afdeling van dit hoofdstuk is duidelijk geworden dat de normering die vóór het WVV rond de figuur van de “feitelijke bestuurder” aangenomen is geweest, een eenduidige *ratio* kent: de wetgever wou er misbruik(en) mee vermijden en ervoor zorgen dat zij – middels de ingevoerde gelijkstelling – desgevallend ook zouden kunnen worden beteugeld. Men kan zich afvragen of de introductie van een gelijkstelling in de artikelen 2:56 en 2:143 WVV finaal niet door dezelfde overweging is ingegeven. Is de ultieme doelstelling ook niet om te vermijden dat een persoon die feitelijk hetzelfde doet als een formeel benoemde bestuurder, aan het einde van de rit juridisch beter af is dan zijn formeel benoemde evenknie? De logica gebiedt dat dit zo zou moeten zijn, maar of de wetgever zich daar effectief door heeft laten leiden bij de redactie van het WVV, vereist een meer inhoudelijke analyse. Die analyse volgt in Deel 2 van dit proefschrift.

HOOFDSTUK 3

TUSSENBSLUIT

51. De opstellers van het WVV hebben nergens zwart op wit geschreven waarom zij het nodig vonden om in de artikelen 2:56 en 2:143 WVV gelijkstellingen tussen formeel benoemde bestuurders en “feitelijke bestuurders” op te nemen. De *ratio legis* achter deze normering is dus onduidelijk. Het gebrek aan inhoudelijke toelichting doet vermoeden dat de normering en haar gevolgen niet zo ver zijn doordacht. Een meer gedetailleerde analyse van de normering is noodzakelijk om dit vermoeden te kunnen bevestigen of ontkrachten.

52. Een onderzoek naar de motieven en doelstellingen achter de normering inzake feitelijk bestuur die in het Belgische recht door de jaren heen aangenomen is geweest in verschillende rechtsdomeinen, legt bloot dat de wetgever in het verleden met gelijkstellingen tussen formeel benoemde bestuurders en “feitelijke bestuurders” veelal achterpoortjes heeft willen sluiten. Hij wilde misbruiken vermijden en ervoor zorgen dat zij – middels de ingevoerde gelijkstelling – desgevallend ook zouden kunnen worden beteugeld. Het is onduidelijk of de wetgever zich in de context van het WVV door hetzelfde motief heeft laten leiden. Heeft hij er bij de conceptie van het WVV, in lijn met de historisch eenduidige *ratio* achter eerder aangenomen normering inzake feitelijk bestuur, over gewaakt dat wie feitelijk gezien hetzelfde doet als een formeel benoemde bestuurder, door de uitwerking van een bepaalde wetsbepaling niet beter af zou mogen zijn, dan een formeel benoemde bestuurder? Het antwoord op deze vraag wordt gezocht in Deel 2 van dit proefschrift.

**DEEL 2. DE “FEITELIJKE BESTUURDER” IN HET
WVV: EEN ANALYSE *DE LEGE LATA***

53. In Deel 2 van dit proefschrift wordt onderzocht hoe de normering inzake feitelijk bestuur in het WVV *de lege lata* precies moet worden begrepen. Het onderzoek is gestructureerd in drie hoofdstukken. In hoofdstuk 1 wordt aan de hand van een analyse van de rechtsleer en de rechtspraak in kaart gebracht wat in de context van het WVV onder een “feitelijke bestuurder” wordt verstaan. In hoofdstuk 2 volgt een meer gesystematiseerde studie van een aantal typegevallen inzake feitelijk bestuur, om duidelijk te maken welke (rechts)verhoudingen er zoal kunnen bestaan tussen de figuur van de feitelijke bestuurder enerzijds, en de bestuurders *de jure* en de feitelijk bestuurde rechtspersoon anderzijds. In hoofdstuk 3 wordt geanalyseerd hoe het WVV op de – nader in de hoofdstukken 1 en 2 geïdentificeerde – figuur van de feitelijke bestuurder kan en moet worden toegepast, en wordt nagegaan of daarbij juridisch bepaalde problemen rijzen.

HOOFDSTUK 1

HET BEGRIP “FEITELIJKE BESTUURDER”

EN DE INVULLING VAN DE NOTIE

DIE ERACHTER SCHUILGAAT

AFDELING 1. INLEIDING

54. Het begrip “feitelijke bestuurder” komt als zodanig nergens in het WVV voor. Toch komt het in verschillende publicaties waarin de regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid in het WVV worden doorgelicht ter sprake²¹⁵. In dit hoofdstuk wordt onderzocht waarom dat zo is, en hoe de erachter schuilgaande notie inhoudelijk wordt ingevuld. De meeste auteurs die over het WVV

²¹⁵ Zie bv. R. HOUBEN en A. SNYERS, “De nietigheid van besluiten en bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe recht” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen - Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (211) 233; A.-P. ANDRÉ-DUMONT, “La gestion dans les sociétés coopératives : évolution découlant du Code des sociétés et des associations” in J.-A. DELCORDE (ed.), *La société coopérative: nouvelles évolutions*, Brussel, Larcier, 2018, (47) 72, nr. 48; K. MARESCEAU en B. JOYE, “Het bestuur van vennootschappen in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen” in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.V.enV.*, Mechelen, Kluwer, 2018, losbl., 104, nr. 55; K. MARESCEAU en B. JOYE, “Het bestuur van vennootschappen in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen” in M. WYCKAERT, P. ERNST, D. BRULOOT, K. MARESCEAU, B. JOYE, C. PIETTE, A. FRANÇOIS, M. VERHEYDEN en R. TAS (eds.), *De nieuwe vennootschapswet: VPG studiedag 2018*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018, (83) 104, nr. 55; O. CAPRASSE en L. LÉONARD, “Les principes généraux de la réforme” in R. AYDOGDU en O. CAPRASSE (eds.), *Le code des sociétés et des associations. Introduction à la réforme du droit des sociétés*, Luik, Anthemis, 2018, (7) 34, nr. 81; E. POTTIER en F. LEFEVRE, “De aansprakelijkheid van de organen”, *TBH* 2018, (1091) 1093, nr. 7; E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 270, nr. 445; P. DE WOLF, “La responsabilité des administrateurs ou la recherche de l’impossible équilibre”, *TAA* 2019, afl. 63, (25) 27; X. DIEUX en P. DE WOLF, “Le nouveau Code des sociétés (et des associations): Capita Selecta”, *JT* 2019, (501) 511, nr. 64; E. POTTIER en F. LEFEVRE, “La responsabilité des organes” in A.-P. ANDRÉ-DUMONT en T. TILQUIN (eds.), *La société à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier Legal, 2019, (173) 176, nr. 7; E.-J. NAVEZ en A. NAVEZ, *Le code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 68; K. MARESCEAU, “Het (vernieuwde) bestuur in de BV en NV” in D. BRULOOT (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat – deel 34*, Brugge, die Keure, 2019, (1) 28, nr. 69; L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “Les résidus de la responsabilité des administrateurs” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (251) 258; S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 3, nr. 7; M.-A. DELVAUX, “Avocat d’une société, quand risquez-vous d’être qualifié de dirigeant de fait” (noot onder KG Kh. Gent 25 september 2018), *JDSC* 2019, (82) 83; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE en H. CULOT, *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020, 266, nr. 533; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 767-768; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 304-305, nr. 637.

schrijven en het begrip “feitelijke bestuurder” in de mond nemen, wijden daar in hun bijdragen namelijk niet of nauwelijks over uit. Als zij er al iets over zeggen, dan beperken zij zich er veelal toe in voetnoot te verwijzen naar rechtsleer die in het verleden over de notie werd geschreven in de context van de bijzondere bestuurdersaansprakelijkheden die gelden bij het faillissement van een rechtspersoon (te weten: de bijzondere aansprakelijkheden wegens kennelijk grove fout en in geval van achterstallige RSZ-schulden)²¹⁶. Waarom zij precies hun mosterd gaan halen bij die aansprakelijkheden, die niet in het WVV zijn opgenomen, maar in Boek XX van het WER, wordt hierna toegelicht, en op een kritische wijze geïdentificeerd. Daarbij zal al snel duidelijk worden dat wat klassiek onder het begrip en de notie “feitelijke bestuurder” werd en wordt verstaan, ook opgaat voor de notie “feitelijke bestuurder” zoals zij voorkomt in het WVV.

AFDELING 2. EEN UIT FRANKRIJK ONTLEEND BEGRIP MET INVULLING OP FRANSE LEEST

55. Zoals hiervoor al werd aangegeven, zijn er zowel in het WVV, als het WER bepalingen opgenomen waarin “feitelijke bestuurders” uitdrukkelijk worden gelijkgesteld met bestuurders²¹⁷. Het gaat om de artikelen:

- 2:56 (aansprakelijkheid wegens gewone bestuursfout en wegens schending van het WVV of de statuten), en in het zog daarvan 2:143²¹⁸ WVV (verjaring van rechtsvorderingen tegen bestuurders);
- XX.225-226 WER (faillissementsaansprakelijkheid wegens kennelijke grove fout en in geval van achterstallige RSZ-schulden);
- XX.227 WER (aansprakelijkheid ingevolge *wrongful trading*); en
- XX.229 WER (het beroepsverbod).

²¹⁶ Zie bv. L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “Les résidus de la responsabilité des administrateurs” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (251) 258, vn. 26; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 767, vn. 4308.

²¹⁷ Zie hierboven randnr. 45.

²¹⁸ Zie over deze bepaling verder randnrs. 250 en 251.

Hoewel de wetgever het in deze bepalingen niet met zoveel woorden over de “feitelijke bestuurders” heeft²¹⁹, maar integendeel over “*alle andere personen die ten aanzien van de rechtspersoon / de zaken van de onderneming werkelijke bestuursbevoegdheid (hebben of) hebben gehad*”²²⁰, wordt dit begrip in de rechtspraak en de rechtsleer vandaag bijna automatisch in de mond genomen om deze personen te omschrijven. Sterker nog, het wordt daar vaak gewoon voor de zinsnede “*alle andere personen...*” gesubstitueerd²²¹. Daar is een logische verklaring voor. Om die goed te begrijpen is het van belang om te weten dat artikel XX.225 WER (houdende de faillissementsaansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout) in belangrijke mate een herneming is van het oude artikel 530 W.Venn.²²², dat op haar beurt teruggaat op het in 1978 ingevoerde artikel 63ter Venn.W.²²³. Die laatste bepaling was de eerste “vennootschapsrechtelijke” bepaling waarin de bewoordingen “*alle andere personen...*” konden worden teruggevonden en was in belangrijke mate gebaseerd op artikel 99 van de Franse *Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes*²²⁴. Daarin

²¹⁹ Merk op dat de wetgever in de memorie van toelichting bij artikel 2:56 WVV (in het initiële ontwerp van het WVV artikel 2:55) wel gewoon over de feitelijke bestuurders spreekt (zie Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 59). Zo ook in de memorie van toelichting bij artikel XX.227 WER (in het initiële ontwerp van boek XX WER artikel 230 – zie Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen”, in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XX, en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 105).

²²⁰ In artikel XX.229, §3 WER worden ietwat andere bewoordingen gebruikt en is er sprake van “*enig ander persoon die zonder beheerder of zaakvoerder te zijn, werkelijk de bevoegdheid zal gehad hebben de failliet verklaarde rechtspersoon te beheren*”.

²²¹ Zie bv. J. RONSE, “La responsabilité facultative des administrateurs et gérant en cas de faillite avec insuffisance d’actif”, *RPS* 1979, (292) 292; P. COLLE, “Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond artikel 63ter Venn.W.”, *TBH* 1985, (163) 166; H. DE WULF en I. DE POORTER, “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen” in VLAAMSE CONFERENTIE DER BALIE VAN GENT (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, (195) 202; B. TILLEMEN en N. VAN DAMME, “Externe bestuurdersaansprakelijkheid tegenover de fiscus en de RSZ bij faillissement van de onderneming die geen natuurlijke persoon is” in M.E. STORME, B. TILLEMEN, J. VANANROYE, M. VANMEENEN en R. HOUBEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen V*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (217) 223; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 304-305, nr. 637.

²²² Zie ook D. DE MAREZ en C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, 341 en 347; R. VERHEYDEN, “De vordering wegens kennelijk grove fout en de individuele schuldeiser” (noot onder Antwerpen 15 juni 2017), *TRV-RPS* 2018, (553) 556-557; R. HOUBEN en A. SNYERS, “De nietigheid van besluiten en bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe recht” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen - Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (211) 252.

²²³ Zie over de historiek van deze bepalingen randnrs. 27 en 35.

²²⁴ Dat valt af te leiden uit een verklaring van de regering. Zij gaf bij de uitwerking van artikel 63ter Venn.W. aan dat

werd niet gesproken over “*tout autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société*”, maar wel over “*les dirigeants sociaux, de droit ou de fait, apparents ou occultes*”. Aangezien er geen enkele reden was om aan te nemen dat de wetgever in Frankrijk andere personen had willen visereren dan diegenen die in België via de bewoordingen “*alle andere personen...*” onder het toepassingsgebied van artikel 63ter Venn.W. waren gebracht, begonnen de eerste commentatoren ook in België al snel over “*les dirigeants de fait*” of “de feitelijke bestuurders” te spreken²²⁵. Eenzelfde beweging volgde niet veel later in de rechtspraak. Allicht speelde bij dit alles vooral de praktische overweging dat door vrij nauw bij het Franse recht aan te sluiten en dezelfde begrippen te hanteren, het warm water in de Belgische context niet opnieuw hoefde te worden uitgevonden. Er was immers ook bij ons nood aan een verdere interpretatie van de bewoordingen “*alle andere personen...*”²²⁶.

Artikel 99 van de Franse *Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967* werd inmiddels opgeheven. De inhoud ervan kan in een gewijzigde vorm worden teruggevonden in artikel L651-2 van de *Code de commerce*. Het eerste lid van dit artikel luidt als volgt: “*Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif,*

dit artikel gewoon een kopie was van een bepaling uit een Franse wet die reeds sinds 1967 van kracht was en dat wij in België zeker niet de eerste waren om hieraan te denken. Zie Verslag namens de bijzondere commissie belast met het onderzoek van het ontwerp van wet tot economische heroriëntering uitgebracht door de heren GIJS, LAGAE, VERNIMMEN, HERMAN, Mevr. PETRY en de heer VAN DER ELST, *Parl.St. Senaat 1977-78*, nr. 415/2, 150. Zie in dezelfde zin: J. RONSE en J. LIEVENS, “De doorbraakproblematiek” in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 159. Zie ook J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 268. Zie ook hierboven randnr. 27.

²²⁵ Zie o.m. J. RONSE, “La responsabilité facultative des administrateurs et gérant en cas de faillite avec insuffisance d’actif”, *RPS* 1979, (292) 292; A. HAELTERMAN, “De zaak Bodart-Fittings als toepassing van artikel 63ter Venn.W.: de kennelijk grove fouten van de staat”, *Jura Falc.* 1982-83, (373) 373; S. VAN CROMBRUGGE, *De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1984, 265; J.-L. JASPAR en A. DE SMETH, “La notion de gérant de fait”, *JT* 1984, (645) 645; P. COLLE, “Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond artikel 63ter Venn.W.”, *TBH* 1985, (163) 166; Y. MERCHERS, “Aansprakelijkheid van bestuurders in N.V. en B.V.B.A.”, *TPR* 1986, (405) 419; C. PARMENTIER, “La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite”, *TBH* 1986, (741) 771; J. RONSE en J. LIEVENS, “De doorbraakproblematiek” in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 158-159.

²²⁶ Cf. J. RONSE en J. LIEVENS, “De doorbraakproblematiek” in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 159. Zie ook M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 7-8.

décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables. Toutefois, en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée²²⁷ (eigen nadruk).

Voormelde beschouwingen verklaren enkel waarom het begrip “feitelijke bestuurder” kan worden gelinkt aan artikel XX.225 WER. Zij verklaren op zich niet waarom er vandaag ook in de context van de artikelen 2:56 WVV, XX.226-227 en XX.229 WER over wordt gesproken. De in deze bepalingen gebruikte bewoordingen – die identiek of quasi identiek zijn aan de in artikel XX.225 WER gebruikte bewoordingen (en de historisch daaraan voorafgaande artikelen 63^{ter} Venn.W. en 530 W.Venn.) – en het ontbreken van enige indicatie dat zij een andere draagwijdte zouden hebben dan in artikel XX.225 WER²²⁸, doen dat wel. Alles wijst erop dat de wetgever zich bij de redactie van het personele toepassingsgebied van de artikelen 2:56 WVV, XX.226-227 en XX.229 WER gewoon op de tekst van artikel XX.225 WER (en de historisch daaraan voorafgaande bepalingen) heeft gebaseerd²²⁹. Het hoeft vanuit dat oogpunt bekeken niet te verwonderen dat ook in de context van de artikelen 2:56 WVV, XX.226-227 en XX.229 WER over de “feitelijke bestuurders” wordt gesproken.

56. In nagenoeg alle publicaties waarin de huidige artikelen XX.225-227 en XX.229 WER, en hun antecedenten, onder de loep worden genomen, wordt de figuur van de feitelijke bestuurder

²²⁷ Zie artikel L651-2 Code (fr.) de commerce (*version en vigueur au 11 décembre 2016*).

²²⁸ In een voetnoot bij het verslag van de eerste lezing van het wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen”, in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XX, en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht, uitgebracht namens de Commissie voor Handels- en Economisch Recht door de heer DIRK JANSSENS en mevrouw ANN VANHESTE wordt letterlijk de volgende algemene kanttekening gemaakt: “*De hoedanigheid van feitelijk bestuurder vereist dus: a) dat men zich mengt in het interne beheer zonder dat hiervoor enige wettelijke of contractuele grond bestaat; b) dat men beslissingsmacht uitoefent die voorbehouden is aan de raad van bestuur; c) dat men totaal onafhankelijk beslissingen neemt waaruit blijkt dat men de maatschappelijke activiteiten beheerst*” (zie *Parl.St. Kamer 2016-17*, nr. 2407/004, 87).

²²⁹ Zie voor een gelijkkluidende vaststelling: S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV”, *Working Paper No. 2021/1*, elektronisch beschikbaar via <https://ssrn.com/abstract=3991410>, 9, nr. 14; S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV” in S. COOLS (ed.), *Lessen na twee jaar WVV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2022, (399) 410, nr. 14. Zie ook F. HELSEN, “Aansprakelijkheidsvorderingen tegen bestuurders/zaakvoerders na discontinuïteit” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP en T. LYSSENS (eds.), *Faillissement & Reorganisatie*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2020, losbl., (9.A–1) 9.A.–10.

bestudeerd aan de hand van een “algemene” definitie²³⁰. Hetzelfde geldt voor de publicaties waarin wat dieper wordt ingegaan op de bewoordingen van artikel 2:56 WVV²³¹, of toch ten minste de publicaties waarin verder wordt ingezoomd op de betekenis van de erin vervatte notie “feitelijke bestuurder”. Nader onderzoek wijst uit dat er ter zake verschillende van die “algemene” definities circuleren.

Hierna volgen enkele alfabetisch opgelijste voorbeelden:

BIHAIN definieert de feitelijke bestuurder als “*celui qui, exerçant en fait, directement ou par personne interposée, la direction de la personne morale, en lieu et place de son organe légal, ou sous son couvert, prend des décisions qui affectent le sort de l'être moral*”²³².

CARRON heeft het over “*de persoon die zonder wettelijke grondslag, noch enige opdracht vanwege vennootschapsorganen, in alle onafhankelijkheid en soevereiniteit een positieve activiteit van leiding en bestuur in de vennootschap uitoefent*”²³³. Eenzelfde definitie kan worden teruggevonden bij DE GEYTER,

²³⁰ Merk op dat in de rechtsleer over het vigerende recht doorgaans wordt teruggegrepen naar oudere rechtsleer (d.w.z. rechtsleer over de bepalingen die historisch aan de huidige artikelen XX.225-227 en XX.229 WER voorafgaan). Zie bv. J.-F. GOFFIN en A. CAUWENBERGH, “La responsabilité des dirigeants liée à une poursuite d’activité déficitaire avant ou pendant une réorganisation judiciaire” in A. ZENNER (ed.), *Le droit de l’insolvabilité: Analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, (645) 674-676; Y. DESMYTTERE en F. HELSEN, “Commentaar bij art. XX.225 WER” in R. STEENNOT, J. STUYCK, H. VANHEES en E. WYMEERSCH (eds.) *Comm.Handel.*, Mechelen, Kluwer, 2018, losbl., (1) 5-6; Y. DESMYTTERE en F. HELSEN, “Commentaar bij art. XX.226 WER” in R. STEENNOT, J. STUYCK, H. VANHEES en E. WYMEERSCH (eds.) *Comm.Handel.*, Mechelen, Kluwer, 2018, losbl., (1) 4-5; Y. DESMYTTERE en F. HELSEN, “Commentaar bij art. XX.227-228 WER” in R. STEENNOT, J. STUYCK, H. VANHEES en E. WYMEERSCH (eds.) *Comm.Handel.*, Mechelen, Kluwer, 2018, losbl., (1) 4-5; L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “Les résidus de la responsabilité des administrateurs” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (251) 258, vn. 26.

²³¹ Zie bv. S. DE GEYTER, “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, (888) 892; E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 270, nr. 445 en 275, nr. 449. Zie ook S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 2, nr. 5; M.-A. DELVAUX, “Avocat d’une société, quand risquez-vous d’être qualifié de dirigeant de fait” (noot onder KG Kh. Gent 25 september 2018), *JDSC* 2019, (82) 83; G. CALLENS, A. CAUTAERS, H. CULOT, Y. DE CORDT, G. DE PIERPONT, T. FLAMENT, E. FOSSEPREZ, J.-M. GOLLIER, A. HANNOUILLE en N. TISSOT, “Chapitre 5 - Responsabilité des administrateurs” in Y. DE CORDT (ed.) *Société anonyme, 2e édition*, Bruxelles, Larcier, 2021, (337) 338 en 351.

²³² L. BIHAIN, “Responsabilités des dirigeants de sociétés à l’égard des tiers. Pas d’immunité de principe en faveur des organes de sociétés”, *JT* 2006, (421) 422.

²³³ V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-27.

die naar CARRON refereert²³⁴.

COLLE²³⁵, SOENS, WYNANT en DE KOSTER²³⁶ definiëren de feitelijke bestuurder als “*de persoon die, zonder wettelijke grondslag noch enige opdracht vanwege de vennootschapsorganen, in het bestuur van de vennootschap tussengekomen is en aldus dat bestuur beïnvloed heeft door zich een feitelijke bestuurs- en beslissingsmacht toe te eigenen*”.

CORNELIS en FRANÇOIS hebben het over “*des personnes qui, en méconnaissance du cadre légal, ont pris le pouvoir au sein d'une personne morale et, qui, de ce fait, sont en mesure – pendant la période d'administration de fait – de déterminer sa gestion*”²³⁷.

DELVAUX definieert de feitelijke bestuurder als “*celui qui a pris, en toute indépendance, de manière régulière ou dans des conditions spécifiques, des décisions relevant de la gestion de la société qui témoignent dans son chef d'une véritable maîtrise en fait du sort commercial et financier de l'entreprise*”²³⁸.

DE WULF heeft het over “*de persoon die geen lid is van de raad van bestuur, maar in volle onafhankelijkheid beslissingen neemt of kan nemen die als bestuursbeslissingen gekwalificeerd kunnen worden*”²³⁹.

ERNST heeft het over “*een persoon die, zonder formeel tot bestuurder te zijn benoemd, daadwerkelijke bestuursbevoegdheden heeft uitgeoefend of zich zulke bevoegdheden heeft toegeëigend*”²⁴⁰.

²³⁴ S. DE GEYTER, “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, (888) 888. Zie ook S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 2, nr. 5.

²³⁵ P. COLLE, “Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond artikel 63ter Venn.W.”, *TBH* 1985, (163) 166.

²³⁶ P. SOENS, L. WYNANT en T. DE KOSTER, “Kapitaal en Budget – Kapitaal tijdens de werking van de vennootschap – De aansprakelijkheid van (feitelijke) bestuurders op grond van een kennelijk grove fout” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2016, losbl., (II.2-3) II.2-12.

²³⁷ L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “Les résidus de la responsabilité des administrateurs” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (251) 258. Zie ook de Nederlandse vertaling van deze bijdrage: L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “De (restanten van) bestuurdersaansprakelijkheid” in H. DE WULF en M. WYCKAERT (eds.), *Het WVV doorgelicht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, (333) 341: feitelijke bestuurders zijn “*personen die met miskennis van het door de wet georganiseerd bestuurskader de macht hebben gegrepen binnen een rechtspersoon en die daardoor – tijdens deze periode van feitelijk bestuur – in staat zijn om zijn bestuur te bepalen*”.

²³⁸ M.-A. DELVAUX, noot onder Gent 8 februari 2001, *JDSC* 2003, (213) 214.

²³⁹ H. DE WULF en I. DE POORTER, “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen” in VLAAMSE CONFERENTIE DER BALIE VAN GENT (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, (195) 202.

²⁴⁰ P. ERNST, “Actualia vennootschapsrecht: bestuurdersaansprakelijkheid – Recente evoluties” in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *CBR Jaarboek 2013-2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (79) 90 en 95.

GOFFIN omschrijft de feitelijke bestuurder als “*la personne qui, sans être régulièrement investie des fonctions d’administrateur; membre du comité de direction ou de gérant, s’immisce dans la gestion de la société et s’arroge les pouvoirs réservés aux administrateurs, membres de comité de direction et gérants*”²⁴¹.

HAELTERMAN spreekt dan weer over “*diegene die feitelijk de beheerstaken heeft uitgevoerd en effectief het bestuur van de vennootschap heeft gevoerd of mee heeft helpen voeren*”²⁴².

HUYLEBROEK staat stil bij het feit dat er verschillende definities van het begrip feitelijke bestuurder bestaan en stelt dat “*samengevat kan worden gesteld dat een feitelijke bestuurder een persoon is die, zonder een wettelijke grondslag of een opdracht vanwege een vennootschapsorgaan, tussenkomt in het bestuur van de vennootschap en zich een feitelijke bestuurs- en beslissingsbevoegdheid toe-eigent waardoor het bestuur wordt beïnvloed*”²⁴³.

PARMENTIER omschrijft de feitelijke bestuurder als “*celui qui, à quelque titre que ce soit, exerce en fait des tâches qui appartiennent aux administrateurs et qui s’approprie le pouvoir de décision*”²⁴⁴.

POELMANS definieert de feitelijke bestuurder als “*toute personne physique ou morale qui assumant les mêmes fonctions et les mêmes pouvoirs qu’un dirigeant de droit, exerce en fait, en tout souveraineté et en toute indépendance, une activité positive de gestion et de direction*”²⁴⁵.

RONSE en LIEVENS hebben het vrij generiek over “*diegene die zich de beslissingsmacht van de bestuurders om het beleid van de vennootschap te bepalen heeft toegeëigend*”²⁴⁶.

STAUDT en KILESTE definiëren de feitelijke bestuurder als “*la personne qui, à quelque titre que ce soit, exerce en fait des tâches qui incombent normalement aux administrateurs et qui s’approprient ainsi le pouvoir de décision*”²⁴⁷.

TILQUIN en SIMONART hebben het over “*celui qui, assumant les mêmes fonctions et les mêmes pouvoirs*

²⁴¹ J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 76, nr. 52.

²⁴² A. HAELTERMAN, “De zaak Bodart-Fittings als toepassing van artikel 63ter Venn.W.: de kennelijk grove fouten van de staat”, *Jura Falc.* 1982-83, (373) 376.

²⁴³ B. HUYLEBROEK, “Vereffenaar is geen feitelijke zaakvoerder van een failliete vennootschap” (noot onder Kh. Turnhout 10 december 2007), *RABG* 2008, (500) 502.

²⁴⁴ C. PARMENTIER, “La responsabilité des dirigeants d’entreprises en cas de faillite”, *TBH* 1986, (741) 771.

²⁴⁵ O. POELMANS, “L’affaire des ‘Forges de Clabecq’ et le droit de la faillite” (noot onder Voorz. Kh. Nijvel 3 januari 1997 en Brussel 1 maart 1997), *DAOR* 1997, afl. 43, (69) 76.

²⁴⁶ J. RONSE en J. LIEVENS, “De doorbraakproblematiek” in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 159.

²⁴⁷ C. STAUDT en P. KILESTE, “Devoir d’information et de conseil du franchiseur et limite de son pouvoir d’ingérence dans la gestion du franchiseé” (noot onder Bergen 13 januari 2003), *JLMB* 2004, (67) 68.

qu'un dirigeant de droit, exerce en fait et de manière indépendante une activité positive de gestion et de direction"²⁴⁸.

VAN CROMBRUGGE definieert de feitelijke bestuurder als "hij die, zonder formeel tot bestuurder te zijn benoemd, autonoom de beslissingsmacht in de vennootschap uitoefent en aldus haar industriële, commerciële en financiële ontwikkeling bepaalt"²⁴⁹.

VANDENBOGAERDE heeft het dan weer over "een persoon die zich, zonder op rechtsgeldige wijze te zijn aangesteld als bestuurder/zaakvoerder van een vennootschap, de facto bestuurs- en beslissingsbevoegdheden aanmeet"²⁵⁰.

WYCKAERT en PARREIN, hebben het over "iemand die in alle onafhankelijkheid positieve daden van bestuur kan stellen"²⁵¹.

ZENNER heeft het ten slotte over "les personnes physiques ou morales qui, sans être régulièrement investies des fonctions d'administrateur ou de gérant, s'immiscent dans l'administration de la société et s'arrogent les pouvoirs réservés aux administrateurs et gérants, autrement dit celles qui, assumant les mêmes fonctions et pouvoirs qu'un dirigeant de droit, exercent en fait, en toute souveraineté et indépendance, une activité positive de gestion et de direction"²⁵².

De meeste daarvan zijn rechtstreeks of onrechtstreeks geïnspireerd op de Franse rechtsleer²⁵³, meer bepaald op een bijdrage die in de jaren '70 werd geschreven door Jean-Louis RIVES-LANGE, een

²⁴⁸ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, Diegem, Kluwer, 1996, 767.

²⁴⁹ S. VAN CROMBRUGGE, *De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1984, 266-267. Zie ook Kh. Brussel 20 september 1979, *JT* 1980, 45; Kh. Brussel 30 maart 1981, *JT* 1981, 524.

²⁵⁰ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 6, nr. 8.

²⁵¹ M. WYCKAERT en F. PARREIN, "Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid?" in K. GEENS (ed.), *Vennootschaps- en Financieel recht*, Brugge, die Keure, 2011, (1) 7.

²⁵² A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, 1472, nr. 2179.

²⁵³ Verschillende auteurs geven dit met zoveel woorden aan. Zie in dit verband o.m. J. RONSE en J. LIEVENS, "De doorbraakproblematiek" in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 159-160; V. CARRON, "Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder" in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-27; S. DE GEYTER, "Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal" (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, (888) 888.

aan de *Université I de Montpellier* verbonden professor²⁵⁴. RIVES-LANGE formuleerde in 1975 een antwoord op de vraag wanneer iemand precies geacht kon worden een “*dirigeant de fait*” te zijn in de zin van artikel 99 van de *Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967* (de bepaling waarop onze wetgever zich baseerde bij de uitwerking van de regeling inzake faillissementsaansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout). Hij was een van de eerste auteurs die een algemene definitie van de notie “*dirigeant de fait*” uitwerkte, teruggrijpend naar de (lagere) rechtspraak die reeds rond artikel 99 was geveld²⁵⁵. Die definitie luidde letterlijk als volgt: “*est un dirigeant de fait celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion et de direction*”²⁵⁶. Zij kon volgens RIVES-LANGE worden ontleed in drie elementen of voorwaarden²⁵⁷, die gezamenlijk vervuld moesten zijn om tot een kwalificatie als “*dirigeant de fait*” te kunnen besluiten. Die drie voorwaarden zijn:

- “*la personne poursuivie doit avoir eu une activité positive,*
- *une activité positive de direction,*
- *une activité positive de direction exercée souverainement, en toute liberté et indépendance*”²⁵⁸.

57. De door RIVES-LANGE opgelijste voorwaarden worden vandaag nog altijd gehanteerd

²⁵⁴ J.-L. RIVES-LANGE, “La notion de dirigeant de fait au sens de l’article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens”, *Recueil Dalloz Sirey* 1975, 8^e cahier, 41-44.

²⁵⁵ J. HEINICH en L. WATRIN, “Le dirigeant de fait” in *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fasc. 45-20 (6 mei 2019), nr. 7, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>.

²⁵⁶ J.-L. RIVES-LANGE, “La notion de dirigeant de fait au sens de l’article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens”, *Recueil Dalloz Sirey* 1975, 8^e cahier, 42, nr. 5.

²⁵⁷ Sommige Franse auteurs menen dat de door RIVES-LANGE opgesomde voorwaarden eigenlijk terug te brengen zijn tot twee voorwaarden. Zie J. HEINICH en L. WATRIN, “Le dirigeant de fait” in *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fasc. 45-20 (6 mei 2019), nr. 7, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>: “*De sorte que l’on peut dégager deux critères cumulatifs de la direction de fait : d’une part, l’activité positive de gestion et de direction de la société et d’autre part, la souveraineté et l’indépendance du dirigeant de fait.*”

²⁵⁸ J.-L. RIVES-LANGE, “La notion de dirigeant de fait au sens de l’article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens”, *Recueil Dalloz Sirey* 1975, 8^e cahier, 42, nr. 5.

en genieten ruime instemming, zowel in de Franse²⁵⁹, als de Belgische rechtsleer²⁶⁰, daarin gevolgd door de rechtspraak²⁶¹. De verklaring daarvoor hoeft niet al te ver te worden gezocht: het door

²⁵⁹ Zie o.m. D. TRICOT, “Les critères de la gestion de fait”, *Droit et patr.* 1996, (24) 24, 26-27; M. COZIAN, A. VIANDIER en F. DEBOISSY, *Manuel de Droit des sociétés*, Paris, LexisNexis, 2011, 157; A. JACQUEMONT, R. VABRES en T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté (10^e édition)*, Paris, LexisNexis, 2017, 623-626; B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Paris, Éditions Dalloz, 2017, 182, nr. 278; J. HEINICH, “Les dirigeants de fait: du neuf dans de l’ancien”, *RJCom.* 2018, afl. 5, (1) 2 en de verwijzingen aldaar; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Issy-les-Moulineaux Cedex, LGDJ, 2018, 942; A. CHARÉVIAT, M.-É SÉBIRE, A. COURET en B. ZABALA, *Mémento pratique – Sociétés Commerciales (50^e édition)*, Levallois-Perret, Éditions Francis Lefebvre, 2019, 1657; J. HEINICH en L. WATRIN, “Le dirigeant de fait” in *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fasc. 45-20 (6 mei 2019), nr. 7, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>; P. CANNU en D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, Éditions Dalloz, 2020, 784, nr. 1333; O. MARAUD, *Les associés dans le droit des entreprises en difficulté*, Paris, LGDJ, 2021, 478.

²⁶⁰ Zie o.m. J.-L. JASPAR en A. DE SMETH, “La notion de gérant de fait”, *JT* 1984, (645) 645; J. RONSE en J. LIEVENS, “De doorbraakproblematiek” in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 159-160; C. PARMENTIER, “La responsabilité des dirigeants d’entreprises en cas de faillite”, *TBH* 1986, (741) 771; J. LIEVENS, “Artikel 63ter en de aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder” (noot onder Brussel 14 september 1988), *TRV* 1989, (55) 55; P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, “Examen de jurisprudence (1979-1990). Les sociétés commerciales. Deel 2”, *RCJB* 1993, (639) 792; J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 198-202; O. POELMANS, “L’affaire des ‘Forges de Clabecq’ et le droit de la faillite” (noot onder Voorz. Kh. Nijvel 3 januari 1997 en Brussel 1 maart 1997), *DAOR* 1997, afl. 43, (69) 78; K. GEENS, M. DENEFF, R. TAS, F. HELLEMANS en J. VANANROYE, “Overzicht van rechtspraak (1992-1998). Vennootschappen”, *TPR* 2000, (99) 328; C. STAUDT en P. KILESTE, “Devoir d’information et de conseil du franchiseur et limite de son pouvoir d’ingérence dans la gestion du franchise” (noot onder Bergen 13 januari 2003), *JLMB* 2004, (67) 68-69; D. GOL, “Action en comblement du passif et appréciation de la faute” (noot onder Luik 13 januari 2004), *DAOR* 2005, afl. 74, (147) 149, nr. 6; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2004, 88; V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-28 – II.1.28a; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 8-13; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 79; P. SOENS, L. WYNANT en T. DE KOSTER, “Kapitaal en Budget – Kapitaal tijdens de werking van de vennootschap – De aansprakelijkheid van (feitelijke) bestuurders op grond van een kennelijk grove fout” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2016, losbl., (II.2-3) II.2-12 – II.2-13.

²⁶¹ België: zie bv. Kh. Brussel 30 maart 1981, *JT* 1981, 524; Brussel 14 september 1988, *TRV* 1989, 49, noot J. LIEVENS; Brussel 12 februari 1992, *JLMB* 1993, 155, *Pas.* 1992, II, 23, *RPS* 1993, 256, noot F. T’KINT en *TBH* 1993, 1041, noot J. BUYLE en X. THUNIS; Rb. Gent 26 maart 1993, *TBH* 1993, 935; Kh. Charleroi 16 december 1998, *JDSC* 2002, 209 en *TBH* 2000, 642; Kh. Dendermonde 6 december 1999, *JDSC* 2001 (verkort), 143, noot P. KILESTE, en C. BERTSCH, *RW* 2001-02, 128, *TBH* 2000, 659 en *TRV* 2000, 40, noot; Kh. Luik 5 april 2000, *JLMB* 2001, 395 en *JDSC* 2002, 218, noot M.-A. DELVAUX; Kh. Brussel 3 april 2001, *JDSC* 2004, 261, noot M.-A. DELVAUX, *TBH* 2003, 21, noot J. BUYLE en M. DELIERNEUX; Luik 13 februari 2007, *JDSC* 2009 (verkort), 226, *JDSC* 2009 (verkort), 122 en 123, noot P. KILESTE en C. STAUDT en *RRD* 2007, 145; Kh. Turnhout 10 december 2007, *RABG* 2008, 492, noot B. HUYLEBROEK en *JDSC* 2009, 122, noot P. KILESTE en C. STAUDT; Luik 28 mei 2009, *RPS* 2010, 421, noot; Kh. Luik 20 juni 2016, *DAOR* 2016, afl. 120, 76; Gent 13 januari 2020, *RW* 2020-21, 1578, noot B. VAN DEN BERGH.

Frankrijk: zie bv. Cass. (com.) fr. 7 januari 2003, nr. 00-16.890, onuitg.; Cass. (com.) fr. 1 maart 2005, nr. 02-20.680, onuitg.; Cass. (com.) fr. 10 mei 2005, nr. 03-20.984, onuitg.; Cass. (com.) fr. 13 februari 2007, nr. 05-20.126, *JurisData* nr. 2007-037491, *Bull. civ. IV* 2007, nr. 41, *Bull. Joly Sociétés* 2007, nr. 6, 697, noot A.

RIVES-LANGE uitgewerkte “leerstuk” is helder en kan praktisch redelijk gemakkelijk worden toegepast. Of het inhoudelijk ook in ieder opzicht een goed leerstuk is, en inderdaad onverkort kan worden doorgetrokken naar de context van het WVV, zoals wordt gesuggereerd in de rechtsleer²⁶², wordt verder onderzocht in afdeling 5. In de hierna volgende afdeling 3 wordt nagegaan hoe de verschillende onderdelen van het klassieke leerstuk vandaag in de rechtspraak en de rechtsleer worden ingevuld en wordt een standpunt ingenomen over een aantal interpretatiekwesties. De klemtoon wordt gelegd op de Belgische rechtspraak en rechtsleer. Omdat daarin vaak wordt teruggegrepen naar het Franse recht en omdat het aantal gepubliceerde uitspraken in België vrij beperkt is, wordt ook ingegaan op enkele in het oog springende uitspraken van de Franse hoven van beroep en het Franse Hof van Cassatie²⁶³. Een snelle opzoeking via de term “*dirigeant de fait*” op de website *Légifrance*²⁶⁴ leert dat er in de laatste decennia ettelijke honderden uitspraken door het Franse Hof van Cassatie werden geveld waarin de notie “feitelijke bestuurder” aan bod komt²⁶⁵. In afdeling 4 wordt nader ingegaan op de vraag hoe feitelijk bestuur kan worden bewezen.

LECOURT, *Dr. sociétés* 2007, comm. 95, obs. J.-P. LEGROS, *Rev. sociétés* 2007, 630, noot B. SAINTOURENS; Cass. (com.) fr. 13 februari 2007, nr. 05-12.261, onuitg.; Cass. (com.) fr. 6 oktober 2009, nr. 08-15.378, *JurisData* nr. 2009-049844, *Bull. Joly Sociétés* 2010, nr. 3, 151, obs. P.-M. LE CORRE, *Dr. sociétés* 2010, comm. 14, noot J.-P. LEGROS, *Rev. sociétés* 2010, 185, obs. P. ROUSSEL GALLE; Cass. (com.) fr. 15 februari 2011, nr. 10-11.781, *Bull. Joly Sociétés* 2011, 583, noot B. SAINTOURENS; Cass. (com.) fr. 10 januari 2012, nr. 10-28.067, *JurisData* nr. 2012-000206, *Rev. proc. coll.* 2012, comm. 211, obs. A. MARTIN-SERF; Cass. (com.) fr. 1 december 2015, nr. 14-20.116, *Gaz. Pal.* 2016, nr. 256, 72, obs. J.-M. MOULIN; Cass. (com.) fr. 20 april 2017, nr. 15-10.425, *JurisData* nr. 2017-007291, *BJE* 2017, 297, obs. T. FAVARIO, *Bull. Joly Sociétés* 2017, 463, noot J. HEINICH, *Rev. proc. coll.* 2017, comm. 149, obs. A. MARTIN-SERF. Zie ook recent in de lagere rechtspraak: Rouen 7 juli 2016, nr. 15/03336, onuitg.; Agen 17 oktober 2017, nr. 16/00829, onuitg.; Paris 14 maart 2018, nr. 16/19330, *JurisData* nr. 2018-004331, *Rev. sociétés* 2019, 207, noot O. DEXANT-DE BAILLIENCOURT; Besançon 2 mei 2018, *JurisData* nr. 2018-007156 en Agen 29 mei 2018, *JurisData* nr. 2018-009782.

²⁶² Zie hierboven randnr. 54, en de verwijzingen aldaar.

²⁶³ Het Franse Hof van Cassatie oefent een strenge controle uit op de notie “feitelijke bestuurder” in lijn met de criteria uiteengezet in de studie van RIVES-LANGE (zie J. HEINICH, “Les dirigeants de fait: du neuf dans de l’ancien”, *RJCom.* 2018, afl. 5, (1) 2). De Franse auteurs HEINICH en WATRIN stellen hierover: “*Les éléments qui permettent de caractériser une direction de fait relèvent du domaine du fait. Cela n’empêche pas la Cour de cassation d’exercer un contrôle sur les indices retenus et de prononcer des cassations pour défaut de base légale lorsque ces indices sont impropres à caractériser l’existence d’une activité positive de gestion souveraine et indépendante*” (zie J. HEINICH en L. WATRIN, “Le dirigeant de fait” in *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fasc. 45-20 (6 mei 2019), nr. 16, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>). Zie ook J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2019, afl. 166, (3) 6, nr. 17; P. CANNU en D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, Éditions Dalloz, 2020, 784, nr. 1333. Aangezien ook de Belgische rechtspraak de principes uit deze studie toepast zouden een aantal zaken uit de Franse cassatierechtspraak naar de Belgische context kunnen worden doorgetrokken.

²⁶⁴ Dit is het Franse publieke portaal voor wetgeving en rechtspraak (van de hoogste rechtscolleges), raadpleegbaar via <https://www.legifrance.gouv.fr>.

²⁶⁵ Zie ook J. HEINICH, “Les dirigeants de fait: du neuf dans de l’ancien”, *RJCom.* 2018, afl. 5, (1) 1.

58. Zoals hierna nog zal blijken, kent het door RIVES-LANGE uitgewerkte leerstuk vandaag niet enkel een ruime receptie, maar ook een brede toepassing. Dat is opvallend omdat RIVES-LANGE in zijn bijdrage zelf aangaf specifiek te schrijven over de “*dirigeant de fait*” in de zin van artikel 99 van de *Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967*.

RIVES-LANGE schreef letterlijk: “*Plusieurs textes concernent le dirigeant de fait et la notion peut varier de l’un à l’autre. Cette chronique se borne à tenter de dégager la notion de dirigeant de fait au sens de l’art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens*”.

AFDELING 3. DE KLASSIEKE INVULLING VAN DE NOTIE “FEITELIJKE BESTUURDER”: EEN DRIELEDIGE TOETS UITGEKIEND IN HET KADER VAN DE BIJZONDERE FAILLISSEMENTSAAANSPRAKELIJKHEDEN VOOR BESTUURDERS EN HET BEROEPSVERBOD DAT NA EEN FAILLISSEMENT KAN WORDEN OPGELEGD

59. Zoals in de voorgaande afdeling al werd aangestipt, gebeurt de beoordeling van de vraag of iemand zich *de facto* het bestuur van een rechtspersoon heeft aangemeten, klassiek volgens een drieledige toets. Daarbij wordt achtereenvolgens nagegaan of de persoon in kwestie een positieve daad (eerste voorwaarde) heeft gesteld, die kwalificeert als een daad van bestuur (tweede voorwaarde), en of hij die positieve daad van bestuur heeft gesteld in alle onafhankelijkheid en soevereiniteit (derde voorwaarde). Het gaat om drie cumulatieve voorwaarden²⁶⁶. Het niet-gevuld zijn van één ervan, volstaat dus om te besluiten dat iemand geen “feitelijke bestuurder” is.

60. De klassieke invulling van de notie “feitelijke bestuurder” is uitgekend in de context van de bijzondere faillissementsaansprakelijkheden voor bestuurders (te weten: de faillissementsaansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout en in geval van achterstallige RSZ-schulden²⁶⁷) en het daaraan verwante beroepsverbod dat na een faillissement kan worden opgelegd.

²⁶⁶ J. RONSE en J. LIEVENS, “De doorbraakproblematiek” in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 160; J. LIEVENS, “Artikel 63ter en de aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder” (noot onder Brussel 14 september 1988), *TRV* 1989, (55) 55; J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 198-202; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 8.

²⁶⁷ De aansprakelijkheid ingevolge *wrongful trading* is immers van veel recentere datum. Zie randnr. 39 hierboven.

Men zal dan ook vaststellen dat het merendeel van de in deze derde afdeling aangehaalde rechtsleer en rechtspraak, inhoudelijk daarop betrekking heeft.

Echter, zoals in de inleiding bij dit hoofdstuk al werd aangehaald, wordt er in sommige rechtsleer waarin de in het WVV vervatte notie “feitelijke bestuurder” aan bod komt, ook naar de klassieke invulling teruggegrepen²⁶⁸. Dat gebeurt ofwel zeer uitdrukkelijk²⁶⁹, of er wordt door middel van een verwijzing naar ouder bronnenmateriaal gesuggereerd dat deze invulling ook in de context van het WVV opgaat²⁷⁰. In de vorige afdeling werd verklaard waarom deze link wordt, of kan worden, gelegd²⁷¹, en waarom auteurs die over de draagwijdte van de in het WVV vervatte notie schrijven, inspiratie kunnen putten uit rechtsleer en rechtspraak die in het verleden over de notie “feitelijke bestuurder” werd geschreven. Er is *a priori* niets dat erop wijst dat de notie die vandaag in de artikelen XX.225-227 en XX.229 WER kan worden teruggevonden, een andere notie zou zijn dan degene die in 2019 werd opgenomen in het WVV²⁷².

I. DE EERSTE VOORWAARDE: EEN *POSITIEVE DAAD* VAN BESTUUR

A. *Algemeen*

61. Om als “feitelijke bestuurder” te kunnen worden gekwalificeerd, moet een persoon in de eerste plaats een *positieve daad* hebben gesteld. Om het met de gevleugelde woorden van RIVES-LANGE te zeggen: “*On ne devient pas dirigeant et s’abstenant!*”²⁷³. Dat klinkt logisch: hoe kan

²⁶⁸ Zie randnr. 54 hierboven.

²⁶⁹ Zie bv. S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 2-3; P. BOSSARD, *CSA: examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, 122, nr. 195.

²⁷⁰ Zie bv. D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 767, vn. 4308.

²⁷¹ Zie randnr. 55 hierboven.

²⁷² Zie in dezelfde zin: S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV”, *Working Paper No. 2021/1*, elektronisch beschikbaar via <https://ssrn.com/abstract=>, 9, nr. 14; S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV” in S. COOLS (ed.), *Lessen na twee jaar WVV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2022, (399) 410, nr. 14: “*Het WVV zet die trend voort door de regels voor bestuurdersaansprakelijkheid in art. 2:56-57 WVV toepasselijk te maken op feitelijke bestuurders, en laat zich ter zake inspireren door de omschrijving in art. XX.225-227 WER (“alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de onderneming werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad”)*”. Zie ook F. HELSEN, “Aansprakelijkheidsvorderingen tegen bestuurders/zaakvoerders na discontinuïteit” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP en T. LYSSENS (eds.), *Faillissement & Reorganisatie*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2020, losbl., (9.A–1) 9.A.–10.

²⁷³ J.-L. RIVES-LANGE, “La notion de dirigeant de fait au sens de l’article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens”, *Recueil Dalloz Sirey* 1975, 8^e cahier, 42, nr. 6.

men stellen dat iemand zich het bestuur van een rechtspersoon heeft aangemeten wanneer hij niets heeft gedaan? Dat ligt moeilijk. Er wordt dan ook algemeen aangenomen dat een niet-handelen, een onthouding of een nalaten onvoldoende is om van een niet-bestuurder een feitelijke bestuurder te maken²⁷⁴. Het feit dat een nalaten wordt gesanctioneerd of het feit dat een persoon hypothetisch iets had kunnen doen (bijvoorbeeld omdat hij weet had van een voor de rechtspersoon nadelige situatie) verandert hier niets aan²⁷⁵.

Kunnen aldus niet als feitelijke bestuurders worden gekwalificeerd (of toch ten minste niet louter op basis van dit feit)²⁷⁶:

- de vennoot die op de hoogte is van het verlies van een aanzienlijk gedeelte van het kapitaal, maar die de bestuurders niet aanspoort om de alarmprocedure zoals opgenomen in artikel 7:228 WvV (oud artikel 633 W.Venn.) toe te passen²⁷⁷; of
- de commissaris die kennis heeft gekregen van overtreding van het WvV of de statuten, maar daar (bewust) geen melding van maakt (hoewel hij daartoe verplicht is overeenkomstig artikel 3:75, §1,

²⁷⁴ België: J.-L. JASPAR en A. DE SMETH, “La notion de gérant de fait”, *JT* 1984, (645) 645; Y. MERCHIERS, “Aansprakelijkheid van bestuurders in N.V. en B.V.B.A.”, *TPR* 1986, (405) 419; J. LIEVENS, “Artikel 63ter en de aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder” (noot onder Brussel 14 september 1988), *TRV* 1989, (55) 55; J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 198; V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-28; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 8. Frankrijk: G. NOTTE, “La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives”, *JCP CI* 1980, (77) 77, 8560, nr. 6; J. HEINICH en L. WATRIN, “Le dirigeant de fait” in *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fasc. 45-20 (6 mei 2019), nr. 8, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>; J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2019, afl. 166, (3) 4, nr. 8; O. MARAUD, *Les associés dans le droit des entreprises en difficulté*, Paris, LGDJ, 2021, 478.

²⁷⁵ P. COLLE, “Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond artikel 63ter Venn.W.”, *TBH* 1985, (163) 167; J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 198; V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-28; B. HUYLEBROEK, “Vereffenaar is geen feitelijke zaakvoerder van een failliete vennootschap” (noot onder Kh. Turnhout 10 december 2007), *RABG* 2008, (500) 502; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 8; S. DE GEYTER, “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, (888) 888; T. DE KOSTER, L. WYNANT en P. SOENS, “Kapitaal en Budget – Kapitaal tijdens de werking van de vennootschap – De aansprakelijkheid van (feitelijke) bestuurders op grond van een kennelijk grove fout” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, P. en A. FRANÇOIS (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2021, losbl., (II.2-3) II.2-14g.

²⁷⁶ Zie M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 8, die zijn voorbeelden haalt bij P. COLLE (P. COLLE, “Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond artikel 63ter Venn.W.”, *TBH* 1985, (163) 167, vn. 16).

²⁷⁷ Een andere vraag is of iemand die op basis van andere feiten gekwalificeerd kan worden als feitelijke bestuurder gehouden is om de alarmprocedure na te leven. Zie hierover verder randnr. 114.

Om van een *positieve daad* van bestuur te kunnen spreken, moet er daadwerkelijk een beslissing zijn genomen²⁷⁸. Het loutere feit dat iemand de mogelijkheid had om dat te doen, is onvoldoende om hem als feitelijke bestuurder te kunnen kwalificeren. Is evenzeer onvoldoende voor dergelijke kwalificatie en wordt niet beschouwd als een *positieve daad*: het enkele feit aanwezig te zijn op een vergadering van het bestuursorgaan van de rechtspersoon²⁷⁹.

B. De externe beïnvloeding van bestuursbeslissingen

62. Sommige auteurs verdedigen de visie dat het voor een kwalificatie als feitelijke bestuurder volstaat dat een persoon zijn wil aan de bestuurders *de jure* heeft opgedrongen, terwijl deze niet meer over de nodige autonomie beschikten om nog een eigen zelfstandige beslissing te nemen²⁸⁰. Zij opperen dat het geven van bindende instructies aan het bestuur, waaraan feitelijk niet meer kan worden verzaakt, voldoende is om als feitelijke bestuurder te kunnen worden aangemerkt²⁸¹. Ook wie geen effectieve positieve bestuurshandelingen heeft gesteld, maar wel een zeer grote invloed

²⁷⁸ België: J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 198; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 8; S. DE GEYTER, “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, (888) 888; E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 272, nr. 445. Zie in dezelfde zin in Frankrijk: J.-L. RIVES-LANGE, “La notion de dirigeant de fait au sens de l’article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens”, *Recueil Dalloz Sirey* 1975, 8^e cahier, 42, nr. 7; J. HEINICH en L. WATRIN, “Le dirigeant de fait” in *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fasc. 45-20 (6 mei 2019), nr. 16, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>.

²⁷⁹ Zie ook IBR-IRE, *Advies 2021/13 van de Raad van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren*, 2021, <https://www.ibr-ire.be/docs/default-source/nl/documents/regelgeving-en-publicaties/rechtsleer/adviezen/2021-13-advies-feitelijke-bestuurder.pdf>, 4: “Het enkele feit aanwezig te zijn op een raad van het bestuursorgaan van de gecontroleerde onderneming wordt niet beschouwd als een positieve daad”. Zie verder eveneens randnr. 113. Zie ook in dezelfde zin in Frankrijk: C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Issy-les-Moulineaux Cedex, LGDJ, 2018, 944: “le seule présence, fut-elle constante, d’une personne dans une société ne suffit pas à caractériser la direction de fait en l’absence de véritables actes d’immixtion”.

²⁸⁰ Zie P. COLLE, “Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond artikel 63ter Venn.W.”, *TBH* 1985, (163) 167, die zelf verwijst naar J. STOUFFLET, noot onder Nancy 15 december 1977, *JCP* 1978, II, nr. 18912.

²⁸¹ Zie O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 1996, 69-70, nr. 46; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 78; M. COIPEL, M. DAVAGLE en V. SEPULCHRE, *ASBL in Rép.Not.*, Brussel, Larcier, 2017, 701; A. ZENNER, *Traité du droit de l’insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, 1473. Cf. J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 198-199; E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 272, nr. 445.

op bepaalde beleidsbeslissingen heeft uitgeoefend, zou zo onder de noemer “feitelijke bestuurder” vallen²⁸².

Men zou deze groep van beleidsbepalers naar analogie met de in het Angelsaksische recht gekende “*shadow directors*”²⁸³ kunnen omschrijven als “schaduwbestuurders”²⁸⁴. Het gaat om personen die niet als bestuurders naar buiten treden, maar die wel een belangrijke mate van feitelijke controle hebben over de gang van zaken binnen de rechtspersoon²⁸⁵. Zij verschuilen zich achter de formeel benoemde bestuurders, die naar buiten toe optreden als de bestuurders van de rechtspersoon, maar vaak niet veel meer zijn dan hun stromannen²⁸⁶.

Een bedenking die hierbij kan worden gemaakt, is dat de grens tussen het uitoefenen van invloed en het louter verlenen van adviezen en raadgevingen (die niet leiden tot feitelijk bestuur²⁸⁷) niet altijd gemakkelijk kan worden getrokken. VANDENBOGAERDE²⁸⁸ en TIMP²⁸⁹ voeren aan dat de visie waarbij het opdringen van beslissingen als voldoende wordt beschouwd om te besluiten dat iemand een feitelijke bestuurder is, onverzoenbaar is met de voorwaarde dat iemand een positieve daad van *bestuur* moet hebben gesteld. Zij zou volgens deze auteurs ook geen steun vinden in de restrictieve interpretatie die aan de notie “feitelijke bestuurder” wordt gegeven in de rechtspraak en de rechtsleer. Dit is niet helemaal correct. Wie de gepubliceerde rechtspraak met de nodige aandacht onderzoekt, zal vaststellen dat er wel voorbeelden bestaan van gevallen waarbij iemand als feitelijke bestuurder wordt gekwalificeerd op grond van het feit dat hij nauwkeurige

²⁸² M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 9, nr. 10.

²⁸³ Zie daarover verder randnrs. 282, 323 e.v. en 349 e.v.

²⁸⁴ Zie ook M. WYCKAERT en F. PARREIN, “Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid?” in K. GEENS (ed.), *Vennootschaps- en Financieel recht*, Brugge, die Keure, 2011, 27. *Vgl.* evenwel met M. WYCKAERT en D. ALPER, “Faillissementsaansprakelijkheid van bestuurders en feitelijke bestuurders. Oude wijn in nieuwe zakken of 'something old, something new?’” in D. VAN GERVEN en J. VANANROYE (eds.), *Leerstukken ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (189) 204.

²⁸⁵ *Cf.* C. GERNER-BEUERLE, P. PAECH en E. P. SCHUSTER, “Study on Directors’ Duties and Liability” (april 2013), 55 (elektronisch beschikbaar via <http://eprints.lse.ac.uk/50438/>).

²⁸⁶ *Cf.* S. DE GEYTER, “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, (888) 889; M. WYCKAERT en D. ALPER, “Faillissementsaansprakelijkheid van bestuurders en feitelijke bestuurders. Oude wijn in nieuwe zakken of 'something old, something new?’” in D. VAN GERVEN en J. VANANROYE (eds.), *Leerstukken ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (189) 204.

²⁸⁷ Zie verder randnrs. 69 en 70.

²⁸⁸ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 9, nr. 10.

²⁸⁹ J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 198-199.

instructies heeft gegeven aan het bestuursorgaan²⁹⁰. Van belang om te weten is dat in de betrokken rechtspraak wordt stilgestaan bij de interpretatie van de wettelijke bewoordingen “*alle andere personen...*” uit de oude artikelen 63^{ter} Venn.W. (nu artikel XX.225 WER) en 265, §2 W.Venn. (nu artikel XX.226 WER). Nog belangrijker om te weten, is dat bij die interpretatie niet wordt uitgegaan van de leer van RIVES-LANGE, maar dat de rechter er gewoon een brede interpretatie van de wettelijke bewoordingen op na lijkt te houden.

In een vonnis van 23 april 2010 oordeelde de Brusselse rechtbank van koophandel dat een persoon (hierna “persoon X”) die nauwkeurige instructies had gegeven aan de formeel benoemde zaakvoerder van een BVBA werkelijke bestuursbevoegdheid had gehad in de zin van artikel 265, §2, lid 1 W.Venn. (nu artikel XX.226 WER (faillissementsaansprakelijkheid voor achterstallige RSZ-schulden)). De volgende elementen werden daarbij in overweging genomen:

- de formeel benoemde zaakvoerder had verklaard gewoon uit te voeren wat persoon X hem zei te doen;
- de formeel benoemde zaakvoerder was meestal zelf mee de baan op met een camionette en nam de opdrachten aan die persoon X hem gaf;
- in de praktijk zat persoon X de hele dag op het bureau van de BVBA;
- nieuwe werknemers kwamen in dienst van de BVBA op aangeven van persoon X (die telefonisch aan de zaakvoerder liet weten dat hij personeel had gevonden), maar werden officieel aangenomen door de formeel benoemde zaakvoerder;
- persoon X hing elke ochtend een lijst op met het werk van de dag;
- alle dimonameldingen, contacten met de overheid en het sociaal secretariaat werden geregeld door persoon X²⁹¹.

Wie het geheel van voormelde elementen analyseert, zal vaststellen dat persoon X in feite meer deed dan alleen maar instructies geven. Had de rechtbank de leer van RIVES-LANGE in deze zaak toegepast, dan had zij allicht ook positieve daden van bestuur kunnen ontwaren.

63. Of het louter beïnvloeden van een lid van het bestuursorgaan voldoende is om iemand als feitelijke bestuurder te kunnen kwalificeren, blijft omstreden²⁹². Waar VANDENBOGAERDE en

²⁹⁰ Zie Kh. Brussel 23 april 2010, *RW* 2011-12, 1010 met verwijzing naar Kh. Brussel 3 april 2001, *TBH* 2003, 21, noot J. BUYLE, waarin wordt verwezen naar O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 1996, 69-70, nr. 46. Zie ook D. VAN GERVEN, “Kroniek vennootschapsrecht 2011-2012”, *TRV* 2012, (563) 596, nr. 81; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 78.

²⁹¹ Kh. Brussel 23 april 2010, *RW* 2011-12, 1010.

²⁹² Zie C. GERNER-BEUERLE, P. PAECH en E. P. SCHUSTER, “Study on Directors’ Duties and Liability” (april 2013), 55 (elektronisch beschikbaar via <http://eprints.lse.ac.uk/50438/>).

TIMP lijken te besluiten dat dergelijke invloed, zelfs onder de vorm van bindende instructies, niet voldoende is, is onduidelijk waar zij precies de grens trekken met een beslissing die door iemand anders is ingegeven. Een positieve daad van bestuur kan formeel weliswaar gesteld zijn door het bestuursorgaan van een rechtspersoon, maar er kan perfect een beleid achter schuil gaan dat door iemand anders werd uitgestippeld (en in het kader waarvan noodzakelijkerwijze bepaalde keuzes en beslissingen zijn genomen). Wordt de werkelijke bestuursbevoegdheid in zulk geval dan niet uitgeoefend door die andere persoon? Een al te stringente toepassing van de door RIVES-LANGE geïdentificeerde voorwaarden zou hier kunnen leiden tot ongewenste situaties.

Wanneer overduidelijk is dat een formeel benoemde bestuurder eigenlijk gewoon optreedt als een naamlener²⁹³ voor de persoon die achter de schermen de spreekwoordelijke touwtjes in handen heeft, dan lijkt het niet meer dan normaal dat ook die laatstgenoemde persoon kan worden gekwalificeerd als “feitelijke bestuurder”²⁹⁴; of om dichter bij de wettekst aan te leunen als “iemand die werkelijke bestuursbevoegdheid heeft (gehad)”²⁹⁵.

In het Franse recht wordt eenzelfde visie gehuldigd. Het Franse Hof van Cassatie oordeelde reeds op 4 juni 1973 dat een persoon die zich inmengt in het bestuur van een vennootschap door instructies te geven aan een tussenpersoon die voor hem het wettelijke bestuur van de vennootschap waarneemt (en dus optreedt als zijn naamlener), kan worden gekwalificeerd als een “*dirigeant de fait*”²⁹⁶.

²⁹³ Er is sprake van naamgeving wanneer een persoon zich er (al dan niet uitdrukkelijk) toe verbindt om in eigen naam, maar voor rekening van een ten aanzien van derden niet-genoemde lastgever, één of meerdere rechtshandelingen te verrichten. Zie M. DAMBRE, *Bijzondere overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2018, 447. Zie ook Cass. 15 januari 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 619, *Pas.* 1982, I, 602 en RW 1982-83, 2250, noot; Cass. 26 januari 2000, RW 2002-03, 1094, noot. Zie ook V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-30b.

²⁹⁴ Zie in dezelfde zin in Frankrijk: J.-P. LEGROS, “Dirigent de fait” (noot onder Grenoble 2 februari 2012), *Dr. sociétés* 2013, comm. 126, nr. 3 (elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>) met verwijzing naar Paris 30 april 1993, *JurisData* nr. 1993-021742.

²⁹⁵ Cf. Kh. Brussel 23 april 2010, RW 2011-12, 1010. Zie ook Kh. Dendermonde 6 december 1999, *JDSC* 2001 (verkort), 143, noot P. KILESTE, en C. BERTSCH, RW 2001-02, 128, *TBH* 2000, 659 en *TRV* 2000, 40, noot. Zie tevens V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-30b.

²⁹⁶ Zie Cass. (com.) fr. 4 juni 1973, nr. 72-10.860, *Bull.* 1973, nr. 196, 178: “*Attendu qu'il est reproché à l'arrêt attaqué (Paris, 12 novembre 1971) d'avoir condamné Maugino, associé et grant de fait de la société à responsabilité limitée Meynin, Bordier et Maugino (M.B.M.), en règlement judiciaire, à payer solidairement avec Bordier, gérant, une partie du passif, alors, selon le pourvoi, que l'associé d'une société à responsabilité limitée qui n'a pas la qualité de gérant ne peut être déclaré responsable de l'insuffisance d'actif que si la preuve est*

C. Daden gesteld in eigen naam?

64. Volgens VANDENBOGAERDE dient bij de beoordeling van de vraag of een persoon kan worden gekwalificeerd als feitelijke bestuurder, niet enkel te worden nagegaan of hij een positieve daad heeft gesteld, maar ook of hij dat in eigen naam heeft gedaan²⁹⁷. VANDENBOGAERDE wijst erop dat in vennootschappen met een bestuurder-rechtspersoon, die rechtspersoon altijd optreedt via een vaste vertegenwoordiger²⁹⁸. Die vaste vertegenwoordiger – een natuurlijke persoon²⁹⁹ – zal vrij evident positieve daden van bestuur stellen, maar wordt daarmee geen feitelijke bestuurder; of toch ten minste niet wanneer hij duidelijk maakt dat hij optreedt in naam van de rechtspersoon-bestuurder³⁰⁰.

Dit is correct en lijkt eigenlijk voor zich te spreken. Niettemin achtte VANDENBOGAERDE het wenselijk om dit te expliciteren. Hij blijkt zich daarbij opvallend genoeg niet op rechtspraak te

rapportée qu'il a effectivement participé à la gestion des affaires sociales, que cette preuve ne peut résulter que de la constatation d'actes effectifs et réels de gestion, et qu'en l'espèce, l'arrêt attaqué n'a relevé aucun fait positif permettant de conclure que Maugino s'était immiscé dans la gestion de la société ; Mais attendu que l'arrêt déclare que les procurations dont bénéficiait Maugino démontrent que celui-ci, de nationalité étrangère, a géré la société M.B.M. par personne interposée, et que depuis la création de la société il n'a pas été un simple associé mais a participé à la gestion sociale par l'intermédiaire de sa secrétaire qui lui servait de prête-nom; que, par ces motifs, la Cour d'appel a souverainement apprécié les éléments de preuve qui lui étaient soumis, et que le moyen est donc sans fondement;”.

²⁹⁷ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 9, nr. 11.

²⁹⁸ De benoeming van een vaste vertegenwoordiger die wordt belast met de uitvoering van het mandaat in naam en voor rekening van de bestuurder-rechtspersoon is vandaag niet enkel verplicht in een vennootschap, maar evenzeer in een vereniging en stichting. Het artikel dat deze verplichting voorschrijft (artikel 2:55 WVV) is opgenomen in Boek 2 van het WVV dat van toepassing is op alle rechtspersonen. Zie ook P. A. FORIERS en M. WYCKAERT, “Le projet de Code des sociétés et associations: nouveautés en matière de gouvernance dans les sociétés et les associations – Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen – wat verandert in de ‘governance’ van vennootschappen en verenigingen?” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen – Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (119) 123-124, nr. 8; D. VAN GERVEN, “De coöperatieve vennootschap, de erkende vennootschappen, de feitelijke vereniging, de VZW, de IVZW en de stichtingen”, *TBH* 2018, (1067) 1077, nr. 17; O. CAPRASSE en L. LÉONARD, “Les principes généraux de la réforme” in R. AYDOGDU en O. CAPRASSE (eds.), *Le code des sociétés et des associations. Introduction à la réforme du droit des sociétés*, Luik, Anthemis, 2018, (7) 33, nrs. 76-77.

²⁹⁹ Zie artikel 2:55 WVV. Zie ook J. VINCKE, *L'administrateur de SRL. Questions – Réponses*, Limal, Anthemis, 2019, 19; D. WILLERMAIN, “L'administration de la société à responsabilité limitée” in A.-P. ANDRE-DUMONT en T. TILQUIN (eds.), *La société à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier Legal, 2019, (113) 127-128; D. WILLERMAIN, F. MESSINNE en G. COLLARD, “La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (183) 191-192.

³⁰⁰ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 9, nr. 11.

hebben gebaseerd die werd geveld in de context van het vennootschaps- en insolventierecht, maar in tegendeel op rechtspraak die werd geveld in de context van het fiscaal recht. Rechtspraak waarin bovendien geen enkele link wordt gelegd met de door RIVES-LANGE opgelijste voorwaarden inzake feitelijk bestuur³⁰¹.

VANDENBOGAERDE verwijst naar een arrest van het Brusselse hof van beroep van 30 maart 2001. Daarin werd een oordeel geveld over de herkwalficatie van intresten die waren betaald op voorschotten³⁰² gegeven door de zaakvoerder van een VOF aan een NV, als dividenden aan de zaakvoerder van die VOF (zie oud artikel 18, 3° WIB92, nu artikel 18, 4° WIB92). De feiten van de zaak kunnen als volgt worden samengevat. De heer S was mede-oprichter van een NV en bezat bij de oprichting 50% van de aandelen (het aandelenbezit ten tijde van de procedure was onbekend). De heer S was tevens meerderheidsaandeelhouder van een VOF, die als bestuurder van de NV was aangesteld. Hij had belangrijke sommen uitgeleend aan de NV, waarvan het bedrag de som van de belaste reserves en het gestorte kapitaal van de NV oversteeg. Omdat de toegekende voorschotten deze omvang hadden, kon onder de fiscale wetgeving³⁰³ worden geargumenteed dat de erop aangerekende intresten dividenden uitmaakten. De fiscale administratie was erin geslaagd om aan te tonen dat de constructie met de VOF als bestuurder geveinsd was en dat in feite de zaakvoerder van de VOF als bestuurder van de NV was opgetreden. Het hof volgde de argumentatie van de fiscale administratie dat uit de vaststelling dat de zaakvoerder van de VOF diverse documenten had ondertekend, zoals de aangiftes in de vennootschapsbelasting en de roerende voorheffing en de notulen van de raad van bestuur van de NV, zonder te vermelden dat hij optrad in de hoedanigheid van zaakvoerder van de VOF, kon worden afgeleid dat hij was opgetreden in de hoedanigheid van feitelijke bestuurder³⁰⁴. De heer S en de VOF zouden zo de overeenkomsten die hen bonden hebben miskend.

Het lijkt moeilijk om uit deze rechtspraak, die vertrekt van de toepassing van artikel 18 WIB92 en waarin toepassing wordt gemaakt van de veinzingsleer, zomaar algemene lering te trekken. Het zou kunnen dat VANDENBOGAERDE er de stelling mee wilde staven dat een inmenging in het bestuur moet zijn gebeurd zonder enige wettelijke of contractuele grondslag om tot feitelijk bestuur

³⁰¹ Zie Brussel 30 maart 2001, *Fisc.Koer.* 2001, 231 (weergave) en *FJF* 2002,133, noot.

³⁰² Als voorschot werd op dat ogenblik beschouwd: elke al dan niet door effecten vertegenwoordigde geldlening door een natuurlijke persoon aan een vennootschap waarvan hij aandelen had of door een persoon aan een vennootschap waarin hij een opdracht of functies vermeld in artikel 32, eerste lid, 1° WIB92 uitoefende.

³⁰³ Luidens het op dat ogenblik geldende artikel 18, 3° WIB dienden als dividenden te worden beschouwd: “*intresten van voorschotten wanneer één van de volgende grenzen wordt overschreden en in de mate van die overschrijding: ofwel ...; ofwel wanneer het totaal bedrag van de rentegevende voorschotten hoger is dan de som van de belaste reserves bij het begin van het belastbare tijdperk en het gestort kapitaal bij het einde van dit tijdperk*”.

³⁰⁴ Brussel 30 maart 2001, *Fisc.Koer.* 2001, 231 (weergave) en *FJF* 2002,133, noot.

te kunnen besluiten³⁰⁵. Zo bekeken is zijn aanvulling begrijpbaar en verdient zij bijval.

Het weze opgemerkt dat hoe men ze ook interpreteert, de relevantie van VANDENBOGAERDE's bedenking uiteindelijk relatief beperkt is. De vaste vertegenwoordiger van een rechtspersoon-bestuurder is overeenkomstig artikel 2:55, lid 1 WVV hoofdelijk met de rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk alsof hij zelf het betrokken mandaat in eigen naam en voor eigen rekening had uitgevoerd³⁰⁶. Het maakt vanuit dat oogpunt weinig verschil of de persoon die in het vizier wordt genomen vaste vertegenwoordiger van een rechtspersoon-bestuurder is, of feitelijke bestuurder. Een punt waarop dit onderscheid wel relevant zou kunnen zijn, is in het licht van de wettelijke aansprakelijkheidsbeperking uit artikel 2:57 WVV³⁰⁷.

II. DE TWEDE VOORWAARDE: EEN POSITIEVE DAAD VAN *BESTUUR*

A. Algemeen

65. Het loutere feit dat een persoon een positieve daad heeft gesteld die verband houdt met een rechtspersoon, maakt van hem nog geen “feitelijke bestuurder”. Om als “feitelijke bestuurder” te kunnen worden aangemerkt, moet de betrokken persoon een positieve daad van *bestuur*³⁰⁸ hebben

³⁰⁵ Zie hierover verder randnrs. 99 e.v. Zie ook Y. MERCHIERS, “Aansprakelijkheid van bestuurders in N.V. en B.V.B.A.”, *TPR* 1986, (405) 420.

³⁰⁶ Zie ook E. POTTIER en F. LEFÈVRE, “De aansprakelijkheid van de organen”, *TBH* 2018, (1091) 1094, nr. 8; K. MARESCEAU en B. JOYE, “Het bestuur van vennootschappen in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen” in M. WYCKAERT, P. ERNST, D. BRULOOT, K. MARESCEAU, B. JOYE, C. PIETTE, A. FRANÇOIS, M. VERHEYDEN en R. TAS (eds.), *De nieuwe vennootschapswet: VPG studiedag 2018*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018, (83) 87-88; D. WILLERMAIN, F. MESSINNE en G. COLLARD, “La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (183) 191-192; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE en H. CULOT, *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020, 268, nr. 539.

³⁰⁷ Dit is afhankelijk van hoe het personele toepassingsgebied van de wettelijke aansprakelijkheidsbeperking wordt geïnterpreteerd. Zie hierover verder randnrs. 223 t.e.m. 229.

³⁰⁸ J.-L. JASPAR en A. DE SMETH, “La notion de gérant de fait”, *JT* 1984, (645) 645; P. COLLE, “Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond artikel 63ter Venn.W.”, *TBH* 1985, (163) 167; J. LIEVENS, “Artikel 63ter en de aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder” (noot onder Brussel 14 september 1988), *TRV* 1989, (55) 55; J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 199; V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-28; S. DE GEYTER, “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, (888) 888.

gesteld, of om een equivalente term te gebruiken, een bestuurshandeling³⁰⁹. Hij moet een beslissing hebben genomen of een handeling hebben gesteld die het bestuur van de rechtspersoon aanbelangt en die normaal is voorbehouden aan de leden van het bestuursorgaan³¹⁰.

COIPEL, DAVAGLE en SEPULCHRE wijzen erop dat het feit dat een rechtspersoon wordt geleid door een “feitelijke bestuurder” niet wil zeggen dat er geen normaal aangesteld bestuursorgaan zou zijn³¹¹. Zij voeren aan dat, behalve in zeer uitzonderlijke omstandigheden, een rechtspersoon altijd een aantal bestuurders zal hebben die “officieel” (*lees*: op papier) het bestuur waarnemen. Dit is, afgetoetst aan de casuïstiek in de rechtspraak, een correcte observatie: er zijn in de regel inderdaad geen “feitelijke bestuurders”, zonder dat er (op papier) ook wettelijke bestuurders zijn³¹².

66. VANDENBOGAERDE merkt terecht op dat het optreden van de “feitelijke bestuurder” geenszins tegen de wil van de wettelijke bestuurders in hoeft te gebeuren³¹³. Laatstgenoemden kunnen perfect onder een bepaalde invloed staan, zij kunnen een gedoogbeleid voeren, zij kunnen een passieve rol vervullen of zij kunnen nalaten om toezicht uit te oefenen³¹⁴.

³⁰⁹ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 10, nr. 12.

³¹⁰ P. COLLE, “Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond artikel 63ter Venn.W.”, *TBH* 1985, (163) 167; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 10, nr. 12; D. GOL en C. DUVIEUSART, “La responsabilité des administrateurs: questions choisies” in V. PALM (ed.), *Le nouveau droit des sociétés en pratique – Questions choisies*, Limal, Anthemis, 2021, (235) 238. Zie ook in Frankrijk: J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétair*e 2019, afl. 166, (3) 4, nr. 8.

³¹¹ M. COIPEL, M. DAVAGLE en V. SEPULCHRE, *ASBL in Rép.Not.*, Brussel, Larcier, 2017, 701, nr. 927.

³¹² Het weze opgemerkt dat COIPEL, DAVAGLE en SEPULCHRE enkel schreven over de VZW: “*Il pourrait peut-être arriver qu’une ASBL moribonde, privée d’organes sociaux (conseil d’administration et assemblée générale) vivote quelque temps sous la conduite d’une ou plusieurs personnes qui assureraient la fonction d’administrateur. Mais en dehors de cas de ce genre, probablement exceptionnels, la mise en évidence de ce que l’ASBL et aux mains d’un ou plusieurs administrateurs de fait s’accompagne toujours de la constatation qu’il existe quand même un conseil d’administration qui a été régulièrement nommé par l’assemblée générale*” (zie M. COIPEL, M. DAVAGLE en V. SEPULCHRE, *ASBL in Rép.Not.*, Brussel, Larcier, 2017, 701, nr. 927). Dit neemt niet weg dat hun observatie ook opgaat voor andere rechtspersonen. Vergelijk evenwel met J.-L. JASPAR en A. DE SMETH, “La notion de gérant de fait”, *JT* 1984, (645) 648.

³¹³ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 10, nr. 12. Zie ook M. DAVAGLE, “La responsabilité des administrateurs de fait”, *BJS* 2022, afl. 694, 14: “*Il convient toutefois de souligner que la notion d’administrateur de fait n’exige pas la maîtrise des affaires par une seule personne disposant d’un pouvoir absolu. En effet, la maîtrise pourrait être partagée avec d’autres*”.

³¹⁴ Zie ook in Frankrijk: C. DELATTRE, “La place de l’aveu dans la détermination de la gérance de fait” (noot onder Paris 23 februari 2012), *Rev. proc. coll.* 2012, afl. 4, (1) 1; J. HEINICH en L. WATRIN, “Le dirigeant de fait” in *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fasc. 45-20 (6 mei 2019), nr. 15 en de verwijzingen aldaar, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>; J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétair*e 2019, afl. 166, (3) 6, nr. 16.

Een mooie illustratie hiervan kan worden teruggevonden in een vonnis van de rechtbank van koophandel van Dendermonde van 6 december 1999³¹⁵, waarin het oude artikel 63^{ter} Venn.W. (later artikel 530 W.Venn. en vandaag artikel XX.225 WER) werd toegepast. De feiten van de zaak kunnen als volgt worden samengevat. De leden van de raad van bestuur van een NV hadden het bestuur door middel van zeer ruime volmachten bijna volledig overgelaten aan een dagelijks bestuurder. Die laatste had op het ogenblik dat de NV op de rand van het faillissement balanceerde een operatie doorgevoerd waarbij alle machines, het personeel en de voorraden van de NV werden overgedragen naar een niet-meer actieve vennootschap die, na opnieuw te zijn geactiveerd, de exploitatie zou verderzetten. De NV zou enkel nog fungeren als verkoopmaatschappij voor de afgewerkte producten. De hele operatie vond plaats tegen een prijs, te betalen in afgewerkte producten, die ver boven de reële waarde van de overgedragen activa lag, zodat de overname er in werkelijkheid toe strekte op een hopeloze wijze de overdragende NV van het faillissement te redden. Het vennootschapsbelang van de overnemende vennootschap werd hierbij duidelijk miskend. Het mocht uiteindelijk niet baten, want de overdragende NV ging toch failliet. Van belang is dat de dagelijks bestuurder de operatie volledig op eigen houtje had kunnen doorvoeren, zonder enige controle vanwege de raad van bestuur. De bestuurders hadden zich op geen enkel ogenblik met het bestuur ingelaten. Zij bleken uitsluitend op papier bestuurder te zijn en waren totaal niet op de hoogte van het reilen en zeilen binnen de vennootschap. De dagelijks bestuurder had alles zelf kunnen beslissen en had diverse daden gesteld die veel verder gingen dan daden van dagelijks bestuur. Dit maakte, aldus de rechtbank, dat er geen twijfel over kon bestaan dat de dagelijks bestuurder in werkelijkheid een feitelijke bestuurder van de overdragende NV was geweest.

67. De feitelijke bestuurder is, zoals hierboven aangestipt, iemand die bevoegdheden uitoefent die onder normale omstandigheden worden, of zouden worden, uitgeoefend door de leden van het bestuursorgaan³¹⁶. Hij mengt zich in het vennootschaps- of verenigingsbestuur, zonder zich iets van de spelregels ter zake aan te trekken. De normale werking van de organen van de vennootschap of vereniging wordt door zijn optreden verstoord, aangetast of zelfs volledig ondergraven.

VANDENBOGAERDE wijst er, onder verwijzing naar een arrest van het hof van beroep van Luik van 13 januari 2004³¹⁷, terecht op dat de vaststelling dat de organen van de rechtspersoon steeds normaal zijn blijven

³¹⁵ Kh. Dendermonde 6 december 1999, *JDSC* 2001 (verkort), 143, noot P. KILESTE, en C. BERTSCH, *RW* 2001-02, 128, *TBH* 2000, 659 en *TRV* 2000, 40, noot.

³¹⁶ Zie ook H. DE WULF en I. DE POORTER, “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen” in VLAAMSE CONFERENTIE DER BALIE VAN GENT (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, (195) 202; X. DIEUX en Y. DE CORDT, “Examen de jurisprudence (1991-2005). Les sociétés commerciales. Deel 2”, *RCJB* 2008, (577) 584; S. DE GEYTER, “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, (888) 889; D. GOL, “L’association face à l’insolvabilité”, *TRV-RPS* 2020, (876) 887.

³¹⁷ Luik 13 januari 2004, *DAOR* 2005, afl. 74, 144, noot D. GOL en *JDSC* 2005, 183, noot J.-F. GOFFIN.

functioneren, een sterke indicatie is dat een als feitelijke bestuurder geïdende persoon dat eigenlijk niet is³¹⁸. Meer dan een indicatie is het voor alle duidelijkheid niet: de (volledige) ontwrichting van het vennootschaps- of verenigingsleven is geen voorwaarde om tot feitelijk bestuur te kunnen besluiten.

Tot hier enkele meer algemene, inleidende beschouwingen; over naar de inhoudelijke draagwijdte van de tweede voorwaarde inzake feitelijk bestuur en dus naar een analyse van de (gestelde) daden zelf.

B. Positieve daden die geen daden van bestuur zijn

i. Algemeen

68. Welke positieve daden nu juist “daden van bestuur” zijn, is niet altijd even helder³¹⁹. Een aantal positieve daden kwalificeren volgens de rechtspraak en rechtsleer duidelijk niet zo. Het gaat om daden die geen enkele link hebben met het bestuur van de rechtspersoon (zoals verduisteringen, diefstallen en oplichtingen³²⁰) en daden die zelf geen beslissingen van bestuurlijke aard zijn³²¹ (*lees*: die geen prerogatieven van het bestuursorgaan zijn³²²).

Om het met de woorden van RIVES-LANGE te zeggen: “*L’activité positive doit se traduire par des décisions concernant la gestion; de simples suggestions ou de simple conseils ne sauraient suffire; ce ne sont pas des actes de gestion*”³²³. Het mag duidelijk zijn dat de eerste en tweede voorwaarde inzake feitelijk bestuur hier eigenlijk samenkomen³²⁴.

³¹⁸ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 10, nr. 12.

³¹⁹ J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 199.

³²⁰ J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 199.

³²¹ P. COLLE, “Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond artikel 63ter Venn.W.”, *TBH* 1985, (163) 167; P. SOENS, L. WYNANT en T. DE KOSTER, “Kapitaal en Budget – Kapitaal tijdens de werking van de vennootschap – De aansprakelijkheid van (feitelijke) bestuurders op grond van een kennelijk grove fout” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2016, losbl., (II.2-3) II.2-12.

³²² L. BIHAIN, “Responsabilités des dirigeants de sociétés à l’égard des tiers. Pas d’immunité de principe en faveur des organes de sociétés”, *JT* 2006, (421) 422; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 10, nr. 12; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 77; Y. DESMYTTERE en F. HELSEN, “Commentaar bij art. XX.225 WER” in R. STEENNOT, J. STUYCK, H. VANHEES en E. WYMEERSCH (eds.) *Comm.Handel.*, Mechelen, Kluwer, 2018, losbl., (1) 7.

³²³ J.-L. RIVES-LANGE, “La notion de dirigeant de fait au sens de l’article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens”, *Recueil Dalloz Sirey* 1975, 8^e cahier, 42, nr. 9.

³²⁴ Cf. J.-L. RIVES-LANGE, “La notion de dirigeant de fait au sens de l’article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le

ii. Daden die geen beslissingen van bestuurlijke aard zijn

69. Typevoorbeelden van daden die geen beslissingen van bestuurlijke aard zijn³²⁵ – en die dus niet leiden tot feitelijk bestuur – zijn raadgevingen, adviezen, voorstellen, suggesties, en technische bijstand³²⁶.

Het formuleren van adviezen en het geven van raad³²⁷

De rechtsleer waarin wordt geoordeeld dat het formuleren van advies en het geven van raad geen positieve daden van bestuur zijn, is duidelijk geïnspireerd op de studie van RIVES-LANGE³²⁸. Zij blijkt echter ook

règlement judiciaire et la liquidation des biens”, *Recueil Dalloz Sirey* 1975, 8^e cahier, 42, nr. 8, vn. 16.

³²⁵ Sommige auteurs stellen dat raadgevingen, adviezen, voorstellen en/of suggesties geen positieve daden zijn (zie J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 198) of zij lijken dat te suggereren (zie J. RONSE en J. LIEVENS, “De doorbraakproblematiek” in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 160). Dat lijkt niet helemaal correct. Ook wie een advies verleent of een suggestie doet, stelt een positieve daad. Het is veel juister te stellen dat die daad geen daad van bestuur of bestuurshandeling is.

³²⁶ J. RONSE en J. LIEVENS, “De doorbraakproblematiek” in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 160; J. LIEVENS, “Artikel 63ter en de aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder” (noot onder Brussel 14 september 1988), *TRV* 1989, (55) 55; J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 199; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, Diegem, Kluwer, 1996, 768; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 10, nr. 12; E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 271, nr. 445. Zie ook Kh. Brussel 3 april 1984, *RPS* 1984, 184; Luik 28 mei 2009, *RPS* 2010, 421, noot. Zie in dezelfde zin in Frankrijk: A. JACQUEMONT, R. VABRES en T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté (10^e édition)*, Paris, LexisNexis, 2017, 625, nr. 1081 met verwijzing naar Cass. (com.) fr. 27 maart 2007, *JCP E* 2007, 2274, noot C. DELATTRE.

³²⁷ Rechtspraak en rechtsleer oordelen unaniem dat raadgevingen, adviezen, voorstellen en suggesties onvoldoende zijn om tot feitelijk bestuur te kunnen besluiten. Zie J. RONSE, “La responsabilité facultative des administrateurs et gérant en cas de faillite avec insuffisance d’actif”, *RPS* 1979, (292) 297; J.-L. JASPAR en A. DE SMETH, “La notion de gérant de fait”, *JT* 1984, (645) 645; P. COLLE, “Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond artikel 63ter Venn.W.”, *TBH* 1985, (163) 167; J. LIEVENS, “Artikel 63ter en de aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder” (noot onder Brussel 14 september 1988), *TRV* 1989, (55) 55; V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-28; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 10, nr. 12; M. COIPEL, M. DAVAGLE en V. SEPULCHRE, *ASBL in Rép.Not.*, Brussel, Larcier, 2017, 700; S. DE GEYTER, “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, (888) 889; Luik 1 december 1969, *RPS* 1971, 280, noot C. LEMPEREUR; Kh. Luik 20 december 1983, *RPS* 1984, 183; Kh. Brussel 3 april 1984, *RPS* 1984, 184; Kh. Luik 5 april 2000, *JLMB* 2001, 395 en *JDSC* 2002, 218, noot M.-A. DELVAUX; Bergen 13 januari 2003, *DAOR* 2002, 377, *JDSC* 2004, 264, noot M.-A. DELVAUX en *JLMB* 2004, 54, noot C. STAUDT en P. KILESTE.

³²⁸ J.-L. RIVES-LANGE, “La notion de dirigeant de fait au sens de l’article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le

aan te sluiten bij een arrest van het hof van beroep van Luik van 1 december 1969³²⁹. De relevante feiten kunnen als volgt worden samengevat. Een onderneming in moeilijkheden had op een bepaald ogenblik een advies- en controlecomité ingericht, samengesteld uit een aantal van haar schuldeisers. Dit comité, dat het “*Comité de Direction et de Surveillance*” werd genoemd, had een adviserende rol ten aanzien van het bestuursorgaan. Het mocht niet baten, want de onderneming in kwestie, een naamloze vennootschap, werd uiteindelijk toch failliet verklaard. De curatoren die over het faillissement waren aangesteld argumenteerden dat de leden van het *Comité de Direction et de Surveillance* zich in het bestuur van de onderneming hadden gemengd en samen met de bestuurders moesten instaan voor de schulden van de failliete onderneming. Zij verwezen daarbij niet naar een bijzondere wetsbepaling (van het artikel 63ter Venn.W. was nog geen sprake), maar zij baseerden hun vordering op het gemene aansprakelijkheidsrecht (in het bijzonder op de artikelen 1382 en 1383 oud BW). Het hof oordeelde uiteindelijk dat er geen sprake was van een inmenging in het bestuur van de failliete onderneming³³⁰. De leden van het adviescomité hadden volgens het Hof niet op eigen houtje gehandeld, zij hadden geen enkel stuk ondertekend, en er kon uit geen enkel feitelijk element worden afgeleid dat zij zich de interne of externe bevoegdheden van de raad van bestuur hadden toegeëigend³³¹.

Het verstrekken van technische bijstand

De rechtsleer waarin wordt geoordeeld dat het verstrekken van technische bijstand geen positieve daad van bestuur is, gaat terug op een vonnis van de Brusselse rechtbank van koophandel van 3 april 1984. De relevante feiten kunnen als volgt worden samengevat. Een banksyndicaat had naar aanleiding van de bouw van een appartementencomplex diverse kredieten toegestaan. Ondanks een duidelijke planning was de bouw van het complex niet op tijd klaar geraakt. Na onderhandelingen tussen alle betrokken partijen, hadden de banken ermee ingestemd om een bijkomende kredietlijn te verstrekken met als doel het complex verder af te werken en commercialiseerbaar te maken. Belangrijk is dat zij daarbij naast de gebruikelijke hypothecaire zekerheden, als voorwaarde hadden gesteld dat er een technische opvolging van de voortgang van de werken zou gebeuren door een technische expert. Uiteindelijk lukte het evenmin om de werken af te krijgen binnen de grenzen van de bijkomende kredietlijn, die daarop werd stopgezet. De bouwheer, een naamloze

règlement judiciaire et la liquidation des biens”, *Recueil Dalloz Sirey* 1975, 8^e cahier, 42, nr. 9.

³²⁹ Merk op dat dit arrest werd geveld op een moment dat er in ons vennootschaps- en insolventierecht nog geen bepaling bestond waarin “feitelijke bestuurders” uitdrukkelijk werden geïdëntificeerd. Zie ook verder randnr. 189.

³³⁰ TIMP geeft aan dat de eerste rechter de leden van het comité wel als feitelijke bestuurders had gekwalificeerd, omdat ze de situatie van de onderneming kenden, ze dezelfde rol speelden als de bestuurders en ze aanwezig waren geweest op vergadering van de raad van bestuur waar hun invloed niet onbelangrijk kon zijn geweest. Zie J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 204.

³³¹ Luik 1 december 1969, *RPS* 1971, 280, noot C. LEMPEREUR. Zie ook: J. RONSE, K. VAN HULLE, J.-M. NELISSEN en B. VAN BRUYSTEGEM, “Overzicht van rechtspraak (1968-1977). Vennootschappen”, *TPR* 1978, 827, nr. 208; J. RONSE en J. LIEVENS, “De doorbraakproblematiek” in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 160.

vennootschap, werd kort daarna failliet verklaard. De curator die over het faillissement was aangesteld, voerde aan dat de banken konden worden aangemerkt als feitelijke bestuurders van de bouwheer. Zij zouden zich volgens de curator via de technische expert hebben gemengd in het bestuur van die laatste. De curator steunde zijn vordering op artikel 63^{ter} Venn.W. (nu artikel XX.225 WER (de faillissementsaansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout)). Hij voerde aan dat de expert een wel erg ruime opdracht had gekregen. Die opdracht bestond in bijstand bij de aanbestedingen, bijstand bij de coördinatie en planning van de werken, de verificatie van de conformiteit van de uitgevoerde werken en de facturen, het organiseren van wekelijkse werfvergaderingen, contractstudies en afsluitingen van de rekeningen met de aannemers, het opstellen van rapporten, enz.

De rechtbank oordeelde dat het niet abnormaal was dat de banken de eis hadden gesteld dat een technische expert de werken mee zou opvolgen. Zij hadden immers een aanzienlijke bijkomende financiering verstrekt, op een moment dat de zaken al niet zo van een leien dakje liepen. De opdracht van de expert was volgens de rechtbank louter technisch van aard en parallel aan die van een technisch adviseur die al voor de bouwheer werkte. Er waren geen indicaties dat de expert zijn opdracht te buiten was gegaan. Zijn interventie kon dan ook op geen enkele manier worden geïnterpreteerd als een inmenging in het bestuur van de bouwheer, die van de banken feitelijke bestuurders zou maken³³².

70. Uiteindelijk is het antwoord op de vraag vanaf wanneer “adviseren” feitelijk bestuur wordt vooral een feitenkwestie met een glijdende schaal. Langs het ene uiterste van het spectrum zijn er actoren die geheel vrijblijvende voorstellen en suggesties formuleren, en langs het andere uiterste zijn er actoren die hun eigen agenda (laten) uitvoeren. De cesuur lijkt daar te liggen dat zolang het bestuursorgaan de effectieve vrijheid behoudt om de ene of de andere beslissing te nemen, er geen sprake kan zijn van feitelijk bestuur.

Het feit dat een adviserende actor aanwezig is geweest op de vergaderingen van het bestuursorgaan is een sterke indicator voor diens invloed, maar is op zichzelf onvoldoende om tot feitelijk bestuur te kunnen besluiten³³³. Hij moet werkelijk zijn tussengekomen, mee stukken hebben ondertekend, of zich anderszins met het bestuur hebben ingelaten om zulk besluit te kunnen rechtvaardigen.

³³² Kh. Brussel 3 april 1984, *RPS* 1984, 184.

³³³ J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 204. Zie ook verder randnr. 169.

iii. Controlehandelingen

71. VANDENBOGAERDE wijst erop dat ook het “uitoefenen van controle” niet exclusief is voorbehouden aan de bestuurders (*lees*: geen prerogatief is van het bestuursorgaan). Hij geeft aan dat zowel aandeelhouders, kredietverleners als investeerders een recht hebben om controle uit te oefenen, zonder daardoor feitelijke bestuurders te worden³³⁴. Dat is op zich juist. Echter, men mag niet vergeten dat controle zich op verschillende manieren kan manifesteren of veruitwendigen. Het lijkt nogal kort door de bocht om in het algemeen te stellen dat de uitoefening ervan geen daad van bestuur uitmaakt, of kan uitmaken. Enige nuancering is op zijn plaats. Wie de rechtspraak over feitelijk bestuur en “de uitoefening van controle” analyseert, zal zien dat die in hoofdzaak gaat over controlehandelingen gesteld door banken en publieke investeringsmaatschappijen³³⁵, en in mindere mate (althans wat de Belgische context betreft³³⁶) over controlehandelingen gesteld door franchise- en concessiegevers³³⁷. Het gaat daarbij niet om controlehandelingen in de algemene zin van het woord, maar om controlehandelingen die zijn ingebed in een contractuele relatie en die er specifiek op gericht zijn een bepaald belang te vrijwaren.

De begrippen “controle” en “controleren” moeten hier niet worden begrepen als “*het beheersen van ...*”, doch

³³⁴ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 10, nr. 12. Zie ook T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, Diegem, Kluwer, 1996, 768. Zie in dezelfde zin in Frankrijk: D. TRICOT, “Les critères de la gestion de fait”, *Droit et patr.* 1996, (24) 28; J. HEINICH en L. WATRIN, “Le dirigeant de fait” in *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fasc. 45-20 (6 mei 2019), nr. 8, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>; J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2019, afl. 166, (3) 4, nr. 8. Zie ook Cass. (com.) fr. 20 april 2017, nr. 15-19.750, *JurisData* nr. 2017-007233, *BJE* 2017, 294, obs. T. FAVARIO, *Bull. Joly Sociétés* 2017, 463, note J. HEINICH, *Dr. sociétés* 2017, comm. 151, obs. J.-P. LEGROS; Paris 19 maart 1999, *JurisData* nr. 1999-101809; Basse-Terre 10 mei 1999, *JurisData* nr. 1999-044342.

³³⁵ Zie o.m. Kh. Brussel 22 oktober 1982, *TBH* 1982, 574, *JT* 1983, 113 en *RPS* 1982, 244, noot; Kh. Brussel 3 april 1984, *RPS* 1984, 184; Brussel 14 september 1988, *TRV* 1989, 49, noot J. LIEVENS; Brussel 12 februari 1992, *JLMB* 1993, 155, *Pas.* 1992, II, 23, *RPS* 1993, 256, noot F. T' KINT en *TBH* 1993, 1041, noot J. BUYLE en X. THUNIS; Kh. Brussel 3 april 2001, *JDSC* 2004, 261, noot M.-A. DELVAUX, *TBH* 2003, 21, noot J. BUYLE, en M. DELIERNEUX.

³³⁶ Cf. J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 209. In Frankrijk zijn er diverse toepassingen in de rechtspraak terug te vinden: zie bv. Rouen 23 mei 1978, *JCP* 1979 II nr. 19235, noot G. NOTTÉ; Rouen 14 maart 1992, *RJDA* 8-9/92, nr. 816 (beide over franchisegever met hoedanigheid *dirigeant de fait*); Cass. (com.) fr. 26 oktober 1999, nr. 1721, *RJDA* 11/99, nr. 1213 (over concessiegever die geen *dirigeant de fait* is); Cass. (com.) fr. 27 mei 2003, nr. 859, *RJDA* 10/03, nr. 960; Toulouse 4 mei 2005, nr. 03-2479, *RJDA* 6/06, nr. 650 (beide over franchisegever die niet als *dirigeant de fait* kwalificeert).

³³⁷ Zie bv. Bergen 13 januari 2003, *DAOR* 2002, 377, *JDSC* 2004, 264, noot M.-A. DELVAUX en *JLMB* 2004, 54, noot C. STAUDT en P. KILESTE.

veeleer als “het opvolgen van ...” of “het verlenen van bijstand aan ...”.

Dat belang verschilt naar gelang het type van overeenkomst. Zijn de gestelde controlehandelingen gegrond op:

- een *kredietovereenkomst*, dan zijn zij er veelal op gericht de naleving van de kredietvoorwaarden te verzekeren en de terugbetaling van het door de rechtspersoon aangegane krediet te vrijwaren³³⁸;
- een *franchiseovereenkomst* met de rechtspersoon-franchisenemer, dan zijn zij er veelal op gericht het merk(imago) van de franchisegever te beschermen³³⁹; en
- een *concessieovereenkomst* met de rechtspersoon-concessienemer, dan zijn zij er veelal op gericht de naleving van de toegekende concessie te verzekeren³⁴⁰.

Het wordt in de rechtspraak normaal geacht, en eigen aan hun respectieve rol, dat kredietverleners en franchise- en concessiegevers de zaken van hun contractspartij van dichtbij opvolgen en zich (contractueel) bepaalde controlerechten toe-eigenen³⁴¹. Zolang de handelingen die zij op basis van die controlerechten stellen niet van bestuurlijke aard zijn (*lees*: zolang zij niet tussenkomen in het bestuur van de rechtspersoon, bijvoorbeeld door effectief deel te nemen aan de vergaderingen van het bestuursorgaan en er desgevallend een stem uit te oefenen), kunnen zij in beginsel niet als feitelijke bestuurders worden gekwalificeerd. Gaan zij daarentegen verder dan bijstand verlenen³⁴²

³³⁸ J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 204-205; V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-28c. Zie ook Luik 15 november 2017, *JLMB* 2019, (832) 834.

³³⁹ S. CLAEYS, “De bijstandsverplichting van de franchisegever en het gevaar gekwalificeerd te worden als feitelijke bestuurder (noot onder Brussel 2 juni 2003), *DAOR* 2004, (3) 12, nr. 16. Zie impliciet V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-28c – II.1-30a.

³⁴⁰ Cass. (com.) fr. 26 oktober 1999, nr. 1721, *RJDA* 11/99, nr. 1213.

³⁴¹ Zie Brussel 14 september 1988, *TRV* 1989, 49, noot J. LIEVENS; Brussel 12 februari 1992, *JLMB* 1993, 155, *Pas.* 1992, II, 23, *RPS* 1993, 256, noot F. T' KINT en *TBH* 1993, 1041, noot J. BUYLE en X. THUNIS; Rb. Gent 26 maart 1993, *TBH* 1993, 935; Voorz. Kh. Nijvel (KG) 22 januari 1997, *DAOR* 1997, 53, *JLMB* 1997, 234, noot P.H., *Journ.proc.* 1997 (verkort), 28 en *V&F* 1997, 160; Kh. Brussel 3 april 2001, *JDSC* 2004, 261, noot M.-A. DELVAUX, *TBH* 2003, 21, noot J. BUYLE, en M. DELIERNEUX; Bergen 13 januari 2003, *DAOR* 2002, 377, *JDSC* 2004, 264, noot M.-A. DELVAUX en *JLMB* 2004, 54, noot C. STAUDT en P. KILESTE. Zie ook F. DE LEO, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 388 en de verwijzingen aldaar.

³⁴² De grens tussen bijstand en inmenging is niet altijd gemakkelijk te trekken, zeker niet in de context van franchising. Zie hierover ook: S. CLAEYS, “De bijstandsverplichting van de franchisegever en het gevaar gekwalificeerd te

of doen zij veel meer dan de zaken van de rechtspersoon opvolgen en advies formuleren, dan kan een kwalificatie als feitelijke bestuurder niet worden uitgesloten³⁴³.

Twee illustraties uit de rechtspraak kunnen het voorgaande verduidelijken.

Voorbeeld: de controlebevoegdheid van de kredietverlener

Een mooie illustratie van de stelling dat controle door een kredietverlener niet noodzakelijk leidt tot feitelijke bestuur kan worden gevonden in de bekende zaak “Bodart-Fittings”³⁴⁴. De relevante feiten van deze zaak kunnen als volgt worden samengevat. De NV Bodart-Fittings was in zwaar weer terechtgekomen en had om financiële steun verzocht bij de publieke investeringsmaatschappij N.M.K.N. Omdat de NV Bodart-Fittings op de private markt geen enkel krediet meer kon verkrijgen, werd de gevraagde steun uiteindelijk toegekend. Dat gebeurde niet zomaar. De N.M.K.N. stond een krediet aan de NV Bodart-Fittings toe, maar deed dat enkel omdat de Belgische Staat daarvoor een staatswaarborg verleende. De hele operatie bleek een maat voor niets. De NV Bodart-Fittings kon geen schoon schip maken en werd uiteindelijk failliet verklaard. De curator stelde na een studie van het dossier een aansprakelijkheidsvordering in tegen de Belgische Staat, die in hoofdorde werd gesteund op artikel 63ter Venn.W. (faillissementsaansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout – nu artikel XX.225 WER) en in ondergeschikte orde op artikel 1382 oud BW. Hij betoogde dat niet de N.M.K.N., maar de Belgische Staat de eigenlijke kredietverlener was geweest en dat de Belgische Staat een feitelijke bestuurder was van de NV Bodart-Fittings. De Brusselse rechtbank van koophandel ging hier tijdens de procedure in eerste aanleg in mee. Van belang is dat de kredietvoorwaarden bepaalden dat:

- een crisismanager moest worden aangesteld voor de duur van het krediet;
- een herstructureringsplan moest worden uitgewerkt en goedkeuring moest krijgen van de N.M.K.N. en de Staat;
- trimestriële verslagen moesten worden opgemaakt, die ter goedkeuring aan de N.M.K.N. en de Staat moesten worden voorgelegd;
- renten op achtergestelde obligatieleningen pas konden worden terugbetaald na toestemming van de Staat; en
- een afgevaardigde van het Ministerie van Financiën als waarnemer moest worden uitgenodigd op

worden als feitelijke bestuurder (noot onder Brussel 2 juni 2003), *DAOR* 2004, (3) 10-14. Zie in dezelfde zin in Frankrijk: A. JACQUEMONT, R. VABRES en T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté (10^e édition)*, Paris, LexisNexis, 2017, 626 (met verwijzing naar Cass. (com.) fr. 6 februari 2001, *Act.proc.coll.* 2001-6, nr. 82).

³⁴³ J. RONSE, J.-M. NELISSEN GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS en H. LAGA, “Overzicht van rechtspraak (1978-1985). Vennootschappen. Deel 2”, *TPR* 1986, (1231) 1241, nr. 204; V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-28c – II.1-28d; F. DE LEO, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 388.

³⁴⁴ Zie Kh. Brussel 22 oktober 1982, *TBH* 1982, 574, *JT* 1983, 113 en *RPS* 1982, 244, noot; Brussel 14 september 1988, *TRV* 1989, 49, noot J. LIEVENS.

iedere zitting van de beheerraad.

Volgens de rechtbank had er als gevolg van de hele financieringsoperatie een machtsverschuiving binnen de onderneming plaatsgevonden en had de Belgische Staat de controle over de NV Bodart-Fittings verworven. De Staat zou, aldus de rechtbank, hebben gehandeld via de aangestelde crisismanager en de ambtenaar van het Ministerie van Financiën, die beiden bestuursbevoegdheden zouden hebben uitgeoefend. Zij kon volgens de rechtbank dan ook als feitelijke bestuurder worden aangesproken op grond van artikel 63^{ter} Venn.W.³⁴⁵.

Het Brusselse hof van beroep gooide het over een andere boeg. Het hof wees erop dat de crisismanager via een bediendecontract was aangeworven door de NV Bodart-Fittings en zijn opdracht autonoom en in alle onafhankelijkheid vervulde zonder verslag te moeten uitbrengen aan de Belgische Staat. Hij kon volgens het hof dan ook niet als vertegenwoordiger of aangestelde van de Belgische Staat worden gekwalificeerd. Het hof meende dat er geen bewijs was voor de stelling van de curator dat niet de N.M.K.N., maar de Belgische Staat de eigenlijke kredietverlener was geweest. Omdat er verder geen enkel bewijs was van een positieve bestuurshandeling in hoofde van de Staat zelf, moest een kwalificatie van die laatste als feitelijke bestuurder volgens het hof worden afgewezen³⁴⁶. Het was – en dit is een erg belangrijk punt – volgens het hof meer dan normaal dat de Staat in het kader van de hele financieringsoperatie bepaalde voorwaarden had gesteld inzake het beheer en de controle van de onderneming. Het mocht van een zorgvuldige waarborgverstrekker worden verwacht dat hij in de omstandigheden waarin het krediet werd verleend de vinger aan de pols hield.

Voorbeeld: de controlebevoegdheid van de franchisegever

Een illustratie van de stelling dat ook een franchisegever bepaalde controlehandelingen kan stellen, zonder daardoor een feitelijke bestuurder te worden, kan worden teruggevonden in een arrest van het hof van beroep van Bergen van 13 januari 2003³⁴⁷. De relevante feiten kunnen als volgt worden samengevat. De NV Bouch'art was aan het begin van de jaren 1990 een franchisecontract aangegaan met de NV Nopri. De zaken liepen niet helemaal van een leien dakje en de NV Bouch'art kwam al snel in financiële moeilijkheden terecht. Uiteindelijk werd zij failliet verklaard. De curator die over het faillissement werd aangesteld, meende dat de NV Nopri haar boekje te buiten was gegaan en zich als franchisegever te veel in de zaken van de gefailleerde NV Bouch'art had ingemengd. Hij voerde aan dat de NV Nopri een feitelijke bestuurder van de NV Bouch'art was geweest en op grond van artikel 63^{ter} Venn.W. (faillissementsaansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout – nu artikel XX.225 WER) mee voor de passiva van die laatste diende in te staan. Hij steunde zijn stelling op de volgende gegevens: de NV Nopri had verschillende bezoeken gebracht aan het verkooppunt van de NV Bouch'art, zij had samen met de NV Bouch'art nieuwe personeelsleden geselecteerd, zij had toezicht

³⁴⁵ Kh. Brussel 22 oktober 1982, *TBH* 1982, 574, *JT* 1983, 113 en *RPS* 1982, 244, noot.

³⁴⁶ Brussel 14 september 1988, *TRV* 1989, 49, noot J. LIEVENS.

³⁴⁷ Bergen 13 januari 2003, *DAOR* 2002, 377, *JDSC* 2004, 264, noot M.-A. DELVAUX en *JLMB* 2004, 54, noot C. STAUDT en P. KILESTE.

gehouden op hun werkomstandigheden, op de financiële en commerciële politiek van de onderneming, op de keuze van investeringen, op de benoeming van een accountant en op de keuze van reclamecampagnes die op kosten van de NV Bouch'art werden opgezet. Het standpunt van de curator werd in eerste aanleg bijgetreden.

In beroep kwam het hof van beroep van Bergen tot een ander oordeel. Het hof wees erop dat het begrip zelve van een franchisecontract een noodzakelijke tussenkomst veronderstelt in de handel van de franchisenemer, aangezien de franchisegever aan de franchisenemer knowhow, bijstand en raadgevingen in verband met de bedrijfsvoering of de productie ter beschikking dient te stellen die de franchisenemer op eigen houtje niet zou kunnen verwerven. Het hof achtte het normaal dat:

- de NV Nopri als franchisegever en merkhoudster ter plaatse bij de NV Bouch'art ging kijken en zich ervan vergewissen dat de presentatie en de inrichting van haar verkooppunt correspondeerden met deze van verkooppunten van andere franchisenemers;
- de NV Nopri mee het publiciteitsbeleid van haar franchisenemer bepaalde;
- de NV Nopri betrokken werd bij de selectie van personeelsleden, waarvan de rekrutering zelf aan de NV Bouch'art toekwam; en
- de NV Nopri technische en commerciële bijstand verleende aan de NV Bouch'art.

Geen van deze (controle)handelingen leidde volgens het hof tot een ongeoorloofde inmenging in het bestuur van de NV Bouch'art. Niet onbelangrijk is dat voor elk ervan ook een duidelijke contractuele basis bestond in het franchisecontract. Het hof wees erop dat de curator ook niet had aangetoond dat de NV Nopri beslissingen zou hebben opgedrongen aan de NV Bouch'art. Haar organen hadden steeds de vrijheid behouden om zelf eigen beslissingen te nemen. Het hof besloot daarom dat de NV Nopri niet als een feitelijke bestuurder van de NV Bouch'art kon worden gekwalificeerd.

72. Zoals VANDENBOGAERDE terecht aangeeft hebben niet alleen kredietverleners, maar ook aandeelhouders (en vennoten) een “recht om controle uit te oefenen”³⁴⁸. Allereerst kent artikel 3:101 WVV hen een individueel onderzoeks- en controlerecht toe in vennootschappen waarin geen commissaris is benoemd³⁴⁹. Het gaat om het recht om elk individueel de onderzoeks- en

³⁴⁸ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 10, nr. 12. Zie ook in Frankrijk: D. TRICOT, “Les critères de la gestion de fait”, *Droit et patr.* 1996, (24) 28; J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2019, afl. 166, (3) 4, nr. 8.

³⁴⁹ Het gaat overwegend om kleine(re), niet genoteerde vennootschappen (*cf.* artikel 3:72 WVV). Voor de grote en de genoteerde vennootschappen geldt immers de wettelijke verplichting om een commissaris te benoemen (artikelen 3:72 en 3:73 WVV). Zie ook onder het oude W.Venn. maar nog steeds relevant: R. VAN BOVEN, “De individuele onderzoeks- en controlebevoegdheid van vennoten” in I. DE BEELDE, J. CHRISTIAENS, P. EVERAERT, en S. PODEVIJN (eds.), *Liber Amicorum Erik De Lembre. Accountancy tussen onderzoek en praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, 261-283.

controlebevoegdheid van een commissaris uit te oefenen. De controlehandelingen die erop zijn gestoeld, vormen weliswaar een belangrijk controle-instrument ten aanzien van het bestuur³⁵⁰, maar zijn zelf geen daden van bestuur die aanleiding geven tot feitelijk bestuur. Een aandeelhouder of vennoot die zich op artikel 3:101 WVV beroept, neemt geen beslissingen van bestuurlijke aard. Hetzelfde geldt logischerwijze voor de commissaris – indien de rechtspersoon er één heeft aangesteld – die zijn controletaak volbrengt. De controlehandelingen die hij stelt, kennen een wettelijke grondslag (en houden verband met de financiële verslaggeving van de rechtspersoon³⁵¹); het zijn geen daden van bestuur³⁵².

Naast het controlerecht uit artikel 3:101 WVV hebben de aandeelhouders van een vennootschap ook uit hoofde van hun aandelenbezit een zekere “controle”. Wanneer zij de meerderheid van de aandelen of de stemrechten bezitten, kunnen zij in de schoot van de algemene vergadering de leden van het bestuursorgaan benoemen en afzetten³⁵³. Het feit dat zij de samenstelling van het bestuursorgaan kunnen wijzigen, heeft tot gevolg dat zij het bestuur van de vennootschap op een indirecte wijze kunnen sturen. Die indirecte sturing is eigen aan de interne machtsverhoudingen binnen een vennootschap en maakt van hen op zichzelf uiteraard geen feitelijke bestuurders³⁵⁴.

Het voorgaande betekent niet dat aandeelhouders of vennoten nooit de hoedanigheid van feitelijke bestuurder kunnen hebben. Integendeel, het is perfect mogelijk dat zij hun controlerecht als aandeelhouder of vennoot te buiten gaan en zich (persoonlijk) met het bestuur van de vennootschap

³⁵⁰ Zie R. HOUBEN, “Deel 1. Misbruik binnen de onderneming door aandeelhouders en bestuurders” in A. VAN DE VIJVER en R. SMET (eds.), *Misbruik binnen de onderneming*, Antwerpen, Intersentia, 2018, (5) 36, nr. 28. HOUBEN wijst er onder verwijzing naar A. FRANÇOIS, J. FASTENAEKELS, T. VAN DE GEHUCHTE, K. BYTTEBIER en L. VANDENBEMPT op dat het controlerecht bijvoorbeeld nuttig kan worden aangewend bij het opbouwen van een dossier in het licht van een vordering wegens bestuurdersaansprakelijkheid (zie hierover A. FRANÇOIS, J. FASTENAEKELS, T. VAN DE GEHUCHTE, K. BYTTEBIER en L. VANDENBEMPT, “Omgaan met conflicten in vennootschappen: regeling van geschillen is meer dan geschillenregeling” in K. BYTTEBIER, E. JANSSENS, A. FRANÇOIS en T. VAN DE GEHUCHTE (eds.), *Omgaan met conflicten in de vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2009, (1) 57).

³⁵¹ Zie artikelen 3:68 WVV en 3:98 WVV. Zie ook (weliswaar onder het oude W.Venn. maar nog steeds grotendeels relevant): I. DE POORTER, *Controle van financiële verslaggeving: revisoraal en overheidstoezicht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 57-60.

³⁵² De begrippen “controle” en “controleren” zijn in deze context met andere woorden veeleer te begrijpen als “*het onderzoeken van...*”, “*het verifiëren van...*” of “*het doorlichten van...*”.

³⁵³ H. CULOT, “Questions choisies sur la gouvernance de la SA et de la SRL” in R. AYDOGDU, O. CAPRASSE, H. CULOT, J-A. DELCORDE, P. LAMBRECHT, E.-J. NAVEZ, V. SIMONART, T. TILQUIN en D. WILLERMAIN (eds.), *La gouvernance des sociétés au 21e siècle*, Limal, Anthemis, 2020, (121) 128.

³⁵⁴ Zie ook verder randnr. 153 en 164.

inlaten³⁵⁵, waardoor zij geacht kunnen worden werkelijke bestuursbevoegdheid te hebben (gehad)³⁵⁶.

C. Positieve daden die wel daden van bestuur zijn

i. De klassieke begripsomschrijving

73. Voormelde beschouwingen maken duidelijk dat lang niet alle positieve daden kwalificeren als daden van bestuur. Enkel die handelingen of daden die werkelijk onder het vennootschaps- of verenigingsbestuur ressorteren kunnen als dusdanig worden aangemerkt³⁵⁷. Over welke daden gaat het precies?

Eén van de eerste auteurs die zich hier in de Belgische context op een heldere wijze over uitliet was COLLE. Hij gaf aan dat met daden van bestuur “*beslissingen worden bedoeld waardoor de voor de onderneming nodige inputs (arbeid, kapitaal en goederen) worden aangetrokken, gemanipuleerd of op optimale wijze worden gecombineerd, zodat ze de ondernemingsactiviteit op technisch (productie), commercieel (aan- en verkoop) en financieel (aanpakken en gebruik van kapitaal) vlak verzekeren*”³⁵⁸.

COLLE haalde de spreekwoordelijke mosterd voor deze omschrijving bij RIVES-LANGE. Die laatste stelde in zijn bijdrage letterlijk: “*Pour établir la « direction de fait » le syndic doit démontrer que la personne poursuivie exerçait des fonctions telles qu’elles la mettaient en mesure de décider du sort commercial et financier de l’entreprise; son activité doit ressortir de l’administration et de la direction générale au sens de la loi du 24 juill. 1966*”³⁵⁹ (eigen nadruk).

³⁵⁵ Zie F. DE LEO, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 387. Zie ook in Frankrijk: J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2019, afl. 166, (3) 7-8, nr. 20-24.

³⁵⁶ Zie verder randnrs. 148 e.v.

³⁵⁷ P. COLLE, “Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond artikel 63ter Venn.W.”, *TBH* 1985, (163) 167; J. RONSE en J. LIEVENS, “De doorbraakproblematiek” in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 160; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 10-11, nr. 12; M. COIPEL, M. DAVAGLE en V. SEPULCHRE, *ASBL in Rép.Not.*, Brussel, Larcier, 2017, 700.

³⁵⁸ P. COLLE, “Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond artikel 63ter Venn.W.”, *TBH* 1985, (163) 167.

³⁵⁹ J.-L. RIVES-LANGE, “La notion de dirigeant de fait au sens de l’article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le

COLLE's omschrijving werd in latere rechtsleer ingekort tot “*beslissingen die bepalend zijn voor het commerciële, financiële of industriële lot van de vennootschap*” (of ruimer: onderneming)³⁶⁰. Deze begripsomschrijving biedt al enige houvast, maar is nog altijd weinig concreet.

74. De rechtspraak biedt wat meer duidelijkheid³⁶¹. In een vonnis van de Brusselse rechtbank van koophandel van 30 maart 1981 werd besloten dat een persoon die op eigen houtje de contacten met het cliënteel onderhoudt, de (verkoop)prijzen bepaalt, de contracten en offertes onderhandelt en ondertekent, en het personeel aanstuurt en instrueert, het commerciële en financiële lot van de onderneming bepaalt³⁶². Uit een vonnis van de Gentse rechtbank van eerste aanleg van 26 maart 1993 valt evenzeer op te maken dat een persoon die contracten voor een onderneming afsluit en die daarnaast het technisch en administratief beheer voor zijn rekening neemt, het commerciële lot van de onderneming bepaalt³⁶³.

règlement judiciaire et la liquidation des biens”, *Recueil Dalloz Sirey* 1975, 8^e cahier, 43, nr. 11.

³⁶⁰ Zie o.m. C. PARMENTIER, “La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite”, *TBH* 1986, (741) 771; Y. MERCHIERS, “Aansprakelijkheid van bestuurders in N.V. en B.V.B.A.”, *TPR* 1986, (405) 420; J. LIEVENS, “Artikel 63ter en de aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder” (noot onder Brussel 14 september 1988), *TRV* 1989, (55) 55; J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 199; V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-28; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen: algemeen deel*, Brussel, Larcier, 2016, 706; P. SOENS, L. WYNANT en T. DE KOSTER, “Kapitaal en Budget – Kapitaal tijdens de werking van de vennootschap – De aansprakelijkheid van (feitelijke) bestuurders op grond van een kennelijk grove fout” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2016, losbl., (II.2-3) II.2-12; S. DE GEYTER, “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, (888) 888-889; E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 270, nr. 445. Zie in de rechtspraak bv.: Kh. Luik 20 juni 2016, *DAOR* 2016, afl. 120, (76) 77.

³⁶¹ Zeker de rechtspraak geveld in Frankrijk. Hebben volgens de Franse rechtspraak hun impact op het commerciële, industriële of financiële lot van een onderneming: (i) “*la négociation et la conclusion des accords avec les clients, le pouvoir d'engager l'entreprise en détenant le pouvoir de signature sur les comptes bancaires*” (Cass. (com.) fr. 19 februari 2002, *RJDA* 2002, nr. 791; Cass. (com.) fr. 17 september 2002, *RJDA* 2002, nr. 1307, *Dr. sociétés* 2003, comm. 90, obs. J.-P. LEGROS), (ii) “*la négociation des contrats*” (Cass. (com.) fr. 17 september 2002, *RJDA* 2002, nr. 1307, *Dr. sociétés* 2003, comm. 90, obs. J.-P. LEGROS), (iii) “*la signature d'un bail commercial*” (Versailles 21 december 2000, *RJDA* 2001, nr. 487) of “*la décision de résilier le bail commercial*” (Paris 23 oktober 1998, *Rev. proc. coll.* 2001, 264, nr. 3, obs. A. MARTIN-SERF) en (iv) “*les relations avec les tiers*” (Cass. (com.) fr. 19 februari 2002, *RJDA* 2002, nr. 791), enz.

³⁶² Kh. Brussel 30 maart 1981, *JT* 1981, 524: het vonnis van de rechtbank van koophandel handelde specifiek over de toepassing van artikel 3bis van het KB nr. 22 van 24 oktober 1934 (dit is het befaamde beroepsverbod – nu terug te vinden in artikel XX.229 WER). Zie ook C. PARMENTIER, “La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite”, *TBH* 1986, (741) 771-772; A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, 1472-1473.

³⁶³ Rb. Gent 26 maart 1993, *TBH* 1993, 935: een kwalificatie van de GIMV als “feitelijke bestuurder” in de zin van

TIMP wijst er in deze context zeer terecht op dat uit het gegeven dat in een familiale vennootschap bepaalde voordelen werden verstrekt aan familieleden die niet tot bestuurder zijn benoemd, zonder dat daar formeel een beslissing aan is voorafgegaan, niet kan worden afgeleid dat de genietters ervan feitelijke bestuurders zijn³⁶⁴. Wat van belang is, is dat zij beslissingen hebben genomen die het commerciële en financiële lot van de onderneming bepalen³⁶⁵.

Dit is al iets concreter. Echter, het hoeft weinig betoog dat een bestuurder veel meer doet dan alleen maar contracten onderhandelen en afsluiten. Het begrip “daden van bestuur” dekt in theorie dus een veel grotere lading dan dat³⁶⁶.

RIVES-LANGE haalt in zijn bijdrage de volgende illustraties aan³⁶⁷: “*Ainsi, de façon générale, le syndic doit établir que la personne poursuivie, agissant au nom de l’entreprise, passait les marchés, achetait le matériel, souscrivait des emprunts (ou de façon générale toute opération d’être à l’origine de l’insuffisance d’actif). En effet, des marchés peuvent être déficitaires, l’achat de matériel peut être injustifié et dispendieux, les emprunts peuvent être souscrits à des conditions ruineuses...*”³⁶⁸.

75. Vooraleer in kaart wordt gebracht welke daden het begrip “daden van bestuur” nog dekt, moet erop worden gewezen dat het begrip in het verenigingsrecht niet altijd op dezelfde wijze wordt omschreven als in het vennootschapsrecht. COIPEL, DAVAGLE en SEPULCHRE lijken – weliswaar tegen de achtergrond van de oude verenigingswetgeving³⁶⁹ – te suggereren dat het idee

artikel 63ter Venn.W. (nu artikel XX.225 WER (de faillissementsaansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout)) werd door de rechtbank niet weerhouden, omdat niet was bewezen dat de GIMV contracten had afgesloten en/of het technisch en administratief beheer van de vennootschap had waargenomen.

³⁶⁴ TIMP herhaalt hiermee eigenlijk gewoon een bedenking van RIVES-LANGE, die stelde: “*Dans les sociétés où les porteurs de parts ou les actionnaires sont les membres d’une même famille, il n’est pas exceptionnel qu’un fils, un neveu, un parent ... obtiennent des « avantages particuliers » ; ces « avantages » n’en font pas des dirigeants de fait, même si les bénéficiaires se les sont octroyés en dehors de toute décision régulière des organes de la société ; il ne s’agit pas, ici encore, d’actes de gestion.*” Zie J.-L. RIVES-LANGE, “La notion de dirigeant de fait au sens de l’article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens”, *Recueil Dalloz Sirey* 1975, 8^e cahier, 43.

³⁶⁵ J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 199.

³⁶⁶ Zie ook M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 10-11, nr. 12. VANDENBOGAERDE maakt geen gewag van de “klassieke omschrijving” van het begrip “daden van bestuur” en lijkt het begrip zo ruimer op te vatten dan RIVES-LANGE, COLLE en de diverse auteurs die voor de interpretatie van het begrip naar hen verwijzen.

³⁶⁷ Het weze benadrukt dat deze bijdrage handelt over de Franse bijzondere faillissementsaansprakelijkheidsregeling en meer bepaald over het oude artikel 99 van de *Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967*. De weergegeven illustraties moeten specifiek tegen die achtergrond worden begrepen.

³⁶⁸ J.-L. RIVES-LANGE, “La notion de dirigeant de fait au sens de l’article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens”, *Recueil Dalloz Sirey* 1975, 8^e cahier, 43, nr. 13.

³⁶⁹ Zie echter ook recenter M. DAVAGLE, “La responsabilité des administrateurs de fait”, *BJS* 2022, afl. 694, 14.

dat beslissingen bepalend moeten zijn voor het commerciële, financiële of industriële lot van de onderneming om als daden van bestuur te kunnen worden aangemerkt, niet zomaar kan worden getransponeerd naar de VZW³⁷⁰. Zij stellen dat onder het begrip “daden van bestuur” in de VZW grote beslissingen moeten worden verstaan, in het bijzonder deze die “bepalend zijn voor de (algemene) politiek” van de VZW³⁷¹. Dit lijkt op het eerste zicht restrictiever dan stellen dat beslissingen bepalend moeten zijn voor het commerciële, financiële of industriële lot van de onderneming³⁷². Althans, indien ervan uit wordt gegaan dat enkel grote strategische beslissingen³⁷³ bepalend zijn voor de (algemene) politiek van de VZW. Heel wat handelingen zullen, zelfs als ze (indirect) bepalend zijn geweest voor het financiële lot van de VZW, in deze interpretatie niet als “daden van bestuur” kunnen worden aangemerkt. Zoals hierna nog zal blijken, is het niet wenselijk om het begrip “daden van bestuur” zo restrictief op te vatten. Integendeel, het feit dat een VZW tegenwoordig net zoals een vennootschap kan worden gekwalificeerd als een onderneming en om het even welke (economische) activiteit kan voeren³⁷⁴, bepleit een gelijklopende interpretatie van het begrip in het vennootschaps- en het verenigingsrecht.

ii. Daden van bestuur in de BV, CV, NV en VZW

a) *Enkel handelingen die nodig of dienstig zijn tot verwezenlijking van het voorwerp?*

76. Hoe ruim mag het begrip “daden van bestuur” dan worden interpreteerd? En misschien nog belangrijker, is het überhaupt wel voor een eenduidige uitlegging vatbaar? In de rechtsleer lijkt in dit verband tot op heden vooral te zijn gefocust op de vraag of het begrip “daden van bestuur”

³⁷⁰ M. COIPEL, M. DAVAGLE en V. SEPULCHRE, *ASBL in Rép.Not.*, Brussel, Larcier, 2017, 700.

³⁷¹ M. COIPEL, M. DAVAGLE en V. SEPULCHRE, *ASBL in Rép.Not.*, Brussel, Larcier, 2017, 700.

³⁷² Zie evenwel J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 200. TIMP houdt er een andere interpretatie op na en vereenzelvt de twee “maatstaven” met elkaar. Hij stelde in de context van het vennootschapsrecht: “*De beslissingen die bepalend zijn voor het financiële, industriële of commerciële lot van de vennootschap zijn bestuursdaden. Algemeener kan men zeggen dat het beslissingen betreffende de politiek van de vennootschap zijn.*”

³⁷³ M. COIPEL, M. DAVAGLE en V. SEPULCHRE, *ASBL in Rép.Not.*, Brussel, Larcier, 2017, 700.

³⁷⁴ Zie hierover D. VAN GERVEN, “De coöperatieve vennootschap, de erkende vennootschappen, de feitelijke vereniging, de VZW, de IVZW en de stichtingen”, *TBH* 2018, (1067) 1071, nr. 6. Zie ook A. FRANÇOIS en F. HELLEMANS, “*Shaken, not stirred?* Een eerste analyse van de definities, de basisbeginselen en de structuur van het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen - Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (15) 25-26; E.-J. NAVEZ en A. NAVEZ, *Le code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 33-34, nrs. 55-58. Zie ook H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 12-15.

beperkt is tot de daden bedoeld in de – inmiddels opgeheven – artikelen 54 Venn.W. (NV)³⁷⁵ en 257 (BVBA) en 522 (NV) W.Venn.³⁷⁶. Luidens deze artikelen, waarvan de bewoordingen vandaag in een licht gewijzigde vorm kunnen worden teruggevonden in de artikelen 5:73, §1 WVV (BV)³⁷⁷, 6:61, §1 WVV (CV), 7:93, §1 WVV (NV)³⁷⁸ en 9:7, §1 WVV (VZW)³⁷⁹, is het bestuursorgaan bevoegd om alle handelingen te verrichten die “*nodig of dienstig zijn tot verwezenlijking van het voorwerp*” van de vennootschap of vereniging³⁸⁰, tenzij die waarvoor volgens de wet de algemene vergadering bevoegd is.

Sommige auteurs houden voor dat de draagwijdte van het begrip “daden van bestuur” inderdaad beperkt is tot die handelingen die omschreven zijn in de artikelen 5:73, §1 WVV (BV), 6:61, §1 WVV (CV), 7:93, §1 WVV (NV) en 9:7, §1 WVV (VZW)³⁸¹. Zij lijken te suggereren dat enkel niet-voorwerpoverschrijdende handelingen aanleiding kunnen geven tot feitelijk bestuur.

³⁷⁵ P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, “Examen de jurisprudence (1979-1990). Les sociétés commerciales. Deel 2”, *RCJB* 1993, (639) 793, nr. 130; J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 199.

³⁷⁶ S. CLAEYS, *Franchising: tussen zelfstandigheid en afhankelijkheid: een onevenwichtige samenwerking?*, Brugge, die Keure, 2009, 50, nr. 47; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 11-12, nr. 12; J.-L. FAGNART, “Livre 24 - La responsabilité des administrateurs de sociétés” in C. WEYN (ed.), *Responsabilités – Traité Théorique et pratique*, Titre II, Waterloo, Wolters Kluwer, 2014, (1) 52, nr. 120.

³⁷⁷ Zie ook D. WILLERMAIN, “La société à responsabilité limitée: au-delà de la suppression du capital”, *TBH* 2018, (984) 1007, nr. 35; D. WILLERMAIN, “L’administration de la société à responsabilité limitée” in A.-P. ANDRE-DUMONT en T. TILQUIN (eds.), *La société à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier Legal, 2019, (113) 133, nr. 20.

³⁷⁸ Zie ook E. POTTIER, T. L’HOMME, L.-Y. TU en G. VISEUR, “Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées”, *TBH* 2018, (1013) 1048, nr. 142.

³⁷⁹ In de oude artikelen 54 Venn.W. en 257 en 522 W.Venn. werd er gesproken over handelingen die “*nodig of dienstig zijn tot verwezenlijking van het doel van de vennootschap*”. Zie hierover bv. B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen: statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 646-648.

³⁸⁰ Men spreekt onder het WVV niet meer over het statutair doel of het maatschappelijk doel van de vennootschap of vereniging, maar over het “voorwerp”. Zie hierover: Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 16-17: “*Voortaan worden de activiteiten die een rechtspersoon voert consistent aangeduid met de term “voorwerp”. Het oogmerk waarmee de rechtspersoon is opgericht, met name winstuitkering voor zijn leden dan wel een ideëel oogmerk, wordt steeds aangeduid met de term “doel” of “doeleinden”. Waar het Wetboek van vennootschappen en de v&s-wet spreken over statutair doel, gebruikt dit wetboek de term “voorwerp”. Het oude “oogmerk” wordt voortaan “doel” of “doeleinden”.*”

³⁸¹ P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, “Examen de jurisprudence (1979-1990). Les sociétés commerciales. Deel 2”, *RCJB* 1993, (639) 793, nr. 130. Zie ook T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, Diegem, Kluwer, 1996, 768; M.-A. DELVAUX, “L’action en comblement de passif: qui peut l’introduire? contre qui?” (noot onder Kh. Brussel 3 april 2001), *JDSC* 2004, (262) 263-264; J.-L. FAGNART, “Livre 24 - La responsabilité des administrateurs de sociétés” in C. WEYN (ed.), *Responsabilités – Traité Théorique et pratique*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2014, (1) 52, nr. 120. Zie ook G. RUE, “Statut et responsabilités des mandataires en droit

Het gaat meer in het bijzonder om VAN OMMESLAGHE en DIEUX die onder gelding van de oude Venn.W. stelden: “*Plus précisément à notre avis, il faut que, sans avoir été régulièrement investie des pouvoirs nécessaires à cette fin, la personne à laquelle on prétend attribuer pareille qualité (lees: la qualité de dirigeant de fait) se soit effectivement comportée comme un administrateur, en prenant, seule ou avec d'autres, des décisions ressortissant à l'administration de la société au sens de l'article 54 des lois coord., que seule l'organe d'administration aurait pu prendre.*”

Andere auteurs, waaronder TIMP en VANDENBOGAERDE, merken op dat die zienswijze te beperkt is. Zij wijzen erop dat het maatschappelijk doel, of naar huidig recht het voorwerp, van de vennootschap, respectievelijk de vereniging, zowel op een objectieve, als een subjectieve wijze te buiten kan worden gegaan³⁸². Wordt het voorwerp op een objectieve wijze overschreden – dat zal het geval zijn wanneer de gestelde daad duidelijk niet in overeenstemming is met het voorwerp – dan kan er niet over een daad van bestuur in de zin van de artikelen 5:73, §1 WVV (BV), 6:61, §1 WVV (CV), 7:93, §1 WVV (NV) en 9:7, §1 WVV (VZW) worden gesproken³⁸³. Er kan evenmin over een daad van bestuur zoals bedoeld in deze artikelen (die voortgaan op het oude artikelen 54 Venn.W. (NV) en 257 (BVBA) en 522 (NV) W.Venn.) worden gesproken, wanneer het voorwerp van de vennootschap, of de vereniging, op een subjectieve wijze wordt overschreden³⁸⁴. Van dat laatste zal sprake zijn wanneer het duidelijk niet de bedoeling was van de persoon die de handeling stelde om de verwezenlijking van het voorwerp of het belang van de rechtspersoon te dienen³⁸⁵, maar wel een ander doel (bijvoorbeeld zijn eigen belang). Een intentie die men vaak bij uitstek aan de als feitelijke bestuurder geïdende persoon kan linken...

77. TIMP en VANDENBOGAERDE geven terecht aan dat indien ervan wordt uitgegaan dat de “daden van bestuur” die aanleiding geven tot een kwalificatie als feitelijke bestuurder, enkel

commercial” in S. GILSON en C. BEDORET (eds.), *Le statut des associés et mandataires de sociétés et associations*, Limal, Anthemis, 2021, (183) 192.

³⁸² J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 199; S. CLAEYS, *Franchising: tussen zelfstandigheid en afhankelijkheid: een onevenwichtige samenwerking?*, Brugge, die Keure, 2009, 50, nr. 47; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 12, nr. 12. Zie ook J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 378-380.

³⁸³ Zie ook J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 378-379.

³⁸⁴ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 12, nr. 12.

³⁸⁵ J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 199; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 12, nr. 12.

die daden zijn die voldoen aan de artikelen 5:73, §1 WVV (BV), 6:61, §1 WVV (CV), 7:93, §1 WVV (NV) en 9:7, §1 WVV (VZW), een als feitelijke bestuurder aangesproken persoon heel vaak niet als dusdanig zal kunnen worden aangemerkt³⁸⁶. Bij gebreke aan deze kwalificatie zal hij buiten het toepassingsgebied van de artikelen 2:56 WVV, XX.225-227 en XX.229 WER vallen. Ten minste, indien ervan wordt uitgegaan dat de in deze bepalingen opgenomen bewoordingen “*alle andere personen die ten aanzien van ... werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad*” inderdaad in deze zin dienen te worden geïnterpreteerd.

Dat is niet wenselijk. De feitelijke bestuurder is een persoon is die zich in het bestuur van een rechtspersoon mengt zonder formeel tot lid van het bestuursorgaan te zijn benoemd. Hij laat zich, anders dan een bestuurder *de jure*, niet noodzakelijk leiden door wat “*nodig of dienstig is tot verwezenlijking van het voorwerp*” van de vennootschap of vereniging, maar handelt veeleer in of vanuit zijn eigen belang. Dit laatste sluit geenszins uit dat hij het lot van de rechtspersoon (mee) bepaalt. Zijn handelingen kunnen de rechtspersoon in een bepaalde richting duwen, ook wanneer ze voorwerpoverschrijdend zijn.

Een voorbeeld kan dit verder verduidelijken. Stel dat een naamloze vennootschap het aan- en verkopen van luxewagens tot voorwerp heeft. Persoon X, die formeel geen deel uitmaakt van het bestuursorgaan van de vennootschap, verneemt dat de BV Y, een bouwbedrijf waarvan zijn schoonbroer de sterkhouders is, dringend financiële middelen nodig heeft en een koper zoekt voor dertig ton stenen. X meent een goede deal te hebben gevonden en neemt contact op met de bestuurders van de BV Y. Zij vinden na enkele gesprekken een akkoord over de verkoop van de stenen. De verkoop wordt afgehandeld door twee op papier gekende bestuurders van de NV. In werkelijkheid verloopt alle correspondentie via X die ter zake de beslissing tot aankoop door de NV neemt. X is aanwezig op alle vergaderingen van de raad van bestuur, stelt er de notulen van op en voert er het woord. De NV geraakt vervolgens zelf in moeilijk vaarwater en blijkt over onvoldoende liquiditeiten te beschikken om haar activiteiten verder te zetten. Uiteindelijk leidt dit tot het faillissement. Hoewel X in dit voorbeeld een “voorwerpoverschrijdende handeling” heeft verricht, kan bezwaarlijk worden gesteld dat hij geen werkelijke bestuursbevoegdheid heeft gehad³⁸⁷.

³⁸⁶ J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 199; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 12, nr. 12.

³⁸⁷ Er wordt in dit voorbeeld van uitgegaan dat de BV Y niet op de hoogte is / onkundig is over het feit dat de aankoop van de partij stenen buiten het voorwerp van de NV ligt (*cf.* artikel 7:94 WVV).

De conclusie luidt dan ook als volgt: onder “daden van bestuur” mogen niet enkel die handelingen worden verstaan die voldoen aan de artikelen 5:73, §1 WVV (BV), 6:61, §1 WVV (CV), 7:93, §1 WVV (NV) en 9:7, §1 WVV (VZW)³⁸⁸. Het begrip behoeft in de context van feitelijk bestuur een ruimere interpretatie.

b) Een brede waaier aan handelingen: enkele illustraties

78. Het voorgaande is nog altijd redelijk theoretisch. Om de omvang van het begrip “daden van bestuur” beter te begrijpen is het zinvol om een aantal voorbeelden van dergelijke daden op te lijsten. BRAECKMANS en HOUBEN geven in het kader van een algemene uiteenzetting over de bevoegdheden van het bestuursorgaan van een vennootschap met volkomen rechtspersoonlijkheid op niet-exhaustieve wijze enkele voorbeelden die ook hier verhelderend kunnen werken³⁸⁹. Het gaat om:

- de gehele of gedeeltelijke vervreemding van het vennootschapsvermogen³⁹⁰;
- de ontvangst van een voorwaardelijke aanvaarding van handelshuurhernieuwing vanwege de verhuurder³⁹¹; en
- de aangifte van het faillissement³⁹² of de aanvraag van de gerechtelijke reorganisatie.

Andere voorbeelden zijn de naleving van de arbeids- en socialezekerheidswetgeving, het invullen van de belastingaangiften van een VZW³⁹³, het voeren en bijhouden van de boekhouding van een VZW, de verwerving van een deelneming in een andere vennootschap³⁹⁴, enzovoort.

³⁸⁸ Zie tevens M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 12, nr. 12.

³⁸⁹ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 290-291; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 264-265.

³⁹⁰ Zie ook B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen: statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 648; S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2015, 358-359.

³⁹¹ Zie ook Cass. 28 oktober 1993, *Arr.Cass.* 1993, 902, *Bull.* 1993, 906, *JDSC* 1999 (verkort), 110, noot C. BERTSCH, *JT* 1994, 501, *Pas.* 1993, I, 906; *R.Cass.* 1994, 103, noot D. MEULEMANS, en F. HELLEMANS, *RW* 1993-94, 1232 en *RPS* 1994, 119. Vergelijk met de rechtspraak in Frankrijk: Versailles 21 december. 2000, *RJDA* 2001, nr. 487.

³⁹² Zie ook Antwerpen 30 april 2015, *NJW* 2016, afl. 337, 165, noot J. WAELKENS.

³⁹³ Zie bv. onder het oude recht, maar nog altijd relevant F. HELLEMANS, “De organen van een VZW en hun werking” in M. DENEFF (ed.), *De VZW*, Brugge, die Keure, 2015, (173) 227-228.

³⁹⁴ Zie F. BOUCKAERT, “Inbreng van een algemeenheid en van een bedrijfstak” in JAN RONSE INSTITUUT (ed.),

In de praktijk worden verschillende van deze handelingen (waaronder het bijhouden van de boekhouding en het invullen en indienen van de belastingaangiften) verricht door zogenaamde cijferberoepers (d.w.z. (fiscaal) accountants, gecertificeerde accountants, gecertificeerde belastingadviseurs, enzovoort). Zij kunnen in de regel niet als “feitelijke bestuurders” worden gekwalificeerd, omdat zij een opdracht hebben gekregen van de rechtspersoon om deze handelingen te verrichten. Die opdracht maakt dat zij niet “in alle onafhankelijkheid en soevereiniteit” handelen, een voorwaarde om over feitelijk bestuur te kunnen spreken³⁹⁵.

Vallen ook onder het begrip “daden van bestuur”: beslissingen die het algemeen beleid van een vennootschap aanbelangen³⁹⁶. TILLEMAN heeft het daarbij onder andere over de strategische beslissing tot investering op een nieuwe markt of tot het aanvatten van een sterk verschillende bedrijfsactiviteit, overnames of sluitingen van belangrijke afdelingen, de verkoop van wezenlijke participaties, het bouwen van een belangrijk fabrieks- of kantoorgebouw, het inrichten van een nieuw machinepark, het betreden van een nieuwe markt, hetzij territoriaal (in het buitenland), hetzij qua productgamma of -lijn, het aangaan van belangrijke joint ventures en strategische keuzes over de wijze waarop de vennootschap wenst te groeien (intern of door overnames) alsook over de wijze waarop deze groei zal worden gefinancierd³⁹⁷.

Er zou over “feitelijk bestuur” kunnen worden gesproken, wanneer een persoon die formeel geen bestuurder is, aanwezig is op de vergaderingen van het bestuursorgaan die ter gelegenheid van deze beslissingen worden georganiseerd, er het woord voert, de notulen ervan opstelt en er mee zijn handtekening onder plaatst, zonder dat hiervoor een juridische grondslag bestaat.

Laatstgenoemde voorbeelden van beslissingen zijn duidelijk een stuk ingrijpender dan enkele van de eerder genoemde voorbeelden. Het gaat nochtans in alle gevallen om “daden van bestuur”. Een belangrijk verschil is dat beslissingen die het “algemeen beleid” aanbelangen niet voor delegatie

De nieuwe vennootschaps wetten van 7 en 13 april 1995, Kalmthout, Biblo, 1995, (303) 320; S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2015, 347.

³⁹⁵ Zie hierover verder randnrs. 91 en 100.

³⁹⁶ B. TILLEMAN, *Bestuur van vennootschappen: statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 666. Zie ook E. LEROUX, “Delegatie van bevoegdheden door de raad van bestuur in de naamloze vennootschap” in S. DE GEYTER, I. DE POORTER en E. LEROUX (eds.), *Delegatie en taakverdeling in de NV*, Brussel, Larcier, 2016, (3) 78.

³⁹⁷ B. TILLEMAN, *Bestuur van vennootschappen: statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 666-678.

vatbaar zijn, waar de meeste andere daden van bestuur wel het voorwerp kunnen uitmaken van een delegatie³⁹⁸. Men neme opnieuw het voorbeeld van het voeren en bijhouden van de boekhouding van een VZW. In een kleine VZW zal deze taak gewoonlijk worden verricht door de leden van het bestuursorgaan. In een grote VZW is het niet ongebruikelijk dat zij wordt uitbesteed³⁹⁹. Zij komt evenwel bij *default* toe aan het bestuursorgaan. Stel dat een niet formeel tot bestuurder benoemd lid van de VZW zich inlaat met deze taak⁴⁰⁰ en daarbij grove fouten begaat, dan kan dit (in een latere fase) mogelijk een serieuze financiële impact hebben voor de VZW. Kan men in zulk geval niet stellen dat het optreden van de betrokken persoon bepalend is geweest voor het financiële lot van de VZW? De hamvraag is hoe ruim dit allemaal mag worden geïnterpreteerd.

Zoals hierboven al werd aangegeven, lijken sommige auteurs in de VZW een erg restrictieve visie op de notie “daden van bestuur” te onderschrijven, waarbij enkel die personen die zelfstandig grote strategische beslissingen hebben kunnen nemen feitelijke bestuurders uitmaken⁴⁰¹. Dit is ook in de vennootschapscontext soms het geval⁴⁰². Hoewel het belangrijk is om niet te lichtzinnig tot feitelijk bestuur te besluiten, blijkt uit voormeld voorbeeld dat ook beperktere, op het eerste zicht minder ingrijpende beslissingen of eerder alledaagse handelingen, hun impact op een onderneming kunnen hebben⁴⁰³. Moet de betrokken persoon, in dergelijk geval niet als iemand met werkelijke bestuursbevoegdheid kunnen worden aangesproken? Als uit het geheel der omstandigheden en eventuele andere feiten in het dossier blijkt dat hij zich effectief als bestuurder heeft gedragen, is

³⁹⁸ B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen: statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 686 en de verwijzingen aldaar. Zie ook D. WILLERMAIN, “Les pouvoirs des dirigeants d’entreprises, spécialement des administrateurs de sociétés anonymes: état des lieux et réflexions” in Y. DE CORDT (ed.), *Le statut du dirigeant d’entreprise*, Brussel, Larcier, 2009, (123) 172-273. Zie ook verder randnr. 96.

³⁹⁹ Sommige bestuursbevoegdheden kunnen worden gedelegeerd. Het loutere feit dat zij het voorwerp uitmaken van een delegatie doet geen afbreuk aan hun kwalificatie als bestuursbevoegdheden. Een geldige delegatie maakt wel dat de derde voorwaarde inzake feitelijk bestuur mogelijk niet vervuld zal zijn. Zie verder randnrs. 95 t.e.m. 97.

⁴⁰⁰ Het is bijvoorbeeld niet ondenkbaar dat een VZW op papier nog wordt geleid door personen X, Y en Z, maar *de facto* reeds een nieuw bestuur kent, dat formeel nog niet werd aangesteld.

⁴⁰¹ Zie M. COIPEL, M. DAVAGLE en V. SEPULCHRE, *ASBL in Rép.Not.*, Brussel, Larcier, 2017, 700. Zie ook M. DAVAGLE, “La responsabilité des administrateurs de fait”, *BJS* 2022, afl. 694, 14.

⁴⁰² GOLDSCHMIDT heeft het in de vennootschapscontext bv. over de uitoefening van de “kernbevoegdheden” van het bestuursorgaan (zie E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 271, nr. 445).

⁴⁰³ Cf. J.-L. JASPAR en A. DE SMETH, “La notion de gérant de fait”, *JT* 1984, (645) 645: “Ainsi le dirigeant de fait doit pouvoir engager l’entreprise c’est-à-dire décider de son sort dans ses activités à la fois les plus quotidiennes et les plus fondamentales” (eigen nadruk).

dit verdedigbaar. Een element dat daarbij van doorslaggevend belang zal zijn is hoe vaak hij dit soort beslissingen en handelingen heeft genomen of verricht⁴⁰⁴.

c) *Handelingen of bevoegdheden die expliciet aan het bestuursorgaan zijn toegewezen*

79. Voor een aantal daden lijkt de analyse iets eenvoudiger, met name voor die handelingen of bevoegdheden die in het WVV uitdrukkelijk aan het bestuursorgaan zijn toegewezen⁴⁰⁵. Oefent iemand die niet formeel tot bestuurder is benoemd een van deze bevoegdheden uit, dan stelt hij een handeling die normaal gezien enkel door de bestuurders van de rechtspersoon wordt gesteld. Wat hij in voorkomend geval doet, is het uitoefenen van een prerogatief van het bestuursorgaan. Hij stelt dus een “daad van bestuur”. Maar gaat het ook om een “daad van bestuur” die aanleiding geeft tot feitelijk bestuur? Niet elke daad is noodzakelijkerwijze bepalend voor het commerciële, financiële of industriële lot van de rechtspersoon, noch voor de politiek van de onderneming, of toch niet rechtstreeks.

Om hierover een oordeel te kunnen vellen, moet eerst duidelijk zijn over welke bevoegdheden het precies gaat. Indien men kijkt naar de BV, CV, NV en VZW dan gaat het in de eerste plaats om die bevoegdheden die aan het bestuursorgaan zijn toegewezen in de aan deze rechtspersonen gewijde Boeken van het WVV (d.w.z. Boek 5 voor de BV, Boek 6 voor de CV, Boek 7 voor de NV en Boek 9 voor de VZW). Voorbeelden van deze bevoegdheden zijn:

- de bevoegdheid om de door het WVV voorgeschreven verslagen op te stellen (zoals het verslag waarin het voorstel tot wijziging van het voorwerp van de vennootschap⁴⁰⁶ wordt toegelicht en verantwoord, of het verslag waarin het voorstel tot wijziging van de rechten verbonden aan een soort aandelen en de gevolgen daarvan op de rechten van de bestaande soorten wordt toegelicht en verantwoord⁴⁰⁷);

⁴⁰⁴ Het lijkt moeilijk om op basis van een enkele handeling die als bestuurshandeling kan worden gekwalificeerd tot feitelijk bestuur te besluiten. Zie ook verder randnrs. 89 en 90.

⁴⁰⁵ Zie voor een meer omvattende theoretische analyse van deze bevoegdheden onder het oude NV-recht (maar nog steeds relevant): S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2015, 468-506. Zie ook T. NUYTS, “De bevoegdheidsverdeling binnen de n.v. vanuit het perspectief van de 'voorbehouden bevoegdheden' van de raad van bestuur”, *DAOR* 2006, afl. 79, (227) 232-233.

⁴⁰⁶ Artikel 5:101, lid 1 WVV (BV); artikel 6:86, lid 1 WVV (CV) en artikel 7:154, lid 1 WVV (NV).

⁴⁰⁷ Artikel 5:102, lid 2 WVV (BV); artikel 6:87, lid 2 WVV (CV) en artikel 7:155, lid 2 WVV (NV).

- de erkenning van een overdracht van effecten op naam en de inschrijving daarvan in het daarop betrekking hebbende register⁴⁰⁸;
- de bevoegdheid om de algemene vergadering (van aandeelhouders, respectievelijk leden) bijeen te roepen en haar agenda te bepalen⁴⁰⁹;
- enzovoort.

In de tweede plaats gaat het om een aantal bevoegdheden die niet aan het bestuursorgaan van een specifieke vennootschapsvorm zijn toegewezen, maar die, meer algemeen, zijn toegewezen aan het bestuursorgaan van elke in het WVV geregelde rechtspersoon en elke in het WVV geregelde vennootschap met rechtspersoonlijkheid. Zij zijn terug te vinden in de Boeken 1, 2, 3, 12 en 14 van het WVV. Voorbeelden van deze bevoegdheden zijn:

- de bevoegdheid om het adres van de website en het e-mailadres van de rechtspersoon aan te nemen of te wijzigen⁴¹⁰;
- de bevoegdheid om een inventaris op te maken en de jaarrekening van de vennootschap of VZW op te stellen⁴¹¹ en neer te leggen⁴¹²;
- de bevoegdheid om de door het WVV voorgeschreven verslagen inzake herstructurering en omzetting op te stellen (men denke aan het fusievoorstel⁴¹³, het splitsingsvoorstel⁴¹⁴, of het omzettingsvoorstel⁴¹⁵);
- enzovoort.

80. Wanneer een persoon die formeel geen bestuurder is mee verslagen of voorstellen opstelt en/of ondertekent waarop normaal enkel de namen van de bestuurders *de jure* voorkomen, dan meet hij zichzelf bevoegdheden aan die luidens de wettekst uitsluitend aan de bestuurders *de jure* toekomen. Is dezelfde persoon ook aanwezig op en neemt hij deel aan de vergaderingen van het

⁴⁰⁸ Artikel 5:61, lid 3 WVV (BV); artikel 6:50, lid 3 WVV (CV) en artikel 7:74, lid 2 WVV (NV).

⁴⁰⁹ Artikel 5:83, §1, lid 1 WVV (BV); artikel 6:70, §1, lid 1 WVV (CV); artikel 7:126 WVV (NV) en artikel 9:13 WVV (VZW).

⁴¹⁰ Artikel 2:31, lid 5 WVV.

⁴¹¹ Artikel 3:1, §1 WVV (vennootschap) en artikel 3:47, §1 WVV (VZW).

⁴¹² Artikel 3:10 WVV (vennootschap) en artikel 3:47, §7 WVV (VZW).

⁴¹³ Zie o.m. artikel 12:37 WVV en artikel 12:50 WVV.

⁴¹⁴ Zie o.m. artikel 12:59 WVV en artikel 12:75 WVV.

⁴¹⁵ Artikel 14:5 WVV.

bestuursorgaan of sterker nog, ondertekent hij mee de notulen van die vergaderingen, dan lijkt er weinig twijfel over te kunnen bestaan dat hij zich als een bestuurder gedraagt.

Het gebeurt in de praktijk vaak dat een (eerste) ontwerp van de notulen van het bestuursorgaan of de door dit orgaan op te stellen verslagen wordt voorbereid door een externe juridische adviseur of een interne *corporate secretary*. Het mag duidelijk zijn dat het loutere feit dat zij deze voorbereidende werkzaamheden treffen van hen nog geen “feitelijke bestuurders” maakt. Zij hebben de opdracht gekregen van het bestuursorgaan om deze voorbereidingen te treffen, of zij zijn er specifiek voor aangeworven. Het gevolg is dat zij niet “in alle onafhankelijkheid en soevereiniteit” handelen, en dit is noodzakelijk om over “feitelijk bestuur” te kunnen spreken⁴¹⁶.

Legt hij keer op keer de jaarrekening van de vennootschap neer bij de Nationale Bank van België en is hij ook betrokken bij de voorbereiding ervan, dan vervult hij evenzeer een taak die volgens de wet aan het bestuursorgaan toekomt⁴¹⁷. Zijn deze handelingen werkelijk bepalend voor het commerciële, financiële of industriële lot van de rechtspersoon? Of gaat het om beslissingen betreffende de (algemene) politiek van de onderneming⁴¹⁸ – een toetssteen waarnaar in de context van de VZW sterk wordt teruggegrepen⁴¹⁹? Het leidt weinig twijfel dat zij er onrechtstreeks verband mee houden, maar men kan bezwaarlijk zeggen dat zij er in alle gevallen een impact op hebben of bepalend voor zijn. De bevoegdheid om het e-mailadres van de rechtspersoon te wijzigen kan, om er een flagrant voorbeeld uit te kiezen, moeilijk een beslissing betreffende de politiek van de onderneming worden genoemd.

Wat moet er in het kader van de beoordeling van de vraag of er sprake is van feitelijk bestuur met dit soort van bestuursbevoegdheden worden gedaan? De uitoefening ervan is in ieder geval een relevant en in aanmerking te nemen element bij de beoordeling van de hoedanigheid van een als feitelijke bestuurder geïdентificeerde persoon. Of dit element ook individueel of op zichzelf aanleiding kan geven tot feitelijk bestuur is een moeilijkere kwestie. Het is, zoals eerder al aangegeven, niet wenselijk dat al te lichtzinnig tot feitelijk bestuur wordt besloten, gelet op de mogelijk verre gaande

⁴¹⁶ Zie hierover verder randnr. 91.

⁴¹⁷ Cf. IBR-IRE, *Advies 2021/13 van de Raad van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren*, 2021, <https://www.ibr-ire.be/docs/default-source/nl/documents/regelgeving-en-publicaties/rechtsleer/adviezen/2021-13-advies-feitelijke-bestuurder.pdf>, 6.

⁴¹⁸ J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 200.

⁴¹⁹ Zie bv. M. COIPEL, M. DAVAGLE en V. SEPULCHRE, *ASBL in Rép.Not.*, Brussel, Larcier, 2017, 700.

gevolgen voor de betrokken persoon. Het feit dat hij louter incidenteel een handeling heeft gesteld die als daad van bestuur kan worden gekwalificeerd, lijkt alvast onvoldoende om hem als feitelijke bestuurder aan te merken⁴²⁰. Verricht hij echter met regelmaat handelingen van die aard, dan luidt de conclusie mogelijk anders. Wat door de meeste auteurs wordt aangevoerd, is dat er sprake moet zijn van een werkelijke bestuursactiviteit⁴²¹: de als feitelijke bestuurder geviseerde persoon moet de rechtspersoon (op een bepaald vlak) hebben geleid⁴²². De rechtspraak stelt zich in dit verband terecht streng op⁴²³.

81. De kwalificatie van een persoon als feitelijke bestuurder gebeurt niet zomaar in het ijlle. Zij vindt plaats tegen de achtergrond van een bepaalde rechtsgrond. Bij één daarvan, het oude artikel 63ter Venn.W.⁴²⁴, werd in het verleden opgemerkt dat “*in de idee van de bestuursactiviteiten*⁴²⁵ *de noodzakelijke oorzakelijkheid tussen fout en schade wordt weerspiegeld: de feitelijke bestuurder moet in de uitoefening van zijn functie beslissingen hebben kunnen nemen die tot het faillissement hebben bijgedragen*”⁴²⁶. Deze opmerking is geïnspireerd op een bedenking van RIVES-LANGE,

⁴²⁰ Zie ook verder randnr. 89. Een louter incidenteel of sporadisch optreden is niet noodzakelijk hetzelfde als een eenmalige inmenging in een voor de rechtspersoon belangrijke zaak, zie randnr. 122.

⁴²¹ J. RONSE en J. LIEVENS, “De doorbraakproblematiek” in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 160; V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-28; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 78. Zie in dezelfde zin in Frankrijk: J. HEINICH en L. WATRIN, “Le dirigeant de fait” in *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fasc. 45-20 (6 mei 2019), nr. 10, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>.

⁴²² Luik 17 december 1996, *JLMB* 1998, 583, noot C. PARMENTIER en *JDSC* 2000, 250; V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-28; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen: algemeen deel*, Brussel, Larcier, 2016, 706.

⁴²³ Zie bv. Luik 17 december 1996, *JLMB* 1998, 583, noot C. PARMENTIER en *JDSC* 2000, 250. Zie ook in Frankrijk: Cass. (com.) fr. 9 juli 2002, nr. 99-11.579, onuitg.; Cass. (com.) fr. 27 februari 2007, nr. 05-22.036, *JurisData* nr. 2007-037856, *Dr. sociétés* 2007, comm. 95, obs. J.-P. LEGROS; Cass. (crim.) fr. 19 november 2013, nr. 12-85.378, *JurisData* nr. 2013-026186; Cass. (com.) fr. 1 december 2015, nr. 14-20.116, *Gaz. Pal.* 2016, nr. 256, 72, obs. J.-M. MOULIN; Cass. (com.) fr. 8 maart 2017, nr. 15-17.936, onuitg.

⁴²⁴ De tekst van dit artikel werd grotendeels hernomen in het huidige artikel XX.225 WER, *i.e.* de aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement.

⁴²⁵ Lees: de vereiste van “daden van bestuur”.

⁴²⁶ J. RONSE en J. LIEVENS, “De doorbraakproblematiek” in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 160. Zie ook J. LIEVENS, “Artikel 63ter en de aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder” (noot onder Brussel 14 september 1988), *TRV* 1989, (55) 55. Deze opmerking is ook van belang voor artikel

die in zijn bijdrage stelde: “*La nature de l’activité susceptible d’entraîner la qualité de dirigeant de fait doit, d’ailleurs, être précisée par l’application des règles de la responsabilité civile. Le syndic doit établir que le prétendu dirigeant de fait accomplissait des opérations qui étaient de nature à entraîner l’insuffisance d’actif*”⁴²⁷.

RIVES-LANGE lijkt met deze bewoordingen te suggereren dat enkel een “daad van bestuur” die van dien aard is dat ze schade kan veroorzaken aan de rechtspersoon, van een beweerde feitelijke bestuurder, een feitelijke bestuurder kan maken. Het klopt dat hij minstens de mogelijkheid moet hebben gehad om beslissingen te nemen of handelingen te stellen die de schade hebben kunnen veroorzaken om aansprakelijk te kunnen worden gesteld. Het is echter niet zijn hoedanigheid als “feitelijke bestuurder” die hiervan afhankelijk is, maar zijn aansprakelijkheid. De twee zijn nauw met elkaar verweven, maar mogen niet met elkaar worden verward. Het is perfect mogelijk dat een persoon op basis van een globale beoordeling van een dossier als feitelijke bestuurder kan worden aangemerkt, maar dat het element dat uiteindelijk tot zijn aansprakelijkheid leidt op zichzelf niet zou hebben volstaan om tot dergelijke kwalificatie te besluiten. Men mag de interpretatie van het begrip “daad van bestuur” dan ook niet te veel verengen of uitsluitend interpreteren in functie van de fout die vereist is om tot aansprakelijkheid te kunnen besluiten⁴²⁸.

iii. Daden van bestuur in de VOF, de CommV en de stichting

82. In de klassieke rechtsleer rond feitelijk bestuur wordt zelden of nooit aandacht besteed aan de vraag of er ook in een VOF, een CommV of een stichting sprake kan zijn van feitelijk bestuur. Het begrip “daden van bestuur” kreeg en krijgt als toetssteen voor feitelijk bestuur eigenlijk enkel aandacht in de context van het BV(BA)- en NV-recht en bij uitbreiding in het VZW-recht⁴²⁹. Wat de VOF en de CommV betreft, valt dit vrij eenvoudig te verklaren. Deze vennootschappen hebben

XX.229 WER, waarin de mogelijkheid is opgenomen om aan de feitelijke bestuurder een beroepsverbod op te leggen. De toepassing van dit artikel veronderstelt immers een kennelijk grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement.

⁴²⁷ J.-L. RIVES-LANGE, “La notion de dirigeant de fait au sens de l’article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens”, *Recueil Dalloz Sirey* 1975, 8^e cahier, 43, nr. 12.

⁴²⁸ Het valt hier nogmaals te benadrukken dat RIVES-LANGE ’s bijdrage uitsluitend betrekking heeft op de Franse bijzondere faillissementsaansprakelijkheidsregeling. De bedenkingen die erin worden uitgedrukt moeten tegen die achtergrond worden begrepen.

⁴²⁹ Zie bv. M. WAUTERS, “Aansprakelijkheid” in M. DENEFF (ed.), *De VZW*, Brugge, die Keure, 2015, (381) 391, nr. 18; M. COIPEL, M. DAVAGLE en V. SEPULCHRE, *ASBL in Rép.Not.*, Brussel, Larcier, 2017, 700.

geen volkomen, maar slechts een onvolkomen rechtspersoonlijkheid⁴³⁰: er gaan steevast onbeperkt en hoofdelijk aansprakelijke vennoten achter schuil (art. 4:22 WVV), waardoor het zelden of nooit nodig blijkt om een “feitelijke bestuurder” (*les*: “feitelijke zaakvoerder”) aan te spreken.

Wat de stichting betreft, blijkt er niet echt een bijzondere verklaring voor handen te zijn. Het is mogelijk dat het feit dat deze entiteit in het verleden niet failliet kon worden verklaard⁴³¹ en buiten het toepassingsgebied van de bijzondere faillissementsaansprakelijkheidsregels viel⁴³² (deze waren voorheen namelijk niet opgenomen in het WER⁴³³), tot gevolg had dat de vraag naar de aansprakelijkheid van een “feitelijke bestuurder” niet werd gesteld. Het is vaak maar pas wanneer de zaken dermate zijn geëscaleerd en er bij de meest voor de hand liggende aansprakelijke personen niets meer te rapen valt, dat men ook andere aansprakelijkheidsscenario’s onderzoekt.

Als men bij dit alles in het achterhoofd houdt dat aansprakelijkheidsvorderingen tegen feitelijke bestuurders veelal worden ingesteld door derden⁴³⁴ (en dus niet door (de vertegenwoordigers van) voormelde entiteiten zelf), zal men begrijpen waarom de figuur van de feitelijke bestuurder in de context van de VOF, de CommV en de stichting tot op heden zo goed als onbesproken is gebleven. Derden schijnen het, om de hierboven vermelde redenen, tot nog toe niet nodig te hebben gevonden om zich in deze entiteiten tot de “feitelijke bestuurder” te wenden. Daar komt bij dat het vóór de

⁴³⁰ Zie hierover H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 44-45, nr. 60, 67, nr. 105 en 72-73, nr. 113.

⁴³¹ Zie over de uitbreiding van het toepassingsgebied van de faillissementsprocedure (sinds 1 mei 2018): P. T’KINT, “L’application du livre XX du Code de droit économique aux associations” in C. ALTER (ed.), *Le nouveau livre XX du code de droit économique consacré à l’insolvabilité des entreprises*, Brussel, Larcier, 2018, (47) 57-58; D. DE MAREZ en C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, 37-41 en 25; I. VEROUGSTRAETE, M. DE WOLF, J.-PH. LEBEAU, J.P. RENARD, L. BIHAIN, W. DAVID, Y. GODFROID, B. INGHELS, S. JACMAIN, M. LEMAL, F. PARREIN en M.-A. SWARTENBROEKX, *Manuel de l’insolvabilité de l’entreprise*, Liège, Wolters Kluwer, 2019, 39-55; K. BYTTEBIER en T. WERA m.m.v. J. BORGERHOFF, M. DELANOTE, M. GESQUIÈRE, D. JOSEPH en J. VANSTRAELEN, *Ondernemingsrecht*, Brugge, die Keure, 2020, 29-35; J. VANANROYE, “De onderneming in formele en in functionele zin” in D. VAN GERVEN en J. VANANROYE (eds.), *Leerstukken ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (1) 7-41; J. VANANROYE, “Het personeel toepassingsgebied van de insolventieprocedures in Boek XX WER” in M.E. STORME, B. TILLEMEN, J. VANANROYE, M. VANMEENEN en R. HOUBEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen V*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (29) 35-49; Zie ook M. VANMEENEN en I. VAN DE PLAS, “Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd?”, *TBH* 2018, (207) 214-216.

⁴³² Dit gold in het verleden evenzeer voor de VOF en de CommV.

⁴³³ Zie hierboven randnr. 41.

⁴³⁴ Cf. S. DE GEYTER, “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, (888) 893.

uitbreiding van het toepassingsgebied van de faillissementsprocedure ook uitgesloten was dat een curator namens hen een vordering tegen deze persoon instelde.

83. De feitelijke bestuurder verdient nochtans ook hier aandacht. Allereerst en vrij eenvoudig, omdat er ook in de VOF, CommV en stichting sprake kan zijn van feitelijk bestuur. Men denke onder meer aan de situatie waarbij in een VOF, zoon X zaakvoerder is, maar waar *mater familias* Y *de facto* alle beslissingen neemt en een volmacht op de rekening van de vennootschap heeft.

In de tweede plaats, en dit is nog belangrijker, omdat de feitelijke zaakvoerders of bestuurders van deze entiteiten sinds kort⁴³⁵ ook kunnen worden aangesproken op grond van de artikelen 2:56 WVV, XX.225-227 en XX.229 WER. In tegenstelling tot wat onder de oude vennootschaps-, stichtings- en faillissementswetgeving⁴³⁶ het geval was, zijn:

- de VOF, CommV⁴³⁷ en stichting, als in het WVV geregelde rechtspersonen, nu ook onderworpen aan artikel 2:56 WVV⁴³⁸ (aansprakelijkheid wegens gewone bestuursfout en wegens schending van het WVV of de statuten)⁴³⁹;
- de VOF⁴⁴⁰, CommV en stichting, als in artikel XX.1, §1, (b) en (c) WER gedefinieerde ondernemingen vandaag ook onderworpen aan de artikelen XX.225-227 WER

⁴³⁵ Boek XX van het WER is van toepassing sinds 1 mei 2018 (zie artikel 76 wet 11 augustus 2017 houdende invoeging van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen”, in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan Boek XX en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan Boek XX in het Boek I van het Wetboek van economisch recht, BS 11 september 2017, 83100). Het WVV is in werking getreden op 1 mei 2019 (zie artikel 38 (alsook de overgangsbepalingen in artikel 39-44) wet 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, BS 4 april 2019, 33239).

⁴³⁶ Worden bedoeld: i) het W.Venn., ii) de wet van 27 juni 1921 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de stichtingen en de Europese politieke partijen en stichtingen (BS 1 juli 1921, 5409) en iii) de faillissementswet van 8 augustus 1997 (BS 28 oktober 1997, 28562).

⁴³⁷ Zie ook artikel 4:23 WVV: “*De vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschappen zijn onderworpen aan boek 2, evenals aan titel 1 tot en met 6 van dit boek, met uitzondering van de artikelen 4:13, eerste lid, 4:14, tweede lid, en 4:21*”.

⁴³⁸ Artikel 2:56 WVV is niet van toepassing op de maatschap, omdat deze vennootschap geen rechtspersoonlijkheid heeft (artikel 1:5, §1 WVV).

⁴³⁹ Zie ook X. DIEUX en P. DE WOLF, “Le nouveau Code des sociétés (et des associations): Capita Selecta”, *JT* 2019, (501) 511, nr. 64; E.-J. NAVEZ en A. NAVEZ, *Le code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 264 en 266; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE en H. CULOT, *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020, 269-270, nr. 542.

⁴⁴⁰ Zie ook P. BOSSARD, “Le bouleversement de la société de droit commun par la loi du 15 avril 2018 portant la réforme du droit de l’entreprise”, *RPP* 2018, 147-154; A. AUTENNE en N. THIRION, “La nouvelle « définition générale » de l’entreprise dans le Code de droit économique : deux pas en avant, trois pas en arrière”, *JT* 2018, (826) 828.

(faillissementsaansprakelijkheid wegens kennelijke grove fout en in geval van RSZ-schulden en aansprakelijkheid ingevolge *wrongful trading*)⁴⁴¹; en

- de VOF, CommV en stichting, als rechtspersonen⁴⁴², nu ook onderworpen aan artikel XX.229 WER (het beroepsverbod).

84. In voorkomend geval zal dus ook in de VOF, de CommV en de stichting⁴⁴³ moeten worden nagegaan of er positieve daden van bestuur werden gesteld die aanleiding geven tot feitelijk bestuur. Van belang is dat daarbij niet zomaar dezelfde regels kunnen worden toegepast als in de BV, CV, NV en VZW. Waar de taken van het bestuursorgaan in de BV, CV, NV en VZW in de wet zijn omschreven en relatief goed zijn afgebakend ten opzichte van deze van de algemene vergadering, is dit voor de taken van de zaakvoerders in de VOF en CommV niet of veel minder het geval⁴⁴⁴. In de stichting moet dan weer rekening worden gehouden met het feit dat het bestuursorgaan alle bevoegdheden uitoefent⁴⁴⁵. De stichting kent – in tegenstelling tot andere

⁴⁴¹ Zie ook D. DE MAREZ en C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, 31-41 en 46-53; E.-J. NAVEZ en A. NAVEZ, *Le code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 267-269. Er geldt wel een algemene uitzondering ten behoeve van kleine ondernemingen, waaronder kleine VZW's en stichtingen. Dit zijn VZW's en stichtingen die een vereenvoudigde boekhouding voeren. Zie I. VEROUGSTRAETE, M. DE WOLF, J.-PH. LEBEAU, J.P. RENARD, L. BIHAIN, W. DAVID, Y. GODFROID, B. INGHELS, S. JACMAIN, M. LEMAL, F. PARREIN en M.-A. SWARTENBROEKX, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Liège, Wolters Kluwer, 2019, 1437-1438.

⁴⁴² Uit de tekst van artikel XX.229, §3 WER kan worden afgeleid dat een beroepsverbod enkel kan worden opgelegd in de context van het faillissement van een rechtspersoon (en dus niet in de context van het faillissement van een onderneming – een ruimer begrip dat het begrip rechtspersoon omvat (artikel XX.1, §1 WER): “Voor de toepassing van dit artikel worden met de gefailleerde gelijkgesteld, de bestuurders en zaakvoerders van een failliet verklaarde rechtspersoon wier ontslag niet een jaar voor de faillietverklaring is bekendgemaakt, alsmede enig ander persoon die zonder beheerder of zaakvoerder te zijn, werkelijk de bevoegdheid zal gehad hebben de failliet verklaarde rechtspersoon te beheren”. Zie ook D. DE MAREZ en C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, 379-382. Cf. I. VEROUGSTRAETE, M. DE WOLF, J.-PH. LEBEAU, J.P. RENARD, L. BIHAIN, W. DAVID, Y. GODFROID, B. INGHELS, S. JACMAIN, M. LEMAL, F. PARREIN en M.-A. SWARTENBROEKX, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Liège, Wolters Kluwer, 2019, 1481.

⁴⁴³ Of de piste van feitelijk bestuur in deze entiteiten (en dan in het bijzonder in de VOF en CommV) in de praktijk vaak zal worden geëxploreerd is twijfelachtig. De specifieke kenmerken van deze entiteiten maken het uitwijken naar een “feitelijke zaakvoerder” wellicht vaak overbodig.

⁴⁴⁴ Zie ook B. TILLEMANN, *Lastgeving in APR*, Gent, E.Story-Scientia, 1997, 371.

⁴⁴⁵ Zie onder het oude recht, maar op dit punt nog steeds relevant: R. VAN BOVEN, “De stichting” in M. DENEFF, J. DE LEENHEER, D. DESCHRIJVER, F. HELLEMANS, A. KILLESSE, J.-L. SERVAIS, Y. STEMPIERWSKY, R. TAS, B. TILLEMANN, R. VAN BOVEN, B. WAÛTERS en M. WAUTERS (eds.), *VZW en stichting*, Brugge, die Keure, 2005, (535) 572, 596 en 599. Het bestuursorgaan heeft, als de statuten van de stichting dat toelaten, wel de mogelijkheid om het dagelijks bestuur van de stichting, alsook de vertegenwoordiging van de stichting wat dat bestuur aangaat, op te dragen aan een of meer personen, die elk alleen, gezamenlijk of als college optreden (zie artikel 11:14, lid 1 WVV).

rechtspersonen – geen leden⁴⁴⁶, vennoten of aandeelhouders en dus ook geen toezichhoudend orgaan zoals een algemene vergadering waarin zij verenigd zijn.

Wat het bestuur van de VOF en de CommV betreft, geldt als *default* regeling dat bij gebrek aan bijzondere bepalingen over de wijze van bestuur de vennoten geacht worden elkaar wederkerig de macht te hebben verleend om, de ene voor de andere, te besturen⁴⁴⁷. Deze regeling is van aanvullend recht, zodat er contractueel van kan worden afgeweken⁴⁴⁸. Meestal wordt in het vennootschapscontract een afwijkende regeling voorzien⁴⁴⁹, waarbij een of meerdere zaakvoerders worden aangesteld, die de hoedanigheid hebben van lasthebber⁴⁵⁰. Hun bevoegdheden worden vastgelegd in de akte van benoeming⁴⁵¹. Dit betekent dat de invulling van het begrip “daden van bestuur” van vennootschap tot vennootschap kan verschillen. Het zijn de vennoten die dit bepalen. Zij kunnen het begrip zeer ruim invullen, zodat het zowel daden van beheer als daden van beschikking omvat, of een stuk enger, en het bijvoorbeeld beperken tot daden van beheer⁴⁵².

Een bijzonderheid in de CommV is dat een commanditaire vennoot (dit is een vennoot die zich beperkt tot een inbreng in geld of in natura – ook wel de stille vennoot genoemd⁴⁵³) niet aan het beheer mag deelnemen⁴⁵⁴. De wet bepaalt expliciet dat hij geen enkele daad van bestuur mag

⁴⁴⁶ D. VAN GERVEN, “De coöperatieve vennootschap, de erkende vennootschappen, de feitelijke vereniging, de VZW, de IVZW en de stichtingen”, *TBH* 2018, (1067) 1080, nr. 23.

⁴⁴⁷ Artikel 4:10, lid 1 WVV.

⁴⁴⁸ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, II, Diegem, Kluwer, 1997, 137; B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen: statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 22; E.-J. NAVEZ en A. NAVEZ, *Le code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 255.

⁴⁴⁹ Zie H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 232, nr. 489.

⁴⁵⁰ Het kan daarbij zowel gaan om vennoten, als derden (zie artikel 4:8, lid 1 WVV).

⁴⁵¹ Artikel 4:8, lid 1 WVV en artikel 4:9, lid 1 WVV. Zie ook artikel 4:23 WVV: “De vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschappen zijn onderworpen aan boek 2, evenals aan titel 1 tot en met 6 van dit boek, met uitzondering van de artikelen 4:13, eerste lid, 4:14, tweede lid, en 4:21”.

⁴⁵² Beslissingen die het vennootschapscontract wijzigen moeten wel steeds door de vennoten zelf worden genomen (zie artikel 4:12, lid 1 WVV).

⁴⁵³ Zie bv. H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 79; T. COEN, “Breek de stilte: over de aansprakelijkheid van niet zo stille vennoten en de (on)betwistbaarheid van het bestaan van een vennootschapsschuld” (noot onder Gent 3 november 2014), *TRV* 2015, (361) 361.

⁴⁵⁴ Artikel 4:22, lid 3 WVV. Zie ook onder het oude recht, maar nog steeds relevant: J. RUYSEVELDT, *De gewone commanditaire vennootschap*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 111-112; D. VAN GERVEN, “Gevolgen van het besturen van een Comm.V.” (noot onder Gent 20 februari 2012)”, *TRV* 2014, 77-78; V. SIMONART, *Société en nom collectif - Sociétés en commandite. SNC, SCS et SCA in RPDB*, Brussel, Bruylant, 2014, 77, nrs. 70-71.

verrichten, zelfs niet krachtens een volmacht⁴⁵⁵. Enkel de gecommanditeerde vennoten en eventuele derden die als zaakvoerder(s) zijn benoemd⁴⁵⁶, mogen deze daden verrichten. De commanditaire vennoot mag volgens de wet wel adviezen en raadgevingen verlenen, daden van controle verrichten en machtigingen geven aan zaakvoerders voor handelingen die buiten hun bevoegdheid liggen. Deze daden zijn luidens artikel 4:25, §1, lid 2 geen daden van bestuur⁴⁵⁷.

Men herkent hierin het klassiek in de rechtsleer en rechtspraak gehuldigde idee dat positieve daden die zelf geen beslissingen van bestuurlijke aard zijn, geen daden van bestuur zijn⁴⁵⁸. Typevoorbeelden van dergelijke daden zijn precies adviezen en raadgevingen.

In de stichting geldt een bevoegdheidsregel die men zal herkennen uit het BV-, CV-, NV- en VZW-recht: het bestuursorgaan is er bevoegd is om “*alle handelingen te verrichten die nodig of dienstig zijn tot verwezenlijking van het voorwerp*” van de stichting. In tegenstelling tot wat het geval is in de BV, CV, NV en VZW bestaan er in de stichting geen bevoegdheden die zijn toegewezen aan een wettelijk toezichthoudend orgaan (*i.e.* een algemene vergadering)⁴⁵⁹. De reikwijdte van het begrip “daden van bestuur” is in deze rechtspersoon bij *default* dus groot en omvat zowel daden van beheer als daden van beschikking.

85. Dit alles biedt nog geen concreet antwoord op de vraag welke daden in de VOF, CommV of stichting van een niet-zaakvoerder, respectievelijk niet-bestuurder een “feitelijke bestuurder” maken. Komen alle daden die in de ruime zin als “daden van bestuur” kunnen worden aangemerkt in aanmerking of is een andere interpretatie aangewezen? Allereerst mag net als in de BV, CV,

⁴⁵⁵ Artikel 4:25, §1, lid 1 WVV. Zie ook E.-J. NAVEZ en A. NAVEZ, *Le code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 266.

⁴⁵⁶ Zie ook H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 80, nr. 121.

⁴⁵⁷ Zie ook E.-J. NAVEZ en A. NAVEZ, *Le code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 266.

⁴⁵⁸ Zie hierboven randnrs. 69 t.e.m. 72.

⁴⁵⁹ Zie onder het oude recht, maar op dit punt nog steeds relevant: R. VAN BOVEN, “De stichting” in M. DENEFF, J. DE LEENHEER, D. DESCHRIJVER, F. HELLEMANS, A. KILESSE, J.-L. SERVAIS, Y. STEMPIERWSKY, R. TAS, B. TILLEMANS, R. VAN BOVEN, B. WAÛTERS en M. WAUTERS (eds.), *VZW en stichting*, Brugge, die Keure, 2005, (535) 574. Het is wel mogelijk dat in de statuten van de stichting een facultatief orgaan wordt opgericht, maar zulk “orgaan” kan geen bevoegdheden aan het bestuursorgaan ontnemen. Zie J. VANANROYE, “De private stichting naar komend recht” in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999*, Kalmthout, Biblo, 2002, (169) 190-191; D. VAN GERVEN, *Handboek Stichtingen: de private stichting, de stichting als administratiekantoor, de stichting van openbaar nut en de buitenlandse stichting*, Kalmthout, Biblo, 2004, 149, nr. 113.

NV en VZW ook in de VOF, CommV en stichting niet al te lichtzinnig tot feitelijk bestuur worden besloten. Niet elke daad van bestuur zal op zichzelf aanleiding geven tot een kwalificatie als “feitelijke bestuurder”. Men zal ook in deze entiteiten een globale beoordeling moeten maken van alle elementen die in het desbetreffende geval voorhanden zijn.

Het lijkt verder logisch dat een als feitelijke bestuurder geïsoleerde persoon ook in een VOF, CommV of stichting maar als dusdanig zal kunnen worden aangesproken, wanneer hij de betrokken entiteit effectief (op een bepaald vlak) heeft geleid. Men zou in een VOF of CommV kunnen denken aan de situatie waarbij hij zich heeft gemengd in zaken die middels een akte van benoeming aan de zaakvoerder(s) werden toegewezen, zoals de beslissing om bepaalde investeringen te doen, bepaalde effecten uit het vennootschapsvermogen te verkopen, welbepaalde activa te verhuren, enzovoort. In een stichting zou men kunnen denken aan de situatie waarbij een niet-bestuurder de touwtjes in handen heeft en dicteert aan welke (onderzoeks)projecten de stichting (financiële) steun moet toekennen.

iv. Ook daden van dagelijks bestuur?

86. Inmiddels zou duidelijk moeten zijn dat het begrip “daden van bestuur” als voorwaarde inzake feitelijk bestuur een vlag is die meer dan één lading dekt. Het begrip omvat naast grote strategische en fundamentele beslissingen, ook in de wet aan het bestuursorgaan voorbehouden beslissingen, en (wanneer zij veelvuldig worden gesteld⁴⁶⁰) meer alledaagse beslissingen.

Volgens JASPAR en DE SMETH gaat het om “*les activités à la fois les plus quotidiennes et les plus fondamentales (contracts avec les clients, les fournisseurs, le personnel, les bailleurs de fonds, politique de frais généraux, d’amortissement, objectifs à atteindre, etc.)*”⁴⁶¹.

De vraag is of tot die laatste groep van beslissingen ook de zogeheten “daden van dagelijks bestuur” kunnen worden gerekend. Het dagelijks bestuur omvat volgens de wet⁴⁶² (i) de

⁴⁶⁰ Zie verder randnr. 89.

⁴⁶¹ J.-L. JASPAR en A. DE SMETH, “La notion de gérant de fait”, *JT* 1984, (645) 645.

⁴⁶² Zie artikelen 5:79, lid 2 WVV (BV); 6:67, lid 2 WVV (CV); 7:121, lid 2 WVV (NV); 9:10, lid 2 WVV (VZW) en 11:14, lid 2 WVV (stichting). Deze wettelijke definitie is geput uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie (zie Cass. 17 september 1968, *RPS* 1970, 200, *Arr.Cass.* 1969, 60, *Pas.* 1969, I, 61 en Cass. 26 februari 2009, *Arr.Cass.* 2009, 660, *FJF* 2010, 615, *JLMB* 2010, 154, *Pas.* 2009, 592, *JDSC* 2010, 59, noot M. COIPEL, *RGCF* 2010, 156,

handelingen en beslissingen die niet verder reiken dan de behoeften van het dagelijks leven van de betrokken rechtspersoon, en (ii) de handelingen en beslissingen die om reden van het minder belang dat ze vertonen of omwille van hun spoedeisend karakter, de tussenkomst van het bestuursorgaan niet rechtvaardigen⁴⁶³. Het kan in de BV, CV, NV, VZW en stichting door het bestuursorgaan worden opgedragen aan een afzonderlijk orgaan⁴⁶⁴.

87. Wanneer men vertrekt vanuit de wet, per slot van rekening de primaire rechtsbron, dan wordt meteen duidelijk waar het antwoord op eerdergenoemde vraag eigenlijk van afhankelijk is. Het WVV laat aan het bestuursorgaan de mogelijkheid om een orgaan van dagelijks bestuur aan te stellen. Het gaat om een mogelijkheid, dus het bestuursorgaan is geenszins verplicht om zulk orgaan in te richten⁴⁶⁵. Stelt het bestuursorgaan geen orgaan van dagelijks bestuur aan, dan zal het het dagelijks bestuur gewoon zelf uitoefenen. Stelt het bestuursorgaan wel een orgaan van dagelijks bestuur aan, dan delegeert het een gedeelte van zijn bevoegdheid aan dat orgaan. Het

noot, *RPS* 2010 (samenvatting), 298, noot V. SIMONART, *RPS* 2010, afl. 4, 571, noot, *RW* 2009-10, 1129, noot W. GOOSSENS en B. CAFMEYER, *TBH* 2009, 948 noot E. POTTIER en A. BERTRAND en *TRV* 2009, 444, noot C. CLOTTENS), met uitzondering van de “of” die de “en” uit de klassieke formulering van dat Hof vervangt. Zie ook P. A. FORIERS en M. WYCKAERT, “Le projet de Code des sociétés et associations: nouveautés en matière de gouvernance dans les sociétés et les associations – Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen – wat verandert in de ‘governance’ van vennootschappen en verenigingen?” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen - Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (119) 133-134, nr. 19; E. POTTIER, T. L’HOMME, L.-Y. TU en G. VISEUR, “Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées”, *TBH* 2018, (1013) 1055; D. WILLERMAIN, “L’administration de la société à responsabilité limitée” in A.-P. ANDRE-DUMONT en T. TILQUIN (eds.), *La société à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier Legal, 2019, (113) 137, nr. 24. Zie ook de eerdere kritiek van P. LAMBRECHT, “L’Amendement: Pour une définition légale de la gestion journalière”, *TRV-RPS* 2016, 472.

⁴⁶³ Zie voor een omstandige analyse van het begrip “dagelijks bestuur” (onder het oude vennootschapsrecht, maar nog steeds grotendeels relevant) met tal van concrete toepassingen: N. SOMERS, *Dagelijks bestuur in de NV*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 147-185. Zie eveneens E. LEROUX, “Delegatie van bevoegdheden door de raad van bestuur in de naamloze vennootschap” in S. DE GEYTER, I. DE POORTER en E. LEROUX (eds.), *Delegatie en taakverdeling in de NV*, Brussel, Larcier, 2016, (3) 35-45.

⁴⁶⁴ Zie artikelen 5:79, lid 1 WVV (BV); 6:67, lid 1 WVV (CV); 7:121, lid 1 WVV (NV); 9:10, lid 1 WVV (VZW) en 11:14, lid 1 WVV (stichting).

⁴⁶⁵ Zie bv. E. POTTIER, T. L’HOMME, L.-Y. TU en G. VISEUR, “Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées”, *TBH* 2018, (1013) 1055-1056; D. VAN GERVEN, “De coöperatieve vennootschap, de erkende vennootschappen, de feitelijke vereniging, de VZW, de IVZW en de stichtingen”, *TBH* 2018, (1067) 1073, nr. 23; D. WILLERMAIN, “L’administration de la société à responsabilité limitée” in A.-P. ANDRE-DUMONT en T. TILQUIN (eds.), *La société à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier Legal, 2019, (113) 136, nr. 23; X. DIEUX en P. DE WOLF, “Le nouveau Code des sociétés (et des associations): Capita Selecta”, *JT* 2019, (501) 527, nr. 204; P. BOSSARD, *CSA: examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, 431-432; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 266, nr. 562.

gaat – zo wordt ook bevestigd in de memorie van toelichting bij het WVV⁴⁶⁶ – om een delegatie van bevoegdheid en niet om een overdracht daarvan. Dit betekent dat het bestuursorgaan een concurrerende bevoegdheid blijft behouden⁴⁶⁷. Het verliest zijn bevoegdheid niet. Hieruit volgt dat wie zich in het dagelijks bestuur innemt, zich per definitie ook innemt in het bestuur⁴⁶⁸.

88. Daden van dagelijks bestuur vallen dus in de ruimere categorie van “daden van bestuur”⁴⁶⁹, maar zijn ze ook voldoende om tot feitelijk bestuur te kunnen besluiten? Dit is – en hier komt de spreekwoordelijke kat op de koord – afhankelijk van waar men bij de tweede voorwaarde inzake feitelijk bestuur uiteindelijk de spreekwoordelijke lat legt: hoe ver moet een inmenging in het bestuur gaan, alvorens een persoon geacht kan worden werkelijke bestuursbevoegdheid te hebben gehad?

Niet elke rechtsgeleerde lijkt deze lat exact even hoog te leggen. Wie de “algemene definities” die in de rechtsleer werden uitgewerkt om de figuur van de “feitelijke bestuurder” te omschrijven⁴⁷⁰ onder de loep neemt, zal zien dat daarin reeds bepaalde nuanceverschillen kunnen worden ontwaard. Sommige auteurs hebben het over beslissingsmacht omtrent het beleid, andere spreken enkel over beslissingsmacht, nog andere hebben het over het uitvoeren of het mee helpen uitvoeren van het bestuur en er zijn er ook die gewoon spreken over het zich aanmeten van bestuurs- en beslissingsbevoegdheden.

⁴⁶⁶ Zie Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 241: “*Beide organen blijven concurrerend bevoegd (het gaat om een delegatie van bevoegdheden, en niet om een overdracht van bevoegdheden)*”.

⁴⁶⁷ E. POTTIER, T. L’HOMME, L.-Y. TU en G. VISEUR, “Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées”, *TBH* 2018, (1013) 1056, nr. 182; X. DIEUX en P. DE WOLF, “Le nouveau Code des sociétés (et des associations): Capita Selecta”, *JT* 2019, (501) 527, nr. 207. Dit was ook reeds onder het W.Venn. het geval (zie E. LEROUX, “Delegatie van bevoegdheden door de raad van bestuur in de naamloze vennootschap” in S. DE GEYTER, I. DE POORTER en E. LEROUX (eds.), *Delegatie en taakverdeling in de NV*, Brussel, Larcier, 2016, (3) 55).

⁴⁶⁸ Zie F. HELLEMANS, “De organen van een VZW en hun werking” in M. DENEFF (ed.), *De VZW*, Brugge, die Keure, 2015, (173) 227, nr. 96. Vergelijk evenwel met de rechtsleer uit het arbeidsrecht, waarin het volgende wordt gesteld “*Als krachtens de wet ook niet-bestuurders het dagelijks bestuur op zich kunnen nemen, dan betekent dit dat het dagelijks bestuur niet noodzakelijk deel uitmaakt van de bestuurdersfunctie*” (zie K. VAN DEN LANGENBERGH, *Schijnzelfstandigen of oneigenlijke werknemers. Het moeilijke onderscheid tussen zelfstandige arbeid en arbeid in ondergeschikt verband*, Brussel, Federaal Ministerie voor Tewerkstelling en Arbeid, 2000, 73-74; zie ook S. NUDELHOLE, “Délégation à la gestion journalière de la société anonyme et contrat d’emploi”, *RCJB* 1981, (503) 518; N. BEAUFILS, “Cumul mandat social et contrat de travail”, *JTT* 1990, (245) 245-246).

⁴⁶⁹ Zie ook F. HELLEMANS, *De algemene vergadering: een onderzoek naar haar grondslagen, haar bestaansreden en de geldigheid van haar besluiten*, Kalmthout, Biblo, 2000, 683; S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2015, 262; J. VINCKE, *L’administrateur de SRL. Questions – Réponses*, Limal, Anthemis, 2019, 39.

⁴⁷⁰ Zie hierboven randnr. 56.

Indien men ervan uitgaat dat het noodzakelijk, maar voldoende, is dat iemand een onderneming op een bepaald vlak heeft geleid om als feitelijke bestuurder te kunnen worden aangemerkt⁴⁷¹, dan valt niet in te zien waarom ook het dagelijkse vlak niet in aanmerking zou kunnen komen. Het gegeven dat iemand daden van dagelijks bestuur heeft gesteld is op zijn minst een relevant en in aanmerking te nemen gegeven bij de beoordeling van de vraag of hij de hoedanigheid van feitelijke bestuurder heeft. Dat is in het bijzonder zo, omdat daden van dagelijks bestuur bij *default* worden gesteld door de bestuurders *de jure*. Het is, voortgaand op de huidige stand van de rechtspraak, evenwel moeilijk om uitsluitend op basis van dit gegeven tot feitelijke bestuur te besluiten⁴⁷².

v. Geen louter incidenteel optreden

89. Zoals hierboven al werd opgemerkt, lijkt het moeilijk om iemand als feitelijke bestuurder te kwalificeren wanneer hij slechts één (positieve) daad van bestuur heeft gesteld. Men kan uit één daad zeer moeilijk afleiden of iemand een rechtspersoon effectief heeft geleid. Dit laatste is ook VANDENBOGAERDE niet ontgaan. Hij stelt dat vooraleer iemand als feitelijke bestuurder kan worden aangesproken, “*het onontbeerlijk lijkt dat er een zeker aantal bestuurshandelingen wordt gesteld*”⁴⁷³.

⁴⁷¹ Cf. J. RONSE en J. LIEVENS, “De doorbraakproblematiek” in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 160; V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-28; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 78.

⁴⁷² Zie evenwel Kh. Tongeren 30 januari 2007, *JDSC* 2009, 204 en *TBH* 2007, 916: “De heer H. werd ingevolge beslissing van de algemene vergadering d.d. 13 januari 2001 opgenomen in het directiecomité, en er werd beslist dat hij belast zou worden met (een aantal taken) van het dagelijks bestuur zodat hij minstens als feitelijke bestuurder van de NV E.C. optrad. Uit de voorgelegde feitelijkheden en stukken blijkt dat de heer H. ook effectief een aantal van die taken uitvoerde. De heer H. dient minstens als feitelijke bestuurder van E.C. te worden aanzien”. Zie ook recent A. JANSEN en D. GOL, “Responsabilités des dirigeants: actualités et questions choisies en lien avec la comptabilité” in F. GEORGE en F. GEORGES (eds.), *Varia en droit de l’insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2022, (217) 250, met verwijzing naar P. MONVILLE en A. VERHOUSTRAETEN, “La responsabilité pénale de l’homme de paille: pas de quoi en faire tout un foin?”, *TBH* 2020, (1003) 1005, nr. 8: “Le dirigeant de fait est celui qui, en toute liberté et indépendance, prend habituellement les décisions quant à l’administration et la gestion journalière de la société, sans être investi d’une telle fonction par les statuts. [...] Ces décisions doivent porter sur l’administration et/ou la gestion journalière de la société, autrement dit sur tout ce qui relève de la fonction d’administrateur” (eigen nadruk).

⁴⁷³ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 12, nr. 13.

Dit is een terechte opmerking⁴⁷⁴. Om echt over feitelijk “bestuur” te kunnen spreken, moet er een zekere continuïteit zijn in de inmenging in het bestuur en dus in het handelen van de als feitelijke bestuurder geïdende persoon⁴⁷⁵. Die continuïteit kan tot uiting komen in het feit dat een persoon een bepaalde bestuurshandeling herhaaldelijk (heeft) verricht⁴⁷⁶, of zij kan blijken uit een geheel van verschillende bestuurshandelingen. Het louter incidenteel optreden als bestuurder volstaat niet om van een niet-bestuurder een feitelijke bestuurder te maken⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ Zie ook S. CLAEYS, *Franchising: tussen zelfstandigheid en afhankelijkheid: een onevenwichtige samenwerking?*, Brugge, die Keure, 2009, 49-50, nr. 46; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 78. Zie verder impliciet: P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, “Examen de jurisprudence (1979-1990). Les sociétés commerciales. Deel 2”, *RCJB* 1993, (639) 793, nr. 130: “Il faut en outre que, **par leur répétition** ou en raison de toutes autres circonstances spécifiques à constater par le juge, ces décisions impliquent l’existence dans le chef de la personne en cause de la véritable maîtrise des affaires sociales, en fait” (eigen nadruk). Zie in dezelfde zin in Frankrijk: L. GIMALAC, “Le contrat d’intégration révélé par les actions en comblement et en extension du passif”, *RTD Com* 1999, (601) 614, nr. 20.

⁴⁷⁵ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 12, nr. 13; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 78; E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 271, nr. 445; D. GOL, “L’association face à l’insolvabilité”, *TRV-RPS* 2020, (876) 887; Zie ook T. DE KOSTER, L. WYNANT en P. SOENS, “Kapitaal en Budget – Kapitaal tijdens de werking van de vennootschap – De aansprakelijkheid van (feitelijke) bestuurders op grond van een kennelijk grove fout” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, P. en A. FRANÇOIS (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2021, losbl., (II.2-3) II.2-14g; A. JANSEN en D. GOL, “Responsabilités des dirigeants: actualités et questions choisies en lien avec la comptabilité” in F. GEORGE en F. GEORGES (eds.), *Varia en droit de l’insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2022, (217) 251, met verwijzing naar P. MONVILLE en A. VERHOUSTRAETEN, “La responsabilité pénale de l’homme de paille: pas de quoi en faire tout un foin?”, *TBH* 2020, (1003) 1005, nr. 8: “le pouvoir de décision doit s’exercer habituellement, c’est-à-dire avec une certaine continuité. L’intervention foruite ou occasionnelle d’une personne tierce dans l’administration ou la gestion quotidienne d’une société ne suffit pas à lui donner la qualification de dirigeant de fait”.

⁴⁷⁶ België: P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, “Examen de jurisprudence (1979-1990). Les sociétés commerciales. Deel 2”, *RCJB* 1993, (639) 793, nr. 130; D. GOL en C. DUVIEUSART, “La responsabilité des administrateurs: questions choisies” in V. PALM (ed.), *Le nouveau droit des sociétés en pratique – Questions choisies*, Limal, Anthemis, 2021, (235) 238; M. DAVAGLE, “La responsabilité des administrateurs de fait”, *BJS* 2022, afl. 694, 14. Zie in dezelfde zin in Frankrijk: D. TRICOT, “Les critères de la gestion de fait”, *Droit et patr.* 1996, (24) 27; J.-P. LEGROS, “Dirigent de fait” (noot onder Grenoble 2 februari 2012), *Dr. sociétés* 2013, comm. 126, nr. 1, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>.

⁴⁷⁷ België: M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 12, nr. 13; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 78; F. DE LEO, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 388. Zie in dezelfde zin in Frankrijk: G. NOTTE, “La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives”, *JCP CI* 1980, (77) 78, 8560, nr. 8; J.-J. ANSAULT, “La notion de dirigeant de fait n’a rien d’un sésame”, *Bull. Joly Sociétés* 2016, (230) 231; J. HEINICH en L. WATRIN, “Le dirigeant de fait” in *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fasc. 45-20 (6 mei 2019), nr. 10, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>; J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétair*e 2019, afl. 166, (3) 5, nr. 10; A. CHARÉVIAT, B. DONDERO, M.-É SÉBIRE en F. GILBERT, *Mémento pratique – Sociétés Commerciales* 2022, Levallois-Perret, Éditions Francis Lefebvre, 2021, 1801; O. MARAUD, *Les associés dans le droit des entreprises en difficulté*, Paris, LGDJ, 2021, 478: “la direction de fait ne suffit pas d’actes isolés et ponctuels, mais implique « sinon la répétition des mêmes actes, du moins une variété suffisantes d’actes », ce qui permet de caractériser

VANDENBOGAERDE geeft aan dat sommige rechtspraak reeds in deze zin is gevestigd. Hij verwijst naar een arrest van het Luikse hof van beroep van 17 december 1996⁴⁷⁸, waarin werd geoordeeld dat de vennoot van een BVBA die in de afwezigheid van een zaakvoerder, die zelf reeds ontslag had genomen, zelf aangifte doet van het faillissement van de BVBA, niet als feitelijke bestuurder kan worden beschouwd. Hij heeft de vennootschap immers niet effectief geleid. Dit arrest verdient bijval⁴⁷⁹.

Ook in de Franse rechtspraak wordt geoordeeld dat een incidenteel optreden als bestuurder onvoldoende is om tot feitelijk bestuur te kunnen besluiten. Onder meer de volgende elementen zouden onvoldoende zijn om echt over feitelijk “bestuur” te kunnen spreken:

- het loutere feit betrokken te zijn geweest bij de onderhandelingen over de overdracht van het handelsfonds van de vennootschap⁴⁸⁰;
- het loutere feit de aanwerving van enkele werknemers te hebben verwerkt⁴⁸¹; of
- het loutere feit over de bevoegdheid te hebben beschikt om de rekeningen van de onderneming te beheren⁴⁸².

Er zou niet uit kunnen worden afgeleid dat er sprake is geweest van een werkelijke bestuursactiviteit⁴⁸³.

90. Hoewel een zekere continuïteit in de inmenging van een als feitelijke bestuurder geïdende persoon onontbeerlijk lijkt om hem als dusdanig te kunnen aanmerken, is het niet nodig dat hij op alle vlakken zijn wil heeft opgelegd⁴⁸⁴. Een inmenging op één bestuurspunt of in één onderdeel

une véritable « activité positive de gestion et de direction »”. Zie ook Cass. (com.) fr. 14 oktober 1997, nr. 94-14.146, *RTD com.* 1998, 164, obs. C. CHAMPAUD en D. DANET: “*une immixtion régulière dans la direction ou la gestion d’une société ne saurait être établie par un ou plusieurs fait isolés*”.

⁴⁷⁸ Luik 17 december 1996, *JLMB* 1998, 583, noot C. PARMENTIER en *JDSC* 2000, 250.

⁴⁷⁹ Zie ook J.-F. GOFFIN en A. CAUWENBERGH, “La responsabilité des dirigeants liée à une poursuite d’activité déficitaire avant et pendant une réorganisation judiciaire” in A. ZENNER (ed.), *Le droit de l’insolvabilité: Analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, (645) 675, nr. 41; A. ZENNER, *Traité du droit de l’insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, 1473.

⁴⁸⁰ Cass. (com.) fr. 27 februari 2007, nr. 05-22.036, *JurisData* nr. 2007-037856, *Dr. sociétés* 2007, comm. 95, obs. J.-P. LEGROS.

⁴⁸¹ Cass. (crim.) fr. 19 november 2013, nr. 12-85.378, *JurisData* nr. 2013-026186.

⁴⁸² Cass. (com.) fr. 9 juli 2002, nr. 99-11.579, onuitg.; Cass. (com.) fr. 1 december 2015, nr. 14-20.116, *Gaz. Pal.* 2016, nr. 256, 72, obs. J.-M. MOULIN; Cass. (com.) fr. 8 maart 2017, nr. 15-17.936, onuitg. Het weze opgemerkt dat het feit dat iemand niet over de bevoegdheid beschikt om de rekeningen van een onderneming te beheren, soms wordt gezien als een teken dat er geen sprake is van feitelijk bestuur (zie in die zin T. com. Paris 12 december 2016, nr. 2015001792, *JurisData* nr. 2016-030098; zie ook J.-L. RIVES-LANGE, “La notion de dirigeant de fait au sens de l’article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens”, *Recueil Dalloz Sirey* 1975, 8^e cahier, 43, nr. 14).

⁴⁸³ Zie ook J. HEINICH en L. WATRIN, “Le dirigeant de fait” in *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fasc. 45-20 (6 mei 2019), nr. 10, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>; J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2019, afl. 166, (3) 5, nr. 10.

⁴⁸⁴ P. COLLE, “Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond artikel 63ter Venn.W.”, *TBH* 1985, (163) 167-168; J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 201.

van het bestuur (bv. het financiële aspect ervan⁴⁸⁵) wordt reeds voldoende geacht⁴⁸⁶.

TIMP stelt, onder verwijzing naar een noot van de Franse rechtsgeleerde RANDOUX⁴⁸⁷, terecht dat “*hoewel een totale overname van bestuursbevoegdheid meer tot de verbeelding spreekt, een taakverdeling tussen de wettelijke bestuurder en iemand anders voldoende is om tot feitelijke bestuur te besluiten*”⁴⁸⁸. De feitelijke bestuurder hoeft geenszins de leiding te hebben op alle bestuursvlakken⁴⁸⁹.

III. DE DERDE VOORWAARDE: EEN POSITIEVE DAAD VAN BESTUUR GESTELD IN ALLE ONAFHANKELIJKHEID EN SOEVEREINITEIT

A. Algemeen

91. De vaststelling dat een persoon positieve daden van bestuur heeft gesteld, is op zich niet voldoende om hem als “feitelijke bestuurder” te kunnen aanmerken. Als derde voorwaarde inzake feitelijk bestuur geldt dat hij die daden ook in alle onafhankelijkheid en soevereiniteit moet hebben gesteld⁴⁹⁰. Hij mag niet in een ondergeschikt verband hebben gehandeld, noch in opdracht van de

⁴⁸⁵ Zie in Frankrijk: J. STOUFFLET, noot onder Nancy 15 december 1977, *JCP* 1978, II, nr. 18912.

⁴⁸⁶ P. COLLE, “Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond artikel 63ter Venn.W.”, *TBH* 1985, (163) 168; J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 201; V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-28; Zie ook T. DE KOSTER, L. WYNANT en P. SOENS, “Kapitaal en Budget – Kapitaal tijdens de werking van de vennootschap – De aansprakelijkheid van (feitelijke) bestuurders op grond van een kennelijk grove fout” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, P. en A. FRANÇOIS (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2021, losbl., (II.2-3) II.2-14g.

⁴⁸⁷ C. RANDOUX, noot onder Cass. (com.) fr. 25 oktober 1977, *RJS* 1978, 294.

⁴⁸⁸ J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 201. Zie ook M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 12-13, nr. 15.

⁴⁸⁹ Zie in dezelfde zin in Frankrijk: D. TRICOT, “Les critères de la gestion de fait”, *Droit et patr.* 1996, (24) 24: “*La direction de fait peut être totale ou seulement partielle, c’est-à-dire partagée avec un ou des dirigeants de droit ou exercée, en fait, à plusieurs*”.

⁴⁹⁰ België: J.-L. JASPAR en A. DE SMETH, “La notion de gérant de fait”, *JT* 1984, (645) 645; P. COLLE, “Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond artikel 63ter Venn.W.”, *TBH* 1985, (163) 167; Y. MERCHIERS, “Aansprakelijkheid van bestuurders in N.V. en B.V.B.A.”, *TPR* 1986, (405) 419-420; C. PARMENTIER, “La responsabilité des dirigeants d’entreprises en cas de faillite”, *TBH* 1986, (741) 771; J. RONSE en J. LIEVENS, “De doorbraakproblematiek” in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 160; J. LIEVENS, “Artikel 63ter en de aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder” (noot onder Brussel 14 september 1988), *TRV* 1989, (55) 55; J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 201-202; V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-28 – II.1.28a; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van*

rechtspersoon⁴⁹¹.

TIMP vat op een erg treffende wijze samen welke redenering achter deze derde voorwaarde schuil gaat. Hij stelt: “*Wie daden van bestuur stelt op dezelfde wijze als een bestuurder dat zou doen, is een feitelijk bestuurder. Essentieel aan een bestuurder is dat hij onafhankelijk van enig orgaan of gezag kan optreden. Het feitelijk bestuur veronderstelt dus een gelijkaardige onafhankelijkheid. Om een culpose fout te kunnen maken moet men vrij zijn anders te handelen.*”⁴⁹².

92. Dit betekent concreet dat, om te beoordelen of iemand een feitelijke bestuurder is, men ook zal moeten nagaan of hij heeft gehandeld in uitvoering van een arbeidsovereenkomst, of op grond van een volmacht⁴⁹³. Wie handelt in uitvoering van een arbeidsovereenkomst, eigent zichzelf geen

vennootschapsbestuurders, Antwerpen, Intersentia, 2009, 12, nrs. 14 en 15; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 78; M. COIPEL, M. DAVAGLE en V. SEPULCHRE, *ASBL in Rép.Not.*, Brussel, Larcier, 2017, 699; S. DE GEYTER, “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, (888) 889. Frankrijk: J.-L. RIVES-LANGE, “La notion de dirigeant de fait au sens de l’article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens”, *Recueil Dalloz Sirey* 1975, 8^e cahier, 44; N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, “La responsabilité du dirigeant de fait”, *Rev. Sociétés* 1997, (499) 504; A. JACQUEMONT, R. VABRES en T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté (10^e édition)*, Paris, LexisNexis, 2017, 624; J. HEINICH en L. WATRIN, “Le dirigeant de fait” in *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fasc. 45-20 (6 mei 2019), nr. 12-13, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>.

⁴⁹¹ J. RONSE, K. VAN HULLE, J.-M. NELISSEN en B. VAN BRUYSTEGEM, “Overzicht van rechtspraak (1968-1977). Vennootschappen”, *TPR* 1978, (681) 827, nr. 208; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 12, nr. 14; P. SOENS, L. WYNANT en T. DE KOSTER, “Kapitaal en Budget – Kapitaal tijdens de werking van de vennootschap – De aansprakelijkheid van (feitelijke) bestuurders op grond van een kennelijk grove fout” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2016, losbl., (II.2-3) II.2-13; E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 271, nr. 445.

⁴⁹² J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 201. TIMP baseerde zich duidelijk op RIVES-LANGE die in zijn bijdrage stelde: “*La faute est certes présumée; il faut, cependant, que les conditions pour qu’elle puisse être commise, soient remplies; or, tout faute suppose chez son auteur la liberté de faire ou de ne pas faire: la responsabilité suppose nécessairement le pouvoir – souverain – de décision*” (zie J.-L. RIVES-LANGE, “La notion de dirigeant de fait au sens de l’article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens”, *Recueil Dalloz Sirey* 1975, 8^e cahier, 44, nr. 17).

⁴⁹³ J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 201; V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1.28a; M. COIPEL, M. DAVAGLE en V. SEPULCHRE, *ASBL in Rép.Not.*, Brussel, Larcier, 2017, 700; S. DE GEYTER, “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, (888) 889. Zie in dezelfde zin in Frankrijk: J. HEINICH en L. WATRIN, “Le dirigeant de fait” in *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fasc. 45-20 (6 mei 2019), nr. 12, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>, met verwijzing naar Cass. (com.) fr. 13 februari 2007, nr. 05-20.126, *JurisData* nr. 2007-037491, *Bull. civ. IV* 2007, nr. 41, *Bull. Joly Sociétés* 2007, nr. 6, 697, noot A. LECOURT, *Dr. sociétés* 2007, comm. 95, obs. J.-P. LEGROS, *Rev. sociétés* 2007, 630, noot B. SAINTOURENS.

bestuursbevoegdheid toe, maar voert, onder gezag, leiding en toezicht van het bestuursorgaan⁴⁹⁴ instructies en eerder genomen beslissingen uit⁴⁹⁵. Die uitvoeringshandelingen kunnen, zelfs indien ze *an sich* als positieve daden van bestuur kunnen worden gekwalificeerd, geen aanleiding geven tot feitelijk bestuur⁴⁹⁶.

Een mooie illustratie van het feit dat handelingen gesteld onder het gezag van het bestuursorgaan niet leiden tot feitelijk bestuur, kan worden gevonden in een arrest van het Luikse hof van beroep van 13 februari 2007⁴⁹⁷. De feiten kunnen als volgt worden samengevat. De heer H. was als werknemer in dienst van de CVBA H. De CVBA H. werd na verschillende malversaties failliet verklaard. De curator die over het faillissement werd aangesteld, leidde een aansprakelijkheidsprocedure in voor de rechtbank van koophandel van Luik op basis van het oude artikel 409, lid 2 W.Venn. (vandaag artikel XX.225 WER – de faillissementsaansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout). Tijdens die procedure werd de heer H. hoofdelijk veroordeeld tot de schulden van de CVBA, in de hoedanigheid van feitelijke bestuurder. Dat gebeurde op basis van een verklaring die was afgelegd tijdens een strafonderzoek. De heer H. ging tegen deze veroordeling in beroep, en voerde aan dat hij geen feitelijke bestuurder van de CVBA was geweest. Het hof trad hem in zijn redenering bij. Het stelde vast dat hij de kwetsieve verklaring had betwist en dat de heer C., één van de bestuurders van de vennootschap, in het kader van de strafonderzoek als getuige en onder ede genuanceerde verklaringen had afgelegd over zijn rol. C. had weliswaar erkend dat H. een volmacht had op de bankrekeningen en de meeste taken voor zijn rekening nam, maar hij had tevens benadrukt dat ze elkaar regelmatig zagen om het bedrijf te bespreken en dat H. onder zijn bevelen werkte zolang hij zijn werknemer was. Volgens het hof was niet bewezen dat H. buiten een ondergeschikt verband was opgetreden, zodat niet tot feitelijk bestuur kon worden besloten.

Verklaringen die werden afgelegd in het kader van een strafonderzoek blijken in de praktijk erg belangrijk om het bestaan of de afwezigheid van een ondergeschikt verband te bewijzen. Zo getuige ook een arrest van

⁴⁹⁴ P. COLLE, “Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond artikel 63ter Venn.W.”, *TBH* 1985, (163) 167; Y. MERCHIERS, “Aansprakelijkheid van bestuurders in N.V. en B.V.B.A.”, *TPR* 1986, (405) 420; J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 201.

⁴⁹⁵ P. COLLE, “Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond artikel 63ter Venn.W.”, *TBH* 1985, (163) 167; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 12, nr. 14.

⁴⁹⁶ P. COLLE, “Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond artikel 63ter Venn.W.”, *TBH* 1985, (163) 167; J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 201; S. DE GEYTER, “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, (888) 889. Zie in dezelfde zin in Frankrijk: J. HEINICH en L. WATRIN, “Le dirigeant de fait” in *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fasc. 45-20 (6 mei 2019), nr. 13, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>, met verwijzing naar Aix-en-Provence 20 mei 2018, nr. 2008/322, *JurisData* nr. 2008-366986.

⁴⁹⁷ Luik 13 februari 2007, *RRD* 2007, 145.

het hof van beroep van Antwerpen van 10 september 2004⁴⁹⁸. De relevante feiten kunnen als volgt worden samengevat. De curatoren die over het faillissement van een BVBA waren aangesteld hadden op basis van het oude artikel 133bis Venn.W. (thans artikel XX.225 WER) een aansprakelijkheidsvordering ingeleid tegen de enige zaakvoerster van de BVBA en tegen de heer C., als feitelijke zaakvoerder. De curatoren hadden hun vordering tegen de heer C. gebaseerd op verklaringen die hij had afgelegd tijdens een strafonderzoek. Uit die verklaringen bleek dat hij, zonder in een ondergeschikt verband te hebben gestaan, niet alleen betrokken was geweest bij de dagelijkse bedrijfsvoering van de onderneming, maar ook dat hij mee de beslissingen had genomen in verband met het beleid van de vennootschap. Zijn werkelijke functie bleek niet alleen uit zijn activiteiten voor de vennootschap, maar ook uit het feit dat hij zich formeel als zaakvoerder had voorgesteld (onder meer in een verzoekschrift tot aanstelling van een bewindvoerder waarin hij zich de hoedanigheid van zaakvoerder had aangemeten). Het hof volgde het pleidooi van de curatoren en oordeelde dat C. inderdaad een feitelijke zaakvoerder van de failliete BVBA was geweest.

B. Geen feitelijke bestuur bij het bestaan van een arbeidsovereenkomst?

93. Wil het voorgaande zeggen dat wie door een arbeidsovereenkomst met een rechtspersoon is verbonden, geen feitelijke bestuurder kan zijn? Zeker niet, het is perfect mogelijk dat iemand die formeel door een “arbeidsovereenkomst” is verbonden, in realiteit niet of niet meer aan enig gezag onderworpen is⁴⁹⁹. Laat die persoon zich in met het bestuur van de rechtspersoon en stelt hij positieve daden van bestuur waarover hij onafhankelijk kan beslissen, dan kan hij wel degelijk de hoedanigheid hebben van feitelijke bestuurder⁵⁰⁰.

Een mooie illustratie hiervan kan worden gevonden in een arrest van Franse Hof van Cassatie van 17 oktober 2001. Het Hof oordeelde dat de rechters van het hof van beroep van Parijs, die waren gevraagd zich uit te spreken over het fictieve karakter van een arbeidsovereenkomst tussen een filiaalmanager (de heer Y.) en een NV, hun beslissing naar recht hadden verantwoord. Zij konden, aldus het Hof, uit de volgende gegevens

⁴⁹⁸ Antwerpen 10 september 2004, *Limb.Rechtsl.* 2005, 41, noot B. WINDEY.

⁴⁹⁹ J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 201; V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1.28a; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 12, nr. 14. Cf. L. DEAR, “Le statut social du dirigeant d’entreprise”, *JTT* 2013, (373) 379, nr. 19 en de verschillende verwijzingen aldaar. Zie in dezelfde zin in Frankrijk: Cass. (1re civ.) fr. 11 oktober 2012, nr. 11-17.944, *Bull. civ. IV* 2012, nr. 116, 101; Cass. (soc.) fr. 23 juni 2015, nr. 14-10.541, onuitg.

⁵⁰⁰ V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1.28a; S. DE GEYTER, “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, (888) 889.

afleiden dat de filiaalmanager in werkelijkheid geen bediende, maar een feitelijke bestuurder was: (i) hij had een volmacht op de rekening van de NV, (ii) hij had herhaaldelijk bedragen van meer dan 200.000 FRF van de rekening afgehaald, zogenaamd uit hoofde van representatie- en reiskosten, maar hij kon daarvoor geen bewijsstukken voorleggen, (iii) hij werd in een “*protocole d'accord*” met betrekking tot de overname van de NV door een andere vennootschap gekwalificeerd als algemeen directeur, (iv) hij had een leidinggevende functie uitgeoefend ten aanzien van het personeel van de winkel en (v) zijn bezoldiging kwam niet overeen met die van een werknemer van een grote detailhandelaar⁵⁰¹.

Een andere illustratie kan worden gevonden in een arrest van het Franse Hof van Cassatie van 8 januari 2020. Het Hof oordeelde dat de rechters van het hof van beroep van Caen, die hadden geoordeeld dat een loontrekkende directrice van een vereniging met rechtspersoonlijkheid die verantwoordelijk was voor de HR en het financieel beheer van de vereniging (mevrouw A.) kon worden aangemerkt als een feitelijke bestuurder, hun beslissing naar recht hadden verantwoord. Zij konden, aldus het Hof, uit de volgende gegevens geldig afleiden dat mevrouw A. de hoedanigheid van feitelijke bestuurder had: (i) zij had een zeer ruim mandaat gekregen van de bestuurder *de jure* om al zijn bevoegdheden uit te oefenen (dat mandaat omvatte o.m. de bevoegdheid om hem in alle aangelegenheden m.b.t. de vereniging te vertegenwoordigen, alle stukken en documenten in zijn naam te ondertekenen en alle handelingen te verrichten die nodig waren voor de goede werking en het beheer van de vereniging, in het bijzonder wat betreft bank-, krediet- en belastingzaken) en (ii) zij was degene die steeds aanwezig was om de zaken van de vereniging te regelen (de bestuurder *de jure* bekommerde zich niet om de vereniging en was afwezig)⁵⁰².

Men moet dus niet alleen nagaan of iemand door een arbeidsovereenkomst met de rechtspersoon is verbonden, maar ook of hij effectief in een ondergeschikt verband is opgetreden. Zulk verband kan namelijk geveinsd zijn⁵⁰³. Wat van belang is, is dat het betuursorgaan niet enkel de theoretische mogelijkheid heeft om gezag ten aanzien van de betrokken persoon uit te oefenen. Het moet ook de werkelijke mogelijkheid daartoe hebben⁵⁰⁴. TIMP wijst erop dat een persoon die een dusdanig

⁵⁰¹ Cass. (soc.) fr. 17 oktober 2001, nr. 99-43.007, onuitg.

⁵⁰² Cass. (com.) fr. 8 januari 2020, nr. 18-20.270, *JurisData* nr. 2020-000146 en *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* 2020, nr. 27, 1262, noot G. JAZOTTES.

⁵⁰³ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 12, nr. 14. Zie in dezelfde zin in Frankrijk: J. HEINICH, “Les dirigeants de fait: du neuf dans de l’ancien”, *RJCom.* 2018, afl. 5, (1) 3, met verwijzing naar Cass. (soc.) fr. 27 september 2017, nr. 16-17.619, *JurisData* nr. 2017-018718; Nîmes 16 oktober 1992, *JurisData* nr. 1992-030384; Grenoble 2 februari 2012, nr. 10/05110, *JurisData* nr. 2012-001440, *Dr. sociétés* 2013, comm. 126, noot J.-P. LEGROS, *Rev. proc. coll.* 2013, nr. 3, obs. A. MARTIN-SERF; J.-P. LEGROS, “Dirigent de fait” (noot onder Grenoble 2 februari 2012), *Dr. sociétés* 2013, comm. 126, nr. 3, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>.

⁵⁰⁴ ENGELS en VAN DEN LANGENBERGH wijzen erop dat het gezag over de werknemer op elk ogenblik effectief moet kunnen worden (*i.e.* de gezagsuitoefening moet *de facto* mogelijk zijn). Het is niet nodig dat het gezag ook in de praktijk wordt uitgeoefend. Zie C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge,

dominante positie inneemt in de rechtspersoon dat gezag door de organen van de rechtspersoon *de facto* onmogelijk is, niet in een ondergeschikt verband handelt⁵⁰⁵. Het bestuursorgaan heeft dan wel de strikt juridische mogelijkheid om gezag uit te oefenen, maar niet de effectieve mogelijkheid. De aanwezigheid van een dominante positie zou onder meer uit de volgende gegevens kunnen worden afgeleid: (i) de familiale of feitelijke relaties tussen de betrokken persoon en de bestuurders⁵⁰⁶ en (ii) het bezit van een aandelenpakket⁵⁰⁷, in het bijzonder de meerderheid van de aandelen⁵⁰⁸.

die Keure, 1989, 107; K. VAN DEN LANGENBERGH, *Schijnzelfstandigen of oneigenlijke werknemers. Het moeilijke onderscheid tussen zelfstandige arbeid en arbeid in ondergeschikt verband*, Brussel, Federaal Ministerie voor Tewerkstelling en Arbeid, 2000, 71. Zie ook V. VANNES, “Le lien de subordination sous le regard de l’autorité démembrée” in ORDRE DES AVOCATS DU BARREAU DE TOURNAI (ed.), *Le lien de subordination: actes du colloque organisé le 19 mars 2004 par l’Ordre des avocats du barreau de Tournai et le Jeune barreau de Tournai*, Brussel, Kluwer, 2004, (39) 52; L. DEAR, “Le statut social du dirigeant d’entreprise”, *JTT* 2013, (373) 377, nr. 15; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notities. 2018-2019*, Mechelen, Kluwer, 2018, 678. Zie verder ook Cass. 15 februari 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 772, *Bull.* 1982, 741, *Pas.* 1982, I, 741 en *RW* 1982-83, 2210; Cass. 23 juni 1997, *Arr.Cass.* 1997, 694, *Bull.* 1997, 731, *JTT* 1997, 335, noot en *Pas.* 1997, I, 731; Cass. 4 februari 2013, *Arr.Cass.* 2013, 336, *JTT* 2013, 201, *Pas.* 2013, 312 en *Soc.Kron.* 2013, 436 en Cass. 2 februari 2015, *JTT* 2015, 214.

⁵⁰⁵ J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 201-202.

⁵⁰⁶ C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1989, 110. Zie ook J. CLESSE en M. JAMOULLE, “Examen de jurisprudence (1978-1981). Contrat de travail”, *RCJB* 1983, (563) 572, nr. 7; J. RONSE, J.-M. NELISSEN GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS en H. LAGA, “Overzicht van rechtspraak (1978-1985). Vennootschappen. Deel 1”, *TPR* 1986, (859) 999, nr. 162; J. CLESSE, “Le statut social du dirigeant d’entreprise” in UNIVERSITE DE LIEGE. FACULTE DE DROIT. COMMISSION DROIT ET VIE DES AFFAIRES (ed.), *Dirigeant d’entreprise: un statut complexe aux multiples visages: séminaire organisé à Liège, jeudi 6 mai 1999*, Brussel, Bruylant, 2000, (155) 167; L. DEAR, “Le statut social du dirigeant d’entreprise”, *JTT* 2013, (373) 378, nr. 18. Zie voor enkele relevante voorbeelden uit de rechtspraak verder ook: Cass. 11 januari 1978, *Arr.Cass.* 1978, 558 en *Pas.* 1978, 527; Arbh. Luik 4 maart 1982, *JTT* 1983, 9; Arbh. Bergen 27 februari 1984, *JTT* 1984, 389, noot; Arbh. Luik 26 november 1987, *JTT* 1988, 189; Arbrb. Brussel 11 juni 1991, *RSR* 1991, 465 en Arbrb. Luik 15 april 1991, *TSR* 1991, 371, noot.

⁵⁰⁷ Zie J. CLESSE en M. JAMOULLE, “Examen de jurisprudence (1978-1981). Contrat de travail”, *RCJB* 1983, (563) 572, nr. 7; J. RONSE, K. VAN HULLE, J.-M. NELISSEN en B. VAN BRUYSTEGEM, “Overzicht van rechtspraak (1968-1977). Vennootschappen”, *TPR* 1978, 805-806, nr. 172; C.-E. CLESSE, “Aux frontières de la fausse indépendance”, *Ors.* 2009, afl. 2, (1) 8; L. DEAR, “Le statut social du dirigeant d’entreprise”, *JTT* 2013, (373) 378, nr. 18. Zie voor enkele relevante voorbeelden uit de rechtspraak verder ook: Cass. 24 december 1964, *Pas.* 1965, I, 418 en *TSR* 1965, 329; Cass. 11 januari 1978, *Arr.Cass.* 1978, 558 en *Pas.* 1978, 527; Arbh. Antwerpen 17 mei 1983, *Limb.Rechtsl.* 1984, 106; Arbh. Luik 26 november 1987, *JTT* 1988, 189; Arbh. Brussel 21 juni 1988, *JTT* 1989, 302; Arbrb. Luik 15 april 1991, *TSR* 1991, 371, noot en Brussel 19 april 2007, *JTT* 2007, 243.

⁵⁰⁸ J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 202; K. VAN DEN LANGENBERGH, *Schijnzelfstandigen of oneigenlijke werknemers. Het moeilijke onderscheid tussen zelfstandige arbeid en arbeid in ondergeschikt verband*, Brussel, Federaal Ministerie voor Tewerkstelling en Arbeid, 2000, 72; L. DEAR, “Le statut social du dirigeant d’entreprise”, *JTT* 2013, (373) 378, nr. 18; Zie ook T. DE KOSTER, L. WYNANT en P. SOENS, “Kapitaal en Budget – Kapitaal tijdens de werking van de vennootschap – De aansprakelijkheid van (feitelijke) bestuurders op grond van een kennelijk grove fout” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, P. en A. FRANÇOIS (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer,

Deze gegevens zijn afkomstig uit rechtsleer en rechtspraak die werd geschreven, respectievelijk geveld in de context van arbeidsgeschillen die zich hebben voorgedaan in vennootschappen⁵⁰⁹ (in het bijzonder deze die betrekking hebben op de cumul van een bestuursmandaat en een arbeidsovereenkomst). TIMP stelt daarover in zijn bijdrage het volgende: “*In verband met de geldigheid van de argumenten uit arbeidsrechtspraak voor het vennootschapsrecht vermelden we de principiële eenheid van het recht en de constatacie dat het arbeidsrecht snel besluit tot een arbeidsovereenkomst, terwijl de vennootschapsrechtspraak het feitelijk bestuur restrictief interpreteert, zodat de argumenten compatibel zijn*”⁵¹⁰. Anders gezegd, om het bestaan of niet-bestaan van feitelijk bestuur te kunnen beoordelen moet soms een arbeidsrechtelijke beoordeling worden gemaakt. De resultaten van die beoordeling kunnen worden aangewend bij de vennootschapsrechtelijke toets inzake feitelijk bestuur.

GOLDSCHMIDT merkt op dat het typevoorbeeld van personen met een dominante positie (in een vennootschapsgroep) de controlerende aandeelhouders zijn⁵¹¹. Zij wijst erop dat zij omwille van hun positie vaak een grote feitelijke instructiemacht hebben⁵¹². Die instructiemacht vloeit onder meer voort uit het feit dat zij in de schoot van de algemene vergadering de leden van het bestuursorgaan kunnen benoemen en afzetten⁵¹³. GOLDSCHMIDT geeft zeer terecht aan dat het loutere feit dat de controlerende aandeelhouders van hun feitelijke instructiemacht gebruikmaken niet tot gevolg heeft dat zij feitelijke bestuurders worden. Zij benadrukt dat feitelijke instructiemacht in het Belgische recht tot op een bepaald niveau legitiem wordt geacht. Dit zou onder andere blijken uit artikel 7:97, §6 WVV, dat de verplichting bevat om wezenlijke beperkingen of lasten die door een controlerende aandeelhouder aan een beursgenoteerde NV werden opgelegd bekend te maken in het jaarverslag⁵¹⁴. Het is pas wanneer een controlerende aandeelhouder echt het bestuur van de vennootschap naar zich toe trekt en zelf daden van bestuur

2021, losbl., (II.2-3) II.2-14i-II.2-14j.

⁵⁰⁹ Zij kunnen niet zomaar worden doorgetrokken naar andere rechtspersonen (zoals verenigingen en stichtingen). De machtsverhoudingen binnen een VZW kennen bijvoorbeeld geen link met het bezit van aandelen.

⁵¹⁰ J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 200.

⁵¹¹ Zie E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 267, nr. 439. Ook CARRON wijst erop dat de vereiste onafhankelijkheid om tot feitelijk bestuur te kunnen besluiten “*doorgaans enkel wordt aangetroffen bij meerderheidsaandeelhouders*” (zie V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1.28a).

⁵¹² Zie ook S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2015, 615.

⁵¹³ E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 267, nr. 439.

⁵¹⁴ E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 267, nr. 439.

stelt dat hij als feitelijke bestuurder kan worden aangemerkt⁵¹⁵.

Ook RIVES-LANGE wees er in zijn bijdrage al op dat een meerderheidsaandeelhouder het typevoorbeeld is van een persoon die de nodige soevereiniteit heeft om aan de derde voorwaarde inzake feitelijk bestuur te voldoen. Hij stelde: “*En fait, cette souveraineté nécessaire se rencontre chez les actionnaires ou associés majoritaires. On peut la trouver aussi chez des tiers étrangers à l’entreprise, qui se trouvent dans une situation d’autorité à l’égard des organes de la société...*”⁵¹⁶.

94. Het feit dat een persoon die formeel door een arbeidsovereenkomst met de rechtspersoon is verbonden geen dominante positie heeft, betekent niet dat hij automatisch in een ondergeschikt verband staat tegenover de organen van de rechtspersoon⁵¹⁷. Hij kan, ook bij de afwezigheid van een dominante positie, *de facto* volledig vrij zijn om te bepalen waar, hoe en wanneer hij werkt. Het is mogelijk dat hij aan niemand verantwoording hoeft af te leggen voor zijn handelen en dat zijn handelen *de facto* niet wordt (of kan worden) gecontroleerd. De rechter kan op basis van die elementen evenzeer besluiten dat er geen gezagsband bestaat⁵¹⁸ (en dat de betrokken persoon in alle onafhankelijkheid en soevereiniteit heeft kunnen handelen).

C. Geen feitelijk bestuur bij het bestaan van een volmacht?

95. Zoals hierboven al werd aangestipt, is het bij een toets aan de derde voorwaarde inzake feitelijk bestuur niet enkel van belang om te verifiëren of iemand door een arbeidsovereenkomst met de rechtspersoon is verbonden, maar ook of hij houder is van een volmacht⁵¹⁹. Wie handelt in

⁵¹⁵ Cf. B. VAN BRUYSTEGEM, “De vennootschap van de multinationale onderneming, RW 1979-80, (2277) 2283-2284. Zie in dezelfde zin in Frankrijk: J. HEINICH en L. WATRIN, “Le dirigeant de fait” in *JurisClasseur Sociétés Traités*, Fasc. 45-20 (6 mei 2019), nr. 20, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>. Zie ook verder randnr. 164.

⁵¹⁶ J.-L. RIVES-LANGE, “La notion de dirigeant de fait au sens de l’article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens”, *Recueil Dalloz Sirey* 1975, 8^e cahier, 44, nr. 18.

⁵¹⁷ J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 202.

⁵¹⁸ Cf. artikel 333 Arbeidsrelatiewet. Zie verder W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notities. 2018-2019*, Mechelen, Kluwer, 2018, 690-691 en de verwijzgingen aldaar. Cf. Kh. Tongeren 30 januari 2007, *JDSC* 2009, 204 en *TBH* 2007, 916. Zie ook in Frankrijk: G. JAZOTTES, “Interdiction faite au directeur salarié d’une association de se porter acquéreur de ses biens en raison de sa qualité de dirigeant de fait” (noot onder Cass. (com.) fr. 8 januari 2020), *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* 2020, nr. 27, 1262 e.v., elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>.

⁵¹⁹ S. DE GEYTER, “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal!” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, (888) 889. Zie in dezelfde zin in Frankrijk: J. HEINICH en L. WATRIN, “Le dirigeant de fait” in *JurisClasseur Sociétés Traités*, Fasc. 45-20 (6 mei 2019), nr. 12, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>.

het kader van een volmacht die hem door het bestuursorgaan werd verleend⁵²⁰, handelt namelijk niet in alle onafhankelijkheid maar in opdracht van de rechtspersoon⁵²¹.

Een mooie illustratie van dit principe kan worden teruggevonden in een arrest van het hof van beroep van Parijs van 28 oktober 2014⁵²². De relevante feiten kunnen als volgt worden samengevat. Een persoon die in loondienst was aangesteld als directeur had diverse contracten afgesloten in naam van een vennootschap. De vraag rees of hij daardoor de hoedanigheid van “*dirigeant de fait*” had gekregen. Het hof oordeelde van niet, omdat hij kon aantonen dat hij voor die handelingen de goedkeuring had gekregen van de bestuurder *de jure*. Hij handelde dus niet in onafhankelijkheid, maar in het kader van een mandaat.

96. Volmachten zijn in de praktijk erg belangrijk⁵²³. Ze worden gebruikt om allerhande zaken praktisch te regelen, zodat het bestuursorgaan niet voor elke handeling of beslissing bij elkaar hoeft te komen. Het bestuursorgaan (van een onderneming met volkomen rechtspersoonlijkheid) kan de meeste van zijn bevoegdheden via volmachten delegeren. Er gelden wel een aantal beperkingen:

- Bevoegdheden die in de wet exclusief aan het bestuursorgaan zijn toegewezen, kunnen niet worden gedelegeerd⁵²⁴;
- Er wordt algemeen aangenomen dat het bestuursorgaan enkel bijzondere mandaten kan verlenen voor een specifieke taak of een reeks welomschreven taken van dezelfde aard,

⁵²⁰ De lastgeving moet namens de rechtspersoon worden toegekend door een orgaan van de rechtspersoon. Het orgaan dat bevoegd is om de volmacht te verlenen is het orgaan dat de bevoegdheid heeft om de rechtshandelingen die er het voorwerp van uitmaken, zelf te stellen. Zie o.m. J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 444; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, Diegem, Kluwer, 1996, 741; S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid: bestuurdersaansprakelijkheid, corporate governance en risicomangement*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 238; E. LEROUX, “Delegatie van bevoegdheden door de raad van bestuur in de naamloze vennootschap” in S. DE GEYTER, I. DE POORTER en E. LEROUX (eds.), *Delegatie en taakverdeling in de NV*, Brussel, Larcier, 2016, (3) 99.

⁵²¹ C. PARMENTIER, “La responsabilité des dirigeants d’entreprises en cas de faillite”, *TBH* 1986, (741) 771; Y. MERCHIERS, “Aansprakelijkheid van bestuurders in N.V. en B.V.B.A.”, *TPR* 1986, (405) 420; S. DE GEYTER, “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, (888) 889.

⁵²² Paris 28 oktober 2014, nr. 13-22472, *RJDA* 2/15 nr. 97.

⁵²³ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, Diegem, Kluwer, 1996, 740; P. WERY, *Droit des contrats: Le mandat*, Brussel, Larcier, 2000, 122.

⁵²⁴ Zie o.m. P. VAN OMMESLAGHE en L. SIMONT, “La notion de l’organe statutaire et la répartition des pouvoirs par le conseil d’administration des sociétés anonymes” (noot onder Cass. 17 mei 1962), *RCJB* 1964, (74) 90, nr. 16; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, Diegem, Kluwer, 1996, 741; K. GEENS en M. WYCKAERT, *Verenigingen en vennootschappen – Deel II. De Vennootschap – A. Algemeen Deel in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 460; E. LEROUX, “Delegatie van bevoegdheden door de raad van bestuur in de naamloze vennootschap” in S. DE GEYTER, I. DE POORTER en E. LEROUX (eds.), *Delegatie en taakverdeling in de NV*, Brussel, Larcier, 2016, (3) 102, nr. 236.

en geen algemeen mandaat⁵²⁵ (behalve in de gevallen toegelaten in het WVV (bv. het dagelijks bestuur)⁵²⁶). Het algemeen beleid van een onderneming kan dus niet worden gedelegeerd⁵²⁷.

- De statuten van de rechtspersoon kunnen de delegatie van (bepaalde) bevoegdheden (aan bepaalde personen) verbieden⁵²⁸.

97. Het feit dat een persoon houder is van een volmacht vanwege een rechtspersoon, betekent niet dat hij geen feitelijke bestuurder kan zijn. Het is altijd mogelijk dat hij zijn mandaat te buiten gaat en dat hij zich (op een verregaande wijze) met het bestuur van de rechtspersoon inlaat⁵²⁹. Het is ook mogelijk dat het bestuursorgaan hem in strijd met voormeld verbod van algemene delegatie veel te ruime bevoegdheden heeft toegekend. Hij treedt in dergelijk geval weliswaar op op grond van een volmacht, maar die volmacht kan worden gesanctioneerd met een absolute nietigheid⁵³⁰, waardoor ze geacht zal worden nooit te hebben bestaan⁵³¹.

⁵²⁵ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, Diegem, Kluwer, 1996, 741-742; B. TILLEMANN, *Lastgeving in APR*, Gent, E.Story-Scientia, 1997, 372; P. WÉRY, *Droit des contrats: Le mandat*, Brussel, Larcier, 2000, 122; S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2015, 254, nr. 300; P. WÉRY, *Le mandat in Rép.Not.*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 132, nr. 63. Zie ook H. LAGA, “De vertegenwoordiging van een vennootschap bij de uitoefening van een bestuurdersmandaat”, *TRV* 1993, (313) 315.

⁵²⁶ Zoals COOLS terecht aangeeft gaat het in die gevallen niet meer om een zuiver contractuele lastgeving, maar om een delegatie aan een door de wet zelf op facultatieve wijze ingesteld orgaan (bv. het orgaan van dagelijks bestuur). Zie S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2015, 254, nr. 300.

⁵²⁷ Zie A. BENOIT-MOURY en P. PELTZER, “Représentation de la société anonyme depuis la première directive européenne de coordination du droit des sociétés”, *RPS* 1977, (57), 95, nr. 42; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, Diegem, Kluwer, 1996, 741-742. Cf. E. LEROUX, “Delegatie van bevoegdheden door de raad van bestuur in de naamloze vennootschap” in S. DE GEYTER, I. DE POORTER en E. LEROUX (eds.), *Delegatie en taakverdeling in de NV*, Brussel, Larcier, 2016, (3) 78.

⁵²⁸ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, Diegem, Kluwer, 1996, 742; E. LEROUX, “Delegatie van bevoegdheden door de raad van bestuur in de naamloze vennootschap” in S. DE GEYTER, I. DE POORTER en E. LEROUX (eds.), *Delegatie en taakverdeling in de NV*, Brussel, Larcier, 2016, (3) 99-100, nr. 227.

⁵²⁹ Het bestuursorgaan is dan vaak nalatig in de uitoefening van zijn controle- en toezichtstaak. Cf. H. DE WULF en I. DE POORTER, “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen” in VLAAMSE CONFERENTIE DER BALIE VAN GENT (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, (195) 202.

⁵³⁰ Zie T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, Diegem, Kluwer, 1996, 742; V. SIMONART, “Le contrat de management. Aspects de droit des obligations et de droit des sociétés”, *TBH* 1991, (1031) 1051 en 1054; S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2015, 254, nr. 300.

⁵³¹ De nietigheid heeft een retroactief effect. Zie W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht: algemeen deel*, Brussel, E.Story-Scientia, 1987, 406; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 47-49, nr. 16; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 671; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat: étude d'une notion*

De betrokken persoon zou zelfs in de hypothese dat een algemeen mandaat niet ongeldig zou zijn – *quod non* – moeilijk kunnen stellen dat de derde voorwaarde inzake feitelijk bestuur niet is vervuld. Een lastgeving gaat in een vennootschap of vereniging zo goed als altijd gepaard met de delegatie van een zekere zelfstandige beslissingsbevoegdheid⁵³² en die is (of zou) bij een algemeen mandaat dermate ruim (zijn) dat de lasthebber de rechtspersoon *de facto* leidt (of zou kunnen leiden).

Bij gebreke aan een rechtsgeldige volmacht, zal de betrokken persoon niet kunnen voorhouden dat hij heeft gehandeld in opdracht van de rechtspersoon. Er anders over oordelen zou betekenen dat iemand die op papier geen bestuurder kan⁵³³ of wil zijn⁵³⁴, zich wel heel gemakkelijk uit de wind zou kunnen zetten⁵³⁵. Het zou immers voldoende zijn om het bestuursorgaan ertoe te brengen een algemeen mandaat toe te kennen om niet als feitelijke bestuurder te worden aangemerkt.

D. Geen feitelijk bestuur bij het bestaan van een managementovereenkomst?

98. Het komt in de praktijk geregeld voor dat een onderneming een zogenaamde managementovereenkomst aangaat met een manager waarin die laatste zich ertoe verbindt om (een deel van) de (operationele) leiding van de onderneming op zich te nemen tegen betaling van een

fonctionnelle à la lumière du principe constitutionnel d'égalité, Brussel, Buylant, 2014, 501, nr. 236 en de verwijzingen aldaar. Zie verder ook S. DE DIER, "Pauliaanse vordering en nietigheidsvordering tegen vennootschapsbesluiten met externe werking: aan elkaar gewaagd", *TPR* 2016, (1237) 1257-1258, nr. 18.

⁵³² E. LEROUX, "Delegatie van bevoegdheden door de raad van bestuur in de naamloze vennootschap" in S. DE GEYTER, I. DE POORTER en E. LEROUX (eds.), *Delegatie en taakverdeling in de NV*, Brussel, Larcier, 2016, (3) 100, nr. 230.

⁵³³ Bijvoorbeeld omdat hij een beroepsverbod heeft opgelegd gekregen. Cf. Kh. Veurne 12 december 2001, *TRV* 2002, 464, noot D. VAN GERVEN en *JDSC* 2003, 184 (verkort); M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 7.

⁵³⁴ Vanuit de idee zo aan de verplichtingen van een bestuurder te kunnen ontsnappen.

⁵³⁵ Cf. P. COLLE, "Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond artikel 63ter Venn.W.", *TBH* 1985, (163) 167.

bepaalde vergoeding⁵³⁶. De vraag rijst of het bestaan van dergelijke – in de regel zelfstandige⁵³⁷ – dienstverleningsovereenkomst⁵³⁸ een kwalificatie als feitelijke bestuurder uitsluit. Het antwoord op deze vraag is relevant omdat sommige handelingen van de manager zouden kunnen worden aangemerkt als daden van bestuur en de manager niet noodzakelijk een bestuurder *de jure* is of hoeft te zijn⁵³⁹.

De analyse is kort gesteld als volgt. Is de in de managementovereenkomst opgenomen delegatie van bevoegdheden geldig (*lees*: niet te verregaand⁵⁴⁰), dan geldt als uitgangspunt dat de manager handelt in opdracht van de rechtspersoon. Hij kan in dergelijk geval niet als feitelijke bestuurder worden aangemerkt. Miskent het bestuursorgaan (het bevoegde orgaan om de overeenkomst aan te gaan) de regels inzake bevoegdheidsdelegatie⁵⁴¹, dan is de managementovereenkomst absoluut nietig⁵⁴². Wordt de nietigheid uitgesproken, dan vervalt de opdracht van de rechtspersoon, en kan

⁵³⁶ De managementovereenkomst wordt in de rechtsleer op diverse manieren gedefinieerd. SIMONART omschrijft de managementovereenkomst als “*un contrat par lequel une personne confère tout ou partie de la gestion d’une entreprise à une autre personne en contrepartie d’une rémunération*” (zie V. SIMONART, “Le contrat de management. Aspects de droit des obligations et de droit des sociétés” in M. EKELMANS, J.F. ROMAIN en V. SIMONART (eds.), *Questions d’actualité de droit économique*, Brussel, Bruylant, 1994, (209) 212, nr. 3). VAN CROMBRUGGE heeft het over een “overeenkomst waardoor een onderneming zich verbindt, tegen vergoeding, de operationele leiding over een andere onderneming geheel of gedeeltelijk op zich te nemen”, wat een stuk enger is dan de definitie van SIMONART (zie S. VAN CROMBRUGGE, *Ondernemingscoöperatie. De nationale en internationale aspecten van samenwerkingsovereenkomsten*, Deurne, Kluwer, 1994, 93, nr. 124). De meerderheid van de rechtsleer lijkt de omschrijving van SIMONART bij te treden. Zie onder meer S. BEYAERT, “De managementovereenkomst” in K. BERNAUW, P. COLLE, M. DAMBRE en I. DEMUYNCK (eds.), *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, (21) 22; E. JANSSENS, “Enkele praktische aspecten van de managementovereenkomst” in R. FELTKAMP en E. JANSSENS (eds.), *Ondernemingscontracten stap voor stap (2^{de} ed.)*, Brussel, Larcier, 2013, (127) 130; N. SOMERS, *Dagelijks bestuur in de NV*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 250, nr. 310 en de verwijzingen aldaar.

⁵³⁷ Wanneer blijkt dat de opdrachtgever de bevoegdheid heeft om op gelijk welk moment effectief gezag uit te oefenen kan een managementovereenkomst door de rechter worden geherkwalificeerd in een arbeidsovereenkomst. Zie hierover o.m. Cass. 10 december 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 492, *Bull.* 1985, 439, *JIT* 1985, 244 en *Pas.* 1985, I, 439; Cass. 9 mei 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1165, *Bull.* 1988, 1096, *JIT* 1989, 44, noot, *Pas.* 1988, I, 1096, *RW* 1988-89, 677 en *TSR* 1988, 287; C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1989, 127; C. ENGELS, “Het sociaal statuut van de manager in de managementvennootschap”, *Soc. Kron.* 1992, (353) 359; S. BEYAERT, “De managementovereenkomst” in K. BERNAUW, P. COLLE, M. DAMBRE en I. DEMUYNCK (eds.), *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, (21) 23.

⁵³⁸ Zie over de juridische kwalificatie van de managementovereenkomst en het belang daarvan: S. BEYAERT, “De managementovereenkomst” in K. BERNAUW, P. COLLE, M. DAMBRE en I. DEMUYNCK (eds.), *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, (21) 25-31 en de verwijzingen aldaar.

⁵³⁹ S. BEYAERT, “De managementovereenkomst” in K. BERNAUW, P. COLLE, M. DAMBRE en I. DEMUYNCK (eds.), *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, (21) 37-38.

⁵⁴⁰ Zie randnr. 96 hierboven.

⁵⁴¹ Zie opnieuw randnr. 96 hierboven.

⁵⁴² Zie ook R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 373, nr. 140; S. BEYAERT, “De managementovereenkomst” in K.

de manager als feitelijke bestuurder worden aangesproken indien ook de andere vereisten inzake feitelijk bestuur zijn vervuld.

E. Een inmenging zonder enige wettelijke of contractuele basis

99. Een aantal auteurs, waaronder MERCHIERS⁵⁴³, DESMYTTERE en HELSEN⁵⁴⁴, stellen dat de vereiste dat een persoon *in volledige onafhankelijkheid* positieve daden van bestuur moet hebben gesteld, ook anders kan worden geformuleerd⁵⁴⁵. Zij wijzen erop dat deze vereiste eigenlijk gewoon neerkomt op een inmenging in het bestuur zonder enige wettelijke of contractuele basis.

COLLE gaat nog een stapje verder en maakt er in zijn definitie van het begrip feitelijke bestuurder een vierde voorwaarde van⁵⁴⁶. VANDENBOGAERDE doet in wezen hetzelfde door te stellen dat een feitelijke bestuurder iemand is die optreedt zonder een rechtsgeldige aanstelling. Hij geeft aan dat het gebrek aan een rechtsgeldige aanstelling impliceert dat er noch een wettelijke, noch een geldige contractuele grondslag voor zijn optreden bestaat⁵⁴⁷. Een gelijkkluidende boodschap valt te lezen bij CARRON en DE GEYTER⁵⁴⁸ die “de afwezigheid van een wettelijke of contractuele grondslag” uitdrukkelijk in hun definitie van het begrip “feitelijke bestuurder” hebben opgenomen.

BERNAUW, P. COLLE, M. DAMBRE en I. DEMUYNCK (eds.), *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, (21) 35.

⁵⁴³ Y. MERCHIERS, “Aansprakelijkheid van bestuurders in N.V. en B.V.B.A.”, *TPR* 1986, (405) 420.

⁵⁴⁴ Y. DESMYTTERE en F. HELSEN, “Commentaar bij art. XX.225 WER” in R. STEENNOT, J. STUYCK, H. VANHEES en E. WYMEERSCH (eds.) *Comm.Handel.*, Mechelen, Kluwer, 2018, losbl., (1) 6.

⁵⁴⁵ Zie ook B. WINDEY, “Over “weggemaakte gelden”, feitelijke zaakvoerders en het vorderingsrecht van de curatoren (noot onder Antwerpen 10 september 2004), *Limb.Rechtsl.* 2005, (47) 48. Zie ook in de rechtspraak: Kh. Luik 20 juni 2016, *DAOR* 2016, afl. 120, (76) 77.

⁵⁴⁶ P. COLLE, “Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond artikel 63ter Venn.W.”, *TBH* 1985, (163) 166: “*de feitelijke beheerder (lees: bestuurder) is de persoon die, zonder wettelijke grondslag noch enige opdracht vanwege de vennootschapsorganen, in het bestuur van de vennootschap tussengekomen is en aldus dat bestuur beïnvloed heeft door zich een feitelijke bestuurs- en beslissingsmacht toe te eigenen*” (eigen nadruk). Zie ook B. HUYLEBROECK, “Vereffenaar is geen feitelijke zaakvoerder van een failliete vennootschap” (noot onder Kh. Turnhout 10 december 2007), *RABG* 2008, (500) 502; P. SOENS, L. WYNANT en T. DE KOSTER, “Kapitaal en Budget – Kapitaal tijdens de werking van de vennootschap – De aansprakelijkheid van (feitelijke) bestuurders op grond van een kennelijk grove fout” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2016, losbl., (II.2-3) II.2-12.

⁵⁴⁷ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 6, nr. 8. Zie in dezelfde zin G. CALLENS, A. CAUTAERS, H. CULOT, Y. DE CORDT, G. DE PIERPONT, T. FLAMENT, E. FOSSEPREZ, J.-M. GOLLIER, A. HANNOUILLE en N. TISSOT, “Chapitre 5 - Responsabilité des administrateurs” in Y. DE CORDT (ed.) *Société anonyme, 2e édition*, Bruxelles, Larcier, 2021, (337) 351.

⁵⁴⁸ Voor de definitie van CARRON en DE GEYTER wordt verwezen naar het overzicht van algemene definities in de eerste afdeling van dit hoofdstuk, randnr. 56.

100. Het gegeven dat een inmenging in het bestuur moet zijn gebeurd zonder een wettelijke of contractuele grondslag zou als een extra voorwaarde kunnen worden gezien, maar er wordt vooral naar verwezen om duidelijk te maken dat een “feitelijke bestuurder” iemand is die geheel op eigen houtje handelt. De meeste auteurs die erbij stilstaan lijken duidelijk te willen maken dat een aantal actoren *a priori* niet als feitelijke bestuurders kunnen worden aangemerkt. Het gaat onder meer om:

- de vereffenaar van een vennootschap, wiens opdracht geacht wordt zowel contractueel (*i.e.* door de algemene vergadering), als wettelijk (art. 2:106 WVV (oud art. 192 W.Venn.)) te zijn vastgelegd⁵⁴⁹;
- de curator die overeenkomstig artikel XX.98 WER belast is met de opdracht het vermogen van een gefailleerde onderneming te beheren en te vereffenen en de opbrengst ervan te verdelen onder de schuldeisers;
- de gerechtsmandataris die op grond van artikel XX.30 WER is aangesteld om de continuïteit van een onderneming in moeilijkheden te vrijwaren;
- de krachtens artikel XX.32 WER aangestelde voorlopige bewindvoerder; en
- de commissaris, wiens opdracht net zoals die van de vereffenaar zowel contractueel (*i.e.* door de algemene vergadering), als wettelijk (art. 3:73 WVV (oud art. 142 W.Venn.)) is vastgelegd en wiens bevoegdheden ten aanzien van het bestuursorgaan wettelijk zijn omschreven (art. 3:68 WVV (oud artikel 137 W.Venn.)).

101. Voormelde illustraties maken duidelijk dat een inmenging in het bestuur moet zijn gebeurd zonder een wettelijke grondslag, maar verklaren *an sich* niet waarom ook de “afwezigheid van een contractuele basis” wordt aangehaald. VANDENBOGAERDE wijst erop dat hiermee niet zozeer

⁵⁴⁹ Kh. Turnhout 10 december 2007, *RABG* 2008, 492, noot B. HUYLEBROEK en *JDSC* 2009, 122, noot P. KILESTE en C. STAUDT; Luik 28 mei 2009, *RPS* 2010, 421, noot. Zie ook B. HUYLEBROECK, “Vereffenaar is geen feitelijke zaakvoerder van een failliete vennootschap” (noot onder Kh. Turnhout 10 december 2007), *RABG* 2008, (500) 501-502, nr. 4; D. VAN GERVEN, “Kroniek Vennootschapsrecht 2007-2008”, *TRV* 2008, (463) 494, nr. 89; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 7; J. VAN EETVELDE en S. DE DIER, “Rechten en remedies van schuldeisers bij vereffeningbeheer dat te wensen overlaat”, *In foro* 2021, afl. 71, (6) 6-7; T. DE KOSTER, L. WYNANT en P. SOENS, “Kapitaal en Budget – Kapitaal tijdens de werking van de vennootschap – De aansprakelijkheid van (feitelijke) bestuurders op grond van een kennelijk grove fout” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, P. en A. FRANÇOIS (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2021, losbl., (II.2-3) II.2-14g.

wordt bedoeld op de afwezigheid van een arbeidsovereenkomst of een volmacht⁵⁵⁰, maar op de afwezigheid van een bestuurdersovereenkomst. Hij stelt – zeer terecht – dat iemand die volledig rechtsgeldig⁵⁵¹ als bestuurder is aangesteld geen feitelijke bestuurder is, maar een bestuurder *de jure* en onderstreept dat ook een onregelmatige benoeming effect sorteert. Wie op onregelmatige wijze als bestuurder *de jure* werd benoemd, zal in die hoedanigheid kunnen worden aangesproken tot op het ogenblik dat zijn benoeming nietig wordt verklaard. Het is pas na die nietigverklaring, dat er over feitelijk bestuur zal kunnen worden gesproken⁵⁵².

VANDENBOGAERDE stelt vrij stellig dat er na de nietigverklaring van een benoeming “*sprake is van een feitelijke bestuurder*”. Dit is correct, doch enkel indien, en voor zover, de betrokken persoon effectief handelingen heeft gesteld als een bestuurder. Het enkele feit dat hij onregelmatig werd benoemd en de vaststelling dat die benoeming naderhand nietig werd verklaard, maken van hem nog geen feitelijke bestuurder. Hiervoor is een beoordeling *in concreto* nodig. Blijkt bij die beoordeling dat hij inderdaad als bestuurder heeft gehandeld, dan kan hij enkel nog als feitelijke bestuurder worden aangesproken, ook voor handelingen daterend van vóór de nietigverklaring⁵⁵³.

Voorbeelden van gevallen waarbij de benoeming van een bestuurder op een onregelmatige wijze tot stand komt zijn: de coöptatie van een persoon als nieuwe bestuurder in strijd met de statuten, de benoeming van een persoon als bestuurder in strijd met een bindende (statutaire) voordrachtregeling, de benoeming van een

⁵⁵⁰ VANDENBOGAERDE maakt in zijn uiteenzetting eerst duidelijk waar de cesuur ligt tussen wettelijk en feitelijk bestuur en heeft het over de arbeidsovereenkomst en de volmacht wanneer hij de derde voorwaarde inzake feitelijk bestuur bespreekt. Zie M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 12, nr. 14.

⁵⁵¹ Een rechtsgeldige aanstelling impliceert dat er geen gebreken zijn op het gebied van vorm-, openbaarmakings- of benoemingsvereisten. Zie S. CLAEYS, *Franchising: tussen zelfstandigheid en afhankelijkheid: een onevenwichtige samenwerking?*, Brugge, die Keure, 2009, 45; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 7.

⁵⁵² M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 7. Zie ook B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen: statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 70-73, nr. 109-114.

⁵⁵³ De nietigverklaring heeft in het Belgische recht immers een retroactief effect. Zie, zoals eerder aangehaald: W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht: algemeen deel*, Brussel, E.Story-Scientia, 1987, 406; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 47-49, nr. 16; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 671; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat: étude d'une notion fonctionnelle à la lumière du principe constitutionnel d'égalité*, Brussel, Buylant, 2014, 501, nr. 236 en de verwijzingen aldaar.

persoon als bestuurder met miskenning van de regels inzake de oproeping van de algemene vergadering of de benoeming van een persoon als bestuurder met miskenning van een eerder opgelegd beroepsverbod⁵⁵⁴.

AFDELING 4. HET BEWIJS VAN FEITELIJK BESTUUR

102. De toets die in de vorige afdeling werd beschreven laat toe om te bepalen of iemand de hoedanigheid heeft van “feitelijke bestuurder”, maar hoe kan degene die hem als dusdanig wil aanspreken bewijzen dat alle onderdelen van de definitie ervan vervuld zijn? Of, sterker nog, hoe kan hij of zij bewijzen dat er überhaupt iemand in een onderneming aanwezig is die die hoedanigheid zou kunnen worden toegemeten? Dit is, gelet op de interne organisatie van heel wat ondernemingen, waarin personen met diverse titels in diverse gradaties, en op regelmatige basis, betrokken zijn bij de leiding en het bestuur, geen eenvoudige oefening⁵⁵⁵. Het bewijs is nog moeilijker te leveren wanneer het feitelijk bestuur verborgen blijft, en de feitelijke bestuurder verscholen achter de bestuurders *de jure* te werk gaat⁵⁵⁶.

RONSE en PARMENTIER wijzen er in dit verband – terecht – op dat de titel waaronder iemand in een onderneming actief is niet bepalend is voor diens gebeurlijke kwalificatie als feitelijke bestuurder⁵⁵⁷. Wat telt is hoe de betrokkene zich *de facto* gedraagt of heeft kunnen gedragen⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ Zie met betrekking tot dit laatste geval ook B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen: statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 72, nr. 113.

⁵⁵⁵ Zie voor een gelijkaardige bedenking in Frankrijk: N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, “La responsabilité du dirigeant de fait”, *Rev. Sociétés* 1997, (499) 499 en 507; J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2019, afl. 166, (3) 6, nr. 16.

⁵⁵⁶ Zie evenzeer in Frankrijk: A. JACQUEMONT, R. VABRES en T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté (10^e édition)*, Paris, LexisNexis, 2017, 625, nr. 1081; J. HEINICH en L. WATRIN, “Le dirigeant de fait” in *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fasc. 45-20 (6 mei 2019), nr. 15, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>; J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2019, afl. 166, (3) 6, nr. 16.

⁵⁵⁷ Zie J. RONSE, “La responsabilité facultative des administrateurs et gérant en cas de faillite avec insuffisance d’actif”, *RPS* 1979, (292) 297; C. PARMENTIER, “La responsabilité des dirigeants d’entreprises en cas de faillite”, *TBH* 1986, (741) 771. Zie in dezelfde zin: Y. MERCHIERS, “Aansprakelijkheid van bestuurders in N.V. en B.V.B.A.”, *TPR* 1986, (405) 419-420. Ook zijn positie in het organigram van de onderneming is niet van doorslaggevend belang. Zie hierover in Frankrijk: C. DELATTRE, “La qualité de dirigeant de fait doit être établie par des fait précis” (noot onder Douai 3 november 2005), *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* 2006, (1406) 1411, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>.

⁵⁵⁸ Cf. P. ERNST, “Actualia vennootschapsrecht: bestuurdersaansprakelijkheid – Recente evoluties” in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *CBR Jaarboek 2013-2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (79) 139: “Bepalend is dus niet de titel die iemand draagt of de functie die iemand bekleedt, maar wel zijn concrete bevoegdheid en feitelijke gedrag”. Zie ook in Frankrijk: J.-P. LEGROS, “Dirigent de fait”

RONSE en PARMENTIER stellen in hun respectievelijke bijdragen: “[*On entend par le dirigeant de fait celui] qui, à quelque titre que ce soit, exerce en fait des tâches qui appartiennent aux administrateurs et ...*” (eigen nadruk).

In de praktijk blijkt wel dat wanneer een niet-bestuurder zich de titel van bestuurder aanmeet, hij zich meestal ook zo gedraagt⁵⁵⁹.

103. Hiervoor werd al aangegeven dat om feitelijk bestuur te bewijzen, in de Belgische praktijk geregeld wordt teruggegrepen naar verklaringen die werden afgelegd tijdens een eerder gevoerd strafonderzoek⁵⁶⁰. Wanneer dergelijk onderzoek niet voorhanden is, zal op zoek moeten worden gegaan naar andere aanwijzingen. Wat die aanwijzingen precies zouden kunnen zijn, werd in de Belgische rechtsleer tot voor kort nergens op een systematische wijze opgelijst. JANSSEN en GOL, met verwijzing naar MONVILLE en VERHOUSTRAETEN, hebben hier recent verandering in gebracht. Zij voeren aan: “*Pour déterminer qui, dans les faits, détient le pouvoir de décision on pourra notamment avoir égard aux indices suivants:*

- *Quant à l’administration: Qui détermine la politique générale et la stratégie de la personne morale? Chez qui sont conservés les actes sociaux (acte constitutif, statuts, procès-verbaux de conseil d’administration)? Qui négocie les emprunts à long terme? Qui engage le personnel de cadre? Qui dispose de la signature bancaire? Qui dispose de connaissances nécessaires à l’administration et au fonctionnement de la personne morale?*

- *Quant à la gestion quotidienne: Qui a accès au compte bancaire de la personne morale? Qui s’occupe des relations avec le personnel? Qui paie les salaires? Qui établit les contacts avec les fournisseurs/les clients? Qui passe/enregistre les commandes? Qui dispose des connaissances nécessaires à la gestion quotidienne d’une personne morale?”⁵⁶¹.*

(noot onder Grenoble 2 februari 2012), *Dr. sociétés* 2013, comm. 126, nr. 1, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>.

⁵⁵⁹ Zie bv. Antwerpen 10 september 2004, *Limb.Rechtsl.* 2005, 41, noot B. WINDEY.

⁵⁶⁰ Zie hierboven randnr. 92. Zie voor een ander voorbeeld: Kh. Veurne 12 december 2001, *TRV* 2002, 464, noot D. VAN GERVEN en *JDSC* 2003, 184 (verkort). Dit gebeurt evenzeer in de Franse rechtspraak. Zie hierover bv. C. DELATTRE, “La place de l’aveu dans la détermination de la gérance de fait” (noot onder Paris 23 februari 2012), *Rev. proc. coll.* 2012, afl. 4, (1) 1, nrs. 1-3.

⁵⁶¹ A. JANSSEN en D. GOL, “Responsabilités des dirigeants: actualités et questions choisies en lien avec la comptabilité” in F. GEORGE en F. GEORGES (eds.), *Varia en droit de l’insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2022,

De Franse rechtsleer biedt zeer gelijkaardige inzichten. HEINICH en WATRIN voeren aan dat er verschillende indicatoren bestaan waaruit het gewicht of de invloed van een feitelijke bestuurder in een onderneming zou kunnen worden afgeleid⁵⁶². Het gaat om de volgende indicatoren:

- de statutaire zetel van de onderneming is gevestigd op zijn woonplaats⁵⁶³;
- alleen hij beschikt over de technische kennis die vereist is om op een actieve wijze het bestuur over de vennootschap te voeren⁵⁶⁴;
- hij ontvangt een salaris/vergoeding die ver boven die van de bestuurders *de jure* ligt⁵⁶⁵.

Naast deze indicatoren, blijkt één van de belangrijkste aanwijzingen voor feitelijk bestuur in de praktijk de afwezigheid, of het gebrek aan betrokkenheid, van een bestuurder *de jure* te zijn. In de Franse rechtspraak werd al tot feitelijk bestuur besloten:

- wanneer het onmogelijk is om vast te stellen of de bestuurder *de jure* zijn functie wel effectief heeft uitgeoefend⁵⁶⁶;
- wanneer de bestuurder *de jure* de zetel van de onderneming slechts één keer per maand bezoekt en blanco cheques ondertekent⁵⁶⁷;
- wanneer de bestuurder *de jure* afwezig of passief is⁵⁶⁸;
- wanneer de bestuurder *de jure* ziek is⁵⁶⁹;
- wanneer de bestuurder *de jure* niet over de competenties beschikt om de vennootschap te

(217) 251, met verwijzing naar P. MONVILLE en A. VERHOUSTRAETEN, “La responsabilité pénale de l’homme de paille: pas de quoi en faire tout un foin?”, *TBH* 2020, (1003) 1005, nr. 9.

⁵⁶² J. HEINICH en L. WATRIN, “Le dirigeant de fait” in *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fasc. 45-20 (6 mei 2019), nr. 15, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>. Zie ook J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétair*e 2019, afl. 166, (3) 6, nr. 16.

⁵⁶³ Cass. (com.) fr. 30 januari 2019, nr. 17-21.403, onuitg.

⁵⁶⁴ Cass. (soc.) fr. 2 juli 2008, nr. 07-41.913, onuitg.

⁵⁶⁵ Paris 30 oktober 2007, nr. 07/01824, *JurisData* nr. 2007-346776; Versailles 4 juli 2013, nr. 13/01028, *JurisData* nr. 2013-015897.

⁵⁶⁶ Cass. (soc.) fr. 2 juli 2008, nr. 07-41.913, onuitg.

⁵⁶⁷ Cass. (com.) fr. 30 maart 2005, nr. 03-15.761, onuitg.

⁵⁶⁸ Cass. (com.) fr. 10 maart 2004, nr. 01-10.015, onuitg.; Cass. (com.) fr. 10 februari 2015, nr. 13-17.589 en 13-17.819, *JurisData* nr. 2015-002355, LEDEN 2015, nr. 3, 4, obs. T. FAVARIO; Versailles 11 juni 2015, nr. 14/03960, *JurisData* nr. 2015-015422. Zie voor een voorbeeld in België: Gent 8 februari 2001, *JDSC* 2003, 211, noot M.-A. DELVAUX.

⁵⁶⁹ Grenoble 2 februari 2012, nr. 10/05110, *JurisData* nr. 2012-001440, *Dr. sociétés* 2013, comm. 126, noot J.-P. LEGROS.

besturen⁵⁷⁰.

Merk op dat een bestuurder *de jure* zich niet op zijn afwezigheid, passiviteit of onbekwaamheid kan beroepen om aan zijn eigen aansprakelijkheid te ontsnappen⁵⁷¹. Sterker nog, zijn passiviteit kan in voorkomend geval zelf een fout uitmaken⁵⁷².

Verder hebben ook verklaringen en getuigenissen van werknemers of klanten van de feitelijk bestuurde onderneming een belangrijke bewijswaarde⁵⁷³, wordt er soms een beroep gedaan op (vennootschaps)documenten waarop de handtekening van de als feitelijke bestuurder geïdende persoon voorkomt (al dan niet met vermelding van de zichzelf toegemeten titel van bestuurder)⁵⁷⁴, wordt er heel wat waarde gehecht aan het bestaan van bankvolmachten ten gunste van de als feitelijke bestuurder geïdende persoon⁵⁷⁵, en wordt er soms teruggegrepen naar (passages uit) overeenkomsten met de onderneming om de feitelijke macht van een bepaalde contractspartij hard

⁵⁷⁰ Paris 14 maart 2018, nr. 16/19330, *JurisData* nr. 2018-004331, *Rev. sociétés* 2019, 207, noot O. DEXANT-DE BAILLIENCOURT.

⁵⁷¹ Zie K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, F. PARREIN, S. DE DIER en S. COOLS, “Overzicht van rechtspraak (1999-2010). Vennootschappen”, *TPR* 2012, (73) 291, nr. 230; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 104; S. DE GEYTER, “De toezichtstaak van de raad van bestuur”, *TPR* 2012, (1175) 1206-1207; F. HELSEN, “Aansprakelijkheidsvorderingen tegen bestuurders/zaakvoerders na discontinuïteit” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP en T. LYSSENS (eds.), *Faillissement & Reorganisatie*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2020, losbl., (9.A-1) 9.A.-81. Zie ook Brussel 6 november 2002, *JDSC* 2004, 256, noot M.-A. DELVAUX en *RRD* 2003, 51; Bergen 3 maart 2008, *JDSC* 2010, 102, noot M.-A. DELVAUX en *RRD* 2007, 294; Kh. Dendermonde 6 december 1999, *JDSC* 2001 (verkort), 143, noot P. KILESTE, en C. BERTSCH, *RW* 2001-02, 128, *TBH* 2000, 659 en *TRV* 2000, 40, noot.

⁵⁷² S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid passieve bestuurders” (Gent 10 november 2008), *NJW* 2009, 822; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE en H. CULOT, *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020, 275; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 305 en 310; M. WYCKAERT en R. FORIERS, “Bestuurdersaansprakelijkheid in vennootschappen: een veldonderzoek” in S. COOLS (ed.), *Themis 117 – Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2021, (1) 4, nr. 8. Zie ook Gent 16 oktober 1996, *RW* 1997-98, 467; Bergen 20 mei 1985, *RPS* 1985, 261; Gent 30 september 2013, *DAOR* 2014 (samenvatting), 274, *JDSC* 2015 (samenvatting), 77, *JDSC* 2015 (samenvatting), 136, noot M.-A. DELVAUX, *RW* 2014-15, 1629 en *TRV* 2014, 55; Antwerpen 30 oktober 2014, *JDSC* 2016, 107 en *TRV* 2015, 371; Antwerpen 8 december 2014, *Limb.Rechtsl.* 2015, 122 en *JDSC* 2016, 163.

⁵⁷³ Zie o.m. Cass. (com.) fr. 6 oktober 2009, nr. 08-15.378, *JurisData* nr. 2009-049844, *Bull. Joly Sociétés* 2010, nr. 3, 151, obs. P.-M. LE CORRE, *Dr. sociétés* 2010, comm. 14, noot J.-P. LEGROS, *Rev. sociétés* 2010, 185, obs. P. ROUSSEL GALLE; Cass. (com.) fr. 30 januari 2019, nr. 17-21.403, onuitg.; Versailles 25 oktober 2012, nr. 12/03064, *JurisData* nr. 2012-030235. Zie ook Kh. Brussel 23 april 2010, *RW* 2011-12, (1010) 1011.

⁵⁷⁴ Zie bv. Kh. Brussel 30 maart 1981, *JT* 1981, 524. Vgl. Luik 1 december 1969, *RPS* 1971, 280, noot C. LEMPEREUR. Aan de loutere aanwezigheid van een handtekening mag niet al te veel gewicht worden toegekend. VANDENBOGAERDE wijst er – met referentie naar een arrest van het arbeidshof van Brussel van 27 mei 2008 – op dat het “Minder belangrijk is om na te gaan wie formeel gezien de overeenkomsten ondertekende, aangezien dat in het takenpakket van de dagelijks bestuurder kan zijn opgenomen, zonder dat hij daardoor feitelijk bestuurder wordt.” (zie M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 9, nr.10 met verwijzing naar Arbh. 27 mei 2008, *JTT* 2008, 373).

⁵⁷⁵ Zie D. TRICOT, “Les critères de la gestion de fait”, *Droit et patr.* 1996, (24) 27.

te maken⁵⁷⁶.

104. Het is van belang om op te merken dat een rechter zelden of nooit op basis van slechts één van voormelde aanwijzingen of elementen tot feitelijk bestuur zal kunnen besluiten⁵⁷⁷. Het bewijs van feitelijk bestuur is een drieledig bewijs (er moet worden bewezen dat de betrokkene in alle onafhankelijkheid en soevereiniteit een positieve daad van bestuur heeft gesteld) en moet *in concreto* worden geleverd⁵⁷⁸. De hoedanigheid van feitelijke bestuurder wordt in geen geval vermoed⁵⁷⁹.

AFDELING 5. EEN EVALUATIE VAN DE KLASSIEKE INVULLING EN EEN BEOORDELING VAN HET GEBRUIK ERVAN IN DE WVV-CONTEXT

I. INLEIDING

105. Nu duidelijk is hoe de notie “feitelijke bestuurder” klassiek wordt ingevuld, rijst de vraag of die klassieke invulling ook een goede invulling is, en – zoals door diverse auteurs wordt gesuggereerd⁵⁸⁰ – inderdaad zonder meer naar de WVV-context kan worden doorgetrokken. Laten de toetsstenen die al sinds de jaren ‘80 worden gehuldigd toe om steeds de juiste personen in het

⁵⁷⁶ Zie bv. Kh. Brussel 22 oktober 1982, *TBH* 1982, 574, *JT* 1983, 113 en *RPS* 1982, 244, noot; Bergen 13 januari 2003, *DAOR* 2002, 377, *JDSC* 2004, 264, noot M.-A. DELVAUX en *JLMB* 2004, 54, noot C. STAUDT en P. KILESTE.

⁵⁷⁷ Zie in een gelijkaardige zin: J.-P. LEGROS, “Dirigent de fait” (noot onder Cass. (com.) fr. 24 januari 2018, nr. 16-23.649), *Dr. sociétés* 2018, afl. 10, comm. 126, nr. 1, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>: “*En conclusion, l’absence du dirigeant de droit est un indice de la gestion de fait mais elle est insuffisante en elle-même à en rapporter la preuve*” (eigen nadruk).

⁵⁷⁸ Zie ook A. JACQUEMONT, R. VABRES en T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté* (10^e édition), Paris, LexisNexis, 2017, 625, nr. 1081; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Issy-les-Moulineaux Cedex, LGDJ, 2018, 944.

⁵⁷⁹ Zie (impliciet): J. RONSE en J. LIEVENS, “De doorbraakproblematiek” in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 160. Zie ook Kh. Tongeren 18 december 2007, *RABG* 2008, (517) 521. Zie in dezelfde zin in Frankrijk: C. DELATTRE, “La place de l’aveu dans la détermination de la gérance de fait” (noot onder Paris 23 februari 2012), *Rev. proc. coll.* 2012, afl. 4, (1) 1 nr. 3; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Issy-les-Moulineaux Cedex, LGDJ, 2018, 944; J. HEINICH en L. WATRIN, “Le dirigeant de fait” in *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fasc. 45-20 (6 mei 2019), nr. 15, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>; J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2019, afl. 166, (3) 6, nr. 16. Zie ook: Douai 5 april 2005, nr. 04/02346, *JurisData* nr. 2005-279924, *Dr. sociétés* 2005, comm. 229, obs. R. SALOMON; Riom 4 december 2018, nr. 17/00514, onuitg.

⁵⁸⁰ Zie hierboven randnr. 54, en de verwijzingen aldaar.

vizier te nemen? Kunnen zij ook worden toegepast op de nieuwe bestuursmodellen die in het WVV het levenslicht hebben gezien? Zijn zij wel bruikbaar buiten een faillissementscontext? En is het wettelijke aanknopingspunt voor feitelijk bestuur überhaupt niet ruimer dan de uitlegging die er courant aan wordt gegeven? Om een antwoord op deze vragen te kunnen formuleren wordt in deze vijfde afdeling op een meer kritische wijze naar de klassieke invulling gekeken.

II. ENKELE VOORAFGAANDE OBSERVATIES

A. De faillissementscontext

106. Wie een analyse maakt van de rechtspraak die tot dusver over de figuur van de “feitelijke bestuurder” werd geveld in het ruimere domein van het vennootschaps-, verenigings- en insolventierecht⁵⁸¹, zal vaststellen dat die zich – op een uitzonderlijk geval na⁵⁸² – uitsluitend in de faillissementscontext situeert. Ze is gesteund op de artikelen XX.225 WER (aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout) en XX.226 WER (aansprakelijkheid wegens RSZ-schulden) en de historisch daaraan voorafgaande artikelen 63ter Venn.W., 133bis Venn.W. en 265, 409 en 530 W.Venn. en in mindere mate op artikel XX.229 WER en het oudere artikel 3bis KB nr. 22 (het beroepsverbod na faillissement).

Merk op dat WYCKAERT en FORIERS tijdens een recent veldonderzoek over bestuurdersaansprakelijkheid in vennootschappen, waarbij ze de gepubliceerde rechtspraak dienaangaande onderzochten over de periode van 1 januari 2015 tot 31 december 2020, tot precies dezelfde vaststelling kwamen voor de aansprakelijkheid van bestuurders in het algemeen (d.w.z. de aansprakelijkheid van formeel benoemde bestuurders én feitelijke bestuurders): “[...] in totaal vonden we een goede 120 uitspraken, waarvan de overgrote meerderheid zich situeert in een insolventiecontext, [zelfs diegene waar een schending van het WVV wordt aangevoerd⁵⁸³]. Dat hoeft geen verwondering te wekken: (i) dat bestuursfouten die uiteindelijk niet leiden tot financiële moeilijkheden gemakkelijker zonder gevolg blijven, is aannemelijk en (ii) dat aandeelhouders – zeker als ze

⁵⁸¹ De analyse wordt voor alle duidelijkheid beperkt tot de gepubliceerde rechtspraak.

⁵⁸² Zie Gent 20 oktober 2008, *TRV* 2013, 170, noot D. VAN GERVEN: het ging daar specifiek om een tijdelijke betrokkenheid in het bestuur van een familiale vennootschap door een familielid dat in conflict was gekomen met de overige familieleden en inmiddels geen bestuurder van de familiale vennootschap meer was.

⁵⁸³ M. WYCKAERT en R. FORIERS, “Bestuurdersaansprakelijkheid in vennootschappen: een veldonderzoek” in S. COOLS (ed.), *Themis 117 – Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2021, (1) 1.

*zelf die bestuurders zijn, wat in KMO-land België maar al te vaak het geval is – niet gemakkelijk in de aanval gaan, is ook al lang geweten*⁵⁸⁴.

In een continuïteitscontext, dus los van een faillissement, wordt nauwelijks naar de feitelijke bestuurder gekeken. Met de hervorming van de regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid in het WVV, zou dit volgens sommige auteurs wel eens kunnen veranderen⁵⁸⁵. Zij wijzen erop dat deze regels, die de aansprakelijkheid voor (gewone) bestuursfouten, en voor overtredingen van het wetboek of de statuten omvatten, anders dan onder het oude W.Venn. ook tegen de feitelijke bestuurder kunnen worden ingeroepen⁵⁸⁶. Omdat beide gronden ook los van een faillissement kunnen worden toegepast, zou het kunnen dat er ook buiten die context om naar de feitelijke bestuurder wordt gekeken⁵⁸⁷. De vraag is of dat ook effectief zal gebeuren.

Het was in het verleden ook al mogelijk om iemand als feitelijke bestuurder aan te spreken los van een faillissement op basis van het gemene aansprakelijkheidsrecht (artikel 1382 oud BW)⁵⁸⁸. Dat blijkt, kijkend naar de stand van de rechtspraak, zelden tot nooit te zijn gebeurd. Daar is meer dan één mogelijke verklaring voor.

107. Een eerste mogelijke verklaring is dat schuldeisers zich onder normale omstandigheden helemaal niet genoodzaakt zien om te onderzoeken of zij iets tegen een “feitelijke bestuurder” kunnen ondernemen, omdat zij met de rechtspersoon al een solvabele partij hebben om zich op te verhalen⁵⁸⁹. In een faillissementscontext is de situatie anders. Om te beginnen gebeurt het niet vaak

⁵⁸⁴ M. WYCKAERT en R. FORIERS, “Bestuurdersaansprakelijkheid in vennootschappen: een veldonderzoek” in S. COOLS (ed.), *Themis 117 – Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2021, (1) 28, nr. 60.

⁵⁸⁵ Zie (zij het eerder impliciet) S. DE GEYTER, “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, (888) 892, nr. 10 (die zichzelf in een latere publicatie wel anders uitdrukt – zie S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 4, nr. 10 en 5, nr. 13); E. POTTIER en F. LEFÈVRE, “De aansprakelijkheid van de organen”, *TBH* 2018, (1091) 1095, nr. 13 en 1096, nr. 17; X. DIEUX en P. DE WOLF, “Le nouveau Code des sociétés (et des associations): Capita Selecta”, *JT* 2019, (501) 511, nr. 64; E. POTTIER en F. LEFÈVRE, “La responsabilité des organes” in A.-P. ANDRÉ-DUMONT en T. TILQUIN (eds.), *La société à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier Legal, 2019, (173) 179, nr. 13 en 181, nr. 17; A. ZENNER, *Traité du droit de l’insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, 1472, nr. 2179.

⁵⁸⁶ Zie hierover ook verder randnr. 203 t.e.m. 216.

⁵⁸⁷ Zie ook K. MARESCEAU, *De Vennootschap & haar nieuwe Wetboek*, Gent, Larcier Legal, 29, nr. 49.

⁵⁸⁸ Zie hierover verder randnr. 254 e.v.

⁵⁸⁹ Zie ook J. VANANROYE m.m.v. O. ROODHOOFT, “Toerekening aan rechtspersonen en aansprakelijkheid van uitvoeringsagenten in het ontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid”, *TPR* 2021, afl. 1, (177) 189: “Slachtoffers van het vennootschapshandelen zullen zich meestal richten naar de vennootschap als de primaire

dat een faillissement kan worden afgesloten met een batig saldo⁵⁹⁰. Schuldeisers hebben er met andere woorden alle belang bij om na te gaan of zij zich ook op een ander vermogen dan dat van de failliete rechtspersoon kunnen verhalen⁵⁹¹. Een vermogen dat daarbij al snel in het vizier komt is dat van de bestuurder die de rechtspersoon in de ene of de andere richting heeft gestuurd, en dat kan zowel de bestuurder *de jure* zijn, als de feitelijke bestuurder⁵⁹². Ook de curator die bij het faillissement wordt aangesteld zal, als hij zijn opdracht naar behoren wil uitoefenen, moeten nagaan welke vorderingen hij namens de boedel kan instellen. Wanneer hij vaststelt dat er een feitelijke bestuurder in de onderneming actief is geweest die schade heeft veroorzaakt, dan zal hij die persoon moeten aanspreken⁵⁹³. Het feit dat de curator een zeer goed zicht heeft op het reilen en zeilen binnen de onderneming, maakt dat hij in de praktijk ook vaak degene is die het bestaan van feitelijk bestuur blootlegt⁵⁹⁴.

108. Een tweede mogelijke verklaring is dat de feitelijke bestuurder in continuïteit redelijk

aansprakelijke. De bestuurders komen vervolgens in het vizier indien die vennootschap zelf niet meer al haar schuldeisers kan vergoeden”.

⁵⁹⁰ D. DEFORCHE, “Verhaalbaarheid van interesten op batig saldo na faillissement van vennootschap” (noot onder Cass. 13 oktober 2011), *RW* 2012-13, (699) 700, nr. 1.

⁵⁹¹ Schuldeisers beschikken bij faillissement over een individueel vorderingsrecht in de mate dat zij individuele schade kunnen aantonen. Zie B. TILLEMANS en N. VAN DAMME, “Externe bestuurdersaansprakelijkheid wegens fiscale en sociale schulden bij faillissement” in H. BREACKMANS, M.E. STORME, B. TILLEMANS, J. VANANROYE en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen IV*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (241) 242-243, nr. 2; B. TILLEMANS en N. VAN DAMME, “Externe bestuurdersaansprakelijkheid tegenover de fiscus en de RSZ bij faillissement van de onderneming die geen natuurlijke persoon is” in M.E. STORME, B. TILLEMANS, J. VANANROYE, M. VANMEENEN en R. HOUBEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen V*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (217) 220-221. Zie ook J. VANANROYE, G. LINDEMANS en R. VERHEYDEN, “Vorderingen tot reconstructie van de boedel: (bestuurders)aansprakelijkheid en *actio pauliana* in H. BREACKMANS, M.E. STORME, B. TILLEMANS, J. VANANROYE en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen IV*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (111) 138-141, nrs. 34-37 en de verwijzingen aldaar.

⁵⁹² Vgl. G. LINDEMANS, *Schuldeiser & rechtspersoon*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 364, nr. 476.

⁵⁹³ De aansprakelijkheidsvorderingen tegen de (feitelijke) bestuurders behoren tot het actief van de boedel van de gefailleerde onderneming. Zie hierover o.a. I. VAN DE MIEROP, “Werkwijze van de curator: opstart, beheer faillissement, sluiting” in H. BREACKMANS, M.E. STORME, B. TILLEMANS, J. VANANROYE en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen IV*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (81) 94; J. VANANROYE, G. LINDEMANS en R. VERHEYDEN, “Vorderingen tot reconstructie van de boedel: (bestuurders)aansprakelijkheid en *actio pauliana*” in H. BREACKMANS, M.E. STORME, B. TILLEMANS, J. VANANROYE en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen IV*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (111) 131, nr. 24; B. TILLEMANS en N. VAN DAMME, “Externe bestuurdersaansprakelijkheid tegenover de fiscus en de RSZ bij faillissement van de onderneming die geen natuurlijke persoon is” in M.E. STORME, B. TILLEMANS, J. VANANROYE, M. VANMEENEN en R. HOUBEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen V*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (217) 218.

⁵⁹⁴ Zo kan opnieuw worden afgeleid uit de rechtspraak.

gemakkelijk uit de spreekwoordelijke wind kan worden gezet door zijn medestanders binnen de rechtspersoon. Althans, voor de aansprakelijkheid die hij zou kunnen oplopen tegenover de rechtspersoon. Wanneer de personen die binnen de rechtspersoon bevoegd zijn om hem aan te spreken (in principe zijn dit de leden van het bestuursorgaan⁵⁹⁵) niets doen, dan kan hij zich in de zaken van de rechtspersoon blijven mengen. Dit gebeurt in de praktijk meer dan men denkt. Feitelijke bestuurders hebben vaak familiale banden met de leden van het bestuursorgaan⁵⁹⁶ (en bepaalde (referentie)aandeelhouders). Die banden maken dat de bestuurders *de jure* niet snel geneigd zijn om een vordering tegen hen in te leiden⁵⁹⁷. Doet het feitelijk bestuur zich voor in een commerciële relatie, dan is het mogelijk dat er een commerciële afhankelijkheid bestaat van de wederpartij die als feitelijke bestuurder kan worden aangemerkt. Die afhankelijkheid zet naar alle waarschijnlijkheid een rem op de bereidheid van de bestuurders *de jure* om zich tegen de feitelijke bestuurder te keren.

In geval van insolventie is de situatie opnieuw anders⁵⁹⁸. De bestuurders van een failliet verklaarde

⁵⁹⁵ D. VAN GERVEN “Aansprakelijkheidsvordering tegen feitelijke bestuurders” (noot onder Gent 20 oktober 2008), *TRV* 2013, (174) 175, nr. 4. Zie over het bevoegde orgaan om een aansprakelijkheidsvordering tegen de feitelijke bestuurder in te leiden ook verder randnr. 236 t.e.m. 239.

⁵⁹⁶ Zie bv. Kh. Veurne 12 december 2001, *TRV* 2002, 464, noot D. VAN GERVEN en *JDSC* 2003, 184 (verkort) (kwalificatie van de moeder van de bestuurder *de jure* als feitelijke bestuurder); Antwerpen 10 september 2004, *Limb.Rechtsl.* 2005, 41, noot B. WINDEY (kwalificatie van de feitelijk samenwonende partner van de zaakvoerder *de jure* als feitelijke zaakvoerder). Zie ook verschillende voorbeelden in Frankrijk: (i) kwalificatie van de voormalige partner van de bestuurder *de jure* als feitelijke bestuurder: Cass. (com.) fr. 20 april 2017, nr. 15-10.425, *JurisData* nr. 2017-007291, *BJE* 2017, 297, obs. T. FAVARIO, *Bull. Joly Sociétés* 2017, 463, noot J. HEINICH, *Rev. proc. coll.* 2017, comm. 149, obs. A. MARTIN-SERF; (ii) kwalificatie van de echtgenoot van de bestuurder *de jure* als feitelijke bestuurder: Cass. (com.) fr. 9 mei 1995, nr. 93-11.338, *JurisData* nr. 1995-001035, *Bull. civ. IV* 1995, nr. 134; *D.* 1996, 84, obs. A. HONORAT, *LPA* 1996, nr. 84, 35, obs. J.-L. COURTIER; Cass. (soc.) fr. 23 juni 2015, nr. 14-10.541, onuitg.; Cass. (soc.) fr. 27 september 2017, nr. 16-17.619, *JurisData* nr. 2017-018718; (iii) kwalificatie van de schoonvader van de bestuurder *de jure* als feitelijke bestuurder: Cass. (soc.) fr. 2 juli 2008, nr. 07-41.913, onuitg.; (iv) kwalificatie van de nonkel van de bestuurder *de jure* als feitelijke bestuurder: Cass. (com.) fr. 12 april 1976, nr. 74-13.966, *JurisData* nr. 1976-097116, *Bull. civ. IV* 1976, nr. 116; (v) kwalificatie van de vader van de bestuurder *de jure* als feitelijke bestuurder: Cass. (com.) fr. 14 oktober 1997, nr. 94-14.146, *RTD com.* 1998, 164, obs. C. CHAMPAUD en D. DANET; Cass. (1re civ.) fr. 11 oktober 2012, nr. 11-17.944, *Bull. civ. IV* 2012, nr. 116, 101; Paris 19 april 2017, nr. 15/21571, *JurisData* nr. 2017-008678.

⁵⁹⁷ Tenzij zij binnen de familie in conflict zouden komen omtrent het te voeren beleid. Zie opnieuw Gent 20 oktober 2008, *TRV* 2013, 170, noot D. VAN GERVEN. Cf. M. WYCKAERT en R. FORIERS, “Bestuurdersaansprakelijkheid in vennootschappen: een veldonderzoek” in S. COOLS (ed.), *Themis 117 – Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2021, (1) 1 (ten dele geciteerd onder randnr. 106 hierboven).

⁵⁹⁸ Cf. S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV”, *Working Paper No. 2021/1*, elektronisch beschikbaar via <https://ssrn.com/abstract=3844443>, 6; S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV” in S. COOLS (ed.), *Lessen na twee jaar WVV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2022, (399) 406: “De schuldenaar van de interne aansprakelijkheid is in volkomen rechtspersonen doorgaans iemand die de controle heeft over de vennootschap als schuldeiser (of die nauw

rechtspersoon zijn niet langer aan zet, omdat de gefailleerde vanaf de dag van het vonnis van faillietverklaring van rechtswege het beheer over al zijn goederen verliest⁵⁹⁹. Zij kunnen de feitelijke bestuurder dus ook niet langer afschermen. De curator die over het faillissement wordt aangesteld bevindt zich in een andere positie. Hij heeft in principe geen band met de feitelijke bestuurder⁶⁰⁰ en zal hem met andere woorden ook niet van aansprakelijkheid ontzien.

109. Een derde mogelijke verklaring, die enigszins samenhangt met de vorige verklaring, is dat onze wetgeving geen vordering zoals de minderheidsvordering kent die tegen de feitelijke bestuurder kan worden ingesteld⁶⁰¹. Het gebrek daaraan wil zeggen dat een feitelijke bestuurder tegenover de rechtspersoon maar tot de orde kan worden geroepen, wanneer een meerderheid van de bestuurders *de jure* daartoe besluit⁶⁰². Die meerderheid zal in een continuïteitstoestand zelden of nooit worden gevonden. Het feit dat een feitelijke bestuurder in een rechtspersoon actief kan zijn, betekent dat hij minstens tot op een zekere hoogte de gratie van de bestuurders *de jure* geniet. Ze zijn passief, afwezig, gedogen hem, zijn van hem afhankelijk of staan onder een dermate sterke invloed dat ze hun eigen wil laten varen. Een bestuurder met een dissidente stem – al dan niet aangesteld op voordracht van een minderheidsaandeelhouder – kan in deze context weinig ondernemen. In een faillissementscontext is de situatie wederom anders. De curator komt aan zet en de oude machtsverhoudingen binnen de rechtspersoon zijn niet langer van tel.

B. De feitelijke bestuurder – “achterman”

110. Sommige auteurs noemen de feitelijke bestuurder in één adem met de “achterman”⁶⁰³ of

verbonden is met de controlerende aandeelhouders). Weinig personen zijn zo schizofreen of scrupuleus dat ze het initiatief nemen om zichzelf aansprakelijk te laten stellen. Het is maar op het ogenblik dat de curator als een neutrale persoon de controle krijgt over de action mandati, dat de theoretische bestuursaansprakelijkheid ook in de praktijk wordt afgedwongen”.

⁵⁹⁹ Zie artikel XX.110, §1 WER.

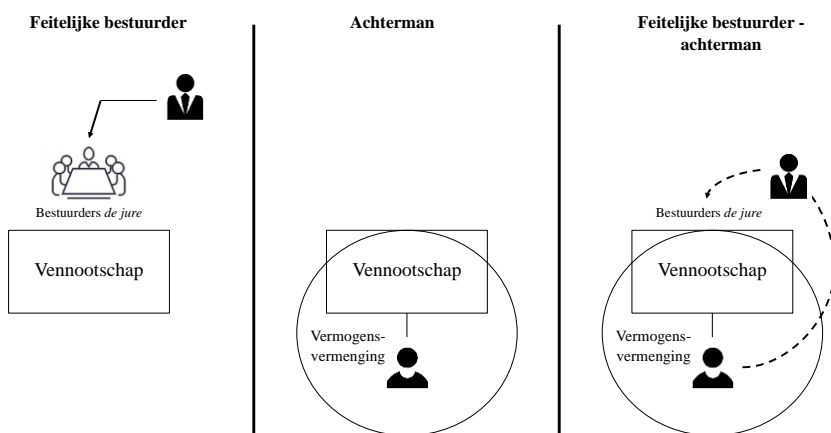
⁶⁰⁰ De curator moet luidens artikel XX.126, §3 WER elke vorm van tegenstrijdigheid van belangen of schijn van partijdigheid melden aan de voorzitter van de ondernemingsrechtbank.

⁶⁰¹ Zie over de reikwijdte van de minderheidsvordering en de vraag of het al dan niet wenselijk zou zijn om een minderheidsvordering tegen de feitelijke bestuurder in te voeren ook verder randnr. 240 t.e.m. 243.

⁶⁰² Dit uiteraard in de hypothese dat het bestuur collegiaal is georganiseerd. Zie ook verder randnr. 239.

⁶⁰³ De term “achterman” werd in de rechtsleer voor het eerst in de mond genomen door BRAECKMANS in H. BRAECKMANS, “Toerekening van het vennootschapsfaillissement aan de achterman of de uitbreiding van het faillissement tot de meester van de zaak” (noot onder Cass. 26 mei 1978), RW 1978-79, 850-858.

de “meester van de zaak”⁶⁰⁴. Het gaat, zoals hieronder schematisch wordt weergegeven, om een persoon die handelt onder het mom van een vennootschap / die een vennootschap gebruikt als scherm voor zijn persoonlijke activiteiten⁶⁰⁵. De achterman is een aandeelhouder of vennoot van de vennootschap, maar respecteert noch intern, noch extern het wezen ervan, of de regels die erop van toepassing zijn. De gelijkenis met de feitelijke bestuurder hoeft niet al ver te worden gezocht. Ook de feitelijke bestuurder miskent de normale spelregels, zij het (uitsluitend) op het niveau van het bestuur. Dat de twee in bepaalde rechtsleer met elkaar worden vereenzelvigd, valt te verklaren door het feit dat de achterman soms ook als feitelijke bestuurder kan worden aangemerkt.



111. Waarom wordt hier – los van het feit dat sommige auteurs deze term in de mond nemen – bij de “achterman” stilgestaan? Welnu, omdat deze term in recentere publicaties zelden nog ter sprake komt. Dat valt te verklaren als volgt. In de jaren '60 en '70 van de vorige eeuw, werd in de rechtspraak regelmatig toepassing gemaakt van het zogenaamde leerstuk van “de uitbreiding of toerekening van het faillissement naar de achterman of de meester van de zaak”⁶⁰⁶. Het ging om een vorm van gerechtelijke doorbraak bij faillissement, waarbij letterlijk door de failliete

⁶⁰⁴ Zie in het bijzonder: J.-L. JASPAR en A. DE SMETH, “La notion de gérant de fait”, *JT* 1984, (645) 645; J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 197.

⁶⁰⁵ Deze omschrijving wordt gegeven in H. BRAECKMANS, “Toerekening van het vennootschapsfaillissement aan de achterman of de uitbreiding van het faillissement tot de meester van de zaak” (noot onder Cass. 26 mei 1978), *RW* 1978-79, (850) 852, nr. 4.

⁶⁰⁶ Zie bv. Luik 26 juni 1967, *RPS* 1967, 207; Brussel 2 februari 1968, *RPS* 1970, 228; Kh. Dinant 29 september 1965, *RPS* 1967, 210; Kh. Brussel 30 oktober 1970, *RPS* 1971, 140; Kh. Charleroi 29 april 1974, *RPS* 1974, 181, noot P.C; Kh. Brussel 11 februari 1975, *RPS* 1975, 36; Kh. Brussel 23 april 1975, *RPS* 1975, 237; Kh. Oostende 7 december 1976, *RPS* 1977, 221; Kh. Brussel 29 maart 1977, *RPS* 1977, 143; Kh. Brussel 12 december 1977, *RPS* 1977, 78; Kh. Antwerpen 6 oktober 1978, *RPS* 1979, 321.

vennootschap “heen” werd gekeken⁶⁰⁷. Dat gebeurde wanneer de activiteiten en vermogens van de failliete vennootschap en de vennoot- of aandeelhouder-achterman zodanig vermengd waren, dat ze niet meer van elkaar konden worden onderscheiden⁶⁰⁸. Verschillende rechters besloten bij dergelijke vermenging het faillissement naar de achterman uit te breiden, zodat de schulden van de failliete vennootschap evenzeer bij hem konden worden verhaald. Meestal werd daarbij niet nagegaan of de achterman zelf voldeed aan de voorwaarden om failliet te worden verklaard⁶⁰⁹.

Het ging, zoals de WULF terecht aangeeft, om een “toerekening in de letterlijke zin van het woord: eens dat was vastgesteld dat de vennootschap failliet was, [werd het] faillissement zonder verder onderzoek uitgebreid naar de vennoot die de rechtspersoonlijkheid misbruikt had of niet gerespecteerd had”⁶¹⁰.

De doorbraakrechtspraak met uitbreiding of toerekening van het faillissement aan de achterman kende tot aan het einde van de jaren ‘70 een hoge vlucht⁶¹¹. In 1979 kwam daar verandering in. Het Hof van Cassatie oordeelde op 1 juni 1979 dat het faillissement van de achterman enkel kan

⁶⁰⁷ H. BRAECKMANS, “Toerekening van het vennootschapsfaillissement aan de achterman of de uitbreiding van het faillissement tot de meester van de zaak” (noot onder Cass. 26 mei 1978), *RW* 1978-79, (850) 852.

⁶⁰⁸ Zie hierover o.m. Y. DUMON en F. MAUSSION, “Propos sur l’extension de la faillite”, *TBH* 1974, 180-210; J. RONSE, K. VAN HULLE, J.-M. NELISSEN GRADE en B. VAN BRUYSTEGEM, “Overzicht van rechtspraak (1968-1977). Vennootschappen”, *TPR* 1978, (681) 776-794; H. BRAECKMANS, “Toerekening van het vennootschapsfaillissement aan de achterman of de uitbreiding van het faillissement tot de meester van de zaak” (noot onder Cass. 26 mei 1978), *RW* 1978-79, 850-858; W. VAN GERVEN, “Variaties op het thema misbruik”, *RW* 1979-80, 2467-2500; B. MOERMAN, “Toerekening van het vennootschapsfaillissement aan de achterman”, *Jura Falc.* 1979-80, 571-578; H. BRAECKMANS, “Toerekening van het faillissement aan de achterman meer dan zes maanden na de faillietverklaring van de vennootschap” (noot onder Cass. 26 oktober 1979), *RW* 1980-81, 1798-1799; F. T’KINT, “L’extension de faillite”, *RCJB* 1981, 52-86; P. COLLE, “Is de uitbreiding van het vennootschapsfaillissement tot de meester van de zaak juridisch verantwoord?”, *RW* 1982-83, 1697-1718; I. VANMUYSEN, “Uitbreiding van faillissementen: Recht en werkelijkheid”, *Limb.Rechtsl.* 1984, 199-216; K. GEENS en H. LAGA, “Overzicht van rechtspraak (1986-1991). Vennootschappen”, *TPR* 1993, (933) 1011-1014; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, Diegem, Kluwer, 1996, 575-591; K. GEENS, M. DENEFF, R. TAS, F. HELLEMANS en J. VANANROYE, “Overzicht van rechtspraak (1992-1998). Vennootschappen”, *TPR* 2000, (99) 230 e.v., nr. 154 e.v.; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 46-47; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2016, 340-341.

⁶⁰⁹ H. DE WULF, “Concernrechtelijke aansprakelijkheid” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2002, losbl., (III.5-1) III.5-11.

⁶¹⁰ H. DE WULF, “Concernrechtelijke aansprakelijkheid” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2002, losbl., (III.5-1) III.5-11.

⁶¹¹ Zie E. SIMONS en W. VAN TONGELEN, “Aansprakelijkheid van aandeelhouders” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2007, losbl., (I.3-27) I.3-40h.

worden uitgesproken wanneer ook in zijnen hoofde de faillissementsvoorwaarden voldaan zijn⁶¹². Verschillende commentatoren gaven terecht aan dat het gevolg van dit arrest is dat er niet meer van een echte uitbreiding of toerekening van faillissement kan worden gesproken⁶¹³, of nog, dat het leerstuk van de “uitbreiding of toerekening van het faillissement” vandaag geen zelfstandig leerstuk meer is⁶¹⁴, of zelfs volledig teniet is gedaan⁶¹⁵. Er wordt daarom nog maar weinig aandacht aan besteed.

Het feit dat JASPAR, DE SMETH⁶¹⁶ en TIMP⁶¹⁷ in hun bijdragen schrijven dat niets eraan in de weg staat dat tegen een feitelijke bestuurder-“achterman” zowel een vordering wordt ingesteld op grond van het in 1978 ingevoerde artikel 63ter Venn.W. (de bijzondere faillissementsaansprakelijkheid), als een vordering op grond van het leerstuk van de toerekening van het faillissement aan de achterman, is in die zin opmerkelijk. Hun bijdragen dateren van na voormeld cassatiearrest van 1 juni 1979. Een toepassing van het leerstuk van de toerekening lijkt dan ook niet langer aan de orde.

C. De waarnemer (“l’observateur”)

112. Wie in een vennootschap participeert of er gelden aan uitleent, wil een zekere mate van controle over zijn investering kunnen uitoefenen. Dat is eens te meer zo, wanneer de betrokken vennootschap zich op het moment van de investering in woelige wateren bevindt. De controle over een investering en de daarmee gepaard gaande – veelal contractuele – afspraken wordt in de praktijk meestal gerealiseerd door de investeerder het recht toe te kennen om een bestuurder in de rechtspersoon aan te duiden. Zulke benoeming is echter niet altijd wenselijk of praktisch gezien

⁶¹² Cass. 1 juni 1979, *Arr.Cass.* 1979-80, 1153, *Pas.* 1979, I, 1129, noot F.D., *RW* 1979-80, 696, noot M. COLPAERT en D.M. MOONS, *JT* 1979, 727, *RCJB* 1981, 49, noot F. T' KINT en *RPS* 1981, 102. Zie ook later Cass. 29 juni 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 1409, *Bull.* 1990, 1249, *Pas.* 1990, I, 1249, *RW* 1990-91 (verkort), 811 en *TBH* 1990, 844.

⁶¹³ Zie o.m. H. GEINGER, P. COLLE en C. VAN BUGGENHOUT, “Overzicht van rechtspraak (1975-89). Het faillissement en het gerechtelijk akkoord”, *TPR* 1991, (407) 422, nr. 12; H. GEINGER, C. VAN BUGGENHOUT en C. VAN HEUVERSWYN, “Overzicht van rechtspraak (1990-95). Het faillissement en het gerechtelijk akkoord”, *TPR* 1996, (909) 921, nr. 11; H. DE WULF, “Concernrechtelijke aansprakelijkheid” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2002, losbl., (III.5-1) III.5-12.

⁶¹⁴ Zie E. SIMONS en W. VAN TONGELEN, “Aansprakelijkheid van aandeelhouders” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2007, losbl., (I.3-27) I.3-40j.

⁶¹⁵ Zie A. ZENNER, *Dépistage, faillites et concordats*, Brussel, Larcier, 1998, 773, nr. 1089; A. ZENNER, *Traité du droit de l’insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, 1501.

⁶¹⁶ J.-L. JASPAR en A. DE SMETH, “La notion de gérant de fait”, *JT* 1984, (645) 645.

⁶¹⁷ J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 197.

haalbaar. Om de investeerder dan toch enige gemoedsrust te kunnen bieden, wordt soms een beroep gedaan op de figuur van de waarnemer (“*observateur*”). Het gaat om een persoon die op grond van afspraken in een aandeelhouders- of leningsovereenkomst het recht krijgt om de vergaderingen van het bestuursorgaan bij te wonen en te observeren. Dit evenwel zonder aan de deliberaties te mogen deelnemen of enig stemrecht te mogen uitoefenen⁶¹⁸. Het idee is dat de investeerder zo toch zijn “*inside man*” krijgt⁶¹⁹.

Een waarnemer kan contractueel bepaalde rechten krijgen toegekend, zoals het recht om vooraf aan een vergadering dezelfde informatie te krijgen als de leden van het bestuursorgaan⁶²⁰ of het recht om binnen een redelijke termijn door de bestuurders op de hoogte te worden gebracht van belangrijke ontwikkelingen.

113. GOFFIN merkte onder het oude W.Venn. al op dat een waarnemer niet als feitelijke bestuurder kan worden gekwalificeerd, zolang hij de “regels van het spel” respecteert en zich niet in het bestuur van de onderneming inmengt⁶²¹. Echter, zoals hij terecht aangeeft is feitelijk bestuur nooit ver weg; de omslag van observatie naar inmenging is snel gemaakt: “*La frontière est toutefois vite dépassée car, en veillant à la protection des droit de l’actionnaire ou du créancier qui l’ont désigné, l’observateur pourrait être amené à prendre des positions tranchées qui pourraient être rapidement considérées comme une véritable ingérence*”⁶²².

Sedert de introductie van het WVV werd een gelijkaardige boodschap geformuleerd door CULOT, die erop wijst dat men er best ook goed over nadenkt hoe men de rol van de waarnemer – of “*invité*

⁶¹⁸ H. CULOT, “Questions choisies sur la gouvernance de la SA et de la SRL” in R. AYDOGDU, O. CAPRASSE, H. CULOT, J-A. DELCORDE, P. LAMBRECHT, E.-J. NAVEZ, V. SIMONART, T. TILQUIN en D. WILLERMAIN (eds.), *La gouvernance des sociétés au 21e siècle*, Limal, Anthemis, 2020, (121) 134, nr. 23.

⁶¹⁹ Het valt in de marge op te merken dat die *inside man* in principe niet aan een discretieplicht zoals een bestuurder onderworpen is (zie over de discretieplicht van de bestuurder bv. R. HOUBEN, “Zwijgrecht en spreekplicht in het vennootschaps- en financieel recht” in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Zwijgrecht versus spreekplicht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (201) 210 e.v.; K. COX, “De discretieplicht van de bestuurder van de naamloze vennootschap”, *RPS* 2013, afl. 2, 163-223; H. CULOT, “Questions choisies sur la gouvernance de la SA et de la SRL” in R. AYDOGDU, O. CAPRASSE, H. CULOT, J-A. DELCORDE, P. LAMBRECHT, E.-J. NAVEZ, V. SIMONART, T. TILQUIN en D. WILLERMAIN (eds.), *La gouvernance des sociétés au 21e siècle*, Limal, Anthemis, 2020, (121) 129-130). Men zal hem voor bepaalde bedrijfsgevoelige informatie dus ook een geheimhoudingsovereenkomst moeten laten ondertekenen.

⁶²⁰ J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 80, nr. 53.

⁶²¹ J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 80, nr. 53.

⁶²² J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 80, nr. 53.

permanent” zoals CULOT hem noemt – omschrijft⁶²³.

CULOT stelt: “*Si la pratique n’emporte pas d’objection de principe, on ne saurait trop recommander d’être précis sur les termes et d’éviter sur le fond les mélanges des genres. L’expression « membre avec voix consultative », par exemple, peut donner l’impression que la personne concernée est un administrateur, mais sans droit de vote. Sa qualité d’administrateur, à supposer que telle soit l’intention, implique toutefois de nombreuses autres conséquences, par exemple, en termes de responsabilité ou de représentation de la société. Le risque existe que des tiers puissent soutenir avec suffisamment de vraisemblance que cette personne est un administrateur. Les risques ne résident pas seulement dans les termes, mais aussi dans la substance. Il faut éviter qu’un invité permanent finisse par se comporter comme un administrateur à part entière, voir (l’habitude aidant) à être de facto considéré comme tel par les (vrais) administrateurs. Il usurperait alors un pouvoir qu’il n’a pas; on pourrait reprocher à tous les administrateurs une violation de la loi et des statuts, et l’intéressé pourrait être considéré comme un administrateur de fait*”⁶²⁴.

Om aan te tonen dat een waarnemer zich effectief aan de regels van het spel heeft gehouden, kan worden verwezen naar de processen-verbaal van de vergaderingen van het bestuursorgaan. Een zorgvuldige redactie daarvan is dan wel noodzakelijk.

III. EEN NALATEN LEIDT NIET TOT FEITELIJK BESTUUR, MAAR KAN MOGELIJK WEL LEIDEN TOT AANSPRAKELIJKHEID

A. Algemeen

114. Feitelijke bestuurders worden in het Belgische recht op het vlak van aansprakelijkheid in belangrijke mate gelijkgeschakeld met bestuurders *de jure*. Deze laatsten kunnen voor een hele reeks nalatigheden worden aangesproken, gaande van de niet-naleving van specifiek in het WVV aan hen opgelegde verplichtingen (zoals de verplichting tot naleving van de alarmbelprocedure, de verplichting tot het opstellen en neerleggen van de jaarrekening, enz.), tot de niet-naleving van verplichtingen die normaal door hen worden benaardstigd als organen van de rechtspersoon (men

⁶²³ H. CULOT, “Questions choisies sur la gouvernance de la SA et de la SRL” in R. AYDOGDU, O. CAPRASSE, H. CULOT, J-A. DELCORDE, P. LAMBRECHT, E.-J. NAVEZ, V. SIMONART, T. TILQUIN en D. WILLERMAIN (eds.), *La gouvernance des sociétés au 21e siècle*, Limal, Anthemis, 2020, (121) 134, nr. 23.

⁶²⁴ H. CULOT, “Questions choisies sur la gouvernance de la SA et de la SRL” in R. AYDOGDU, O. CAPRASSE, H. CULOT, J-A. DELCORDE, P. LAMBRECHT, E.-J. NAVEZ, V. SIMONART, T. TILQUIN en D. WILLERMAIN (eds.), *La gouvernance des sociétés au 21e siècle*, Limal, Anthemis, 2020, (121) 134, nr. 23.

denke hierbij o.m. aan de wettelijke verplichting voor de rechtspersoon om een boekhouding te voeren of de wettelijke verplichting voor de rechtspersoon om belastingaangiften in te dienen, enz.). Kunnen feitelijke bestuurders die met hen worden gelijkgesteld, maar die niet de officiële vertegenwoordigers zijn van de rechtspersoon, noch de geadresseerden van deze wettelijke verplichtingen, ook voor deze nalatigheden worden aangesproken, of is hun gehoudenheid beperkt tot zuiver positieve daden van bestuur?

Welnu, het is duidelijk dat iemand die geen feitelijke bestuurder is, dat niet zomaar wordt, en al helemaal niet door het nalaten in een rechtspersoon in te grijpen⁶²⁵. Iets totaal anders is wanneer hij de hoedanigheid van feitelijke bestuurder al heeft verworven op basis van andere handelingen. Is zijn gehoudenheid dan niet net dezelfde als die van een bestuurder *de jure*⁶²⁶?

B. De gehoudenheid van de feitelijke bestuurder voor een nalatigheid onder het W.Venn.: de betwistbare opvatting

115. Wie de rechtsleer analyseert zal zien dat de vraag naar de gehoudenheid van de feitelijke bestuurder voor nalatigheden, zelden met zoveel woorden wordt gesteld, laat staan dat ze duidelijk wordt beantwoord. Onder gelding van de oude vennootschapswetgeving waren er maar een paar auteurs die op deze vraag ingingen. Zij deden dat tegen de achtergrond van een andere vraag, met name of de feitelijke bestuurder ook aansprakelijk kon worden gesteld op grond van de algemene regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid in de Venn.W.⁶²⁷ (later het W.Venn.), niettegenstaande het feit dat hij daarin niet werd vermeld⁶²⁸. Sommige auteurs hielden voor dat dat kon⁶²⁹. Ten

⁶²⁵ Zie ook hierboven randnr. 61.

⁶²⁶ Zie ook H. DE WULF, "Concernrechtelijke aansprakelijkheid" in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2002, losbl., (III.5-1) III.5-41, vn. 4.

⁶²⁷ Te weten: de aansprakelijkheid wegens gewone bestuursfouten en wegens schendingen van het wetboek en/of de statuten.

⁶²⁸ Zie hierover verder randnr. 189.

⁶²⁹ Zie o.m. J. RONSE en J. LIEVENS, "De doorbraakproblematiek" in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 159; R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering - en verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, 574-575; H. DE WULF en I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in VLAAMSE CONFERENTIE DER BALIE VAN GENT (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, (195) 202.

onrechte, want de tekst van de wet was duidelijk: alleen bestuurders *de jure* werden gevisieerd. De betrokken auteurs voerden allen hetzelfde voorbeeld aan, met name dat de feitelijke bestuurder net als de bestuurder *de jure* op grond van het oude artikel 103 Venn.W., respectievelijk het oude artikel 528 W.Venn. (aansprakelijkheid wegens schending(en) van de vennootschapswetgeving) kon worden aangesproken wanneer hij had nagelaten de alarmbelprocedure toe te passen⁶³⁰.

DE WULF stelde ter zake: “Een strekking in de rechtsleer houdt terecht voor dat feitelijke bestuurders volgens dezelfde aansprakelijkheidsregels moeten beoordeeld worden als de personen die formeel tot bestuurder benoemd zijn, dus ook buiten de expliciet wettelijk geregelde hypothese van art. 530 W.Venn.⁶³¹. Dit impliceert m.i. ook dat eens iemand als feitelijke bestuurder kan gekwalificeerd worden, hij ook voor nalatigheden aansprakelijkheid oploopt zoals een echte bestuurder. Zo rust op bestuurders de plicht om wanneer een situatie van kapitaalverlies intreedt – dat wil zeggen dat het netto-actief ten gevolge van verliezen minder waard is dan de helft van het kapitaalbedrag – binnen de twee maand na de vaststelling van de situatie de algemene vergadering bijeen te laten komen, met ontbinding of herstructureringsmaatregelen op de agenda; wordt deze bijeenroepingsverplichting niet gerespecteerd, dan bevat de wet een vermoeden dat de schade die derden lijden – meer bepaald onbetaalde vorderingen op de vennootschap – voortvloeien uit deze niet-bijeenroeping van de algemene vergadering. Welnu, **wanneer op basis van de feiten kan vastgesteld worden dat iemand feitelijk bestuurder is, zal hij volgens mij ervoor moeten zorgen dat de algemene vergadering wordt bijeengeroepen** en wanneer hij dat niet doet begaat hij een fout in de zin van art. 528 W.Venn.: schending van de wet, waarvoor aansprakelijkheid kan intreden tegenover derden” (eigen nadruk).

Deze opvatting, die geen steun vond in de bewoordingen van de wet, werd niet door iedereen gedeeld⁶³². Betekende dit dat de feitelijke bestuurder volgens de critici dan nooit voor nalatigheden kon worden aangesproken? Allerm minst, maar er moest volgens hen wel een beroep worden gedaan op een andere juridische grondslag, met name het gemeenrechtelijke artikel 1382 oud BW⁶³³, en

⁶³⁰ Er waren in de rechtsleer verschillende standpunten omtrent de toepassing van het oude artikel 528 W.Venn. op de feitelijke bestuurder. Zie hierover verder randnr. 189 t.e.m. 192.

⁶³¹ Artikel 530 W.Venn. (NV) was lange tijd – naast equivalente bepalingen in de BVBA (artikel 265 W.Venn.) en de CVBA (artikel 409 W.Venn.) – de enige bepaling waarin een wettelijke gelijkstelling tussen feitelijke bestuurders en bestuurders *de jure* was opgenomen. Zie ook hierboven randnr. 41.

⁶³² Zie K. GEENS, M. DENEFF, R. TAS, F. HELLEMANS en J. VANANROYE, “Overzicht van rechtspraak (1992-1998). Vennootschappen”, *TPR* 2000, (99) 325, nr. 293; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2004, 87, nr. 50; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 77.

⁶³³ Voor meer achtergrond bij de toepassing van artikel 1382 oud BW op de feitelijke bestuurder wordt verwezen naar het derde hoofdstuk van dit Deel 2, zie randnr. 254 e.v.

alles hing af van de concrete omstandigheden van het geval.

C. De gehoudenheid van de feitelijke bestuurder voor een nalatigheid onder het WVV: nog steeds vooral een gemeenrechtelijk vraagstuk

116. Onder het WVV is het uitgangspunt anders. Immers, artikel 2:56 WVV dat de regels inzake aansprakelijkheid wegens gewone bestuursfouten en schendingen van het wetboek en de statuten omvat, verwijst niet enkel naar de bestuurders *de jure*, maar ook naar de feitelijke bestuurders⁶³⁴. Zoals hierna nog uitvoeriger zal worden toegelicht⁶³⁵, blijft het ondanks die nieuwe regels juridisch toch nog altijd het zuiverste om de feitelijke bestuurder bij nalatigheden aan te spreken op grond van het gemene aansprakelijkheidsrecht. De idee is daarbij niet, zoals bij een bestuurder *de jure* het geval is, dat de niet-naleving van een wettelijke (bestuurs)plicht (en het gaat daarbij niet alleen om in het WVV opgenomen plichten) door een feitelijke bestuurder *ipso facto* of automatisch een fout uitmaakt in de zin van artikel 1382 oud BW. Dat kan ook niet, omdat de verplichting niet aan hem is opgelegd of door hem moet worden benaarstigd. Wat is de redenering dan wel? De redenering is dat een feitelijke bestuurder, net zoals elk ander rechtssubject gehouden is om zich te gedragen zoals een normaal zorgvuldig en vooruitziend persoon geplaatst in dezelfde omstandigheden. Wanneer bijvoorbeeld blijkt dat een feitelijke bestuurder zich in het verleden feitelijk heeft beziggehouden met het, namens de vennootschap, indienen van de aangiftes in de vennootschapsbelasting en het opmaken van de jaarrekening, dan kan hij daar niet zomaar mee ophouden en vervolgens opwerpen dat deze verplichtingen niet op hem rustten. De genoemde handelingen eerst stellen en nadien nalaten, getuigt niet van het gedrag dat kan worden verwacht van een normaal zorgvuldig en vooruitziend persoon⁶³⁶, geplaatst in dezelfde omstandigheden. De feitelijke bestuurder die dergelijk gedrag vertoont, begaat een fout, die, indien wordt aangetoond

⁶³⁴ Zie ook E. POTTIER en F. LEFEVRE, “De aansprakelijkheid van de organen”, *TBH* 2018, (1091) 1095, nr. 13 en 1096, nr. 17; X. DIEUX en P. DE WOLF, “Le nouveau Code des sociétés (et des associations): Capita Selecta”, *JT* 2019, (501) 511, nr. 64; E. POTTIER en F. LEFEVRE, “La responsabilité des organes” in A.-P. ANDRE-DUMONT en T. TILQUIN (eds.), *La société à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier Legal, 2019, (173) 179, nr. 13 en 181, nr. 17.

⁶³⁵ Zie verder randnr. 213 e.v.

⁶³⁶ Zie hierover: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Anwerpen, Intersentia, 2009, 127: “Vooruitziend houdt in dat men in alle redelijkheid tracht zich de nadelige gevolgen van zijn handelen of nalaten in te beelden, terwijl zorgvuldig betekent dat men door het nemen van de gepaste voorzorgsmaatregelen tracht de nadelige gevolgen van zijn gedrag te voorkomen”.

dat zij schade heeft veroorzaakt, aanleiding kan geven tot aansprakelijkheid op grond van artikel 1382 oud BW⁶³⁷.

De loutere vaststelling dat een wettelijke bestuursplicht niet werd nagekomen (ongeacht of die plicht nu is opgenomen in het WVV of in een andere wettekst) is in hoofde van de feitelijke bestuurder met andere woorden onvoldoende om tot aansprakelijkheid te kunnen besluiten. Wil men de feitelijke bestuurder voor de niet-naleving van dergelijke plicht kunnen aanspreken, dan zal men een persoonlijke fout in zijne hoofde moeten kunnen aantonen. Zulke fout kan bestaan in het feit dat hij zich feitelijk met de naleving van de verplichting bezighield en daar plots mee is opgehouden. Kan niet worden aangetoond dat de feitelijke bestuurder degene was die zich feitelijk met de naleving van de wettelijke bestuursplicht bezighield, dan moeten andere feiten worden gezocht die zijn aansprakelijkheid zouden kunnen verantwoorden.

Het is dus nogmaals niet zo dat indien er een feitelijke bestuurder in een rechtspersoon aanwezig is en er tal van inbreuken worden gepleegd op het WVV, dat die feitelijke bestuurder daar via artikel 1382 oud BW zomaar voor kan worden aangesproken⁶³⁸. Artikel 1382 oud BW is geen “containernorm” of “opvangbepaling” die toelaat om een feitelijke bestuurder voor inbreuken op bepalingen van het WVV of de statuten in het vizier te nemen, waar dit niet mogelijk is volgens de bewoordingen van het WVV zelf⁶³⁹. Dat men in de praktijk doorgaans⁶⁴⁰ erg streng is, getuige het volgende voorbeeld (weliswaar nog onder gelding van het oude W.Venn.): in een vennootschap waarvan de financiële en boekhoudkundige toestand volledig werd verwaarloosd (er werd onder meer geen jaarrekening opgesteld en neergelegd en er werd geen regelmatige boekhouding gevoerd) werd een feitelijke bestuurder aangesproken op grond van artikel 1382 oud BW. Hoewel

⁶³⁷ Zie voor een toepassingsgeval in de rechtspraak: Kh. Gent 9 januari 2017, *TIBR* 2019, afl. 2, 73.

⁶³⁸ Al lijkt men in sommige rechtsleer wel deze indruk te wekken. Zie bijvoorbeeld M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 13, nr. 16: “*Wanneer de feitelijke bestuurder het Wetboek van Vennootschappen of de statuten overtreedt, kan hij in principe enkel op grond van artikel 1382 [oud] BW worden aangesproken*”.

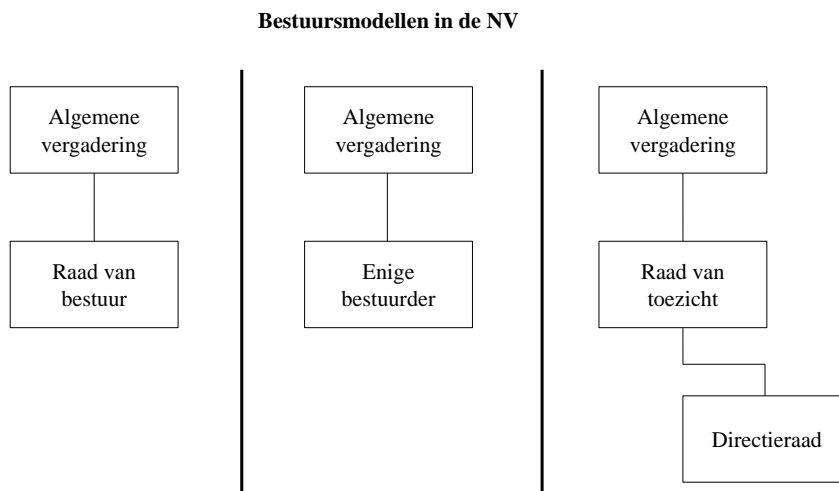
⁶³⁹ Zie ook verder randnr. 217.

⁶⁴⁰ Merk op dat feitelijke bestuurders in het verleden in bepaalde erg bekritiseerbare rechtspraak wel rechtstreeks voor inbreuken op de vennootschapswetgeving veroordeeld zijn geweest. Deze veroordelingen zijn echter geen veroordelingen op basis van artikel 1382 oud BW, maar op basis van de vennootschapswetgeving zelf. Zie bv. Antwerpen 28 april 1997, *T.Not.* 1997, 521 (weergave); Gent 8 februari 2001, *JDSC* 2003, 211, noot M.-A. DELVAUX; Rb. Brugge 8 september 2003, *AFT* 2005, 29 (weergave), noot J. VANDEN BRANDEN, *FJF* 2004, 403 en *JDSC* 2005, 163, noot M.-A. DELVAUX; Antwerpen 10 september 2004, *Limb.Rechtsl.* 2005, 41, noot B. WINDEY. Zie hierover ook verder randnrs. 189 en 196.

een aantal inbreuken op de vennootschapswetgeving waren ingeroepen (met name op de artikelen 92 W.Venn. (thans artikel 3:1 WVV), 98 W.Venn. (thans artikel 3:10 WVV) en 332 W.Venn. (thans artikel 5:153 WVV)), werd de feitelijke bestuurder niet voor die inbreuken veroordeeld, maar meer algemeen omdat hij de boekhoudkundige toestand van de vennootschap, die het financieel erg slecht stelde, totaal had verwaarloosd en zich passief had opgesteld⁶⁴¹. Zulk gedrag werd geacht in te druisen tegen het gedrag van een normaal zorgvuldig en vooruitziend persoon geplaatst in dezelfde omstandigheden.

IV. FEITELIJK BESTUUR OP ÉÉN OF TWEE NIVEAUS IN EEN NV?

A. Algemeen



117. Sinds de inwerkingtreding van het WVV is het in een NV mogelijk om te kiezen tussen drie verschillende bestuursmodellen⁶⁴²: (i) het monistisch bestuursmodel met een collegiale raad

⁶⁴¹ Zie Antwerpen 23 maart 2017, *TRV-RPS* 2018, 884, noot S. DE GEYTER.

⁶⁴² Zie voor een bespreking van de verschillende bestuursmodellen: P. A. FORIERS en M. WYCKAERT, “Le projet de Code des sociétés et associations: nouveautés en matière de gouvernance dans les sociétés et les associations – Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen – wat verandert in de ‘governance’ van vennootschappen en verenigingen?” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen – Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (119) 126-134; K. MARESCEAU en B. JOYE, “Het bestuur van vennootschappen in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen” in M. WYCKAERT, P. ERNST, D. BRULOOT, K. MARESCEAU, B. JOYE, C. PIETTE, A. FRANÇOIS, M. VERHEYDEN en R. TAS (eds.), *De nieuwe vennootschapswet: VPG studiedag 2018*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018, (83) 94-98; E. POTTIER, T. L’HOMME, L.-Y. TU en G. VISEUR, “Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées”, *TBH* 2018, (1013) 1042-1054; D. WILLERMAIN, F. MESSINNE en G.

van bestuur, (ii) het monistisch bestuursmodel met een unieke bestuurder, of (iii) het duaal bestuursmodel.

De twee laatstgenoemde modellen waren bij de conceptie van het klassieke leerstuk inzake feitelijk bestuur niet als dusdanig gekend en verdienen wat bijkomende aandacht. In wat volgt wordt eerst op het meest in het oog springende en vernieuwende bestuursmodel ingegaan en dat is het duale model met twee bestuursniveaus.

Het weze opgemerkt dat het ook vóór het WVV al mogelijk was om een zekere dualiteit in het bestuur van een NV in te voeren via de oprichting van een wettelijk directiecomité. Er kon echter moeilijk van een echt “dual bestuursstelsel” worden gesproken en er bestonden heel wat interpretatiemoeilijkheden⁶⁴³. De statuten van een NV konden de raad van bestuur toestaan om een directiecomité op te richten en er een deel van zijn bevoegdheden aan over te dragen. Een overdracht van bevoegdheid kon volgens artikel 524*bis* W.Venn. geen betrekking hebben op het algemeen beleid van de vennootschap of op handelingen die op grond van andere bepalingen van de wet aan de raad van bestuur waren voorbehouden (denk bv. aan de vaststelling van de jaarrekening, het opstellen van bepaalde verslagen, het samenroepen van de algemene vergadering, enz.). Deze bevoegdheden dienden bij de raad van bestuur te blijven. Het directiecomité had de residuaire bevoegdheid en de raad van bestuur was belast met het toezicht op het directiecomité. Er bestond in de rechtsleer heel wat discussie over de vraag of de raad van bestuur nog concurrerend bevoegd bleef met het directiecomité voor de overgedragen bevoegdheden⁶⁴⁴, dan wel of het directiecomité een exclusieve

COLLARD, “La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (183) 214-247; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Het nieuwe wetboek van vennootschappen en verenigingen (WVV): frisse wind of storm op zee?*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 68-73; P. BOSSARD, *CSA: examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, 520 e.v.; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE en H. CULOT, *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020, 585 e.v.; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 250 e.v.; H. DE WULF en M. WYCKAERT, “Governance onder het WVV: bestuur, algemene vergadering en *related party transactions*” in H. DE WULF en M. WYCKAERT (eds.), *Het WVV doorgelicht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, (175) 193-202.

⁶⁴³ Zie hierover bv. M. WYCKAERT, “Het directiecomité: de dubbelzinnigheid voorbij” in F. BUYSENS, K. GEENS, H. LAGA, B. TILLEMEN en A.-L. VERBEKE (eds.), *Vennootschapsrechtelijke clausules voor het notariaat: liber amicorum Prof. Dr. Luc Weyts*, Gent, Larcier, 2012, 513-528.

⁶⁴⁴ Pleitbezorgers van deze opvatting waren bv.: O. CAPRASSE, “Personne morale administrateur et comité de direction”, *DAOR* 2002, 328-342; H. DE WULF, “De wet corporate governance en het bestuur: directiecomité en intra-groepsverrichtingen” in M. TISON, C. VAN ACKER en J. CERFONTAINE (eds.), *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, Vol. I, Antwerpen, Intersentia, 2002, 197-258; P. ERNST en L. VAN DEN EYNDEN, “De corporate governance-wet verleent aan het directiecomité een wettelijke basis en een flexibel regime” in H. BRAECKMANS en E. WYMEERSCH (eds.), *Behoorlijk vennootschapsbestuur. Een analyse van de wet van 2 augustus 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (23) 61-62; B. DELMOTTE, “Behoudt of verliest de raad van bestuur de bevoegdheden die hij heeft verleend aan het directiecomité?”, *TRV* 2004, 219-224; A. FRANÇOIS, “Tweestrijd omtrent het directiecomité” in H. SIMONART, B. REMICHE en Y. DE CORDT (eds.),

bevoegdheid verwierf voor die bevoegdheden⁶⁴⁵.

B. Feitelijk bestuur en het dual bestuursmodel

118. In het duale bestuursmodel wordt het bestuur van de vennootschap waargenomen door een directieraad en een raad van toezicht (artikel 7:104 e.v. WVV). De leden van de raad van toezicht worden benoemd (en ontslagen) door de algemene vergadering van aandeelhouders. De leden van de directieraad, worden benoemd (en ontslagen) door de raad van toezicht. De raad van toezicht is volgens artikel 7:109, §1 WVV bevoegd voor het algemeen beleid en de strategie van de vennootschap, en voor alle handelingen die op grond van andere bepalingen van het wetboek specifiek aan de raad van bestuur zijn voorbehouden in een monistisch bestuursmodel. De raad van toezicht stelt ook alle door het WVV opgelegde verslagen op en alle voorstellen voorgeschreven in de boeken 12 en 14 (dit zijn de voorstellen in het kader van herstructurering en omzetting) en houdt toezicht op de directieraad. De directieraad heeft alle residuaire bevoegdheden (artikel 7:110 WVV), waaronder het operationele management⁶⁴⁶. De bevoegdheidsverdeling tussen de raad van toezicht en de directieraad is dwingend van aard (er kan niet van worden afgeweken)⁶⁴⁷. De bevoegdheden zijn met andere woorden exclusief: de raad van toezicht is niet

Liber amicorum Jacques Malherbe, Brussel, Bruylant, 2006, 433-467. Zie ook R. HOUBEN, “Het juiste woord: Overdracht versus delegatie van bevoegdheid aan het directiecomité: lost in translation?”, *TRV-RPS* 2016, 636-637.

⁶⁴⁵ Aanhangers van deze opvatting waren o.m. J.-M. NELISSEN GRADE, “Het nieuwe directiecomité” in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *Nieuw vennootschapsrecht 2002 Wet Corporate Governance*, Kalmthout, Biblo, 2003, 106-156; J. MEUNIER, “Le nouveau comité de direction des sociétés anonymes. Quelles directions choisir?”, *RPS* 2004, (5) 43-46; D. VAN GERVEN, “De bevoegdheden van het directiecomité in de naamloze vennootschap in de verhouding tot de raad van bestuur”, *TRV* 2004, 22-27; E. SIMONS en W. VAN TONGELEN, “Commentaar bij art. 524bis W.Venn.” in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm. V.enV.*, Mechelen, Kluwer, 2004, losbl., 7.

⁶⁴⁶ Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 239. Zie ook H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Het nieuwe wetboek van vennootschappen en verenigingen (WVV): frisse wind of storm op zee?*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 72, nr. 97; P. BOSSARD, *CSA: examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, 546, nr. 1033; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 106, nr. 183.

⁶⁴⁷ P. A. FORIERS en M. WYCKAERT, “Le projet de Code des sociétés et associations: nouveautés en matière de gouvernance dans les sociétés et les associations – Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen – wat verandert in de ‘governance’ van vennootschappen en verenigingen?” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen – Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (119) 131.

bevoegd voor materies waarvoor de directieraad bevoegd is, en *vice versa*⁶⁴⁸.

Het is van belang om goed voor ogen te houden dat het bestuur in een duaal bestuursmodel is verdeeld over twee organen (zoals geïllustreerd in voormeld schema). Beide organen kunnen worden gekwalificeerd als bestuursorganen⁶⁴⁹. Afgemeten tegen de klassieke invulling inzake feitelijk bestuur, betekent dit dat er – minstens theoretisch – op twee niveaus en in twee organen sprake kan zijn van een inmenging in het bestuur. Een feitelijke bestuurder kan in een NV met duaal bestuur actief zijn op het niveau van de raad van toezicht, het niveau van de directieraad of zelfs op beide niveaus. Alles hangt af van welke bevoegdheden hij zichzelf aanmeet.

C. Feitelijk bestuur en het monistisch bestuursmodel met een unieke bestuurder

119. Het tweede bestuursmodel dat wat bijkomende aandacht verdient, is het monistische model met een unieke bestuurder, dat in het WVV werd uitgewerkt om de oude en afgeschafte CommVA (de “commanditaire vennootschap op aandelen”)⁶⁵⁰ in te kantelen in de NV⁶⁵¹. In een monistisch bestuursmodel met unieke bestuurder wordt het bestuur van de vennootschap waargenomen door één persoon (artikel 7:101 e.v. WVV). Die ene persoon kan zowel een natuurlijke persoon zijn, als

⁶⁴⁸ D. WILLERMAIN, F. MESSINNE en G. COLLARD, “La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (183) 240; P. BOSSARD, *CSA: examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, 546, nr. 1033.

⁶⁴⁹ Dit wordt terecht aangegeven door: P. A. FORIERS en M. WYCKAERT, “Le projet de Code des sociétés et associations: nouveautés en matière de gouvernance dans les sociétés et les associations – Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen – wat verandert in de ‘governance’ van vennootschappen en verenigingen?” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen – Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (119) 130; S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 1, nr. 2. Het blijkt ook uit de wet zelf, meer bepaald uit artikel 7:104 WVV, waarin wordt bepaald dat “de statuten kunnen bepalen dat het bestuur van de vennootschap wordt waargenomen door een raad van toezicht en een directieraad”.

⁶⁵⁰ Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 233-234. Zie ook H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Het nieuwe wetboek van vennootschappen en verenigingen (WVV): frisse wind of storm op zee?*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 71, nr. 95; P. BOSSARD, *CSA: examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, 530-531, nr. 1000.

⁶⁵¹ Zie P. A. FORIERS en M. WYCKAERT, “Le projet de Code des sociétés et associations: nouveautés en matière de gouvernance dans les sociétés et les associations – Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen – wat verandert in de ‘governance’ van vennootschappen en verenigingen?” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen – Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (119) 126, nr. 11 en 127, nr. 13.

een rechtspersoon⁶⁵². De benoeming van de unieke bestuurder kan zowel statutair gebeuren, als extra-statutair. Een bijzonderheid is dat de statuten aan de unieke bestuurder vetorechten kunnen toekennen tegen bepaalde beslissingen die tot de bevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders behoren, met name: statutenwijzigingen, uitkeringen aan de aandeelhouders, of zijn ontslag (artikel 7:101, §3 WVV)⁶⁵³. Is de NV genoteerd, dan moet de unieke bestuurder zelf ook een NV zijn met een collegiaal bestuur (artikel 7:101, §1, lid 2 WVV).

Een feitelijke inmenging in het bestuur door een unieke bestuurder spreekt meer tot de verbeelding dan een feitelijke inmenging in het bestuur door een klassieke raad van bestuur, die uit meerdere personen bestaat, maar is evengoed mogelijk. Wie zich feitelijk bestuursbevoegdheden aanmeet, trekt zich niets aan van de formele bevoegdheidsregels. Het maakt voor hem geen verschil of het bestuur nu formeel is georganiseerd op één of twee niveaus, of op papier wordt waargenomen door één of meerdere personen. Feitelijk bestuur kan in al deze constellaties voorkomen. Aangezien een als feitelijke bestuurder geïmagineerd persoon geenszins het volledige bestuur van een rechtspersoon hoeft te hebben overgenomen om als dusdanig te kunnen worden gekwalificeerd (één onderdeel ervan kan reeds volstaan)⁶⁵⁴, is het in een NV met unieke bestuurder perfect mogelijk dat het bestuur *de facto* niet door één, maar door meerdere personen wordt gevoerd. Het speelt daarbij geen rol of de unieke bestuurder een natuurlijke persoon is, of een rechtspersoon.

D. Ad hoc bestuurssystemen

120. Het is van belang om op te merken dat het in een NV ook mogelijk is om, naast de drie

⁶⁵² Zie D. WILLERMAIN, F. MESSINNE en G. COLLARD, “La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (183) 223; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Het nieuwe wetboek van vennootschappen en verenigingen (WVV): frisse wind of storm op zee?*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 70, nr. 94; P. BOSSARD, *CSA: examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, 531, nr. 1003.

⁶⁵³ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Het nieuwe wetboek van vennootschappen en verenigingen (WVV): frisse wind of storm op zee?*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 70, nr. 94; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 103-104, nr. 179.

⁶⁵⁴ P. COLLE, “Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond artikel 63ter Venn.W.”, *TBH* 1985, (163) 168; J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 201; V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-28.

wettelijke bestuursmodellen, via bevoegdheidsdelegaties *ad hoc* een eigen bestuursstelsel uit te werken⁶⁵⁵. Wie daarin meedraait, zal zijn handelingen normaliter kunnen steunen op een mandaat vanwege de rechtspersoon. Zoals eerder al besproken sluit dat mandaat in de regel een kwalificatie als feitelijke bestuurder uit⁶⁵⁶. Waarom hier dan nog bij zelf uitgewerkte bestuursstelsels blijven stilstaan? Dat zal onmiddellijk duidelijk worden.

121. *Ad hoc* bestuursstelsels zijn geen nieuw fenomeen. Zij tierden ook voordat het WVV in werking trad al welig⁶⁵⁷, al dan niet als aanvulling bij of in de plaats van een stelsel met een wettelijk directiecomité.

Interessant om te noteren is dat onder gelding van het oude W.Venn.⁶⁵⁸ door sommige auteurs werd aangenomen dat de wettelijke omschrijving “*alle andere personen die ten aanzien van de zaken van vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad*” ook de leden van het wettelijke directiecomité omvatte⁶⁵⁹. Dat is opmerkelijk omdat er voor het optreden en handelen van de leden van het directiecomité een contractuele en een wettelijke basis bestond. Zij zouden afgetoest aan de klassieke invulling inzake feitelijke bestuur geen feitelijke bestuurders zijn geweest⁶⁶⁰. In de ogen

⁶⁵⁵ Zie P. A. FORIERS en M. WYCKAERT, “Le projet de Code des sociétés et associations: nouveautés en matière de gouvernance dans les sociétés et les associations – Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen – wat verandert in de ‘governance’ van vennootschappen en verenigingen?” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen – Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (119) 132.

⁶⁵⁶ Zie hierboven randnr. 95.

⁶⁵⁷ Zie P. A. FORIERS en M. WYCKAERT, “Le projet de Code des sociétés et associations: nouveautés en matière de gouvernance dans les sociétés et les associations – Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen – wat verandert in de ‘governance’ van vennootschappen en verenigingen?” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen – Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (119) 132; D. WILLERMAIN, F. MESSINNE en G. COLLARD, “La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (183) 235.

⁶⁵⁸ Met het oude W.Venn. wordt hier bedoeld op het W.Venn. zoals dat eruit zag voor de invoering van Boek XX WER.

⁶⁵⁹ Zie o.m. J.-M. NELISSEN GRADE, “Het nieuwe directiecomité” in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *Nieuw vennootschapsrecht 2002 Wet Corporate Governance*, Kalmthout, Biblo, 2003, (106) 151; V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-28c; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 8, vn. 19.

⁶⁶⁰ CARRON geeft terecht aan dat “*bezwaarlijk kan worden gesteld dat zij hun eventuele bestuursdaden stellen in volle onafhankelijkheid en soevereiniteit, zonder wettelijke grondslag of buiten elk mandaat om*” (zie V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A.

van de betrokken auteurs dekte de wettelijke omschrijving blijkbaar een veel ruimere lading dan enkel de notie “feitelijke bestuurder”. Het deed er niet toe dat iemand een opdracht had vanwege de rechtspersoon. Ook een actor in een eigen *ad hoc* uitgewerkt bestuursstelsel kon een “*persoon met werkelijke bestuursbevoegdheid*” zijn. Zuiver tekstueel viel deze visie te verdedigen. Zij stond echter haaks op de rechtspraak, waarin een veel engere opvatting werd gehuldigd.

Waarom al deze aandacht voor een oude doctrinale opvatting? Wel, in de eerste plaats, omdat deze opvatting ook in het licht van de wettelijke omschrijving die is opgenomen in het WVV nog haar relevantie heeft. De wettelijke omschrijving in het WVV is zo goed als identiek aan de wettelijke omschrijving uit het oude W.Venn. In de tweede plaats, en nauw daarmee samenhangend, omdat er ook vandaag nog *ad hoc* bestuursstelsels kunnen worden uitgewerkt. Weten wat de precieze draagwijdte is van de wettelijke bewoordingen, is dus niet minder belangrijk geworden. Welnu, indien men uitgaat van wat in de memorie van toelichting bij het ontwerp WVV staat, dan doelt de wetgever met de huidige wettelijke bewoordingen gewoon op de feitelijke bestuurder⁶⁶¹. Het had heel wat helderder geweest, moest hij dat begrip ook in de wettekst zelf hebben verwerkt⁶⁶².

V. DADEN VAN BESTUUR: EEN KWESTIE VAN FREQUENTIE EN/OF IMPACT?

122. In het sluitstuk van de derde afdeling van dit hoofdstuk werd erop gewezen dat een louter incidentele bestuurshandeling onvoldoende is om een persoon als feitelijke bestuurder te kunnen aanmerken⁶⁶³. De idee is dat uit een incidentele handeling moeilijk kan worden afgeleid of iemand een rechtspersoon effectief leidde of in een bepaalde richting stuurde; dat besluit kan maar in alle ernst worden genomen vanaf een zeker aantal bestuurshandelingen.

Voormelde redenering gaat ongetwijfeld op voor bestuurshandelingen, en -beslissingen die een beperkte impact hebben op de zaken van de rechtspersoon of die eerder administratief zijn van aard. De vraag rijst of zij zomaar kan worden doorgetrokken naar alle soorten van beslissingen en

FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-28c).

⁶⁶¹ Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 59, hierboven geciteerd onder randnr. 41.

⁶⁶² Zie voor kritiek op het wettelijk aanknopingspunt ook verder randnr. 125.

⁶⁶³ Zie hierboven randnr. 89.

dan in het bijzonder naar (grote) bestuursbeslissingen die een significante impact hebben op de rechtspersoon, zoals de beslissing om een grote investering te doen of de beslissing om een belangrijk actief van de hand te doen. Is iemand die een beslissing van deze aard neemt, maar die zich verder niet in het bestuur mengt, dan geen feitelijke bestuurder? Men voelt aan dat dit moeilijk ligt, zeker wanneer derden die met de rechtspersoon handelen hem ook als een bestuurder van de rechtspersoon percipiëren, of wanneer blijkt dat de leden van het bestuursorgaan door hem volledig buiten spel werden gezet en zuiver werden gedwongen de door hem genomen beslissing juridisch te formaliseren⁶⁶⁴.

Dit in rechte hardmaken is niet eenvoudig. Het enige dat vaststaat is dat de wetgever de wettelijke bewoordingen “*hebben van werkelijke bestuursbevoegdheid*” nergens kwantitatief heeft ingeperkt. Er is tekstueel dus alvast geen reden om aan te nemen dat een persoon die maar één aanwijsbare bestuurshandeling heeft gesteld geen feitelijke bestuurder zou kunnen zijn. Waar het op aankomt, is te bewijzen dat de persoon in kwestie de “*decision maker*” is geweest en de rechtspersoon in de ene of de andere richting heeft geduwd⁶⁶⁵. Het feit dat hij slechts één aanwijsbare bestuurshandeling heeft gesteld, maakt dat bewijs er zeker niet eenvoudiger op.

De aandachtige lezer zal opmerken dat voormeld tekstueel argument ook kan worden gemaakt voor een incidenteel handelen als bestuurder, dat eerder als onvoldoende werd omschreven om tot feitelijk bestuur te kunnen besluiten. Waar ligt dan precies de cesuur tussen een incidenteel handelen en een eenmalige inmenging in een grote, belangrijke bestuursbeslissing? Welnu, een incidenteel handelen lijkt in de regel te zijn ingegeven door de wens om de belangen van de rechtspersoon te behartigen⁶⁶⁶. De bestuurders *de jure* zijn afwezig of handelen niet en de voor de rechtspersoon noodzakelijke handeling wordt daarom door iemand anders gesteld⁶⁶⁷. Bij een

⁶⁶⁴ Allicht is dit een van de redenen waarom in de rechtsleer lang niet in elke bijdrage over feitelijk bestuur wordt geschreven dat er een zekere frequentie of herhaling in iemands handelen moet kunnen worden ontwaard om hem als feitelijke bestuurder te kunnen aanmerken.

⁶⁶⁵ Cf. M. DAVAGLE, “La responsabilité des administrateurs de fait”, *BJS* 2022, afl. 694, 14: “*Il est en outre requis que ces actes se répètent ou se manifestent à certaines occasions bien particulières afin de pouvoir établir que ces personnes ont, en fait, une véritable maîtrise des affaires sociales de l’ASBL*” (eigen nadruk).

⁶⁶⁶ Zie ook het rechtspraakvoorbeeld aangehaald onder randnr. 89 hierboven.

⁶⁶⁷ Wie incidenteel handelt zal zich soms kunnen verweren als zaakwaarnemer. Zie hierover verder randnrs. 182 e.v.

eenmalige inmenging in een grote bestuursbeslissing lijkt er een dubbele agenda te spelen en is er enige medewerking of enig gedogen van de bestuurders *de jure* vereist.

VI. DE IN DE SCHADUW OPERERENDE BELEIDSBEPALER ONTSRINGT SOMS TEN ONRECHTE DE DANS

123. Bij de bespreking van de eerste voorwaarde die klassiek naar voor wordt geschoven om te bepalen of iemand een feitelijke bestuurder is⁶⁶⁸, werd een belangrijk pijnpunt in de theorievorming rond feitelijk bestuur blootgelegd⁶⁶⁹. Dat pijnpunt situeert zich rond de in de schaduw opererende beleidsbepaler of externe beïnvloeder van bestuursbeslissingen (soms ook wel “schaduwbestuurder” genoemd). Het is onduidelijk of deze persoon onder de klassieke notie “feitelijke bestuurder”⁶⁷⁰ kan worden gevat of niet. De rechtsleer is ter zake verdeeld⁶⁷¹. Die verdeeldheid valt te begrijpen. Besluiten dat iemand die zich verschillende bestuurstaken heeft toegeëigend en die in het rechtsverkeer naar buiten is getreden als bestuurder, een feitelijke bestuurder is, is een heel stuk gemakkelijker dan hetzelfde oordeel vellen over iemand die zich van stromannen heeft bediend en in de schaduw heeft geopperd⁶⁷². Beide personen miskennen nochtans de spreekwoordelijke regels van het spel.

124. Schiet de wetgeving op dit punt te kort en moet worden verduidelijkt dat het hebben van werkelijke bestuursbevoegdheid ten aanzien van de rechtspersoon niet alleen rechtstreeks, maar ook onrechtstreeks dient te worden begrepen? Dit kan zeker worden overwogen, al blijft de vraag dan natuurlijk vanaf wanneer men kan zeggen dat iemand werkelijke bestuursbevoegdheid heeft gehad.

Om daarop te kunnen antwoorden en niet in cirkelredeneringen verzeild te raken is een duidelijk toetsingskader nodig. Het door RIVES-LANGE beschreven toetsingskader, dat hiervoor uitvoerig werd besproken, is zo’n kader. Wat door sommige auteurs over het hoofd lijkt te worden gezien,

⁶⁶⁸ Dit is de vereiste dat hij een *positieve daad* van bestuur moet hebben gesteld.

⁶⁶⁹ Zie hierboven randnrs. 62 en 63.

⁶⁷⁰ Lees: de door RIVES-LANGE afgebakende notie “feitelijke bestuurder”.

⁶⁷¹ Zie opnieuw hierboven randnr. 63 en de verwijzingen aldaar.

⁶⁷² Een nog moeilijker situatie is degene waarbij een moedervennootschap druk uitoefent op het bestuursorgaan van een dochter om bepaalde beslissingen te nemen, zie daarover verder randnrs. 153 e.v.

is dat RIVES-LANGE nergens heeft geschreven dat “positieve daden” formeel binnen de structuur van de betrokken rechtspersoon moeten zijn gesteld om positieve daden van “bestuur” te kunnen zijn. Er lijkt dan ook geen valabele reden te zijn om een onderscheid te maken tussen de situatie waarbij een persoon zich formeel volledig in de plaats van een bestuurder *de jure* heeft gesteld, en de situatie waarbij hij deze laatste nauwkeurige instructies heeft gegeven aangaande het te voeren beleid⁶⁷³. Kunnen er niet in beide gevallen positieve daden van bestuur worden ontwaard⁶⁷⁴?

VII. HET WETTELIJK AANKNOPINGSPUNT HERBEKEKEN

125. Hiervoor werd al verschillende malen onderstreept dat het begrip “feitelijke bestuurder” in de Belgische vennootschaps-, verenigings- en insolventiewetgeving op geen enkele plaats kan worden teruggevonden. De wettelijke bewoordingen waarmee deze figuur wordt geïllustreerd, zijn de bewoordingen “*werkelijke bestuursbevoegdheid hebben (gehad)*”. Waarom de wetgever niet gewoon over de “feitelijke bestuurder” spreekt, is onduidelijk. Hij lichtte namelijk zeer recent in de voorbereidende werken bij het WVV en het WER nog toe dat hij met de huidige wettelijke bewoordingen gewoon de feitelijke bestuurder bedoelt:

- In de memorie van toelichting bij artikel 2:55 ontwerpWVV (in de aangenomen versie artikel 2:56) gaf de wetgever het volgende te kennen: “*In de eerste zin van het eerste lid [wordt verduidelijkt]*⁶⁷⁵, dat ook **feitelijke bestuurders**, gedefinieerd als zij die ten aanzien van de rechtspersoon *werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad, op dezelfde manier aansprakelijk zijn als formeel benoemde bestuurs- of toezichtsorganen*” (eigen nadruk)⁶⁷⁶.

⁶⁷³ De GEYTER stelt terecht dat men gewoon twee categorieën van feitelijke bestuurders kan onderscheiden, “*met name de personen die zich werkelijke bestuursbevoegdheid hebben aangemeten door zich in de plaats te stellen van de bestuurders en zij die zich deze bevoegdheid hebben aangemeten door de bestuurders nauwkeurige instructies te geven*” (zie S. DE GEYTER, “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, (888) 889, nr. 3).

⁶⁷⁴ Zie ook hierboven randnr. 63.

⁶⁷⁵ Deze woorden lijken te zijn vergeten in de Nederlandstalige tekst van de memorie van toelichting. We lezen immers in de Franstalige tekst: “*Il est précisé à cet égard, dans la première phrase de l’alinéa 1er, que les administrateurs de fait, définis comme ceux qui ont effectivement détenu le pouvoir de gérer la personne morale, sont responsables de la même manière que les organes d’administration ou de surveillance formellement nommés*”.

⁶⁷⁶ Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 59.

- In de memorie van toelichting bij artikel XX.230 ontwerpWER (in de aangenomen versie artikel XX.227 (aansprakelijkheid ingevolge *wrongful trading*)) verduidelijkte hij: “*Deze bepaling herneemt en bevestigt de geldende rechtspraak inzake de aansprakelijkheid van bestuurders en feitelijke bestuurders die een reddeloos verloren onderneming verder voeren*” (eigen nadruk)⁶⁷⁷.
- In het verslag van de eerste lezing van het ontwerp van Boek XX WER kan in een voetnoot zelfs letterlijk de volgende passage worden teruggevonden: “*De hoedanigheid van feitelijk bestuurder vereist dus: a) dat men zich mengt met het interne beheer zonder dat hiervoor enige wettelijke of contractuele grond bestaat; b) dat men beslissingsmacht uitoefent die voorbehouden is aan de raad van bestuur; c) dat men totaal onafhankelijk beslissingen neemt waaruit blijkt dat men de maatschappelijke activiteiten beheerst*”⁶⁷⁸.

Als de wetgever werkelijk de “feitelijke bestuurder” voor ogen heeft, waarom heeft hij het daar in de wettekst dan niet over? Een mogelijk antwoord is dat hij nog andere personen wil viseren dan diegenen die traditioneel onder de notie “feitelijke bestuurder” worden begrepen. Sommige personen hebben immers werkelijke bestuursbevoegdheid (bijvoorbeeld directeurs⁶⁷⁹), maar zijn afgemeten tegen de klassieke criteria inzake feitelijk bestuur geen feitelijke bestuurders. Welnu, als het inderdaad de bedoeling is van de wetgever om ook deze personen te vatten⁶⁸⁰, dan valt de ruimere wettelijke formulering enigszins te begrijpen. Zij valt echter bijzonder moeilijk te verzoenen met de klassieke invulling van de notie “feitelijke bestuurder”, waarbij een optreden

⁶⁷⁷ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen”, in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XX, en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 105.

⁶⁷⁸ Verslag van de eerste lezing van het wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen”, in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XX, en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht namens de Commissie voor Handels- en Economisch Recht uitgebracht door de heer DIRK JANSSENS en Mevrouw ANN VANHESTE, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/004, 87, vn. 5.

⁶⁷⁹ Zie (onder het oude W.Venn.) bv. J.-M. NELISSEN GRADE, “Het nieuwe directiecomité” in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *Nieuw vennootschapsrecht 2002 Wet Corporate Governance*, Kalmthout, Biblo, 2003, (106) 151.

⁶⁸⁰ Zie ook V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-28c; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 8, vn. 19.

buiten elk mandaat en buiten elke opdracht om dient te gebeuren⁶⁸¹ (een vereiste die ook in het verslag van de eerst lezing van het ontwerp van Boek XX WER nog eens uitdrukkelijk wordt bevestigd – zie hierboven). Een meer weloverwogen wettelijke formulering, zelfs met gebruik van het begrip “feitelijke bestuurder”, lijkt aangewezen⁶⁸² en zou vanuit academisch oogpunt alvast heel wat zuiverder zijn.

VIII. CONCLUSIE: HET KLASSIEKE LEERSTUK HOUDT GOED STAND, OOK IN DE CONTEXT VAN HET WVV

126. Tegen de achtergrond van voormelde beschouwingen en terugkoppelend naar de vragen die in de aanhef van deze vijfde afdeling werden gesteld, kan het volgende worden besloten. Het klassieke leerstuk inzake feitelijk bestuur – als men dat zo mag noemen – is een leerstuk dat de tand des tijds zeer goed doorstaat. Het kan worden toegepast op bestuursmodellen die nog niet zo lang geleden het levenslicht hebben gezien, en is perfect hanteerbaar in de context van het WVV. De verschillende elementen ervan zijn omvattend genoeg om in verschillende hypothesen en situaties te kunnen worden toegepast, ook buiten de context van een faillissement (al zullen de toepassingen buiten die context allicht eerder beperkt blijven). Op de vraag of zij ook toelaten om steeds de juiste personen in het vizier te nemen, kan bevestigend worden geantwoord, maar met een belangrijk *caveat*: niet iedereen is het erover eens of ook schaduwbestuurders als feitelijke bestuurders aan te merken vallen. Dit is problematisch omdat zij vaak de echte “*decision makers*” zijn.

In het slotstuk van deze afdeling werd erop gewezen dat de wettelijke bewoordingen “*hebben van werkelijke bestuursbevoegdheid*” moeilijk te verzoenen zijn met de invulling die klassiek aan de notie “feitelijke bestuurder” wordt gegeven. Het zou vanuit academisch oogpunt een goede zaak

⁶⁸¹ Zie in dezelfde zin V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-28c.

⁶⁸² Vergelijk met LINDEMANS, die er in de marge van zijn proefschrift terecht op wijst dat de in de wet gebruikte bewoordingen “*werkelijke bestuursbevoegdheid hebben*” eigenlijk verwarrend zijn. LINDEMANS merkt op dat de term “(bestuurs)bevoegdheid” in het rechtspersonenrecht typisch een geldig mandaat (tot besturen) impliceert. Dat mandaat ontbreekt bij feitelijk bestuur, dat gekenmerkt wordt door een feitelijk optreden dat niet overeenstemt met de formele bevoegdheidsverdeling (zie in het bijzonder G. LINDEMANS, *Schuldeiser & rechtspersoon*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 53, vn. 240).

zijn, moest deze onzuiverheid worden weggewerkt.

HOOFDSTUK 2

EEN NOTIE DIE EEN RUIME LADING DEKT: ALS FEITELIJKE BESTUURDER GEVISEERDE PERSONEN HEBBEN MEER DAN ÉÉN GEZICHT

AFDELING 1. INLEIDING

127. Wanneer men de verschillende voorbeelden van rechtelijke uitspraken op een rij zet die in het vorige hoofdstuk aan bod zijn gekomen om te illustreren welke voorwaarden vervuld moeten zijn om tot feitelijk bestuur te kunnen besluiten, dan zal men vaststellen dat het mogelijk is om de daarin geïllustreerde personen in te delen in verschillende groepen of categorieën van personen. Om een nog duidelijker beeld te krijgen van de notie feitelijke bestuurder en haar draagwijdte, is het zinvol om die groepen nader in kaart te brengen. Dat gebeurt in dit tweede hoofdstuk.

Het opzet van dit hoofdstuk is niet om alle gepubliceerde rechtspraak inzake feitelijk bestuur in detail te bespreken, maar wel om de daarin geïllustreerde personen te identificeren en te categoriseren. Een gesystematiseerde studie van een aantal typegevallen inzake feitelijk bestuur kan bijdragen tot een beter begrip van de (rechts)verhoudingen die kunnen bestaan tussen de figuur van de feitelijke bestuurder enerzijds, en de bestuurders *de jure* en de feitelijk bestuurde rechtspersoon anderzijds. Een degelijk begrip daarvan is noodzakelijk om de normering die in het WVV rond de feitelijke bestuurder werd uitgewerkt juist te kunnen kaderen, en in een volgende stap, op een juridisch coherente wijze uit te leggen.

AFDELING 2. OVERZICHT VAN DE GEVISEERDE PERSONEN

128. Zoals eerder al werd aangestipt, omvat de Belgische rechtspraak slechts enkele tientallen voorbeelden van zaken waarin een eiser heeft geprobeerd om een persoon aan te spreken als feitelijke bestuurder⁶⁸³. De nadruk ligt op geprobeerd, want er werd lang niet in alle gevallen tot

⁶⁸³ Zie hierboven randnr. 57.

feitelijk bestuur besloten. Het spreekt echter voor zich dat ook voorbeelden van zaken waarin een persoon uiteindelijk niet als feitelijke bestuurder werd aangemerkt, relevant zijn voor het opzet van dit hoofdstuk en het erin gevoerde onderzoek. Er blijkt immers evenzeer uit welke de in België als feitelijke bestuurder geïndiceerde personen zijn. Bovendien gaan er vaak zeer interessante consideransen achter schuil die kunnen helpen om te bepalen wanneer een persoon die een identieke of gelijkaardige relatie heeft met de rechtspersoon wél een feitelijke bestuurder uitmaakt. De meest belangwekkende van deze consideransen worden hieronder weergegeven.

129. Net als in het vorige hoofdstuk, wordt ervoor gekozen om de analyse van de Belgische rechtspraak aan te vullen met een analyse van de Franse rechtspraak. De categorieën van personen die in de Franse rechtspraak als feitelijke bestuurders (“*dirigeants de fait*”) worden geïndiceerd, zijn immers nagenoeg dezelfde als in de Belgische rechtspraak⁶⁸⁴. Dit maakt het voor de Belgische praktijk erg interessant om over de landsgrens heen te kijken. Vindt men in de Belgische rechtspraak geen concreet voorbeeld om een casus aan af te toetsen, dan vindt men er mogelijk wel één dat naar de Belgische context kan worden getransponeerd in de veel rijkere Franse rechtspraak.

Om de uiteenzetting hieronder zo overzichtelijk en inzichtelijk mogelijk te houden, wordt ervoor gekozen om voorbeelden zoveel mogelijk op een synthetische wijze weer te geven.

I. KREDIETVERLENERS

130. De eerste, en wellicht ook de meest bekende, groep van als feitelijke bestuurder geïndiceerde personen, bestaat uit de kredietverleners van de rechtspersoon⁶⁸⁵. Men denke hierbij onder meer aan banken en investeringsmaatschappijen, maar ook aan andere publieke en private actoren die de rechtspersoon middels leningen terugbetaalbare financiële middelen ter beschikking stellen. Een analyse van de Belgische rechtspraak legt bloot dat er in de jaren 1980 en 1990 verschillende

⁶⁸⁴ Zie voor een overzicht bv. J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétair*e 2019, afl. 166, (3) 6-10.

⁶⁸⁵ België: V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-28c–II.1-30; J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 204-205. Frankrijk: A. JACQUEMONT, R. VABRES en T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté (10^e édition)*, Paris, LexisNexis, 2017, 625.

zaken zijn geweest (met ronkende namen zoals Bodart-Fittings⁶⁸⁶, Fabelta⁶⁸⁷ en Forges de Clabecq⁶⁸⁸) waarin geprobeerd is geweest om banken en publieke investeringsmaatschappijen de hoedanigheid van feitelijke bestuurder aan te meten. De argumentatie luidde steeds hetzelfde: de betrokken kredietverleners zouden zich op een overdreven wijze hebben ingemengd in het bestuur, door zich contractueel erg verregaande controlerechten⁶⁸⁹ ten aanzien van de zaken van de rechtspersoon (die zich veelal in woelige wateren bevond) voor te behouden. Uiteindelijk werd geen enkele van de geviseerde kredietverleners in deze zaken als feitelijke bestuurder aansprakelijk gesteld, bij gebreke aan een echte machtsovername binnen de rechtspersoon⁶⁹⁰.

De Belgische rechters oordelen in dit soort zaken steevast – en geheel terecht – dat het uitvoeren van een strenge controle over de toekenningsvoorwaarden van een krediet (zoals de voorwaarden inzake beheer en aanwending) normaal is, gelet op de algemene zorgvuldigheidsverplichting van de kredietverlener, en niet kan worden gelijkgesteld met het nemen van bestuursbeslissingen in de rechtspersoon-kredietverkrijger⁶⁹¹.

Dezelfde boodschap komt in de rechtspraak keer op keer terug.

De publieke investeringsmaatschappij als vermeende feitelijke bestuurder:

Zo oordeelde de rechtbank van eerste aanleg te Gent op 26 maart 1993 in de befaamde zaak Fabelta: “*Welke positieve bestuursdaden door de G.I.M.V. werden gesteld met werkelijke beslissingsbevoegdheid, meer bepaald in zake de commerciële lotsbestemming van de onderneming wordt op geen enkele wijze bewezen.*”

⁶⁸⁶ Kh. Brussel 22 oktober 1982, *TBH* 1982, 574, *JT* 1983, 113 en *RPS* 1982, 244, noot; hervormd in beroep: Brussel 14 september 1988, *TRV* 1989, 49, noot J. LIEVENS. Weergegeven onder randnr. 71 hierboven.

⁶⁸⁷ Rb. Gent 26 maart 1993, *TBH* 1993, 935.

⁶⁸⁸ Voorz. Kh. Nijvel (KG) 22 januari 1997, *DAOR* 1997, 53, *JLMB* 1997, 234, noot P.H., *Journ.proc.* 1997 (verkort), 28 en *V&F* 1997, 160; Brussel 1 maart 1997, *DAOR* 1997, 58, noot O. POELMANS en noot D. BLOMMAERT.

⁶⁸⁹ Zie ook randnr. 71 hierboven.

⁶⁹⁰ Wat de zaak Forges de Clabecq betreft, werd in beroep tot de onontvankelijkheid van de aansprakelijkheidsvordering tegen een consortium van banken besloten (Brussel 1 maart 1997, *DAOR* 1997, 58). De zaak werd niet ten gronde beoordeeld omdat de Voorzitter van de rechtbank van koophandel in kort geding ambtshalve tot het invoeren van artikel 63ter Venn.W. (het huidige artikel XX.225 WER (faillissementsaansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout) was overgegaan en dit maakte dat de rechten van verdediging geschonden waren.

⁶⁹¹ V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-28c–II.1-28d.

Evenmin tonen de curatoren aan dat de G.I.M.V. het commerciële bestuur van de vennootschap waarnam door het afsluiten van contracten, technisch en administratief beheer.

Vervolgens dient rekening gehouden te worden met het doel waarvoor de G.I.M.V. werd opgericht met name op het vlak van het Vlaamse Gewest in het belang van de Vlaamse streekeconomie en rekening houdend met de industriële politiek van de Staat n het Gewest, de oprichting, de reorganisatie of de uitbreiding bevorderen van privébedrijven.

*Wanneer de G.I.M.V. door dit doel na te streven “feitelijk bestuurder” zou worden, dan zou dit de redding van veel ondernemingen in moeilijkheden in het gedrang brengen. **Het is vanzelfsprekend dat de G.I.M.V. als kredietverlener toezicht wil houden op de aanwending van de ter beschikking gestelde kredieten, doch dit verleent haar niet de hoedanigheid van bestuurder**” (eigen nadruk)⁶⁹².*

De bank als vermeende feitelijke bestuurder:

Zo onderstreepte de rechtbank van koophandel te Brussel op 3 april 1984 met verwijzing naar een bijdrage van RONSE⁶⁹³: “*Que les banques ne sortent pas de leur rôle de bailleurs de fonds en imposant au crédit des mesures de contrôle technique adaptées à la nature du crédit et destinées à assurer une surveillance normale de celui-ci*”⁶⁹⁴.

Zo oordeelde het hof van beroep te Brussel op 12 februari 1992: “*Que tel ne fut assurément pas le cas en l’espèce dès lors que la K.B. (Kredietbank) s’est uniquement bornée – **comme c’était non seulement son droit mais encore son obligation afin de ne pas encourir une responsabilité envers des tiers – à exercer un contrôle strict sur le crédits qu’elle avait consentis à la S.A. Ets Rose et dont le montants pouvaient fluctuer jusqu’à concurrence d’un plafond maximum fixé en fonction des garanties offertes**” (eigen nadruk)⁶⁹⁵.*

Zo benadrukte de rechtbank van koophandel te Brussel op 3 april 2001 met verwijzing naar RALET⁶⁹⁶: “*Ainsi la banque qui exerce un contrôle étroit sur la gestion et exige que certaines décisions qui impliquent une utilisation des crédits consentis soient soumises à son accord préalable ne sort pas de son rôle de dispensateur de crédit*”⁶⁹⁷.

Wanneer de rechtspersoon-kredietverkrijger zich in zwaar weer bevindt, zal de kredietverlener,

⁶⁹² Rb. Gent 26 maart 1993, *TBH* 1993, (935) 951.

⁶⁹³ Meer bepaald: J. RONSE, “La responsabilité facultative des administrateurs et gérant en cas de faillite avec insuffisance d’actif”, *RPS* 1979, (292) 297.

⁶⁹⁴ Kh. Brussel 3 april 1984, *RPS* 1984, (184) 195.

⁶⁹⁵ Brussel 12 februari 1992, *JLMB* 1993, (155) 164.

⁶⁹⁶ Meer bepaald: O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 1996, 69-70, nr. 46.

⁶⁹⁷ Kh. Brussel 3 april 2001, *JDSC* 2004, (261) 262.

om aan zijn zorgvuldigheidsplicht te voldoen, moeten bepalen op welke wijze de rechtspersoon-kredietverkrijger het krediet kan en moet gebruiken; hij zal daarbij veelal bepalen dat de rechtspersoon-kredietverkrijger bepaalde saneringsmaatregelen dient uit te voeren⁶⁹⁸. Het feit dat hij deze kredietvoorwaarde naar voor schuift, maakt van hem geen feitelijke bestuurder⁶⁹⁹. Hij meet zichzelf deze hoedanigheid enkel aan wanneer hij gaat bepalen welke beleidsbeslissingen er in de schoot van de rechtspersoon-kredietverkrijger moeten worden genomen⁷⁰⁰.

VAN OMMESLAGHE verwoordt dit als volgt: “[le banquier] dépasse ses fonctions normales s’il accepte des missions de gestion ou si l’étendue de son contrôle sur les opérations de son client le conduit à prendre lui-même des décisions dans ce domaine ou à exercer une tutelle étroite sur les actes de gestion de son client”⁷⁰¹.

131. MERCHIERS formuleerde in deze context de volgende kanttekening: “Een al te ruime interpretatie van het begrip feitelijke bestuurder zou wel eens de redding van ondernemingen in moeilijkheden in het gedrang kunnen brengen. Het is vrij logisch dat wanneer een kredietverlener bereid is een steun te verlenen aan een onderneming in moeilijkheden dit dikwijls gepaard gaat met een eis van sanering en herstructurering van de onderneming om deze na een overgangsfase te leiden tot een opnieuw rendabele activiteit. Dat de kredietverlener derhalve toezicht wil uitoefenen over een besteding van de aangewende kredieten en zelfs bijstand bij de sanering wil verstrekken kan slechts toegejuicht worden omdat het toelaat om een aantal ondernemingen van

⁶⁹⁸ Y. MERCHIERS, “Aansprakelijkheid van bestuurders in N.V. en B.V.B.A.”, *TPR* 1986, (405) 421.

⁶⁹⁹ Zie ook H. FOBELETS, “La responsabilité des organismes et pouvoirs publics dispensateurs de crédit”, *BRH* 1982, (86) 105. Cf. in Frankrijk: P. CANNU en D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, Éditions Dalloz, 2020, 568, nr. 915: “la Cour de cassation a jugé que si ces stipulations ont pour seul objet de contrôler l’emploi des fonds, elles ne peuvent caractériser une immixtion dans la gestion”.

⁷⁰⁰ J. RONSE, J.-M. NELISSEN GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS en H. LAGA, “Overzicht van rechtspraak (1978-1985). Vennootschappen. Deel 2”, *TPR* 1986, (1231) 1241, nr. 204; T. DE KOSTER, L. WYNANT en P. SOENS, “Kapitaal en Budget – Kapitaal tijdens de werking van de vennootschap – De aansprakelijkheid van (feitelijke) bestuurders op grond van een kennelijk grove fout” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, P. en A. FRANÇOIS (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2021, losbl., (II.2-3) II.2-14h. Zie voor een voorbeeld: Kh. Brussel 20 september 1979, *JT* 1980, (45) 48-49. Zie ook Luik 15 november 2017, *JLMB* 2019, afl. 18, (832) 834: “Enfin la partie intimée rappelle le principe de non-ingérence du banquier dans les affaires de son client, n’ayant pas à apprécier l’opportunité des crédits consentis, ni être tenu responsable du mauvais usage qui en est fait, sous peine de courir le risque de se voir condamner comme « dirigeant de fait » à combler le passif du crédité en application de l’article 530 du Code des sociétés. **L’emprunteur reste le premier juge de l’opportunité des opérations qu’il envisage d’entreprendre**” (eigen nadruk).

⁷⁰¹ P. VAN OMMESLAGHE, “La responsabilité du banquier dispensateur de crédit en droit belge”, *Rev. banque* 1979, cahier 1, (5) 33, nr. 18.

de ondergang te redden, wat uiteindelijk de arbeidsmarkt ten goede komt. Een al te ruime interpretatie van het begrip feitelijk bestuurder zou dergelijke kredietverleningen in het gedrang kunnen brengen wegens de daaraan verbonden gevaren”⁷⁰².

132. In de Franse rechtspraak kan men een aantal voorbeelden terugvinden van gevallen waarbij de hoedanigheid van feitelijke bestuurder wel met succes aan een kredietverlener van de rechtspersoon werd toegemeten. Het gaat om:

- een bank, die twee bestuurders in de raad van bestuur van een vennootschap had laten aanstellen die onder haar controle handelden, met de opdracht er alles aan te doen om de schuld van de vennootschap aan haar adres weg te werken of te verminderen⁷⁰³; en
- een gemeente, die als geldschieter van een sportvereniging, de vereniging ertoe had gebracht een in drie jaar terug te betalen subsidie aan te gaan, drie zetels in het bestuursorgaan van de vereniging invulde, toezag op de binnen de vereniging gemaakte financiële keuzes en controle uitoefende over het bestuur en alle beslissingen die werden genomen⁷⁰⁴.

II. DOMINANTE CONTRACTSPARTIJEN

133. Kredietverleners zijn niet de enige medecontractanten van een rechtspersoon die zich al hebben moeten verweren tegen een aansprakelijkheidsvordering waarbij hen de hoedanigheid van feitelijke bestuurder wordt aangewreven. Er zijn nog andere contractspartijen van de rechtspersoon aan wie deze hoedanigheid al toegemeten is geweest. Deze partijen zijn meestal actief in de “distributiesector” (te begrijpen in de ruime zin van het woord en dus niet beperkt tot één specifieke branche). Een rechtspersoon-verdeler van producten is vaak in grote mate afhankelijk van zijn leverancier, en als die laatste bepaalde beslissingen wil doordrukken in zijn operationele bedrijfsvoering, dan zal het bestuursorgaan van de rechtspersoon-verdeler vaak geen andere

⁷⁰² Y. MERCHIERS, “Aansprakelijkheid van bestuurders in N.V. en B.V.B.A.”, *TPR* 1986, (405) 421-422.

⁷⁰³ Cass. (com.) fr. 27 juni 2006, nr. 04-15.831, *JurisData* nr. 2006-034269, *Bull. civ. IV* 2006, nr. 116, *Bull. Joly Sociétés* 2006, 1372, obs. F.-X. LUCAS, *D.* 2006, 2534, noot R. DAMMANN en J. PASZKUDSKI, *Rev. sociétés* 2006, 900, noot D. PORACCHIA, *RTD com.* 2006, 892, obs. D. LEGEAIS.

⁷⁰⁴ Cass. (com.) 15 juni 2011, nr. 09-15.578, *JurisData* nr. 2011-011812, *Bull. Joly Sociétés* 2011, 910, noot P. RUBELLIN, *Leden* 2011, nr. 8, 5, obs. J. COUARD, *Rev. proc. coll.* 2011, nr. 6, comm. 209, obs. C. LEBEL.

mogelijkheid zien dan zich naar die wil te schikken. Slaat de spreekwoordelijke *pendulum* te ver door en blijkt dat de leverancier als dominante contractspartij eigenlijk het bestuur van de rechtspersoon heeft overgenomen, dan kan een kwalificatie als feitelijke bestuurder aan de orde zijn⁷⁰⁵.

Illustraties van het voorgaande vindt men voornamelijk in de Franse rechtspraak. Voorbeelden van dominante medecontractanten die als feitelijke bestuurders zijn aangemerkt, zijn o.m.:

- *in de retail branche* (meer bepaald de branche van de supermarkten): de leverancier die alle boekhoudkundige, sociale en bancaire stukken en documenten van zijn afnemer had bijgehouden, een volmacht had op diens bankrekeningen, diens administratie en diens facturatie had voorbereid, diens fiscale en sociale aangiftes had opgesteld en de aanwerving van diens personeel had gecontroleerd⁷⁰⁶; en
- *in de hotel- en restaurantbranche*: de hoteleigenaar die aan de uitbater van een restaurant in het hotel had opgelegd hoe de menu's van het restaurant dienden te worden samengesteld en geprijsd en wanneer er maaltijden gratis dienden te worden aangeboden, die de relaties met de leveranciers en de klanten van het restaurant had onderhouden en die de regels had vastgelegd die moesten worden gevolgd door het personeel van het restaurant⁷⁰⁷.

134. Uit een analyse van de Belgische en de Franse rechtsleer valt af te leiden dat er in het kader van commerciële overeenkomsten met een vennootschap één specifieke contractspartij is die zeer goed moet opletten dat hij niet als een feitelijke bestuurder van zijn medecontractant wordt aangemerkt; het betreft de franchisegever ("*le franchiseur*")⁷⁰⁸. Het komt in de praktijk zeer vaak

⁷⁰⁵ **België:** V. CARRON, "Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder" in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-30a. **Frankrijk:** J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, "Le dirigeant de fait", *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2019, afl. 166, (3) 9, nr. 28; M. COZIAN, A. VIANDIER en F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Paris, LexisNexis, 2019, 165, nr. 402. Zie ook hierboven randnr. 71.

⁷⁰⁶ Cass. (com.) fr. 9 november 1993, nr. 91-18.351, *JurisData* nr. 1993-002442, *Bull. civ. IV* 1993, nr. 390, *D.* 1995, 79, obs. D. FERRIER, *Rev. sociétés* 1994, 321, obs. P. LE TOURNEAU, *RTD civ.* 1995, 105, obs. J. MESTRE.

⁷⁰⁷ Cass. (com.) fr. 24 november 1998, nr. 96-11.733, onuitg.

⁷⁰⁸ **België:** V. CARRON, "Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder" in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-30a; **Frankrijk:** A. JACQUEMONT, R. VABRES en T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté (10^e édition)*, Paris, LexisNexis, 2017, 626; J. HEINICH, "Les dirigeants de fait: du

voor dat een franchisegever zich contractueel bepaalde (controle)rechten met betrekking tot zijn wederpartij, de franchisenemer, voorbehoudt, teneinde zijn eigen (merk)imago te beschermen. Dit is op zich geenszins problematisch. Het wordt normaal geacht, en eigen aan de commerciële relatie tussen de partijen, dat de franchisegever zich deze (controle)rechten voorbehoudt⁷⁰⁹. Wat problematisch is, is dat de franchisegever zich soms te verregaande rechten voorbehoudt, of misbruik maakt van zijn dominante positie om zijn eigen beleid door te drukken⁷¹⁰. Wanneer blijkt dat hij zich – los van de implementatie van de franchisingformule – met de dagdagelijkse zaken van de onderneming van de franchisenemer inlaat, of de koers bepaalt waarin (de vennootschap van) de franchisenemer operationeel gezien moet varen, dan is de kans zeer groot dat hij als feitelijke bestuurder van (de vennootschap van) de franchisenemer kan worden aangemerkt.

Het hof van beroep van Bergen verwoordde dit alles als volgt: “*Attendu que la notion même de contrat de franchise suppose une nécessaire ingérence du franchiseur dans les affaires du franchisé puisque le franchiseur doit mettre à la disposition du franchisé un savoir-faire, une assistance, des conseils de gestion ou de production que les seules forces du franchisé ne lui permettraient pas d’obtenir.*

Que ne pourrait être qualifié de dirigeant de fait de la société franchisée que le franchiseur qui prendrait des initiatives dépassant le cadre contractuel de la franchise, en posant des actes que n’auraient pu poser que les administrateurs, par exemple en signant des documents, en assistant aux réunions du conseil d’administration, en donnant directement des instructions au personnel, en imposant des prix à la revente, etc. aliénant ainsi la nécessaire indépendance que doit pouvoir conserver la société franchisée” (eigen nadruk)⁷¹¹.

neuf dans de l’ancien”, *RJCom.* 2018, afl. 5, (1) 3; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Issy-les-Moulineaux Cedex, LGDJ, 2018, 943; J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétair*e 2019, afl. 166, (3) 9, nr. 28.

⁷⁰⁹ Zie eveneens hierboven randnr. 71.

⁷¹⁰ Zie A. JACQUEMONT, R. VABRES en T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté (10^e édition)*, Paris, LexisNexis, 2017, 626.

⁷¹¹ Bergen 13 januari 2003, *JLMB* 2004, (54) 57 (de relevante delen van het arrest werden tevens weergegeven onder randnr. 71 hierboven). Zie ook T. DE KOSTER, L. WYNANT en P. SOENS, “Kapitaal en Budget – Kapitaal tijdens de werking van de vennootschap – De aansprakelijkheid van (feitelijke) bestuurders op grond van een kennelijk grove fout” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, P. en A. FRANÇOIS (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2021, losbl., (II.2-3) II.2-14i: “De franchisegever die zijn contractuele rol in het kader van de franchiseovereenkomst afgesloten met de vennootschap, als franchisenemer, te buiten gaat en zich mengt in het bestuur van de vennootschap, kan worden gelijkgesteld met een bestuurder. Dit is het geval indien de franchisegever documenten van de franchisenemer ondertekent, deelneemt aan vergaderingen van de raad van bestuur van deze laatste, rechtstreekse instructies geeft aan het personeel van de franchisenemer en een prijspolitiek oplegt, waardoor de franchisenemer elke onafhankelijkheid verliest”.

Een te verregaande inmenging of controle door de franchisegever in of over de vennootschap van de franchisenemer zou volgens de Franse auteurs HEINICH, WATRIN, AYACHE en ZAGDOUN onder meer kunnen blijken uit een combinatie van de volgende factoren⁷¹²:

- de franchisegever houdt een aanzienlijke aandelenparticipatie aan in de vennootschap van de franchisenemer;
- de franchisegever controleert het centrale aankoopbureau van de franchisenemer;
- de franchisegever houdt de boekhouding van de vennootschap van de franchisenemer bij en stelt de balansen van die vennootschap op;
- de franchisegever voert betalingen uit voor alle of een deel van de facturen van de franchisenemer;
- de franchisegever neemt voorzieningen op in de boekhouding van de franchisenemer;
- de franchisegever verzorgt de “*corporate housekeeping*” van de franchisenemer, bereidt de uitnodigingen voor vergaderingen voor en verstuurt ze ook.

Een voorbeeld van een geval waarbij een franchisegever terecht niet als feitelijke bestuurder werd aangemerkt, daar er niet van een echte inmenging in het operationele bestuur van de vennootschap van de franchisenemer kon worden gesproken, kan worden gevonden in een uitspraak van het Franse hof van beroep van *Chambéry*. Het betrof een franchisegever die het gebruik oplegde van specifieke software die hem in staat stelde de dossiers van zijn franchisenemer op te volgen, maar hem niet toeliet het geheel van de boekhoudkundige en financiële elementen te controleren, die twee leningen toekende aan zijn franchisenemer en die een punctueel bezoek bracht aan de onderneming van zijn franchisenemer; belangrijk in de beoordeling van de rechter was dat de franchiseovereenkomst bepaalde dat de franchisenemer zijn activiteit in alle onafhankelijkheid moest exploiteren en vrij was de prijs van zijn producten en diensten te bepalen⁷¹³.

135. Dé les voor contractanten van wie een rechtspersoon in belangrijke mate afhankelijk is – en men denke hierbij niet enkel aan franchisegevers, maar bijvoorbeeld ook aan grote leveranciers – is om beslissingen over operationele zaken (aan- en verkopen, personeel, enz.) over te laten aan de leden van het bestuursorgaan van de rechtspersoon, en erover te waken dat deze laatsten steeds de vrijheid behouden om hun besluiten onafhankelijk te nemen. Contractanten die beslissingen aan

⁷¹² J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2019, afl. 166, (3) 9, nr. 28.

⁷¹³ Chambéry 17 juni 2014, nr. 13/02671, onuitg.

de rechtspersoon opleggen die het normale contractuele kader van hun relatie overstijgen, lopen het risico om als feitelijke bestuurders te worden aangemerkt⁷¹⁴.

III. FAMILIELEDEN

136. Niet alleen kredietverleners en dominante contractspartijen moeten beducht zijn voor een kwalificatie als feitelijke bestuurder, ook personen die menen aan een beroeps- of bestuursverbod te kunnen ontsnappen door een lid van hun familie als bestuurder *de jure* te laten optreden, terwijl zij zelf de touwtjes in handen blijven houden, zijn best op hun hoede⁷¹⁵. Ook zij worden in de praktijk soms als feitelijke bestuurders geïdëeëld, en in de meeste gevallen met succes⁷¹⁶.

Voorbeelden van familieleden die in de Belgische rechtspraak effectief als feitelijke bestuurders zijn aangemerkt, zijn:

- de moeder van de bestuurder *de jure*⁷¹⁷; en
- de feitelijk samenwonende partner van de bestuurder *de jure*⁷¹⁸.

Voorbeelden van (naaste) familieleden die in de Franse rechtspraak als feitelijke bestuurders zijn aangemerkt, zijn:

⁷¹⁴ Zie in dezelfde zin G. CALLENS, A. CAUTAERS, H. CULOT, Y. DE CORDT, G. DE PIERPONT, T. FLAMENT, E. FOSSEPREZ, J.-M. GOLLIER, A. HANNOUILLE en N. TISSOT, “Chapitre 5 - Responsabilité des administrateurs” in Y. DE CORDT (ed.) *Société anonyme, 2e édition*, Bruxelles, Larcier, 2021, (337) 351. Zie ook in Frankrijk: P. CANNU en D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, Éditions Dalloz, 2020, 786, nr. 1336: “*Si le contractant excède les pouvoirs que lui accorde le contrat, et s’immisce dans le société avant la mise en liquidation de celle-ci, il peut être condamné à réparer l’insuffisance d’actif*”.

⁷¹⁵ België: M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 7; A. JANSEN en D. GOL, “Responsabilités des dirigeants: actualités et questions choisies en lien avec la comptabilité” in F. GEORGE en F. GEORGES (eds.), *Varia en droit de l’insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2022, (217) 251-252. Frankrijk: J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétaire 2019*, afl. 166, (3) 9, nr. 29.

⁷¹⁶ Zoals ook aangehaald in Kh. Luik 20 juni 2016, *DAOR* 2016, afl. 120, (76) 77.

⁷¹⁷ Kh. Veurne 12 december 2001, *TRV* 2002, 464, noot D. VAN GERVEN en *JDSC* 2003, 184 (verkort): een moeder die betrokken was geweest bij een faillissement en geen bestuurder meer mocht zijn, had haar dochter – die nog studente was en niets van de vennootschap in kwestie afwist – als bestuurder aangeduid, en was zelf de zaken van de vennootschap operationeel blijven regelen.

⁷¹⁸ Antwerpen 10 september 2004, *Limb.Rechtsl.* 2005, 41, noot B. WINDEY: twee feitelijk samenwonende partners stonden samen aan de leiding van een BVBA waaraan zij zwarte inkomsten onttrokken; de ene partner was formeel benoemd als zaakvoerder, de andere gedroeg zich feitelijk zo (hij ondertekende vennootschapsdocumenten, hij woonde vergaderingen van het bestuursorgaan bij, hij gaf instructies aan het personeel, enz.).

- de voormalige partner van de bestuurder *de jure*⁷¹⁹;
- de echtgenoot van de bestuurder *de jure*⁷²⁰;
- de schoonvader van de bestuurder *de jure*⁷²¹;
- de nonkel van de bestuurder *de jure*⁷²²; en
- de vader van de bestuurder *de jure*⁷²³.

Worden bijwijlen ook als feitelijke bestuurders geïdëent: personen die hun partners of familieleden er op grond van hun relationele of familiale band toe verleiden om naar buiten toe als gezicht van hun vennootschap op te treden (er is dan sprake van een benoeming “*pro forma*”⁷²⁴), om hun eigen aansprakelijkheidsrisico in te perken, of om bepaalde belangenconflicten te verdoezelen⁷²⁵.

IV. WERKNEMERS

137. Een andere groep van personen waarop eisers soms het label feitelijke bestuurder proberen te plakken, bestaat uit (vermeende) werknemers. Dit lijkt op het eerste gezicht misschien vreemd: is een werknemer niet juist een voorbeeld van een persoon in wiens hoofde de drie voorwaarden inzake feitelijk bestuur niet vervuld zijn? Hij of zij is toch verbonden met de rechtspersoon via een arbeidsovereenkomst, en wil dat niet zeggen dat hij of zij niet in alle onafhankelijkheid optreedt, maar, onder gezag, leiding en toezicht van het bestuursorgaan van de rechtspersoon instructies en eerder genomen beslissingen uitvoert? In de regel is dat inderdaad zo⁷²⁶. Echter, zoals eerder al werd opgemerkt, is het perfect mogelijk dat een persoon die formeel via een arbeidsovereenkomst

⁷¹⁹ Cass. (com.) fr. 20 april 2017, nr. 15-10.425, *JurisData* nr. 2017-007291, *BJE* 2017, 297, obs. T. FAVARIO, *Bull. Joly Sociétés* 2017, 463, noot J. HEINICH, *Rev. proc. coll.* 2017, comm. 149, obs. A. MARTIN-SERF.

⁷²⁰ Cass. (soc.) fr. 23 juni 2015, nr. 14-10.541, onuitg. Zie ook Cass. (com.) fr. 9 mei 1995, nr. 93-11.338, *JurisData* nr. 1995-001035, *Bull. civ. IV* 1995, nr. 134; *D.* 1996, 84, obs. A. HONORAT, *LPA* 1996, nr. 84, 35, obs. J.-L. COURTIER; Cass. (com.) fr. 24 juni 2003, nr. 00-17.700, *JurisData* nr. 2003-019740; Cass. (soc.) fr. 27 september 2017, nr. 16-17.619, *JurisData* nr. 2017-018718; Caen, 1 juni 2017, nr. 16/03286, *JurisData* nr. 2017-012176.

⁷²¹ Cass. (soc.) fr. 2 juli 2008, nr. 07-41.913, onuitg.

⁷²² Cass. (com.) fr. 12 april 1976, nr. 74-13.966, *JurisData* nr. 1976-097116, *Bull. civ. IV* 1976, nr. 116.

⁷²³ Cass. (com.) fr. 14 oktober 1997, nr. 94-14.146, *RTD com.* 1998, 164, obs. C. CHAMPAUD en D. DANET; Cass. (Ire civ.) fr. 11 oktober 2012, nr. 11-17.944, *Bull. civ. IV* 2012, nr. 116, 101; Paris 19 april 2017, nr. 15/21571, *JurisData* nr. 2017-008678.

⁷²⁴ Zie bv. Gent 8 februari 2001, *JDSC* 2003, 211, noot M.-A. DELVAUX.

⁷²⁵ Zie bv. Kh. Veurne 12 december 2001, *TRV* 2002, 464, noot D. VAN GERVEN en *JDSC* 2003, 184 (verkort).

⁷²⁶ Zie voor een toepassing: Luik 13 februari 2007, *RRD* 2007, 145 (weergegeven onder randnr. 92 hierboven).

met de rechtspersoon is verbonden, in realiteit niet of niet meer aan enig gezag onderworpen is⁷²⁷. Laat die persoon zich in met het bestuur van de rechtspersoon en stelt hij positieve daden van bestuur waarover hij onafhankelijk kan beslissen, dan kan hij wel degelijk de hoedanigheid van feitelijke bestuurder hebben⁷²⁸.

Voorbeelden van werknemers die de hoedanigheid van feitelijke bestuurder toegemeten hebben gekregen in de Belgische rechtspraak, zijn:

- de directeur met bediendenstatuut die samen met de twee bestuurders *de jure* het bestuur waarnam en dat niet betwistte⁷²⁹; en
- de met een arbeidsovereenkomst met de rechtspersoon verbonden directeur die belast was met verschillende taken van (dagelijks) bestuur, welke hij in alle onafhankelijkheid kon uitoefenen⁷³⁰.

Voorbeelden van werknemers die in de Franse rechtspraak als feitelijke bestuurders zijn aangemerkt, zijn:

- de werknemer waarvan bleek dat hij de enige was die de technische vaardigheden had om de vennootschap te besturen⁷³¹;
- de werknemer die zich ten opzichte van de andere werknemers als hun echte werkgever had gedragen en die de belangrijkste contracten had ondertekend⁷³²;

⁷²⁷ Zie hierboven randnr. 93.

⁷²⁸ België: J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, (195) 201; S. DE GEYTER, “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, (888) 889; A. JANSEN en D. GOL, “Responsabilités des dirigeants: actualités et questions choisies en lien avec la comptabilité” in F. GEORGE en F. GEORGES (eds.), *Varia en droit de l’insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2022, (217) 252. Frankrijk: J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétair*e 2019, afl. 166, (3) 9, nr. 27.

⁷²⁹ Kh. Brussel 8 december 1981, *TBH* 1982, 393 en *RPS* 1982, 228, noot.

⁷³⁰ Kh. Tongeren 30 januari 2007, *JDSC* 2009, 204 en *TBH* 2007, 916.

⁷³¹ Cass. (soc.) fr. 2 juli 2008, nr. 07-41.913, onuitg.

⁷³² Cass. (com.) fr. 6 oktober 2009, nr. 08-15.378, *JurisData* nr. 2009-049844, *Bull. Joly Sociétés* 2010, nr. 3, 151, obs. P.-M. LE CORRE, *Dr. sociétés* 2010, comm. 14, noot J.-P. LEGROS, *Rev. sociétés* 2010, 185, obs. P. ROUSSEL GALLE.

- de werknemer die de voor de vennootschap belangrijkste raamcontracten bleek te hebben afgesloten, de briefwisseling had ondertekend en het personeel had aangenomen⁷³³;
- de werknemer van een vereniging die volledig onafhankelijk bleek te hebben gehandeld, de voorzitter van de vereniging had “*overruled*” en besluiten had genomen die indruisden tegen de aanbevelingen van de raad van bestuur⁷³⁴; en
- de werknemster die de functie van commercieel secretaresse bekleedde, maar die zich ook met het bestuur en de financiële keuzes van de vennootschap had ingelaten, samen met de bestuurder, haar echtgenoot, en die gedurende een periode van bijna drie jaar geen betaling van haar loon had gevorderd om de moeilijkheden waarin de onderneming zich bevond te verhullen⁷³⁵.

138. Werd in de Belgische context ook reeds als feitelijke bestuurder geïdëeerd, maar zonder succes: de werknemer van een vakorganisatie (een syndicaal afgevaardigde) die zich in opdracht en volgens de instructies van zijn vakbond-werkgever in de plaats had gesteld van het bestuursorgaan van een vennootschap⁷³⁶. In het desbetreffende geval bleek uit een brief dat de vakbond, na aanvraag van een concordaat (een oude herstructureringsvorm voor ondernemingen in moeilijkheden), had besloten tot deelname aan het zelfbestuur van de vennootschap (het ging om een transportbedrijf) en dat de syndicaal afgevaardigde slechts haar vertegenwoordiger was tegenover derden. Het was de vakbond zelf die volgens de aangezochte rechter als feitelijke bestuurder geïdëeerd had moeten worden, en niet haar werknemer⁷³⁷.

⁷³³ Grenoble 2 februari 2012, nr. 10/05110, *JurisData* nr. 2012-001440, *Dr. sociétés* 2013, comm. 126, noot J.-P. LEGROS, *Rev. proc. coll.* 2013, nr. 3, obs. A. MARTIN-SERF.

⁷³⁴ Cass. (com.) fr. 24 juni 2008, nr. 07-13431, *Rev. proc. coll.* 2008, 53, obs. A. MARTIN-SERF.

⁷³⁵ Cass. (soc.) fr. 27 september 2017, nr. 16-17.619, *JurisData* nr. 2017-018718.

⁷³⁶ Kh. Luik 17 mei 1983, *Jur. Liège* 1983, 449 en *RPS* 1984, 63.

⁷³⁷ Zie Kh. Luik 17 mei 1983, *RPS* 1984, (63) 67-68: “*Qu’il ressort de la lettre du 22 avril écrite par la F.G.T.B. que c’est celle-ci qui a décidé de participer à l’autogestion et en fourni les moyens, le défendeur Emmers étant une des personnes qui représentaient le syndicat dans divers actes vis-à-vis des tiers; que ce qui est en cause, ce n’est pas telle ou telle faute du défendeur Emmers, lequel a agi dans les limites du lien de subordination l’unissant à son employeur, mais la manière dont celui-ci a conçu l’autogestion qu’il épaulait; Attendu que les griefs articulés par le demandeurs ne reposent pas sur des actes positifs du défendeur Emmers, mais sur les abstentions de des employeurs; Que, seule, la responsabilité de ceux-ci peut être recherchée et qu’il s’agit d’une responsabilité personnelle et non d’une responsabilité pour autrui;*” (eigen nadruk).

V. GEWEZEN BESTUURDERS *DE JURE*

139. Een volgende groep van personen die soms als feitelijke bestuurders worden geïdëent, bestaat uit gewezen bestuurders *de jure* die na de beëindiging van hun bestuursmandaat verder als bestuurders zijn blijven handelen. Het gaat in hoofdzaak om personen die hun bestuursmandaat zelf hebben opgegeven, hetzij omdat ze dat moesten (na een door de rechter opgelegd beroeps- of bestuursverbod⁷³⁸), hetzij omdat ze dachten aan bestuurdersaansprakelijkheid te kunnen ontsnappen door *pro forma* bestuurders naar voor te schuiven.

Voorbeelden van gewezen bestuurders *de jure* die in de Belgische rechtspraak als feitelijke bestuurders zijn aangemerkt, zijn:

- de gewezen bestuurder (zaakvoerder) *de jure* die het bestuur van de vennootschap had verlaten om zich weg te steken achter een scherm van nieuwbenoemde bestuurders (zaakvoerders) *de jure*, die slechts stromannen waren⁷³⁹; en
- de gewezen bestuurder (zaakvoerder) *de jure* die een verbod had opgelegd gekregen om nog als bestuurder op te treden en die om dat verbod te omzeilen een kennis naar voor had geschoven om *pro forma* als bestuurder (zaakvoerder) *de jure* te fungeren, zodat hij de werkelijke leiding over de zaken van de vennootschap in handen kon blijven houden⁷⁴⁰.

Voorbeelden van gewezen bestuurders *de jure* die in de Franse rechtspraak als feitelijke bestuurders zijn aangemerkt, zijn:

- de gewezen bestuurder *de jure* die het voorwerp had uitgemaakt van een verbod om te besturen, maar contracten voor de vennootschap was blijven ondertekenen⁷⁴¹;

⁷³⁸ België: J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 76. Frankrijk: J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2019, afl. 166, (3) 10, nr. 30.

⁷³⁹ Kh. Brussel 8 oktober 2007, *RW* 2008-09, 294, noot.

⁷⁴⁰ Kh. Brussel 30 maart 1981, *JT* 1981, 524: “*Que l'on se trouve ici en présence d'une fraude qui a consisté à trouver un gérant de complaisance pour exercer sous son couvert, en vue de déjouer une interdiction légale, la véritable direction de la société*”.

⁷⁴¹ Cass. (com.) fr. 13 februari 2007, nr. 05-12.261, onuitg. Zie ook Paris 10 oktober 2000, *Bull. Joly* 2001, 33.

- de gewezen bestuurder *de jure* die na een strafrechtelijke procedure zijn bestuursfunctie binnen de vennootschap had moeten neerleggen, maar zich in het bestuur bleef mengen⁷⁴²;
- de gewezen bestuurder *de jure* die zijn bestuursfunctie had neergelegd en zijn aandelen in de vennootschap had overgedragen, maar zich van een parttime opdracht als technisch en commercieel adviseur van de vennootschap had verzekerd⁷⁴³;
- de gewezen bestuurder *de jure* die zijn bestuursfunctie had neergelegd en het bestuur had toevertrouwd aan een stroman met het oog op de vereffening van de vennootschap, zodat zijn naam nergens zou voorkomen⁷⁴⁴; en
- de gewezen bestuurder *de jure* – oprichter van een vereniging die na zijn officiële vertrek uit de vereniging positieve daden van bestuur bleef stellen⁷⁴⁵.

Werd in de Belgische context ook reeds als feitelijke bestuurder geviseerd, maar zonder succes: de gewezen bestuurder *de jure* die na zijn vrijwillig ontslag als bestuurder de jaarrekening van de vennootschap had nagekeken als extern zelfstandig boekhouder⁷⁴⁶.

140. Is geen feitelijke bestuurder: de bestuurder die zijn ontslag heeft gegeven, maar op verzoek van de vennootschap in functie blijft totdat de vennootschap redelijkerwijze in zijn vervanging kan voorzien⁷⁴⁷. Voor de duur dat hij in functie blijft, is hij “in functie” en dus een bestuurder *de jure*⁷⁴⁸. Het is pas wanneer zijn ontslag ten volle uitwerking krijgt⁷⁴⁹, en hij in weerwil daarvan daden van bestuur blijft stellen, dat een kwalificatie als feitelijke bestuurder aan de orde zou kunnen zijn. Ten aanzien van de vennootschap speelt die kwalificatie in voorkomend geval vanaf er redelijkerwijs

⁷⁴² Cass. (com.) fr. 14 oktober 1997, nr. 94-14.146, *RTD com.* 1998, 164, obs. C. CHAMPAUD en D. DANET.

⁷⁴³ Cass. (com.) fr. 30 maart 2005, nr. 03-15.761, onuitg.

⁷⁴⁴ Cass. (crim.) fr. 25 november 2015, nr. 14-84.538, *JurisData* nr. 2015-026253.

⁷⁴⁵ Bordeaux 19 november 2018, nr. 18/04471, *JurisData* nr. 2018-0229585. Zie ook Paris 15 december 1999, *RTD com.* 2001, 241, obs. C. MASCALA.

⁷⁴⁶ Brussel 6 januari 2011, *RABG* 2012, 574 en *JDSC* 2013, 132.

⁷⁴⁷ Zie artikel 5:70, §4 WVV (BV); artikel 6:58, §4 WVV (CV), artikel 7:85, §4 WVV (NV met monistisch bestuur) en artikel 7:105, §5 WVV (NV met duaal bestuur).

⁷⁴⁸ Zie ook H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 256, nr. 540: “*In geval van zo’n verzoek [een verzoek van de vennootschap om nog aan te blijven tot een vervanger is gevonden] is de bestuurder weliswaar ontslagnemend, maar blijft hij juridisch volwaardig bestuurder en aansprakelijk tegenover de vennootschap voor bestuursfouten totdat er een vervanger is gevonden of tot op het ogenblik waarop die redelijkerwijs gevonden had moeten zijn*”.

⁷⁴⁹ En hij dus niet meer “ontslagnemend” is.

in zijn vervanging voorzien had moeten zijn; voor derden⁷⁵⁰ geldt dat ze de “gewezen bestuurder” verder in zijn hoedanigheid van bestuurder *de jure* kunnen blijven aanspreken zolang het ontslag hen niet tegenwerpelijk is⁷⁵¹.

VI. ANDERE ALS FEITELIJKE BESTUURDER GEVISEERDE PERSONEN

141. Wie de Belgische rechtspraak grondig analyseert, zal vaststellen dat er in het verleden ook enkele “atypische” zaken over feitelijk bestuur zijn geweest, waarin getracht is geweest om andere personen dan de hierboven geïdentificeerde en gecategoriseerde personen als feitelijke bestuurders aan te merken. Dit telkens zonder succes. Werden als feitelijke bestuurders geïdentificeerd, maar terecht niet als dusdanig gekwalificeerd:

- de vereffenaar van een BVBA, die in zijn hoedanigheid van vereffenaar de wettelijke verantwoordelijkheden zoals bepaald in het oude artikel 192 W.Venn. (thans art. 2:106 WVV WVV) vervulde⁷⁵²; en
- de derde die een aansprakelijkheidsvordering had ingeleid tegen de zaakvoerder *de jure* van een BVBA; laatstgenoemde probeerde aan zijn aansprakelijkheid te ontkomen door te opperen dat de derde zelf voor het bestuur verantwoordelijk was geweest⁷⁵³.

142. Naast een beperkt aantal “atypische” zaken, kunnen in de rechtspraak ook nog enkele zaken worden teruggevonden die moeilijk in één van voormelde categorieën kunnen worden ingedeeld. Dat komt omdat uit het feitenrelaas ervan niet kan worden opgemaakt welke band de als feitelijke

⁷⁵⁰ Het ontslag is ten aanzien van derden tegenwerpelijk na de bekendmaking ervan in de *Bijlagen* bij het *Belgisch Staatsblad* (art. 2:18 WVV). Merk op dat onder derden, derden worden verstaan die met de vennootschap handelen; derden die vorderen op basis van onrechtmatige daad of op grond van de wet (bijvoorbeeld de fiscus) worden niet door artikel 2:18 WVV beschermd: ten aanzien van hen is het (vrijwillig) ontslag onmiddellijk tegenwerpelijk (zie H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 257, nr. 540 met o.m. verwijzing naar Cass. 17 november 2006, *TRV* 2007, 138 en *JDSC* 2008, 147 en Cass. 2 september 2016, *T.Not.* 2018, 898 en *TRV-RPS* 2018, 54, noot B. VANSTAEN en F. HOOGENDIJK).

⁷⁵¹ Zie ook R. TAS, “Standpunt - Een bestuurder is niet meer aansprakelijk voor fouten na zijn (niet-gepubliceerd) ontslag”, *TRV* 2014, (138) 139.

⁷⁵² Kh. Turnhout 10 december 2007, *RABG* 2008, (492) 499; zie ook hierboven randnr. 100.

⁷⁵³ Kh. Tongeren 18 december 2007, *RABG* 2008, (517) 521: “*dat het al te gemakkelijk is als zaakvoerder te beweren dat een derde, toevallig dan nog diegene die een vordering instelt, feitelijke bestuurder was en alle gevolgen dient te dragen van de beslissingen die door diegene die dit beweert zelf als zaakvoerder werden genomen*”.

bestuurder aangemerkte persoon precies met de rechtspersoon en haar bestuurders had⁷⁵⁴. Het enige dat duidelijk wordt uit het feitenrelaas, is dat de als feitelijke bestuurder aangemerkte persoon zich doelbewust niet als bestuurder had laten benoemen⁷⁵⁵, en andere personen als bestuurders *de jure* naar voor had geschoven. In de zaken waarvan sprake, keek de aangezochte rechter telkens door de geveinsde constructie heen en luidde zijn oordeel dat de bestuurders *de jure* naamleners waren voor de feitelijke bestuurder die werkelijk de touwtjes in handen had⁷⁵⁶.

VII. EEN BELANGRIJKE VASTSTELLING: ER BESTAAN TWEE SOORTEN FEITELIJKE BESTUURDERS

143. Wie hogervermelde voorbeelden van in de Belgische en de Franse rechtspraak als feitelijke bestuurder geveinsde personen aandachtig doorleest, zal vaststellen dat er in de praktijk eigenlijk twee verschijningsvormen van feitelijk bestuur kunnen worden ontwaard, met name deze waarbij een persoon zelf, persoonlijk, in het bestuur van een rechtspersoon tussenkomt, en deze waarbij een persoon op de achtergrond blijft en de formeel benoemde bestuurders gebruikt als stromannen. In het vorige hoofdstuk werd reeds op deze tweedeling gealludeerd bij de bespreking van de eerste voorwaarde die klassiek naar voor wordt geschoven om te bepalen of een persoon een feitelijke bestuurder is⁷⁵⁷. Daarbij werd vooral ingegaan op het feit dat er in de Belgische rechtsleer nogal wat onduidelijkheid bestaat over de laatstgenoemde verschijningsvorm van feitelijk bestuur. Hier weze benadrukt dat de praktijk uitwijst dat er wel degelijk twee soorten van feitelijke bestuurders

⁷⁵⁴ Het feitenrelaas van de gepubliceerde uitspraken is vaak erg beknopt. Zie bv. Kh. Brussel 23 april 2010, *RW* 2011-12, 1010 (zie ook randnr. 62 hierboven). Een uitzondering betreft Kh. Dendermonde 6 december 1999, *JDSC* 2001 (verkort), 143, noot P. KILESTE, en C. BERTSCH, *RW* 2001-02, 128, *TBH* 2000, 659 en *TRV* 2000, 40, noot (de als feitelijke bestuurder aangemerkte persoon had in deze zaak wel een band met de rechtspersoon; hij was als lasthebber belast met het dagelijks bestuur en had daarnaast veel te ruime volmachten gekregen – zie ook hierboven randnr. 66).

⁷⁵⁵ Om zijn betrokkenheid in de rechtspersoon voor de buitenwereld zoveel mogelijk verborgen te houden. Zie ook V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-30b.

⁷⁵⁶ Kh. Dendermonde 6 december 1999, *RW* 2001-02, (128) 132: “*Het staat vast dat de heer H.B. zeker als feitelijke bestuurder dient te worden beschouwd. De verklaring van de bestuurders laten geen twijfel, zij waren in feite slechts naamleners*”; Kh. Brussel 23 april 2010, *RW* 2011-12, (1010) 1011: “*Het staat vast dat verweerder zeker als feitelijke zaakvoerder moet worden beschouwd. De voornoemde verklaringen laten geen twijfel, de zaakvoerders van de BVBA AB. waren in feite slechts naamleners. Verweerder moet bijgevolg worden beschouwd als een persoon die ten aanzien van de zaken van de BVBA AB. werkelijke bestuursbevoegdheid heeft gehad*”.

⁷⁵⁷ Zie randnrs. 62-63 hierboven; zie ook randnrs. 123-124.

bestaan. DE GEYTER onderkende dit reeds uitdrukkelijk. Zij schrijft zeer terecht: “*Er kunnen twee categorieën van feitelijke bestuurders worden onderscheiden, met name de personen die zich werkelijke bestuursbevoegdheid hebben aangemeten door zich in de plaats te stellen van de bestuurders en zij die zich deze bevoegdheid hebben aangemeten door de bestuurders nauwkeurige instructies te geven. In dat laatste geval treden de feitelijke bestuurders niet als zodanig naar buiten en zijn de formeel benoemde bestuurders de stromannen van deze schaduwbestuurders*”⁷⁵⁸.

AFDELING 3. UITGELICHT: DE AANDEELHOUDER EN (PROFESSIONELE) ADVISEUR ALS FEITELIJKE BESTUURDER

144. Hogervermeld overzicht van in de rechtspraak als feitelijke bestuurder geïsoleerde personen is niet helemaal volledig. Twee groepen van personen ontbreken. Het gaat om de aandeelhouders van de vennootschap en de (professionele) adviseurs van de bestuurders *de jure*. Zij werden bewust uit het overzicht weggelaten. De vraag naar hun kwalificatie als feitelijke bestuurders beroert de praktijk en ligt erg gevoelig. Een te synthetische benadering ervan, zoals in de vorige afdeling van dit hoofdstuk, gaat gepaard met een risico op te algemene en verkeerde conclusies. Om die reden alleen al, maar ook omdat er uit de rechtsleer dienaangaande verschillende lessen te trekken zijn⁷⁵⁹, is het zinvol om deze vraag verder uit te lichten. Het mag duidelijk zijn dat de vraag naar de kwalificatie van aandeelhouders en adviseurs als feitelijke bestuurders eigenlijk een dubbele vraag is. De eerste vraag is deze naar de kwalificatie van de aandeelhouder als feitelijke bestuurder, de

⁷⁵⁸ S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 3. Zie in gelijkaardige zin ook G. CALLENS, A. CAUTAERS, H. CULOT, Y. DE CORDT, G. DE PIERPONT, T. FLAMENT, E. FOSSÉPREZ, J.-M. GOLLIER, A. HANNOUILLE en N. TISSOT, “Chapitre 5 - Responsabilité des administrateurs” in Y. DE CORDT (ed.) *Société anonyme, 2e édition*, Bruxelles, Larcier, 2021, (337) 351: “*Une immixtion nette dans l’administration ou la gestion ou, de manière plus indirecte, par instructions données aux dirigeants de la société*”. Zie verder ook A. JANSEN en D. GOL, “Responsabilités des dirigeants: actualités et questions choisies en lien avec la comptabilité” in F. GEORGE en F. GEORGES (eds.), *Varia en droit de l’insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2022, (217) 250, met verwijzing naar P. MONVILLE en A. VERHOUSTRAETEN, “La responsabilité pénale de l’homme de paille: pas de quoi en faire tout un foin?”, *TBH* 2020, (1003) 1005, nr. 8: “*Le dirigeant de fait exerce son pouvoir de décision soit en se substituant à l’organe statutaire, soit en lui donnant des instructions précises*”; S. DE GEYTER, “Deel IV Bestuursmodellen en aansprakelijkheid – Hoofdstuk II Algemeen overzicht van de recente wijzigingen van de regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid” in S. DE GEYTER, I. DE POORTER en E., LEROUX (eds.), *Bestuur in de NV*, Antwerpen, Intersentia, 2022, (217) 219.

⁷⁵⁹ Zoals wat zeker niet te doen, teneinde een kwalificatie als feitelijke bestuurder te vermijden.

tweede vraag is deze naar de kwalificatie van de adviseur als feitelijke bestuurder. Beide vragen worden hierna een voor een onder de loep genomen.

I. DE AANDEELHOUDER

145. Wie voortgaat op de rechtsleer zou tot het besluit kunnen komen dat aandeelhouders – en meer in het bijzonder meerderheidsaandeelhouders en moedervennootschappen⁷⁶⁰ in de context van een vennootschapsgroep – in de Belgische praktijk de personen/actoren zijn aan wie het vaakst de hoedanigheid van feitelijke bestuurder wordt toegemeten⁷⁶¹.

GOFFIN bijvoorbeeld, stelt ter zake het volgende: *“Il apparaît également souvent, dans la pratique, qu’il règne dans les sociétés une certaine confusion quant aux pouvoirs respectifs du conseil d’administration et de l’assemblée générale et il n’est pas rare de voir un actionnaire important – notamment lorsqu’il s’agit d’une autorité publique – s’ingérer dans la gestion et imposer ses vues au conseil d’administration. Enfin, dans les groupes de sociétés, il arrive fréquemment que les décisions qui relèvent de la gestion des filiales ne soient pas en réalité prises par les organes de ces filiales, mais imposés par leur société mère”* (eigen nadruk)⁷⁶².

Die conclusie zou echter te overhaast zijn. Analyseert men de Belgische rechtspraak dan blijkt dat het aantal zaken waarin de vraag werd gesteld naar de kwalificatie van een aandeelhouder als feitelijke bestuurder eerder beperkt is.

⁷⁶⁰ De term “moedervennootschap” wordt hierna gebruikt in de meest generieke zin van het woord, om een dominante vennootschap aan te duiden in de context van een vennootschapsgroep, d.w.z. een groepsvennootschap die controle uitoefent over andere groepsvennootschappen.

⁷⁶¹ Zo valt o.m. op te maken uit J.-M. DE BACKER en O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Duculot, 1984, 59-60; H. DE WULF en I. DE POORTER, “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen” in VLAAMSE CONFERENTIE DER BALIE VAN GENT (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, (195) 202; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 76-77; A. JANSEN en D. GOL, “Responsabilités des dirigeants: actualités et questions choisies en lien avec la comptabilité” in F. GEORGE en F. GEORGES (eds.), *Varia en droit de l’insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2022, (217) 251.

⁷⁶² J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 76-77.

A. De aandeelhouder-feitelijke bestuurder in de Belgische rechtspraak

i. Algemeen

146. Aandeelhouders van vennootschappen worden in de Belgische praktijk zelden met succes als feitelijke bestuurders geviseerd. De Belgische rechtspraak omvat, in tegenstelling tot de Franse rechtspraak, slechts een handvol voorbeelden van zaken waarin zij als dusdanig zijn aangemerkt. Jammer genoeg is het gepubliceerde feitenrelaas van de desbetreffende zaken vaak erg summier. Er algemene principes uit afleiden is bijzonder moeilijk. Nog moeilijker is om de juistheid van de uitspraken te beoordelen; daarvoor dient men immers het volledige dossier te kennen. Dat gezegd zijnde, wordt er toch uitdrukkelijk voor geopteerd om hieronder enkele uitspraken weer te geven, al was het maar omwille van hun anekdotische waarde.

In de Franse rechtspraak hebben aandeelhouders en vennoten al meermaals de hoedanigheid van feitelijke bestuurder (“*dirigeant de fait*”) toegemeten gekregen. Enkele in het oog springende voorbeelden van aandeelhouders-feitelijke bestuurders zijn:

- de vennoot (50%) van een vennoot (50%) die benoemd was als enige zaakvoerder, die het bestuur waarnam omdat de vennoot-zaakvoerder zich niet met de onderneming bezig hield en afwezig was⁷⁶³;
- de aandeelhouders-investeerdere die werkelijke bestuursbevoegdheid hadden uitgeoefend door de raad van bestuur in een afhankelijkheidspositie te plaatsen⁷⁶⁴;
- de aandeelhouder die 80% van de aandelen bezat, die op grond van zijn familiebanden met de bestuurders *de jure* (zijn zoon en neef) een feitelijke zeggenschap over het bestuur had, en die had bijgedragen tot een fictieve kaspositie⁷⁶⁵;
- de meerderheidsaandeelhouder die de initiatiefnemer was achter de door de vennootschap uitgevoerde vastgoedtransacties, die de contactpersoon was van de notaris, de fiscus, de bedrijfsrevisor en de commissaris, die zich bezig hield met de juridische aspecten van de activiteiten van de vennootschap en die een kopie kreeg van alle e-mails met betrekking tot de vennootschap⁷⁶⁶.
- de moedervernootschap, die op een indirecte wijze zo goed als 100% van haar dochtervernootschap controleerde, die haar enkel autonomie gaf voor het dagelijks bestuur, haar

⁷⁶³ Cass. (1re civ.) fr. 11 oktober 2012, nr. 11-17.944, *Bull. civ. IV* 2012, nr. 116, 101.

⁷⁶⁴ Cass. (com.) fr. 5 februari 2001, nr. 98-15.129, *Bull. civ. IV* 2001, nr. 33, 30.

⁷⁶⁵ Cass. (com.) fr. 12 april 1976, nr. 74-13.966, *JurisData* nr. 1976-097116, *Bull. civ. IV* 1976, nr. 116.

⁷⁶⁶ Paris 14 maart 2018, nr. 16/19330, *JurisData* nr. 2018-004331, *Rev. sociétés* 2019, 207, noot O. DEXANT-DE BAILLIENCOURT.

dwong facturen over te maken, haar rekeningen te wijzigen, haar loonbeleid te wijzigen, kasoverschotten op te nemen ten gunste van andere vennootschappen van de groep, en, die tegen het advies van de bestuurders *de jure* in, overging tot de vrijwillige ontbinding en vereffening van de vennootschap en de sluiting van de onderneming⁷⁶⁷;

- de moedervernootschap, die 100% van de aandelen in haar dochtervennootschap aanhield, die haar prijsbeleid bepaalde, actief deelnam aan beslissingen over de richting van haar productie en haar administratieve diensten verleende⁷⁶⁸;
- de aandeelhouder-rechtspersoon van een moedervernootschap, die dezelfde hoedanigheid, via haar, ook kreeg toegemeten in haar vier dochtervennootschappen. Het ging om een aandeelhouder-rechtspersoon die 47,3% van de aandelen in een moedervernootschap in handen had, welke op haar beurt meer dan 99% van de aandelen aanhield in vier dochters. Van belang voor de kwalificatie als feitelijke bestuurder was dat de aandeelhouder-rechtspersoon in de moedervernootschap zowel een financieel directeur, als een algemeen directeur had aangewezen, en geacht kon worden over de beslissingsbevoegdheid te beschikken⁷⁶⁹;
- de meerderheidsaandeelhouder die bijzonder nauwe banden met de vennootschap onderhield en het bestuur rechtstreeks controleerde doordat alle betalingen en bancaire verrichtingen mede door hem moesten worden ondertekend⁷⁷⁰; en
- de aandeelhouder-natuurlijke persoon die noch werknemer, noch lasthebber was van de betrokken vennootschap, die een vinger aan de pols hield door over alle belangrijke beslissingen advies uit te brengen aan de bestuurder *de jure* (deze laatste bleek louter een “uitvoerder” te zijn van de door hem genomen beslissingen), die met advocaten van de vennootschap lopende juridische procedures besprak en instructies gaf over essentiële aangelegenheden inzake de werking van de vennootschap, en wiens contracten met werknemers en externe dienstverleners van de vennootschap ook de indruk wekten dat hij een beslissende rol binnen de vennootschap speelde⁷⁷¹.

ii. Voorbeelden uit de Belgische rechtspraak

Voorbeelden van als feitelijke bestuurder gekwalificeerde aandeelhouders in de Belgische rechtspraak zijn:

⁷⁶⁷ Cass. (com.) fr. 6 juni 2000, nr. 96-21.134, *JurisData* nr. 2000-02567.

⁷⁶⁸ Paris 23 mei 1997, *JurisData* nr. 1997-021195.

⁷⁶⁹ Cass. (com.) fr. 2 november 2005, nr. 002-15.895, *Rev. sociétés* 2006, 398, noot D. PORACCHIA.

⁷⁷⁰ Paris 24 januari 2017, nr. 16/03136, *RJDA* 2017, 7.

⁷⁷¹ Cass. (com.) fr. 2 juni 2021, nr. 20-13.735, *BRDA* 2021, 14.

- De meerderheidsaandeelhouder die het bestuur van een BVBA op zich had genomen

De rechtbank van koophandel te Gent oordeelde op 9 januari 2017 op basis van de hierna volgende gegevens dat de meerderheidsaandeelhouder van een BVBA (houder van 500 op een totaal van 750 aandelen), kon worden aangemerkt als feitelijke zaakvoerder van de vennootschap:

- uit de bijgebrachte stukken bleek dat er geen geldige zaakvoerder meer was benoemd;
- hij had jarenlang de jaarverslagen van de vennootschap opgesteld;
- de boekhouder had bevestigd dat hij de enige contactpersoon was en de boekhouding bijhield;
- hij had zich ten aanzien van de fiscus voorgesteld als de “nieuwe beheerder” van de vennootschap; en
- hij had verklaard aan de curator die bij het faillissement van de BVBA was aangesteld dat hij om de continuïteit te proberen garanderen, de BVBA op organisatorisch niveau zo goed mogelijk boven water had proberen te houden⁷⁷².

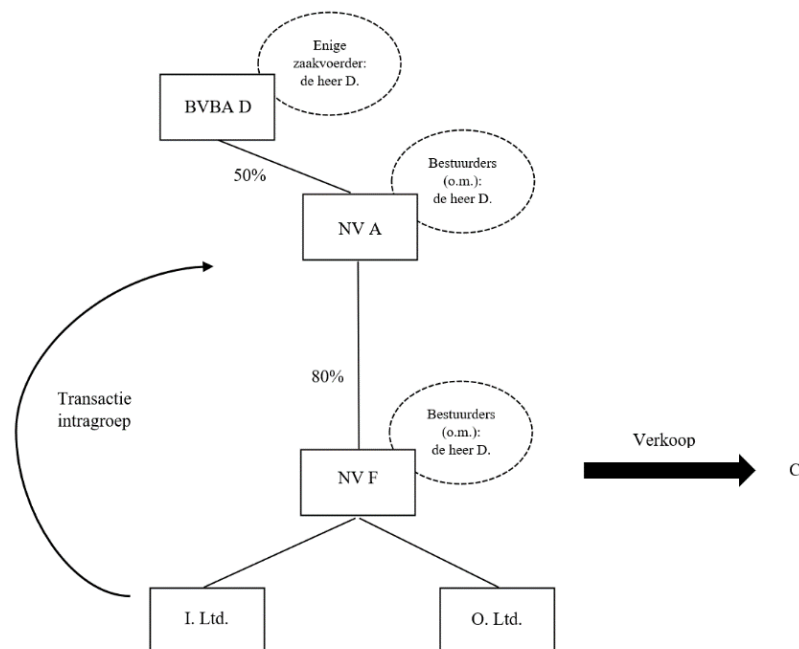
- De moedervennootschap die zich systematisch had gemengd in het beleid en haar invloed had doen gelden in de bestuursbeslissingen van haar dochter (een NV)

Het hof van beroep te Gent oordeelde op 13 januari 2020 dat een moedervennootschap (de NV A) kon worden aangemerkt als feitelijke bestuurder van haar failliet verklaarde dochter (de NV F), en in die hoedanigheid aansprakelijk kon worden gesteld⁷⁷³. Op basis van welke feitelijke elementen het hof precies tot dit oordeel kwam, is moeilijk te zeggen. Uit het gepubliceerde arrest valt slechts een zeer algemeen relaas op te maken⁷⁷⁴. Dat relaas kan schematisch worden voorgesteld als volgt, en wordt hieronder verder toegelicht:

⁷⁷² Kh. Gent 9 januari 2017, *TIBR* 2019, afl. 2, (73) 75.

⁷⁷³ Op grond van het oude artikel 530 W.Venn. (thans artikel XX.225 WER).

⁷⁷⁴ Gent 13 januari 2020, *RW* 2020-21, (1578) 1579.



Uit het gepubliceerde feitenrelaas blijkt dat de NV F, een 80%-dochtervennootschap van de NV A, aandelen bezat in twee buitenlandse schermvennootschappen, waarin belangrijke activa waren ondergebracht. Die activa werden op een bepaald ogenblik intragroep doorverkocht (via een overdracht van de aandelen van de twee buitenlandse schermvennootschappen) aan de moedervernootschap, de NV A. De verkoopprijs voor die transactie werd voldaan via de voortijdige afboeking van achtergestelde intragroepsleningen, waardoor de NV F geen vergoeding in speciën ontving. Vervolgens verkocht de NV A de verkregen aandelen (en dus de activa), en haar aandelen in de NV F door aan een externe partij C. De liquiditeiten voortvloeiend uit de onrechtstreekse verkoop van de activa werden door de NV A middels een dividenduitkering afgeleid naar de BVBA D, die 50% van de aandelen in de NV A aanhield. Niet lang na de verkoop van de aandelen in de NV F door de NV A aan C werden een aantal boekhoudkundige onregelmatigheden ontdekt in de NV F (zo zou de intragroep transactie zijn geantidateerd waardoor de laatste jaarrekening geen juist beeld van de werkelijkheid gaf). De banken schorsten daarop hun kredieten aan de NV F, die niet veel later failliet ging. De curatoren die over het faillissement werden aangesteld namen niet enkel de bestuurders *de jure* in het vizier, maar voerden aan dat ook de moeder, de NV A en haar aandeelhouder, de BVBA D, als feitelijke bestuurders fouten hadden begaan. Zij werden door het hof gedeeltelijk gevolgd. Veel meer

dan de overwegingen van het hof weergegeven is, bij gebreke aan kennis over alle feitelijke elementen van het dossier, niet mogelijk. Het hof overwoog:

- *“Ook de NV [A] heeft de noodzakelijke hoedanigheid om aansprakelijk te kunnen zijn op basis van art. 530, 1° W.Venn. Zij moet worden beschouwd als feitelijke bestuurder. Ze had een doorslaggevende stem in het beleid. Haar houding was niet louter die van een aandeelhouder die op een jaarvergadering de jaarrekening kon goed- of afkeuren en bestuurders kon benoemen of afzetten. Integendeel, ze had zich systematisch gemengd in het beleid en haar invloed doen gelden in de bestuursbeslissingen. Ook tijdens de onderhandelingen met de NV C voor de verkoop van de aandelen en van de [activa], heeft zij een actieve rol gespeeld. Ook de terugtrekking van de achtergestelde leningen aan NV F was een beslissing die door deze feitelijke bestuurder, in haar eigen belang (tegen het belang in van de NV F.) werd genomen.*
- *De eerste rechter heeft terecht de BVBA [D] als beweerde feitelijk bestuurder niet (mee) veroordeeld. Als aandeelhouder van de BVBA [D] was (wijlen) [heer D.] onrechtstreeks aandeelhouder van de NV [A], zijnde voor 50%. Op haar beurt hield deze laatste 80% van de aandelen aan in de NV F. Er wordt nergens aangetoond dat de BVBA [D] positieve daden van bestuur heeft gesteld in volle afhankelijkheid, zelfs niet feitelijke, waarbij zij de NV F verbond. Het is niet omdat (wijlen) [heer D.] in persoonlijke naam bestuurder was van de NV F, dat hierdoor een andere vennootschap (waarvan hij zaakvoerder was) zonder meer het bestuur van de NV F zou hebben waargenomen. De curatoren tonen nergens aan dat de BVBA [D] zich in het bestuur zou hebben gemengd of zou hebben gehandeld als feitelijke bestuurder”⁷⁷⁵.*
- *De kandidaat-aandeelhouder die zich reeds met het bestuur van een CVBA had ingelaten*

Het hof van beroep te Luik oordeelde op 28 mei 2009 dat een persoon (de heer L.) die zich had aangediend als kandidaat-overnemer van een aandelenparticipatie (maar die dus nog geen aandeelhouder was) in een CVBA (de CVBA LE PACIFIC), kon worden aangemerkt

⁷⁷⁵ Gent 13 januari 2020, RW 2020-21, (1578) 1581.

als feitelijke bestuurder van die vennootschap. Het hof kwam tot dit besluit op basis van de volgende gegevens:

- de heer L. had zich tijdens de onderhandelingen met de aanbieder/kandidaat-verkoper van de aandelenparticipatie, de heer D.F., t.a.v. bepaalde derden reeds als bestuurder van de CVBA LE PACIFIC gepresenteerd;
- hoewel de onderhandelingen uiteindelijk op niets uitdraaiden, had de heer L. erkend zijn hoedanigheid van bestuurder al te hebben doorgegeven aan het sociaal secretariaat waarbij de heer D.F. aangesloten was;
- de heer L. had in naam en voor rekening van de CVBA LE PACIFIC een gebouw verhuurd aan de heer D.B. en dat gebouw bleek het enige actief te zijn van de CVBA LE PACIFIC;
- de heer L. had persoonlijk het handelsfonds van de vorige huurder/exploitant van het gebouw (die failliet was gegaan) gekocht, om het door te verkopen aan de heer D.B.;
- de heer L. had zich bij al de voorgaande handelingen naar derden toe gepresenteerd als bestuurder van de CVBA LE PACIFIC; en
- de heer L. had via vennootschappen waarvan hij gedelegeerd bestuurder was redelijk omvangrijke geldsommen voorgesloten aan de CVBA LE PACIFIC⁷⁷⁶.

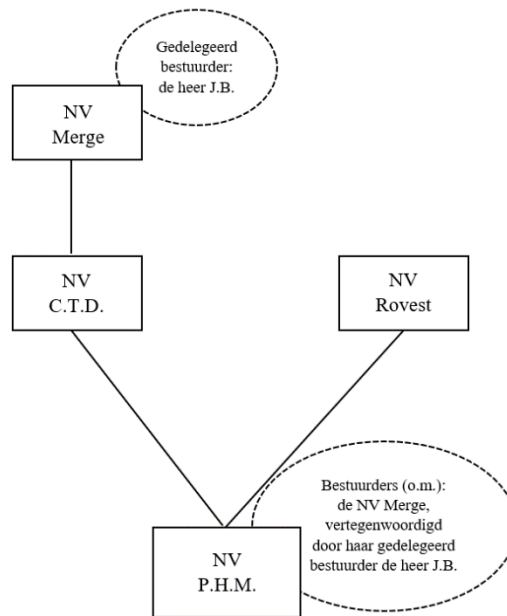
Werden niet als feitelijke bestuurders aangemerkt:

- *De aandeelhouders van een productievennootschap, zonder dewelke die vennootschap niet kon overleven*

Het hof van beroep te Luik weigerde in een arrest van 13 januari 2004 om de hoedanigheid van feitelijke bestuurder toe te meten aan twee aandeelhouders (de NV C.T.D en de NV Rovest – zie onderstaand schema voor een grove structuur van het aandeelhouderschap) van een failliet verklaarde vennootschap (de NV P.H.M.), en de gedelegeerd bestuurder van de meerderheidsaandeelhouder van één van hen (de heer J.B., gedelegeerd bestuurder

⁷⁷⁶ Luik 28 mei 2009, RPS 2010, (421) 426-427.

van de NV Merge, meerderheidsaandeelhouder van de NV C.T.D.)⁷⁷⁷.



Waarom werden zij als feitelijke bestuurders geïndiceerd? Uit het feitenrelaas blijkt dat de NV P.H.M. door de NV C.T.D. en de NV Rovest werd opgericht voor de productie van en de groothandel in precisie-onderdelen. De drie genoemde ondernemingen werkten samen als volgt: de NV C.T.D. leverde de grondstoffen, de NV Rovest verhuurde de uitrusting en het gebouw, en de productie werd uitgevoerd door de NV P.H.M. De afgewerkte producten werden vervolgens afgenomen door de NV C.T.D., die de enige klant van de NV P.H.M. was. Geen onbelangrijk detail is dat de NV P.H.M. de afgenomen producten aan de NV C.T.D. factureerde aan een waarde die onder de kostprijs (d.w.z. de totale productieprijs) ervan lag. De NV P.H.M. ging door deze gang van zaken (en een groot sociaal en fiscaal passief) uiteindelijk failliet. Volgens de curator was er in deze constellatie sprake van “*une division artificielle d’une même entité patrimoniale*” en hadden de betrokkenen (de NV C.T.D., de NV Rovest en de heer J.B.) als feitelijke bestuurders deelgenomen “*aux fautes commises par les organes de P.H.M. en mettant en place un système artificiel de*

⁷⁷⁷ De betrokkenen werden als dusdanig geïndiceerd door de curator van de failliet verklaarde vennootschap op grond van het oude artikel 530 W.Venn. (thans artikel XX.225 WER (aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement)).

déconstruction d'une entreprise, en conservant les bénéfices et en délaissant les pertes à P.H.M. et partant, à la masse des créanciers". Het hof van beroep te Luik volgde deze redenering niet. De curator had volgens het hof niet aangetoond dat de eerder genoemde personen zich daadwerkelijk in het bestuur van de failliete NV P.H.M. hadden gemengd. Bovendien bleek dat het bestuursorgaan van de failliete vennootschap steeds normaal was blijven functioneren. Het hof oordeelde daarom dat er geen sprake was van feitelijk bestuur⁷⁷⁸.

iii. Vaststellingen

147. Zoals reeds aangegeven, is de waarde van voormelde rechtspraakvoorbeelden in hoofdzaak anekdotisch. Niettemin leidt een grondige analyse ervan tot enkele interessante vaststellingen. Een eerste interessante vaststelling houdt verband met de aan- of afwezigheid van een normaal werkend bestuursorgaan⁷⁷⁹: zijn en waren er in een vennootschap geldig benoemde en operationeel actieve bestuurders aanwezig, die autonoom hebben kunnen handelen, dan lijkt er in hoofde van een aandeelhouder in de praktijk minder snel tot feitelijk bestuur te worden besloten.

Een tweede interessante vaststelling heeft betrekking op de aandeelhouder in een groepscontext: de loutere aanwezigheid van een natuurlijke of rechtspersoon als aandeelhouder en/of bestuurder in verschillende vennootschappen van eenzelfde groep, wordt steevast onvoldoende geacht om een kwalificatie als feitelijke bestuurder te verantwoorden⁷⁸⁰.

Een derde interessante vaststelling – die geenszins hoeft te verwonderen – is dat een aandeelhouder pas het risico loopt om als feitelijke bestuurder te worden aangemerkt, wanneer hij meer doet dan louter zijn rechten als aandeelhouder uitoefenen (men denke hierbij onder meer aan zijn wettelijk onderzoeks- en controlerecht en het recht om bestuurders te benoemen en af te zetten)⁷⁸¹; hij moet zich (inhoudelijk) met het bestuur van de vennootschap hebben ingelaten.

⁷⁷⁸ Luik 13 januari 2004, *DAOR* 2005, afl. 74, 144, noot D. GOL en *JDSC* 2005, 183, noot J.-F. GOFFIN.

⁷⁷⁹ Zie ook randnr. 103 hierboven.

⁷⁸⁰ Zie ook V. CARRON, "Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder" in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-30.

⁷⁸¹ Zie ook randnr. 72 hierboven.

B. De aandeelhouder-feitelijke bestuurder in de Belgische rechtsleer

148. Nu duidelijk is dat er uit de Belgische rechtspraak met betrekking tot de kwalificatie van een aandeelhouder als feitelijke bestuurder inhoudelijk niet zo heel veel kan worden afgeleid, rijst de vraag of er uit de Belgische rechtsleer met betrekking tot die kwalificatie meer valt op te maken. Biedt de rechtsleer scherpere of additionele inzichten over de aandeelhouder-feitelijke bestuurder? Dit wordt hieronder verder onderzocht.

i. In een groepscontext: de moeder vennootschap als feitelijke bestuurder

a) Algemeen

149. De vraag naar de kwalificatie van een aandeelhouder als feitelijke bestuurder blijkt in de Belgische rechtsleer in het verleden veelal gesteld te zijn geweest in de context van vennootschapsgroepen. De meeste beschouwingen errond zijn terug te vinden in juridische bijdragen uit de jaren 1980 waarin het thema groepsaansprakelijkheid (ook wel “concernrechtelijke aansprakelijkheid”) werd onderzocht⁷⁸². De kwalificatie van een moeder vennootschap als feitelijke bestuurder van een dochter vennootschap werd erin naar voor geschoven als een techniek van groepsaansprakelijkheid⁷⁸³. Dat wil zeggen: een techniek om een vennootschap die deel uitmaakt van een groep aansprakelijk te kunnen stellen voor alle of een deel van de schulden van een andere vennootschap uit dezelfde groep.

150. Het idee dat een moeder vennootschap-aandeelhouder kan worden gekwalificeerd als een feitelijke bestuurder en in die hoedanigheid aansprakelijkheid kan oplopen, vormt een belangrijke

⁷⁸² Zie o.m. E. WYMEERSCH, “Enkele technieken van concernrechtelijke aansprakelijkheid” in *Liber amicorum Frédéric Dumon*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1983, (313) 332-335; S. VAN CROMBRUGGE, *De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1984, 265-270; J. RONSE en J. LIEVENS, “De doorbraakproblematiek” in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 158-162; L. CORNELIS, “De aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in groepsverband” in H. BIRON en C. DAUW (eds.), *Aspecten van Ondernemingsgroepen*, Antwerpen, Kluwer, 1989, (109) 165-167.

⁷⁸³ Daarnaast werden nog verschillende andere technieken gepresenteerd, waarvoor wordt verwezen naar de bijdragen in kwestie. Zie verder ook H. DE WULF, “Concernrechtelijke aansprakelijkheid” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2002, losbl., III.5-1 e.v.

uitzondering op een vennootschapsrechtelijk basisprincipe, met name dat rechtspersonen volledig zelfstandig naast elkaar bestaan en zelfstandig geleid worden door hun eigen bestuursorgaan, ook in de context van een groep⁷⁸⁴. Normaal gesproken is een moedervernootschap als aandeelhouder maximaal gehouden tot de door haar toegezegde inbreng in een dochtervernootschap; schuldeisers van een dochter kunnen zich enkel verhalen op het vermogen van de dochter en niet op dat van de moeder⁷⁸⁵. Als de dochter door wanbeheer failliet gaat, dan zijn het in principe de leden van het bestuursorgaan van de dochter die daarvoor de verantwoordelijkheid dragen en niet de moeder of de leden van het bestuursorgaan van de moeder⁷⁸⁶.

Wanneer een moedervernootschap-aandeelhouder als feitelijke bestuurder van haar dochter kan worden aangemerkt en een foutief handelen kan worden aangewreven, zal zij niet langer kunnen genieten van de bescherming die de volkomen rechtspersoonlijkheid van haar dochter biedt. Die bescherming wordt dan als het ware ‘doorbroken’⁷⁸⁷. Een schuldeiser van de dochter kan zich zo op een extra vermogen verhalen (bovenop het vennootschapsvermogen van de dochter zelf en het vermogen van eventuele aansprakelijke bestuurders *de jure* van de dochter)⁷⁸⁸.

151. De hamvraag blijft natuurlijk wanneer een moedervernootschap-aandeelhouder precies als feitelijke bestuurder van haar dochter zal kunnen worden aangemerkt. Daartoe moeten de drie “klassieke” voorwaarden inzake feitelijk bestuur, die hiervoor uitvoerig werden ontleed⁷⁸⁹, vervuld zijn. Deze voorwaarden gelden op een algemene wijze, zonder enig onderscheid naar gelang de

⁷⁸⁴ E. WYMEERSCH, “Enkele technieken van concernrechtelijke aansprakelijkheid” in *Liber amicorum Frédéric Dumon*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1983, (313) 333; H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 337, nr. 558; H. DE WULF, “Concernrechtelijke aansprakelijkheid” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2002, losbl., (III.5-1) III.5-4.

⁷⁸⁵ Cf. H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 45, nr. 63.

⁷⁸⁶ Zie ook E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 266, nr. 438. Zie in dezelfde zin in Frankrijk: P. CANNU en D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, Éditions Dalloz, 2020, 785, nr. 1335: “*Le principe d’autonomie des personnes morales empêche normalement de considérer une société comme le dirigeant de fait d’une autre, ou le dirigeant de droit d’une société comme le dirigeant de fait d’une autre*”.

⁷⁸⁷ Cf. H. BRAECKMANS, “Toerekening van het vennootschapsfaillissement aan de achterman of de uitbreiding van het faillissement tot de meester van de zaak” (noot onder Cass. 26 mei 1978), *RW* 1978-79, (850) 852, nr. 3.

⁷⁸⁸ Zie ook in Frankrijk: P. ROUSSEL GALLE, “La responsabilité civile du dirigeant de la société en difficulté in O. DEXANT-DE-BAILLIENCOURT en B. LAPEROU-SCHENEIDER (eds.), *Les responsabilités du dirigeant de société. Regards croisés de droit civil et de droit pénal*, Paris, Éditions Dalloz, 2018, (85) 88.

⁷⁸⁹ Zie hierboven randnr. 61 t.e.m. 101.

als feitelijke bestuurder geïsoleerde persoon⁷⁹⁰. Een moeder zal dus op een positieve wijze handelingen moeten hebben gesteld die tot de (kern)bevoegdheden van het bestuur van de dochter behoren en zij zal daarbij zelfstandig (dus niet onder het gezag of de invloed van een ander⁷⁹¹) moeten hebben gehandeld⁷⁹². Zij zal op zijn minst naast de bestuurders *de jure* van de dochter moeten hebben gehandeld als een volwaardige bestuurspartner, of zij zal de bestuurders *de jure* van de dochter buitenspel moeten hebben gezet en hen moeten hebben gebruikt als stromannen⁷⁹³.

b) De eigenheid van de moeder-dochterrelatie: impact en gevolgen

152. Het voorgaande lijkt duidelijk, maar blijft op de keper beschouwd eerder theoretisch. Een verdere concretisering met aandacht voor de bedrijfseconomische realiteit van de moeder-dochterrelatie is wenselijk⁷⁹⁴. Meerdere auteurs zagen dit in het verleden al in en hebben in hun bijdragen getracht om de omslag naar de moeder-dochterrelatie te maken en wat meer duidelijkheid te scheppen. Hun voornaamste beschouwingen en conclusies worden hieronder weergegeven en becommentarieerd. Het gaat om de impact van en de gevolgen voor de kwalificatie als feitelijke bestuurder van:

- het aanhouden van een meerderheidsparticipatie;
- het bepalen van een groepsstrategie;

⁷⁹⁰ Zie in dezelfde zin in Frankrijk: C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Issy-les-Moulineaux Cedex, LGDJ, 2018, 943.

⁷⁹¹ RONSE en LIEVENS wijzen er terecht op dat een moedervenootschap in de regel in volle onafhankelijkheid en vrijheid optreedt: “*Ten slotte kan een persoon slechts als feitelijk bestuurder beschouwd worden indien de positieve daden van bestuur door hem in volle onafhankelijkheid en vrijheid konden verricht of opgelegd worden. Uiteraard zal de inmenging van de moedervenootschap in dergelijke geest geschieden [...]*” (zie J. RONSE en J. LIEVENS, “De doorbraakproblematiek” in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochtervenootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 160).

⁷⁹² Zie ook H. DE WULF, “Concernrechtelijke aansprakelijkheid” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Venootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2002, losbl., (III.5-1) III.5-41.

⁷⁹³ Cf. H. DE WULF, “Concernrechtelijke aansprakelijkheid” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Venootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2002, losbl., (III.5-1) III.5-41–III.5-42.

⁷⁹⁴ Zie in een gelijkaardige zin in Frankrijk: O. MARAUD, *Les associés dans le droit des entreprises en difficulté*, Paris, LGDJ, 2021, 482, nr. 459: “*L’organisation du groupe justifie donc certains comportements qui appréciés dans d’autres circonstances apparaîtraient objectivement anormaux et pourraient caractériser une direction de fait. Par conséquent, la direction de fait doit être appréciée de manière particulière et circonstanciée dans le cadre d’une groupe de sociétés, sous peine que ne soit remis en cause le schéma même sur lequel repose cette forme d’organisation*” (eigen nadruk).

- het centraliseren van het financieel bestuur;
- het opstellen van notulen door de moederverenootschap;
- de dochterverenootschap in moeilijkheden dwingen verder te functioneren of verhinderen dat zij bepaalde herstructureringsmaatregelen doorvoert; en
- de dochterverenootschap “leegpompen”.

1. Het aanhouden van een meerderheidsparticipatie

153. RONSE en LIEVENS wijzen er zeer terecht op dat het feit dat een moederverenootschap een meerderheidsparticipatie aanhoudt in een dochterverenootschap niet automatisch impliceert dat de moeder een bestuursactiviteit uitoefent in de dochter⁷⁹⁵. Zij heeft uit hoofde van haar aandelenbezit weliswaar “controle” over de dochter, aangezien ze in de schoot van de algemene vergadering (de meerderheid van) de bestuurders van de dochter kan benoemen en afzetten, maar dat betekent niet dat ze zich ook met het bestuur van de dochter inlaat. Wie uit het loutere aanhouden van een meerderheidsparticipatie feitelijk bestuur meent te kunnen afleiden, negeert de formele, wettelijke, bevoegdheidsverdeling tussen aandeelhouders en bestuurders.

Volgens artikel 1:14, § 1 WVV wordt “onder ‘controle’ over een vennootschap verstaan: *de bevoegdheid in rechte of in feite om een beslissende invloed uit te oefenen op de aanstelling van de meerderheid van bestuurders of zaakvoerders of op de oriëntatie van het beleid*” (eigen nadruk).

Een moederverenootschap-aandeelhouder die beslist welke personen als bestuurders *de jure* mogen zetelen in de bestuursorganen van haar dochters en wat zij daar in voorkomend geval financieel voor in de plaats krijgen, bevindt zich als hun ‘broodheer’ natuurlijk wel in een serieuze machts-, en beïnvloedingspositie. Men stelt dan ook doorgaans – en zeer terecht – dat zij een aanzienlijke

⁷⁹⁵ J. RONSE en J. LIEVENS, “De doorbraakproblematiek” in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochterverenootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 161. Zie ook V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Verenootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-30. Zie in dezelfde zin in Frankrijk: P. CANNU en D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, Éditions Dalloz, 2020, 785, nr. 1335: “*La qualité d’associé, même détenteur de la moitié du capital ou plus, ne suffit pas en soi à qualifier un direction de fait*”.

feitelijke⁷⁹⁶ instructiemacht heeft⁷⁹⁷. Die instructiemacht kan – of beter gezegd mag – niet zomaar uitgebreid worden uitgeoefend. Zoals BYTTEBIER en FRANÇOIS terecht aangegeven “*stuit het dictaat dat de moeder vennootschap in feite via de raad van bestuur – en inzonderheid via de aanstelling van de leden van de raad van bestuur – haar invloed op de dochter vennootschap kan doen gelden, in het Belgische recht op een aantal grenzen*”⁷⁹⁸. Die grenzen zijn zowel formeel, als materieel van aard. Formeel gezien zal de moeder vennootschap rekening moeten houden met de wettelijke regels inzake bevoegdheidsverdeling, de onmogelijkheid voor het bestuursorgaan om zijn kerntaken weg te bedingen⁷⁹⁹ en de regel dat besluiten in collegiale bestuursorganen het resultaat moeten zijn van een daadwerkelijke beraadslaging⁸⁰⁰ tussen de bestuurders⁸⁰¹. Op materieel vlak zal de moeder vennootschap moeten erkennen dat haar feitelijke instructiemacht niet

⁷⁹⁶ Zie over de feitelijke aard van de instructiemacht: K. BYTTEBIER en A. FRANÇOIS, “Zo moeder, zo dochter? Over de autonomie (of eerder het gebrek daaraan?) van een Belgische dochter vennootschap in een (buitenlandse) groep van vennootschappen” in INSTITUUT FINANCIËEL RECHT (ed.), *Van alle markten. Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (121) 132, nr. 15 en 133, nrs. 17 en 18; S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2015, 615; E. WYMEERSCH, *The law of groups of companies according to Belgian law*, WP 2017-03, Gent, Financial Law Institute Universiteit Gent, 2017, 7; N. HALLEMEESCH, *Aandeelhoudersovereenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 279-280, nr. 330; E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 267.

⁷⁹⁷ De vraag naar de feitelijke instructiemacht van de moeder-aandeelhouder is te onderscheiden van de vraag of de algemene vergadering als orgaan een instructierecht heeft (d.w.z. het recht om juridisch bindende instructies te geven) ten aanzien van het bestuursorgaan. Deze vraag werd recent op een zeer uitvoerige wijze geanalyseerd door HALLEMEESCH. Hij komt tot het besluit dat de algemene vergadering wettelijk gezien geen instructierecht heeft, maar er statutair wel perfect één kan krijgen (N. HALLEMEESCH, *Aandeelhoudersovereenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 279-295). Dit laatste wordt echter sterk betwist (zie bv. COOLS die stelt dat statutaire instructierechten ongeldig zijn (S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2015, 614) en GOLDSCHMIDT die schrijft dat in het Belgische recht niet wordt aanvaard dat de instructiemacht (*lees*: het instructierecht) contractueel bij de algemene vergadering wordt gelegd (E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 267, nr. 439).

⁷⁹⁸ K. BYTTEBIER en A. FRANÇOIS, “Zo moeder, zo dochter? Over de autonomie (of eerder het gebrek daaraan?) van een Belgische dochter vennootschap in een (buitenlandse) groep van vennootschappen” in INSTITUUT FINANCIËEL RECHT (ed.), *Van alle markten. Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (121) 132, nr. 15.

⁷⁹⁹ Zie hierover ook verder randnr. 167.

⁸⁰⁰ Men moet dan ook voorzichtig zijn met de ondertekening van vooraf door de moeder vennootschap opgestelde notulen, zie hierover verder randnr. 159.

⁸⁰¹ K. BYTTEBIER en A. FRANÇOIS, “Zo moeder, zo dochter? Over de autonomie (of eerder het gebrek daaraan?) van een Belgische dochter vennootschap in een (buitenlandse) groep van vennootschappen” in INSTITUUT FINANCIËEL RECHT (ed.), *Van alle markten. Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (121) 132-133, nr. 16; E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 268, nr. 440.

onvoorwaardelijk is⁸⁰². Zo zal haar “instructie” normaliter moeten uitmonden in een besluit van het bestuursorgaan van haar dochter en dat besluit zal inhoudelijk de toets aan het vennootschapsbelang van de dochter moeten kunnen doorstaan.

Het bestuursorgaan van een dochtervennootschap is juridisch niet verplicht om instructies van haar moeder-aandeelhouder op te volgen, maar haar leden (de bestuurders *de jure*) worden wel geacht loyaal te zijn tegenover de aandeelhouder die over hun benoeming, ontslag en bezoldiging beslist⁸⁰³. Men zegt dan ook soms dat de bestuurders *de jure* van de dochter vertegenwoordigers zijn van de moeder-aandeelhouder, of, nog, dat de moeder-aandeelhouder door de door haar aangeduide bestuurders – en bij een 100%-dochter gaat het voor alle duidelijkheid over alle bestuurders – feitelijk wordt vertegenwoordigd in de schoot van het bestuursorgaan⁸⁰⁴.

154. Een moedervernootschap die de grenzen van haar feitelijke instructiemacht als aandeelhouder met de voeten treedt en het bestuursorgaan van haar dochters feitelijk terzijde stelt, loopt het risico om als feitelijke bestuurder van haar dochters te worden aangemerkt. Of een moeder haar dochter inderdaad feitelijk heeft bestuurd, zal telkens *in concreto* moeten worden beoordeeld. Blijkt dat het bestuursorgaan van de dochter door de moeder is geïnstrueerd om een bepaald besluit of bepaalde besluiten te nemen (al dan niet onder dreiging van ontslag), daar inhoudelijk zo goed als geen invloed heeft op kunnen uitoefenen, en geen zelfstandige belangenafweging heeft kunnen maken (met een toets aan het vennootschapsbelang van de dochter), dan zal de moeder moeilijk aan een kwalificatie als feitelijke bestuurder kunnen ontsnappen. Anders gezegd, het dwingen van het bestuur van de dochter om het eigen vennootschapsbelang van de dochter opzij te schuiven voor het groepsbelang⁸⁰⁵, is niet zonder

⁸⁰² K. BYTTEBIER en A. FRANÇOIS, “Zo moeder, zo dochter? Over de autonomie (of eerder het gebrek daaraan?) van een Belgische dochtervennootschap in een (buitenlandse) groep van vennootschappen” in INSTITUUT FINANCIËEL RECHT (ed.), *Van alle markten. Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (121) 133, nr. 17.

⁸⁰³ N. HALLEMEESCH, *Aandeelhoudersovereenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 279-280, nr. 330.

⁸⁰⁴ Cf. K. COX, “De discretieplicht van de bestuurder van de naamloze vennootschap”, *RPS* 2013, (163) 215-220.

⁸⁰⁵ Het begrip “groepsbelang” is geen wettelijk begrip en kan op verschillende wijzen worden uitgelegd. Het kan worden gezien als een afspiegeling van het individuele vennootschapsbelang van de moeder, maar evengoed als het (gemeenschappelijke) belang van de gezamenlijke vennootschappen van de groep. Zie hierover: K. BYTTEBIER en A. François, “Zo moeder, zo dochter? Over de autonomie (of eerder het gebrek daaraan?) van een Belgische dochtervennootschap in een (buitenlandse) groep van vennootschappen” in INSTITUUT FINANCIËEL RECHT (ed.), *Van alle markten. Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (121) 136-137, nr. 22.

risico voor de moeder. Draait haar instructie verkeerd uit voor de dochter, dan valt te verdedigen dat zij in de hoedanigheid van feitelijke bestuurder van de dochter (mee) de gevolgen daarvan moet dragen⁸⁰⁶.

Een voorbeeld kan het voorgaande verduidelijken. Stel dat een moedervennootschap aan het bestuursorgaan van één van haar 100%-dochtervennootschappen de instructie geeft om mee te stappen in een megalomaan buitenlands bouwproject en een contract aan te gaan met een niet-groepsvennootschap. Stel verder dat het bestuursorgaan van de dochter (een NV) de instructie van de moeder opvolgt onder dreiging van ontslag⁸⁰⁷, niettegenstaande het dat in het licht van het projectdossier (dat vol “*red flags*” staat wat de financiële haalbaarheid van het project betreft) normaliter niet zou hebben gedaan. Het project geraakt uiteindelijk niet gerealiseerd, de dochter wordt niet betaald en komt in zware financiële moeilijkheden terecht en gaat finaal failliet. De moedervennootschap heeft hier een instructie gegeven waarvan redelijkerwijs kon worden voorzien dat ze de dochter in gevaar zou brengen. Had het bestuursorgaan van de dochter zijn opdracht naar behoren vervuld, dan had het een zelfstandige belangenafweging doorgevoerd en de instructie getoetst aan het vennootschapsbelang van de dochter, en had het moeten weigeren om de instructie op te volgen. Dat blijkt in het voorbeeld niet te zijn gebeurd. De bestuurders *de jure* van de dochter kunnen hierdoor een bestuursfout worden verweten. Wat de moeder betreft, valt te rechtvaardigen dat zij als feitelijke bestuurder samen met de bestuurders *de jure* van de dochter aansprakelijk is. Haar instructie kan worden gezien als een positieve daad van bestuur in de dochter, die in alle onafhankelijkheid en soevereiniteit werd gesteld, en zonder dewelke de dochter niet in zware financiële moeilijkheden zou zijn terechtgekomen.

2. Het bepalen van een groepsstrategie

155. In de praktijk gebeurt het vaak dat een moedervennootschap een strategie of beleid vastlegt voor de ganse vennootschapsgroep en vervolgens haar feitelijke instructiemacht aanwendt om die strategie of dat beleid ingang te laten vinden in haar dochters⁸⁰⁸. Verschillende auteurs wijzen erop

⁸⁰⁶ Het opvolgen van de instructie van de moeder is mogelijk ook een bestuursfout in hoofde van de bestuurders *de jure* van de dochter.

⁸⁰⁷ De leden van het bestuursorgaan van de dochter zitten in het bestuur van de dochter bij gratie van de moeder-aandeelhouder.

⁸⁰⁸ Zie over de feitelijke instructiemacht randnr. 153 hierboven.

dat uit het loutere feit dat de moederverenootschap dat doet, niet kan worden afgeleid dat zij een feitelijke bestuurder is van haar dochters.

VAN CROMBRUGGE wijst erop dat “een aandeelhouder geenszins zijn bevoegdheden te buiten gaat door aan de bestuurders op voorhand duidelijk te maken welk beleid zijn goedkeuring zal wegdragen en onder welke voorwaarden hij bereid is ter algemene vergadering hun herbenoeming of bevestiging in hun mandaat te steunen”. Hij stelt verder: “Opdat in groepsverhoudingen sprake zou kunnen zijn van een feitelijke bestuurder der dochtermaatschappijen, is meer vereist dan een globale coördinatie en groepsplanning”⁸⁰⁹.

RONSE en LIEVENS drukken zich uit als volgt: “Het gebeurt in de praktijk vaak dat de moederverenootschap er zich toe beperkt om de groepsobjectieven vast te stellen of de leiding van dochterverenootschappen aan te duiden. Dit volstaat uiteraard niet om de moederverenootschap als feitelijke bestuurder aan te merken”⁸¹⁰.

DE WULF voert aan: “Wanneer het dochterbestuur ervoor zorgt dat de dochter zichzelf inschakelt in de groepsstrategie die op het niveau van de moederverenootschap uitgewerkt en vastgelegd wordt, en bijgevolg ook handelingen stelt teneinde die strategie ten uitvoer te leggen, is dit geenszins voldoende om de moeder als feitelijke bestuurder van de dochter te kwalificeren”⁸¹¹.

GOLDSCHMIDT schrijft: “Voor de kwalificatie van een moederverenootschap als feitelijke bestuurder, volstaat het niet dat de moederverenootschap de groepsstrategie bepaalt waarbinnen ook de groepsverenootschappen moeten functioneren”⁸¹².

Het wordt namelijk eigen geacht aan de moeder-dochterrelatie dat een moederverenootschap een beslissende invloed uitoefent op het beleid van haar dochterverenootschappen⁸¹³. Dit laatste kan zelfs met zoveel woorden uit de tekst van het WVV zelf worden opgemaakt, met name uit een

⁸⁰⁹ S. VAN CROMBRUGGE, *De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1984, 268.

⁸¹⁰ J. RONSE en J. LIEVENS, “De doorbraakproblematiek” in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochterverenootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 161.

⁸¹¹ H. DE WULF, “Concernrechtelijke aansprakelijkheid” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2002, losbl., (III.5-1) III.5-42.

⁸¹² E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 269, nr. 444.

⁸¹³ In het Franse recht verwoorde het Franse Hof van Cassatie dit zeer helder in de befaamde zaak Metaleurop: “la notion de groupe de sociétés implique des relations croisées entre ses membres, un contrôle d’ensemble, une unité de décision et une stratégie commune impulsée par la société-mère” (zie Cass. (com.) fr. 19 november 2013, nr. 12-28.367, *JurisData* nr. 2013-026258, *BJE* 2014, 18, obs. L. LE MESLE, *Bull. Joly Sociétés* 2014, 103, noot N. PELLETIER).

samenlezing van de artikelen 1:15, 1° en 1:14, §1 WVV⁸¹⁴.

Volgens artikel 1:15, 1° WVV wordt onder het begrip “moedervenootschap” verstaan: “*de vennootschap die een controlebevoegdheid uitoefent over een andere vennootschap*”.

Volgens artikel 1:14, § 1 WVV moet onder “controle” over een vennootschap worden verstaan: “*de bevoegdheid in rechte of in feite om een beslissende invloed uit te oefenen op de aanstelling van de meerderheid van bestuurders of zaakvoerders of op de oriëntatie van het beleid*” (eigen nadruk).

156. Het bestuursorgaan van een dochtervennootschap mag een strategie volgen die het niet zelf heeft bepaald. Het dient enkel na te gaan of de tenuitvoerlegging van die strategie niet ingaat tegen de wet, en verenigbaar is met het voorwerp en het vennootschapsbelang van de dochter⁸¹⁵. Een toetsing van de opportuniteit van de aan de dochter opgedrongen strategie dient slechts marginaal te gebeuren⁸¹⁶.

Het is mogelijk dat de toets aan het voorwerp en het vennootschapsbelang van de dochter wegvalt of, zoals hierboven werd toegelicht, onder druk van de moedervenootschap niet wordt uitgevoerd, of dat het bestuursorgaan van de dochter gedwongen wordt om een bepaalde beslissing toch uit te voeren⁸¹⁷. Doet deze hypothese zich voor, dan bestaat er een reëel risico voor de moeder dat zij als feitelijke bestuurder van de dochter kan worden aangemerkt⁸¹⁸.

157. GOLDSCHMIDT wijst erop dat de inmenging van de moedervenootschap in het beleid van haar dochter tot uitdrukking kan komen in de beleidslijnen van de groep, aangezien er bv. in kan worden beschreven welke beslissingen de voorafgaande goedkeuring van het bestuursorgaan van de moedervenootschap vereisen. Zij stelt: “*Er moet worden aangeraden om dergelijke formele beleidslijnen beperkt te houden. Enerzijds, is de geldigheid en de afdwingbaarheid van de*

⁸¹⁴ Zie ook M. FYON en F. MAGNUS, “Le traitement des groupes par le Code des sociétés” in Y. DE CORDT en A.-P. ANDRÉ-DUMONT (eds.), *Droit des sociétés. Millésime 2011*, Brussel, Larcier, 2011, (361) 429.

⁸¹⁵ Zie H. DE WULF, “Concernrechtelijke aansprakelijkheid” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2002, losbl., (III.5-1) III.5-42; E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 269, nr. 444.

⁸¹⁶ H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 343-344, nr. 569.

⁸¹⁷ Zie hierboven randnr. 153.

⁸¹⁸ Zie E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 269, nr. 444. Zie ook randnr. 153 hierboven.

goedkeuringsverplichtingen betwistbaar in de mate dat hiermee afbreuk wordt gedaan aan de kernbevoegdheden van de raad van bestuur⁸¹⁹. Anderzijds, kunnen te verre gaande beperkingen op de onafhankelijke beslissingsmacht van de raad van bestuur tot de conclusie leiden dat de moedervenootschap in feite als bestuurder optrad⁸²⁰. De analyse van GOLDSCHMIDT verdient bijval en haar aanbeveling kan worden bijgetreden. Andere auteurs drukten zich in het verleden trouwens al in een gelijkaardige zin uit. WYMEERSCH schreef in de jaren 1980 al dat wanneer de uitvoering van investeringsprojecten, zelfs voor geringe bedragen, moet worden goedgekeurd door het investeringscomité van de groep, de boekhouding moet worden gevoerd volgens groepsimperatieven en aanwervings- of afdankingsbeslissingen van personeelsleden op het niveau van de groep worden bepaald, men wellicht de grens bereikt dat de groepsleiding als feitelijke bestuurder kan worden aangemerkt⁸²¹. In een bijdrage van RONSE en LIEVENS valt eenzelfde boodschap te lezen: “*Delicater wordt het wanneer het financieel beheer, de productie, de research of de marketing op groepsniveau worden gecentraliseerd of wanneer voor beslissingen m.b.t. deze materies een voorafgaande goedkeuring van de moedervenootschap is vereist*”⁸²².

VAN CROMBRUGGE drukt zich iets voorzichtiger uit. Hij meent dat een hoofdaandeelhouder op min of meer dwingende wijze aan het bestuursorgaan zijn verwachtingen kenbaar kan maken door de bestuursplannen bij voorbaat informeel goed of af te keuren, zonder daarom te moeten worden geacht de bestuursbeslissingen zelf te hebben genomen⁸²³. Om tot feitelijk bestuur van een dochtervenootschap te kunnen besluiten, is het volgens hem vereist dat de groepsleiding aan het bestuursorgaan van de dochter wezenlijke initiatiefrechten heeft ontnomen en deze zelf uitoefent. Het bestuursorgaan van de dochter moet volgens VAN CROMBRUGGE het leeuwendeel van zijn bevoegdheden hebben afgestaan⁸²⁴. RONSE en LIEVENS komen finaal tot hetzelfde besluit. Het

⁸¹⁹ Zie hierover ook verder randnr. 167.

⁸²⁰ E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 270.

⁸²¹ E. WYMEERSCH, “Enkele technieken van concernrechtelijke aansprakelijkheid” in *Liber amicorum Frédéric Dumon*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1983, (313) 333.

⁸²² J. RONSE en J. LIEVENS, “De doorbraakproblematiek” in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochtervenootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 161.

⁸²³ S. VAN CROMBRUGGE, *De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1984, 268-269.

⁸²⁴ S. VAN CROMBRUGGE, *De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1984, 269.

komt er volgens hen op aan om na te gaan of de moedervereniging de bestuursautonomie van de dochtervereniging heeft uitgehold en haar eigen beslissingen aan de dochtervereniging heeft opgedrongen⁸²⁵. Dit besluit verdient goedkeuring. Het is voldoende genuanceerd en strookt met de bedrijfseconomische én juridische realiteit van de moeder-dochterrelatie⁸²⁶.

Diverse auteurs geven terecht aan dat de beleidsvrijheid van een dochter vaak op een verregaande wijze in het gedrang zal komen wanneer zij zich in financiële moeilijkheden bevindt⁸²⁷. Gaat de dochter uiteindelijk failliet, dan zal het aan de curator die over het faillissement van de dochter werd aangesteld toekomen om te bewijzen dat de moeder/de groepsleiding in feite de bestuursfuncties in de dochter heeft waargenomen. Gebeurlijk op schrift

⁸²⁵ J. RONSE en J. LIEVENS, “De doorbraakproblematiek” in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochterverenigingen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 161. RONSE en LIEVENS zijn van mening dat de formulering van VAN CROMBRUGGE (“het leeuwendeel van haar bestuursbevoegdheid hebben afgestaan”) ietwat te kwantitatief getint is. Zie ook V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vereniging & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-30.

⁸²⁶ Ook in het Franse recht wordt er in het algemeen van uitgegaan dat een moeder maar als feitelijke bestuurder van haar (klein)dochters zal kunnen worden aangemerkt, wanneer zij hun bestuursautonomie heeft uitgehold. Zie voor een recent voorbeeld: Cass. (com.) fr. 11 oktober 2016, nr. 14-26.901, *JurisData* nr. 2016-021121, *Bull. Joly Sociétés* 2017, 40, noot E. MOUIAL-BASSILANA, *Gaz. pal.* 2017, 76, obs. C. GAILHBAUD, *Leden* 2016, nr. 11, 5, obs. F.-X. LUCAS: “*Mais attendu qu'après avoir retenu que la détention indirecte de la société MAS par le biais d'entités détenues à 100 % n'est pas un élément suffisant pour soutenir une absence d'autonomie de la sous-filiale, à l'égard de la société Molex, que la spécialisation de la production organisée par la société Molex dans le groupe ne conduisait pas celle-ci à déterminer les prix d'achat et de vente et qu'il n'existait pas une gestion commune du personnel, l'arrêt relève que les dirigeants successifs de la société MAS sont restés maîtres de la gestion de l'entreprise dans le cadre de la politique du groupe et que leur proximité avec la société Molex tient au contrôle normal, par cette dernière, de l'activité de ses filiales et sous-filiales, inhérent à l'existence d'un groupe de sociétés: qu'il ajoute que, si la société Molex a lancé une restructuration des sociétés du groupe, impliquant la cessation de l'activité de la société MAS, elle ne s'est pas immiscée dans la conduite de la fermeture de l'usine exploitée par la société MAS ni dans la conduite du plan de sauvegarde de l'emploi, sa participation s'étant limitée à en assurer le financement; qu'il relève encore que, si la société Molex a imposé à la société MAS la distribution de sa production par la société Power et Signal, cette décision s'inscrivait dans le cadre de la mise en place d'une nouvelle politique de distribution du groupe et que c'est le directeur de production de la société MAS qui a négocié et signé la convention avec la société Power et Signal; qu'il relève enfin que les décisions d'organiser la fabrication d'une copie de l'outil de production de la société MAS sur son site aux États-Unis et d'y produire des pièces qui étaient antérieurement produites par la société MAS ne confèrent pas à la société Molex la qualité de dirigeant de fait de la société MAS; que de ces constatations et appréciations souveraines, la cour d'appel, qui a répondu aux conclusions prétendument délaissées et effectué les recherches prétendument omises, et qui n'avait pas à effectuer celles, inopérantes invoquées par les septième et huitième branches, a pu déduire que la société Molex n'était pas le dirigeant de fait de sa sous-filiale, la société MAS; que le moyen n'est pas fondé”* (eigen nadruk).

⁸²⁷ Zie S. VAN CROMBRUGGE, *De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1984, 269; J. RONSE en J. LIEVENS, “De doorbraakproblematiek” in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochterverenigingen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 161.

gestelde beleidslijnen kunnen daarbij een belangrijk bewijsmiddel vormen⁸²⁸.

3. Het centraliseren van het financieel bestuur

158. Wanneer blijkt dat het financieel bestuur van een dochtervennootschap volledig in handen is van de moeder die de situatie van de dochter met leningen en voorschotten beïnvloedt, dan kan dit volgens RONSE en LIEVENS een zo ingrijpende aantasting van de bestuursautonomie van de dochter vormen dat moet worden geconcludeerd dat de moedervennootschap optreedt als feitelijke bestuurder van de dochter⁸²⁹. Mag men uit deze beschouwing van RONSE en LIEVENS opmaken dat er een risico op het bestaan van feitelijk bestuur besloten ligt in de centralisatie van financieel bestuur (op groepsniveau)? Er ligt inderdaad dergelijk risico in besloten, maar het is niet omdat er een centraal thesauriebeheer voor de groep op poten werd gezet⁸³⁰, dat een moeder automatisch feitelijke bestuurder is van haar dochter(s). Om de kwalificatie van feitelijke bestuurder in hoofde van de moeder hard te maken, zal tevens moeten worden aangetoond dat het bestuursorgaan van de dochter in belangrijke mate haar beslissingsvrijheid is verloren en dat haar leden eigenlijk niets anders konden doen dan de door de moeder ingegeven beslissingen uitvoeren.

4. Het opstellen van notulen door de moedervennootschap

159. Sommige auteurs zien in het feit dat de notulen van de vergaderingen van het bestuursorgaan van een dochter worden opgesteld door haar moeder een teken dat de formeel benoemde bestuurders van de dochter buitenspel worden gezet door de moeder. DE WULF voert in zijn bijdrage over concernrechtelijke aansprakelijkheid aan dat een moedervennootschap bijvoorbeeld als feitelijke bestuurder zal kunnen worden gekwalificeerd wanneer blijkt dat de notulen van de raad van bestuur van de dochtervennootschap, met daarin vervat de genomen bestuursbeslissingen, worden opgesteld door de moeder en enkel nog worden ondertekend door de bestuurders van de dochter, die geen bespreking aan de problemen wijden vooraleer de beslissing

⁸²⁸ E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 270.

⁸²⁹ J. RONSE en J. LIEVENS, "De doorbraakproblematiek" in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 161.

⁸³⁰ Zie hierover verder randnr. 161.

te nemen⁸³¹.

GOLDSCHMIDT voert aan dat het opstellen van de notulen door de moeder vennootschap op zich niet doorslaggevend is voor de kwalificatie als feitelijke bestuurder. Wat volgens haar wel doorslaggevend is, is of de bestuurders van de dochter daadwerkelijk in het beslissingsproces betrokken zijn geweest en de beslissing mee dragen⁸³². Is dat het geval, dan zal er in principe geen sprake zijn van feitelijke bestuur. GOLDSCHMIDT lijkt DE WULF te willen nuanceren, maar op de keper beschouwd, gaan de analyses van DE WULF en GOLDSCHMIDT eigenlijk in dezelfde richting: wat telt is of het bestuursorgaan van de dochter iets te zeggen heeft gehad. Dit is m.i. correct en ligt volledig in lijn met de praktijk. Zo komt het in grotere groepen vaak voor dat de redactie van de notulen van de bestuursorganen (van de diverse groepsvennootschappen) wordt overgelaten aan of ondergebracht bij de juridische functies (men denke o.m. aan de “*company secretary*” of de “*inhouse legal counsel*”) op het niveau van de moeder/de holding. Het is daarbij niet uitzonderlijk dat vooraf aan een vergadering van het bestuursorgaan al één of meer ontwerpen van notulen worden opgesteld, die in functie van de tijdens de vergadering genomen beslissingen ofwel onmiddellijk worden ondertekend, ofwel nog verder worden aangepast⁸³³.

De conclusie luidt dat er bij de beoordeling van het bestaan van feitelijke bestuur niet te veel gewicht mag worden toegekend aan het feit dat een moeder vennootschap de notulen van de vergaderingen van het bestuursorgaan van haar dochter opstelt. Het is een element dat mee kan worden genomen in de beoordeling, maar het is geen determinerend element.

5. De dochter vennootschap in moeilijkheden dwingen verder te functioneren of verhinderen dat zij bepaalde herstructureringsmaatregelen doorvoert

160. Volgens GOLDSCHMIDT⁸³⁴ geeft DE WULF in zijn bijdrage over concernrechtelijke

⁸³¹ H. DE WULF, “Concernrechtelijke aansprakelijkheid” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2002, losbl., (III.5-1) III.5-42. Zie ook H. DE WULF en I. DE POORTER, “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen” in VLAAMSE CONFERENTIE DER BALIE VAN GENT (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, (195) 202.

⁸³² E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 272.

⁸³³ Zie ook E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 272.

⁸³⁴ E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 272.

aansprakelijkheid aan dat een moedervenootschap het risico loopt om als feitelijke bestuurder te worden gekwalificeerd en aangesproken, indien ze zich zo sterk met het bestuur van een dochter bemoeit dat ze de dochter dwingt verder te functioneren terwijl ze aangifte van faillissement had moeten doen of geen verbintenissen meer had mogen aangaan, of wanneer ze de dochter verhindert om noodzakelijke herstructureringsmaatregelen te nemen⁸³⁵. DE WULF haalt dit voorbeeld in zijn bijdrage over concernrechtelijke aansprakelijkheid inderdaad aan. Echter, hij werpt het niet zozeer op om te illustreren wanneer een moedervenootschap aansprakelijkheid zou kunnen oplopen als feitelijke bestuurder, maar wel om te duiden wanneer zij in haar hoedanigheid van aandeelhouder zou kunnen worden aangesproken. DE WULF laat wel verstaan dat het niet-tijdig stopzetten van de activiteit van een dochter ook voor de feitelijke bestuurder een aansprakelijkheid zou kunnen meebrengen. Hij stelt: “*Op vennootschapsbestuurders rust de plicht om de financiële toestand van de vennootschap op te volgen. [...] Vennootschapsbestuurders begaan een fout wanneer zij de vennootschap verbintenissen laten aangaan op een moment dat zij wisten of hadden moeten weten dat de vennootschap die verbintenissen niet zou kunnen honoreren. Deze beginselen zouden rechtstreeks en onverkort op een moedervenootschap kunnen worden toegepast wanneer deze hetzij zelf lid is van de raad van bestuur van haar dochter, hetzij feitelijk bestuurder van de dochter*”⁸³⁶. Deze beschouwing mag niet verkeerd worden begrepen. DE WULF schrijft niet dat het gegeven dat de activiteit van een dochter niet tijdig werd stopgezet impliceert dat een moedervenootschap de hoedanigheid van feitelijke bestuurder verwerft. Hij heeft het enkel en alleen over de verantwoordelijkheden die volgens hem gebeurlijk op de feitelijke bestuurder rusten.

Kan een moedervenootschap die haar wil opdringt aan de formeel benoemde bestuurders van een dochtervennootschap en die hen dwingt om de activiteiten van de dochter verder te zetten (waar zij dat normaliter niet zouden hebben gedaan) of bepaalde herstructureringsmaatregelen (die nodig waren) niet in de steigers te zetten, dan niet als een feitelijke bestuurder worden gekwalificeerd?

⁸³⁵ H. DE WULF, “Concernrechtelijke aansprakelijkheid” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2002, losbl., (III.5-1) III.5-36 – III.5-38.

⁸³⁶ H. DE WULF, “Concernrechtelijke aansprakelijkheid” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2002, losbl., (III.5-1) III.5-36.

Een moedervennootschap die op die manier ingrijpt (bijvoorbeeld om reputatieverlies op groepsniveau te vermijden⁸³⁷) handelt op een onafhankelijke wijze en kan geacht worden positieve daden van bestuur te hebben gesteld. Zij kan theoretisch inderdaad als een feitelijke bestuurder van haar dochter worden gekwalificeerd⁸³⁸. Een moedervennootschap die blijft stilzitten en de niet ingrijpt in een dochter die had moeten ophouden te functioneren of die had moeten herstructureren, maar dat niet heeft gedaan, kan daarentegen niet als een feitelijke bestuurder worden aangemerkt, of toch ten minste niet louter op basis van die vaststelling. Zoals eerder al aangegeven, wordt algemeen aangenomen dat een niet-handelen, een onthouding of een nalaten onvoldoende is om van een niet-bestuurder een feitelijke bestuurder te maken⁸³⁹. Het feit dat een persoon hypothetisch iets had kunnen doen (bijvoorbeeld omdat hij weet had van een voor de rechtspersoon nadelige situatie) verandert hier niets aan. Het zijn de leden van het bestuursorgaan van de dochtervennootschap, niet de moedervennootschap, die erover moeten waken dat de dochtervennootschap tijdig aangifte doet van faillissement of die herstructureringsmaatregelen moeten voorstellen om een negatieve financiële toestand recht te trekken⁸⁴⁰.

6. De dochtervennootschap “leegpompen”

161. Volgens WYMEERSCH kan een moedervennootschap als feitelijke bestuurder van haar dochtervennootschap worden aangemerkt, wanneer blijkt dat zij substantiële financiële middelen bij haar dochter heeft weggehaald. Hij stelt: “*Werd de dochter ‘leeggepompt’ ten voordele van de groep – wat erop wijst dat de bestuurders van de dochter de afweging van belangen kennelijk onjuist hebben doorgevoerd – kan hieraan aansprakelijkheid van de moeder worden verbonden, zo blijkt dat deze substantieverschuiving op bevel van de moeder werd doorgevoerd*”⁸⁴¹. Deze beschouwing is correct, maar kan in het licht van recentere ontwikkelingen nog worden aangevuld. Zo is het in grote groepen van vennootschappen niet ongebruikelijk dat er een zogenaamd systeem van “*cash pooling*” wordt opgezet, doorgaans onder het beheer van de moedervennootschap, met

⁸³⁷ Zie ook E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 272.

⁸³⁸ E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 272.

⁸³⁹ Zie randnr. 61 hierboven.

⁸⁴⁰ H. DE WULF, “Concernrechtelijke aansprakelijkheid” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2002, losbl., (III.5-1) III.5-37.

⁸⁴¹ E. WYMEERSCH, “Enkele technieken van concernrechtelijke aansprakelijkheid” in *Liber amicorum Frédéric Dumon*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1983, (313) 334.

als doel de aanwezige liquiditeiten binnen de groep op een optimale wijze te benutten en te alloceren, en dure externe financiering zoveel mogelijk te beperken⁸⁴². Wanneer er op grond, en in uitvoering, van zulk – contractueel geïmplementeerd⁸⁴³ – systeem (grote) verschuivingen van liquide middelen plaatsvinden vanuit een dochtervennootschap, kan men bezwaarlijk stellen dat er een inmenging, laat staan een overmatige inmenging, is geweest van de moedervernootschap in het bestuur van de dochter⁸⁴⁴. Men kan slechts van een overmatige inmenging in het bestuur van een dochter spreken, indien blijkt dat de moeder de bestuurders van de dochter heeft gedwongen om het vennootschapsbelang van de dochter te miskennen⁸⁴⁵.

c) *De toerekening aan de moedervernootschap*

162. Een moedervernootschap kan maar als feitelijke bestuurder van haar dochter worden aangemerkt, wanneer de feitelijke handelingen die tot dergelijke kwalificatie aanleiding kunnen geven, en die noodzakelijkerwijze werden gesteld door natuurlijke personen⁸⁴⁶, aan haar kunnen worden toegerekend. Er kunnen ter zake verschillende hypothesen worden onderscheiden⁸⁴⁷.

⁸⁴² Zie hierover K. MACOURS, “Financiering en gecentraliseerd thesauriebeheer bij vennootschapsgroepen”, *Bank Fin. R.* 2001, afl. 1, (4) 11 e.v.; A. SERVAIS, “Le cash pooling en droit belge – aspects juridiques et transactionnels”, *RPS* 2014, (325) 330-331.

⁸⁴³ A. SERVAIS, “Le cash pooling en droit belge – aspects juridiques et transactionnels”, *RPS* 2014, (325) 337 e.v.

⁸⁴⁴ Er vanuit gaande dat het bestuursorgaan van de dochter de beslissing om toe te treden tot de *cash pool* autonoom heeft genomen, na haar te hebben getoetst aan het vennootschapsbelang van de dochter.

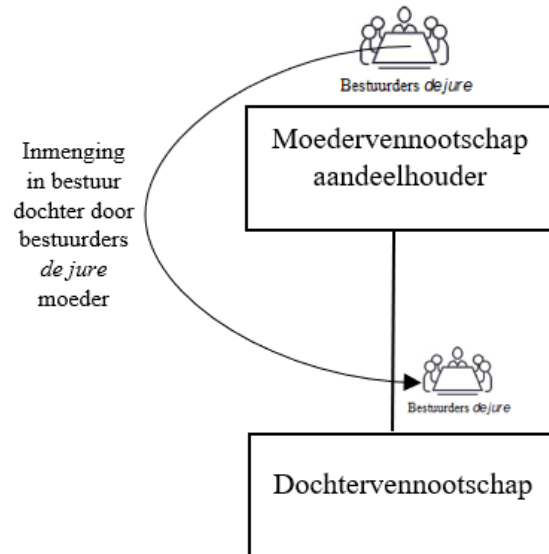
⁸⁴⁵ Zie ook E. WYMEERSCH, “Enkele technieken van concernrechtelijke aansprakelijkheid” in *Liber amicorum Frédéric Dumon*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1983, (313) 334.

⁸⁴⁶ Een rechtspersoon kan maar in het rechtsverkeer optreden middels de tussenkomst van natuurlijke personen. Zie artikel 2:49-2:55 WVV. Cf. J. VANANROYE m.m.v. O. ROODHOOF, “Toerekening aan rechtspersonen en aansprakelijkheid van uitvoeringsagenten in het ontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid”, *TPR* 2021, afl. 1, (177) 177, nr. 1: “Bij een rechtspersoon dient ook een juridisch link te worden gelegd tussen het schadeverwekkende handelen enerzijds en het onstoffelijk rechtssubject dat de rechtspersoon is anderzijds”.

⁸⁴⁷ Zie ook S. VAN CROMBRUGGE, *De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1984, 269-270. Zie over de toerekening aan rechtspersonen ook: J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, *TPR* 2004, 753-793.

1. De eerste hypothese: een optreden van de bestuurders *de jure* van de moeder vennootschap

De eerste hypothese is deze waarbij de leden van het bestuursorgaan (dit is het orgaan van vertegenwoordiging⁸⁴⁸) van de moeder vennootschap zelf zijn opgetreden. Deze hypothese kan grafisch worden weergegeven als volgt:



De toerekening is in deze hypothese relatief eenvoudig. Wanneer de bestuurders *de jure* optreden in hun hoedanigheid van bestuurders, dan gelden hun handelingen in principe als handelingen van

⁸⁴⁸ *Pro memorie*: ook de uitoefening van lidmaatschapsrechten in een dochtervennootschap gebeurt in de regel door het bestuursorgaan van de moeder vennootschap. Zie ook N. HALLEMEESCH, *Aandeelhoudersovereenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 269, nr. 315.

de moeder vennootschap⁸⁴⁹. Zulks vloeit voort uit artikel 2:49 WVV⁸⁵⁰.

2. De tweede hypothese: een optreden van niet-bestuurders in opdracht / op last van de moeder vennootschap

In de praktijk zijn het echter niet altijd de bestuurders *de jure* van de moeder vennootschap die de feitelijke handelingen hebben gesteld die aanleiding kunnen geven tot de kwalificatie van feitelijke bestuurder. Het gaat minstens even vaak om andere bij de moeder actieve personen (zoals leden van een divisiedirectie⁸⁵¹) die formeel geen deel uitmaken van een orgaan van de moeder. Deze hypothese kan grafisch worden weergegeven als volgt:

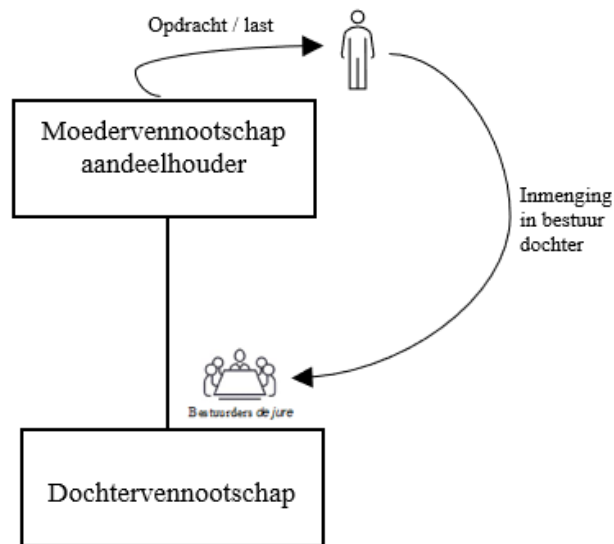
⁸⁴⁹ Merk op dat in de context van de hervorming van het buitencontractuele aansprakelijkheid in de artikelen 5.158 *juncto* 5.157 van het Voorontwerp van wet houdende invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het Burgerlijk Wetboek, wordt voorgesteld om de aansprakelijkheid voor aangestelden uit te breiden tot bestuurders:

“Art. 5.157. Aansprakelijkheid van de aansteller. *De aansteller is aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door zijn aangestelde tijdens en naar aanleiding van de uitoefening van zijn functie en waarvoor deze laatste zelf aansprakelijk is of zou zijn indien zijn aansprakelijkheid niet bij wet werd beperkt of uitgesloten.*

Art. 5.158. Aansprakelijkheid van rechtspersonen voor leden van bestuursorganen. *De rechtspersoon is aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door de persoon die een niet ondergeschikte bestuursfunctie uitoefent, onder dezelfde voorwaarden als de aansteller aansprakelijk is voor zijn aangestelde.”* (zie voor het voorontwerp: https://justitie.belgium.be/sites/default/files/avant-projet_de_loi_-_voorontwerp_van_wet_-_livre_boek_5.pdf (versie 1 september 2019)). Zie over de voorgestelde bepalingen ook J. DELVOIE, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen in het ontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid”, *TPR* 2021, afl. 1, (47) 56 e.v.

⁸⁵⁰ Artikel 2:49 WVV: “*De rechtspersonen handelen door hun organen wiens bevoegdheden worden vastgesteld door dit wetboek, het voorwerp en de statuten. De leden van deze organen verbinden zich niet persoonlijk voor de verbintenissen van de rechtspersoon*”. Zie ook B. TILLEMANN en K. DEWAELE, “Optreden in rechte van de rechtspersoon onder het Wetboek Vennootschappen en Verenigingen” in J. JAFFERALI, E. VAN DEN HAUTE en P. FORIERS (eds.), *Entre tradition et pragmatisme. Liber amicorum Paul Alain Foriers*, Bruxelles, Larcier, 2021, (1401) 1401, nr. 1.

⁸⁵¹ Zie opnieuw S. VAN CROMBRUGGE, *De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1984, 269-270.



In deze hypothese is de toerekening iets complexer. Men zal namelijk moeten aantonen dat de betrokken personen handelden in opdracht van de moeder⁸⁵². Kunnen zij worden beschouwd als aangestelden van de moeder, dan is een toerekening mogelijk op grond van artikel 1384, lid 3 oud BW⁸⁵³. Zijn zij geen aangestelden, maar hebben zij gehandeld op last van de moeder, dan is er een toerekening mogelijk op grond van artikel 1382 oud BW; de moeder zal aansprakelijk kunnen worden gesteld als medeplichtige of mededader van hun onrechtmatige daad (het geven van de opdracht tot het stellen van een onrechtmatige daad is namelijk zelf onrechtmatig)⁸⁵⁴.

ii. Los van een groepscontext: de (over)actieve aandeelhouder

163. Los van een groepscontext werd er in de Belgische rechtsleer tot nog toe weinig over de kwalificatie van een aandeelhouder als feitelijke bestuurder geschreven. Enkel GOLDSCHMIDT raakt het vraagstuk in haar boek over aandeelhoudersaansprakelijkheid in de marge even aan, maar gaat er inhoudelijk eigenlijk niet verder op in. Zij stelt dat principieel zowel een aandeelhouder-

⁸⁵² Cf. L. CORNELIS, “De aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in groepsverband” in H. BIRON en C. DAUW (eds.), *Aspecten van Ondernemingsgroepen*, Antwerpen, Kluwer, 1989, (109) 166.

⁸⁵³ Artikel 1384, lid 3 oud BW: “*De meesters en zij die anderen aanstellen, voor de schade door hun dienstboden en aangestelden veroorzaakt in de bediening waartoe zij hen gebezigd hebben*”.

⁸⁵⁴ S. VAN CROMBRUGGE, *De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1984, 270 met verwijzing naar R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, II, Brussel, Bruylant, 1971-1972, nr. 1303.

natuurlijke persoon als een directe of indirecte moedervenootschap als feitelijke bestuurder kan worden gekwalificeerd⁸⁵⁵. Zij merkt vervolgens op dat er in besloten vennootschappen, en in het bijzonder in eenhoofdige vennootschappen, vaak een vereenzelving is tussen de aandeelhouders en de leden van het bestuursorgaan, maar dit “*het bestuur niet ontslaat van de verplichting om in het vennootschapsbelang te handelen*”⁸⁵⁶. Deze opmerking is correct, maar kan de indruk wekken dat aandeelhouders van besloten, en niet van een groep deel uitmakende, vennootschappen weinig tot nooit als feitelijke bestuurders kunnen worden aangemerkt. Wie als bestuurder werd benoemd, kan immers geen feitelijke bestuurder zijn, maar is een bestuurder *de jure*.

Voormelde indruk zou ongegrond zijn. Om te beginnen is er in besloten en op zichzelf staande vennootschappen lang niet altijd een vereenzelving tussen aandeelhouder- en bestuurderschap. Waar dat niet het geval is, kan er wel degelijk van feitelijk bestuur in hoofde van een aandeelhouder sprake zijn. Zulks blijkt duidelijk uit de hierboven uiteengezette analyse van de rechtspraak⁸⁵⁷.

164. Vervolgens en meer algemeen mogen aandeelhouders binnen een vennootschap uitsluitend hun aandeelhoudersrechten uitoefenen⁸⁵⁸, d.w.z. het stemrecht binnen de algemene vergadering, bepaalde vermogensrechten (zoals het recht op winstdeelname) en bepaalde lidmaatschapsrechten (zoals het vraagrecht, het recht om de algemene vergadering bijeen te roepen, het onderzoeks- en controlerecht, ...). Doen zij meer dan die rechten uitoefenen en laten zij zich in met het bestuur van de vennootschap, dan miskennen zij de wettelijke bevoegdheidsverdeling en rijst de vraag naar het bestaan van feitelijk bestuur.

Om te kunnen beoordelen of er sprake is van feitelijk bestuur door een aandeelhouder(-natuurlijke persoon), zal men zijn optreden, net zoals dat van elke andere als feitelijke bestuurder geïdende persoon, moeten toetsen aan de drie “klassieke” voorwaarden inzake feitelijk bestuur⁸⁵⁹. Men zal dus moeten nagaan of hij positieve daden van bestuur heeft gesteld, in alle onafhankelijkheid en

⁸⁵⁵ E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 268, nr. 441.

⁸⁵⁶ E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 268, nr. 442.

⁸⁵⁷ Zie in het bijzonder randnr. 146 hierboven.

⁸⁵⁸ Dit geldt niet enkel voor aandeelhouders(-natuurlijke personen) van op zichzelf staande vennootschappen, maar evenzeer voor aandeelhouders-moedervenootschappen in een groepscontext.

⁸⁵⁹ Zie ook randnr. 151 hierboven. De klassieke voorwaarden gelden op een algemene wijze, zonder enig onderscheid naar gelang de als feitelijke bestuurder geïdende persoon.

soevereiniteit. Het feit dat een aandeelhouder een meerderheids- of controleparticipatie aanhoudt en de vennootschap controleert in de zin van artikel 1:14 WVV, is net zoals in een groepscontext onvoldoende om van een inmenging in het bestuur van de vennootschap te kunnen spreken⁸⁶⁰. Net zoals een moedervenootschap in een groepscontext een feitelijke instructiemacht heeft⁸⁶¹, heeft ook een meerderheidsaandeelhouder in een op zichzelf staande vennootschap een feitelijke instructiemacht, die hij te danken heeft aan het meerderheidsbeginsel⁸⁶². Die feitelijke macht wordt begrensd door het vennootschapsbelang⁸⁶³.

- iii. Escalatieprocedures en vetorechten in aandeelhoudersovereenkomsten en statuten: een risico?

165. In de praktijk gebeurt het soms dat de beslissingsbevoegdheid met betrekking tot bepaalde aangelegenheden die tot de (residuaire) bevoegdheid behoren van het bestuursorgaan in een BV, CV of NV wordt doorgeschoven naar de algemene vergadering door middel van afspraken in een aandeelhoudersovereenkomst en in de statuten⁸⁶⁴. De bevoegdheidsbeperkingen die uit dergelijke afspraken voortvloeien voor het bestuursorgaan, kunnen zowel van kwalitatieve aard zijn (in dat geval worden bepaalde (categorieën van) beslissingen overgeheveld naar de bevoegdheidssfeer van de algemene vergadering), als van kwantitatieve aard (in dat geval behoort een bepaalde

⁸⁶⁰ Zie randnr. 153 hierboven. Zie ook in Frankrijk: O. MARAUD, *Les associés dans le droit des entreprises en difficulté*, Paris, LGDJ, 2021, 481: “*Il est également normal que les associés opèrent un contrôle sur la gestion menée par les dirigeants sociaux. Ce contrôle peut être exercé par la mise en oeuvre de certaines prérogatives que le législateur a confiées aux associés justement dans le but de les impliquer dans la vie sociale et de faire en sorte qu’ils contribuent à ce que la société soit gérée au mieux de son intérêt social*”; M. COZIAN, A. VIANDIER en F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Paris, LexisNexis, 2019, 165, nr. 401: “*l’associé majoritaire qui s’est borné à exercer le droit de contrôle et d’intervention attaché à ses titres ne saurait être tenu pour un dirigeant de fait*”.

⁸⁶¹ Zie opnieuw randnr. 153 hierboven.

⁸⁶² K. BYTTEBIER en A. FRANÇOIS, “Zo moeder, zo dochter? Over de autonomie (of eerder het gebrek daaraan?) van een Belgische dochtervennootschap in een (buitenlandse) groep van vennootschappen” in INSTITUUT FINANCIËEL RECHT (ed.), *Van alle markten. Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (121) 133, nr. 18.

⁸⁶³ K. BYTTEBIER en A. FRANÇOIS, “Zo moeder, zo dochter? Over de autonomie (of eerder het gebrek daaraan?) van een Belgische dochtervennootschap in een (buitenlandse) groep van vennootschappen” in INSTITUUT FINANCIËEL RECHT (ed.), *Van alle markten. Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (121) 133, nr. 18.

⁸⁶⁴ C. CONSTANT, “Livres 19: Les entreprises conjointes ou « joint ventures » – Volume 2” in M. COIPEL (ed.), *Droit des sociétés commerciales – Troisième édition*, Brussel, Kluwer, 2006, (1109) 1114, nr. 1470; A. COIBION, *Les conventions d’actionnaires en pratique: contraintes juridiques, typologie et application aux opérations de private equity*, Brussel, Larcier, 2010, 87, nr. 153.

beslissing vanaf een bepaald bedrag niet langer tot de bevoegdheid van het bestuursorgaan)⁸⁶⁵. Het is naar Belgisch vennootschapsrecht volkomen legaal om kwalitatieve en kwantitatieve bevoegdheidsbeperkingen inzake bestuur uit te werken. Belangrijk is wel dat zulke beperkingen louter een interne werking kennen. Ze zijn niet tegenwerpelijk aan derden, zelfs niet indien ze openbaar zijn gemaakt (art. 5:73 WVV (BV), art. 6:61 WVV (CV), art. 7:93 WVV (NV met raad van bestuur), art. 7:109 WVV (raad van toezicht in NV met duaal bestuur) en art. 7:110 WVV (directieraad in NV met duaal bestuur))⁸⁶⁶.

166. Partijen die willen sleutelen aan de bevoegdheidsverdeling tussen de algemene vergadering en het bestuursorgaan, kunnen dat eigenlijk op twee manieren doen. Een eerste mogelijkheid is om in de statuten in te schrijven dat het bestuursorgaan voorafgaand aan het stellen van een welbepaalde rechtshandeling of het uitoefenen van het stemrecht in een welbepaalde zin, de toestemming of goedkeuring⁸⁶⁷ moet verkrijgen van de algemene vergadering⁸⁶⁸. Dit komt eigenlijk neer op een vetorecht voor de algemene vergadering, zij het dat de algemene vergadering wel niet de mogelijkheid heeft om positief een bepaalde beslissing te nemen; deze bevoegdheid blijft bij het bestuursorgaan zelf⁸⁶⁹. Een tweede mogelijkheid is om de bevoegdheid over bepaalde beslissingen (die zonder conventionele ingrepen bij het bestuursorgaan zit) in de statuten volledig toe te wijzen aan de algemene vergadering⁸⁷⁰. Het bestuursorgaan is dan in beginsel enkel nog verantwoordelijk voor de uitvoering van de beslissingen⁸⁷¹.

167. Contractuele afspraken waarmee beperkingen worden gesteld aan de bevoegdheid van het

⁸⁶⁵ J. PATTYN, *Aandeelhoudersovereenkomsten: overdrachtsbeperkingen en stemafspraken in een niet-publieke NV*, Gent, Larcier, 2012, 169, nr. 220.

⁸⁶⁶ Zie ook H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 296, nrs. 619 en 620.

⁸⁶⁷ Een andere vorm van tussenkomst door de algemene vergadering die soms conventioneel wordt voorzien, en die iets minder verregaand is, bestaat erin dat het bestuursorgaan voorafgaand aan een beslissing over bepaalde punten, het advies van de algemene vergadering moet inwinnen (men spreekt in dit verband ook wel over een escalatieprocedure). Zie ook C. CONSTANT, "Livre 19: Les entreprises conjointes ou « joint ventures » – Volume 2" in M. COIPEL (ed.), *Droit des sociétés commerciales – Troisième édition*, Brussel, Kluwer, 2006, (1109) 1114, nr. 1470.

⁸⁶⁸ N. HALLEMEESCH, *Aandeelhoudersovereenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 273, nr. 320.

⁸⁶⁹ J. PATTYN, *Aandeelhoudersovereenkomsten: overdrachtsbeperkingen en stemafspraken in een niet-publieke NV*, Gent, Larcier, 2012, 169, nr. 220.

⁸⁷⁰ N. HALLEMEESCH, *Aandeelhoudersovereenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 275, nr. 322.

⁸⁷¹ N. HALLEMEESCH, *Aandeelhoudersovereenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 275, nr. 322.

bestuursorgaan ten voordele van de algemene vergadering, zijn naar Belgisch vennootschapsrecht toegelaten, op voorwaarde dat ze niet raken aan de bevoegdheden die in het WVV uitdrukkelijk aan het bestuursorgaan zijn toegewezen (dit zijn de zogenaamde “kernbevoegdheden” van het bestuursorgaan)⁸⁷². Men voegt hier in de rechtsleer doorgaans aan toe dat zij ook geen afbreuk mogen doen aan het machtsevenwicht tussen de algemene vergadering en het bestuursorgaan, dat steeds een minimale autonomie moet behouden tegenover de algemene vergadering⁸⁷³. Volgens sommige auteurs betekent dit dat dagelijkse beslissingen bij het uitbaten van een vennootschappelijke onderneming evenmin naar de algemene vergadering kunnen worden doorgeschoven⁸⁷⁴.

168. Bevoegdheidsverdelende afspraken komen zowel voor in individuele, op zichzelf staande, vennootschappen, als in een groepscontext⁸⁷⁵. Zij kunnen er niet alleen op gericht zijn om de macht van de algemene vergadering als orgaan te versterken, maar kunnen er theoretisch ook toe strekken om de macht van een of meer aandeelhouders te vergroten. Waar contractueel in de tussenkomst van de algemene vergadering wordt voorzien, kan namelijk perfect verder worden gedifferentieerd en kan worden bepaald dat bepaalde (categorieën van) beslissingen de goedkeuring moeten krijgen

⁸⁷² Deze bevoegdheden kunnen niet naar de algemene vergadering worden doorgeschoven. Zie C. CONSTANT, “Livre 19: Les entreprises conjointes ou « joint ventures » – Volume 2” in M. COIPEL (ed.), *Droit des sociétés commerciales – Troisième édition*, Brussel, Kluwer, 2006, (1109) 1114, nr. 1470; J. PATTYN, *Aandeelhoudersovereenkomsten: overdrachtsbeperkingen en stemafspraken in een niet-publieke NV*, Gent, Larcier, 2012, 170.

⁸⁷³ B. VAN BRUYSTEGEM, “De vennootschap van de multinationale onderneming, RW 1979-80, (2277) 2283; C. CONSTANT, “Livre 19: Les entreprises conjointes ou « joint ventures » – Volume 2” in M. COIPEL (ed.), *Droit des sociétés commerciales – Troisième édition*, Brussel, Kluwer, 2006, (1109) 1114, nr. 1470; A. COIBION, *Les conventions d'actionnaires en pratique: contraintes juridiques, typologie et application aux opérations de private equity*, Brussel, Larcier, 2010, 87, nr. 153.

⁸⁷⁴ Zie J. PATTYN, *Aandeelhoudersovereenkomsten: overdrachtsbeperkingen en stemafspraken in een niet-publieke NV*, Gent, Larcier, 2012, 170, met verwijzing naar F. HELLEMANS, *De algemene vergadering: een onderzoek naar haar grondslagen, haar bestaansreden en de geldigheid van haar besluiten*, Kalmthout, Biblo, 2000, 683.

⁸⁷⁵ In een groepscontext zal men bevoegdheidsverdelende afspraken veelal terugvinden op het niveau van de moedervennootschap. De Franse auteurs HEINICH, WATRIN, AYACHE en ZAGDOUN formuleerden hierover in een recente bijdrage over “*le dirigeant de fait*” een zeer interessante bedenking. Zij merken op: “*Un autre cas de figure spécifique mais assez courant devrait aussi retenir l'attention du praticien. Certains pactes d'actionnaires conclus avec des investisseurs imposent des clauses de gouvernance aux fondateurs dirigeants d'une société mère en précisant que les restrictions ou obligations qui lui sont imposées (souvent par voie de droit de veto dans un comité ad hoc) s'appliquent non seulement à la société mère, mais également à ses filiales et sous-filiales, sans d'ailleurs tenir compte de leur degré de détention, directe ou indirecte, respectif. Quelles sont la portée réelle et les conséquences potentielles de ces clauses? Une gestion de fait ne pourrait-elle pas être caractérisée dans ce cas?*” (zie J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétair*e 2019, afl. 166, (3) 7, nr. 21).

van een of meer aandeelhouder(s), of, iets subtieler, slechts kunnen worden genomen met een bijzondere meerderheid van stemmen.

Het lijkt raadzaam om bij de redactie van gedifferentieerde bevoegdheidsverdelende afspraken met de nodige omzichtigheid te werk te gaan. Het is theoretisch niet ondenkbaar dat men de bestuursfunctie te veel gaat uithollen ten voordele van een of meer aandeelhouders en diverse materies die normaal tot de bevoegdheid behoren van het bestuursorgaan contractueel aan hun goedkeuring gaat onderwerpen. Welnu, die aandeelhouders lopen, wanneer de zaken mis gaan en blijkt dat het bestuursorgaan eigenlijk niet meer autonoom kon handelen, een risico om als feitelijke bestuurders te worden aangemerkt. Dit risico is wellicht vooral theoretisch, daar gedifferentieerde bevoegdheidsverdelende afspraken in de vorm zoals hiervoor beschreven, in de praktijk zelden tot nooit voorkomen⁸⁷⁶.

II. DE (PROFESSIONELE) ADVISEUR

169. In de praktijk laat het bestuursorgaan van een rechtspersoon zich bij juridisch heikele kwesties en bepaalde transacties graag bijstaan en adviseren door professionele adviseurs zoals advocaten, *legal consultants* en zogenaamde cijferberoepers (d.w.z. (fiscaal of gecertificeerde) accountants, gecertificeerde belastingadviseurs, bedrijfsrevisoren, enzovoort)⁸⁷⁷. Het is geen geheim dat de betrokkenheid van deze adviseurs in en bij het bestuur van de rechtspersoon vaak erg ver gaat: zij treden geregeld in rechte op voor het bestuursorgaan, hun advies geeft sturing aan het beleid, bepaalde beslissingen worden door hen voorbereid en sommige beslissingen zijn zelfs letterlijk door hen ingegeven. Een interessante en voor de praktijk zeer relevante vraag is of zij in het licht van hun nauwe betrokkenheid bij het bestuur ooit het risico lopen om de hoedanigheid van feitelijke bestuurder toegemeten te krijgen.

Het antwoord is, of zou moeten zijn, dat dit risico klein is. Dit komt in de eerste plaats omdat adviseurs normaliter een opdracht hebben gekregen van het bestuursorgaan om hun diensten te

⁸⁷⁶ De reden hiervoor hoeft niet ver te worden gezocht: dergelijke afspraken zijn voor de werking van de vennootschap uiterst onpraktisch. Cf. M. WYCKAERT, “De conventionele bescherming van de minderheidsaandeelhouder in de naamloze vennootschap”, *TRV* 1988, extra afl., (V-1) V-24–V-25, nr. 26.

⁸⁷⁷ Ook individuele bestuurders doen in de praktijk wel eens een beroep op hun diensten.

verrichten. Die opdracht maakt dat zij niet geacht kunnen worden “in alle onafhankelijkheid en soevereiniteit” te handelen⁸⁷⁸, een voorwaarde die vervuld moet zijn om tot feitelijk bestuur te kunnen besluiten⁸⁷⁹. In de tweede plaats is het zo dat het in de regel nog altijd het bestuursorgaan zelf is dat na het inwinnen van advies de eigenlijke bestuursbeslissingen neemt⁸⁸⁰. De adviseur zelf komt in het beslissingsproces normaal gesproken niet voor.

Het risico op een kwalificatie als feitelijke bestuurder mag voor een adviseur dan klein zijn, er is nog altijd wel een risico. Zo blijkt uit de rechtspraak dat een advocaat als feitelijke bestuurder zou kunnen worden aangemerkt, indien wordt aangetoond dat hij niet enkel (juridische) bijstand aan de bestuurders heeft verleend, maar in eigen naam en zonder enige vertegenwoordigingsopdracht in de plaats van het bestuursorgaan beslissingen heeft genomen die uitsluitend door de organen van de rechtspersoon konden worden genomen⁸⁸¹. Deze gedachtegang, die in essentie terug te brengen is tot de vaststelling dat een adviseur zijn rol te buiten kan gaan, gaat ook op voor andere adviseurs dan advocaten.

De relevante feiten die aan voormelde rechtspraak ten grondslag liggen, kunnen als volgt worden samengevat: mr. [C], advocaat van twee familiale vennootschappen die onder voorlopig bewind stonden (de NV [BBS] en NV [EB], hierna de “eisers” genoemd), had namens hen contact opgenomen met twee andere vennootschappen (de NV [BLC] en NV [SE]) teneinde onderhandelingen aan te knopen. In een procedure voor de rechtbank van koophandel te Gent (afdeling Brugge), zetelend in kort geding, wierpen eisers op dat mr. [C] met zijn beslissing om namens hen onderhandelingen aan te gaan met de NV [BLC] en NV [SE] een positieve bestuursbeslissing had genomen, evenwel zonder daartoe enige opdracht of mandaat te hebben verkregen van de voorlopig bewindvoerders. Zij voerden aan dat mr. [C] aldus was opgetreden als een ongeoorloofde feitelijke bestuurder van eisers. Na te zijn verzocht zich over deze kwestie uit te spreken, oordeelde de rechtbank van koophandel te Gent op 25 september 2018 het volgende: “*Sedert de aanstelling van de voorlopig bewindvoerders van de vennootschappen (de NV [BBS] en NV [EB]) zijn het enkel de voorlopig bewindvoerders die in plaats van de raden van bestuur de vennootschappen vertegenwoordigen. Het enkele feit dat mr. [C] contact zou hebben genomen met de NV [BLC] en NV [SE] is onvoldoende om te*

⁸⁷⁸ Zie ook randnrs. 78 en 80 hierboven.

⁸⁷⁹ Zie hierover randnrs. 91 en 100 hierboven.

⁸⁸⁰ Zie ook randnr. 70 hierboven.

⁸⁸¹ KG Kh. Gent 25 september 2018, *JDSC* 2019 (verkort), 40, noot J. GOFFIN en M. BROUHNS, *JDSC* 2019 (verkort), 81, noot M. DELVAUX en *TRV-RPS* 2018, 893, noot D. VAN GERVEN. Zie ook M.-A. DELVAUX, “Avocat d’une société, quand risquez-vous d’être qualifié de dirigeant de fait” (noot onder KG Kh. Gent 25 september 2018), *JDSC* 2019, (82) 82; H. CULOT en D. VAN GERVEN, “Kroniek Vennootschapsrecht 2019-2020”, *TRV-RPS* 2020, (708) 732, nr. 75.

stellen dat hij hierdoor is opgetreden als feitelijk bestuurder van de vennootschappen. Vooreerst zouden eisers moeten aannemelijk maken dat mr. [C] niet handelde bij deze besprekingen namens zijn opdrachtgevers de bestuurders, maar in eigen naam en zonder enige vertegenwoordigingsopdracht. Aannemelijk moet worden gemaakt dat mr. [C] beslissingen heeft genomen die alleen door de vennootschappen, thans vertegenwoordigd door de voorlopig bewindvoerders konden worden genomen. Dit bewijs wordt op geen enkele wijze geleverd. De stelling dat mr. [C] is opgetreden als feitelijk bestuurder komt ons ongegrond voor.”⁸⁸² (eigen nadruk).

170. Voor wat de bedrijfsrevisoren betreft, valt op te merken dat de Raad van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren (hierna “de Raad van het IBR”), expliciet aanbeveelt dat de bedrijfsrevisor in de opdrachtbrief vermeldt dat de door de bedrijfsrevisor, bijvoorbeeld in de *management letter*, ingenomen standpunten de autonomie en de bevoegdheden van het bestuursorgaan niet aantasten, teneinde het risico op een kwalificatie als feitelijke bestuurder voor de bedrijfsrevisor zoveel mogelijk in te perken⁸⁸³. De Raad van het IBR onderkent namelijk dat bepaalde activiteiten van een bedrijfsrevisor zouden kunnen worden gecatalogeerd als daden van feitelijk bestuur die van een bedrijfsrevisor een feitelijke bestuurder zouden kunnen maken⁸⁸⁴. In een recent advies betreffende “*activiteiten die een bedrijfsrevisor in een situatie van feitelijk bestuurder zouden brengen overeenkomstig artikel 29, §2, 2° van de wet van 7 december 2016*”⁸⁸⁵ onderstreepte de Raad van het IBR dat het in artikel 29, §2, 2° van de wet van 7 december 2016 opgenomen verbod tot uitvoering van een bestuursopdracht ook de notie feitelijke bestuurder beoogt, zoals door de wetgever gedefinieerd en geïllustreerd in artikel 2:56 WVV⁸⁸⁶.

Het in artikel 29, §2, 2° van de wet van 7 december 2016 opgenomen verbod luidt letterlijk als volgt:

“Art. 29. § 2. Het is de bedrijfsrevisor niet toegestaan om revisorale opdrachten uit te voeren in de volgende omstandigheden:

⁸⁸² Zie KG Kh. Gent 25 september 2018, *TRV-RPS* 2018, (893) 897, nr. 23.

⁸⁸³ Zie IBR-IRE, *Advies 2021/13 van de Raad van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren*, 2021, <https://www.ibr-ire.be/docs/default-source/nl/documents/regelgeving-en-publicaties/rechtsleer/adviezen/2021-13-advies-feitelijke-bestuurder.pdf>, 6.

⁸⁸⁴ IBR-IRE, *Advies 2021/13 van de Raad van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren*, 2021, <https://www.ibr-ire.be/docs/default-source/nl/documents/regelgeving-en-publicaties/rechtsleer/adviezen/2021-13-advies-feitelijke-bestuurder.pdf>, 1.

⁸⁸⁵ Wet 7 december 2016 tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren, *BS* 13 december 2016 (ed. 2), 84812.

⁸⁸⁶ IBR-IRE, *Advies 2021/13 van de Raad van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren*, 2021, <https://www.ibr-ire.be/docs/default-source/nl/documents/regelgeving-en-publicaties/rechtsleer/adviezen/2021-13-advies-feitelijke-bestuurder.pdf>, 3 en 6.

[...]

2° rechtstreeks of onrechtstreeks een handelsactiviteit uitoefenen, onder andere in de hoedanigheid van bestuurder van een handelsvennootschap; het uitoefenen van een mandaat van bestuurder in burgerlijke vennootschappen die de rechtsvorm van een handelsvennootschap hebben aangenomen, wordt niet geïndiceerd door deze onverenigbaarheid;

[...]”.

Interessant is dat de Raad van het IBR in zijn advies een analyse maakt van twee specifieke activiteiten die een bedrijfsrevisor in een situatie van feitelijke bestuurder zouden brengen, met name:

- Domiciliëring van vennootschappen op het kantoor van een bedrijfsrevisor:

Volgens de Raad van het IBR maakt de domiciliëringshandeling *an sich* geen daad van bestuur uit, maar dient men er rekening mee te houden dat deze handeling meestal gepaard gaat met het verlenen van diensten die wel rechtstreeks verband kunnen houden met het bestuur⁸⁸⁷. Is dat het geval, en worden inderdaad dergelijke diensten verleend, dan zou de bedrijfsrevisor kunnen worden gekwalificeerd als een feitelijke bestuurder en zou het op grond van artikel 29, §2, 2° van de wet van 7 december 2016 niet toegelaten zijn om de domiciliëringshandeling te stellen⁸⁸⁸. De Raad van het IBR acht het dan ook verkieslijk dat de bedrijfsrevisor zich zou onthouden van “*alle domiciliëringactiviteiten die eender welke vorm van bestuursinmenging met zich zou meebrengen*”, om het risico op een kwalificatie als feitelijke bestuurder zoveel mogelijk te beperken⁸⁸⁹.

- Neerlegging van de jaarrekening:

Volgens de Raad van het IBR is het zo dat indien een commissaris zelf de jaarrekening neerlegt bij de Nationale Bank van België (NBB), terwijl artikel 3:10 WvV uitdrukkelijk voorschrijft dat dit door toedoen van het bestuursorgaan gebeurt, de bedrijfsrevisor een

⁸⁸⁷ IBR, *Vademecum van de bedrijfsrevisor – Deel 1: Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard, 2009, 396.

⁸⁸⁸ IBR-IRE, *Advies 2021/13 van de Raad van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren*, 2021, <https://www.ibr-ire.be/docs/default-source/nl/documents/regelgeving-en-publicaties/rechtsleer/adviezen/2021-13-advies-feitelijke-bestuurder.pdf>, 5.

⁸⁸⁹ IBR-IRE, *Advies 2021/13 van de Raad van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren*, 2021, <https://www.ibr-ire.be/docs/default-source/nl/documents/regelgeving-en-publicaties/rechtsleer/adviezen/2021-13-advies-feitelijke-bestuurder.pdf>, 5.

positieve daad van bestuur stelt in volle onafhankelijkheid, autonomie en vrijheid, anders dan in uitvoering van de wet of de commissarisovereenkomst. Hij zou hierdoor, aldus de Raad van het IBR, als een feitelijke bestuurder kunnen worden gekwalificeerd⁸⁹⁰, met alle gevolgen vandiën op het vlak van aansprakelijkheid⁸⁹¹.

AFDELING 4. DE OVERHEID ALS AANDEELHOUDER EN HET RISICO OP EEN KWALIFICATIE ALS FEITELIJKE BESTUURDER: EEN BIJZONDERE KWESTIE

I. INLEIDING

171. Een hypothese waarop hiervoor nog niet werd ingegaan is deze waarbij de overheid⁸⁹² als aandeelhouder in een vennootschap betrokken is. Kan men zeggen dat deze hypothese identiek is aan degene waarbij een private (rechts)persoon aandeelhouder is van een vennootschap, en zo ja, dat de overheid zich evenzeer kan bezondigen aan feitelijk bestuur, of gelden er voor de overheid andere regels? Het antwoord op deze vraag is een stuk complexer dan men op het eerste gezicht misschien zou denken en is niet voor alle vennootschappen hetzelfde. Dat komt omdat de overheid vennootschappen kan oprichten die andere regels volgen dan de regels die zijn opgenomen in het WVV.

In een notendop, blijkt voor de beantwoording van hogervermelde vraag bepalend te zijn of de vennootschap waarin de overheid participeert een private vennootschap is, die werd opgericht volgens de regels van het WVV en die volledig onder de toepassing van het WVV valt, dan wel een publieke vennootschap die een bijzonder statuut kent dat op bepaalde punten afwijkt van het

⁸⁹⁰ IBR-IRE, *Advies 2021/13 van de Raad van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren*, 2021, <https://www.ibr-ire.be/docs/default-source/nl/documents/regelgeving-en-publicaties/rechtsleer/adviezen/2021-13-advies-feitelijke-bestuurder.pdf>, 6.

⁸⁹¹ Wat de kwalificatie als feitelijke bestuurder louter op basis van de neerlegging van de jaarrekening betreft, is m.i. de nodige voorzichtigheid geboden, daar het niet wenselijk is dat te lichtzinnig tot feitelijk bestuur wordt besloten. Zie hierover randnr. 80 hierboven.

⁸⁹² Het begrip “overheid” is geen juridisch, maar een generiek begrip, en kan verschillende betekenissen hebben (zie bv. I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 313, nr. 681). Het wordt in deze context voornamelijk gebruikt in de betekenis van organen en instellingen van de uitvoerende macht.

WVV ingevolge specifieke publiekrechtelijke wetgeving⁸⁹³. Een algemene stelregel is dit evenwel niet. Uit de hierna volgende analyse blijkt dat wanneer de overheid in een vennootschap betrokken is, men best met twee woorden spreekt.

II. ANALYSE

A. De overheid als aandeelhouder van door haar opgerichte investeringsmaatschappijen

172. De federale en gewestelijke overheden in ons land hebben tijdens de afgelopen decennia diverse publieke holdings of zogenaamde publieke investeringsmaatschappijen opgericht⁸⁹⁴, die zich juridisch nader hebben gestructureerd door zelf verscheidene dochtermaatschappijen op te richten. Op het federale niveau kent men de Federale participatie en investeringsmaatschappij (FPIM)⁸⁹⁵, op het niveau van het Vlaams Gewest gaat het o.m. om de Participatiemaatschappij Vlaanderen (PMV)⁸⁹⁶, de Limburgse reconversie maatschappij (LRM)⁸⁹⁷ en de Gewestelijke investeringsmaatschappij Vlaanderen (GIMV), op het niveau van het Waals Gewest gaat het om de *Société régional d'investissement Wallonne* (SRIW)⁸⁹⁸ en op het niveau van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest kent men de Gewestelijke investeringsmaatschappij Brussel (GIMB), recent hernoemd naar *finance&invest.brussels*⁸⁹⁹. Publieke investeringsmaatschappijen vervullen een dubbele functie: ze treden op als investeringsmaatschappij en als holding voor de overheid. In het verlengde van hun functie als publieke holding kunnen zij ook participaties nemen in vennootschappen op uitdrukkelijke aanvraag van de overheid. Men spreekt in dat geval over gedelegeerde opdrachten.

⁸⁹³ Er wordt hierna niet ingegaan op zuiver publiekrechtelijk vormgegeven entiteiten die geen vennootschappen zijn en die een *sui generis*-statuut kennen. Zie hierover bv. I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 265-266 en 269 en meer uitgebreid F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen: naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Brugge, die Keure, 2004, 531 p.

⁸⁹⁴ Zie voor het risico in hoofde van publieke investeringsmaatschappijen om als feitelijke bestuurder van private rechtspersonen te worden aangemerkt in de context van kredietverlening aan laatstgenoemden, randnr. 130 hierboven.

⁸⁹⁵ Zie <https://www.sfpi-fpim.be/nl/wat-doen-wij>.

⁸⁹⁶ Zie <https://www.pmv.eu/nl/juridische-structuur>.

⁸⁹⁷ Zie <https://www.lrm.be/over-lrm/groepsstructuur>.

⁸⁹⁸ Zie <https://www.sriw.be/fr/notre-strategie/>.

⁸⁹⁹ Zie <https://www.finance.brussels/nl/over-ons/>.

De hiervoor genoemde publieke investeringsmaatschappijen hebben allen de vorm aangenomen van naamloze vennootschappen (al dan niet van publiek recht⁹⁰⁰) en vallen onder de toepassing van het WVV, voor zover hier niet van wordt afgeweken in de op hen toepasselijke bijzondere wetgeving⁹⁰¹ of in hun respectievelijke statuten.

173. Wat het bestuur van de verschillende publieke investeringsmaatschappijen betreft, geldt dat zij worden bestuurd, hetzij door een raad van bestuur⁹⁰², hetzij door een raad van toezicht en een directieraad⁹⁰³. De samenstelling daarvan is vastgelegd in hun respectievelijke statuten en/of in de op hen toepasselijke bijzondere wetgeving⁹⁰⁴, en is strikt gereguleerd. De overheid kan voor de invulling van een groot deel van de bestuursmandaten weliswaar van haar afhankelijke (oftewel voor haar actieve) personen voordragen, maar het is het bestuursorgaan dat het bestuur van de maatschappij voert. Investeringsmaatschappijen als publieke holding worden wel genomen in overleg met de overheid en bij gedelegeerde opdrachten is er uiteraard ook een contact met de overheid. Voor het overige komt de overheid in het bestuur en de (operationele) werking van de maatschappijen in beginsel niet tussen. In beginsel, want voor de FPIM, LRM, PMV en SRIW geldt er wel een zeer belangrijk *caveat*⁹⁰⁵:

⁹⁰⁰ PMV, LRM, GIMV, GIMB / *finance&invest.brussels* en SRIW zijn volgens hun statuten naamloze vennootschappen en FPIM is een naamloze vennootschap van publiek recht (d.w.z. belast met een taak van algemeen belang). Zie over de draagwijdte van het begrip NV van publiek recht B. DE GROOTE, D. BRULOOT en R. DE CORTE, *Privaatrecht in hoofdlijnen volume 2 (14e editie)*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 41, nr. 94.

⁹⁰¹ Het gaat om voor de FPIM, GIMB en SRIW om de Wet van 2 april 1962 betreffende de Federale Participatie- en Investeringsmaatschappij en de gewestelijke investeringsmaatschappijen (BS 18 april 1962), en voor de PMV, LRM en GIMV om het Vlaamse Decreet van 7 mei 2004 betreffende de investeringsmaatschappijen van de Vlaamse overheid (BS 8 juni 2004).

⁹⁰² Dit is het geval voor de FPIM, PMV, LRM, SRIW en GIMV.

⁹⁰³ Dit is het geval voor de GIMB / *finance&invest.brussels*.

⁹⁰⁴ Zie voor de FPIM artikel 3bis Wet 2 april 1962 betreffende de Federale Participatie- en Investeringsmaatschappij en de gewestelijke investeringsmaatschappijen. Zie voor de PMV artikel 14 van haar statuten en voor de LRM artikel 13.1 van haar statuten. Zie voor GIMV artikel 12 van haar statuten. Zie tot slot voor de SRIW artikel 10 van haar statuten en voor de GIMB / *finance&invest.brussels* de artikelen 18 en 23 van haar statuten.

⁹⁰⁵ Zie over het bestuur van de publieke investeringsmaatschappijen in het verleden de inzichtelijke – maar door diverse (wetgevende) ingrepen inmiddels gedeeltelijk achterhaalde – bijdrage van H. SWENNEN, “Bestuur en controle in bedrijven opgericht in het kader van het economisch en industrieel overheidsinitiatief en in ondernemingen waarin door de overheid wordt geparticipeerd” in INTERUNIVERSITAIR CENTRUM VOOR STAATSRECHT (ed.), *Les nouveaux modes d'intervention des pouvoirs publics dans l'entreprise – De nieuwe vormen van overheidstussenkomst in de onderneming*, Bruxelles, Bruylant, 1988, (121) 141-160.

- Wat de FPIM betreft, kan men in artikel 1 van de Wet van 2 april 1962 betreffende de Federale Participatie- en Investeringsmaatschappij en de gewestelijke investeringsmaatschappijen de volgende passage terugvinden (verkorte weergave van de bepaling [...]):

*“§2. De FPIM staat onder de controle van de Minister van Financiën en van de Minister van Economische Zaken. Deze kunnen zich verzetten tegen de uitvoering van elke maatregel die zou indruisen hetzij tegen de wetten en besluiten, de statuten of het beheerscontract, hetzij tegen de prioritaire doeleinden van het financieel beleid van de Staat. Deze **controle** wordt uitgeoefend **door toedoen van twee regeringscommissarissen**.*

Een van de commissarissen wordt voorgedragen door de minister van Financiën, de andere door de minister van Economische Zaken. Zij worden door de Koning benoemd.

De regeringscommissarissen hebben het recht om kennis te nemen van alle beslissingen van de algemene vergadering, van de raad van bestuur en, desgevallend, van het orgaan belast met het dagelijks bestuur, om alle nodige controles uit te voeren en om zich alle daartoe nuttige inlichtingen en stukken te doen verstrekken. Elke regeringscommissaris woont de vergaderingen van de raad van bestuur bij, waarbij hij voorafgaandelijk op de hoogte werd gesteld van de agenda ervan, wanneer hij dit nuttig acht. Elke regeringscommissaris heeft er een raadgevende stem.

Elke regeringscommissaris schorst en brengt zowel de minister van Financiën als de minister van Economische Zaken op de hoogte van elke beslissing van de raad van bestuur die zou indruisen tegen hetzij de wetten en besluiten, de statuten of het beheerscontract, hetzij de prioritaire doeleinden van het financieel beleid van de Staat. Daartoe beschikt elke regeringscommissaris over een termijn van vier vrije dagen; deze termijn gaat in op de dag van de vergadering waarop de beslissing is genomen, voor zover de regeringscommissarissen hiervoor regelmatig werden opgeroepen en, indien dit niet het geval is, vanaf de dag waarop zij kennis hebben gekregen van de beslissing. [...]” (eigen nadruk).

- Wat de LRM en PMV betreft, kan men in artikel 7ter van het Decreet van 7 mei 2004 betreffende de investeringsmaatschappijen van de Vlaamse overheid de volgende passage terugvinden (verkorte weergave van de bepaling [...]):

“§1. De Vlaamse Regering kan bij LRM en PMV een regeringsafgevaardigde aanstellen.

*De **regeringsafgevaardigde houdt van overheidswege toezicht** op de overeenstemming van de verrichtingen en de werking van de investeringsmaatschappij met het recht, de statuten van de investeringsmaatschappij, de samenwerkingsovereenkomst en de beginselen inzake financiële orthodoxie en inzake corporate governance.*

§2. De regeringsafgevaardigde heeft met raadgevende stem zitting in de raad van bestuur en de door de raad van bestuur ingestelde comités.

[...]

§3. *Personeelsleden van de investeringsmaatschappij kunnen aan de regeringsafgevaardigde in vertrouwen hun bezorgdheid uiten over mogelijke onregelmatigheden inzake financiële rapportering of andere aangelegenheden. De regeringsafgevaardigde geeft nimmer de identiteit van het personeelslid vrij.*

De regeringsafgevaardigde gaat de gegrondheid van de melding na. Indien de melding gegrond is, formuleert de regeringsafgevaardigde onverwijld de nodige aanbevelingen aan de raad van bestuur.

§4. *De regeringsafgevaardigde stelt de Vlaamse Regering in kennis van:*

1° elke beslissing van de raad van bestuur of het management die hij strijdig acht met de toezichtsgronden, als bedoeld in § 1, tweede lid;

2° de aanbevelingen die hij aan de raad van bestuur richt op grond van § 3, tweede lid, en het gevolg dat aan deze aanbevelingen wordt gegeven.

Wanneer de Vlaamse Regering op grond van deze inlichtingen meent dat de investeringsmaatschappij de aan haar opgedragen taken kennelijk verwaarloost, kan de Vlaamse Regering de aangelegenheid bepalen waarover de raad van bestuur van de investeringsmaatschappij moet beraadslagen en de termijn bepalen waarbinnen die beraadslaging moet plaatsvinden.

Wordt binnen de gestelde termijn geen beslissing genomen, of stemt de Vlaamse Regering niet in met de genomen beslissing, dan kan zij de nodige voorzieningen treffen. Zij stelt het Vlaams Parlement daarvan onverwijld in kennis.

De nodige voorzieningen als bedoeld in het derde lid kunnen inhouden dat:

1° de Vlaamse Regering zich in de plaats stelt van de investeringsmaatschappij, waarbij zij de regeringsafgevaardigde of een andere persoon met een bijzondere macht kan bekleden;

2° de Vlaamse Regering de beslissingen van de investeringsmaatschappij gedurende een door haar bepaalde en verlengbare termijn afhankelijk maakt van het voorafgaand advies of de voorafgaande instemming van de Vlaamse Regering, de regeringsafgevaardigde, of enige andere instantie.

[...]” (eigen nadruk).

- Wat de SRIW betreft, kan men in artikel 29 van de Wet van 2 april 1962 betreffende de Federale Participatie- en Investeringsmaatschappij en de gewestelijke investeringsmaatschappijen de volgende passage terugvinden (verkorte weergave van de bepaling [...]):

*“§2. Het **toezicht** op de uitvoering van de gedelegeerde opdrachten van de “S.R.I.W.”, zoals toevertrouwd bij decreet of bij besluit van de Regering, en van de in artikel 22 bepaalde gedelegeerde opdrachten **wordt gehouden door twee commissarissen die door de Regering aangesteld** maar ook ontslagen kunnen worden. Deze commissarissen zorgen ervoor dat de in het kader van de gedelegeerde opdrachten van de “S.R.I.W.” en van de in artikel 22 bepaalde gedelegeerde opdrachten genomen maatregelen niet tegenstrijdig zijn met de wetten, de decreten, de besluiten, de statuten of met de contractuele clausules i.v.m. de gedelegeerde opdrachten.*

Zij hebben het recht kennis te nemen van alle beslissingen van de algemene vergadering, van de raad van bestuur en, in voorkomend geval, van het orgaan belast met het dagelijks beheer om over te gaan tot de nodige verificaties en zich alle inlichtingen en documenten die daartoe nodig zijn te doen voorleggen.

Zij hebben het recht de vergaderingen van de raad van bestuur betreffende de uitvoering van de gedelegeerde opdrachten met raadgevende stem bij te wonen.

De Regeringscommissarissen schorsen en melden samen aan de Regering iedere beslissing van de raad van bestuur die de wetten, de decreten, de besluiten, de statuten of de contractuele clausules i.v.m. de gedelegeerde opdrachten niet erkennen. Daartoe beschikken zij over een termijn van vier volle dagen; deze termijn gaat in op de dag van de vergadering tijdens dewelke de beslissing genomen werd voor zover de Regeringscommissarissen er regelmatig op werden uitgenodigd en, in tegenovergesteld geval, vanaf de dag waarop zij er kennis van gekregen hebben.

[...]” (eigen nadruk).

Zogenaamde door de overheid aangeduide regeringscommissarissen of – in de Vlaamse context – regeringsafgevaardigden, die de vergaderingen van het bestuursorgaan mogen bijwonen met een raadgevende stem, blijken juridisch meer dan een vinger aan de pols te hebben wat betreft het reilen en zeilen binnen de FPIM, LRM, PMV en SRIW⁹⁰⁶. Zij hebben krachtens de wet de macht om (alle of bepaalde) beslissingen van het bestuursorgaan van deze maatschappijen (en (alle of bepaalde) beslissingen van de bestuursorganen van de door hen opgerichte dochters⁹⁰⁷) aan een

⁹⁰⁶ Merk op dat de GIMB / *finance&invest.brussels* niet in dit rijtje wordt vermeld, omdat er voor deze publieke investeringsmaatschappij in de wet geen identieke procedure met zogenaamde regeringscommissarissen werd uitgewerkt, waarbij laatstgenoemde beslissingen (van het bestuursorgaan van de investeringsmaatschappij) aan een wettigheids- en opportuiniteitscontrole kunnen onderwerpen. Uit artikel 8 KB 21 oktober 1980 tot oprichting van de Gewestelijke Investeringsmaatschappij voor het Brusselse gewest en tot vaststelling van haar eerste statuten (BS 18 december 1980) blijkt dat *finance&invest.brussels* wel regeringscommissarissen kent, maar hun rol blijkt een stuk beperkter te zijn dan die van de regeringscommissarissen in andere publieke investeringsmaatschappijen: “De twee regeringscommissarissen, aangeduid overeenkomstig de statuten, zullen tot een verschillende taalgroep behoren. Zij kunnen beroep aantekenen bij de Executieve van het Brusselse Gewest zo zij oordelen dat een van beide gemeenschappen van het Brusselse Gewest gediscrimineerd wordt door een beslissing, getroffen door een van de organen van de Gewestelijke investeringsmaatschappij voor het Brusselse Gewest”. Artikel 18 van de laatste gecoördineerde statuten de dato 16 december 2020 omvat in dit verband de volgende passage (verkorte weergave): “Onder de leden van de Raad van toezicht voorgesteld door de eigenaar van de A-aandelen, wordt er een voorgedragen door de minister van Economie namens de Regering. Dit lid is gemachtigd om verslag uit te brengen aan de minister van Economie overeenkomstig de bepalingen van het huishoudelijk reglement. Onder de leden van de raad van toezicht voorgesteld door de eigenaar van de A-aandelen, wordt er een voorgedragen door de minister van Financiën namens de Regering. Dit lid is gemachtigd om verslag uit te brengen aan de minister van Financiën overeenkomstig de bepalingen van het huishoudelijk reglement. De leden van de Raad van toezicht, voorgesteld door respectievelijk de minister van Economie en de minister van Financiën behoren tot een verschillende taalrol”.

⁹⁰⁷ Zie artikel 2ter en artikel 29 Wet 2 april 1962 betreffende de Federale Participatie- en Investeringsmaatschappij en de gewestelijke investeringsmaatschappijen en artikel 7quater Decreet 7 mei 2004 betreffende de investeringsmaatschappijen van de Vlaamse overheid.

wettigheids- en opportuniteitscontrole te onderwerpen⁹⁰⁸, deze beslissingen naar gelang het geval te schorsen, en hen naar de bevoegde overheid door te verwijzen⁹⁰⁹. De overheid kan de beslissingen bevestigen of hen teniet (laten) doen. Zij krijgt met andere woorden het laatste woord over de besluitvorming⁹¹⁰. Dit is een opmerkelijke regeling, en één waarbij duidelijk wordt afgeweken van het gemene vennootschapsrecht zoals opgenomen in het WVV.

B. De overheid als aandeelhouder van “overheidsbedrijven”

174. Overheden nemen in ons land niet alleen deel aan het ondernemingsleven middels hun participaties in publieke investeringsmaatschappijen; zij houden ook aandelen aan in zogenaamde (autonome) overheidsbedrijven, waarvan er een deel gedeeltelijk werd “geprivatiseerd” en naar de beurs werd gebracht.

i. De overheid als aandeelhouder van (klassieke autonome) overheidsbedrijven

175. De federale overheid heeft in het verleden verschillende bedrijven opgericht waaraan ze zogenaamde taken van openbaar nut heeft toevertrouwd. De bedoelde bedrijven hebben weliswaar een belangrijke link met de overheid, maar beschikken over een grote beheersautonomie en hebben van de wetgever het statuut gekregen van autonoom overheidsbedrijf. Het gros van de autonome overheidsbedrijven heeft de rechtsvorm aangenomen van een NV van publiek recht⁹¹¹ en valt onder de toepassing van het WVV, tenzij daarvan wordt afgeweken in de op hen toepasselijke bijzondere wetgeving, *i.e.* de Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige

⁹⁰⁸ Zie hierover in de Vlaamse context ook S. VAN GARSSE en A. VERSCHAVE, “Het Bestuursdecreet en de Vlaamse Overheid – Focus op *Corporate Governance*” in S. VAN GARSSE, S. HENNEAU en D. FRANSEN (eds.), *Het Bestuursdecreet in perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2021, (255) 267.

⁹⁰⁹ De regeringscommissarissen treden hierbij op als lasthebbers (van de minister/regering waaronder zij ressorteren). Cf. M. DE GROOT, *Overheidstoezicht op private rechtspersonen belast met taken van openbare dienst*, Brugge, die Keure, 2018, 322 en de verwijzingen aldaar.

⁹¹⁰ De wettelijke regels zorgen er dus in essentie voor dat de overheid via de door haar aangeduide regeringscommissarissen en -afgevaardigden een extern bestuurlijk toezicht kan uitoefenen op de besluitvorming binnen de FPIM, LRM, PMV en SRIW. Zie hierover ook B. PEETERS, *Het overheidsondernemen. Een kritiek op het tegen ongewilde discontinuïteit beschermde optreden van de overheid*, Antwerpen, Proefschriften UIA-RECH / Universitaire Instelling Antwerpen. Departement Rechten, 1988, 456. Zie tevens S. DE SOMER, “Hoofdstuk IV. ‘Mind the gap!’: besturen op afstand van het politieke gezag door middel van verzelfstandiging” in S. DE SOMER (ed.), *Bestuursorganisatierecht*, Brugge, die Keure, 2020, (157) 171, nr. 261.

⁹¹¹ Het gaat om een naamloze vennootschap die belast is met een taak van algemeen belang. Zie hierover B. DE GROOTE, D. BRULOOT en R. DE CORTE, *Privaatrecht in hoofdlijnen volume 2 (14e editie)*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 41, nr. 94.

economische overheidsbedrijven⁹¹². Worden in laatstgenoemde wet genoemd als autonome overheidsbedrijven met de rechtsvorm van een NV van publiek recht⁹¹³: Proximus, de Post (bpost), de NMBS en Infrabel. Proximus en bpost zijn hierbij een wat vreemde eend in de bijt omdat zij gedeeltelijk werden geprivatiseerd⁹¹⁴.

Voor de NMBS en Infrabel geldt dat zij worden bestuurd door een raad van bestuur en – voor wat het dagelijks bestuur betreft – een directiecomité⁹¹⁵. Hoewel de benoeming van bestuurders in belangrijke mate een politiek gegeven is⁹¹⁶, en de overheid middels haar benoemingen indirect sturing kan geven aan het beleid, worden beide overheidsbedrijven in beginsel autonoom geleid en bestuurd. Vandaar ook hun benaming autonome overheidsbedrijven. Net als bij de eerder besproken publieke investeringsmaatschappijen⁹¹⁷ zijn de woorden “in beginsel” hierbij niet zonder betekenis. Er geldt namelijk ook voor de NMBS en Infrabel een zeer belangrijk *caveat*:

- Wat de NMBS betreft, kan men in artikel 162*nonies* van Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven het volgende lezen (verkorte weergave van de bepaling [...])⁹¹⁸:
“§1. NMBS staat onder de controlebevoegdheid van de minister bevoegd voor de overheidsbedrijven. Deze **controle** gebeurt door bemiddeling van **een Regeringscommissaris**, die wordt benoemd en ontslagen door de Koning op voordracht van de betrokken minister.
De minister bevoegd voor de overheidsbedrijven, kan één plaatsvervanger aanduiden voor het geval de Regeringscommissaris verhinderd zou zijn of om deze laatste bij te staan in zijn opdracht.
De Koning regelt de uitoefening van de opdrachten van de Regeringscommissaris en zijn bezoldiging. Deze bezoldiging is ten laste van NMBS.

⁹¹² Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, BS 27 maart 1991, err. BS 20 juli 1991.

⁹¹³ Naast Proximus, de Post, de NMBS en Infrabel wordt in de Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven ook skeyes (het vroegere Belgocontrol) vermeld als autonoom overheidsbedrijf. Skeyes heeft niet de rechtsvorm van een vennootschap die onder de toepassing valt van het WVV, maar de rechtsvorm van een openbare instelling en wordt hier dan ook verder buiten beschouwing gelaten.

⁹¹⁴ Zie hierover verder randnr. 177.

⁹¹⁵ Zie de artikelen 162*bis*, 162*quater*, 207 en 208 Wet 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.

⁹¹⁶ Zie de artikelen 162*bis* en 207 Wet 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.

⁹¹⁷ Zie randnr. 173 hierboven.

⁹¹⁸ Dit is in wezen een specificering van het algemene artikel 23 Wet 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.

§2. De Regeringscommissaris waakt over de naleving van de wet, van de statuten van NMBS en van het beheerscontract. Hij ziet er op toe dat het beleid van NMBS, inzonderheid wat het beleid bij toepassing van artikel 13 betreft, de uitvoering van de taken van openbare dienst niet in het gedrang brengt.

De Regeringscommissaris brengt verslag uit bij de minister bevoegd voor de overheidsbedrijven. Hij brengt verslag uit aan de minister van Begroting aangaande alle beslissingen van de raad van bestuur, het directiecomité, die een weerslag hebben op de algemene uitgavenbegroting van de Staat.

§3. De Regeringscommissaris wordt uitgenodigd op alle vergaderingen van de raad van bestuur en het directiecomité en heeft er raadgevende stem. Hij kan te allen tijde ter plaatse kennis nemen van de boeken, brieven, notulen en, in het algemeen, van alle documenten en geschriften van NMBS. Hij kan van de leden en van de bestuurders, van de gemachtigden en de personeelsleden van NMBS alle ophelderingen of inlichtingen vorderen en alle verificaties verrichten die hij nodig acht voor de uitvoering van zijn mandaat. NMBS stelt de Regeringscommissaris de menselijke en materiële middelen ter beschikking die nodig zijn voor de uitvoering van zijn mandaat.

§4. De Regeringscommissaris tekent binnen een termijn van vier werkdagen beroep aan bij de bovengenoemde minister tegen elke beslissing die strijdig is met de wet, de statuten, het beheerscontract of waarvan hij oordeelt dat zij nadeel kan berokkenen aan de uitvoering van de opdrachten van openbare dienst van de NMBS.

Deze termijn gaat in op de dag van de vergadering waarop de beslissing is genomen, voor zover de Regeringscommissaris daarop regelmatig was uitgenodigd, en, in het tegenovergestelde geval, op de dag waarop hij de kennisgeving van de beslissing heeft ontvangen. Wanneer een beroep wordt gedaan op de schriftelijke procedure bepaald in artikel 521, tweede lid, van het Wetboek van vennootschappen, begint de termijn te lopen op de dag waarop de Regeringscommissaris kennis heeft genomen van de aldus aangenomen beslissing. Het beroep is opschortend.

De minister kan de betrokken beslissing vernietigen binnen een termijn van veertien dagen ingaand op dezelfde dag als de in het eerste lid bedoelde termijn. Hij betekent de vernietiging aan het betrokken bestuursorgaan. Indien de minister de vernietiging niet heeft uitgesproken binnen voornoemde termijn, wordt de beslissing definitief, onverminderd de bepalingen van het laatste lid.

In geval van weerslag op de algemene uitgavenbegroting van de Staat, vraagt de minister het akkoord van de minister van begroting. Indien deze beide ministers niet tot een akkoord komen binnen de in het vierde lid bedoelde termijn van veertien dagen, wordt over de aangelegenheid beslist binnen een termijn van dertig dagen ingaand op dezelfde dag als de in het eerste lid bedoelde termijn, overeenkomstig de door de Koning vastgestelde procedure.

[...]” (eigen nadruk).

- Wat Infrabel betreft, kan men in artikel 213 van Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven het volgende lezen (verkorte weergave van de bepaling [...])⁹¹⁹:
*“§1. Infrabel is onderworpen aan het toezicht van de minister bevoegd voor de overheidsbedrijven en van de minister bevoegd voor de regulering van het spoorvervoer. Dit **toezicht** wordt uitgeoefend **door tussenkomst van twee Regeringscommissarissen** die worden benoemd en ontslagen door de Koning op voordracht van de betrokken minister.*

Voornoemde ministers kunnen elk een plaatsvervanger aanduiden voor het geval de Regeringscommissaris eventueel verhinderd zou zijn of om deze laatste bij te staan in zijn opdracht.

De Koning regelt de uitoefening van de opdrachten van de Regeringscommissarissen en hun bezoldiging. Deze bezoldiging is ten laste van Infrabel.

§2. De Regeringscommissarissen zien toe op de naleving van de wet, van de statuten en van het beheerscontract. Zij zien er op toe dat het beleid van Infrabel, inzonderheid het beleid met toepassing van artikel 13, de uitvoering van de opdrachten van openbare dienst niet in het gedrang brengt.

Elke Regeringscommissaris brengt verslag uit bij de minister onder wie hij ressorteert. De Regeringscommissarissen brengen verslag uit aan de minister van begroting aangaande alle beslissingen van de raad van bestuur of het directiecomité die een weerslag hebben op de algemene uitgavenbegroting van de Staat.

§3. De Regeringscommissarissen worden uitgenodigd op alle vergaderingen van de raad van bestuur en van het directiecomité en hebben er een raadgevende stem. Zij kunnen te allen tijde individueel ter plaatse kennis nemen van de boeken, brieven, notulen en in het algemeen van alle documenten en geschriften van Infrabel. Zij kunnen ieder individueel van de bestuurders, van de gemachtigden en de personeelsleden van Infrabel en van de leden van haar directiecomité alle ophelderingen of inlichtingen vorderen en alle verificaties verrichten die zij nodig achten voor de uitoefening van hun mandaat.

Infrabel stelt de Regeringscommissarissen de menselijke en materiële middelen ter beschikking die nodig zijn voor de uitoefening van hun mandaat.

§4. Iedere Regeringscommissaris tekent binnen een termijn van vier werkdagen beroep aan bij de minister onder wie hij ressorteert, tegen elke beslissing van de raad van bestuur of van het directiecomité die hij strijdig acht met de wet, de statuten of het beheerscontract of waarvan hij oordeelt dat zij nadeel kan berokkenen aan de uitvoering van de opdrachten van openbare dienst van Infrabel. Iedere Regeringscommissaris kan, binnen dezelfde termijn, beroep aantekenen tegen elke beslissing tot verhoging van de rechten voor het gebruik van de spoorweginfrastructuur. Het beroep is opschortend.

De termijn bedoeld in het eerste lid gaat in op de dag van de vergadering waarop de beslissing is genomen, voor zover de betrokken Regeringscommissaris daarop regelmatig was uitgenodigd en, in het

⁹¹⁹ Dit is in wezen een specificering van het algemene artikel 23 Wet 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.

tegenovergestelde geval, op de dag waarop hij van de beslissing kennis heeft genomen. Wanneer een beroep wordt gedaan op de schriftelijke procedure bepaald in artikel 521, tweede lid, van het Wetboek van vennootschappen, begint de termijn te lopen op de dag waarop de betrokken Regeringscommissaris kennis heeft genomen van de aldus aangenomen beslissing.

De minister bij wie beroep werd aangetekend, kan de betrokken beslissing vernietigen binnen een termijn van veertien dagen ingaand op dezelfde dag als de in het eerste lid bedoelde termijn. De minister betekent de vernietiging aan het betrokken bestuursorgaan. Indien geen van de bevoegde ministers de vernietiging heeft uitgesproken binnen voornoemde termijn, wordt de beslissing definitief, onverminderd de bepalingen van het laatste lid.

In geval van weerslag op de algemene uitgavenbegroting van de Staat, vraagt de minister bij wie beroep werd aangetekend, het akkoord van de minister van begroting. Indien deze beide ministers niet tot een akkoord komen binnen de in het derde lid bedoelde termijn van veertien dagen, wordt over de aangelegenheid beslist binnen een termijn van dertig dagen ingaand op dezelfde dag als de in het eerste lid bedoelde termijn, overeenkomstig de door de Koning vastgestelde procedure.

[...]” (eigen nadruk).

- Verder bepaalt artikel 24 van Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven het volgende:

*“Wanneer de naleving van de wet, van het organiek statuut of van het beheerscontract het eist, **kan de minister onder wie het autonoom overheidsbedrijf ressorteert of de Regeringscommissaris, het bevoegde bestuursorgaan verplichten om, binnen de door hem gestelde termijn, te beraadslagen over iedere door hem bepaalde aangelegenheid**” (eigen nadruk).*

Net als bij de publieke investeringsmaatschappijen zijn er bij de NMBS en Infrabel zogenaamde regeringscommissarissen actief, langs wie de overheid een bestuurlijk toezicht kan uitoefenen op de beslissingen die de bestuursorganen van deze vennootschappen nemen. Zij kunnen de beslissingen van de bestuursorganen schorsen door er een beroep tegen aan te tekenen bij de minister onder wie zij ressorteren⁹²⁰ en laatstgenoemde kan de beslissingen zo nodig vernietigen. De overheid kan ook nog op een andere manier in het bestuur interveniëren, daar de bevoegde minister of de op zijn voordracht aangeduide regeringscommissaris de bestuursorganen kan verplichten over bepaalde aangelegenheden te beraadslagen. Dit is opnieuw een belangrijke afwijking van het gemene vennootschapsrecht zoals opgenomen in het WVV.

⁹²⁰ Zie ook R. TIJS, *Algemeen bestuursrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 119.

176. Naast de NMBS en Infrabel is ook de Nationale Loterij, tevens een overheidsbedrijf en een NV van publiek recht, maar geen autonoom overheidsbedrijf in de zin van de Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, onderworpen aan een extern bestuurlijk toezicht in de vorm van een controle door twee regeringscommissarissen⁹²¹. Regeringscommissarissen komen trouwens niet uitsluitend voor in federale overheidsbedrijven. Ook op gewestelijk en gemeenschapsniveau zijn er diverse “overheidsbedrijven”, veelal in de vorm van NVs van publiek recht, waar het systeem van bestuurlijk toezicht via regeringscommissarissen in de relevante decretale wetgeving is voorzien⁹²². Een voorbeeld is de Vlaamse Radio- en Televisieomroeporganisatie (VRT), een NV van publiek recht, waar een gemeenschapsafgevaardigde een beroep kan instellen bij de Vlaamse regering tegen elke beslissing van de raad van bestuur waarvan hij meent dat ze niet strookt met de wetten, decreten, besluiten of de beheersovereenkomst⁹²³. Een ander voorbeeld is de Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel (BAM), eveneens een NV van publiek recht, waar twee door de Vlaamse regering aangeduide commissarissen er op toezien dat de opdrachten van de BAM (door de raad van bestuur) worden uitgevoerd conform de wetten, decreten, hun uitvoeringsbesluiten, de statuten en het algemeen belang⁹²⁴. Dit zijn andermaal belangrijke afwijkingen van het gemene vennootschapsrecht zoals opgenomen in het WVV.

- ii. De overheid als (referentie)aandeelhouder van “geprivatiseerde” en naar de beurs gebrachte autonome overheidsbedrijven

177. Enkele autonome overheidsbedrijven op federaal niveau – het gaat dan in het bijzonder om Proximus en bpost – werden enkele jaren geleden gedeeltelijk “geprivatiseerd” en naar de beurs gebracht. De federale overheid beschikte in deze overheidsbedrijven aanvankelijk over dezelfde “interventierechten” (met tussenkomst van regeringscommissarissen) als waarover zij in

⁹²¹ Zie artikel 18 Wet 19 april 2002 tot rationalisering van de werking en het beheer van de Nationale Loterij, *BS* 4 mei 2002.

⁹²² Op het niveau van het Waals Gewest kan in dit verband worden verwezen naar het Decreet van 12 februari 2004 betreffende de regeringscommissarissen (*BS* 22 maart 2004).

⁹²³ Zie artikel 30 Decreet 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie, *BS* 30 april 2009 (ed. 1).

⁹²⁴ Artikel 23 Decreet houdende de oprichting van de naamloze vennootschap van publiek recht Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel (BAM), *BS* 19 februari 2003.

voornoemde autonome overheidsbedrijven beschikt⁹²⁵, maar deze werden voor Proximus en bpost, beiden NVs van publiek recht, met ingang van 12 januari 2016 buiten toepassing verklaard⁹²⁶. De overheid heeft sedertdien niet langer het laatste woord over de besluitvorming binnen de bestuursorganen van deze vennootschappen. Zij kan ten aanzien van het bestuur enkel nog de rechten uitoefenen die zij op grond van het WVV (en de statuten) heeft als controlerende aandeelhouder.

C. De overheid als aandeelhouder van (zuiver) private vennootschappen

178. De federale, gewestelijke, gemeenschaps- en lokale overheden in ons land zijn niet enkel aandeelhouder van vennootschappen die ze zelf hebben opgericht om taken van openbaar nut te vervullen en waarvoor er in bijzondere wetgeving specifieke regels werden uitgewerkt. Zij houden ook aandelen aan in zuiver private vennootschappen die volledig onder de toepassing van het WVV vallen⁹²⁷. Wat deze vennootschappen betreft, is het uitgangspunt dat de overheid als aandeelhouder dezelfde rechtspositie heeft als een private aandeelhouder. Zij kan haar wettelijke rechten – en, haar gebeurlijk in een aandeelhoudersovereenkomst en/of de statuten opgenomen contractuele rechten – als aandeelhouder uitoefenen, maar zij mag zich niet inlaten met het bestuur. Doet zij dat wel, dan loopt zij het risico om als feitelijke bestuurder te worden aangemerkt⁹²⁸.

179. Een verdere analyse wijst uit dat er ook bij overheidsparticipatie in private vennootschappen met twee woorden moet worden gesproken. Het is namelijk perfect mogelijk dat een overheid onrechtstreeks in een ogenschijnlijk “zuiver” private vennootschap participeert middels een publiekrechtelijke rechtspersoon die onder haar controle staat. Volgens het Grondwettelijk Hof – dat zich op 16 januari 2020 uitsprak over de grondwettigheid van een reeks

⁹²⁵ Zie randnr. 175 hierboven.

⁹²⁶ Zie artikel 11 *juncto* artikel 20 Wet 16 december 2015 tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven (*BS* 12 januari 2016) en artikel 54/6 Wet 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.

⁹²⁷ Zie voor een globaal, maar wel deels gedateerd beeld: H. SPINNEWYN, “Overheidsparticipaties in de marktsector in België”, Federaal Planbureau, februari 2000, elektronisch beschikbaar via <https://www.plan.be/uploaded/documents/200605091448064.PP087nl.pdf>.

⁹²⁸ Zie randnrs. 163 en 164 hierboven.

bepalingen van een decreet van het Waalse Gewest van 29 maart 2018⁹²⁹, aangenomen in de nasleep van de befaamde Publifin-affaire – mag men ervan uitgaan dat “*een privaatrechtelijke vennootschap waarvan het kapitaal, rechtstreeks of onrechtstreeks, voor meer dan 50 % uit overheidsgelden bestaat, een emanatie is van de publiekrechtelijke rechtspersonen waaruit zij bestaat, en dat zij in die hoedanigheid kan worden onderworpen aan controles vanwege de openbare overheden*”⁹³⁰. Ook ogenschijnlijk “zuiver” private vennootschappen die de regels volgen van het WVV kunnen dus onder extern bestuurlijk toezicht staan.

In het Waalse Gewest bestaat er sinds voormeld decreet van 29 maart 2018 een regeling waarbij een bijzondere commissaris (“*un commissaire spécial*”) kan worden aangewezen door de toezichthoudende overheid, en dit niet enkel in een publiekrechtelijke rechtspersoon, maar ook in een privaatrechtelijke vennootschap die rechtstreeks of onrechtstreeks voor meer dan 50% in handen is van de overheid⁹³¹. Die bijzondere commissaris kan o.m. worden gemachtigd om in de plaats te treden van de organen van de vennootschap. Deze vorm van controle, ingegeven vanuit “het algemeen belang”, gaat erg ver en wijkt af van wat normaal gesproken mogelijk is volgens de in het WVV opgenomen regels.

III. VASTSTELLING: DE OVERHEID KAN VIA REGERINGSCOMMISSARISSEN EEN SIGNIFICANTE INVLOED UITOEFENEN OP HET BESTUUR EN BELEID VAN “HAAR” VENNOOTSCHAPPEN, MAAR VERWERFT DAARDOOR NIET DE HOEDANIGHEID VAN FEITELIJKE BESTUURDER

180. Het mag duidelijk zijn dat de overheid via het regime van de regeringscommissarissen en bepaalde wettelijke (interventie)rechten een grote invloed kan uitoefenen op het bestuur en beleid

⁹²⁹ Decreet 29 maart 2018 tot wijziging van het Wetboek van de Plaatselijke Democratie en de Decentralisering met het oog op een sterker bestuur en een sterkere transparantie in de uitvoering van de openbare mandaten in de lokale en bovenlokale structuren en hun filialen, BS 14 mei 2018.

⁹³⁰ GwH 16 januari 2020, nr. 9/2020, BS 24 februari 2020 (uittreksel), 10522 (overweging B.30.1).

⁹³¹ Zie artikel L3116-1 (*juncto* artikel L3111-1, §1, 8° *juncto* artikel L5111-1, lid 1, 10°) Code de la démocratie locale et de la décentralisation: “*L'autorité de tutelle peut, par arrêté, désigner un commissaire spécial lorsqu'une personne morale de droit public ou un organisme visé à l'article L3111-1, § 1er, lèse l'intérêt général, reste en défaut de fournir les renseignements et éléments demandés, ou de mettre en exécution les mesures prescrites par les lois, décrets, arrêtés, règlements ou statuts ou par une décision de justice coulée en force de chose jugée. Le commissaire spécial est habilité à prendre toutes les mesures nécessaires en lieu et place de l'autorité défaillante, dans les limites du mandat qui lui a été donné par l'arrêté qui le désigne*”.

van publieke holdings en investeringsmaatschappijen, (autonome) overheidsbedrijven en bepaalde private vennootschappen met een significante overheidsparticipatie. Men kan zich afvragen of die invloed van haar in bepaalde omstandigheden geen feitelijke bestuurder zou kunnen maken. Is de overheid in bepaalde gevallen niet degene die beslist of een bepaalde verrichting al dan niet mag worden uitgevoerd? Kan men in die gevallen niet zeggen dat zij in alle onafhankelijkheid en soevereiniteit positieve daden van bestuur stelt of heeft gesteld? Wellicht wel. Moet zij zich hierover dan geen zorgen maken in het licht van de aansprakelijkheden die op een feitelijke bestuurder rusten? Het korte antwoord luidt dat zij zich eigenlijk niet al te veel zorgen hoeft te maken. De overheid bevindt zich in voornoemde vennootschappen in een bijzondere positie ingevolge de erop van toepassing zijnde publiekrechtelijke regelgeving. Wanneer zij in (het bestuur van) “haar” vennootschappen intervenueert, dan treedt zij niet louter feitelijk op, maar op basis van specifieke publiekrechtelijke bepalingen. Het bestaan van die publiekrechtelijke bepalingen, sluit in hare hoofde een kwalificatie als feitelijke bestuurder uit⁹³².

Is de overheid aandeelhouder van een private vennootschap die onder de toepassing van het WVV valt en intervenueert zij in het bestuur ervan zonder dat daarvoor een rechtsgeldige basis bestaat in een (publiekrechtelijke) wettelijke bepaling, dan kan zij – mits de voorwaarden voor dergelijke kwalificatie vervuld zijn – wel de hoedanigheid van feitelijke bestuurder toegemeten krijgen⁹³³.

181. Het valt in deze context op te merken dat de overheid zichzelf als aandeelhouder van een private vennootschap niet zomaar om het even welke rechten kan toekennen. Zij zal steeds de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie inzake zogenaamde “gouden aandelen” indachtig moeten houden. Gouden aandelen kunnen worden omschreven als door overheden aangehouden aandelen in, al dan niet recentelijk, geprivatiseerde vennootschappen die hen een geprivilegieerde positie verschaffen die andere, zuiver private, aandeelhouders niet kunnen verkrijgen⁹³⁴. Worden

⁹³² Cf. randnr. 100 hierboven.

⁹³³ Cf. in Frankrijk: J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétair*e 2019, afl. 166, (3) 7, nr. 169 : “le dirigeant de fait est, bien souvent, une personne privée mais il arrive également que la qualification soit attribuée à une personne publique”. Zie ook P. CANNU en D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, Éditions Dalloz, 2020, 66-67, nr. 84.

⁹³⁴ Cf. J.N. SCHUTTE-VEENSTRA, “Gouden aandeel Volkswagen in strijd met art. 56 EG” (noot onder H.v.J. 23 oktober 2007), *Ondernemingsrecht* 2007, (642) 645; R. HOUBEN, “Noot onder HvJ 23 oktober 2007”, *RW* 2008-09, (1363)1363.

met gouden aandelen gelijkgeschakeld: de bijzondere zeggenschapsrechten die overheden zichzelf in geprivatiseerde vennootschappen toekennen, ook al bezitten zij niet langer aandelen van die vennootschappen⁹³⁵. Gouden aandelen beperken de invloed die buitenlandse investeerders kunnen uitoefenen en worden daarom geacht een impact te hebben op hun investeringsbereidheid⁹³⁶. Het Europees Hof van Justitie bekijkt ze met argusogen in het licht van de Europese verdragsvrijheden en in het bijzonder het vrij verkeer van kapitaal⁹³⁷. Gouden aandelen worden geacht strijdig te zijn met het vrij verkeer van kapitaal (artikel 63 VWEU (oud artikel 56 EG-Verdrag)), tenzij ze kunnen worden gerechtvaardigd vanuit dwingende redenen van algemeen belang, of op grond van artikel 65 VWEU (oud artikel 58 EG-Verdrag)⁹³⁸.

AFDELING 5. HET PETJE VAN DE ZAAKWAARNEMER: KAN HET REGIME VAN DE ZAAKWAARNEMING EEN REDDINGSBOEI ZIJN VOOR WIE ALS BEWEERDELIJKE FEITELIJKE BESTUURDER WORDT AANGESPROKEN?

182. Een interessant vraagstuk om dit tweede hoofdstuk mee af te sluiten, is of een persoon die feitelijk in het bestuur van een rechtspersoon tussenkomt of is tussengekomen, in zijn relatie ten aanzien van de rechtspersoon in bepaalde omstandigheden niet gewoon het petje van een zaakwaarnemer zou kunnen opzetten. Is wat hij doet soms niet gewoon het vrijwillig waarnemen van andermans zaak, totdat de meester van de zaak in staat is daar zelf in te voorzien⁹³⁹? Zo ja, heeft dit dan niet tot gevolg dat het regime van de zaakwaarneming (opgenomen in de artikelen 5.128-5.132 BW (de artikelen 1372-1375 oud BW)) op hem van toepassing is, en niet het regime inzake feitelijk bestuur⁹⁴⁰? Of dient men te besluiten dat het feit dat iemand zich feitelijk in de

⁹³⁵ S. GRUNDMANN en F. MÖSLEIN, “Golden shares – state control in privatised companies: comparative law, European law and policy aspects”, *Euredia* 2001, (623) 624.

⁹³⁶ Zie ook M. DE GROOT, *Overheidstoezicht op private rechtspersonen belast met taken van openbare dienst*, Brugge, die Keure, 2018, 488.

⁹³⁷ Zie bv. HvJ 4 juni 2002, nr. C-503/99, *Commissie van de Europese Gemeenschappen/Koninkrijk België*, ECLI:EU:C:2002:328; HvJ 28 december 2006, gevoegde zaken nrs. C-282/04 en C-283/04, *Commissie van de Europese Gemeenschappen/Koninkrijk der Nederlanden*, ECLI:EU:C:2006:608; HvJ 23 oktober 2007, nr. C-112/05, *Commissie van de Europese Gemeenschappen/Bondsrepubliek Duitsland*, ECLI:EU:C:2007:623 en HvJ 26 maart 2009, nr. C-326/07, *Commissie van de Europese Gemeenschappen/Italiaanse Republiek*, ECLI:EU:C:2009:193.

⁹³⁸ R. HOUBEN, “Noot onder HvJ 23 oktober 2007, *RW* 2008-09 (1363) 1364.

⁹³⁹ Cf. S. VAN CROMBRUGGE, *De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1984, 266.

⁹⁴⁰ Volgens artikel 5.128 BW is er zaakwaarneming wanneer een persoon, zonder daartoe verplicht te zijn, op vrijwillige en nuttige wijze andermans zaak waarneemt zonder dat verzet van de meester van de zaak redelijk

zaken van de rechtspersoon heeft gemengd per definitie onrechtmatig is, en dat het regime van de zaakwaarneming in dergelijk geval nooit toepassing kan vinden⁹⁴¹? Deze problematiek blijkt in de Belgisch rechtsleer tot nog toe niet grondig te zijn onderzocht. Slechts één auteur heeft het in een bijdrage over het wettelijke regime inzake feitelijk bestuur, zoals voorzien in het oude artikel 63^{ter} Venn.W. (thans artikel XX.225 WER) met zoveel woorden over de zaakwaarneming. VAN CROMBRUGGE geeft aan dat men in de wettelijke gelijkstelling tussen feitelijke bestuurders en regelmatig benoemde bestuurders in het oude artikel 63^{ter} Venn.W., een analogische toepassing zou kunnen zien van de leer van de zaakwaarneming, althans in de verhouding tegenover de vennootschap⁹⁴². Hij stelt: “*Het is een analogische toepassing omdat zuivere zaakwaarneming een noodtoestand vooropstelt. Wanneer een vennootschap over regelmatig benoemde bestuurders beschikt, kan moeilijk worden gesproken van een noodtoestand. Niettemin is het een algemeen principe dat hij die vrijwillig het initiatief neemt om andermans zaken te behartigen, die zaken naderhand niet op hun beloop mag laten; hij heeft zich duidelijk door eenzijdige wilsuïting verbonden*”⁹⁴³. VAN CROMBRUGGE lijkt tussen de regels door aan te geven dat wie (op grond van de “klassieke” voorwaarden inzake feitelijk bestuur⁹⁴⁴) kan worden aangemerkt als een feitelijke bestuurder geen zaakwaarnemer (meer) kan zijn. Klopt dit, of kan wie feitelijk in het bestuur van een rechtspersoon is tussengekomen en het label van een feitelijke bestuurder zou kunnen krijgen uitzonderlijk toch de kaart van de zaakwaarneming trekken? Een meer kritische

voorzienbaar is. Zie in dezelfde zin onder gelding van de artikelen 1372-1375 oud BW: R. KRUIHOF, “Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen”, *TPR* 1983, (495) 654, nr. 147; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, “Hoofdstuk X. De rechtsfeiten” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (675) 676, nr. 855 en 684, nr. 870). Andermans belangen kunnen de belangen zijn van een natuurlijke persoon, maar ook van een rechtspersoon (zie ook T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, “Hoofdstuk X. De rechtsfeiten” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (675) 678, nr. 859).

⁹⁴¹ Een essentiële voorwaarde om van zaakwaarneming te kunnen spreken is het inzicht of de wil om belangeloos (altruïstisch) andermans belangen te behartigen. Zie T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, “Hoofdstuk X. De rechtsfeiten” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (675) 676, nr. 856.

⁹⁴² S. VAN CROMBRUGGE, *De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1984, 266.

⁹⁴³ S. VAN CROMBRUGGE, *De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1984, 266, vn. 1 met o.m. verwijzing naar H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Bruxelles, Bruylant, 1964, 1138-1139.

⁹⁴⁴ S. VAN CROMBRUGGE, *De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1984, 266-267.

analyse dringt zich op.

VAN CROMBRUGGE stelt dat een zuivere zaakwaarneming een noodtoestand vooropstelt. Deze stelling kon in het verleden misschien worden verdedigd⁹⁴⁵, maar gaat naar huidig recht niet meer op. Luidens artikel 5.128 BW kan er al van een zaakwaarneming worden gesproken wanneer men op een vrijwillige en nuttige wijze andermans zaak waarneemt. Aldus bekeken, lijkt een toepassing van het regime van de zaakwaarneming op de feitelijk in het bestuur tussengekomen persoon *a priori* al een stuk minder onwaarschijnlijk.

De bewering dat wanneer een vennootschap over regelmatig benoemde bestuurders beschikt, nog moeilijk kan worden gesproken van een noodtoestand is uiteraard juist. Echter, een feitelijke inmenging in de zaken van een rechtspersoon kan ook aan de orde zijn wanneer er geen regelmatig benoemde bestuurders (meer) zijn. Kan men het bestaan van een zuivere zaakwaarneming in deze hypothese zomaar *a priori* uitsluiten?

183. Een vergelijking met het Franse recht, dat een gelijklopend regime inzake zaakwaarneming kent (de artikelen 1301 – 1301-5 van de *Code civil*⁹⁴⁶), levert in dit verband enkele interessante

⁹⁴⁵ De stelling dat er voor een zaakwaarneming een noodtoestand vereist was, vond maar steun in een beperkt deel van de rechtspraak (zie bv. Brussel 12 november 2013, *RW* 2013-14, 1383 en *Res Jur.Imm.* 2014, 229; Rb. Brussel 22 november 2002, *T.Not.* 2003, 360) en de rechtsleer (zie o.m. J. ROODHOOFT, “De quasi-contracten” in J. ROODHOOFT (ed.), *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, losbl., (II.5-1) II.5-16; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 1069; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 282). Een ander – en minstens even belangrijk – deel van de rechtspraak (zie bv. Luik 3 april 1979, *RGAR* 1980, nr. 10.195, noot F. GLANSDORFF, *JT* 1979, 555 en *Pas.* 1979, II, 88; Rb. Tongeren 5 september 1990, *TBBR* 1991, 405 en *RW* 1992, 926, err. *RW* 1992, 1072) en de rechtsleer (C. CAUFFMAN, “De tussenkomst van een takelfirma op vraag van de politie: een toepassingsgeval van de zaakwaarneming?” (noot onder Vred. Zelzate 9 december 2004), *TBBR* 2005, (531) 533; P. WÉRY, “Le caractère ‘volontaire’ de la gestion d’affaires et des quasi-contrats” (noot onder Cass. 6 januari 2005), *RCJB* 2007, (181) 190-193; I. SAMOY, “Zaakwaarneming: de rol en de gevolgen van vertegenwoordiging”, *TBBR* 2007, (3) 4; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Boek 1bis, Brugge, die Keure, 2013, 8; E. MONTERO, A. DELEU en A. PUTZ, “Les quasi-contrats” in P. JADOUL en Y. NINANE (eds.), *Obligations, Traité théorique et pratique*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2016, losbl., (II.4.1-1) II.4.1-8) meende dat het volstond dat de behartiging van andermans belangen *nuttig* was geweest om van een zuivere zaakwaarneming te kunnen spreken. Het werd daarin bijgetreden door het Hof van Cassatie dat in een arrest van 12 november 1998 overwoog dat “*het voordeel van zaakwaarneming, in de zin van de artikelen 1372-1375 [oud] BW, aan eenieder kan worden toegekend die in het belang van een derde is opgetreden, wanneer zijn optreden voor laatstgenoemde op de tijdstip nuttig kan zijn*” (eigen nadruk). Zie Cass. 12 november 1998, *Arr.Cass.* 1998, 1048, *Bull.* 1998, 1127, *T.Verz.* 1999, 208, noot C. BELLEMANS, *T.Verz.* 2000, 229 en *Verkeersrecht* 1999, 152. Zie voor een andere interpretatie: P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 1070.

⁹⁴⁶ De oude artikelen 1372-1375 van de Franse *Code civil* werden in 2016 de artikelen 1301 – 1301-5 *Code civil*.

inzichten op. Onze zuiderburen nemen aan dat de algemene in de *Code civil* opgenomen regels inzake de zaakwaarneming in bepaalde omstandigheden effectief toepassing kunnen vinden op een persoon die de hoedanigheid van feitelijke bestuurder (“*dirigeant de fait*”) toegemeten zou kunnen krijgen⁹⁴⁷. De kwalificaties van “feitelijke bestuurder” en “zaakwaarnemer” kunnen volgens hen perfect worden gecombineerd, maar het is niet omdat een combinatie op papier mogelijk is dat een feitelijk in het bestuur van de rechtspersoon tussengekomen persoon ook altijd als een zaakwaarnemer zal kunnen worden aangemerkt. Hij zal deze hoedanigheid slechts toegeschreven kunnen krijgen wanneer alle voorwaarden inzake zaakwaarneming vervuld zijn. Dit betekent volgens de Franse auteurs HEINICH, WATRIN, AYACHE en ZAGDOUN onder meer dat⁹⁴⁸:

- de rechtspersoon zich (bij monde van zijn formeel benoemde bestuurders) niet tegen de behartiging van zijn belangen mag hebben verzet⁹⁴⁹; en
- de door de feitelijk in het bestuur tussengekomen persoon verrichte handelingen⁹⁵⁰ nuttig moeten zijn geweest voor de rechtspersoon op het ogenblik waarop ze werden verricht⁹⁵¹. Een buitensporige inmenging in de zaken van de rechtspersoon onder de noemer of het

⁹⁴⁷ Zie J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2019, afl. 166, (3) 15, nr. 56; M. COZIAN, A. VIANDIER en F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Paris, LexisNexis, 2019, 167, nr. 408. Zie voor een bevestiging in de Franse cassatierechtspraak: Cass. (1^e civ.) fr. 3 februari 2011, nr. 10-30.093, *JurisData* nr. 2011-001092, *Bull. Joly Sociétés* 2011, 400, noot B. DONDERO, *Dr. sociétés* 2011, afl. 66, obs. H. HOVASSE en *Rev. sociétés* 2011, 637, noot V. THOMAS. Het Hof van Cassatie overwoog in dit arrest: “*Alors qu’en refusant de faire application de la gestion d’affaires, ce fondement supposant une intervention spontanée du gérant qui est incompatible avec l’existence d’un mandat, après avoir constaté que la preuve d’un mandat n’était pas rapportée, la cour d’appel a violé l’article 1372 du code civil*”.

⁹⁴⁸ J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2019, afl. 166, (3) 16, nr. 57.

⁹⁴⁹ Zie artikel 1301 van de Franse *Code civil*: “*Celui qui, sans y être tenu, gère sciemment et utilement l’affaire d’autrui, à l’insu ou sans opposition du maître de cette affaire, est soumis, dans l’accomplissement des actes juridiques et matériels de sa gestion, à toutes les obligations d’un mandataire*” (eigen nadruk). Zie ook J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2019, afl. 166, (3) 16, nr. 57: “*si le dirigeant de droit refuse son intervention, il va de soi que le gestion d’affaires sera exclue*”.

⁹⁵⁰ Het kan zowel gaan om daden van beheer als daden van beschikking; beiden kunnen onder de noemer zaakwaarneming worden verricht.

⁹⁵¹ Zie opnieuw artikel 1301 van de Franse *Code civil*: “*Celui qui, sans y être tenu, gère sciemment et utilement l’affaire d’autrui, à l’insu ou sans opposition du maître de cette affaire, est soumis, dans l’accomplissement des actes juridiques et matériels de sa gestion, à toutes les obligations d’un mandataire*” (eigen nadruk).

mom van zaakwaarneming zou in die optiek uitgesloten moeten zijn⁹⁵².

Het feit dat de feitelijk in het bestuur tussengekomen persoon met zijn tussenkomst niet enkel het belang van de rechtspersoon diende, maar ook zijn eigen belang, zou een toepassing van de regels inzake zaakwaarneming niet uitsluiten⁹⁵³.

184. Een beroep op het regime van de zaakwaarneming zou volgens HEINICH, WATRIN, AYACHE en ZAGDOUN zinvol kunnen zijn wanneer er geen formeel benoemde bestuurders in de vennootschap actief zijn, hetzij omdat zij er gewoonweg niet zijn (bv. omdat het bestuur na ontslag of afzetting zonder onmiddellijke vervanging van de bestuurders vacant is), hetzij omdat zij passief zijn en zich totaal niet met de zaken van de vennootschap bezig houden⁹⁵⁴. Zij merken op: *“Les actes qui pourrait être accomplis à ce titre seraient cependant limités, ce qui exclut une direction de fait trop large et trop longue. Non seulement seuls les actes utiles à la société au moment de leur réalisation pourraient entrer dans le cadre de la gestion d'affaires, mais encore certains types d'actes devraient être exclus. Si des actes d'administration ou de disposition peuvent sans doute être accomplis, en revanche la jurisprudence⁹⁵⁵ a exclu qu'une action en justice puisse être intentée par un dirigeant de fait”*⁹⁵⁶.

185. Een en ander komt naar Belgisch recht erg bekend voor. Zo geldt ook bij ons dat:

- de vereiste om belangeloos andermans belangen te behartigen niet uitsluit dat de zaakwaarnemer tegelijk ook zijn eigen belangen dient⁹⁵⁷;
- het verzet van de belanghebbende zaakwaarneming in de regel uitsluit⁹⁵⁸; en

⁹⁵² Zie P. MALAURIE, L. AYNES en P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations* (8^e éd.), Paris, LGDJ, 2016, nrs. 1021 en 1030.

⁹⁵³ J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2019, afl. 166, (3) 16, nr. 57.

⁹⁵⁴ J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2019, afl. 166, (3) 16, nr. 58.

⁹⁵⁵ Cass. (com.) fr. 12 januari 1993, nr. 91-14.970, *RJF* 4/93, nr. 554.

⁹⁵⁶ J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2019, afl. 166, (3) 16, nr. 58.

⁹⁵⁷ L. VAEL, “Altruïsme tot recht gekomen”, *TPR* 1999, (79) 90.

⁹⁵⁸ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, “Hoofdstuk X. De rechtsfeiten” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (675) 679, nr. 860.

- een tussenkomst nuttig moet zijn geweest voor de belanghebbende om binnen de toepassingsfeer van de zaakwaarneming te vallen⁹⁵⁹.

Dit alles in overweging nemend, valt moeilijk in te zien waarom een feitelijk in het bestuur van een rechtspersoon tussengekomen persoon in zijn relatie ten aanzien van de rechtspersoon-belanghebbende ook in België in bepaalde gevallen niet als een zaakwaarnemer zou kunnen worden beschouwd. De conclusie luidt dat hij ook bij ons deze hoedanigheid kan hebben.

186. Waarom is het als feitelijk in het bestuur tussengekomen persoon zinvol om het petje van zaakwaarnemer te kunnen opzetten? Omdat de zaakwaarneming als rechtsfeit in hoofde van de rechtspersoon-belanghebbende een aantal juridische verplichtingen schept⁹⁶⁰. Ten eerste moet de rechtspersoon-belanghebbende wier belangen op een behoorlijke wijze werden waargenomen alle nuttige en noodzakelijke uitgaven vergoeden⁹⁶¹. Ten tweede moet de rechtspersoon-belanghebbende de verbintenissen nakomen die in zijn naam door de zaakwaarnemer werden aangegaan⁹⁶². Tot slot is de rechtspersoon-belanghebbende verplicht om de zaakwaarnemer schadeloos stellen voor alle persoonlijke verbintenissen die hij op zich heeft genomen⁹⁶³. Een feitelijk in het bestuur tussengekomen persoon vindt in het regime van de zaakwaarneming dus een belangrijke reddingsboei wanneer hij door de rechtspersoon als feitelijke bestuurder zou worden aangesproken.

Het mag meteen duidelijk zijn dat het merendeel van de personen die feitelijk in het bestuur van een rechtspersoon tussenkomen nooit van deze reddingsboei gebruik zullen kunnen maken, omdat zij veel meer doen dan nuttig of nodig voor de rechtspersoon, en niet handelen uit altruïsme, maar in hun eigen belang. Zij zijn geen zaakwaarnemers, maar feitelijke bestuurders *pur sang*, die de formele regels van het vennootschaps- en verenigingsrecht miskennen, en dus quasi-automatisch

⁹⁵⁹ Zie randnr. 182 hierboven.

⁹⁶⁰ Zie ook T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, “Hoofdstuk X. De rechtsfeiten” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (675) 689-693.

⁹⁶¹ Artikel 5.132, lid 3 BW.

⁹⁶² Artikel 5.132, lid 1 BW.

⁹⁶³ Artikel 5.132, lid 2 BW.

onnuttig of onnodig – in termen van zaakwaarneming – optreden. Voor hen werden de wettelijke regels inzake feitelijk bestuur in het leven geroepen.

HOOFDSTUK 3

BREAKING IT DOWN:

DE TOEPASSING VAN HET WVV OP DE FEITELIJKE BESTUURDER

AFDELING 1. INLEIDING

187. Om een antwoord te kunnen bieden op de vraag wat de draagwijdte is van de normering rond de figuur van de feitelijke bestuurder in het WVV, is het van belang om alle finesses van die normering goed te begrijpen. In de vorige hoofdstukken was er voor die finesses maar weinig aandacht. In dit hoofdstuk wordt de WVV-normering op een meer gedetailleerde wijze ontleed. Dat gebeurt structureel als volgt. Eerst wordt het artikel 2:56 WVV, waarin de feitelijke bestuurder uitdrukkelijk wordt geïdëntificeerd, zorgvuldig geanalyseerd. Vervolgens wordt onderzocht of daarmee samenhangende bepalingen die uitsluitend voor bestuurders *de jure* lijken te zijn geschreven, ook voor hem effecten sorteren.

De bedoeling van het onderzoek in dit hoofdstuk is niet om een theoretisch overzicht te geven van de vigerende regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid in het WVV, maar wel om die regels op een kritische wijze onder de loep te nemen. De focus ligt daarbij logischerwijze op de positie van de feitelijke bestuurder.

AFDELING 2. DE FEITELIJKE BESTUURDER IN HET WVV

I. DE SITUATIE VÓÓR HET WVV

188. Een feitelijke bestuurder kan sedert 1 mei 2019 aansprakelijkheid oplopen onder de basiswetgeving inzake vennootschappen en verenigingen. Dat kon in het verleden in beginsel niet. De situatie vóór het WVV zag er op het vlak van normering dan ook helemaal anders uit. Een analyse van de relevante rechtsleer leert dat er onder gelding van het oude W.Venn. twee strekkingen met betrekking tot de aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder werden gehuldigd. Elk van die strekkingen kende ook toepassingen in de rechtspraak.

A. De klassieke strekking: feitelijke bestuurders kunnen op precies dezelfde gronden aansprakelijk worden gesteld als formeel benoemde bestuurders

189. Een eerste strekking zag het levenslicht in de jaren '60 van de vorige eeuw, toen er in onze vennootschapswetgeving nog geen uitdrukkelijke gelijkstelling tussen feitelijke bestuurders en formeel benoemde bestuurders was opgenomen. Zij hield voor dat feitelijke bestuurders volgens precies dezelfde aansprakelijkheidsregels konden worden aangesproken als personen die formeel tot bestuurder waren benoemd⁹⁶⁴. Auteurs die deze strekking aanhingen, meenden dat het Hof van Cassatie in de jaren '60 in twee arresten⁹⁶⁵ had aangegeven dat feitelijke bestuurders net als formeel benoemde bestuurders aansprakelijk waren⁹⁶⁶. Eigenaardig genoeg handelden die arresten niet over de vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheid van feitelijke bestuurders onder de op dat ogenblik geldende Venn.W., maar over hun strafrechtelijke aansprakelijkheid.

In een eerste arrest van 11 december 1961 oordeelde het Hof: “*Attendu qu’aux termes des articles 62 et 80 des lois coordonnées susdites, le bilan et le compte de profits et pertes des sociétés anonymes doivent être publiés par les soins des administrateurs; Attendu que l’article 201, 4°, desdites lois*⁹⁶⁷, *disposition qui sanctionne le défaut de publication, est d’interprétation restrictive et ne peut être, dès lors, appliqué aux membres d’un comité de direction, à moins de constater qu’ils ont en outre la qualité d’administrateur ou*

⁹⁶⁴ J. RONSE en J. LIEVENS, “De doorbraakproblematiek” in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 158; L. CORNELIS, “De aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in groepsverband” in H. BIRON en C. DAUW (eds.), *Aspecten van Ondernemingsgroepen*, Antwerpen, Kluwer, 1989, (109) 166; H. DE WULF en I. DE POORTER, “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen” in VLAAMSE CONFERENTIE DER BALIE VAN GENT (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, (195) 202; Y. DE CORDT en M.-A. DELVAUX, “Chapitre 1. La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier” in Y. DE CORDT en D. PHILIPPE (eds.), *La responsabilité des dirigeants de personnes morales*, Brussel, die Keure, 2007, (1) 12; S. DE GEYTER, “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, (888) 889, nr. 4.

⁹⁶⁵ Zie Cass. 11 december 1961, *Pas.* 1962, I, 445; Cass. 2 december 1963, *Pas.* 1964, I, 346, *RPS* 1965, 13 en *JDSC* 1999 (verkort), 223, noot M.-A. DELVAUX.

⁹⁶⁶ J. VAN RYN en P. VAN OMMESLAGHE, “Examen de jurisprudence (1966-1971). Les sociétés commerciales”, *RCJB* 1973, (315) 405, nr. 42; J. RONSE, K. VAN HULLE, J.-M. NELISSEN en B. VAN BRUYSTEGEM, “Overzicht van rechtspraak (1968-1977). Vennootschappen”, *TPR* 1978, (681) 827, nr. 208; J. RONSE en J. LIEVENS, “De doorbraakproblematiek” in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 158, nr. 23.

⁹⁶⁷ Het geciteerde artikel betrof een strafbepaling uit de Venn.W. op grond waarvan een bestuurder strafrechtelijk aansprakelijk kon worden gesteld indien hij naliet om de balans en resultatenrekening van een NV te publiceren.

qu'ils exercent, en fait, les fonctions d'administrateur".

In een tweede arrest van 2 december 1963 kwam de feitelijke bestuurder als volgt in beeld: *“Attendu que l'arrêt constate, en ce qui concerne le demandeur, que la société de personnes à responsabilité « M... » se trouve en état de faillite et que la gestion de cete société était assurée entièrement et exclusivement par lui; qu'il constate ainsi, dans le chef du demandeur, la qualité d'organe de fait, pénalement responsable pour la société faillie; Qu'il s'ensuit que le demandeur a, en tant qu'auteur avec la société, exécuté les infraction de banqueroute et qu'il a été condamné comme tel”.*

Desalniettemin meenden verschillende auteurs er een ruimere gelijkstelling in te kunnen lezen. Zij voerden aan dat algemeen geformuleerde bepalingen zoals het oude artikel 62 Venn.W.⁹⁶⁸ niet enkel de aansprakelijkheid van formeel benoemde bestuurders bepaalden, maar ook die van feitelijke bestuurders. Zelfs toen de wetgever in 1978 een volledig nieuwe aansprakelijkheidsregel invoerde (de aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement⁹⁶⁹) die uitdrukkelijk naar de feitelijke bestuurder verwees, bleven zij daar stellig van overtuigd⁹⁷⁰.

⁹⁶⁸ Deze bepaling vormde in de NV de grondslag voor de aansprakelijkheid wegens gewone bestuursfout en wegens inbreuken op de vennootschapswetgeving en de statuten. Zij werd inhoudelijk overgenomen in het W.Venn., waar ze werd opgesplitst in twee afzonderlijke bepalingen: artikel 527 W.Venn. (gewone bestuursfout) en artikel 528 W.Venn. (inbreuken op het wetboek en de statuten).

⁹⁶⁹ Zoals eerder aangegeven (zie hierboven randnr. 27) voerde de wetgever in 1978 twee nieuwe artikelen in in de op dat ogenblik geldende Venn.W.: de artikelen 63ter (NV) en 133bis (PVBA, later BVBA) Venn.W. De inhoud van die artikelen werd bij de invoering van het W.Venn. hernomen in de artikelen 265 (BVBA), 409 (CVBA) en 530 (NV) W.Venn. Die laatste bepalingen ondergingen door de jaren heen een aantal wijzigingen en werden in 2018 overgeplaatst naar Boek XX van het WER, waar ze hun weerslag kregen in de artikelen XX.225 en XX.226 WER.

⁹⁷⁰ RONSE en LIEVENS schreven letterlijk: *“Het feit dat de wet slechts voorziet in een uitdrukkelijke regeling van de aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurders in art. 63ter Venn.W. neemt echter niet weg dat zij ook op basis van art. 62, al. 2 Venn.W. en op basis van art. 1382 [oud] BW kunnen aangesproken worden”* (zie J. RONSE en J. LIEVENS, “De doorbraakproblematiek” in H. BIRON (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, (133) 159). Zie in dezelfde zin ook J. RONSE, “La responsabilité facultative des administrateurs et gérant en cas de faillite avec insuffisance d'actif”, *RPS* 1979, (292) 297; J. RONSE, J.-M. NELISSEN GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS en H. LAGA, “Overzicht van rechtspraak (1978-1985). Vennootschappen. Deel 2”, *TPR* 1986, (1231) 1318, nr. 315; H. DE WULF en I. DE POORTER, “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen” in VLAAMSE CONFERENTIE DER BALIE VAN GENT (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, (195) 202.

B. De meer genuanceerde strekking: feitelijke bestuurders kunnen in de regel slechts op dezelfde gronden als formeel benoemde bestuurders aansprakelijk worden gesteld wanneer de wetgever daar expliciet in heeft voorzien

190. Een tweede strekking ontwikkelde zich kort na de invoering van het W.Venn. Omdat de wetgever in 1999 niet van de gelegenheid gebruik had gemaakt om een uitdrukkelijke gelijkstelling tussen feitelijke bestuurders en formeel benoemde bestuurders in te voeren in andere bepalingen dan de artikelen 265, 409 en 530 W.Venn., meenden verschillende auteurs dat hij te kennen had gegeven dat enkel die laatste bepalingen op de feitelijke bestuurder konden worden toegepast⁹⁷¹. Er bestond volgens hen niet zoiets als een algemene, uit rechtspraak voortvloeiende, gelijkstelling. Feitelijke bestuurders konden maar op dezelfde gronden als formeel benoemde bestuurders worden aangesproken wanneer de wetgever daar expliciet in had voorzien⁹⁷².

Vermits de in het W.Venn. opgenomen regels inzake gewone bestuursfouten⁹⁷³ en inbreuken op het wetboek en de statuten⁹⁷⁴ geen gewag maakten van de feitelijke bestuurder, luidde de conclusie dat zij niet tegen hem konden worden ingeroepen⁹⁷⁵. Een feitelijke bestuurder kon naast de artikelen 265, 409 en 530 W.Venn. enkel worden aangesproken op grond van het

⁹⁷¹ K. GEENS, M. DENEFF, R. TAS, F. HELLEMANS en J. VANANROYE, “Overzicht van rechtspraak (1992-1998). Vennoetschappen”, *TPR* 2000, (99) 325, nr. 293; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2004, 87, nr. 50; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 77, nr. 52. Zie ook V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennoetschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-28b; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennoetschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 13, nr. 16; S. DE GEYTER, “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, (888) 889, nr. 4; J. DELANOTE, *De Vennoetschap & de civiele aansprakelijkheid van haar bestuurders*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 83, nr. 144.

⁹⁷² Zie H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennoetschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 335; J. DELANOTE, *De Vennoetschap & de civiele aansprakelijkheid van haar bestuurders*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 83, nr. 144. Cf. J. VANANROYE, “Enkele evoluties inzake bestuurdersaansprakelijkheid” in K. GEENS (ed.), *Themis 29 – Vennoetschaps- en financieel recht*, Brugge, die Keure, 2005, (77) 78.

⁹⁷³ Deze regels konden worden teruggevonden in de artikelen 262 (BVBA), 408, lid 1 (CVBA) en 527 (NV) W.Venn.

⁹⁷⁴ Deze regels konden worden teruggevonden in de artikelen 263 (BVBA), 408, lid 2 (CVBA) en 528 (NV) W.Venn.

⁹⁷⁵ J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2004, 87, nr. 50. Zie ook V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennoetschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-28b; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennoetschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 335; P. ERNST, “Actualia vennoetschapsrecht: bestuurdersaansprakelijkheid – Recente evoluties” in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *CBR Jaarboek 2013-2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (79) 90 en 95.

gemeenrechtelijke artikel 1382 oud BW⁹⁷⁶. De toepassing daarvan hing immers niet af van de vraag of iemand de hoedanigheid had van bestuurder.

191. Een aantal auteurs, waaronder GOFFIN⁹⁷⁷, voegden nog een bijkomende nuancering toe. Zij voerden aan dat de aansprakelijkheid van feitelijke en formeel benoemde bestuurders maar in twee domeinen echt “gelijk” of “gelijkgeschakeld” kon worden genoemd: het reeds vermelde domein van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en het domein van strafrecht⁹⁷⁸. Het deed er in geen van beide domeinen toe of iemand formeel gezien een bestuurder was of niet⁹⁷⁹. Een onrechtmatige daad in de zin van artikel 1382 oud BW kon door om het even wie worden begaan en de vraag of iemand strafrechtelijk gezien een bestuurder was, kon door de strafrechter volledig autonoom worden beoordeeld (het begrip bestuurder kon met andere woorden een ruimere lading dekken dan enkel de formeel benoemde bestuurder)⁹⁸⁰. Dat is vandaag nog steeds het geval.

192. Omdat de tweede strekking het best te rijmen viel met de tekst van de wet werd zij in de laatste rechtsleer die in 2018 over de personele draagwijdte van de oude vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsregels werd geschreven als de correcte strekking naar voor geschoven⁹⁸¹. Mijns inziens geheel terecht, want het gaat inderdaad niet op om in een wettekst iets te lezen dat er niet staat.

⁹⁷⁶ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 13, nr. 16. Zie ook H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 335; P. ERNST, “Actualia vennootschapsrecht: bestuurdersaansprakelijkheid – Recente evoluties” in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *CBR Jaarboek 2013-2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (79) 90 en 95.

⁹⁷⁷ J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 77, nr. 52.

⁹⁷⁸ Zie ook V. CARRON, “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., (II.1-27) II.1-28b; S. DE GEYTER, “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, (888) 889, nr. 4.

⁹⁷⁹ J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 77, nr. 52: “*Elle est également de règle en matière pénale, puisque « les infractions commises dans ou à l’occasion de la gestion d’une société commerciale peuvent avoir comme auteurs pénalement responsables ceux qui, en fait, gèrent cette sociétés même s’ils n’en sont pas des organes ». On peut également admettre que la responsabilité d’un administrateur de fait soit engagée à raison d’une faute aquilienne, puisque cette faute est précisément indépendante de sa qualité d’administrateur*”.

⁹⁸⁰ Zie ook J. DELANOTE, *De Vennootschap & de civiele aansprakelijkheid van haar bestuurders*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 83, nr. 144.

⁹⁸¹ S. DE GEYTER, “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, (888) 889, nr. 4.

C. Een opvallende parallel met het Franse recht

193. De historische verdeeldheid in de Belgische rechtsleer met betrekking tot de vraag of een feitelijke bestuurder aansprakelijk kan worden gesteld op grond van de vennootschapswetgeving wanneer die niet uitdrukkelijk naar hem verwijst, kent een opvallende parallel met het Franse recht. De Franse rechtsleer is al verschillende jaren verdeeld omtrent de vraag of de in de Franse *Code de commerce* opgenomen regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid (terug te vinden in de artikelen L223-22 (*sociétés à responsabilité limitée*), L225-251 (*sociétés anonymes*), L226-12 (*sociétés en commandite par actions*) en L227-8 (*sociétés par actions simplifiées*)) eveneens van toepassing zijn op feitelijke bestuurders⁹⁸². Geen van deze regels maakt namelijk gewag van de feitelijke bestuurder.

Artikel L223-22 Code de commerce:

“Les gérants sont responsables, individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés à responsabilité limitée, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion.

Si plusieurs gérants ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage.

Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les associés peuvent, soit individuellement, soit en se groupant dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, intenter l'action sociale en responsabilité contre les gérants. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société à laquelle, le cas échéant, les dommages-intérêts sont alloués.

Est réputée non écrite toute clause des statuts ayant pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée, ou qui comporterait par avance renonciation à l'exercice de cette action.

Aucune décision de l'assemblée ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les gérants pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat” (eigen nadruk)⁹⁸³.

Artikel L225-251 Code de commerce:

“Les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le

⁹⁸² Zie C. CHAMPAUD en D. DANET, noot onder Paris 17 oktober 1991, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* 1992, afl. 17, 292; H. LE NABASQUE, noot onder Paris 17 oktober 1991, *Dr. sociétés* 1992, afl. 3, 11, nr. 59.

⁹⁸³ Zie artikel L223-22 Code (fr.) de commerce (*version en vigueur au 21 septembre 2000*).

cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion.

Si plusieurs administrateurs ou plusieurs administrateurs et le directeur général ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage” (eigen nadruk)⁹⁸⁴.

Artikel L226-12 Code de commerce:

“Les dispositions des articles L225-109 et L225-249 sont applicables aux gérants et membres du conseil de surveillance.

*Les dispositions des articles L225-52, L225-251 et L225-255 sont applicables aux **gérants**, même non associés” (eigen nadruk)⁹⁸⁵.*

Artikel L227-8 Code de commerce:

*“Les règles fixant la responsabilité des membres du conseil d'administration et du directoire des sociétés anonymes sont applicables au **président et aux dirigeants** de la société par actions simplifiée” (eigen nadruk)⁹⁸⁶.*

194. Net als in het Belgische recht⁹⁸⁷, gaat de controverse in de Franse rechtsleer in essentie terug op twee cassatiearresten: een arrest van 6 oktober 1981⁹⁸⁸ en een arrest van 22 maart 1995⁹⁸⁹. In die arresten oordeelde het Franse Hof van Cassatie dat artikel 52 van de *Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966* – nu artikel L223-22 van de *Code de commerce* (zie hierboven) – enkel kan worden toegepast op formeel benoemde bestuurders.

In een eerste arrest van 6 oktober 1981 overwoog het Franse Hof van Cassatie het volgende:

“Vu l'article 52 de la loi du 24 juillet 1966, Attendu que sur le fondement de cette disposition légale, la Cour d'appel a déclaré Blanchard, comme ayant dirigé en fait la société sous le couvert du gérant de droit, responsable d'un certain nombre d'agissements relevés contre lui comme constituant des fautes de gestion;

⁹⁸⁴ Zie artikel L225-251 Code (fr.) de commerce (*version en vigueur au 16 mai 2001*).

⁹⁸⁵ Zie artikel L226-12 Code (fr.) de commerce (*version en vigueur au 21 septembre 2000*).

⁹⁸⁶ Zie artikel L227-8 Code (fr.) de commerce (*version en vigueur au 21 septembre 2000*).

⁹⁸⁷ Zie hierboven randnr. 189.

⁹⁸⁸ Cass. (com.) fr. 6 oktober 1981, nr. 77-15.264, *JurisData* nr. 1981-702897, *D.* 1983, 133, noot B. SOINNE en *JCP* 1982, II, 51, nr. 19891, noot G. NOTTE.

⁹⁸⁹ Cass. (com.) fr. 21 maart 1995, nr. 93-13.721, *Bull. civ. IV* 1995, nr. 98, 87, *Rev. sociétés* 1995, 501, noot B. SAINTOURENS en *JCP* 1996, II, 22603, noot Y. REINHARD en I. BON-GARCIN. Het Hof drukte zich in 2007 nogmaals in dezelfde zin uit in Cass. (com.) fr. 20 november 2007, nr. 06-16.933, *JurisData* nr. 2007-041596: *“que l'article L. 223-22 du code de commerce ne s'applique qu'aux gérants de droit; qu'ainsi, en condamnant M. Y..., gérant de fait, sur le fondement de ce texte, la cour d'appel l'a violé par fausse application”*.

Attendu qu'en statuant ainsi alors que le texte susvisé ne concerne que les agissements commis dans leur gestion par les gérants de droit, l'arrêt a faussement appliqué et en conséquence violé ledit texte”.

In een tweede arrest van 21 maart 1995 week het Hof nauwelijks van die bewoordingen af:

“Vu l'article 52 de la loi du 24 juillet 1966; Attendu, selon l'arrêt attaqué, que les sociétés Filtrazione Condizionamento Riscaldamento (FCR) et Industria Isolanti Elastomerici (ISEL), associées de la société à responsabilité limitée Sodimac, ont intenté une action sociale en responsabilité contre M. X..., dirigeant de fait de ladite société, pour obtenir réparation du préjudice subi par celle-ci du fait d'une faute de gestion; Attendu que, pour accueillir cette demande, la cour d'appel retient que l'article 52 de la loi du 24 juillet 1966 ne distingue pas entre les dirigeants de droit et de fait de la société à responsabilité limitée et qu'il ne saurait être appliqué aux seuls gérants de droit; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le texte susvisé ne concerne que les agissements commis par les gérants de droit, l'arrêt a faussement appliqué et, en conséquence, violé ledit texte”.

Het standpunt van het Franse Hof van Cassatie is dat enkel personen die uitdrukkelijk in de wettekst worden genoemd, door de wet worden gevat. Dit standpunt is duidelijk en lijkt weinig ruimte te laten voor interpretatie. Desondanks hebben zich in de Franse rechtsleer twee verschillende visies met betrekking tot de aansprakelijkheid en de rechtspositie van de feitelijke bestuurder ontwikkeld. Een deel van de rechtsleer sluit zich aan bij het standpunt van het Franse Hof van Cassatie en meent dat een feitelijke bestuurder maar aan dezelfde regels onderworpen is als een formeel benoemde bestuurder wanneer de wetgever daar uitdrukkelijk in heeft voorzien⁹⁹⁰. Andere auteurs bekritisieren het standpunt van het Franse Hof en voeren precies het omgekeerde aan. Zij stellen dat indien de wetgever werkelijk de bedoeling had om de aansprakelijkheidsregels voor bestuurders enkel van toepassing te maken op formeel benoemde bestuurders, dat hij dat dan wel met zoveel woorden duidelijk zou hebben gemaakt⁹⁹¹. Aangezien hij dat niet heeft gedaan, zou het besluit moeten luiden dat deze regels ook op feitelijke bestuurders van toepassing zijn.

⁹⁹⁰ Zie o.m. G. VINEY en P. JOURDAIN, *Traité de droit civil – Les conditions de la responsabilité civile (3^e édition)*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2006, nr. 295-1; B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Paris, Éditions Dalloz, 2017, 183, nr. 281.

⁹⁹¹ Zie o.m. B. SOINNE, noot onder Cass. (com.) fr. 6 oktober 1981, *D.* 1983, (133) 134; G. NOTTE, noot onder Cass. (com.) fr. 6 oktober 1981, *JCP* 1982, II, 51, nr. 19891; C. CHAMPAUD en D. DANET, noot onder Paris 17 oktober 1991, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* 1992, afl. 17, 292; Y. REINHARD en I. BONGARCIN, “Les dirigeants de fait doivent-ils être assimilés aux dirigeants de droit?” (noot onder Cass. (com.) fr. 21 maart 1995), *JCP* 1996, II, 22603, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>; B. SAINTOURENS, noot onder Cass. (com.) fr. 21 maart 1995, *Rev. sociétés* 1995, 502-504. Zie ook J. HEINICH, “Les dirigeants de fait: du neuf dans de l’ancien”, *RJCom.* 2018, afl. 5, (1) 8.

Deze visies vertonen een opvallende gelijkenis met de eerder beschreven strekkingen in de Belgische rechtsleer. Echter, waar er in de Belgische context uit de rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie een algemene gelijkstelling tussen feitelijke en formeel benoemde bestuurders zou kunnen worden afgeleid (althans volgens sommige auteurs), kan er in de Franse context uit de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie geen algemene gelijkstelling worden opgemaakt. Integendeel, het Franse Hof wijst dergelijke algemene gelijkstelling juist af.

195. Vermits moeilijk aan de Franse cassatierechtspraak kan worden voorbijgegaan, stellen de meeste auteurs dat een feitelijke bestuurder in huidige stand van het Franse recht, in geval van gewone bestuursfouten of inbreuken op de vennootschapswetgeving of de statuten, enkel kan worden aangesproken op grond van artikel 1240 van de *Code civil*⁹⁹² (artikel 1382 van de oude *Code civil*)⁹⁹³. Dat geldt zowel wanneer de vordering uitgaat van de vennootschap, als van derden⁹⁹⁴. De aansprakelijkheid is buitencontractueel, omdat een feitelijke bestuurder geen mandataris is van de vennootschap⁹⁹⁵.

D. Verdeeldheid in de (lagere) rechtspraak

196. Zoals hierboven al werd aangestipt, leidde de toepassing van de vennootschapsrechtelijke regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid op de feitelijke bestuurder niet enkel tot controverse in de rechtsleer. Ook de rechtspraak was verdeeld. Er waren zowel uitspraken terug te vinden waarin

⁹⁹² De tekst van dit artikel luidt: “*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*”.

⁹⁹³ Y. REINHARD en I. BON-GARCIN, “Les dirigeants de fait doivent-ils être assimilés aux dirigeants de droit?” (noot onder Cass. (com.) fr. 21 maart 1995), *JCP* 1996, II, 22603, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>; J. M. PEREZ en F. MAZERON, “Dangers de la qualification de dirigeant de fait pour les acteurs du Private Equity”, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* 2012, afl. 44-45, 1653, nr. 22, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>; D. GIBIRILA, *Responsabilité civile des dirigeants de sociétés*, Levallois, Éditions Francis Lefebvre, 2019, 66; A. CHARÉVIAT, B. DONDERO, M.-É SÉBIRE en F. GILBERT, *Mémento pratique – Sociétés Commerciales 2022*, Levallois-Perret, Éditions Francis Lefebvre, 2021, 241, nr. 10100: “... leur responsabilité extracontractuelle est déterminée conformément au droit commun (C. civ. art. 1240), quelle que soit la forme juridique de la société dans laquelle elles exercent leur activité”.

⁹⁹⁴ J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2019, afl. 166, (3) 14, nr. 47. Zie ook Cass. (com.) fr. 20 november 2007, nr. 06-16.933, *JurisData* nr. 2007-041596.

⁹⁹⁵ Zie J.-R. NZE NDONG DIT MBELE, *Le dirigeant de fait en droit privé français*, Université Nancy 2, 2008, 258, nr. 265; A. CHARÉVIAT, B. DONDERO, M.-É SÉBIRE en F. GILBERT, *Mémento pratique – Sociétés Commerciales 2022*, Levallois-Perret, Éditions Francis Lefebvre, 2021, 241, nr. 10100. Zie ook D. TRICOT, “Les critères de la gestion de fait”, *Droit et patr.* 1996, (24) 24: “leur responsabilité civile ne peut pas être mise en cause de la même manière que celle des dirigeants de droit, parce qu’ils n’ont pas reçu de mandat social”.

de eerste strekking werd onderschreven⁹⁹⁶, als uitspraken waarin de (meer genuanceerde) tweede strekking werd gevolgd⁹⁹⁷.

Een mooi voorbeeld van een uitspraak waarin de tweede strekking bijval kreeg, kan worden gevonden in een arrest van het hof van beroep van Luik van 28 mei 2009. Toen het hof werd gevraagd om zich uit te spreken over een aansprakelijkheidsvordering ingesteld tegen een feitelijke bestuurder op grond van het oude artikel 408, lid 2 W.Venn. (de aansprakelijkheid wegens inbreuken op het W.Venn. of de statuten van een CVBA), oordeelde het: “*Mais, si l'article 409 du Code des sociétés vise expressément les fautes graves et caractérisées de tout administrateur ou « toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir d'administrer la société », ce qui vise l'administrateur de fait, tel n'est pas le cas de la formulation retenue au titre de l'article 408, alinéa 2, du Code des sociétés qui prévoit la responsabilité solidaire des seuls administrateurs. Étendre les responsabilités spécifiques prévues par le Code des sociétés à charge des administrateurs, à des personnes qui exerceraient en fait la fonction d'administrateur, est contraire au texte même de ces dispositions, l'indigence des textes sur ce plan dénoncée par certains auteurs n'autorisant toutefois pas une interprétation contraire*”⁹⁹⁸.

Dit alles kwam de rechtszekerheid niet ten goede. De hele vernieuwingsoefening die bij de overgang van het W.Venn. naar het WVV werd gemaakt, bood in het denken van de wetgever klaarblijkelijk de uitgelezen kans om hier iets aan te veranderen.

II. ARTIKEL 2:56 WVV: DE SLEUTELBEPALING VAN HET HUIDIGE REGIME INZAKE BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID

A. De opname van de feitelijke bestuurder in artikel 2:56 WVV

197. Welke motieven de wetgever precies had om de figuur van de feitelijke bestuurder in artikel 2:56 WVV op te nemen, staat nergens zwart op wit geschreven. De memorie van toelichting bij

⁹⁹⁶ Zie bv. Antwerpen 28 april 1997, *T.Not.* 1997, 521 (weergave); Gent 8 februari 2001, *JDSC* 2003, 211, noot M.-A. DELVAUX; Rb. Brugge 8 september 2003, *AFT* 2005, 29 (weergave), noot J. VANDEN BRANDEN, *FJF* 2004, 403 en *JDSC* 2005, 163, noot M.-A. DELVAUX; Antwerpen 10 september 2004, *Limb.Rechtsl.* 2005, 41, noot B. WINDEY. Zie ook K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, F. PARREIN, S. DE DIER en S. COOLS, “Overzicht van rechtspraak (1999-2010). Vennootschappen”, *TPR* 2012, (73) 298, nr. 238.

⁹⁹⁷ Zie bv. Kh. Brussel 8 oktober 2007, *RW* 2008-09, 294, noot; Luik 28 mei 2009, *RPS* 2010, 421, noot; Kh. Luik 20 juni 2016, *DAOR* 2016, afl. 120, 76; Kh. Gent 9 januari 2017, *TIBR* 2019, 73; Antwerpen 23 maart 2017, *TRV-RPS* 2018, 884, noot S. DE GEYTER.

⁹⁹⁸ Zie Luik 28 mei 2009, *RPS* 2010, (421) 427. Ook geciteerd in Kh. Luik 20 juni 2016, *DAOR* 2016, afl. 120, (76) 77.

het initiële ontwerp van artikel 2:56 (toen nog artikel 2:55) is dienaangaande erg summier: “*In de eerste zin van het eerste lid [wordt verduidelijkt⁹⁹⁹], dat ook feitelijke bestuurders, gedefinieerd als zij die ten aanzien van de rechtspersoon werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad¹⁰⁰⁰, op dezelfde manier aansprakelijk zijn als formeel benoemde bestuurs- of toezichtsorganen*”¹⁰⁰¹. Veel valt er niet uit deze passage af te leiden. Het is mogelijk, en zeer aannemelijk, dat de wetgever eigenlijk geen bijzondere motieven voor ogen had, en in artikel 2:56 WVV gewoon heeft willen breken met het verleden. Het feit dat hij in de memorie van toelichting over “een verduidelijking” spreekt, doet vermoeden dat hij de eerder besproken tweestrijd over de aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder onder de basiswetgeving inzake vennootschappen indachtig is geweest, en die tweestrijd heeft willen beslechten¹⁰⁰². Of hij ook volledig in dat opzet is geslaagd, zal hierna verder worden onderzocht.

B. De oorsprong, opbouw en draagwijdte van artikel 2:56 WVV

198. De aandachtige lezer zal hebben opgemerkt dat artikel 2:56 WVV in de vorige hoofdstukken slechts in algemene termen werd benaderd. De focus lag op de draagwijdte van de erin opgenomen bewoordingen “*alle andere personen die t.a.v. de rechtspersoon werkelijke bestuursbevoegdheid hebben of hebben gehad*”, waarmee de feitelijke bestuurder wordt gevisieerd. Op de inhoud en de opbouw van artikel 2:56 WVV werd slechts beknopt ingegaan om het eerste luik van de analyse rond de feitelijke bestuurder niet al te complex te maken. In wat volgt wordt er in meer detail over gereflecteerd.

Artikel 2:56 is de sleutelbepaling van het vigerende regime inzake bestuurdersaansprakelijkheid

⁹⁹⁹ Het weze opgemerkt dat deze woorden ontbreken in de Nederlandstalige tekst van de memorie van toelichting. Dit is wellicht een vergetelheid. De Franstalige tekst luidt immers: “*Il est précisé à cet égard, dans la première phrase de l’alinéa 1er, que les administrateurs de fait, définis comme ceux qui ont effectivement détenu le pouvoir de gérer la personne morale, sont responsables de la même manière que les organes d’administration ou de surveillance formellement nommés*” (Membrie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 59).

¹⁰⁰⁰ De wetgever haalde de spreekwoordelijke mosterd voor deze bewoordingen duidelijk uit de bewoordingen van het artikel XX.225 WER (en de historisch daaraan voorafgaande artikelen 63ter Venn.W. en 530 W.Venn.). Zie ook hierboven randnr. 55.

¹⁰⁰¹ Zie Membrie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 59.

¹⁰⁰² Zie ook randnr. 42 hierboven. Cf. E.-J. NAVEZ en A. NAVEZ, *Le code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Brussel, Larcier, 2019, 68, vn. 166.

in het WVV. Het artikel is inhoudelijk geïnspireerd op de oude artikelen 527 en 528 W.Venn.¹⁰⁰³ inzake de NV en omvat zowel de aansprakelijkheid wegens gewone bestuursfouten (lid 1), als de aansprakelijkheid wegens inbreuken op het WVV en de statuten (lid 3). Artikel 2:56 is samen met de artikelen 2:57 en 2:58 opgenomen in “*HOOFDSTUK 2. Bestuurdersaansprakelijkheid.*” en maakt deel uit van “*TITEL 6. Bestuur.*” van Boek 2 van het WVV, dat de bepalingen bevat die gemeenschappelijk zijn aan alle rechtspersonen geregeld in het WVV¹⁰⁰⁴. Het gaat om¹⁰⁰⁵:

- de VOF¹⁰⁰⁶;
- de CommV¹⁰⁰⁷;
- de BV;
- de CV;
- de NV;
- de SE en SCE;
- de (I)VZW; en

¹⁰⁰³Zie Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 59. Zie ook K. MARESCEAU en B. JOYE, “Het bestuur van vennootschappen in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen” in M. WYCKAERT, P. ERNST, D. BRULOOT, K. MARESCEAU, B. JOYE, C. PIETTE, A. FRANÇOIS, M. VERHEYDEN en R. TAS (eds.), *De nieuwe vennootschapswet: VPG studiedag 2018*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018, (83) 104, nr. 54; E.-J. NAVEZ en A. NAVEZ, *Le code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Brussel, Larcier, 2019, 67- 68.

¹⁰⁰⁴Daaronder vallen niet enkel vennootschappen, maar ook verenigingen en stichtingen. Zie tevens S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 1; P. DE WOLF, “La (nouvelle) révision du régime de responsabilité des administrateurs par le Code des sociétés et des associations” in P. BOSSARD (ed.), *Le Code des sociétés et des associations: contentieux et pratique*, Limal, Anthemis, 2019, (9) 11; J.-F. GOFFIN en A. CAUWENBERGH, “Les nouvelles responsabilités des administrateurs” in M. DAVAGLE (ed.), *Le nouveau visage des ASBL après le 1er mai 2019*, Limal, Anthemis, 2019, (193) 199-200, nrs. 26-27; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE en H. CULOT, *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020, 269; M. WYCKAERT en D. ALPER, “Faillissementsaansprakelijkheid van bestuurders en feitelijke bestuurders. Oude wijn in nieuwe zakken of 'something old, something new?'” in D. VAN GERVEN en J. VANANROYE (eds.), *Leerstukken ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (189) 220; F. HELLEMANS en P. HULPIAU, “Verenigingen en stichtingen geïntegreerd in het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen: de structurele en inhoudelijke vernieuwingen doorgelicht” in H. DE WULF en M. WYCKAERT (eds.), *Het WVV doorgelicht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, (551) 581, nr. 68.

¹⁰⁰⁵Zie artikel 1:5, §2 WVV, artikel 1:6, §2 WVV en 1:7 WVV.

¹⁰⁰⁶Zie ook de verwijzing in artikel 4:23 WVV: “*De vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschappen zijn onderworpen aan boek 2, evenals aan titel 1 tot en met 6 van dit boek, met uitzondering van de artikelen 4:13, eerste lid, 4:14, tweede lid, en 4:21*”.

¹⁰⁰⁷Zie ook de verwijzing in artikel 4:23 WVV.

- de stichting.

Voor de maatschap geldt een ander regime. De zaakvoerders en feitelijke zaakvoerders van deze vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid¹⁰⁰⁸ zijn aansprakelijk volgens het gemene recht¹⁰⁰⁹.

199. De tekst van artikel 2:56 WVV is structureel opgebouwd uit vier leden. Wie die doorleest zal vaststellen dat er enkel in de aanhef van lid 1 naar de feitelijke bestuurder wordt verwezen.

Art. 2:56. *De in artikel 2:51 bedoelde personen en alle andere personen die ten aanzien van de rechtspersoon werkelijke bestuursbevoegdheid hebben of hebben gehad zijn jegens de rechtspersoon aansprakelijk voor fouten begaan in de uitoefening van hun opdracht. Dit geldt ook jegens derden voor zover de begane fout een buitencontractuele fout is. Deze personen zijn evenwel slechts aansprakelijk voor beslissingen, daden of gedragingen die zich kennelijk buiten de marge bevinden waarbinnen normaal voorzichtige en zorgvuldige bestuurders, geplaatst in dezelfde omstandigheden, redelijkerwijze van mening kunnen verschillen.*

Indien het bestuursorgaan een college vormt, is hun aansprakelijkheid voor de beslissingen of nalatigheden van dit college hoofdelijk.

Zelfs indien het bestuursorgaan geen college vormt, zijn diens leden zowel jegens de rechtspersoon als jegens derden hoofdelijk aansprakelijk voor alle schade die het gevolg is van overtredingen van de bepalingen van dit wetboek of van de statuten van de rechtspersoon.

Wat fouten bedoeld in het tweede en derde lid betreft waaraan zij geen deel hebben gehad, zijn zij evenwel van hun aansprakelijkheid ontheven indien zij de beweerde fout hebben gemeld aan alle andere leden van het bestuursorgaan, of, in voorkomend geval, aan het collegiaal bestuursorgaan en aan de raad van toezicht. Indien zij gebeurt aan een collegiaal bestuurs- of toezichtsorgaan, wordt deze melding, evenals de bespreking waartoe zij aanleiding geeft, opgenomen in de notulen (eigen nadruk).

Die specifieke legistische redactie heeft belangrijke gevolgen voor de rechtspositie van de feitelijke bestuurder. Ze doet namelijk de vraag rijzen of artikel 2:56 WVV wel in zijn totaliteit op de feitelijke bestuurder kan worden toegepast. Dit vereist wat nadere toelichting.

¹⁰⁰⁸Zie artikel 1:5, §1 WVV.

¹⁰⁰⁹Een exhaustieve analyse hiervan valt buiten het bestek van dit onderzoek, dat gefocust is op de vennootschappen met rechtspersoonlijkheid en de VZW's; zie voor meer toelichting bij deze afbakening randnr. 16 hierboven. Zie tevens J. DELANOTE, *De Vennootschap & de civiele aansprakelijkheid van haar bestuurders*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 18; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 230.

III. DE AANSPRAKELIJKHEID WEGENS GEWONE BESTUURSFOUTEN (ART. 2:56, LID 1 WVV)

A. Algemeen

200. Zoals hierboven al werd aangestipt, heeft de wetgever in artikel 2:56 WVV twee gronden van bestuurdersaansprakelijkheid samengebracht die in het verleden een afzonderlijke rechtsbasis kenden¹⁰¹⁰. De eerste grond betreft de aansprakelijkheid wegens gewone of loutere bestuursfouten en kan worden teruggevonden in artikel 2:56, lid 1 WVV. De eerste zin van artikel 2:56, lid 1 WVV bepaalt dat “*de in artikel 2:51 bedoelde personen*¹⁰¹¹ *en alle andere personen die ten aanzien van de rechtspersoon werkelijke bestuursbevoegdheid hebben of hebben gehad (i.e. de “feitelijke bestuurders”)* *jegens de rechtspersoon aansprakelijk zijn voor fouten begaan in de uitoefening van hun opdracht*”.

Zoals gezegd liet de wetgever zich voor de bewoordingen van deze tekst inspireren door het oude artikel 527 W.Venn. inzake de NV¹⁰¹². Dat artikel luidde als volgt: “*De bestuurders, leden van het directiecomité en dagelijks bestuurders zijn overeenkomstig het gemeen recht verantwoordelijk voor de vervulling van de hun opgedragen taak en aansprakelijk voor de tekortkomingen in hun bestuur*”¹⁰¹³.

Het valt meteen op dat de tekst van het huidige artikel 2:56, lid 1 WVV niet helemaal met de tekst van het oude artikel 527 W.Venn. overeenstemt. Het eerste en meest evidente verschil tussen beide bepalingen is het personele toepassingsgebied ervan: artikel 2:56, lid 1 WVV is de enige bepaling die naar de figuur van de feitelijke bestuurder verwijst. Het tweede verschil is wat subtieler en is gelegen in de manier waarop de wetgever de gewone bestuursfout heeft omschreven. In het oude artikel 527 W.Venn. had hij het over een “*aansprakelijkheid voor tekortkomingen in het bestuur*” en gaf hij aan dat bestuurders overeenkomstig het gemene recht verantwoordelijk waren voor de

¹⁰¹⁰Zie hierboven randnr. 198.

¹⁰¹¹Dit zijn de leden van een bestuursorgaan of de dagelijks bestuurder.

¹⁰¹²Zie hierboven randnr. 198.

¹⁰¹³De Franstalige tekst van artikel 527 W.Venn. luidde als volgt: “*Les administrateurs, les membres du comité de direction et les délégués à la gestion journalière sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion*”.

vervulling van de hun opgedragen taak. In het huidige artikel 2:56, lid 1 WVV is hij beknopter en heeft hij het over een “*aansprakelijkheid voor fouten begaan in de uitoefening van hun opdracht*”. Zoals de Raad van State in de aanloop naar het WVV al liet optekenen is die woordkeuze voor wat de feitelijke bestuurder betreft enigszins verwonderlijk, zoals hierna verder zal worden uitgelegd¹⁰¹⁴.

B. Fouten “begaan in de uitoefening van hun opdracht”

i. Voorafgaand: de taalkundige betekenis van het woord “*opdracht*”

201. Alvorens nader op de precieze betekenis van wettelijke zinsnede “*begaan in de uitoefening van hun opdracht*” in te gaan, is het interessant om na te gaan wat de taalkundige betekenis is van het door de wetgever gekozen begrip “*opdracht*”. Van Dale definieert het woord “*opdracht*” als “*hetgeen opgedragen is*”¹⁰¹⁵. De betekenis van het woord “*opdragen*” zelf is volgens Van Dale “*gelasten*” of “*toevertrouwen*”¹⁰¹⁶. Wat uit deze korte taalkundige analyse kan worden opgemaakt, is dat een opdracht normaal gesproken iets is dat uitgaat van een bepaalde bron; het is niet iets dan men zichzelf toe-eigent. Zoals hierna nog zal blijken, is deze vaststelling erg belangrijk voor de interpretatie van artikel 2:56, lid 1 WVV.

ii. De betekenis van de wettelijke zinsnede “*begaan in de uitoefening van hun opdracht*”

202. De Raad van State schreef in zijn advies over het voorontwerp van het WVV onder het aanvankelijke ontwerp van artikel 2:56 WVV¹⁰¹⁷: “*Het eerste lid heeft ook betrekking op de feitelijke bestuurders, maar de aansprakelijkheid wordt beperkt tot de fouten “begaan in de*

¹⁰¹⁴Zie ook J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE en H. CULOT, *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020, 270, nr. 543; B. TILLEMEN en N. VAN DAMME, “Externe bestuurdersaansprakelijkheid tegenover de fiscus en de RSZ bij faillissement van de onderneming die geen natuurlijke persoon is” in M.E. STORME, B. TILLEMEN, J. VANANROYE, M. VANMEENEN en R. HOUBEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen V*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (217) 235; G. CALLENS, A. CAUTAERS, H. CULOT, Y. DE CORDT, G. DE PIERPONT, T. FLAMENT, E. FOSSÉPREZ, J.-M. GOLLIER, A. HANNOUILLE en N. TISSOT, “Chapitre 5 - Responsabilité des administrateurs” in Y. DE CORDT (ed.) *Société anonyme, 2e édition*, Bruxelles, Larcier, 2021, (337) 351.

¹⁰¹⁵Zie <https://www.vandale.nl/gratis-woordenboek/nederlands/betekenis/opdracht#.XuMzai1Y5o4>.

¹⁰¹⁶Zie <https://www.vandale.nl/gratis-woordenboek/nederlands/betekenis/opdragen#.XuM74S1Y5o4>.

¹⁰¹⁷Toen nog artikel 2:52, §2 voorontwerp WVV. Zie Adv.RvS, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/002, 39. Zie ook hierna voor een citaat uit artikel 2:52, §2, lid 1 voorontwerp WVV.

uitoefening van hun opdracht”. Logischerwijze heeft een feitelijk bestuurder evenwel geen *opdracht gekregen*”¹⁰¹⁸. De Raad baseerde zich voor deze kritische bedenking zonder twijfel op de klassieke leer inzake feitelijk bestuur, en meer in het bijzonder op de derde voorwaarde van die leer. Zoals in het vorige hoofdstuk werd uiteengezet, houdt die voorwaarde in dat iemand maar als feitelijke bestuurder kan worden gekwalificeerd wanneer hij niet in een ondergeschikt verband heeft gehandeld, noch in opdracht van de rechtspersoon¹⁰¹⁹. Niettegenstaande het advies om de tekst van artikel 2:56, lid 1 WVV te herbekijken en een en ander te herformuleren, koos de wetgever er finaal voor om de zinsnede “*begaan in de uitoefening van hun opdracht*” gewoon te behouden.

Die keuze hing wellicht samen met het feit dat de oorspronkelijke versie van artikel 2:56 WVV – toen nog artikel 2:52 voorontwerp WVV – zowel de verplichting tot een behoorlijke taakvervulling omvatte, als de aansprakelijkheidsregel bij een inbreuk op die verplichting. De wetgever opteerde er uiteindelijk voor om die twee uit elkaar te halen en in afzonderlijke bepalingen onder te brengen (*i.e.* de huidige artikelen 2:56, lid 1 en 2:51 WVV¹⁰²⁰), zonder evenwel op een fundamentele wijze aan de inhoud ervan te raken. Alles wijst erop dat hij de rechtstreekse band tussen beiden heeft willen bestendigen door de bewoordingen “*vervulling van een opgedragen taak*” (artikel 2:51 WVV) en “*uitoefening van een opdracht*” (artikel 2:56, lid 1 WVV) onaangeroerd te laten¹⁰²¹.

Artikel 2:52 van het voorontwerp luidde als volgt:

“§ 1. Elke bestuurder, zaakvoerder, dagelijks bestuurder, lid van een directieraad of van een raad van toezicht is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak.

§ 2. De in § 1 bedoelde personen en alle andere personen die ten aanzien van de rechtspersoon werkelijke bestuursbevoegdheid hebben of hebben gehad zijn jegens de rechtspersoon persoonlijk aansprakelijk voor

¹⁰¹⁸Zie Adv.RvS, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/002, 39.

¹⁰¹⁹Zie hierboven randnrs. 91 en 92.

¹⁰²⁰De tekst van artikel 2:51 WVV luidt als volgt: “*Elk lid van een bestuursorgaan of dagelijks bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak*”.

¹⁰²¹Zie over de link tussen de artikelen 2:51 en 2:56 WVV ook: S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 4; L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “Les résidus de la responsabilité des administrateurs” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (251) 257; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE en H. CULOT, *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020, 270, nr. 543; M. WYCKAERT en D. ALPER, “Faillissementsaansprakelijkheid van bestuurders en feitelijke bestuurders. Oude wijn in nieuwe zakken of 'something old, something new?'” in D. VAN GERVEN en J. VANANROYE (eds.), *Leerstukken ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (189) 220.

fouten begaan in de uitoefening van hun opdracht. Zij zijn slechts aansprakelijk voor beslissingen, daden of gedragingen die zich kennelijk buiten de marge bevinden waarbinnen normaal voorzichtige en zorgvuldige bestuurders, geplaatst in dezelfde omstandigheden, redelijkerwijze van mening kunnen verschillen. [...]”.

203. Het valt te betreuren dat de wetgever niet wat meer duiding bij de bewoordingen “*fouten begaan in de uitoefening van hun opdracht*” heeft gegeven. De hamvraag blijft namelijk hoe die bewoordingen op feitelijke bestuurders dienen te worden toegepast. Feitelijke bestuurders hebben – zoals de Raad van State zeer terecht aangaf – geen opdracht van de rechtspersoon. Hoe kan men dan stellen dat zij aansprakelijk zijn voor fouten begaan in de uitoefening van zulke “opdracht”? Dat lijkt moeilijk¹⁰²². Het lijkt aan de andere kant ook moeilijk om te besluiten dat artikel 2:56, lid 1 WVV gewoon geen toepassing op feitelijke bestuurders kan vinden. Zij worden uitdrukkelijk in de wet genoemd en de wetgever heeft te kennen gegeven dat hij hun aansprakelijkheid volledig met die van formeel benoemde leden van een bestuursorgaan heeft willen gelijkstellen¹⁰²³.

204. CORNELIS en FRANÇOIS menen dat het noodzakelijk is om een opdracht vanwege de rechtspersoon te “verbeelden” of te “construeren” volgens de aard van de bevoegdheden (toezicht, beheer, bestuur of dagelijks bestuur) die de feitelijke bestuurder zichzelf heeft toegeëigend¹⁰²⁴. Zij

¹⁰²² Toch zijn er diverse auteurs die zonder meer lijken aan te nemen dat feitelijke bestuurders op grond van artikel 2:56, lid 1 WVV voor gewone bestuursfouten kunnen worden aangesproken. Zie bv. E. POTTIER en F. LEFEVRE, “De aansprakelijkheid van de organen”, *TBH* 2018, (1091) 1095, nr. 13; E. POTTIER en F. LEFEVRE, “La responsabilité des organes” in A.-P. ANDRE-DUMONT en T. TILQUIN (eds.), *La société à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier Legal, 2019, (173) 179, nr. 13; P. DE WOLF, “La (nouvelle) révision du régime de responsabilité des administrateurs par le Code des sociétés et des associations” in P. BOSSARD (ed.), *Le Code des sociétés et des associations: contentieux et pratique*, Limal, Anthemis, 2019, (9) 11-12; E.-J. NAVEZ en A. NAVEZ, *Le code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Brussel, Larcier, 2019, 68; T. VANDENBERGHE, *De Vennootschap & de aansprakelijkheid van haar bestuurders bij insolventie*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 15-16, nr. 15.

¹⁰²³ Zie Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 59; zie ook hierboven randnr. 197. Zie verder ook E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 275.

¹⁰²⁴ CORNELIS en FRANÇOIS stellen: “*Aucune mission n’est en effet attribuée à l’administrateur de fait. Il lui est ainsi impossible de commettre des fautes dans l’accomplissement d’une telle mission. Il faudra donc « imaginer » ou « construire » une telle mission en fonction de la nature des pouvoirs (surveillance, gérance, administration, gestion journalière) que l’administrateur de fait s’est attribués*” (zie L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “Les résidus de la responsabilité des administrateurs” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (251) 258). Zie ook P. BOSSARD, *CSA: examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, 122, nr. 195; A.-P. ANDRE-DUMONT, “De quelques règles applicables à toutes les personnes morales” in A.-P. ANDRE-DUMONT, H. CULOT en V. SIMONART (eds.), *Le Code des sociétés et des associations*, Bruxelles, Larcier, 2020, (7) 13; L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “De (re)stanten van bestuurdersaansprakelijkheid” in H. DE WULF en M. WYCKAERT (eds.), *Het WVV doorgelicht*, Antwerpen,

schrijven dat aangezien feitelijke bestuurders aansprakelijk kunnen zijn voor de wijze waarop zij de rechtspersoon hebben bestuurd, moet worden vastgesteld dat zij – onrechtstreeks – gehouden zijn tot de behoorlijke vervulling van de bevoegdheden die zij zichzelf hebben toegeëigend¹⁰²⁵. Het zou zonder zo een vrije interpretatie onmogelijk zijn om artikel 2:56, lid 1, eerste zin WVV op de feitelijke bestuurder toe te passen.

CORNELIS en FRANÇOIS geven een ruime interpretatie aan de wettekst maar zijn zelf ook erg kritisch voor de wetgever. Zij stellen namelijk: “*Ce n’est donc pas le fait de s’être approprié de fait des pouvoirs d’administration, mais bien la façon dont ils les ont exécutés qui conduira, le cas échéant, à leur responsabilité civile. Ce constat ne manque pas d’étonner puisque l’administration de fait met en péril toute l’organisation ingénieuse mise en place par le législateur afin de garantir la bonne administration de la personne morale*” (eigen nadruk)¹⁰²⁶.

205. Dit is mijns inziens niet volledig correct, of toch op zijn minst onvoldoende genuanceerd. Ook zonder dat men zich een “opdracht vanwege de rechtspersoon” dient te “verbeelden”, kan artikel 2:56, lid 1, eerste zin WVV op de feitelijke bestuurder worden toegepast. Het is, zoals DELVAUX¹⁰²⁷ en VANDENBOGAERDE¹⁰²⁸ ten tijde van het oude W.Venn. al aangaven, altijd mogelijk dat een rechtspersoon het feitelijk beheer van een feitelijke bestuurder uitdrukkelijk of stilzwijgend heeft aanvaard¹⁰²⁹. VANDENBOGAERDE schreef in zijn boek over de aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders over die hypothese in 2009 het volgende: “*In de*

Intersentia, 2021, (333) 341; G. CALLENS, A. CAUTAERS, H. CULOT, Y. DE CORDT, G. DE PIERPONT, T. FLAMENT, E. FOSSEPREZ, J.-M. GOLLIER, A. HANNOUILLE en N. TISSOT, “Chapitre 5 - Responsabilité des administrateurs” in Y. DE CORDT (ed.) *Société anonyme, 2e édition*, Bruxelles, Larcier, 2021, (337) 351.

¹⁰²⁵ L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “Les résidus de la responsabilité des administrateurs” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (251) 258. Zie ook B. TILLEMEN en N. VAN DAMME, “Externe bestuurdersaansprakelijkheid tegenover de fiscus en de RSZ bij faillissement van de onderneming die geen natuurlijke persoon is” in M.E. STORME, B. TILLEMEN, J. VANANROYE, M. VANMEENEN en R. HOUBEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen V*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (217) 236, met verwijzing naar CORNELIS en FRANÇOIS.

¹⁰²⁶ L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “Les résidus de la responsabilité des administrateurs” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (251) 258.

¹⁰²⁷ M.-A. DELVAUX, “Quelques développements relatifs aux responsabilités civile et pénale de l’administrateur personne morale d’une SA, d’une SPRL ou d’une SCRL” in Y. POULLET, P. WERY en P. WYNANTS (eds.), *Liber amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, (527) 528, vn. 6.

¹⁰²⁸ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 50.

¹⁰²⁹ Zie ook S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 4, nr. 10.

mate dat de algemene vergadering het optreden van de feitelijk bestuurder heeft aanvaard (uitdrukkelijk of stilzwijgend), bestaat er een overeenkomst en hangt daar ook een contractuele aansprakelijkheid aan vast. Natuurlijk zal die niet door het Wetboek van Vennootschappen zijn geregeld, zodat een actio mandati tegen de feitelijk bestuurder niet mogelijk of nuttig is. De oplossing naar gemeen recht is echter dezelfde, nu een lasthebber (feitelijk bestuurder) op grond van artikel 1993 [oud] BW de facto enkel rekenschap moet afleggen tegenover zijn lastgever (de algemene vergadering)”¹⁰³⁰.

Een stilzwijgende aanvaarding zou volgens VANDENBOGAERDE aan de orde zijn wanneer de algemene vergadering van aandeelhouders, respectievelijk leden, kennis heeft genomen van het feitelijk optreden van de feitelijke bestuurder en hem verder zijn gang heeft laten gaan¹⁰³¹.

DE GEYTER meent dat datgene wat VANDENBOGAERDE over de aanvaarding van feitelijk bestuur schreef onder gelding van het oude W.Venn. ook in het WVV-tijdperk nog altijd opgaat. Zij stelt in nagenoeg dezelfde bewoordingen: *“Het is echter ook mogelijk dat de rechtspersoon, hetzij uitdrukkelijk, hetzij stilzwijgend, het feitelijke beheer door de feitelijke bestuurder heeft aanvaard. In de mate dat de algemene vergadering het feitelijk bestuur heeft aanvaard, is er sprake van een overeenkomst tussen de rechtspersoon en de feitelijke bestuurder en de contractuele aansprakelijkheid die daarmee samenhangt”¹⁰³².*

Zowel VANDENBOGAERDE, als DE GEYTER, meent dat de aanvaarding van het handelen van een feitelijke bestuurder, een overeenkomst doet ontstaan tussen de rechtspersoon en de feitelijke

¹⁰³⁰Zie M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 50. Zie ook D. VAN GERVEN “Aansprakelijkheidsvordering tegen feitelijke bestuurders” (noot onder Gent 20 oktober 2008), *TRV* 2013, (174) 175, nr. 4.

¹⁰³¹M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 50.

¹⁰³²S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 4, nr. 10, met verwijzing naar M. VANDENBOGAERDE. Zie ook S. DE GEYTER, “Deel IV Bestuursmodellen en aansprakelijkheid – Hoofdstuk II Algemeen overzicht van de recente wijzigingen van de regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid” in S. DE GEYTER, I. DE POORTER en E., LEROUX (eds.), *Bestuur in de NV*, Antwerpen, Intersentia, 2022, (217) 220: “Feitelijke bestuurders kunnen op grond van artikel 2:56, eerste lid WVV aansprakelijk worden gesteld jegens de rechtspersoon voor fouten begaan in de uitoefening van hun opdracht. Wanneer de feitelijke bestuurders zich bestuursbevoegdheden hebben toegeëigend zonder dat de algemene vergadering hiervan op de hoogte was, lijkt er echter geen sprake te zijn van een opdracht en zal de contractuele aansprakelijkheid niet gelden. De aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder is dan extracontractueel”.

bestuurder¹⁰³³. Het zou, meer in het bijzonder, gaan om een lastgevingsovereenkomst¹⁰³⁴. Dat is mijns inziens een correcte analyse. VANDENBOGAERDE en DE GEYTER vergissen of verschrijven zich echter wanneer zij aangeven dat de aanvaarding van het feitelijk bestuur door de rechtspersoon gebeurt bij monde van de algemene vergadering. Het orgaan dat bevoegd is om een mandaat te verlenen is het orgaan dat bevoegd is om de rechtshandelingen die (zouden) zijn gedelegeerd (*i.c.* daden van bestuur), zelf te stellen¹⁰³⁵, en dat is niet de algemene vergadering, maar het bestuursorgaan. De lastgever is ook niet een orgaan van de rechtspersoon, zoals VANDENBOGAERDE schrijft¹⁰³⁶, maar de rechtspersoon zelf¹⁰³⁷.

Om van een echte aanvaarding door de rechtspersoon te kunnen spreken, is het dus vooral van belang dat het bestuursorgaan het optreden van de feitelijke bestuurder heeft gedoogd¹⁰³⁸. Het is ook dit orgaan dat bevoegd is om te beslissen of tegen hem een aansprakelijkheidsvordering zal worden ingeleid¹⁰³⁹. Van belang om te noteren is dat de aanvaarding van het handelen van een feitelijke bestuurder door de rechtspersoon een overeenkomst met de feitelijke bestuurder doet ontstaan. Die overeenkomst is geen bestuurdersovereenkomst¹⁰⁴⁰ in de klassieke zin van het woord, maar zou wel kunnen worden gezien als “*een opdracht vanwege de rechtspersoon*” die het mogelijk maakt om artikel 2:56, lid 1 WVV op de feitelijke bestuurder toe te passen¹⁰⁴¹.

206. Indien de rechtspersoon via haar organen niet op de hoogte is van de activiteiten van de

¹⁰³³ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 50; S. DE GEYTER, “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal!” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, (888) 890, nr. 5; S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 4, nr. 10. Zie ook D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 768; F. DE LEO, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 353-354.

¹⁰³⁴ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 50; S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 4, nr. 10.

¹⁰³⁵ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 444.

¹⁰³⁶ VANDENBOGAERDE schrijft verkeerdelijk dat de algemene vergadering de lastgever zou zijn.

¹⁰³⁷ Zie ook E. LEROUX, “Delegatie van bevoegdheden door de raad van bestuur in de naamloze vennootschap” in S. DE GEYTER, I. DE POORTER en E. LEROUX (eds.), *Delegatie en taakverdeling in de NV*, Brussel, Larcier, 2016, (3) 99, nr. 227.

¹⁰³⁸ Zie evenwel D. VAN GERVEN “Aansprakelijkheidsvordering tegen feitelijke bestuurders” (noot onder Gent 20 oktober 2008), *TRV* 2013, (174) 175, nr. 4.

¹⁰³⁹ Zie hierover verder randnr. 236 t.e.m. 239.

¹⁰⁴⁰ Cf. D. VAN GERVEN “Aansprakelijkheidsvordering tegen feitelijke bestuurders” (noot onder Gent 20 oktober 2008), *TRV* 2013, (174) 175, nr. 4.

¹⁰⁴¹ Cf. D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 768.

feitelijke bestuurder, dan kan er geen sprake zijn van een aanvaarding van diens handelen door de rechtspersoon en is een beroep op artikel 2:56, lid 1 WVV, bij gebreke aan een opdracht vanwege de rechtspersoon, onmogelijk¹⁰⁴². De feitelijke bestuurder zal in deze hypothese enkel aansprakelijk kunnen worden gesteld op grond van het gemene aansprakelijkheidsrecht (artikel 1382 oud BW)¹⁰⁴³. Er anders over oordelen zou ingaan tegen de letterlijke bewoordingen van artikel 2:56, lid 1, eerste zin WVV.

Dat is nochtans wat VAN GERVEN lijkt te doen. VAN GERVEN wijst erop dat het in artikel 2:56 WVV opgenomen regime voor bestuursfouten een contractueel aansprakelijkheidsregime is¹⁰⁴⁴. Hij schrijft, net als DE GEYTER, dat de aansprakelijkheid van feitelijke bestuurders in de regel buitencontractueel is en dat er enkel bij een gedogen van het optreden van een feitelijke bestuurder door de rechtspersoon van een contractuele relatie – en dus een gebeurlijke contractuele aansprakelijkheid – kan worden gesproken¹⁰⁴⁵. Hij lijkt zichzelf echter tegen te spreken wanneer hij vervolgens schrijft dat “*wel mag worden betoogd dat de feitelijke bestuurder ten aanzien van de vennootschap aansprakelijk is voor een gewone bestuursfout*”¹⁰⁴⁶ en “*de regels inzake contractuele aansprakelijkheid ook gelden voor de feitelijke bestuurders*”¹⁰⁴⁷. Hoe dit te verzoenen valt met de letterlijke bewoordingen van artikel 2:56, lid 1, eerste zin WVV is onduidelijk.

VAN GERVEN geeft in de marge aan dat de wettelijke gelijkstelling tussen de feitelijke bestuurder en de formeel benoemde bestuurder enkel geldt “*voor de beoordeling van zijn aansprakelijkheid*”; er kan volgens hem geen overeenkomst tussen de feitelijke bestuurder en de rechtspersoon uit worden afgeleid¹⁰⁴⁸. *An sich* is dat correct. Het lijkt echter een stap te ver – en overenigbaar met de bewoordingen van artikel 2:56, lid 1, eerste zin WVV – om te besluiten dat een feitelijke bestuurder ook bij gebreke aan een overeenkomst voor een gewone bestuursfout kan

¹⁰⁴² Cf. S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 4, nr. 10.

¹⁰⁴³ S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 4, nr. 10, met verwijzing naar D. VAN GERVEN “Aansprakelijkheidsvordering tegen feitelijke bestuurders” (noot onder Gent 20 oktober 2008), *TRV* 2013, (174) 175, nr. 4.

¹⁰⁴⁴ D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 764 en 771, nr. 426.

¹⁰⁴⁵ D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 768.

¹⁰⁴⁶ D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 769, vn. 4323.

¹⁰⁴⁷ D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 772.

¹⁰⁴⁸ D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 769, vn. 4323.

worden aangesproken. Hoe kan iemand die geen opdracht heeft voor “*fouten begaan in de uitoefening van een opdracht*” worden aangesproken?

207. Alles wijst erop dat de wetgever de kwalificatie van een persoon als feitelijke bestuurder afzonderlijk heeft beschouwd van de regel dat een feitelijke bestuurder ook voor gewone bestuursfouten gehouden zou moeten zijn. Men kan namelijk maar een nuttig gevolg aan alle bewoordingen van de eerste zin van artikel 2:56, lid 1 WVV geven, wanneer men:

- eerst volgens de in het vorige hoofdstuk beschreven toets nagaat of een persoon zichzelf bestuursbevoegdheden heeft aangemeten en dus de hoedanigheid van feitelijke bestuurder heeft; en
- vervolgens, wanneer blijkt dat hij inderdaad die hoedanigheid heeft, nagaat of de organen van de rechtspersoon, en in het bijzonder het bestuursorgaan¹⁰⁴⁹, van zijn optreden op de hoogte waren en hem verder zijn gang hebben laten gaan.

Elke andere redenering botst op de voorwaarde dat om als feitelijke bestuurder te kunnen worden aangemerkt, men in alle onafhankelijkheid en soevereiniteit moet hebben gehandeld¹⁰⁵⁰. Gaat men eerst na of iemand fouten heeft begaan in de uitoefening van een opdracht, dan zal men in principe nooit tot feitelijke bestuur kunnen besluiten. Een *conditio sine qua non* voor dat besluit is immers dat er geen voorafgaandelijke opdracht vanwege de rechtspersoon mag bestaan.

C. De afwezigheid van een bestuurdersovereenkomst

208. Het feit dat een feitelijke bestuurder geen opdracht heeft gekregen van de rechtspersoon en dus in beginsel niet aansprakelijk kan worden gesteld voor “*fouten begaan in de uitoefening van zijn opdracht*” is niet de enige reden waarom er vraagtekens bij de tekst van artikel 2:56, lid 1 WVV kunnen worden geplaatst. De verwijzing naar de feitelijke bestuurder is ook vanuit een meer elementair oogpunt eigenaardig. De gewone bestuursfout wordt traditioneel gezien als een inbreuk op de bestuurdersovereenkomst tussen een rechtspersoon en een bestuurder¹⁰⁵¹. Die overeenkomst

¹⁰⁴⁹Zie hierboven randnr. 205.

¹⁰⁵⁰Zie hierboven randnr. 91.

¹⁰⁵¹Het gaat in de regel om een contractuele aansprakelijkheid. Zie J. VAN RYN en X. DIEUX, “La responsabilité des administrateurs ou gérants d’une personne morale à l’égard des tiers”, *JT* 1988, (401) 401 (“*Les relations entre*

komt tot stand na een besluit tot benoeming door de algemene vergadering, op het moment dat de betrokkene dat besluit heeft aanvaard¹⁰⁵². Welnu, eigen aan een feitelijke bestuurder is nu net dat hij geen bestuurdersovereenkomst met de rechtspersoon heeft¹⁰⁵³. Hij eigent zich de bevoegdheden van een bestuurder toe zonder hiervoor door de algemene vergadering te zijn benoemd. Indien en voor zover al kan worden beargumenteerd dat hij toch een overeenkomst met de rechtspersoon heeft (omdat de rechtspersoon zijn optreden heeft aanvaard), dan gaat het om een zuivere lastgevingsovereenkomst¹⁰⁵⁴. Het zou daarom veel logischer zijn, moest men zijn aansprakelijkheid voor tekortkomingen aan en inbreuken op die overeenkomst beoordelen volgens

les personnes morales et leurs organes de gestion sont légalement assimilées à celles qui existent entre mandant et mandataire. Leur responsabilité est donc en principe celle, contractuelle, du mandataire"); J.-L. FAGNART, "La responsabilité des administrateurs de la société anonyme" in J.-L. FAGNART, X. DIEUX en C. DALCQ (eds.), *La responsabilité des Associés. Organes et Préposés des Sociétés*, Bruxelles, Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, (1) 25; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 335; P. ERNST, "Actualia vennootschapsrecht: bestuurdersaansprakelijkheid – Recente evoluties" in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *CBR Jaarboek 2013-2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (79) 84 en 89; R. HOUBEN en A. SNYERS, "De nietigheid van besluiten en bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe recht" in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen – Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (211) 239, nr. 44; D. PHILIPPE en I. KARATAS, "Bestuurdersaansprakelijkheid in het licht van het WVV en het WER" in IJB (ed.), *De nieuwe uitdagingen voor de onderneming / L'entreprise face à ses nouveaux défis*, Brussel, Larcier Legal, 2019, (81) 85; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 764 en 771, nr. 426; B. TILLEMEN en N. VAN DAMME, "Externe bestuurdersaansprakelijkheid tegenover de fiscus en de RSZ bij faillissement van de onderneming die geen natuurlijke persoon is" in M.E. STORME, B. TILLEMEN, J. VANANROYE, M. VANMEENEN en R. HOUBEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen V*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (217) 235; M. WYCKAERT en R. FORIERS, "Bestuurdersaansprakelijkheid in vennootschappen: een veldonderzoek" in S. COOLS (ed.), *Themis 117 – Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2021, (1) 8, nr. 19; F. DE LEO, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 353; G. RUE, "Statut et responsabilités des mandataires en droit commercial" in S. GILSON en C. BEDORET (eds.), *Le statut des associés et mandataires de sociétés et associations*, Limal, Anthemis, 2021, (183) 223; M. DAVAGLE, "Statut et responsabilités des membres et des dirigeants d'A(I)SBL" in S. GILSON en C. BEDORET (eds.), *Le statut des associés et mandataires de sociétés et associations*, Limal, Anthemis, 2021, (231) 244. Zie ook Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 57. Sommige auteurs uiten kritiek op deze kwalificatie. Zie L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, "Les résidus de la responsabilité des administrateurs" in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (251) 253-256; P. BOSSARD, *CSA: examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, 128.

¹⁰⁵² B. TILLEMEN, *Bestuur van vennootschappen: statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 113, nr. 188; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 246, nr. 453; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 632.

¹⁰⁵³ D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 768.

¹⁰⁵⁴ Zie hierboven randnr. 205.

de gemene regels van de lastgeving en niet volgens het regime van de gewone bestuursfout¹⁰⁵⁵.

D. De ene feitelijke bestuurder is de andere niet

209. Door de bewoordingen “*fouten begaan in de uitoefening van hun opdracht*” in de wettekst op te nemen heeft de wetgever – onbewust(?) – een volledige categorie van feitelijke bestuurders van de werkingssfeer van artikel 2:56, lid 1 WVV uitgesloten. Het gaat om de feitelijke bestuurders die formeel benoemde bestuurders achter de schermen aansturen zonder operationeel in het bestuur van de rechtspersoon tussen te komen¹⁰⁵⁶. Zij worden ook wel “schaduwbestuurders” genoemd¹⁰⁵⁷.

Het valt moeilijk in te zien hoe het optreden van deze personen, ooit stilzwijgend, laat staan uitdrukkelijk, door een rechtspersoon zou kunnen worden aanvaard. Zij trekken achter de schermen aan de touwtjes en dat maakt dat een rechtspersoon noch de vrijheid, noch de mogelijkheid heeft om hun optreden te aanvaarden, omdat de rechtspersoon er gewoonweg geen weet van heeft. Zij handelen door hun inmenging weliswaar foutief, maar begaan geen fouten in de uitoefening van “een opdracht” vanwege de rechtspersoon. De ene feitelijke bestuurder is voor de toepassing van artikel 2:56, lid 1 WVV dus duidelijk de andere niet.

210. DE DIER en VANANROYE formuleerden in hun bijdrage over de aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV recent een zeer vergelijkbare bedenking, al is hun analyse niet helemaal gelijklopend. Zij stellen: “*Feitelijke bestuurders zijn, luidens de memorie van toelichting, op dezelfde manier aansprakelijkheid als formeel benoemde bestuurders. In haar algemeenheid is die laatste bewering verstrekkend en wellicht te verstrekkend. Het komt ons voor dat de memorie van toelichting hier te weinig onderscheid maakt tussen de verschillende soorten feitelijke bestuurders en de verschillende soorten fouten*”¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁵ Cf. M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 50.

¹⁰⁵⁶ Cf. M. WYCKAERT en D. ALPER, “Faillissementsaansprakelijkheid van bestuurders en feitelijke bestuurders. Oude wijn in nieuwe zakken of 'something old, something new?'” in D. VAN GERVEN en J. VANANROYE (eds.), *Leerstukken ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (189) 220, nr. 41.

¹⁰⁵⁷ Zie hierboven randnrs. 62 en 123.

¹⁰⁵⁸ S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV”, *Working Paper No. 2021/1*, elektronisch beschikbaar via <https://ssrn.com/abstract=>, 9, nr. 14; S. DE DIER en J. VANANROYE,

DE DIER en VANANROYE menen dat een onderscheid dient te worden gemaakt tussen twee verschijningsvormen van feitelijke bestuurders. De eerste verschijningsvorm, aldus DE DIER en VANANROYE, is een achterman die zich verschuilt achter stromannen die formeel tot bestuurder werden benoemd, doorgaans om een beroepsverbod of een wettelijke onverenigbaarheid in hoofde van de achterman te omzeilen. De “feitelijke bestuurder-achterman” zou volledig gelijk kunnen worden gesteld met een bestuurder *de jure* en zou ook aansprakelijk zijn voor een verzuim aan verplichtingen die enkel aan bestuurders zijn opgelegd (zoals de verplichting tot neerlegging van de jaarrekening, de verplichting tot naleving van de alarmbelprocedure, enzovoort). DE DIER en VANANROYE menen dat hij in de meeste gevallen juridisch het best begrepen zal kunnen worden als een reële bestuurder aangesteld door de algemene vergadering, wier aanstelling verborgen wordt gehouden voor de buitenwereld. Zijn gelijkstelling met een formeel benoemde bestuurder zou gewoon een toepassing zijn van de regel dat derden zich bij simulatie mogen beroepen op de werkelijke toestand¹⁰⁵⁹.

De tweede verschijningsvorm van de feitelijke bestuurder is volgens DE DIER en VANANROYE een *insider*, met als typevoorbeeld de aandeelhouder, die aansprakelijk wordt gesteld voor fouten. Een *insider* zou de hoedanigheid van feitelijke bestuurder verwerven, door in volle onafhankelijkheid positieve daden van bestuur te stellen, zonder dat hij als een “gedissimuleerde” bestuurder – wat dat ook moge zijn – zou kunnen worden beschouwd. In tegenstelling tot de “feitelijke bestuurder-achterman”, zou het voor de “feitelijke bestuurder-*insider*” te verregaand zijn om ervan uit te gaan dat hij gebonden is door zorgplichten die enkel van toepassing zijn op bestuurders *de jure*. DE DIER en VANANROYE menen dat de aansprakelijkheidsgrond(en) voor “feitelijke bestuurders-*insiders*” niet moeten worden begrepen als het opleggen van bijkomende zorgplichten, maar eerder als het zwaarder sanctioneren van gemeenrechtelijke fouten door een *insider* met controle. Zij stellen: “*Als een insider met controle over de rechtspersoon schade veroorzaakt, dan zal zijn aansprakelijkheid groter zijn dan die voor een schadeveroorzaker “at*

“Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV” in S. COOLS (ed.), *Lessen na twee jaar WVV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2022, (399) 411, nr. 14.

¹⁰⁵⁹S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV”, *Working Paper No. 2021/1*, elektronisch beschikbaar via <https://ssrn.com/abstract=>, 9-10; S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV” in S. COOLS (ed.), *Lessen na twee jaar WVV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2022, (399) 411.

arm's length". Onrechtmatige handelingen zijn immers periculieuzer als de schade wordt veroorzaakt door een controlerende insider. Een insider kan immers verhinderen dat het slachtoffer – de rechtspersoon – normale remedies gebruikt; ook heeft hij de tijd en de mogelijkheid om de sporen van zijn onrechtmatig handelen te verbergen. Bijgevolg leiden de gewone regels inzake aansprakelijkheid en herstel hier niet tot de gewenste afschrikking. De keerzijde daarvan is dat een insider, zeker een controlerende insider, een groter risico op aansprakelijkheid moet dragen dan een outsider. En dat grotere risico vertaalt zich in de uitbreiding van het toepassingsgebied van de regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid naar feitelijke bestuurders, en i.h.b. de toepassing van de bijzondere faillissementsaansprakelijkheid waarbij de rechter de volledige discretie heeft om een bestuurder of feitelijke bestuurder aansprakelijk te houden voor het geheel of een deel van het netto-actief, zonder zich zorgen te moeten maken over de normale regels inzake causaliteit (art. XX.225 WER)¹⁰⁶⁰.

211. DE DIER en VANANROYE schuiven een interessant onderscheid naar voor, maar hun analyse is vatbaar voor nuance. Allereerst is het zo dat ook een meerderheids- of controlerende aandeelhouder (een *insider*) een achterman kan zijn, en zich schuil kan houden achter stromannen. Wat *outsiders* betreft, geldt dat ook een *outsider* rechtstreeks in het bestuur van een rechtspersoon kan tussenkomen en zich naar derden toe als bestuurder van een rechtspersoon kan presenteren. Ook in deze (uitzonderlijke) hypothese kan er sprake zijn van feitelijk bestuur¹⁰⁶¹. Tot slot lijken DE DIER en VANANROYE te suggereren dat de reikwijdte van de “klassieke” toets die vervuld moet zijn opdat er kan worden gesproken van feitelijk bestuur (*i.e.* het voorhanden zijn van 1) positieve daden, 2) van bestuur, 3) gesteld in alle onafhankelijkheid en soevereiniteit), beperkt is tot *insiders*, hetgeen niet correct is. De klassieke toets geldt zonder enig onderscheid naar gelang de als feitelijke bestuurder geviseerde persoon¹⁰⁶².

¹⁰⁶⁰ S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV”, *Working Paper No. 2021/1*, elektronisch beschikbaar via [https://ssrn.com/abstract=](https://ssrn.com/abstract=399411), 10; S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV” in S. COOLS (ed.), *Lessen na twee jaar WVV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2022, (399) 411-412.

¹⁰⁶¹ Zie bv. randnr. 136 hierboven.

¹⁰⁶² Zie ook randnr. 151 hierboven.

De belangrijkste bedenking bij de interpretatie van DE DIER en VANANROYE, is dat zij moeilijk kan worden vastgeknoopt aan de tekst van de wet en nergens echt steun vindt in de voorbereidende documenten bij het WVV of Boek XX van het WER. Het is ook niet helemaal duidelijk hoe DE DIER en VANANROYE de concrete toepassing van artikel 2:56 (lid 1) WVV op de door hen ontlede feitelijke bestuurder precies zien. Het door hen gepresenteerde onderscheid kan dan ook moeilijk worden bijgetreden.

E. De wettelijke formulering van het beginsel van de marginale toetsing (art. 2:56, lid 1, in fine WVV): ook relevant voor de feitelijke bestuurder

212. Uit de derde en laatste zin van het eerste lid van artikel 2:56 WVV blijkt dat bestuurders slechts aansprakelijk zijn voor beslissingen, daden of gedragingen die zich kennelijk buiten de marge bevinden waarbinnen normaal voorzichtige en zorgvuldige bestuurders, geplaatst in dezelfde omstandigheden, redelijkerwijze van mening kunnen verschillen. Volgens de memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot invoering van het WVV is dit de wettelijke formulering van het beginsel van de marginale toetsing¹⁰⁶³; een beginsel dat in de rechtspraak al geruime tijd wordt gehuldigd om ervoor te zorgen dat de beleidsmarge waarover bestuurders *de jure* beschikken bij een rechterlijke aansprakelijkheidsbeoordeling in acht wordt genomen¹⁰⁶⁴.

Het weze opgemerkt dat de wettelijke formulering van het beginsel van de marginale toetsing in artikel 2:56, lid 1, *in fine* WVV in de rechtsleer door verschillende auteurs wordt bekritiseerd¹⁰⁶⁵. Zij voeren aan dat de woordkeuze van de wetgever – en meer in het bijzonder de toevoeging van het woordje “kennelijk” – de

¹⁰⁶³ Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 59.

¹⁰⁶⁴ Zie hierover o.m. J. RONSE, “Marginale toetsing in het privaatrecht”, *TPR* 1977, (207) 207-208; J. RONSE, K. VAN HULLE, J.-M. NELISSEN en B. VAN BRUYSTEGEM, “Overzicht van rechtspraak (1968-1977). Vennootschappen”, *TPR* 1978, (681) 817; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 66; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 336, nr. 609.

¹⁰⁶⁵ L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “Les résidus de la responsabilité des administrateurs” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (251) 264; S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 7, nr. 18; S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV”, *Working Paper No. 2021/1*, elektronisch beschikbaar via [https://ssrn.com/abstract=](https://ssrn.com/abstract=3911113), 13; L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “De (restanten van) bestuurdersaansprakelijkheid” in H. DE WULF en M. WYCKAERT (eds.), *Het WVV doorgelicht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, (333) 343 e.v.; S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV” in S. COOLS (ed.), *Lessen na twee jaar WVV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2022, (399) 415.

indruk wekt dat enkel de zwaarste (“kennelijke”) fouten tot aansprakelijkheid leiden, en dit zowel jegens de rechtspersoon, als jegens derden¹⁰⁶⁶. Deze lezing verdient geen bijval. Zoals BRAECKMANS en HOUBEN terecht schrijven moet het in artikel 2:56 WVV opgenomen beginsel van de marginale toetsing zo worden begrepen dat er sprake moet zijn van een kennelijke beleidsfout, *i.e.* een beleidsbeslissing die buiten de marge valt waarin normaal voorzichtige en zorgvuldige bestuurders, geplaatst in dezelfde omstandigheden, redelijkerwijze van mening kunnen verschillen¹⁰⁶⁷.

Wie artikel 2:56, lid 1 WVV aandachtig leest, zal vaststellen dat niet alleen bestuurders *de jure*, maar ook feitelijke bestuurders – althans diegenen die binnen de werkingssfeer van artikel 2:56, lid 1 WVV vallen¹⁰⁶⁸ – van de wettelijk geformuleerde marginale toetsing profiteren, wanneer zij op grond van deze bepaling worden aangesproken¹⁰⁶⁹. De eigenlijke tekst van artikel 2:56, lid 1, *in fine* WVV vangt immers niet aan met de woorden bestuurders, maar “*deze personen*”¹⁰⁷⁰. De woorden “*deze personen*” verwijzen naar de aanhef van artikel 2:56, lid 1 WVV, waarin de “*in artikel 2:51 bedoelde personen*” worden genoemd, en “*alle andere personen die ten aanzien van de rechtspersoon werkelijke bestuursbevoegdheid hebben of hebben gehad*”. Eerstgenoemde personen zijn, zoals eerder toegelicht¹⁰⁷¹, de leden van het bestuursorgaan en de dagelijks bestuurders, en laatstgenoemde personen zijn de feitelijke bestuurders¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁶Zie tevens: S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV”, *Working Paper No. 2021/1*, elektronisch beschikbaar via <https://ssrn.com/abstract=>, 13; S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV” in S. COOLS (ed.), *Lessen na twee jaar WVV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2022, (399) 415.

¹⁰⁶⁷H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 306, nr. 639.

¹⁰⁶⁸Zie randnr. 209 hierboven.

¹⁰⁶⁹Zie in dezelfde zin: S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV”, *Working Paper No. 2021/1*, elektronisch beschikbaar via <https://ssrn.com/abstract=>, 13; S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV” in S. COOLS (ed.), *Lessen na twee jaar WVV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2022, (399) 416.

¹⁰⁷⁰Artikel 2:56, lid 1 *in fine* WVV luidt voluit: “**Deze personen** zijn evenwel slechts aansprakelijk voor beslissingen, daden of gedragingen die zich kennelijk buiten de marge bevinden waarbinnen normaal voorzichtige en zorgvuldige bestuurders, geplaatst in dezelfde omstandigheden, redelijkerwijze van mening kunnen verschillen” (eigen nadruk).

¹⁰⁷¹Zie randnr. 200 hierboven.

¹⁰⁷²Voor de auteurs die artikel 2:56, lid 1, *in fine* WVV zo lezen dat enkel de zwaarste (“kennelijke”) fouten tot aansprakelijkheid leiden, ook ten aanzien van derden, wekt dit wel de nodige verbazing, en meer dan terecht. Zie in het bijzonder S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV”, *Working Paper No. 2021/1*, elektronisch beschikbaar via <https://ssrn.com/abstract=>, 13; S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV” in S. COOLS (ed.), *Lessen na twee jaar WVV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2022, (399) 416: “Tot slot profiteren ook feitelijke bestuurders van de marginale toetsing. [...] Onlogisch is dat niet : als het uitgangspunt is dat feitelijke bestuurders aansprakelijk zijn als echte

IV. DE AANSPRAKELIJKHEID WEGENS INBREUKEN OP HET WVV OF DE STATUTEN (ART. 2:56, LID 3 WVV)

A. Algemeen

213. De tweede grond van bestuurdersaansprakelijkheid die in artikel 2:56 WVV is opgenomen, is de aansprakelijkheid wegens inbreuken op het WVV of de statuten van de rechtspersoon. Hij kan worden teruggevonden in het derde lid van artikel 2:56 WVV en luidt als volgt: *“Zelfs indien het bestuursorgaan geen college vormt, zijn diens leden zowel jegens de rechtspersoon als jegens derden hoofdelijk aansprakelijk voor alle schade die het gevolg is van overtredingen van de bepalingen van dit wetboek of van de statuten van de rechtspersoon”*.

De tekst van artikel 2:56, lid 3 WVV is inhoudelijk geïnspireerd op het oude artikel 528, lid 1 W.Venn. inzake de NV¹⁰⁷³, dat luidde als volgt: *“De bestuurders zijn, hetzij jegens de vennootschap, hetzij jegens derden, hoofdelijk aansprakelijk voor alle schade die het gevolg is van overtreding van de bepalingen van dit wetboek of van de statuten van de vennootschap”*. Artikel 528, lid 2 W.Venn. bepaalde dat deze regel ook gold voor de leden van het directiecomité: *“Het eerste lid is eveneens van toepassing op de leden van het directiecomité”*. Een vergelijking van beide teksten maakt duidelijk dat artikel 2:56, lid 3 WVV erg dicht bij het oude artikel 528, lid 1 W.Venn. aanleunt, maar toch niet helemaal hetzelfde is.

214. Alvorens nader op de draagwijdte van artikel 2:56, lid 3 WVV in te gaan, is het van belang om op te merken dat niet alle auteurs artikel 2:56 WVV op dezelfde manier ontleden. Een aantal auteurs, waaronder DE GEYTER¹⁰⁷⁴, MALHERBE, DE CORDT, LAMBRECHT en CULOT¹⁰⁷⁵, maken in hun analyse van artikel 2:56 WVV een strikt onderscheid tussen het eerder besproken

bestuurders, dan dienen ze ook als zodanig te worden behandeld. Het wekt wel verbazing, aangezien de feitelijke bestuurders mee de schijnbare verlichting van de (externe) aansprakelijkheid genieten”.

¹⁰⁷³ Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 60-61. Zie ook hierboven randnr. 198.

¹⁰⁷⁴ S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 4, nr. 10-11 en 5, nr. 12 en 13; S. DE GEYTER, “Deel IV Bestuursmodellen en aansprakelijkheid – Hoofdstuk II Algemeen overzicht van de recente wijzigingen van de regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid” in S. DE GEYTER, I. DE POORTER en E., LEROUX (eds.), *Bestuur in de NV*, Antwerpen, Intersentia, 2022, (217) 220-221.

¹⁰⁷⁵ J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE en H. CULOT, *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020, 270 en 277.

artikel 2:56, lid 1 WVV, en artikel 2:56, lid 3 WVV. Zij benaderen beiden, in lijn met de situatie onder het oude W.Venn., als twee afzonderlijke aansprakelijkheidsgronden. Andere auteurs, zoals CORNELIS en FRANÇOIS¹⁰⁷⁶, DELANOTE¹⁰⁷⁷, en VAN GERVEN¹⁰⁷⁸, gooien het over een andere boeg. Zij menen dat de wetgever in artikel 2:56 WVV een algemeen aansprakelijkheidskader tot stand heeft willen brengen, waarbij de grondslagen van aansprakelijkheid, contractueel of buitencontractueel, voorop staan¹⁰⁷⁹. Er moet volgens hen niet langer een strikte opdeling worden gemaakt tussen de aansprakelijkheid wegens gewone bestuursfouten enerzijds, en wegens inbreuken op het WVV of de statuten anderzijds, maar wel tussen de aansprakelijkheid voor een bestuursfout ten aanzien van de rechtspersoon enerzijds, en een bestuursfout ten aanzien van derden anderzijds¹⁰⁸⁰. Het derde lid van 2:56 WVV is in dat denken geen afzonderlijke aansprakelijkheidsgrond, maar eerder een regel die een hoofdelijke aansprakelijkheid instelt, net als artikel 2:56, lid 2 WVV¹⁰⁸¹.

¹⁰⁷⁶L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “Les résidus de la responsabilité des administrateurs” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (251) 256-257; L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “De (restanten van) bestuurdersaansprakelijkheid” in H. DE WULF en M. WYCKAERT (eds.), *Het WVV doorgelicht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, (333) 340.

¹⁰⁷⁷J. DELANOTE, *De Vennootschap & de civiele aansprakelijkheid van haar bestuurders*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 18, nr. 20.

¹⁰⁷⁸D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 764.

¹⁰⁷⁹Zie impliciet ook K. MARESCEAU en B. JOYE, “Het bestuur van vennootschappen in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen” in M. WYCKAERT, P. ERNST, D. BRULOOT, K. MARESCEAU, B. JOYE, C. PIETTE, A. FRANÇOIS, M. VERHEYDEN en R. TAS (eds.), *De nieuwe vennootschapswet: VPG studiedag 2018*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018, (83) 104, nr. 54; D. PHILIPPE en I. KARATAS, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het licht van het WVV en het WER” in IJB (ed.), *De nieuwe uitdagingen voor de onderneming / L'entreprise face à ses nouveaux défis*, Brussel, Larcier Legal, 2019, (81) 84-86; M. WYCKAERT en D. ALPER, “Faillissementsaansprakelijkheid van bestuurders en feitelijke bestuurders. Oude wijn in nieuwe zakken of 'something old, something new?'” in D. VAN GERVEN en J. VANANROYE (eds.), *Leerstukken ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (189) 220.

¹⁰⁸⁰Zie M. WYCKAERT en R. FORIERS, “Bestuurdersaansprakelijkheid in vennootschappen: een veldonderzoek” in S. COOLS (ed.), *Themis 117 – Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2021, (1) 4, nr. 6: “Overeenkomstig artikel 2:56 WVV zijn bestuurders jegens de rechtspersoon aansprakelijk voor fouten begaan in de uitoefening van hun opdracht (de zogenaamde “interne aansprakelijkheid”). Dit geldt ook jegens derden voor zover de begane fout een buitencontractuele fout is (de zogenaamde “externe aansprakelijkheid”).”

¹⁰⁸¹L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “Les résidus de la responsabilité des administrateurs” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (251) 268-269; J. DELANOTE, *De Vennootschap & de civiele aansprakelijkheid van haar bestuurders*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 41-42, nr. 61-62.

B. Enkel leden van het bestuursorgaan?

i. Twee opvattingen

215. Het valt meteen op dat noch de tekst van het oude artikel 528 W.Venn., noch de tekst van het huidige artikel 2:56, lid 3 WVV, gewag maakt van feitelijke bestuurders. Artikel 2:56, lid 3 WVV verwijst uitsluitend naar het bestuursorgaan, of meer precies naar de leden van het bestuursorgaan, aangezien de woorden “*diens leden*” slaan op “*het bestuursorgaan*”. DE GEYTER meent dat hieruit kan worden opgemaakt dat artikel 2:56, lid 3 WVV enkel geldt voor de leden van de formeel benoemde bestuursorganen en niet voor de feitelijke bestuurders¹⁰⁸². Om deze laatsten bij inbreuken op het WVV of de statuten van de rechtspersoon te kunnen aanspreken zou een beroep moeten worden gedaan op artikel 1382 oud BW. Dit is ook hoe TILLEMANN en VAN DAMME naar artikel 2:56, lid 3 WVV kijken¹⁰⁸³, en hetzelfde geldt voor GOL en DUVIEUSART¹⁰⁸⁴. Een gelijkaardige – zij het ietwat implicietere – boodschap valt te lezen bij MALHERBE, DE CORDT, LAMBRECHT en CULOT: “*Contrairement au régime de responsabilité pour faute de gestion prévu par l’article 2:56, alinéa 1^{er}, le troisième alinéa de cette*

¹⁰⁸²S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 5, nr. 13: “*De aansprakelijkheid wegens inbreuken op het wetboek of de statuten lijkt enkel te gelden voor de leden van de formeel benoemde bestuursorganen en niet voor de feitelijke bestuurders*”.

¹⁰⁸³Zie B. TILLEMANN en N. VAN DAMME, “Externe bestuurdersaansprakelijkheid tegenover de fiscus en de RSZ bij faillissement van de onderneming die geen natuurlijke persoon is” in M.E. STORME, B. TILLEMANN, J. VANANROYE, M. VANMEENEN en R. HOUBEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen V*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (217) 269: “*I.t.t. de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van de artikelen 1382-1383 [oud] BW en 2:56, eerste lid WVV, zijn feitelijke bestuurders hier niet onderworpen aan de aansprakelijkheidsregeling wegens miskenning van het WVV of de statuten (art. 2:56, derde lid WVV). Die laatste aansprakelijkheid lijkt beperkt te zijn tot de formeel benoemde bestuursorganen. Dit blijkt uit een samenlezing van artikel 2:51 WVV, dat verwijst naar leden van een bestuursorgaan en dagelijks bestuurders, artikel 2:56, eerste lid WVV, dat verwijst naar de bestuurders vermeld in artikel 2:51 en naar feitelijke bestuurders, en artikel 2:56, derde lid WVV, dat beperkt blijft tot leden van een bestuursorgaan. Het WVV maakt zelf een onderscheid tussen leden van een bestuursorgaan enerzijds en dagelijks bestuurders (art. 2:51 WVV) en leden van een orgaan van dagelijks bestuur (art. 5:79, 6:67 en 7:121 WVV) anderzijds. Feitelijke bestuurders en dagelijks bestuurders die geen lid zijn van een bestuursorgaan, kunnen enkel op grond van de gemeenrechtelijke buitencontractuele aansprakelijkheid aansprakelijk gesteld worden (art. 1382-1383 [oud] BW; art. 2:56, eerste lid WVV)*”.

¹⁰⁸⁴D. GOL en C. DUVIEUSART, “La responsabilité des administrateurs: questions choisies” in V. PALM (ed.), *Le nouveau droit des sociétés en pratique – Questions choisies*, Limal, Anthemis, 2021, (235) 238: “*L’application du régime de responsabilité [...] de l’article 2: 56, alinéa 3 (responsabilité pour violation des dispositions du CSA ou des statuts), ne semble toutefois pas s’appliquer aux administrateurs de fait: l’article 2: 56, alinéa 3, vise expressément les membres de l’organe d’administration*”.

*disposition vise uniquement « les membres de l'organe d'administration »*¹⁰⁸⁵.

BRAECKMANS en HOUBEN drukken zich met enige voorzichtigheid in dezelfde zin uit¹⁰⁸⁶. Zij benadrukken dat de aansprakelijkheid op grond van een inbreuk op het WVV of de statuten van strikte toepassing is, gelet op de verzwaring ten opzichte van het gemene recht¹⁰⁸⁷. Zij voegen daaraan toe: “*Bijvoorbeeld zijn organen van dagelijks bestuur maar aansprakelijk tegenover de vennootschap overeenkomstig het gemene recht. Ook geldt deze aansprakelijkheidsgrond normaal niet voor feitelijke bestuurders, hoewel men in bepaalde (bekritiseerbare) rechtspraak toch vaststelt dat feitelijke en juridische bestuurders hoofdelijk worden veroordeeld wegens inbreuken op het WVV of de statuten*”¹⁰⁸⁸.

Niet iedereen is het met die analyse van artikel 2:56 (lid 3) WVV eens. POTTIER en LEFÈVRE schrijven zonder enige voorbehoud dat feitelijke bestuurders net als bestuurders aansprakelijk zijn voor inbreuken op het WVV of de statuten van de rechtspersoon¹⁰⁸⁹. Ook WYCKAERT en ALPER geven te kennen dat de aansprakelijkheid voor inbreuken op het WVV of de statuten van de rechtspersoon zowel geldt voor formeel benoemde bestuurders, als feitelijke bestuurders¹⁰⁹⁰. Zij benaderen artikel 2:56, lid 3 WVV niet als een afzonderlijke aansprakelijkheidsgrond met een eigen personeel toepassingsgebied, maar lijken er – net zoals CORNELIS en FRANÇOIS, DELANOTE, en VAN GERVEN – veeleer een verduidelijking in te zien van de aard van de

¹⁰⁸⁵ J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE en H. CULOT, *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020, 278.

¹⁰⁸⁶ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 315, nr. 651.

¹⁰⁸⁷ Zij verwijzen hierbij naar P. VAN OMMESLAGHE en L. SIMONT, “La notion de l’organe statutaire et la répartition des pouvoirs par le conseil d’administration des sociétés anonymes” (noot onder Cass. 17 mei 1962), *RCJB* 1964, (74) 92.

¹⁰⁸⁸ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 315, nr. 651.

¹⁰⁸⁹ Zie E. POTTIER en F. LEFÈVRE, “De aansprakelijkheid van de organen”, *TBH* 2018, (1091) 1096, nr. 17; E. POTTIER en F. LEFÈVRE, “La responsabilité des organes” in A.-P. ANDRE-DUMONT en T. TILQUIN (eds.), *La société à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier Legal, 2019, (173) 181, nr. 17. Zie in dezelfde zin ook G. RUE, “Statut et responsabilités des mandataires en droit commercial” in S. GILSON en C. BEDORET (eds.), *Le statut des associés et mandataires de sociétés et associations*, Limal, Anthemis, 2021, (183) 222.

¹⁰⁹⁰ M. WYCKAERT en D. ALPER, “Faillissementsaansprakelijkheid van bestuurders en feitelijke bestuurders. Oude wijn in nieuwe zakken of 'something old, something new?'” in D. VAN GERVEN en J. VANANROYE (eds.), *Leerstukken ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (189) 220, nr. 41. Zie ook J.-F. GOFFIN en A. CAUWENBERGH, “Les nouvelles responsabilités des administrateurs” in M. DAVAGLE (ed.), *Le nouveau visage des ASBL après le 1er mai 2019*, Limal, Anthemis, 2019, (193) 201, nrs. 30-31.

aansprakelijkheid (hoofdelijk i.p.v. individueel)¹⁰⁹¹.

DE LEO drukt zich niet echt in de ene of de andere zin uit¹⁰⁹², maar wijst erop dat het vreemd zou voorkomen dat bestuurders aan hun eigen aansprakelijkheid wegens schending van de statuten of het WVV zouden kunnen ontsnappen door zichzelf als feitelijke bestuurders buiten het vennootschapsrecht te plaatsen. Hij stelt dat de hele idee van feitelijke bestuurders in het aansprakelijkheidsrecht net is om misbruik te voorkomen, niet om het te faciliteren¹⁰⁹³. Zoals besproken in Deel 1 van dit proefschrift, lijkt dit inderdaad de rode draad te zijn geweest in het denken van de wetgever toen hij in het verleden (d.w.z. vóór het WVV) gelijkstellingen tussen formeel benoemde bestuurders en feitelijke bestuurders aannam in de context van verschillende aansprakelijkheidsbepalingen¹⁰⁹⁴. Deze rode draad lijkt – gelet op de opbouw en formulering van artikel 2:56 WVV, de onduidelijkheid over de interpretatie ervan, en de plaats die de figuur van de feitelijke bestuurder in de wettekst heeft gekregen – echter niet te zijn doorgetrokken naar het WVV. De verduidelijking die de wetgever naar eigen zeggen wilde aanbrengen¹⁰⁹⁵, blijft in ieder geval uit.

ii. De voorvraag: wel of geen afzonderlijke aansprakelijkheidsgrond?

216. Hierboven werd reeds opgemerkt dat er eigenlijk twee manieren zijn om naar artikel 2:56, lid 3 WVV te kijken. Men kan er een afzonderlijke aansprakelijkheidsgrond in lezen die los staat van artikel 2:56, lid 1 WVV en die een eigen personeel toepassingsgebied kent, of men kan er een regel in lezen die net als artikel 2:56, lid 2 WVV een hoofdelijke aansprakelijkheid instelt en die veeleer een aanvulling is bij het basisprincipe inzake bestuurdersaansprakelijkheid (opgenomen in

¹⁰⁹¹ M. WYCKAERT en D. ALPER, “Faillissementsaansprakelijkheid van bestuurders en feitelijke bestuurders. Oude wijn in nieuwe zakken of 'something old, something new?'” in D. VAN GERVEN en J. VANANROYE (eds.), *Leerstukken ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (189) 220, nr. 42.

¹⁰⁹² DE LEO stelt in zijn proefschrift voornamelijk in de verf dat er met betrekking tot de vraag of feitelijke bestuurders op grond van artikel 2:56 WVV aansprakelijk kunnen worden gesteld voor overtredingen van bepalingen van de statuten of het WVV, twee opvattingen bestaan (zie F. DE LEO, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 353-354).

¹⁰⁹³ F. DE LEO, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 353, met verwijzing naar A. SNYERS, “Standpunt: De (on)beperkte aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder”, *TRV-RPS* 2020, afl. 5, 552.

¹⁰⁹⁴ Zie hierboven randnrs. 47 en 48.

¹⁰⁹⁵ Zie Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 59; zie ook randnr. 197 hierboven.

artikel 2:56, lid 1 WVV), dan een afzonderlijke aansprakelijkheidsgrond. Het mag duidelijk zijn dat afhankelijk van welke lezing men onderschrijft, de uitkomst voor de feitelijke bestuurder totaal anders is. Beschouwt men artikel 2:56, lid 3 WVV als een afzonderlijke aansprakelijkheidsgrond die strikt te onderscheiden is van artikel 2:56, lid 1 WVV, dan luidt de conclusie dat de feitelijke bestuurder er niet onder valt. Wil men hem kunnen aanspreken voor inbreuken op bepalingen van het WVV of de statuten, dan zal men dat moeten doen via het gemene aansprakelijkheidsrecht (artikel 1382 oud BW)¹⁰⁹⁶. Leest men een algemene aansprakelijkheidsnorm in artikel 2:56, lid 1 WVV en beschouwt men artikel 2:56, lid 3 WVV niet als een afzonderlijke aansprakelijkheidsgrond met een eigen personeel toepassingsgebied, dan is het besluit anders. Een inbreuk op een bepaling van het WVV of de statuten maakt dan een bestuursfout uit ten aanzien van de rechtspersoon waarvoor de feitelijke bestuurder aansprakelijk kan worden gesteld. Evenwel niet op grond van artikel 2:56, lid 3 WVV¹⁰⁹⁷, maar op grond van artikel 2:56, lid 1 WVV¹⁰⁹⁸ (wanneer de fout ook geacht kan worden te zijn begaan “in de uitoefening van een opdracht”). De fout betreft in dit laatste geval veelal een inbreuk op een resultaatsverbintenis¹⁰⁹⁹.

- iii. De te volgen opvatting in het licht van de wettekst en de memorie van toelichting: enkel formeel benoemde leden van een bestuursorgaan kunnen op grond van artikel 2:56, lid 3 WVV aansprakelijk worden gesteld wegens inbreuken op het WVV en de statuten

217. De hamvraag blijft welke lezing van artikel 2:56, lid 3 WVV nu de juiste is. Voortgaand op wat er in de memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot invoering van het WVV staat, kan er een lans worden gebroken voor de eerstgenoemde lezing, waarbij artikel 2:56, lid 3 WVV een afzonderlijke aansprakelijkheidsgrond uitmaakt met een eigen personeel toepassingsgebied (waar enkel de formeel benoemde leden van het bestuursorgaan onder vallen). De wetgever lijkt de

¹⁰⁹⁶Zie ook S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 5, nr. 13.

¹⁰⁹⁷Al geeft DELANOTE te kennen dat dit wel zou kunnen wanneer de feitelijke bestuurder zich profileert als een onderdeel van het bestuursorgaan (zie J. DELANOTE, *De Vennootschap & de civiele aansprakelijkheid van haar bestuurders*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 42-43, nr. 64). Zie ook verder randnr. 219.

¹⁰⁹⁸Cf. K. MARESCEAU, *De Vennootschap & haar nieuwe Wetboek*, Gent, Larcier Legal, 29-30.

¹⁰⁹⁹Cf. F. DE LEO, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 355. Zie ook J. DELANOTE, *De Vennootschap & de civiele aansprakelijkheid van haar bestuurders*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 53-55; M. WYCKAERT en R. FORIERS, “Bestuurdersaansprakelijkheid in vennootschappen: een veldonderzoek” in S. COOLS (ed.), *Themis 117 – Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2021, (1) 7, nr. 14.

tweedeling tussen de oude artikelen 527 en 528 W.Venn. (gewone bestuursfout *versus* inbreuken op het wetboek of de statuten) in de memorie namelijk nog niet (helemaal) te hebben verlaten.

Zo blijkt uit de volgende passage: “*Het derde lid is geïnspireerd op het huidige artikel 528 W.Venn. Het bepaalt dat de aansprakelijkheid voor overtredingen van dit wetboek of van de statuten steeds hoofdelijk is, zelfs wanneer er geen collegiaal bestuursorgaan is (bijvoorbeeld in een BV met meerdere individueel bevoegde bestuurders). Deze aansprakelijkheid geldt, in tegenstelling tot de aansprakelijkheid voor gewone bestuursfouten, niet enkel ten aanzien van de rechtspersoon, maar ook ten aanzien van derden*” (eigen nadruk)¹¹⁰⁰. Het valt te betreuren dat de wetgever in de eigenlijke tekst van de wet zoveel ruimte heeft gelaten voor interpretatie, zeker omdat de regels die hij er in heeft willen samenbrengen in het verleden separaat een veel duidelijker afgelijnd personeel toepassingsgebied kenden.

V. EEN HOOFDELIJKE AANSPRAKELIJKHEID MET DE FORMEEL BENOEMDE LEDEN VAN HET BESTUURSORGAAN?

A. Een gecontesteerd vraagstuk

218. Een vraag die zeer nauw verbonden is met de vraag of feitelijke bestuurders op grond van artikel 2:56 WVV aansprakelijk kunnen worden gesteld voor inbreuken op de bepalingen van het WVV of de statuten, is of zij al dan niet gevat worden door de in het tweede en/of derde lid van deze bepaling opgenomen regels inzake hoofdelijke aansprakelijkheid.

Artikel 2:56, lid 2 WVV bepaalt dat “*indien het bestuursorgaan een college vormt, hun aansprakelijkheid voor de beslissingen of nalatigheden van dit college hoofdelijk is*” (eigen nadruk).

Het hierboven besproken artikel 2:56, lid 3 WVV bepaalt dat “*zelfs indien het bestuursorgaan geen college vormt, diens leden zowel jegens de rechtspersoon als jegens derden hoofdelijk aansprakelijk zijn voor alle schade die het gevolg is van overtredingen van de bepalingen van dit wetboek of van de statuten van de rechtspersoon*” (eigen nadruk).

¹¹⁰⁰Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 60-61.

De meningen hierover zijn sterk verdeeld, maar liggen grotendeels in lijn met de reeds besproken visies aangaande de aansprakelijkheid van feitelijke bestuurders voor inbreuken op de bepalingen van het WVV of de statuten.

219. DE GEYTER meent dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van artikel 2:56, lid 2 WVV zich niet kan uitstrekken tot de feitelijke bestuurders, omdat zij geen deel uitmaken van het collegiaal bestuursorgaan¹¹⁰¹. Zij stelt, verwijzend naar een arrest van het hof van beroep van Antwerpen¹¹⁰²: *“Indien de rechtspersoon of derden een aansprakelijkheidsvordering wegens een loutere bestuursfout willen instellen tegen feitelijke bestuurders, dan moeten zij het bestaan van een persoonlijke fout in hoofde van de feitelijke bestuurders bewijzen en aangezien de artikelen 1382 en 1383 [oud] BW geen hoofdelijkheid voorschrijven, staan zij slechts in voor hun eigen fout. Alleen indien de schade haar oorzaak vindt in de samenlopende fouten van verschillende feitelijke bestuurders (en eventueel bestuurders) en indien zonder de fout van een van hen de fouten van de anderen niet hadden kunnen volstaan, kunnen de feitelijke bestuurders in solidum aansprakelijk worden gesteld”*¹¹⁰³. Eenzelfde analyse geldt volgens haar voor de hoofdelijke aansprakelijkheid van artikel 2:56, lid 3 WVV: feitelijke bestuurders worden er niet door geïsoleerd, opnieuw omdat zij geen deel uitmaken van het formele bestuursorgaan¹¹⁰⁴.

DE LEO verwijst naar DE GEYTER en stelt in een voetnoot in zijn proefschrift in gelijkaardige bewoordingen dat *“feitelijke bestuurders niet hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld aangezien zij geen deel uitmaken van het formeel bestuursorgaan (en de naleving van het WVV of de statuten dus niet tot hun bevoegdheid hoort) en zij geen deel kunnen uitmaken van het collegiaal*

¹¹⁰¹ S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 8, nr. 21; S. DE GEYTER, “Deel IV Bestuursmodellen en aansprakelijkheid – Hoofdstuk II Algemeen overzicht van de recente wijzigingen van de regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid” in S. DE GEYTER, I. DE POORTER en E., LEROUX (eds.), *Bestuur in de NV*, Antwerpen, Intersentia, 2022, (217) 220. Zie met verwijzing naar DE GEYTER ook: B. TILLEMANN en N. VAN DAMME, “Externe bestuurdersaansprakelijkheid tegenover de fiscus en de RSZ bij faillissement van de onderneming die geen natuurlijke persoon is” in M.E. STORME, B. TILLEMANN, J. VANANROYE, M. VANMEENEN en R. HOUBEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen V*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (217) 229. Zie eveneens E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 284, nr. 466.

¹¹⁰² Antwerpen 23 maart 2017, *TRV-RPS* 2018, 884, noot S. DE GEYTER.

¹¹⁰³ S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 8, nr. 21.

¹¹⁰⁴ S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 8, nr. 22.

*bestuursorgaan. Er is echter wel rechtspraak die formele en feitelijke bestuurders samen in solidum aansprakelijk stelt*¹¹⁰⁵.

Ook DE DIER en VANANROYE sluiten zich bij DE GEYTER aan. Zij stellen: “*Gelet op de formulering van beide hoofdelijkheidsvermoedens in art. 2:56 WVV gelden die vermoedens niet voor feitelijke bestuurders. Hoofdelijkheid geldt immers enkel voor leden van het bestuursorgaan. Feitelijke bestuurders zijn net geen leden van een bestuursorgaan. Feitelijke bestuurders staan bijgevolg slechts in voor hun eigen fout. Dat neemt uiteraard niet weg dat er op basis van het gemeen recht desgevallend sprake kan zijn van in solidum-gehoudenheid dan wel hoofdelijkheid, met name in geval van een samenlopende resp. gemeenschappelijke fout*”¹¹⁰⁶.

VAN GERVEN is een andere mening toegedaan. Hij stelt dat de regeling inzake hoofdelijkheid – zoals terug te vinden in de artikelen 2:56, lid 2 en lid 3 WVV¹¹⁰⁷ – geldt voor alle bestuurders die een orgaan vormen of er deel van uitmaken¹¹⁰⁸. Ook een feitelijke bestuurder kan daar volgens hem bij horen, met name wanneer hij in feite deel uitmaakt van een (collegiaal) bestuursorgaan¹¹⁰⁹.

DELANOTE deelt die mening. Hij merkt op: “*Feitelijke bestuurders zijn in principe derden die geen bestuursorgaan zijn of daar een onderdeel van vormen. Desalniettemin, indien zij zich profileren als een onderdeel van een bestuursorgaan, is het o.i. aannemelijk te stellen dat de regels van hoofdelijkheid voluit van toepassing zijn, en formeel benoemde bestuurders dus hoofdelijk aansprakelijk zijn met feitelijke bestuurders*”¹¹¹⁰.

220. CORNELIS en FRANÇOIS menen dat de feitelijke bestuurder niet geïsoleerd wordt door artikel 2:56 lid 2 WVV, maar wel door artikel 2:56, lid 3 WVV. Zij stellen: “*Si la faute de gestion ou la faute extracontractuelle est imputable à un administrateur de fait, le troisième alinéa de*

¹¹⁰⁵ F. DE LEO, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 358, vn. 1524.

¹¹⁰⁶ S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV”, *Working Paper No. 2021/1*, elektronisch beschikbaar via <https://ssrn.com/abstract=>, 19, nr. 30; S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV” in S. COOLS (ed.), *Lessen na twee jaar WVV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2022, (399) 424, nr. 30.

¹¹⁰⁷ VAN GERVEN verwijst in algemene termen naar artikel 2:56 WVV en lijkt op die manier te kennen te geven dat zowel de hoofdelijkheid van lid 2 als lid 3 voor de feitelijke bestuurder gelden.

¹¹⁰⁸ D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 780.

¹¹⁰⁹ D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 780.

¹¹¹⁰ J. DELANOTE, *De Vennootschap & de civiele aansprakelijkheid van haar bestuurders*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 42-43, nr. 64.

l'article 2:56 s'appliquera. L'administrateur de fait ne forme en effet pas un collège avec les autres organes d'administration. Sa faute donnera donc lieu à une responsabilité solidaire allégée des administrateurs, qui se trouvent au niveau d'administration dont l'administrateur de fait a usurpé les pouvoirs. L'administrateur de fait commet par ailleurs une faute en s'appropriant et en exerçant des pouvoirs que le CSA et/ou les statuts de la personne morale réservent à des organes d'administration. Si cette faute donne lieu à un responsabilité dans son chef, les administrateurs du même niveau endosseront une responsabilité solidaire"¹¹¹¹. PHILIPPE en KARATAS treden hen hierin bij¹¹¹².

Zowel VAN GERVEN¹¹¹³ en DELANOTE¹¹¹⁴, als CORNELIS en FRANÇOIS¹¹¹⁵ voeren aan dat artikel 2:56, lid 4 WVV toepassing vindt in geval van hoofdelijkheid tussen de feitelijke bestuurder en de formeel benoemde leden van het bestuursorgaan. Laatstgenoemden zouden volgens hen aan hun hoofdelijke aansprakelijkheid met de feitelijke bestuurder kunnen ontkomen door de beweerde fout van de feitelijke bestuurder aan te klagen bij alle andere leden van het bestuursorgaan.

¹¹¹¹L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, "Les résidus de la responsabilité des administrateurs" in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (251) 270. Zie tevens L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, "De (restanten van) bestuurdersaansprakelijkheid" in H. DE WULF en M. WYCKAERT (eds.), *Het WVV doorgelicht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, (333) 352-353, nr. 24: "Indien de bestuursfout of de buitencontractuele fout te wijten is aan een feitelijk bestuurder, zal het derde lid van artikel 2:56 van toepassing zijn. De feitelijke bestuurder vormt immers geen college met de andere bestuursorganen. Zijn fout zal dus aanleiding geven tot een hoofdelijke aansprakelijkheid ten aanzien van de overige bestuurders, die zich bevinden op het bestuursniveau waarvan de feitelijke bestuurder zich de bevoegdheden heeft toegeëigend. De feitelijke bestuurder begaat trouwens een fout door zich bevoegdheden toe te eigenen en uit te oefenen die de wet en de statuten van de rechtspersoon hebben voorbehouden aan de 'officiële' bestuursorganen. Indien deze fout aanleiding geeft tot een aansprakelijkheid in hoofde van de feitelijke bestuurder, zullen de bestuurders van hetzelfde niveau een hoofdelijke aansprakelijkheid oplopen".

¹¹¹²D. PHILIPPE en I. KARATAS, "Bestuurdersaansprakelijkheid in het licht van het WVV en het WER" in IJB (ed.), *De nieuwe uitdagingen voor de onderneming / L'entreprise face à ses nouveaux défis*, Brussel, Larcier Legal, 2019, (81) 88-89, nr. 15.

¹¹¹³D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 779-780.

¹¹¹⁴J. DELANOTE, *De Vennootschap & de civiele aansprakelijkheid van haar bestuurders*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 43, nr. 64.

¹¹¹⁵L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, "Les résidus de la responsabilité des administrateurs" in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (251) 270, nr. 25; L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, "De (restanten van) bestuurdersaansprakelijkheid" in H. DE WULF en M. WYCKAERT (eds.), *Het WVV doorgelicht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, (333) 353, nr. 25.

B. Besluiten tot hoofdelijkheid strookt niet met de wettekst

221. Hoewel de meeste auteurs het erover eens lijken te zijn dat een feitelijke bestuurder geen deel uitmaakt van het bestuursorgaan van de rechtspersoon, komen verschillende onder hen tot de conclusie dat het tweede en/of derde lid van artikel 2:56 WVV toch op hem van toepassing zijn of kunnen zijn. Enkel DE GEYTER en DE LEO, en DE DIER en VANANROYE lijken ervan overtuigd dat hoofdelijkheid tussen feitelijke bestuurders en bestuurders *de jure* uitgesloten is. Die visie verdient bijval, want zij is de enige visie die formeel strookt met de bewoordingen van de wettekst.

VI. DE FEITELIJKE BESTUURDER EN DE ARTIKELEN 2:57 EN 2:58 WVV

A. De feitelijke bestuurder en artikel 2:57 WVV¹¹¹⁶

i. Algemeen

222. Een volgende vraag die in het onderzoek naar de rechtspositie van de feitelijke bestuurder dient te worden beantwoord, is of een feitelijke bestuurder binnen het personele toepassingsgebied van artikel 2:57 WVV valt. Deze sterk gecontesteerde bepaling beperkt de aansprakelijkheid die bestuurders kunnen oplopen tot een wettelijk bepaald maximumbedrag (een zogenaamde “cap” of plafond)¹¹¹⁷. Dat bedrag verschilt naar gelang de grootte van de betrokken rechtspersoon,

¹¹¹⁶De hierna volgende uiteenzetting is gebaseerd op: A. SNYERS, “Standpunt: De (on)beperkte aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder”, *TRV-RPS* 2020, afl. 5, 552-558.

¹¹¹⁷Voor een kritische analyse van de *ratio* achter artikel 2:57 WVV wordt verwezen naar Adv.RvS, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/002, 12-18; R. HOUBEN en A. SNYERS, “De nietigheid van besluiten en bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe recht” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen – Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (211) 271-273; J. VANANROYE, “De voorgestelde ‘cap’ op bestuursaansprakelijkheid: enkele in het oog springende discriminaties”, *Corporate Finance Lab*, 4 oktober 2018, <https://corporatefinancelab.org/2018/10/04/de-voorgestelde-cap-op-bestuursaansprakelijkheid-enkele-in-het-oog-springende-discriminaties/>; O. CAPRASSE en L. LÉONARD, “Les principes généraux de la réforme” in R. AYDOGDU en O. CAPRASSE (eds.), *Le code des sociétés et des associations. Introduction à la réforme du droit des sociétés*, Luik, Anthemis, 2018, (7) 35; E. POTTIER en F. LEFEVRE, “De aansprakelijkheid van de organen”, *TBH* 2018, (1091) 1098-1099; P. DE WOLF, “La responsabilité des administrateurs ou la recherche de l’impossible équilibre”, *TAA* 2019, afl. 63, (25) 28; E. POTTIER en F. LEFEVRE, “La responsabilité des organes” in A.-P. ANDRE-DUMONT en T. TILQUIN (eds.), *La société à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier Legal, 2019, (173) 185-187; E.-J. NAVEZ en A. NAVEZ, *Le code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Bruxelles, Larcier Legal, 2019, 70-74; L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “Les résidus de la responsabilité des administrateurs” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal,

uitgedrukt in functie van de gemiddelde omzet en het gemiddelde balanstotaal¹¹¹⁸.

	Aard van de rechtspersoon	Gemiddelde balanstotaal		Gemiddelde omzet (excl. BTW)	Plafond
1	Alle rechtspersonen (behalve OOB)	≤ 175.000 EUR	en	< 350.000 EUR	125.000 EUR
2	Alle niet onder 1 begrepen rechtspersonen (behalve OOB)	≤ 350.000 EUR	en	< 700.000 EUR	250.000 EUR
3	Alle niet onder 1 en 2 begrepen rechtspersonen (behalve OOB) die niet meer dan één van de volgende limieten hebben overschreden	> 4.500.000 EUR	of	> 9.000.000 EUR	1.000.000 EUR
4	Alle niet onder 1, 2 en 3 begrepen rechtspersonen (behalve OOB)	> 4.500.000 EUR en < 43.000.000 EUR	en	> 9.000.000 EUR en < 50.000.000 EUR	3.000.000 EUR
5	Alle niet onder 1, 2, 3 en 4 begrepen rechtspersonen (behalve OOB) die niet meer dan één van de volgende limieten hebben overschreden	≥ 43.000.000 EUR	of	≥ 50.000.000 EUR	12.000.000 EUR
6	Organisaties van openbaar belang (OOB)				12.000.000 EUR

Anthemis, 2019, (251) 273-281; S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 11-12; P. DE WOLF, “La (nouvelle) révision du régime de responsabilité des administrateurs par le Code des sociétés et des associations” in P. BOSSARD (ed.), *Le Code des sociétés et des associations: contentieux et pratique*, Limal, Anthemis, 2019, (9) 20; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE en H. CULOT, *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020, 297-299.

¹¹¹⁸Zie over de berekening hiervan o.m. E. POTTIER en F. LEFEVRE, “De aansprakelijkheid van de organen”, *TBH* 2018, (1091) 1099-1101; L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “Les résidus de la responsabilité des administrateurs” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (251) 273-275; S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 10; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE en H. CULOT, *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020, 301-302.

Het was aanvankelijk de bedoeling dat het wettelijk plafond een zeer ruime gelding zou kennen en, behalve voor enkele specifieke aansprakelijkheden ten aanzien van de fiscus en de RSZ, enkel in geval van bedrieglijk opzet en het oogmerk om te schaden in hoofde van de persoon die aansprakelijk wordt gesteld ter zijde zou kunnen worden geschoven¹¹¹⁹. Deze tekst haalde het uiteindelijk niet. Vlak voordat de tekst van het WVV ter finale stemming werd voorgelegd, werd in de Kamer nog een amendement ingediend waarmee de reikwijdte van het plafond sterk werd ingeperkt¹¹²⁰. Het dekt in zijn aangenomen vorm uitsluitend toevallige lichte fouten¹¹²¹. Eerder gewoonlijk dan toevallig voorkomende lichte fouten en zware fouten zijn uitdrukkelijk van het toepassingsgebied uitgesloten, net als bedrieglijk opzet en het oogmerk om te schaden in hoofde van de persoon die aansprakelijk wordt gesteld¹¹²². Welke fouten toevallige lichte fouten zijn en

¹¹¹⁹Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 73. Zie ook R. HOUBEN en A. SNYERS, “De nietigheid van besluiten en bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe recht” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen – Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (211) 275-276.

¹¹²⁰Zie Amendement nr. 536 van de heer DE ROOVER c.s. bij het wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, ingediend in plenaire vergadering, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 3119/019.

¹¹²¹Zie ook E. POTTIER en F. LEFÈVRE, “De aansprakelijkheid van de organen”, *TBH* 2018, (1091) 1103; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE en H. CULOT, *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020, 299. Niet alle auteurs lijken het daar onverkort mee eens. ROELANTS schrijft dat de auteur van het amendement een eerder beperkte toepassing van de aansprakelijkheidsbeperking heeft laten uitschijnen in de verantwoording, maar dat maar dit niet noodzakelijk blijkt uit de woorden van de minister van Justitie tijdens de finale bespreking van het wetsontwerp in de plenaire vergadering van de Kamer. De minister had het toen over de beperking van aansprakelijkheid voor “gewone fouten” (Plenumvergadering, *Beknopt Verslag*, CRABV 54 PLEN 272, 28 februari 2019, 52). Volgens ROELANTS lijkt de minister daarmee te suggereren dat er meer fouten onder de “cap” kunnen vallen dan enkel “toevallige lichte fouten” (zie M. ROELANTS, “Het bestuur in de nieuwe NV”, *Balans* 2019, afl. 825, (1) 8).

¹¹²²Zie artikel 2:57, §3 WVV. WYCKAERT geeft terecht aan dat men hieruit niet meteen mag besluiten dat de cap volstrekt betekenisloos is geworden. Zij stelt: “*Het is op het eerste gezicht verleidelijk om de zware fout zonder meer te assimileren met die fout die, onder de gebruikelijke en thans wettelijk geconsacreerde marginale toetsing, überhaupt maar in aanmerking komt voor sanctivering onder bestuurdersaansprakelijkheid, maar dat is ongetwijfeld een te snelle conclusie. Hier wacht de praktijk een belangrijke interpretatieopdracht*” (eigen nadruk). Zie M. WYCKAERT, “Besturen onder het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen (WVV): wat verandert voor bestuurders van rechtspersonen?” in VRG-ALUMNI (ed.), *Recht in beweging – 26ste VRG-Alumnidag 2019*, Oud-Turnhout, Gompel & Svacina, 2019, (169) 188-189, nr. 31.

welke niet, is niet helemaal duidelijk¹¹²³. De rechtspraak zal in dit verband duidelijkheid moeten scheppen¹¹²⁴.

De vraag blijft welke bestuurders van deze – erg relatieve – aansprakelijkheidsbeperking (kunnen) genieten. Zijn dat enkel de formeel benoemde leden van het bestuursorgaan van de rechtspersoon, of ook de feitelijke bestuurders? Of zijn laatstgenoemden net als in het W.Venn.-tijdperk onbeperkt aansprakelijk? Om die vraag te kunnen beantwoorden moet de personele draagwijdte van artikel 2:57 WVV nader worden onderzocht.

ii. De personele draagwijdte van artikel 2:57 WVV – verschillende opvattingen

223. Uit een analyse van de rechtsleer blijkt dat er met betrekking tot de personele draagwijdte van artikel 2:57 WVV twee verschillende opvattingen bestaan¹¹²⁵. Om de redenering die daarachter schuilgaat goed te kunnen duiden, is het zinvol om eerst de tekst van artikel 2:57, §1, lid 1 WVV weer te geven, zoals die er na de stemming over het WVV uitzag. De meeste bijdragen werden immers tegen de achtergrond van die oorspronkelijke tekst geschreven. Inmiddels werd die tekst al verder verfijnd¹¹²⁶.

Artikel 2:57, §1, lid 1 WVV luidde aanvankelijk als volgt: “§1. De aansprakelijkheid bedoeld in artikel 2:56, elke andere schadeaansprakelijkheid die voortvloeit uit dit wetboek of andere wetten of reglementen ten laste van de personen vermeld in artikel 2:51, evenals de aansprakelijkheid

¹¹²³Zie ook S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 13, nr. 29.

¹¹²⁴Zie voor eenzelfde vaststelling: M. WYCKAERT en R. FORIERS, “Bestuurdersaansprakelijkheid in vennootschappen: een veldonderzoek” in S. COOLS (ed.), *Themis 117 – Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2021, (1) 13, nr. 30.

¹¹²⁵D. GOL en C. DUVIEUSART, “La responsabilité des administrateurs: questions choisies” in V. PALM (ed.), *Le nouveau droit des sociétés en pratique – Questions choisies*, Limal, Anthemis, 2021, (235) 238. Zie ook zeer overzichtelijk: A.-P. ANDRE-DUMONT, “De quelques règles applicables à toutes les personnes morales” in A.-P. ANDRE-DUMONT, H. CULOT en V. SIMONART (eds.), *Le Code des sociétés et des associations*, Bruxelles, Larcier, 2020, (7) 18, nr. 25. Zie ook de weergave in S. DE DIER en T. VAN WYNSBERGHE, *Bestuurdersaansprakelijkheid bij dreigende insolventie: capita selecta*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 57-58, nr. 80.

¹¹²⁶De tekst van artikel 2:57 WVV werd gewijzigd via de Wet van 28 april 2020 tot omzetting van richtlijn (EU) 2017/828 van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot wijziging van richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft, en houdende diverse bepalingen inzake vennootschappen en verenigingen, *BS* 6 mei 2020, 30488. Zie hierover verder randnr. 228.

voor de schulden van de rechtspersoon bedoeld in de artikelen XX.225¹¹²⁷ en XX.227 van het Wetboek van economisch recht is beperkt tot de volgende bedragen: [...]”.

224. Volgens een eerste opvatting strekt de personele draagwijdte van artikel 2:57 WVV zich zowel uit tot leden van een bestuursorgaan en dagelijks bestuurders, als feitelijke bestuurders¹¹²⁸. Aanhangers van deze opvatting wijzen erop dat artikel 2:57, §1, lid 1 WVV in de eerste plaats verwijst naar “de aansprakelijkheid bedoeld in artikel 2:56”. Zij menen dat aangezien dat artikel op zijn beurt verwijst naar de personen bedoeld in artikel 2:51 WVV én alle andere personen die ten aanzien van de rechtspersoon werkelijke bestuursbevoegdheid hebben of hebben gehad, ook feitelijke bestuurders onder artikel 2:57 WVV vallen. Zij wijzen er verder op dat artikel 2:57, §1, lid 1 WVV, naast “de aansprakelijkheid bedoeld in artikel 2:56” ook verwijst naar “de aansprakelijkheid voor schulden van de rechtspersoon bedoeld in de artikelen XX.225 (kennelijk grove fout)¹¹²⁹ en XX.227 (“wrongful trading”) van het Wetboek van economisch recht”. Welnu, die twee bepalingen zijn niet enkel van toepassing op leden van een bestuursorgaan en dagelijks bestuurders, maar ook op alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de onderneming werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad¹¹³⁰. Feitelijke bestuurders zouden dus ook via deze verwijzing onder artikel 2:57 WVV vallen¹¹³¹.

¹¹²⁷ De verwijzing naar artikel XX.225 WER werd met ingang van 6 mei 2020 opgeheven en is in de huidige wettekst niet langer terug te vinden (zie verder randnr. 228).

¹¹²⁸ Zie E. POTTIER en F. LEFÈVRE, “De aansprakelijkheid van de organen”, *TBH* 2018, (1091) 1101-1102, nr. 30; E. GOLDSCHMIDT, “Aandeelhoudersaansprakelijkheid, feitelijke bestuur en de forfaitaire beperking van bestuurdersaansprakelijkheid in het ontwerp-WVV”, *Corporate Finance Lab*, 24 oktober 2018, <https://corporatefinancelab.org/2018/10/24/aandeelhoudersaansprakelijkheid-feitelijk-bestuur-en-de-forfaitaire-beperking-van-bestuurdersaansprakelijkheid-in-het-ontwerp-wvv/>; E. POTTIER en F. LEFÈVRE, “La responsabilité des organes” in A.-P. ANDRÉ-DUMONT en T. TILQUIN (eds.), *La société à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier Legal, 2019, (173) 192, nr. 30; P. BOSSARD, *CSA: examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, 135, nr. 219; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 784. Zie (meer impliciet) ook J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE en H. CULOT, *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020, 299, nr. 594; G. RUE, “Statut et responsabilités des mandataires en droit commercial” in S. GILSON en C. BEDORET (eds.), *Le statut des associés et mandataires de sociétés et associations*, Limal, Anthemis, 2021, (183) 226.

¹¹²⁹ De verwijzing naar artikel XX.225 WER werd met ingang van 6 mei 2020 opgeheven en is in de huidige wettekst niet langer terug te vinden (zie verder randnr. 228).

¹¹³⁰ E. POTTIER en F. LEFÈVRE, “De aansprakelijkheid van de organen”, *TBH* 2018, (1091) 1101-1102, nr. 30; P. BOSSARD, *CSA: examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, 135, nr. 219.

¹¹³¹ Voor wat de aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement betreft en *wrongful trading*; of in het licht van de huidige wettekst voor wat de aansprakelijkheid wegens *wrongful trading* betreft.

Het lijkt erop dat aanhangers van deze eerste opvatting artikel 2:57, §1, lid 1 WVV in drie stukken opsplitsen en de cesuur leggen daar waar de wetgever in de wettekst een komma heeft geplaatst. Zij zien op die manier drie aansprakelijkheden die beperkt zijn, met name¹¹³²:

- 1) de aansprakelijkheid bedoeld in artikel 2:56 WVV;
- 2) elke andere schadeaansprakelijkheid die voortvloeit uit het WVV of andere wetten of reglementen ten laste van de personen vermeld in artikel 2:51 WVV; en
- 3) de aansprakelijkheid voor de schulden van de rechtspersoon bedoeld in de artikelen XX.225¹¹³³ en XX.227 WER.

225. Volgens een tweede opvatting is de personele draagwijdte van artikel 2:57 WVV een stuk enger en strekt ze zich enkel uit tot leden van een bestuursorgaan en dagelijks bestuurders. Feitelijke bestuurders (*i.e.* alle andere personen die ten aanzien van de rechtspersoon werkelijke bestuursbevoegdheid hebben of hebben gehad) zouden niet onder het personele toepassingsgebied zijn begrepen¹¹³⁴. Pleitbezorgers van deze tweede opvatting wijzen erop dat artikel 2:57, §1 WVV verwijst naar de aansprakelijkheid “*ten laste van de personen vermeld in artikel 2:51*”. Welnu, die bepaling vermeldt enkel de leden van het bestuursorgaan en de dagelijks bestuurder, en niet de feitelijke bestuurders¹¹³⁵.

¹¹³²Zie zeer duidelijk bij P. BOSSARD, *CSA: examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, 135, nr. 219; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 784, vn. 4416.

¹¹³³De verwijzing naar artikel XX.225 WER werd met ingang van 6 mei 2020 opgeheven en is in de huidige wettekst niet langer terug te vinden (zie verder randnr. 228).

¹¹³⁴Zie S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 10; L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “Les résidus de la responsabilité des administrateurs” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (251) 283, nr. 41; J. DELANOTE, *De vennootschap & de civiele aansprakelijkheid van haar bestuurders*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 108, nr. 194. Zie ook H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 344, nr. 715; F. DE LEO, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 406; S. DE GEYTER, “Deel IV Bestuursmodellen en aansprakelijkheid – Hoofdstuk II Algemeen overzicht van de recente wijzigingen van de regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid” in S. DE GEYTER, I. DE POORTER en E., LEROUX (eds.), *Bestuur in de NV*, Antwerpen, Intersentia, 2022, (217) 219.

¹¹³⁵CORNELIS en FRANÇOIS zijn ter zake erg stellig: “*L’article 2:57, §1, se réfère aux personnes visées à l’article 2:51 CSA, c’est-à-dire « chaque membre d’un organe d’administration ou délégué à la gestion journalière [...] ».* Il en résulte que les personnes qui détiennent ou ont détenu le pouvoir de gérer effectivement la personne morale (les administrateurs de fait, art. 2 :56, al. 1^{er}) ne bénéficient pas de la limitation de responsabilité et que la responsabilité limitée des administrateurs visés par l’article 2 :51 CSA est cumulable avec la responsabilité illimitée des administrateurs de fait (zie L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “Les résidus de la responsabilité des

Wie de tweede opvatting aanhangt leest artikel 2:57, §1, lid 1 WVV duidelijk op een andere manier dan wie de eerste opvatting onderschrijft: hij of zij lijkt de bewoordingen “*ten laste van de personen vermeld in artikel 2:51*” zo te begrijpen dat zij het personele toepassingsgebied van artikel 2:57 WVV afbakenen en dus slaan op alle daarin vermelde aansprakelijkheden.

iii. Argumenten vóór een onbeperkte aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder

226. Welke van hogervermelde opvattingen kan, los van eventuele taalkundige argumenten, juridisch het meest overtuigen? Deze waarbij de aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder wettelijk beperkt is, of deze waarbij dat niet het geval is? Ruim beschouwd, allicht de laatste en wel om de volgende redenen.

Allereerst kan artikel 2:57 WVV moeilijk los worden gezien van artikel 2:58 WVV, dat een verbod bepaalt om de aansprakelijkheid van bestuurders nog verder te beperken dan vermeld in artikel 2:57 WVV¹¹³⁶. De twee zijn als het ware twee zijden van dezelfde medaille. Zoveel wordt duidelijk uit een lezing van de memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot invoering van het WVV, waarin de wetgever letterlijk stelt: “*Het ontwerp wil een evenwicht realiseren tussen effectieve aansprakelijkheidsregels en een redelijke voorspelbaarheid van de financiële omvang van de aansprakelijkheid. Terwijl artikel 2:56 (in de aangenomen wettekst: artikel 2:57) om die laatste reden de hoogte van de aansprakelijkheid beperkt, wil artikel 2:57 (in de aangenomen wettekst: artikel 2:58) vermijden dat de bestuurder het aansprakelijkheidsrisico via contractuele mechanismen uitschakelt of op de vennootschap afwentelt*”¹¹³⁷.

administrateurs” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (251) 283, nr. 41). Zie tevens L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “De (restanten van) bestuurdersaansprakelijkheid” in H. DE WULF en M. WYCKAERT (eds.), *Het WVV doorgelicht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, (333) 367: “*Artikel 2:57, § 1 verwijst naar de personen vermeld in artikel 2:51 WVV, t.t.z. “elk lid van een bestuursorgaan of dagelijks bestuurder ...”. Hieruit volgt dat de personen die ten aanzien van de rechtspersoon werkelijke bestuursbevoegdheid hebben of hebben gehad (de zgn. feitelijke bestuurders, art. 2:56, eerste lid), geen aansprakelijkheidsbeperking genieten. Hieruit volgt eveneens dat de beperkte aansprakelijkheid van de bestuurders, bedoeld in artikel 2:51 WVV, cumuleerbaar is met de onbeperkte aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurders*”.

¹¹³⁶Zie ook S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 13, nr. 30.

¹¹³⁷Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 73.

Aangezien artikel 2:58 WVV de pendant is van artikel 2:57 WVV, zou men verwachten dat de personele draagwijdte ervan identiek is. Welnu, waar de tekst van artikel 2:57 WVV ruimte laat voor interpretatie, is de tekst van artikel 2:58 WVV heel duidelijk. Artikel 2:58 WVV verwijst uitsluitend naar de leden van een bestuursorgaan of dagelijks bestuurders¹¹³⁸. Dit zijn de personen vermeld in artikel 2:51 WVV, waarop in eerdergenoemde tweede opvatting de focus wordt gelegd¹¹³⁹. Gaat men voort op de samenhang van de artikelen 2:57 en 2:58 WVV, dan houdt het steek om die tweede opvatting te onderschrijven¹¹⁴⁰.

227. In de tweede plaats mag niet uit het oog worden verloren dat de idee van een wettelijke gelijkstelling tussen feitelijke bestuurders en bestuurders *de jure* (i.e. leden van formeel benoemde bestuursorganen), historisch gezien is ingegeven door de overweging misbruik te vermijden en te beteugelen¹¹⁴¹. De eerste wettelijke gelijkstelling in het ruimere domein van het vennootschapsrecht gaat terug op de artikelen 91 en 94 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering¹¹⁴², waarmee de artikelen 63*ter* (NV) en 133*bis* (BVBA) werden ingevoegd in de toenmalige gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen (Venn.W.)¹¹⁴³ die later opgingen in het W.Venn. De artikelen 63*ter* en 133*bis* Venn.W. voerden de inmiddels welbekende faillissementsaansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout in die vandaag is terug te vinden in artikel XX.225 WER. De belangrijkste reden voor de invoering ervan en de uitwerking van een wettelijke gelijkstelling, was – zoals eerder aangegeven – gelegen in de strijd tegen de zogenaamde koppelbazen die hun identiteit verhulden door slechts *de facto* in het bestuur van de door hen ingeschakelde vennootschappen tussen te komen¹¹⁴⁴. Door in de wettekst aandacht te besteden aan de feitelijke realiteit, hoopte de wetgever hieraan paal en perk te kunnen stellen.

¹¹³⁸ Zie verder randnr. 231.

¹¹³⁹ Zie hierboven randnr. 225.

¹¹⁴⁰ Cf. L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “Les résidus de la responsabilité des administrateurs” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (251) 291, nr. 51.

¹¹⁴¹ Zie ook hierboven randnr. 48.

¹¹⁴² Wet 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering, BS 17 augustus 1978. Zie ook hierboven randnr. 27.

¹¹⁴³ Worden bedoeld: de op 30 november 1935 gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen, zoals destijds opgenomen in het Wetboek van Koophandel, Boek I – Titel IX. – Handelsvennootschappen (BS 5 december 1935). Zie ook hierboven randnr. 27.

¹¹⁴⁴ Memorie van toelichting bij het ontwerp van wet tot economische heroriëntering, *Parl.St.* Senaat 1977-78, nr. 415/1, 46. Zie ook hierboven randnr. 27.

Achter de wettelijke gelijkstelling tussen feitelijke bestuurders en bestuurders *de jure* gaat dus een bijzondere “anti-misbruikregel” schuil¹¹⁴⁵. Iemand die zich formeel juridisch anders voordoet dan in realiteit het geval is om aan het toepassingsgebied van een wetsbepaling te ontsnappen, wordt er namelijk terug onder gebracht. Met deze kennis in het achterhoofd, valt moeilijk in te zien waarom een feitelijke bestuurder de gunst van een wettelijke aansprakelijkheidsbeperking zou moeten kunnen genieten. Hij leeft de spelregels niet na, waarom zou hij dan de voordelen ervan moeten kunnen genieten?¹¹⁴⁶ Het lijkt verdedigbaar te besluiten dat hij die niet geniet, wat opnieuw pleit voor eerdergenoemde tweede opvatting.

228. Daarnaast kunnen vraagtekens worden geplaatst bij het laatste element in de redenering van pleitbezorgers van eerstgenoemde opvatting¹¹⁴⁷, met name dat feitelijke bestuurders via een verwijzing naar de aansprakelijkheid voor schulden van de rechtspersoon bedoeld in de artikelen XX.225 en XX.227 WER hoe dan ook onder het toepassingsgebied van artikel 2:57 WVV vallen.

Om te beginnen heeft de wetgever in artikel 2:57, §1, lid 1 WVV, zoals initieel uitgevaardigd in 2019, niet naar de artikelen XX.225 en XX.227 WER *an sich* verwezen, maar integendeel naar “*de aansprakelijkheid voor schulden van de rechtspersoon bedoeld in de artikelen XX.225 en XX.227 WER*”. Deze bewoordingen lijken veeleer een aanvulling te zijn bij de zinsnede “*elke andere schadeaansprakelijkheid die voortvloeit uit dit wetboek of andere wetten of reglementen ten laste van de personen vermeld in artikel 2:51*”, dan een uitspraak over het personele toepassingsgebied van artikel 2:57 WVV. Het lijkt in de hele logica om de aansprakelijkheid van bestuurders wettelijk te beperken weinig waarschijnlijk dat de wetgever de bedoeling heeft gehad om drie aansprakelijkheidscategorieën te creëren met elk hun eigen personeel toepassingsgebied.

In de tweede plaats is de verwijzing naar de artikelen XX.225 en XX.227 WER al gedeeltelijk achterhaald. De tekst van artikel 2:57, §1, lid 1 WVV werd in 2020 gewijzigd via de Wet tot omzetting van Richtlijn (EU) 207/828 van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017

¹¹⁴⁵Zie ook hierboven randnr. 48.

¹¹⁴⁶Cf. L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “Les résidus de la responsabilité des administrateurs” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (251) 258.

¹¹⁴⁷Zie hierboven randnr. 224.

tot wijziging van Richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft, en houdende vennootschaps- en verenigingsbepalingen¹¹⁴⁸. Hij bevat niet langer een verwijzing naar artikel XX.225 WER én artikel XX.227 WER, maar enkel nog naar artikel XX.227 WER¹¹⁴⁹. Het feit dat er een verwijzing naar artikel XX.225 WER in de tekst van artikel 2:57, §1, lid 1 WVV was opgenomen, was volgens de wetgever puur een materiële vergissing¹¹⁵⁰. Een kennelijk grove fout werd in de oorspronkelijke tekst van artikel 2:57 in §1, lid 1 onder de cap gebracht en in §3, 1^o als zware fout of niet lichtelijk foutief handelen terug van de cap uitgesloten. Dat hield uiteraard weinig steek¹¹⁵¹.

Het valt te betreuren dat de wetgever de resterende verwijzing naar “*de aansprakelijkheid voor schulden van de rechtspersoon bedoeld in artikel XX.227 WER*” wel in de wettekst heeft laten staan, want ook daar kan een gelijkaardige redenering voor worden uitgewerkt¹¹⁵². Om echt over “*wrongful*” trading te kunnen spreken, lijkt meer nodig dan een lichtelijk foutief handelen¹¹⁵³.

Een bijna identieke bedenking werd recent geformuleerd door DE LEO, die tevens oog heeft voor de IPR-rechtelijke implicaties van artikel 2:57 WVV. Hij stelt: “*Merk ook op dat deze aansprakelijkheidsbeperking*

¹¹⁴⁸Zie artikel 58 van de Wet van 28 april 2020 tot omzetting van richtlijn (EU) 2017/828 van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot wijziging van richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft, en houdende diverse bepalingen inzake vennootschappen en verenigingen (BS 6 mei 2020, 30488).

¹¹⁴⁹Artikel 2 :57, §1, lid 1 luidt in zijn huidige vorm als volgt: “§1. *De aansprakelijkheid bedoeld in artikel 2:56, elke andere schadeaansprakelijkheid die voortvloeit uit dit wetboek of andere wetten of reglementen ten laste van de personen vermeld in artikel 2:51, evenals de aansprakelijkheid voor de schulden van de rechtspersoon bedoeld in artikel XX.227 van het Wetboek van economisch recht is beperkt tot de volgende bedragen: [...]*”.

¹¹⁵⁰Zie Memorie van toelichting bij artikel 53 van het wetsvoorstel tot omzetting van Richtlijn (EU) 2017/828 van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft, en houdende vennootschaps- en verenigingsbepalingen, *Parl.St.* Kamer 2019, nr. 0553/001, 28. Artikel 53 is in de aangenomen tekst van de wet artikel 58 geworden.

¹¹⁵¹Zie hierover L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “Les résidus de la responsabilité des administrateurs” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (251) 290. Cf. S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 13.

¹¹⁵²Zie T. VANDENBERGHE, *De Vennootschap & de aansprakelijkheid van haar bestuurders bij insolventie*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 69, nr. 84. Zie ook S. DE DIER en T. VAN WYNSBERGHE, *Bestuurdersaansprakelijkheid bij dreigende insolventie: capita selecta*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 55-56, nr. 78.

¹¹⁵³Zie ook T. VANDENBERGHE, *De Vennootschap & de aansprakelijkheid van haar bestuurders bij insolventie*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 69, nr. 84; I. VEROUGSTRAETE, M. DE WOLF, J.-PH. LEBEAU, J.P. RENARD, L. BIHAIN, W. DAVID, Y. GODFROID, B. INGHELS, S. JACMAIN, M. LEMAL, F. PARREIN en M.-A. SWARTENBROEKX, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Liège, Wolters Kluwer, 2019, 1442, nrs. 1986-1987 en 1453, nr. 1999.

*zich in het vennootschapsrecht bevindt: bestuurders van een failliete rechtspersoon die in België haar COMI heeft, maar haar statutaire zetel in een andere EU-lidstaat, zullen zich voor de faillissementsaansprakelijkheid uit artikel XX.227 WER dus niet op de cap kunnen beroepen – al is ook hier maar de vraag of artikel XX.227 WER überhaupt ooit onder de cap kan vallen, nu ook voor aansprakelijkheid wegens wrongful trading meer dan een toevallige lichte fout is vereist*¹¹⁵⁴.

229. Een laatste argument dat kan worden aangevoerd om een onbeperkte aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder (en dus een lezing waarbij hij buiten het toepassingsgebied van artikel 2:57 WVV valt) te bepleiten, kan worden gevonden in het feit dat een beperkte aansprakelijkheid in zijnen hoofde mogelijk een ongelijke behandeling in de hand zou kunnen werken¹¹⁵⁵. DE DIER en VANANROYE – die terecht op het risico op een ongelijke behandeling wijzen – illustreren dit aan de hand van het volgende voorbeeld: *“De curator van een failliete vennootschap stelt huisbank A aansprakelijk wegens onrechtmatige kredietverlening of -beëindiging. De bank is onbeperkt aansprakelijk voor de schade door haar veroorzaakt. De curator van een andere failliete vennootschap stelt huisbank B aansprakelijk wegens onrechtmatige kredietverlening of -beëindiging. Huisbank B heeft zich echter verregaand bemoeid met het bestuur van de vennootschap en roept in dat ze een ‘feitelijk bestuurder’ is. Gelet op de onduidelijkheid ter zake, kan niet worden uitgesloten dat dit lukt, in welk geval de aansprakelijkheid van huisbank B beperkt is tot de ‘cap’ die in de betrokken vennootschap gold. Indien er tussen de twee banken al een verschil in behandeling zou moeten zijn, zou het uiteraard net in de omgekeerde richting moeten gaan. Het uitbreiden van de ‘cap’ tot feitelijke bestuurders leidt tot ongerijmde situaties. De kwalificatie als ‘feitelijk bestuurder’ is gemaakt als een grond van aansprakelijkheid. Door de toepassing van de ‘cap’ op feitelijke bestuurders zou dat label een felbegeerde en redeloze grond van aansprakelijkheidsbeperking kunnen worden*”¹¹⁵⁶. Het lijkt sterk dat de wetgever dit voor ogen zou hebben gehad.

¹¹⁵⁴ F. DE LEO, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 406, met verwijzing naar S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 12.

¹¹⁵⁵ De begrenzing van de bestuurdersaansprakelijkheid in de artikelen 2:57 en 2:58 WVV roept in het licht van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel nog vragen op. Zie hierover omstandig: M. KRUIHOF, “De begrenzing van de bestuurdersaansprakelijkheid (artikel 2:57-58 WVV) getoetst aan het gelijkheidsbeginsel (artikel 10-11 Gw.)” in H. DE WULF en M. WYCKAERT (eds.), *Het WVV doorgelicht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 379-445.

¹¹⁵⁶ S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV”, *Working Paper No. 2021/1*, elektronisch beschikbaar via [https://ssrn.com/abstract=](https://ssrn.com/abstract=3811111), 32; S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid

iv. Slotsom

230. Uit het voorgaande blijkt dat de wetgever de tekst van artikel 2:57, §1 WVV op een nogal ongelukkige wijze heeft geformuleerd. Het personele toepassingsgebied van artikel 2:57 WVV is daardoor voor twee interpretaties vatbaar. In de ene interpretatie wordt de feitelijke bestuurder door artikel 2:57 WVV gevat; in de andere interpretatie valt hij erbuiten. De interpretatie waarbij hij buiten de *scope* van artikel 2:57 WVV valt en dus een onbeperkte aansprakelijkheid geniet, verdient de voorkeur. De voornaamste reden hiervoor is dat moeilijk te verdedigen valt waarom iemand die zich niet schikt naar de dwingende regels die gelden voor een bestuurder, zich zou moeten kunnen beroepen op de “voordelen” die aan dat statuut gekoppeld zijn.

B. De feitelijke bestuurder en artikel 2:58 WVV

231. Een vraag die veel eenvoudiger te beantwoorden is dan de vraag of een feitelijke bestuurder door artikel 2:57 WVV wordt gevat, is of hij binnen de *scope* van artikel 2:58 WVV valt. Dat komt omdat de aanhef van artikel 2:58 WVV, waarin een verbod is bepaald om de aansprakelijkheid van bestuurders nog verder te beperken dan vermeld in artikel 2:57 WVV, een stuk duidelijker is geformuleerd dan de aanhef van artikel 2:57 WVV, zoals hierboven al aangegeven. Er zijn geen kruisverwijzingen in opgenomen naar andere wetsbepalingen. Artikel 2:58 WVV verwijst letterlijk naar de leden van een bestuursorgaan of dagelijks bestuurders¹¹⁵⁷. Van de feitelijke bestuurders is geen sprake; zij worden dus niet door artikel 2:58 WVV gevat¹¹⁵⁸.

CORNELIS en FRANÇOIS menen dat de wetgever de feitelijke bestuurders bij de redactie van

van bestuurders in het WVV” in S. COOLS (ed.), *Lessen na twee jaar WVV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2022, (399) 442, nr. 52.

¹¹⁵⁷ Artikel 2:58 WVV luidt voluit als volgt: “*De aansprakelijkheid van een lid van een bestuursorgaan of dagelijks bestuurder kan niet verder worden beperkt dan vermeld in artikel 2:57.*”

De rechtspersoon, zijn dochtervennootschappen of de door hem gecontroleerde entiteiten mogen de in het eerste lid vermelde personen niet vooraf exonereren of vrijwaren voor hun aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon of jegens derden.

Elke bepaling in de statuten, in een overeenkomst of een eenzijdige wilsuiving die strijdig is met de bepalingen van dit artikel wordt voor niet geschreven gehouden” (eigen nadruk).

¹¹⁵⁸ Zie ook S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV”, *Working Paper No. 2021/1*, elektronisch beschikbaar via [https://ssrn.com/abstract=](https://ssrn.com/abstract=39), 39; S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV” in S. COOLS (ed.), *Lessen na twee jaar WVV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2022, (399) 452.

artikel 2:58 WVV uit het oog is verloren¹¹⁵⁹. Zij wijzen erop dat de niet-vermelding van feitelijke bestuurders in artikel 2:58 WVV, tot gevolg heeft dat er voor hen exonerationen of vrijwaringen kunnen worden bedongen die voor andere bestuurders verboden zijn¹¹⁶⁰. Feitelijke bestuurders kunnen zich zo theoretisch in een betere of voordeligere positie bevinden dan formeel benoemde bestuurders en dat kan, aldus CORNELIS en FRANÇOIS, toch moeilijk de bedoeling zijn geweest. Dit lijkt op het eerste gezicht een terechte vaststelling.

232. Wanneer men vertrekt vanuit de premisse dat de wettelijke regels inzake feitelijk bestuur werden uitgewerkt om misbruik te vermijden, en in voorkomend geval te beteugelen, dan is het inderdaad vreemd om te moeten vaststellen dat een regel die op het vlak van aansprakelijkheid “nadelige” effecten heeft voor bestuurders *de jure*, niet doorwerkt naar feitelijke bestuurders. De anti-misbruikdoelstelling die achter de (verschillende) wettelijke gelijkstelling(en) tussen feitelijke bestuurders en bestuurders *de jure* schuilgaat, wordt volledig ondergraven wanneer een wettelijke regel tot gevolg heeft dat wat voor bestuurders *de jure* niet kan, wel kan voor feitelijke bestuurders¹¹⁶¹. Feitelijke bestuurders treden de wettelijke spelregels met de voeten en mogen nooit beter af zijn dan bestuurders *de jure*. Is dat wel het geval, zoals in de context van artikel 2:58 WVV, dan is een wetgevende ingreep op zijn plaats. Of dergelijke ingreep gelet op de inhoud van artikel 2:58 WVV in de praktijk een grote impact zal hebben, valt zeer sterk te betwijfelen.

¹¹⁵⁹L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “Les résidus de la responsabilité des administrateurs” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (251) 291, nr. 51.

¹¹⁶⁰CORNELIS en FRANÇOIS stellen: “*En se référant uniquement aux membres d’un organe d’administration ou aux délégués à la gestion journalière, le législateur a perdu de vue les administrateurs de fait. Cet oubli pourrait conduire au constat paradoxal que les administrateurs de fait, exclus par le législateur du bénéfice de la limitation légale, peuvent néanmoins mettre en place des exonérations ou des limitations de responsabilité qui sont interdites aux autres administrateurs ce qui ne semble pas cohérent*” (zie L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “Les résidus de la responsabilité des administrateurs” in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, (251) 291, nr. 51). Zie tevens L. CORNELIS en A. FRANÇOIS, “De (restanten van) bestuurdersaansprakelijkheid” in H. DE WULF en M. WYCKAERT (eds.), *Het WVV doorgelicht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, (333) 375: “*Door te verwijzen naar de leden van een bestuursorgaan of de dagelijks bestuurder heeft de wetgever de feitelijke bestuurders uit het oog verloren. Dat leidt tot de paradoxale vaststelling dat voor de feitelijke bestuurders, die door de wetgever o.i. zijn uitgesloten van het voordeel van de numerieke aansprakelijkheidsbeperking, niettemin exonerationen of vrijwaringen kunnen worden bedongen die voor de andere bestuurders verboden zijn, wat niet coherent lijkt*”.

¹¹⁶¹Zie ook hierboven randnr. 48.

Het feit dat de *scope* van artikel 2:58 WVV zich op dit ogenblik enkel uitstrekt tot de leden van het bestuursorgaan en de dagelijks bestuurders en niet tot de feitelijke bestuurders heeft weinig praktische gevolgen, omdat er zelden op iemands aansprakelijkheid als feitelijke bestuurder wordt geanticipeerd. De reden daarvoor is simpel: men zou moeten vooruitlopen op een feitelijke toestand die men normaal gezien pas kent op het moment dat die toestand zich voordoet. Er zou voor een werkende vrijwarings- en/of vrijstellingsregel met de betrokkene een overeenkomst moeten worden afgesloten (wat erg vreemd is in het licht van de notie feitelijk bestuur) of er zou van de rechtspersoon een eenzijdige wilsuiting met dat voorwerp moeten uitgaan. Beiden veronderstellen dat men vooraf al weet wie als feitelijke bestuurder zal worden aangemerkt.

C. De verzekeringskwestie: kan de aansprakelijkheid als feitelijke bestuurder worden verzekerd?

233. Vennootschappen en verenigingen kunnen de financiële gevolgen van de aansprakelijkheid die hun bestuurders kunnen oplopen door of voor fouten¹¹⁶² begaan in de uitoefening van hun functie verzekeren door middel van een zogeheten bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering¹¹⁶³. Zulke verzekering staat in de praktijk beter bekend als een “D&O”-verzekering of polis (naar het Engelse “*Directors & Officers*”). Diverse vennootschappen en verenigingen in België hebben een D&O-polis voor hun bestuurders lopen¹¹⁶⁴. De opbouw van dergelijke polis is doorgaans zo dat de vennootschap of vereniging optreedt als verzekeringnemer (en dus ook de premies betaalt) en de bestuurders aanduidt als begunstigen¹¹⁶⁵. Dit laatste evenwel zonder hen nominatim in de polis te noemen. De idee is dat wie tot de groep van “bestuurders” (zoals contractueel gedefinieerd)

¹¹⁶²Luidens artikel 62 van de wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen (*BS* 30 april 2014) kan in principe voor alle fouten een dekking worden afgesloten, behalve voor opzettelijke fouten en bedrog.

¹¹⁶³Een van de motieven van de wetgever om een cap op de aansprakelijkheid van bestuurders in de voeren in het WVV was om ervoor te zorgen dat het afsluiten van dergelijke verzekering tegen aanvaardbare voorwaarden in de toekomst mogelijk zou blijven (zie Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 63).

¹¹⁶⁴Het afsluiten van dergelijke verzekering is echter niet verplicht (zie R. HOUBEN en A. SNYERS, “De nietigheid van besluiten en bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe recht” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen - Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (211) 279, nr. 119).

¹¹⁶⁵De geldigheid van deze werkwijze wordt algemeen aanvaard; zie M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 29-30, nr. 34; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Gent, Larcier, 2016, 754, nr. 382. M. COIPEL, M. DAVAGLE en V. SEPULCHRE, *ASBL in Rép.Not.*, Brussel, Larcier, 2017, 902, nr. 1265.

behoort, onder de dekking van de polis valt.

Het hoeft weinig betoog dat onder de bestuurders klassiek de bestuurders *de jure* worden verstaan, en eventueel de gewezen bestuurders, maar hoe zit het met de feitelijke bestuurders? Kunnen ook zij onder de dekking van een D&O-polis vallen? In de Belgische rechtsleer lijkt deze vraag nog niet te zijn belicht. Dat is anders in de Franse rechtsleer. De Franse auteur GIBIRILA bijvoorbeeld stelt dat D&O-polissen perfect ook “*dirigeants de fait*” kunnen dekken en dat in de praktijk soms ook doen¹¹⁶⁶. Zij benadrukt dat ter zake de contractuele vrijheid speelt en stelt verder: “*certaines contrats définissent le dirigeant de fait de façon large, englobant notamment une fonction de « supervision » ou de consultation, permettant de couvrir des personnes exerçant des fonctions importantes, mais non considérées comme des dirigeants de droit ni de fait (car elles ne s’immiscent pas dans la gestion ou la direction de la société)*”¹¹⁶⁷. Alles hangt er met andere woorden vanaf wat een verzekeringsmaatschappij (op het vlak van risico’s) bereid is te aanvaarden en een vennootschap of vereniging (in ruil) daarvoor bereid is te betalen. Dezelfde principes gelden naar Belgisch recht. Vindt men een verzekeraar die bereid is om het risico te onderschrijven, dan kan de aansprakelijkheid als feitelijke bestuurder (theoretisch) perfect worden verzekerd.

Regelt men niets, en schrijft men geen specifieke bepaling uit waarmee feitelijke bestuurders onder de dekking van de D&O-polis worden gebracht (in de zin zoals hierboven beschreven), dan is de aansprakelijkheid die iemand als feitelijke bestuurder zou kunnen oplopen niet verzekerd¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁶D. GIBIRILA, *Responsabilité civile des dirigeants de sociétés*, Levallois, Éditions Francis Lefebvre, 2019, 82, nr. 103, met de volgende kanttekening: “*Pour que l’assurance joue, faut-il reconnaître en justice la qualité de dirigeant de fait? En principe, une réponse positive s’impose, mais certains contrats peuvent prévoir de manière expresse que l’assurance jouera « sans même qu’un tribunal ait à se prononcer sur la qualité de dirigeant de fait »*”.

¹¹⁶⁷D. GIBIRILA, *Responsabilité civile des dirigeants de sociétés*, Levallois, Éditions Francis Lefebvre, 2019, 82, nr. 103.

¹¹⁶⁸Merk op dat een verzekeraar voor een gebeurlijke uitbreiding van de dekking van de D&O-polis naar feitelijke bestuurders naar alle waarschijnlijkheid een bijpremie zal vragen.

VII. DE AANSPRAKELIJKHEIDSVORDERING TEGEN DE FEITELIJKE BESTUURDER

A. Algemeen

234. Een feitelijke bestuurder kan zowel worden aangesproken door de rechtspersoon¹¹⁶⁹, als door derden en – in geval van faillissement – door de curator. Een kwestie die hiervoor nog niet onder de loep werd genomen, maar in het licht van het onderzoek in dit proefschrift bijzonder relevant is, is of wat geldt voor de aansprakelijkheidsvordering tegen de bestuurder *de jure*, ook opgaat voor de aansprakelijkheidsvordering tegen de feitelijke bestuurder. Deze kwestie wordt hierna nader onderzocht.

B. De vennootschaps- of verenigingsvordering en de minderheidsvordering in de BV, CV (en SCE), NV (en SE) en VZW

i. Geen vennootschaps- of verenigingsvordering tegen de feitelijke bestuurder

a) *De wettekst maakt geen gewag van de feitelijke bestuurder*

235. De aansprakelijkheidsvordering die een vennootschap of vereniging kan instellen wegens de aansprakelijkheid van haar bestuurders is wettelijk geregeld¹¹⁷⁰. Zo bepalen de artikelen 5:103 (BV), 6:88 (CV en SCE), 7:156 (NV en SE) en 9:12, 4° (VZW) WVV dat het de algemene vergadering is die beslist of tegen de leden van het bestuursorgaan¹¹⁷¹ / de bestuurders¹¹⁷² of de leden van de raad van toezicht een vennootschaps-, of verenigingsvordering moet worden

¹¹⁶⁹ Wegens een gewone bestuursfout (wanneer men kan hardmaken dat er een opdracht vanwege de rechtspersoon bestaat, zie randnrs. 205 t.e.m. 207 hierboven) of op grond van een onrechtmatige daad (zie verder randnrs. 254 e.v.).

¹¹⁷⁰ R. HOUBEN en A. SNYERS, “De nietigheid van besluiten en bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe recht” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen – Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (211) 264-265; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE en H. CULOT, *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020, 303.

¹¹⁷¹ De terminologie “leden van het bestuursorgaan” wordt enkel gebruikt in de artikelen 5:103, lid 1, eerste zin (BV) en 6:88, lid 1, eerste zin (CV) WVV: “*De algemene vergadering beslist of tegen de leden van het bestuursorgaan of tegen de commissaris een vennootschapsvordering moet worden ingesteld*” (eigen nadruk).

¹¹⁷² Het begrip bestuurders wordt gebruikt in de artikelen 7:156 (NV) en 9:12, 4° (VZW) WVV. Artikel 7:156, lid 1, eerste zin WVV bepaalt: “*De algemene vergadering beslist of tegen de bestuurders, de leden van de raad van toezicht of de commissarissen een vennootschapsvordering moet worden ingesteld*” (eigen nadruk). Artikel 9:12, 4° WVV bepaalt: “*Een besluit van de algemene vergadering is vereist voor: 4° de kwijting aan de bestuurders en de commissarissen, alsook, in voorkomend geval, het instellen van de verenigingsvordering tegen de bestuurders en de commissarissen;*” (eigen nadruk).

ingesteld. De algemene vergadering is ter zake exclusief bevoegd¹¹⁷³.

Voornoemde artikelen maken geen gewag van de feitelijke bestuurders. De verklaring daarvoor ligt voor de hand: feitelijke bestuurders worden in tegenstelling tot bestuurders *de jure* niet door de algemene vergadering benoemd en zijn formeel gezien niet gehouden om zich tegenover de algemene vergadering te verantwoorden¹¹⁷⁴. Dit wil niet zeggen dat er geen aansprakelijkheidsvordering namens de rechtspersoon tegen hen kan worden ingesteld. Zulke vordering kan alleen geen vennootschaps- of verenigingsvordering worden genoemd, of toch niet in de klassieke zin van het woord; zij volgt andere regels.

b) De aansprakelijkheidsvordering van de BV, CV (en SCE), NV (en SE) of VZW tegen de feitelijke bestuurder: een beslissing van het residuair bevoegde orgaan

236. De aansprakelijkheidsvordering van de BV, CV (en SCE), NV (en SE) of VZW tegen de feitelijke bestuurder is een vordering die niet nader is geregeld in het WV. Omdat er geen wettelijke regeling rond bestaat, rijst de vraag wie binnen de rechtspersoon bevoegd is om te beslissen of zij al dan niet zal worden ingesteld. Is dat naar analogie met de vennootschaps- en verenigingsvordering de algemene vergadering, waarbij het bestuursorgaan de beslissing louter en alleen uitvoert, of kan het bestuursorgaan volledig zelfstandig optreden? Deze vraag, waaraan in de rechtsleer tot nog toe relatief weinig aandacht werd besteed, verdient een grondigere analyse.

De aansprakelijkheidsvordering van de BV, CV (en SCE), NV (en SE) of VZW tegen de feitelijke bestuurder komt in de rechtsleer zelden ter sprake. Slechts een handvol auteurs neemt er een duidelijke stelling over in. VANANROYE schrijft dat “*een aansprakelijkheidsvordering tegen een*

¹¹⁷³J. VANANROYE, “Enkele evoluties inzake bestuurdersaansprakelijkheid” in K. GEENS (ed.), *Themis 29 – Vennootschaps- en financieel recht*, Brugge, die Keure, 2005, (77) 77; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 360; P. ERNST, “Actualia vennootschapsrecht: bestuurdersaansprakelijkheid – Recente evoluties” in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *CBR Jaarboek 2013-2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (79) 153; K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, F. PARREIN, S. DE DIER en S. COOLS, “Overzicht van rechtspraak (1999-2010). Vennootschappen”, *TPR* 2012, (73) 301; S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2015, 310, nr. 363; M. WYCKAERT en R. FORIERS, “Bestuurdersaansprakelijkheid in vennootschappen: een veldonderzoek” in S. COOLS (ed.), *Themis 117 – Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2021, (1) 9, nr. 20.

¹¹⁷⁴D. VAN GERVEN “Aansprakelijkheidsvordering tegen feitelijke bestuurders” (noot onder Gent 20 oktober 2008), *TRV* 2013, (174) 175, nr. 4; S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2015, 310, nr. 363.

feitelijke bestuurder volgens de normale regels van bestuur en vertegenwoordiging kan worden ingesteld, zonder dat een beslissing van de AV vereist is". Een feitelijke bestuurder staat volgens hem per definitie niet in een bestuursverhouding met de rechtspersoon en dat maakt, aldus VANANROYE, dat het bijzonder stelsel voor organen niet op hem van toepassing is¹¹⁷⁵. VAN GERVEN drukt zich in dezelfde zin uit. Hij stelt: "*De vennootschap zelf kan zich tegen de feitelijke bestuurder keren wegens het onrechtmatig usurperen van het bestuur. Deze aansprakelijkheidsvordering wordt door het bestuur benaarstigd en vergt geen voorafgaande beslissing van de algemene vergadering*"¹¹⁷⁶.

237. De stellingen van VANANROYE¹¹⁷⁷ en VAN GERVEN kunnen volmondig worden bijgetreden en dit om verschillende redenen. Ten eerste vinden zij steun in de wettekst. Die maakt, zoals hierboven aangegeven, geen gewag van de feitelijke bestuurders. Daar komt bij dat niets

¹¹⁷⁵Zie J. VANANROYE, "De bekrachtiging van eenzijdige vertegenwoordigingshandelingen, in het bijzonder van de *actio mandati* ingesteld zonder beslissing van de AV" (noot onder Cass. 25 september 2003), *TRV* 2004, (37) 39. J. VANANROYE, "Enkele evoluties inzake bestuurdersaansprakelijkheid" in K. GEENS (ed.), *Themis 29 – Vennootschaps- en financieel recht*, Brugge, die Keure, 2005, (77) 78. Zie ook K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, F. PARREIN, S. DE DIER en S. COOLS, "Overzicht van rechtspraak (1999-2010). Vennootschappen", *TPR* 2012, (73) 300-301, nr. 241 met verwijzing naar J. VANANROYE; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 25, nr. 32, eveneens met verwijzing naar J. VANANROYE; S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2015, 310, nr. 363, vn. 1594, met verwijzing naar K. GEENS *et al.*, *TPR* 2012, 300-301. Zie eveneens DE LEO die VANANROYE volmondig bij treedt: "***De algemene vergadering van aandeelhouders moet evenwel niet tussenkomen als (i) men feitelijke bestuurders of een derde-medeplichtige wil aanspreken, (ii) de leden van het bestuur de dagelijkse bestuurders willen aanspreken of (iii) de raad van toezicht de directieraad wil aanspreken***" (eigen nadruk – zie F. DE LEO, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 360, vn. 1530).

¹¹⁷⁶D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 767. VAN GERVEN wordt bijgetreden door F. HELSEN, "Aansprakelijkheidsvorderingen tegen bestuurders/zaakvoerders na discontinuïteit" in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP en T. LYSSENS (eds.), *Faillissement & Reorganisatie*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2020, losbl., (9.A–1) 9.A.–10. Zie verder ook M. AERTSEN, M. ALLIJS, D. BUYDENS, M. D'HERDE, W. GARDIN, M. HEENE, K. LANNOY, S. LEDENT, D. MERTENS, M. ROELENS, S. SABLON, C. VAN BIERVLIET, L. VANDAMME en T. VERMEERSCH, *Dé gids voor vennootschappen*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2021, 741.

¹¹⁷⁷In een recente bijdrage over het WVV met S. DE DIER, herhaalde VANANROYE zijn eerdere analyse: "*Ondanks het feit dat art. 2:56 WVV de aansprakelijkheidsgrond voor feitelijke bestuurders breed uitrolt, geeft het WVV geen bijzondere regel over welk orgaan bevoegd is tot instelling van een aansprakelijkheidsvordering lastens feitelijke bestuurders. Bijgevolg kan, bij gebrek aan andersluidende regel, een aansprakelijkheidsvordering tegen een feitelijke bestuurder (enkel) volgens de normale regels van bestuur en vertegenwoordiging worden ingesteld, zonder dat een beslissing van de algemene vergadering is vereist. De feitelijke bestuurder staat immers per definitie niet in een bestuursverhouding met de vennootschap, maar is een derde, zodat het bijzonder stelsel voor organen niet van toepassing is* (eigen nadruk)" (zie S. DE DIER en J. VANANROYE, "Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV", *Working Paper No. 2021/1*, elektronisch beschikbaar via [https://ssrn.com/abstract=](https://ssrn.com/abstract=3894443), 23-24, nr. 38; S. DE DIER en J. VANANROYE, "Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV" in S. COOLS (ed.), *Lessen na twee jaar WVV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2022, (399) 431, nr. 38).

erop wijst dat de beslissing tot instelling van een aansprakelijkheidsvordering tegen iemand die louter feitelijk als bestuurder optreedt op een inherente of een impliciete wijze aan de algemene vergadering zou toekomen¹¹⁷⁸. De beslissing tot instelling van zulke vordering is niets anders dan een beslissing tot instelling van een rechtsvordering namens de rechtspersoon en die behoort bij *default* tot de residuaire bevoegdheid van het bestuursorgaan¹¹⁷⁹.

Ten tweede heeft eerder doctoraatsonderzoek van S. COOLS over de bevoegdheidsverdeling tussen de algemene vergadering en het bestuursorgaan in een NV uitgewezen dat het vanuit rechtseconomisch oogpunt het meest efficiënt is dat de beslissing tot instelling van een rechtsvordering namens de vennootschap, toekomt aan het bestuursorgaan¹¹⁸⁰. De idee is dat de leden van het bestuursorgaan voor zulke beslissing in beginsel geen met de aandeelhouders strijdige belangen hebben en daarom zou het efficiënt zijn om hen die taak te laten waarnemen¹¹⁸¹. Dat is anders voor beslissingen tot instelling van een aansprakelijkheidsvordering tegen één of meer bestuurders. De bestuurders hebben een inherent belangenconflict bij dergelijke beslissingen; zij maken deel uit van hetzelfde orgaan en zijn geneigd om elkaar wederzijds in te dekken. Het meest geschikte orgaan om hen te nemen zou daarom de algemene vergadering zijn en dat is precies hoe de wetgever de bevoegdheidsverdeling in de wet heeft vormgegeven¹¹⁸². De vraag is uiteraard wat dit alles betekent voor de bevoegdheid om een aansprakelijkheidsvordering in te stellen tegen de feitelijke bestuurders. Het antwoord is dat het vanuit rechtseconomisch oogpunt het meest efficiënt is dat zij toekomt aan het bestuursorgaan. Feitelijke bestuurders maken formeel geen deel uit van het bestuursorgaan en zijn niet hoofdelijk met de leden van het bestuursorgaan

¹¹⁷⁸Zie over inherente en impliciete bevoegdheden zeer uitvoerig: S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2015, 230-265.

¹¹⁷⁹K. GEENS en M. WYCKAERT, *Verenigingen en vennootschappen – Deel II. De Vennootschap – A. Algemeen Deel in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 505; S. DE GEYTER, “Gevolgen van bevoegdheidsdelegatie en taakverdeling voor de aansprakelijkheid van bestuurders” in S. DE GEYTER, I. DE POORTER en E. LEROUX (eds.), *Delegatie en taakverdeling in de NV*, Brussel, Larcier, 2016, (5) 78. Zie ook J. VANANROYE, “De bekrachtiging van eenzijdige vertegenwoordigingshandelingen, in het bijzonder van de *actio mandati* ingesteld zonder beslissing van de AV” (noot onder Cass. 25 september 2003), *TRV* 2004, (37) 39.

¹¹⁸⁰S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2015, 307, nr. 360.

¹¹⁸¹S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2015, 307, nr. 360.

¹¹⁸²S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2015, 307-308 en 310.

gehouden¹¹⁸³. De leden van het bestuursorgaan hebben in beginsel dus geen (inherent) belangenconflict wanneer het op de aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurders aankomt.

GOLDSCHMIDT maakt de terechte bedenking dat het feit dat feitelijke bestuurders in een rechtspersoon actief kunnen zijn, betekent dat zij minstens tot op een zekere hoogte de gratie van de bestuurders *de jure* genieten¹¹⁸⁴. Laatstgenoemden mogen zuiver theoretisch dan wel geen inherent belangenconflict hebben bij de beslissing tot instelling van een aansprakelijkheidsvordering tegen hen, praktisch is er wel een probleem wanneer zulke vordering uitblijft¹¹⁸⁵.

238. In de rechtspraak komt de aansprakelijkheidsvordering van de BV, CV (en SCE), NV (en SE) of VZW tegen de feitelijke bestuurder en de daarmee gepaard gaande bevoegdheidskwestie nog minder ter sprake dan in de rechtsleer. Er is in de gepubliceerde rechtspraak maar één uitspraak terug te vinden waarin de vordering wordt aangesneden¹¹⁸⁶. Jammer genoeg wordt daarin niet duidelijk gemaakt wie de beslissing om de vordering in te leiden formeel gezien nam, zodat er weinig conclusies uit kunnen worden getrokken.

Een vergelijking met de Franse rechtspraak en het Franse recht levert in deze context weinig inzichten op, omdat het Franse recht een totaal andere bevoegdheidsregeling kent dan het Belgische recht. In het Franse recht dient de beslissing tot het instellen van een “*action sociale*”, of meer precies een “*action ut universi*”, de evenknie van onze vennootschapsvordering, steeds te worden genomen door het bestuursorgaan¹¹⁸⁷. Clausules in de statuten van de vennootschap die de vordering naar Belgisch model afhankelijk maken van een voorafgaande beslissing van de algemene vergadering worden zelfs voor niet geschreven gehouden¹¹⁸⁸.

Dat er in de rechtspraak geen voorbeelden van uitspraken kunnen worden teruggevonden waarin een sluitend antwoord wordt geboden op het bevoegdheidsvraagstuk, is een gevolg van het feit dat feitelijke bestuurders zelden worden aangesproken wanneer de financiële toestand van de

¹¹⁸³Zie ook hierboven randnr. 221.

¹¹⁸⁴E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 278. Zie ook hierboven randnr. 109.

¹¹⁸⁵Om daaraan tegemoet te komen zou het zinvol zijn om in een alternatieve vorderingsmogelijkheid te voorzien in de wet. Zie daarover verder randnr. 242 en 243.

¹¹⁸⁶Gent 20 oktober 2008, *TRV* 2013, 170, noot D. VAN GERVEN.

¹¹⁸⁷Zie o.m. Y. GUYON en M. BUCHBERGER, “Administration – Responsabilité civile des dirigeants” in *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fasc. 132-10 (7 juni 2017), nr. 88, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>; M. GERMAIN, “Administration, direction et contrôle de la société anonyme” in *JCl. Société Traité*, Fasc. 132-10 (18 juni 2019), nr. 56, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>.

¹¹⁸⁸Zie artikel 1843-5 van de Franse *Code civil* en de artikelen L223-22 (*sociétés à responsabilité limitée*) en L225-253 (*sociétés anonymes*) van de Franse *Code de commerce*.

rechtspersoon gezond is. De rechtspersoon is meestal failliet en in dat geval komt de curator aan zet. Hij kan bij faillissement als enige de activa van de rechtspersoon, met inbegrip van haar aansprakelijkheidsvorderingen, realiseren¹¹⁸⁹. Van de organen van de rechtspersoon en hun respectievelijke bevoegdheden is in deze context geen sprake. Zij blijven volledig buiten beeld.

239. Rekening houdend met al het voorgaande, kan worden besloten dat de bevoegdheid om te beslissen of namens de BV, CV (en SCE), NV (en SE) of VZW een aansprakelijkheidsvordering zal worden ingesteld tegen de feitelijke bestuurder *de lege lata* bij het orgaan ligt dat binnen de rechtspersoon over de residuaire bevoegdheid beschikt, en dat is in de genoemde rechtspersonen¹¹⁹⁰ het bestuursorgaan¹¹⁹¹. Het maakt voor de bevoegdheid om een aansprakelijkheidsvordering in te stellen geen enkel verschil of de aansprakelijkheid een buitencontractuele grondslag kent, of, in de hypothese dat het optreden van de feitelijke bestuurder door de rechtspersoon zou zijn aanvaard, een contractuele grondslag¹¹⁹².

De beslissing om de feitelijke bestuurder aan te spreken wordt in de regel genomen bij een gewone meerderheid binnen het bestuursorgaan. Is er geen collegiaal bestuursorgaan – het bestuur in een BV en een CV kan zowel collegiaal als niet-collegiaal georganiseerd zijn¹¹⁹³ – dan kan iedere bestuurder in principe individueel beslissen om de vordering tegen de feitelijke bestuurder in te stellen.

ii. Geen minderheidsvordering tegen de feitelijke bestuurder

240. De artikelen 5:104, 6:89 en 7:157 WVV laten de minderheidsaandeelhouders van een BV, CV (en SCE) en NV (en SE) toe om voor rekening van de vennootschap een vordering in te stellen tegen de leden van het bestuursorgaan / de bestuurders of leden van de raad van toezicht, wanneer

¹¹⁸⁹J. VANANROYE, “De bekrachtiging van eenzijdige vertegenwoordigingshandelingen, in het bijzonder van de *actio mandati* ingesteld zonder beslissing van de AV” (noot onder Cass. 25 september 2003), *TRV* 2004, (37) 38.

¹¹⁹⁰De algemene vergadering heeft enkel de bevoegdheden die de wet aan haar voorbehoudt (art. 5:73 WVV (BV), art. 6:61 WVV (CV en SCE), art. 7:93 WVV (NV en SE) en art. 9:7 (VZW)).

¹¹⁹¹Zie D. VAN GERVEN “Aansprakelijkheidsvordering tegen feitelijke bestuurders” (noot onder Gent 20 oktober 2008), *TRV* 2013, (174) 175, nr. 4; D. VAN GERVEN, “Kroniek Vennootschapsrecht 2012-2013”, *TRV* 2013, (553) 587, nr. 84; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 767.

¹¹⁹²Zie ook hierboven randnr. 205.

¹¹⁹³Zie artikelen 5:70 en 5:73 (BV) en 6:58 en 6:61 (CV) WVV. Zie ook P. BOSSARD, *CSA: examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, 429-430.

er voor het instellen van een normale vennootschapsvordering binnen de algemene vergadering geen meerderheid kan worden gevonden. Een bestuurder die van aansprakelijkheid wordt afgeschermd door een meerderheidsaandeelhouder, kan zo toch tot de orde worden geroepen¹¹⁹⁴. De vordering die de minderheidsaandeelhouders voor rekening van de vennootschap kunnen instellen wordt zeer toepasselijk de minderheidsvordering genoemd. Zij kan, net als de vennootschapsvordering, enkel worden ingesteld tegen formeel benoemde bestuurders¹¹⁹⁵. De wet maakt geen gewag van de feitelijke bestuurders.

241. Een feitelijke bestuurder kan in de huidige stand van het recht dus maar tot de orde worden geroepen tegenover de rechtspersoon, wanneer een meerderheid van de bestuurders *de jure* daartoe besluit; dit uiteraard in de veronderstelling dat het bestuur collegiaal is georganiseerd¹¹⁹⁶. Kan er geen meerderheid voor een aansprakelijkheidsvordering worden gevonden (of zijn de individuele bestuurders in een bestuur dat niet-collegiaal is georganiseerd niet bereid om een vordering in te stellen), dan kan hij gewoon zijn gang blijven gaan¹¹⁹⁷. Een (minderheids)aandeelhouder die zich daar niet in kan vinden, zal daar weinig aan kunnen veranderen¹¹⁹⁸.

Het feit dat er geen minderheidsvordering bestaat voor de feitelijke bestuurder heeft tot gevolg dat een feitelijke bestuurder zich tegenover de rechtspersoon in een gunstigere positie bevindt dan een bestuurder *de jure*. Dat is vreemd. Het zou niet zo mogen zijn dat iemand die geen acht heeft voor

¹¹⁹⁴ Zie H. LAGA, “De minderheidsvordering en het deskundigenonderzoek” in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *De N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, Kalmthout, Biblo, 1992, (217) 220; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 360-361; H. BRAECKMANS en J. DUPONT, “De minderheidsvordering: een kritische analyse”, *DAOR* 2014, afl. 122, (4) 4-5, nr. 3; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE en H. CULOT, *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020, 304-305.

¹¹⁹⁵ Zie ook E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 278; S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV”, *Working Paper No. 2021/1*, elektronisch beschikbaar via <https://ssrn.com/abstract=>, 25, nr. 40; S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV” in S. COOLS (ed.), *Lessen na twee jaar WVV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2022, (399) 432, nr. 40: “...bij gebreke aan andersluidende regel, een aansprakelijkheidsvordering tegen een feitelijke bestuurder niet bij wege van een minderheidsvordering kan worden ingesteld”.

¹¹⁹⁶ Collegialiteit is de regel in de NV en de VZW (zie artikelen 7:85, 7:105 en 9:5 WVV) en is facultatief in de BV en de CV (zie artikelen 5:70 en 6:58 WVV).

¹¹⁹⁷ De bestuurders *de jure* hebben vaak een specifieke relatie met de feitelijke bestuurder die hen ervan weerhoudt om actie tegen hem te ondernemen (zie hierover ook eerder randnr. 108). Volledigheidshalve kan hier reeds worden opgemerkt dat wanneer een (minderheids)aandeelhouder eigen (persoonlijke) schade kan aantonen die verschilt van de schade aan het vennootschapsvermogen, hij daarvoor wel op grond van het gemene aansprakelijkheidsrecht (artikel 1382 oud BW) schadeloosstelling zal kunnen vorderen (zie hierover verder randnr. 248).

¹¹⁹⁸ Zie evenwel verder randnr. 243.

de regels, beter af is dan degene met wie hij op het vlak van aansprakelijkheid in de wet wordt gelijkgeschakeld¹¹⁹⁹. Toch is dat naar huidig recht zo.

242. In het Franse recht bestaat er een zeer gelijkaardige polemiek rond de “*action ut singuli*”, die een individuele aandeelhouder toelaat om voor rekening van de vennootschap een vordering in te stellen tegen de bestuurders. Het is in de Franse rechtsleer al geruime tijd betwist of deze *action*, die kan worden teruggevonden in de artikelen L223-22 (*sociétés à responsabilité limitée*), L225-252 (*sociétés anonymes*) en L227-8 (*sociétés par actions simplifiées*) van de *Code de commerce*, ook openstaat voor feitelijke bestuurders¹²⁰⁰. Dat komt omdat er in de wet in vrij algemene termen wordt verwezen naar “*les gérants*”, “*les administrateurs*” en “*les dirigeants*”, en er – zoals eerder bij de algemene draagwijdte van de regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid al werd opgemerkt – diverse auteurs zijn die menen dat die begrippen niet enkel naar de bestuurders *de jure* verwijzen, maar ook naar de feitelijke bestuurders¹²⁰¹.

Artikel L223-22, lid 3 Code de commerce:

“*Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les associés peuvent, soit individuellement, soit en se groupant dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, intenter l'action sociale en responsabilité contre les gérants. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société à laquelle, le cas échéant, les dommages-intérêts sont alloués*” (eigen nadruk)¹²⁰².

Artikel L225-252 Code de commerce:

“*Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les actionnaires peuvent, soit individuellement, soit par une association répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120 soit en se*

¹¹⁹⁹ Cf. L. GODON, “Relégation de l’administrateur provisoire d’origine statutaire et refus de l’action sociale *ut singuli* contre un dirigeant de fait” (noot onder Cass. (com.) fr. 29 maart 2017), *Rev. sociétés* 2017, (565) 568. Zie ook S. DE DIER en J. VANANROYE die er wat de minderheidsvordering betreft op wijzen dat “*de praktijk er gebaat bij zou zijn geweest indien de onzekerheid over talrijke vragen zou zijn weggenomen, zoals de mogelijkheid om feitelijke bestuurders aan te spreken*” (S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV”, *Working Paper No. 2021/1*, elektronisch beschikbaar via <https://ssrn.com/abstract=>, 29, nr. 48; S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV” in S. COOLS (ed.), *Lessen na twee jaar WVV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2022, (399) 439, nr. 48).

¹²⁰⁰ Zie hierover J. HEINICH, “Les dirigeants de fait: du neuf dans de l’ancien”, *RJCom.* 2018, afl. 5, (1) 7-8; J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2019, afl. 166, (3) 14-15, nrs. 50-51.

¹²⁰¹ De redenering is dat indien de wetgever werkelijk de bedoeling had om de regels enkel van toepassing te maken op formeel benoemde bestuurders, dat hij dat dan wel met zoveel woorden duidelijk zou hebben gemaakt. Zie hierover randnr. 194 hierboven.

¹²⁰² Zie artikel L223-222 Code (fr.) de commerce (*version en vigueur au 21 septembre 2000*).

groupant dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, intenter l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société, à laquelle, le cas échéant, les dommages-intérêts sont alloués." (eigen nadruk)¹²⁰³.

Artikel L227-8 Code de commerce:

*"Les règles fixant la responsabilité des membres du conseil d'administration et du directoire des sociétés anonymes sont applicables au **président et aux dirigeants** de la société par actions simplifiée"* (eigen nadruk)¹²⁰⁴.

Die mening wordt niet gedeeld door het Franse Hof van Cassatie, dat zich al een aantal keer over de kwestie heeft moeten uitspreken¹²⁰⁵. Het Franse Hof van Cassatie is van oordeel dat de *action ut singuli* uitsluitend tegen de bestuurders *de jure* kan worden ingesteld en niet tegen de feitelijke bestuurders, om de eenvoudige reden dat laatstgenoemden niet met zoveel woorden in de wettekst worden genoemd¹²⁰⁶. Een meerderheid binnen de Franse rechtsleer is erg kritisch voor deze rechtspraak¹²⁰⁷. Zij wijst erop dat het meer dan verantwoord zou zijn om de *action ut singuli* ook naar de feitelijke bestuurders uit te breiden, omdat het in de praktijk vaak voorkomt dat een feitelijke bestuurder familiale banden heeft met de bestuurders *de jure* of de meerderheid van de aandelen in de vennootschap bezit¹²⁰⁸. Als dat het geval is, dan is het weinig waarschijnlijk dat de

¹²⁰³ Zie artikel L225-252 Code (fr.) de commerce (*version en vigueur au 16 mai 2001*).

¹²⁰⁴ Zie artikel L227-8 Code (fr.) de commerce (*version en vigueur au 21 septembre 2000*).

¹²⁰⁵ Cass. (com.) fr. 29 maart 2017, nr. 16-10.016, *JurisData* nr. 2017-005716, *Dr. Sociétés* 2017, comm. 101, noot J. HEINICH, *Rev. sociétés* 2017, 562, noot L. GODON, *Bull. Joly Sociétés* 2017, 521, noot C. COUPET. Zie ook eerder Cass. (com.) fr. 6 oktober 1981, nr. 77-15.264, *JurisData* nr. 1981-702897, *D.* 1983, 133, noot B. SOINNE en *JCP* 1982, II, 51, nr. 19891, noot G. NOTTE; Cass. (com.) fr. 21 maart 1995, nr. 93-13.721, *Bull. civ. IV* 1995, nr. 98, 87, *Rev. sociétés* 1995, 501, noot B. SAINTOURENS en *JCP* 1996, II, 22603, noot Y. REINHARD en I. BON-GARCIN.

¹²⁰⁶ Zie ook J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, "Le dirigeant de fait", *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2019, afl. 166, (3) 14, nr. 50

¹²⁰⁷ Zie L. GODON, "Relégation de l'administrateur provisoire d'origine statutaire et refus de l'action sociale *ut singuli* contre un dirigeant de fait" (noot onder Cass. (com.) fr. 29 maart 2017), *Rev. sociétés* 2017, (565) 568-569; C. COUPET, "Négation de l'action *ut singuli* contre le dirigeant de fait: entre consolation et déception" (noot onder Cass. (com.) fr. 29 maart 2017), *Bull. Joly Sociétés* 2017, (521) 523-524; J. HEINICH, "Action *ut singuli* à l'encontre d'un dirigeant de fait: un espoir?" (noot onder Cass. (com.) fr. 29 maart 2017), *Dr. Sociétés* 2017, comm. 101, 56, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>. Zie ook J. HEINICH, "Les dirigeants de fait: du neuf dans de l'ancien", *RJCom.* 2018, afl. 5, (1) 8; J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, "Le dirigeant de fait", *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2019, afl. 166, (3) 15, nr. 51.

¹²⁰⁸ J. HEINICH, "Les dirigeants de fait: du neuf dans de l'ancien", *RJCom.* 2018, afl. 5, (1) 8.

bestuurders *de jure* iets tegen hem zullen ondernemen¹²⁰⁹.

Volgens HEINICH is het Franse Hof van Cassatie niet volledig blind voor deze kritiek¹²¹⁰. Het Hof reikte namelijk zelf een alternatieve actiemogelijkheid voor de minderheidsaandeelhouder(s) aan in zijn arrest van 29 maart 2017, door te stellen: “*si l'action sociale en responsabilité ne peut être exercée que contre les dirigeants de droit d'une société par actions simplifiée, celle-ci peut agir en responsabilité contre son gérant de fait, soit directement par ses représentants légaux, soit par l'intermédiaire d'un mandataire ad hoc dont la désignation peut être demandée en justice par un actionnaire*” (eigen nadruk)¹²¹¹. Veel zekerheid biedt die alternatieve actiemogelijkheid echter niet. De rechter kan de vordering om een zogenaamde “*mandataire ad hoc*” aan te stellen vrij gemakkelijk afwijzen en als hij er toch één aanstelt, dan is het allesbehalve zeker dat die zich ook tegen de feitelijke bestuurder zal keren. Een *mandataire ad hoc* beslist namelijk zelf welke acties hij al dan niet opportuun acht¹²¹². Het zou volgens een meerderheid binnen de Franse rechtsleer veel beter en doeltreffender zijn, moest de Franse wetgever ervoor opteren om feitelijke bestuurders nog wat meer met bestuurders *de jure* gelijk te schakelen en de personele draagwijdte van de *action ut singuli* ook naar hen uit te breiden¹²¹³.

243. Onze minderheidsvordering verdient eenzelfde update, om precies dezelfde redenen. Een minderheidsaandeelhouder die tegen een feitelijke bestuurder wil optreden kan in de huidige stand van ons vennootschapsrecht niet veel meer doen dan de rechter ervan te overtuigen dat het nodig is om in het bestuur van de vennootschap in te grijpen en een voorlopig bewindvoerder aan te

¹²⁰⁹Zie J. HEINICH, “Action *ut singuli* à l'encontre d'un dirigeant de fait: un espoir?” (noot onder Cass. (com.) fr. 29 maart 2017), *Dr. Sociétés* 2017, comm. 101, 57, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>: “*D'autant plus qu'en pratique, les dirigeants de fait sont souvent intouchables par le prisme des actions classiques en responsabilité offertes par le droit des sociétés. En effet, lorsque le dirigeant de fait est un actionnaire majoritaire qui a placé un dirigeant de paille à la tête de la société, il y a peu de chances que ce dernier engage une action à l'encontre du dirigeant de fait au nom et pour le compte de la société. Les minoritaires se retrouvent alors dans une impasse: l'action ut singuli est inutilisable contre le dirigeant de fait, et l'action personnelle ne l'est pas davantage car il est très difficile d'apporter la preuve d'un préjudice distinct de celui de la société*”.

¹²¹⁰J. HEINICH, “Les dirigeants de fait: du neuf dans de l'ancien”, *RJCom.* 2018, afl. 5, (1) 8.

¹²¹¹Cass. (com.) fr. 29 maart 2017, nr. 16-10.016, *JurisData* nr. 2017-005716, *Dr. Sociétés* 2017, comm. 101, noot J. HEINICH, *Rev. sociétés* 2017, 562, noot L. GODON, *Bull. Joly Sociétés* 2017, 521, noot C. COUPET.

¹²¹²Zie J. HEINICH, “Action *ut singuli* à l'encontre d'un dirigeant de fait: un espoir?” (noot onder Cass. (com.) fr. 29 maart 2017), *Dr. Sociétés* 2017, comm. 101, 58, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>; J. HEINICH, “Les dirigeants de fait: du neuf dans de l'ancien”, *RJCom.* 2018, afl. 5, (1) 8.

¹²¹³Zie J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétair*e 2019, afl. 166, (3) 15, nr. 52.

stellen om de belangen van de vennootschap te vrijwaren. Een voorlopig bewindvoerder kan de rechtspersoon in de plaats van de bestuurders *de jure* vertegenwoordigen¹²¹⁴ en zou in theorie een aansprakelijkheidsvordering tegen de feitelijke bestuurder kunnen inleiden. Een sluitende optie is dit niet, want de voorlopig bewindvoerder kan net zoals de Franse *mandataire ad hoc* besluiten om niets te doen. Bovendien wordt de vordering om hem aan te stellen niet gemakkelijk gegrond verklaard¹²¹⁵. Er zijn in de gepubliceerde rechtspraak alvast geen casussen terug te vinden van een voorlopig bewindvoerder die een feitelijke bestuurder ter verantwoording heeft geroepen.

iii. De kwijting

a) *De in het WVV geregelde kwijting heeft geen gevolgen voor de feitelijke bestuurder*

244. Een topic dat vaak in één adem wordt genoemd met de vennootschaps-, verenigings- en minderheidsvordering is de kwijting. De kwijting maakt een einde aan de aansprakelijkheid die de bestuurders ten aanzien van de rechtspersoon kunnen oplopen voor fouten begaan in de uitoefening van hun bestuursopdracht en is in de praktijk erg belangrijk¹²¹⁶. Zij wordt geregeld in de artikelen 5:98, lid 2 (BV), 6:83, lid 2 (CV), 7:149, lid 2 (NV) en 9:20 (VZW) WVV¹²¹⁷. Wie deze bepalingen leest zal vaststellen dat zij uitsluitend gewag maken van de bestuurders *de jure*. Er is geen sprake

¹²¹⁴Zie J. VANANROYE, “Voorlopig bewind: onbevoegdheid van de gewone organen of onbekwaamheid van de rechtspersoon? Een kritische kanttekening bij de toepassing door het arrest van het Hof van Cassatie van 4 november 2004 van de principes van organieke vertegenwoordiging in rechte”, *TRV* 2005, (8) 9; R. AYDOGDU en O. CAPRASSE, “La gestion et la prévention des conflits au sein de l’organe d’administration” in R. AYDOGDU, O. CAPRASSE, H. CULOT, J.-A. DELCORDE, P. LAMBRECHT, E.-J. NAVEZ, V. SIMONART, T. TILQUIN en D. WILLERMAIN (eds.), *La gouvernance des sociétés au 21e siècle*, Limal, Anthemis, 2020, (147) 201.

¹²¹⁵Zie hierover H. BRAECKMANS, “Conflicten in vennootschappen en het Wetboek van vennootschappen: de vlag dekt niet de lading”, *TPR* 2010, (1603) 1637-1643; J. VERHAERT, “De voorlopig bewindvoerder” in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2017, losbl., (II.1-35) II.1-43 – II.1-47.

¹²¹⁶A. GOEMINNE, “Kwijting van bestuurders en zaakvoerders”, *RW* 1995-96, 1001-1021; F. BAUDONCQ, “De kwijting van bestuurders”, *Jura Falc.* 1996-97, 83-136; J. DELANOTE, *De Vennootschap & de civiele aansprakelijkheid van haar bestuurders*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 109-111; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 831-837.

¹²¹⁷Zie bv. artikel 5:98, lid 2 WVV: “Na de goedkeuring van de jaarrekening, beslist de algemene vergadering bij afzonderlijke stemming over de aan de bestuurders en commissaris te verlenen kwijting. Deze kwijting is alleen dan rechtsgeldig, wanneer de ware toestand van de vennootschap niet wordt verborgen door enige weglating of onjuiste opgave in de jaarrekening, en, wat de met de statuten of met dit wetboek strijdige verrichtingen betreft, wanneer deze bepaaldelijk zijn aangegeven in de oproeping”. In een NV met duaal bestuur geldt een belangrijke uitzondering: het is de raad van toezicht die daar beslist of aan de leden van de directieraad kwijting wordt verleend (zie artikel 7:109 WVV).

van de feitelijke bestuurders, maar dat hoeft niet te verwonderen. De kwijting wordt traditioneel gezien als een pendant van de verplichting van een bestuurder om rekenschap af te leggen aan de rechtspersoon, of meer precies, aan de algemene vergadering, die hem heeft benoemd en die hem kan ontslaan¹²¹⁸. Zij is een onderdeel van de bestuurdersovereenkomst met de rechtspersoon¹²¹⁹ en een feitelijke bestuurder is niet door dergelijke overeenkomst met de rechtspersoon verbonden¹²²⁰.

Bij een kwijting zoals bedoeld in het WVV, doet de algemene vergadering op een eenzijdige en vrijwillige wijze afstand van het recht om een vennootschaps- of verenigingsvordering in te stellen¹²²¹. Zoals eerder besproken is de algemene vergadering enkel bevoegd om te beslissen om dergelijke vordering al dan niet in te stellen tegen de bestuurders *de jure*¹²²². Beslist zij om geen vennootschaps- of verenigingsvordering in te stellen en om kwijting te verlenen, dan heeft die rechtshandeling enkel gevolgen voor de bestuurders *de jure*¹²²³. De feitelijke bestuurder kan zich niet op een kwijting verleent door de algemene vergadering beroepen om aan zijn gebeurlijke aansprakelijkheid tegenover te rechtspersoon te ontsnappen¹²²⁴.

¹²¹⁸I. KEMPENEERS, “Kwijting of decharge”, *DAOR* 2001, afl. 57, (25) 27. Zie ook J. RONSE, K. VAN HULLE, J.-M. NELISSEN en B. VAN BRUYSTEGEM, “Overzicht van rechtspraak (1968-1977). Vennootschappen”, *TPR* 1978, 824, nr. 203; P. ERNST, “Actualia vennootschapsrecht: bestuurdersaansprakelijkheid – Recente evoluties” in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *CBR Jaarboek 2013-2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (79) 153.

¹²¹⁹Zie hierover S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 14; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 831, nr. 446.

¹²²⁰Zie D. VAN GERVEN “Aansprakelijkheidsvordering tegen feitelijke bestuurders” (noot onder Gent 20 oktober 2008), *TRV* 2013, (174) 175, nr. 4.

¹²²¹J. VAN RYN en P. VAN OMMESLAGHE, “Examen de jurisprudence (1966-1971). Les sociétés commerciales”, *RCJB* 1973, (315) 405, nr. 43; B. TILLEMANN, *Lastgeving in APR*, Gent, E.Story-Scientia, 1997, 134; I. KEMPENEERS, “Kwijting of decharge”, *DAOR* 2001, afl. 57, (25) 25; P. ERNST, “Actualia vennootschapsrecht: bestuurdersaansprakelijkheid – Recente evoluties” in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *CBR Jaarboek 2013-2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (79) 167; M. WYCKAERT en R. FORIERS, “Bestuurdersaansprakelijkheid in vennootschappen: een veldonderzoek” in S. COOLS (ed.), *Themis 117 – Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2021, (1) 10, vn. 51.

¹²²²Zie hierboven randnr. 235.

¹²²³S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 14.

¹²²⁴D. VAN GERVEN “Aansprakelijkheidsvordering tegen feitelijke bestuurders” (noot onder Gent 20 oktober 2008), *TRV* 2013, (174) 175, nr. 4; P. ERNST, “Actualia vennootschapsrecht: bestuurdersaansprakelijkheid – Recente evoluties” in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *CBR Jaarboek 2013-2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (79) 168; E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 278, nr. 456; M. DAVAGLE, “La responsabilité des administrateurs de fait”, *BJS* 2022, afl. 694, 14.

b) *Uitzonderlijk wel een gemeenrechtelijke kwijting?*

245. Sommige auteurs vragen zich af of voormelde conclusie ook opgaat voor de feitelijke bestuurder wiens optreden uitdrukkelijk of stilzwijgend door de rechtspersoon werd aanvaard en waarvoor er wel geacht kan worden een band met de rechtspersoon te bestaan. Volgens DE GEYTER zou er voor die feitelijke bestuurder een andere conclusie kunnen worden verdedigd. Zij stelt: “*in de hypothese dat de vennootschap toch, hetzij uitdrukkelijk, hetzij stilzwijgend, het feitelijk beheer door de feitelijke bestuurder heeft aanvaard, zou hij zich mogelijk toch met succes op de kwijting kunnen beroepen*”¹²²⁵. Dat is ook het oordeel van VAN GERVEN, die zich een stuk stilliger uitdrukt dan DE GEYTER. Hij schrijft: “*de feitelijke bestuurder kan wel door het bevoegde orgaan in zijn functie worden bekrachtigd, waardoor de overname van het bestuur wordt geregulariseerd; op dat ogenblik kan hij aanspraak maken op kwijting*”¹²²⁶. Of VAN GERVEN met de term “bekrachtiging” wil aangeven dat een feitelijke bestuurder de hoedanigheid van bestuurder *de jure* kan verwerven en zo van de kwijting kan genieten, is niet helemaal duidelijk. Het hoeft weinig betoog dat het iets totaal anders is om te besluiten dat een feitelijke bestuurder in zijn hoedanigheid van feitelijke bestuurder aanspraak kan maken op de kwijting, dan te besluiten dat hij zich op de kwijting kan beroepen van zodra hij de hoedanigheid van bestuurder *de jure* verwerft.

Hebben DE GEYTER en VAN GERVEN een punt of vatten zij de draagwijdte van de in het WVV geregelde kwijting te ruim op? Indien ervan uit wordt gegaan dat er bij een aanvaarding van het optreden van de feitelijke bestuurder door de rechtspersoon een lastgevingsovereenkomst tot stand komt¹²²⁷, dan valt er inderdaad iets voor te zeggen dat een feitelijke bestuurder aanspraak kan maken op kwijting. In zoverre DE GEYTER en VAN GERVEN daarop doelen, dan hebben zij m.i. een punt. Zij laten echter uitschijnen dat het zou gaan om de in het WVV geregelde kwijting die uitgaat van de algemene vergadering en dat is niet correct. Zoals hiervoor werd aangegeven, strekt die kwijting zich enkel uit tot de bestuurders *de jure*. Zij kan nooit doorwerken naar de feitelijke bestuurders, omdat de algemene vergadering niet bevoegd is om te beslissen of er namens

¹²²⁵ S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 14.

¹²²⁶ D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 831.

¹²²⁷ Zie hierboven randnr. 205.

de rechtspersoon een aansprakelijkheidsvordering tegen hen zal worden ingeleid. Enkel het orgaan dat bevoegd is om die beslissing te nemen, kan er afstand van doen en dat is, zoals hierboven besproken, het bestuursorgaan¹²²⁸. Besluit het bestuursorgaan met zoveel woorden om een persoon die zich feitelijk in het bestuur heeft ingemengd kwijting te verlenen, dan erkent het die persoon als een lasthebber van de rechtspersoon. De kwijting die in dergelijk geval wordt verleend is een gemeenrechtelijke kwijting van een lasthebber¹²²⁹.

C. De aansprakelijkheidsvordering in de VOF, CommV en stichting

246. Hierboven werd onderzocht welk orgaan binnen een BV, CV (en SCE), NV (en SE) en VZW bevoegd is om te beslissen of namens de rechtspersoon een aansprakelijkheidsvordering zal worden ingesteld tegen de feitelijke bestuurder. Dat blijkt niet de algemene vergadering te zijn (naar analogie met de in het WVV genormeerde vennootschaps- en verenigingsvordering), maar het orgaan dat binnen de rechtspersoon over de residuaire bevoegdheid beschikt¹²³⁰. In de BV, CV (en SCE), NV (en SE) en VZW is dat het bestuursorgaan. Drie rechtspersonen kwamen hiervoor nog niet aan bod, omdat de analyse voor deze rechtspersonen net iets anders is. Het gaat om de VOF, CommV en stichting. In de VOF en CommV geldt net zoals in de BV, CV (en SCE), NV (en SE) en VZW dat de bevoegdheid om te beslissen of namens de rechtspersoon een aansprakelijkheidsvordering zal worden ingesteld tegen de feitelijke bestuurder toekomt aan het orgaan, of juist, de personen die binnen de rechtspersoon over de residuaire bevoegdheid beschikken. Het grote verschil met de BV, CV (en SCE), NV (en SE) en VZW is dat de residuaire bevoegdheid niet toekomt aan het bestuurorgaan (in de VOF en CommV: de zaakvoerder(s)), maar aan de vennoten (of aan de algemene vergadering van vennoten wanneer dit orgaan werd ingesteld¹²³¹); de statuten kunnen hier wel van afwijken¹²³².

In de stichting is de analyse een stuk eenvoudiger. De bevoegdheid om te beslissen of namens de

¹²²⁸ Zie hierboven randnr. 239.

¹²²⁹ Zie hierover B. TILLEMANS, *Lastgeving in APR*, Gent, E.Story-Scientia, 1997, 134 e.v.

¹²³⁰ Zie hierboven randnr. 239.

¹²³¹ De VOF en CommV kennen *by default* geen algemene vergadering; beslissingen worden bij unanimiteit genomen, tenzij de statuten daarvan afwijken. Zie ook F. HELLEMANS, *De algemene vergadering: een onderzoek naar haar grondslagen, haar bestaansredenen en de geldigheid van haar besluiten*, Kalmthout, Biblo, 2000, 47.

¹²³² Zie D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 604, nr. 345.

stichting een aansprakelijkheidsvordering zal worden ingesteld tegen de feitelijke bestuurder komt steeds toe aan het bestuursorgaan; de stichting kent immers geen algemene vergadering¹²³³.

D. De vordering van derden – vordering van de curator

247. Feitelijke bestuurders kunnen net als bestuurders *de jure* niet enkel worden aangesproken door de rechtspersoon, maar ook door derden, zoals schuldeisers van de rechtspersoon en andere belanghebbenden. Een belangrijk verschil tussen de aansprakelijkheidsvordering van derden ten aanzien van bestuurders *de jure* en de aansprakelijkheidsvordering van derden ten aanzien van feitelijke bestuurders, is dat laatstgenoemde vordering, in geval van continuïteit, enkel kan worden gestoeld op het gemene aansprakelijkheidsrecht (artikel 1382 oud BW)¹²³⁴. Zij kan niet rechtstreeks worden gestoeld op overtredingen van het WVV of de statuten (artikel 2:56, lid 3 WVV¹²³⁵) of een onrechtmatig financieel voordeel (artikel 5:78 WVV (BV), artikel 6:66 WVV (CV) en artikel 7:122, lid 1 WVV (NV)¹²³⁶), omdat deze bepalingen niet op feitelijke bestuurders van toepassing zijn. In geval van faillissement hebben derden een subsidiair vorderingsrecht ten aanzien van de bestuurders *de jure* wegens een kennelijk grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement (artikel XX.225 WER)¹²³⁷. Deze vorderingsmogelijkheid staat, zoals eerder al aangegeven, ook open ten aanzien van feitelijke bestuurders¹²³⁸.

Volledigheidshalve kan worden opgemerkt dat de fiscus en de RSZ buiten het WVV om ook nog aansprakelijkheidsvorderingen kunnen instellen voor fiscale schulden (in het bijzonder onbetaalde bedrijfsvoorheffing en BTW (artikel 51 Invorderingswetboek)) en socialezekerheidsschulden (artikel XX.226 WER). Deze vorderingsmogelijkheden staan ook open ten aanzien van feitelijke bestuurders, vermits zij uitdrukkelijk in de genoemde bepalingen worden vermeld¹²³⁹.

¹²³³ R. VAN BOVEN, “De stichting” in M. DENEFF, J. DE LEENHEER, D. DESCHRIJVER, F. HELLEMANS, A. KILESSE, J-L. SERVAIS, Y. STEMPIERWSKY, R. TAS, B. TILLEMANN, R. VAN BOVEN, B. WAÛTERS en M. WAUTERS (eds.), *VZW en stichting*, Brugge, die Keure, 2005, (535) 574.

¹²³⁴ Zie ook verder randnr. 254.

¹²³⁵ Zie hierboven randnr. 217.

¹²³⁶ Zie ook verder randnr. 252.

¹²³⁷ Zie ook H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 341, nr. 711.

¹²³⁸ Zie hierboven randnr. 55.

¹²³⁹ Zie hierboven randnr. 45.

248. Individuele aandeelhouders van een vennootschap worden in de context van bestuurdersaansprakelijkheid beschouwd als derden¹²⁴⁰. Wanneer zij eigen (persoonlijke) schade kunnen aantonen die verschilt van de schade aan het vennootschapsvermogen, dan kunnen zij daarvoor op grond van het gemene aansprakelijkheidsrecht (artikel 1382 oud BW) schadeloosstelling vorderen¹²⁴¹. Aandeelhouders hebben geen rechtsvordering tot vergoeding van schade die louter bestaat in de reflectie van schade aan het vennootschapsvermogen op de waarde van hun aandelen (zogenaamde afgeleide schade of patrimoniale reflexschade)¹²⁴². Het speelt hierbij geen rol of de aandeelhouders zich nu willen verhalen op de bestuurders *de jure*, dan wel op de feitelijke bestuurders¹²⁴³.

249. In geval van faillissement komt de over het faillissement aangestelde curator aan zet, die de feitelijke bestuurder in voorkomend geval kan aanspreken op grond van gewone bestuurfouten (artikel 2:56, lid 1 WVV), een vordering die hij aantreft in de boedel, of op grond van het gemene aansprakelijkheidsrecht (artikel 1382 oud BW), een kennelijk grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement (artikel XX.225 WER), *wrongful trading* (artikel XX.227 WER) en/of onbetaalde sociale bijdragen (artikel XX.226 WER)¹²⁴⁴.

¹²⁴⁰Zie verder randnr. 259. Zie ook M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 139; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 340, nr. 710.

¹²⁴¹De aandeelhouders worden in deze hypothese beschouwd als “volstrekke” derden. Zie hierover verder randnr. 259. Zie ook B. TILLEMEN en N. VAN DAMME, “Externe bestuurdersaansprakelijkheid wegens fiscale en sociale schulden bij faillissement” in H. BRAECKMANS, M.E. STORME, M. VANMEENEN, B. TILLEMEN en J. VANANROYE (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen IV*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (241) 279-280. Het typevoorbeeld van persoonlijke schade is de schade geleden door een aandeelhouder die aandelen heeft gekocht of erop heeft ingeschreven, afgaande op valse financiële informatie verstrekt door een bestuurder (zie Cass. 26 januari 1922, *Pas.* 1922, I, 143).

¹²⁴²Zie Cass. 23 februari 2012: “*De vennootschap is gerechtigd om schadevergoeding te vorderen van een derde door wiens fout het vennootschapsvermogen werd aangetast. Voor deze schade aan het vennootschapsvermogen komt aan de aandeelhouders geen zelfstandig vorderingsrecht toe*” (Arr.Cass. 2012, 459, *Pas.* 2012, 431, RW 2011-12, 1658, noot F. PARREIN, *TBH* 2013, 875, noot D. WILLERMAIN en *TRV* 2012, 319, noot J. VANANROYE); Cass 10 mei 2019, *JDSC* 2020, 3, *TBH* 2019, 1271, noot R. VERHEYDEN, *TIBR* 2020, RS-152 en *TRV-RPS* 2019, 776, noot J. VAN EETVELDE.

¹²⁴³Zie ook verder randnrs. 259 t.e.m. 261.

¹²⁴⁴Zie ook H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 341, nr. 712.

VIII. VERJARING VAN RECHTSVORDERINGEN TEGEN DE FEITELIJKE BESTUURDER (ART. 2:143 WVV)

250. Aansprakelijkheidsvorderingen tegen bestuurders volgen een bijzondere, van het gemene recht afwijkende, verjaringstermijn van vijf jaar¹²⁴⁵. De artikelen 2:143, §1, vierde streepje en 2:143, §2, eerste streepje WVV bepalen dat “*alle rechtsvorderingen tegen leden van het bestuursorgaan, dagelijks bestuurders, commissarissen, vereffenaars, vaste vertegenwoordigers van rechtspersonen die één van de voornoemde functies bekleeden, of tegen alle andere personen die ten aanzien van [de vennootschap / vereniging of stichting] werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad wegens verrichtingen in verband met hun taak, verjaren door verloop van vijf jaren te rekenen vanaf die verrichtingen of, indien ze met opzet verborgen zijn gehouden, te rekenen vanaf de ontdekking ervan*”.

Het valt meteen op dat het rijtje van personen dat van de vijfjarige verjaringstermijn kan genieten erg ruim is en niet alleen formeel benoemde bestuurders omvat, maar ook feitelijke bestuurders¹²⁴⁶. De wetgever heeft hen aan hetzelfde verjaringsregime onderworpen als leden van het bestuursorgaan, omdat hij hen in artikel 2:56, lid 1 WVV met laatstgenoemden heeft gelijkgeschakeld¹²⁴⁷. Wie artikel 2:143 WVV aandachtig leest zal vaststellen dat de formulering ervan wat de feitelijke bestuurder betreft, nogal ongelukkig is. Het in artikel 2:143 WVV opgenomen verjaringsregime geldt voor rechtsvorderingen tegen bestuurders “*wegens verrichtingen in verband met hun taak*”. Hoewel algemeen wordt aangenomen dat die termen ruim moeten worden opgevat en niet alleen bestuursfouten omvatten, maar alle daden van bestuurders, zelfs die waarbij zij hun bevoegdheden te buiten gaan of waarbij zij in strijd met het WVV of de statuten hebben gehandeld¹²⁴⁸, lijkt het moeilijk om ze toe te passen op feitelijke bestuurders. Zij

¹²⁴⁵ A. VAN OEVELEN, “Commentaar bij art. 198 § 1 W. Venn. (oud art. 194 Venn. W.)” in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.V.en V.*, Mechelen, Kluwer, 2000, losbl., (1) 5.

¹²⁴⁶ D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 838-839.

¹²⁴⁷ Zie R. HOUBEN en A. SNYERS, “De nietigheid van besluiten en bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe recht” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen – Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (211) 286, nr. 132. Zie ook P. BOSSARD, *CSA: examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, 131, nr. 213.

¹²⁴⁸ Zie P. WAUWERMANS, *Manuel pratique des sociétés anonymes*, Brussel, Bruylant, 1933, 636-637, nr. 1060; C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, IV, Brussel-Gent, Librairie Judiciaire, 1934, 337, nr. 2120; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, V, Gent, Editions Fechey, 1950, 1077, nr. 767; J. RONSE, J.-M. NELISSEN GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS en H. LAGA, “Overzicht van rechtspraak (1978-1985).

hebben geen taak (van de rechtspersoon), zodat van verrichtingen die daarmee verband houden überhaupt geen sprake kan zijn¹²⁴⁹.

De vraag is dan ook hoe artikel 2:143 WVV op feitelijke bestuurders kan worden toegepast. Een eerste mogelijkheid, is om zich een taak te verbeelden, zoals CORNELIS en FRANÇOIS voor de toepassing van artikel 2:56, lid 1, eerste zin WVV op de feitelijke bestuurder doen¹²⁵⁰. Een tweede mogelijkheid, die ietwat genuanceerder is en daarom de voorkeur geniet, is om er net zoals bij artikel 2:56, lid 1 WVV vanuit te gaan dat artikel 2:143 WVV maar op die feitelijke bestuurders kan worden toegepast waarvan het optreden uitdrukkelijk of stilzwijgend door de rechtspersoon werd aanvaard¹²⁵¹. Zij kunnen namelijk geacht worden verrichtingen te hebben begaan in verband met *de uitoefening van een taak*. Wat die taak precies is of inhoud, zal net zoals in het denken van CORNELIS en FRANÇOIS *post factum* moeten worden nagegaan. Een belangrijk verschil met dat denken is dat zij geacht zal kunnen worden van de rechtspersoon te zijn uitgegaan/door de rechtspersoon te zijn bevestigd en dat valt veel beter te rijmen met de taalkundige betekenis van het woord “taak” (met name “werk dat iemand is opgelegd”¹²⁵²).

Wanneer er geen band met de rechtspersoon kan worden aangetoond, kan er moeilijk van een taak of van verrichtingen in verband met een taak worden gesproken. Voor de verjaring moet dan niet worden gekeken naar artikel 2:143 WVV, maar naar het gemene recht, *i.e.* artikel 2262*bis* oud BW¹²⁵³. Artikel 2262*bis* oud BW legt een verjaringstermijn op van vijf jaar voor alle rechtsvorderingen tot vergoeding van schade op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid,

Vennootschappen. Deel 2”, *TPR* 1986, (1231) 1302, nr. 291; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 839.

¹²⁴⁹ DE GEYTER ziet dit anders. Zie S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 14, nr. 33: “*Wie de artikelen 2:56 e.v. WVV leest, komt tot de conclusie dat feitelijke bestuurders door de rechtspersoon en derden aansprakelijk kunnen worden gesteld op basis van artikel 1382 [oud] BW en dat deze aansprakelijkheid niet hoofdelijk kan zijn. Feitelijke bestuurders kunnen de aansprakelijkheidsbeperking niet invoeren, maar zij kunnen wel genieten van de vijfjarige verjaringstermijn die ook voor leden van het bestuursorgaan en dagelijks bestuurders geldt*” (eigen nadruk).

¹²⁵⁰ Zie hierboven randnr. 204.

¹²⁵¹ Zie hierboven randnr. 205.

¹²⁵² Zie <https://www.vandale.nl/gratis-woordenboek/nederlands/betekenis/taak#.XvmmeS1Y5sM>.

¹²⁵³ Vergelijk met de situatie onder het oude recht, waar de verjaring van rechtsvorderingen tegen feitelijke bestuurders steeds artikel 2262*bis* oud BW volgde; zie hierover R. HOUBEN en A. SNYERS, “De nietigheid van besluiten en bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe recht” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen – Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, (211) 284-285. Zie ook Luik 28 mei 2009, *RPS* 2010, (421) 428-429.

die aanvangt vanaf de dag volgend op die waarop de benadeelde kennis heeft gekregen van de schade en van de identiteit van de daarvoor aansprakelijke persoon, waarbij de vorderingen in ieder geval verjaren door verloop van twintig jaar vanaf de dag volgend op die waarop het feit waardoor de schade is veroorzaakt.

251. De keuze van de wetgever om de bijzondere verjaringstermijn van artikel 2:143 WVV ook toepasselijk te maken op feitelijke bestuurders lijkt niet erg goed te zijn doordacht. Wie een aantal stappen terugzet in de tijd en zich afvraagt waarom er ooit een bijzondere verjaringstermijn voor aansprakelijkheidsvorderingen tegen bestuurders is ingesteld, zal vaststellen dat de *ratio* erachter vrij eenvoudig is: men wou de bestuurders van een vennootschap niet te lang in onzekerheid laten omtrent hun eventuele aansprakelijkheid voor fouten begaan in de uitoefening van hun opdracht¹²⁵⁴. De idee was dat er maar weinig personen bereid zouden kunnen worden gevonden om de taak van bestuurder op zich te nemen indien ze hiervoor gedurende de gemeenrechtelijke verjaringstermijn aansprakelijk zouden kunnen worden gesteld¹²⁵⁵. Echter, een feitelijke bestuurder neemt geen taak op conform de regels van het vennootschaps- en verenigingsrecht, maar hij treedt die regels net met de voeten. Waarom het juridisch verantwoord zou zijn om hem aan hetzelfde gunstregime als een regelmatig benoemde bestuurder te onderwerpen, valt dan ook

¹²⁵⁴Zie GwH 21 maart 2007, BS 25 mei 2007 (ed. 2) (uittreksel), 28298, JDSC 2007, 69, noot M.-A. DELVAUX, RW 2007-08 (samenvatting), 481, TBH 2007 (weergave S. DE GEYTER), 732 en TBH 2007 (samenvatting S. DE GEYTER), 733: “B.6. Met het instellen van de korte verjaringstermijn van vijf jaar in artikel 198, § 1, vierde streepje, van het Wetboek van vennootschappen was het de bedoeling van de wetgever de bestuurders van vennootschappen niet te lang in de onzekerheid te laten omtrent hun eventuele aansprakelijkheid voor fouten begaan in de uitoefening van hun opdracht. Hij vreesde dat anders slechts weinig personen bereid zouden worden gevonden verantwoordelijke taken op zich te nemen. Tevens meende hij dat van degenen die een aansprakelijkheidsvordering zouden willen instellen, redelijkerwijze mag worden gevraagd dat ze dat doen op een tijdstip dat niet te ver verwijderd ligt van het ogenblik waarop de schadeveroorzakende handelingen werden gesteld, zodanig dat de aangesproken personen zich die handelingen nog kunnen herinneren en zich daarop kunnen verdedigen. De wetgever heeft, door een van het gemeen recht afwijkende termijn op te leggen in een algemene en imperatieve bepaling die wordt geacht te voldoen in alle gevallen, de privébelangen van de schuldeisers ondergeschikt gemaakt aan de hogere belangen van het handelsverkeer”. Zie ook D. VAN GERVEN “Aansprakelijkheidsvordering tegen feitelijke bestuurders” (noot onder Gent 20 oktober 2008), TRV 2013, (174) 175, nr. 5; E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 279, nr. 457.

¹²⁵⁵Zie A. VAN OEVELEN, “Commentaar bij art. 198 § 1 W. Venn. (oud art. 194 Venn. W.)” in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm.V.en V.*, Mechelen, Kluwer, 2000, losbl., (1) 5. Cf. P. ERNST, “Actualia vennootschapsrecht: bestuurdersaansprakelijkheid – Recente evoluties” in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *CBR Jaarboek 2013-2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (79) 170.

moeilijk in te zien¹²⁵⁶.

Een vergelijking met het Franse recht, levert een gelijkaardig inzicht op, al is het uitgangspunt in het Franse recht wel anders. Feitelijke bestuurders worden er niet in de wettekst genoemd. Artikel L225-254 (*sociétés anonymes*) van de *Code de commerce*¹²⁵⁷ bepaalt: “*L'action en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général, tant sociale qu'individuelle, se prescrit par trois ans, à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé, de sa révélation*”. Het Franse Hof van Cassatie heeft al herhaaldelijk bevestigd dat deze bijzondere verjaringstermijn enkel geldt voor formeel benoemde bestuurders en niet voor feitelijke bestuurders¹²⁵⁸. In de Franse rechtsleer wordt deze rechtspraak sterk toegejuicht; niet alleen omdat de wet geen gewag maakt van de feitelijke bestuurder, maar vooral omdat het erg vreemd zou zijn geweest om hem te laten profiteren van een regel die bedoeld is om formeel benoemde bestuurders in een gunstigere positie te plaatsen¹²⁵⁹.

AFDELING 3. HET DOORWERKINGSVRAAGSTUK: SORTEREN WVV-BEPALINGEN WAARVAN EEN INDIVIDUELE BESTUURDER OF HET BESTUURSORGaan DE GEADRESSEERDEN ZIJN TEVENS EFFECTEN VOOR DE FEITELIJKE BESTUURDER?

252. De wetgever heeft in het WVV diverse verplichtingen opgelegd aan het bestuursorgaan en individuele bestuurders¹²⁶⁰. Markante voorbeelden zijn de verplichting voor het bestuursorgaan om de zogeheten alarmbelprocedure na te leven¹²⁶¹, de verplichting voor het bestuursorgaan om de jaarrekening van een vennootschap op te maken en ter goedkeuring voor te leggen aan de

¹²⁵⁶Zie ook hierboven randnr. 50.

¹²⁵⁷Zie artikel L225-254 Code (fr.) de commerce (*version en vigueur au 16 mai 2001*).

¹²⁵⁸Cass. (com.) fr. 30 maart 2010, nr. 08-17.841, *JurisData* nr. 2010-002958, *Rev. Sociétés* 2010, 304, noot P. LE CANNU, *Dr. Sociétés* 2010, comm. 117, obs. M. ROUSSILLE, *Bull. Joly Sociétés* 2010, 533, noot R. RAFFRAY, *JCP E* 2010, 1416, noot A. COURET en *Dr. & part.* 2011, 79, obs. D. PORACCHIA; Cass. (com.) fr. 12 april 2016, nr. 14-12.894, *JurisData* nr. 2016-007800, *Bull. Joly Sociétés* 2016, 651, noot J.-J. ANSAULT.

¹²⁵⁹Zie J. HEINICH, L. WATRIN, M. AYACHE en B. ZAGDOUN, “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2019, afl. 166, (3) 14, nr. 46 (“*La solution doit être saluée; en effet, non seulement l'article mentionne pas explicitement qu'il devrait s'appliquer aux dirigeants de fait, mais encore il aurait été étonnant de faire profiter un dirigeant de fait d'une règle limitant la responsabilité des dirigeants en soumettant son engagement à une prescription plus courte que la prescription quinquennale de droit commun*”). Zie ook J. HEINICH, “Les dirigeants de fait: du neuf dans de l'ancien”, *RJCom.* 2018, afl. 5, (1) 7.

¹²⁶⁰Deze verplichtingen zijn niet nieuw; zij werden overgenomen uit eerdere vennootschapswetgeving.

¹²⁶¹Deze procedure is uiteengezet in de artikelen 5:153 (BV), 6:119 (CV) en 7:228-7:229 (NV) WVV.

algemene vergadering binnen de zes maanden na de afsluitingsdatum van het boekjaar¹²⁶², de verplichting voor het bestuursorgaan om de jaarrekening neer te leggen bij de Nationale Bank van België binnen de dertig dagen na de goedkeuring ervan door de algemene vergadering¹²⁶³, of de verplichting voor individuele bestuurders met een belangenconflict om de belangenconflict-procedure na te leven¹²⁶⁴. De WVV-bepalingen waarin de bestuursplichten kunnen worden teruggevonden vermelden uitsluitend de woorden “*het bestuursorgaan*”, resp. “*de bestuurder*”. Van de feitelijke bestuurders, of – in de woorden van de wetgever – de “*personen die werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad*” is in de wettekst geen sprake. Volgens de meeste auteurs betekent dit dat de bestuursplichten enkel rusten op de formeel benoemde bestuurders, en niet op feitelijke bestuurders¹²⁶⁵.

Dit lijkt voor sommigen misschien vreemd, nu de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:56 WVV is uitgebreid naar de feitelijke bestuurders, en de wetgever in de memorie van toelichting uitdrukkelijk te kennen heeft gegeven dat zij “*op dezelfde manier aansprakelijk zijn als formeel benoemde bestuurs- of toezichtsorganen*”¹²⁶⁶. Geeft dit niet de wind in de zeilen van de opinie dat feitelijke bestuurders gewoon als bestuurder moeten worden beschouwd¹²⁶⁷, en zij dus

¹²⁶²Zie artikel 3:1, §1 WVV.

¹²⁶³Zie artikel 3:10 WVV.

¹²⁶⁴Deze procedure is uiteengezet in de artikelen 5:76 (BV), 6:64 (CV), 7:96 (monistische NV met raad van bestuur), 7:102 (NV met enige bestuurder), en 7:115 en 7:117 (NV met duaal bestuur) WVV.

¹²⁶⁵Zie o.m. HELLEMANS en HULPIAU over de verplichting tot naleving van de belangenconflictprocedure (F. HELLEMANS en P. HULPIAU, “Belangenconflicten in hoofde van bestuurders na het WVV: *status questionis*” in S. COOLS (ed.), *Lessen na twee jaar WVV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2022, (341) 357, nr. 17: “*De belangenconflictprocedure geldt enkel voor een beslissing of verrichting die behoort tot de bevoegdheid van het bestuursorgaan. Zij geldt niet voor de besluitvorming in de algemene vergadering of in het orgaan van dagelijks bestuur. Ook de besluitvorming van feitelijke bestuurders valt buiten het toepassingsgebied van de procedure.*” (eigen nadruk)) en DE LEO over de verplichting om de alarmbelprocedure na te leven (F. DE LEO, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 366: “*De verplichting tot een correcte en tijdige bijeenroeping van de algemene vergadering in het kader van de alarmbelprocedure is een resultaatverbintenis die persoonlijk rust op de individuele (formele) bestuurders.*” (eigen nadruk)) en de verplichting om de jaarrekening ter goedkeuring voor te leggen aan de algemene vergadering (F. DE LEO, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 371: “*Zo moeten de formele bestuurders binnen zes maanden na de afsluiting van het boekjaar de jaarrekening ter goedkeuring voorleggen aan de algemene vergadering van aandeelhouders.*” (eigen nadruk)).

¹²⁶⁶Zie Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 59.

¹²⁶⁷De opinie dat feitelijke bestuurders precies dezelfde verplichtingen hebben als formeel benoemde bestuurders bestond ook onder gelding van het oude W.Venn. al. Zie hierover randnr. 189 hierboven.

alle verplichtingen van bestuurders (*de jure*) hebben, waaronder bijvoorbeeld de verplichting tot de naleving van de belangenconflictprocedure¹²⁶⁸? Dit is niet het geval.

Om goed te begrijpen waarom dit niet het geval is, dient men terug te keren naar de analyse van de tekst van artikel 2:56 WVV. Zoals eerder uiteengezet bestaat er geen eensgezindheid over de vraag of feitelijke bestuurders in artikel 2:56 WVV uitsluitend voor gewone bestuursfouten worden gelijkgesteld met bestuurders, of ook voor overtredingen van bepalingen van de statuten of het WVV¹²⁶⁹. Gaat men voort op de wettekst, per slot van rekening de primaire bron van recht, dan lijkt de aansprakelijkheid voor overtredingen van bepalingen van de statuten of het WVV beperkt te zijn tot de leden van formeel benoemde bestuursorganen. Zo kan worden opgemaakt uit een samenlezing van artikel 2:51 WVV, dat verwijst naar de leden van een bestuursorgaan en dagelijks bestuurders, artikel 2:56, eerste lid WVV, dat verwijst naar de in artikel 2:51 bedoelde personen en naar personen die ten aanzien van de rechtspersoon werkelijke bestuursbevoegdheid hebben of hebben gehad (*i.e.* de feitelijke bestuurders), en artikel 2:56, derde lid WVV, dat beperkt blijft tot leden van een bestuursorgaan¹²⁷⁰.

Zoals eerder toegelicht, is niet iedereen het met deze interpretatie eens¹²⁷¹. Echter, zelfs indien men de bekritiseerbare opinie volgt dat er op grond van artikel 2:56 WVV ook voor overtredingen van bepalingen van de statuten of het WVV een gelijkstelling geldt, dan kan daaruit niet zomaar worden afgeleid dat alle WVV-bepalingen waarin bestuurders worden geïdificeerd automatisch één-op-één doorwerken naar feitelijke bestuurders. Zij zijn niet de geadresseerden van de wettelijke verplichtingen en in ons recht geldt nog altijd dat wanneer de tekst van een bepaling duidelijk is, men er niet iets in kan lezen dat er niet staat¹²⁷². Wilde de wetgever bereiken dat de woorden “*het*

¹²⁶⁸ Zie ook R. HOUBEN, “Repliek. Belangenconflicten – enkele beschouwingen” in S. COOLS (ed.), *Lessen na twee jaar WVV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2022, (391) 397.

¹²⁶⁹ Zie randnr. 215 hierboven.

¹²⁷⁰ Zie in dezelfde zin B. TILLEMANN en N. VAN DAMME, “Externe bestuurdersaansprakelijkheid tegenover de fiscus en de RSZ bij faillissement van de onderneming die geen natuurlijke persoon is” in M.E. STORME, B. TILLEMANN, J. VANANROYE, M. VANMEENEN en R. HOUBEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen V*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (217) 269.

¹²⁷¹ Zie randnr. 215 hierboven.

¹²⁷² Cf. (in de tegenovergestelde zin onder het oude W.Venn.): M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 92, nr. 107: “Een vennootschap die goederen aankoopt door financiering van een andere vennootschap en van die vennootschap commissielonen ontvangt, streeft naar een zo hoog mogelijk commissieloon. De tweede vennootschap heeft er alle belang bij dat de eerste vennootschap haar aankopen zelf financiert. Wanneer iemand nu juridisch bestuurder is van die tweede vennootschap en tegelijk

bestuursorgaan”, resp. “*de bestuurder*” in het WVV overal zouden worden gelezen als “lid van een bestuursorgaan of persoon die werkelijke bestuursbevoegdheid heeft gehad”, dan had hij dat zo in de wettekst moeten vermelden.

253. Het voorgaande wil voor alle duidelijkheid niet zeggen een feitelijke bestuurder nooit voor inbreuken op het WVV kan worden aangesproken. Dergelijke inbreuken (veelal een nalaten om een bepaalde handeling te stellen¹²⁷³) zijn wel degelijk mogelijk. Zij kunnen echter niet worden gesanctioneerd op grond van het WVV zelf, maar vereisen een beroep op artikel 1382 oud BW. Men zal moeten hardmaken dat de persoon van de feitelijke bestuurder zich, gelet op de concrete omstandigheden, onzorgvuldig heeft gedragen en een persoonlijke fout heeft gemaakt (d.w.z. zich niet heeft gedragen zoals een normaal zorgvuldig en vooruitziend persoon geplaatst in dezelfde omstandigheden)¹²⁷⁴. De feitelijke bestuurder begaat niet automatisch een fout bij de niet-naleving van de in het WVV opgenomen bestuursplichten. De reden hiervoor werd reeds aangehaald: hij is niet de geadresseerde van deze wettelijke geboden.

AFDELING 4. HET GEMENE AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT: OOK MET DE GELIJKSTELLING IN ARTIKEL 2:56 WVV NOG STEEDS DÉ REGEL VOOR DE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE FEITELIJKE BESTUURDER?

I. INLEIDING

254. Uit de analyse in de tweede afdeling van dit hoofdstuk blijkt dat de werking van artikel 2:56 WVV ten aanzien van de feitelijke bestuurder alles behalve duidelijk is. De formulering van de wettekst roept diverse vragen op, lijkt theoretisch niet zo goed te zijn doordacht, en leidt tot controverse in de rechtsleer. Een belangrijk deel van die controverse is terug te brengen tot het feit

feitelijk bestuurder in die eerste vennootschap, dan zijn diens belangen tegenstrijdig. De procedure van artikel 523 W.Venn. (thans art. 7:96 WVV) *dient dan ook te worden toegepast, op risico van aansprakelijkheid op grond van artikel 528 W.Venn.* (thans art. 2:56, derde lid WVV) (eigen nadruk)” met verwijzing naar Kh. Veurne 12 december 2001, TRV 2002, 464, noot D. VAN GERVEN en JDSC 2003, 184 (verkort).

¹²⁷³Zie randnrs. 114 en 116 hierboven.

¹²⁷⁴Zie randnr. 116 hierboven.

dat een feitelijke bestuurder – in tegenstelling tot een formeel benoemde bestuurder – in de regel geen contractuele band heeft met de rechtspersoon¹²⁷⁵.

Indien men de voornaamste bevindingen uit de analyse in de tweede afdeling van dit hoofdstuk schematisch op een rijtje zet, dan zal men vaststellen dat artikel 2:56 WVV voor de feitelijke bestuurder eigenlijk enkel in de verhouding tot de rechtspersoon relevant is, met name voor wat de aansprakelijkheid wegens gewone bestuursfouten betreft. De relevantie is evenwel gering: artikel 2:56 WVV speelt uitsluitend wanneer men kan hardmaken dat er een opdracht vanwege de rechtspersoon bestaat. Bestaat dergelijke opdracht niet, is er sprake van een inbreuk op de statuten of de bepalingen van het WVV, en/of wil niet de rechtspersoon, maar een derde de feitelijke bestuurder in het vizier nemen, dan kan er geen beroep op artikel 2:56 WVV worden gedaan¹²⁷⁶. Om de feitelijke bestuurder in deze hypothesen te kunnen aanspreken, zal net als in het W.Venn.-tijdperk een beroep moeten worden gedaan op het gemene aansprakelijkheidsrecht en meer bepaald op de regels inzake buitencontractuele aansprakelijkheid¹²⁷⁷ (onrechtmatige daad) die op eenieder van toepassing zijn¹²⁷⁸. Het gemene aansprakelijkheidsrecht blijft ook nu er een uitdrukkelijke gelijkstelling tussen formeel benoemde bestuurders en feitelijke bestuurders in de

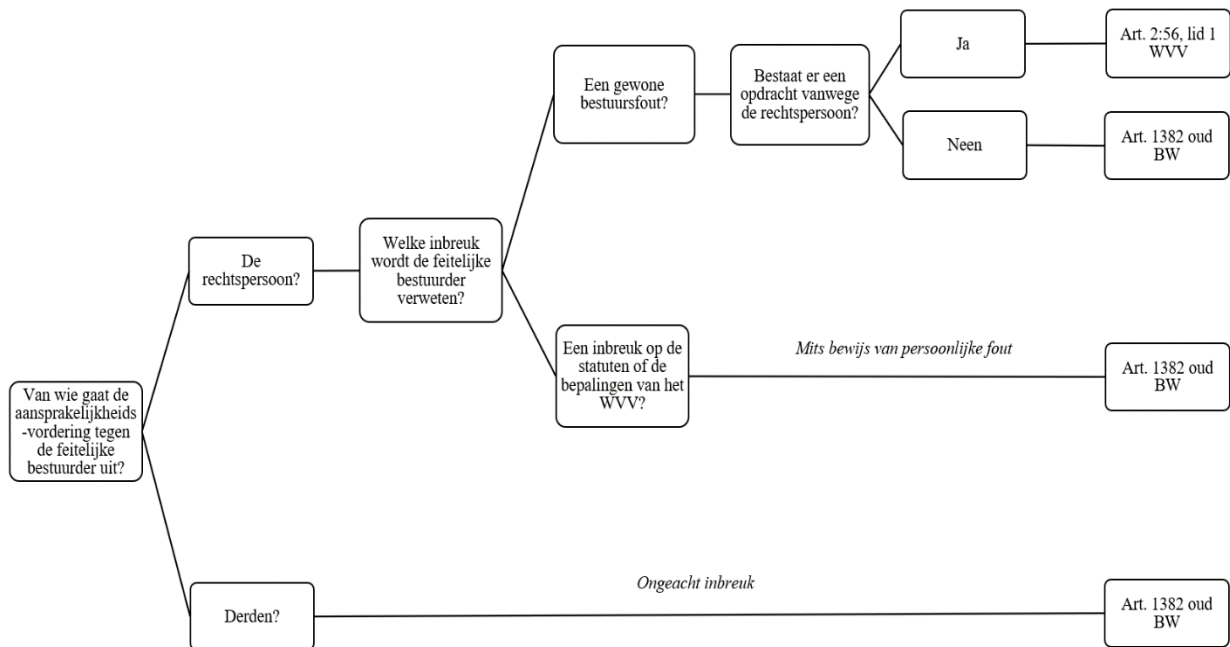
¹²⁷⁵Zie hierboven randnr. 208. Zie ook M. WYCKAERT en R. FORIERS, “Bestuurdersaansprakelijkheid in vennootschappen: een veldonderzoek” in S. COOLS (ed.), *Themis 117 – Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2021, (1) 8, nr. 19: “een bestuurder die een fout maakt in de uitoefening van zijn opdracht, begaat jegens de rechtspersoon een contractuele wanprestatie...”.

¹²⁷⁶Artikel 2:56, lid 1, tweede zin WVV (“Dit geldt ook jegens derden voor zover de begane fout een buitencontractuele fout is”) brengt louter in herinnering dat bestuurders die een buitencontractuele fout begaan hun aansprakelijkheid tegenover derden in het gedrang brengen (zie Memorie van toelichting bij wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 59). Zie ook J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE en H. CULOT, *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020, 292, nr. 584: “*Cette disposition fait implicitement référence à l’article 1382 du Code civil donc l’application aux administrateurs de sociétés est reconnue de longue date*”; S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV”, *Working Paper No. 2021/1*, elektronisch beschikbaar via <https://ssrn.com/abstract=>, 11, nr. 19; G. RUE, “Statut et responsabilités des mandataires en droit commercial” in S. GILSON en C. BEDORET (eds.), *Le statut des associés et mandataires de sociétés et associations*, Limal, Anthemis, 2021, (183) 224; G. CALLENS, A. CAUTAERS, H. CULOT, Y. DE CORDT, G. DE PIERPONT, T. FLAMENT, E. FOSSEPREZ, J.-M. GOLLIER, A. HANNOUILLE en N. TISSOT, “Chapitre 5 - Responsabilité des administrateurs” in Y. DE CORDT (ed.) *Société anonyme, 2e édition*, Bruxelles, Larcier, 2021, (337) 400; S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV” in S. COOLS (ed.), *Lessen na twee jaar WVV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2022, (399) 414, nr. 19. De grondslag inzake bestuurdersaansprakelijkheid is de gemeenrechtelijke onrechtmatige daad (artt. 1382-1383 oud BW).

¹²⁷⁷Dit uiteraard in de veronderstelling dat er geen bijzonder aansprakelijkheidsregime van toepassing is, zoals het bijzonder faillissementsaansprakelijkheidsregime voor bestuurders.

¹²⁷⁸Zie ook hierboven randnr. 191.

basiswetgeving inzake vennootschappen en verenigingen is opgenomen dus “de regel” voor de aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder¹²⁷⁹. “De regel” en niet dé regel, want naast het gemene aansprakelijkheidsrecht zal men in voorkomend geval uiteraard ook een beroep kunnen doen op de bijzondere faillissementsaansprakelijkheden voor bestuurders¹²⁸⁰, en/of een ander bijzonder aansprakelijkheidsregime dat middels een wettelijke gelijkstelling ook op de feitelijke bestuurder van toepassing is. Een grafische weergave in een stroomdiagram maakt de situatie sinds de invoering van het WVV zeer duidelijk:



¹²⁷⁹ Cf. (onder het oude W.Venn.): M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 121, nr. 137, vn. 505: “Bij gebreke aan een contractuele verhouding is dit de aansprakelijkheidsgrond bij uitstek t.a.v. de feitelijke bestuurder, naast de aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout”. Zie ook S. DE GEYTER, “Deel IV Bestuursmodellen en aansprakelijkheid – Hoofdstuk II Algemeen overzicht van de recente wijzigingen van de regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid” in S. DE GEYTER, I. DE POORTER en E., LEROUX (eds.), *Bestuur in de NV*, Antwerpen, Intersentia, 2022, (217) 220: “In de meeste gevallen zullen eisende partijen – hetzij de rechtspersoon, hetzij een derde –nog steeds genoodzaakt zijn om hun vordering te baseren op de extracontractuele aansprakelijkheid op basis van artikel 1382 [oud] BW”.

¹²⁸⁰ Te weten: de artikelen XX.225-226 WER (faillissementsaansprakelijkheid wegens kennelijke grove fout en in geval van achterstallige RSZ-schulden) en XX.227 WER (aansprakelijkheid ingevolge *wrongful trading*).

255. Wie in de rechtsleer op zoek gaat naar bijdragen over de toepassing van de regels inzake buitencontractuele aansprakelijkheid op bestuurders (de befaamde “aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad” (artt. 1382-1383 oud BW)), zal vaststellen dat daarin – net als in voormeld stroomdiagram – altijd een onderscheid wordt gemaakt tussen de aansprakelijkheid ten aanzien van de rechtspersoon (de zogenaamde *interne* aansprakelijkheid) en de aansprakelijkheid ten aanzien van derden (de zogenaamde *externe* aansprakelijkheid)¹²⁸¹. Beiden worden gekenmerkt door bepaalde bijzonderheden. In wat volgt worden deze bijzonderheden in kaart gebracht en wordt nagegaan of zij zowel gelden voor bestuurders *de jure* als feitelijke bestuurders, dan wel enkel relevant zijn voor eerstgenoemden.

Omdat het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht in de context van de invoering van een nieuw BW momenteel het voorwerp uitmaakt van een belangrijke hervormingsoefening, wordt niet enkel aandacht besteed aan het vigerende recht, maar wordt ook gekeken naar de regels in het Voorontwerp van wet houdende invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het Burgerlijk Wetboek, opgemaakt door de Commissie voor de hervorming van het aansprakelijkheidsrecht¹²⁸².

II. HET VIGERENDE RECHT

A. De aansprakelijkheid t.a.v. de rechtspersoon (intern)

- i. Voor bestuurders *de jure* moet rekening worden gehouden met de samenloopleer

256. Auteurs die de aansprakelijkheid van bestuurders wegens onrechtmatige daad ten aanzien van de rechtspersoon beschrijven, staan eigenlijk enkel stil bij de aansprakelijkheid van

¹²⁸¹ Zie bv. M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 122-123; P. ERNST, “Actualia vennootschapsrecht: bestuurdersaansprakelijkheid – Recente evoluties” in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *CBR Jaarboek 2013-2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (79) 102-103; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 317-318. Zie ook F. DE LEO, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 372-374.

¹²⁸² Zie voor de meest recente versies van het Voorontwerp BA (versie van 1 september 2019): https://justitie.belgium.be/sites/default/files/avant-projet_de_loi_-_voorontwerp_van_wet_-_livre_boek_5.pdf en de bijhorende Memorie van toelichting (versie van 1 september 2019): https://justitie.belgium.be/sites/default/files/expose_des_motifs_-_memorie_van_toelichting_-_livre_boek_5.pdf.

bestuurders *de jure*¹²⁸³. Zij onderstrepen meestal dat de interne aansprakelijkheid van bestuurders in de regel een contractuele basis heeft¹²⁸⁴, en wijzen erop dat de rechtspersoon hen slechts buitencontractueel kan aanspreken wanneer aan de voorwaarden van de samenloopleer is voldaan¹²⁸⁵. Deze voorwaarden, vastgelegd door het Hof van Cassatie¹²⁸⁶, luiden als volgt:

1. de fout moet een schending uitmaken van de algemene zorgvuldigheidsplicht, niet van de contractuele verbintenis; en
2. de fout moet een andere schade hebben veroorzaakt dan diegene die het gevolg is van de gebrekkige uitvoering van het contract.

De meeste auteurs stellen vast dat samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid in het licht van deze strikte voorwaarden zo goed als uitgesloten is¹²⁸⁷. Enkel in

¹²⁸³ Zij staan meestal niet afzonderlijk stil bij de aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder, maar beperken zich er veelal toe te vermelden dat de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad zowel bestuurders, dagelijks bestuurders, als feitelijke bestuurders treft. Zie o.m. M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 121, nr. 137; P. ERNST, “Actualia vennootschapsrecht: bestuurdersaansprakelijkheid – Recente evoluties” in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *CBR Jaarboek 2013-2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (79) 102; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 317.

¹²⁸⁴ Gelet op de contractuele aard van hun relatie met de rechtspersoon. Zie hierover eveneens S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid voor en na faillissement” in DEPARTEMENT PERMANENTE VORMING VAN DE ORDE VAN ADVOCATEN VAN DE BALIE VAN KORTRIJK (ed.), *De vennootschap in de verschillende takken van het recht: vormingsprogramma 2012*, Gent, Larcier, 2013, (57) 67-68; P. ERNST, “Actualia vennootschapsrecht: bestuurdersaansprakelijkheid – Recente evoluties” in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *CBR Jaarboek 2013-2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (79) 102; M. WYCKAERT en R. FORIERS, “Bestuurdersaansprakelijkheid in vennootschappen: een veldonderzoek” in S. COOLS (ed.), *Themis 117 – Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2021, (1) 8, nr. 19 en vn. 41.

¹²⁸⁵ K. GEENS en J. VANANROYE, “Bestuurdersaansprakelijkheid in NV en BVBA” in K. GEENS (ed.), *Themis 11 – Vennootschaps- en financieel recht*, Brugge, die Keure, 2002, (5) 8; K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, F. PARREIN, S. DE DIER en S. COOLS, “Overzicht van rechtspraak (1999-2010). Vennootschappen”, *TPR 2012*, (73) 295; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 318.

¹²⁸⁶ Cass. 7 december 1973, *Arr.Cass.* 1974, 395, *JT* 1974, 443, *Pas.* 1974, I, 376 en *RW* 1973-74, 1597, noot J. HERBOTS; Cass. 7 november 1997, *Arr.Cass.* 1997, 1093, *Bull.* 1997, 1146, *Pas.* 1997, I, 1146, *JDSC* 2000, 5, noot M. COIPEL, *RCJB* 1999, 730, noot V. SIMONART, *TBBR* 1998, 153 en *TRV* 1998, 284, noot I. CLAEYS; Cass. 29 september 2006, *Arr.Cass.* 2006, 1863, *NJW* 2006, 946, noot I. BOONE, *Pas.* 2006, 1911, *RABG* 2007, 1256, *RW* 2006-07, afl. 42, 1717, noot A. VAN OEVELEN, *TBBR* 2008, 557 en *TBO* 2007, 66, noot K. VANHOVE. Zie ook H. BOCKEN, “Samenloop contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. Verfijners, verdwijners en het arrest van het Hof van Cassatie van 29 september 2006”, *NJW* 2007, 722-731.

¹²⁸⁷ Zie o.m. M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 122-123; J. DELANOTE, *De Vennootschap & de civiele aansprakelijkheid van haar bestuurders*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 58-59, nrs. 96-97; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*,

de hypothese dat de fout van de bestuurder een misdrijf uitmaakt, zou hij door de rechtspersoon op grond van een onrechtmatige daad kunnen worden aangesproken¹²⁸⁸.

ii. Voor feitelijke bestuurders geldt de samenloopleer in de regel niet

257. Zoals hiervoor al enkele malen werd aangestipt, hebben feitelijke bestuurders in de regel geen contractuele band met de rechtspersoon¹²⁸⁹. Hun interne aansprakelijkheid is in tegenstelling tot die van de bestuurders *de jure* niet contractueel, maar buitencontractueel¹²⁹⁰. Een logisch gevolg van dit alles is dat er op het vlak van interne aansprakelijkheid voor hen geen rekening hoeft te worden gehouden met de gemeenrechtelijke samenloopleer; er is bij gebreke aan de mogelijkheid om een contractuele aansprakelijkheidsvordering tegen hen in te stellen eenvoudigweg geen samenloop mogelijk¹²⁹¹.

258. De analyse is anders wanneer de rechtspersoon het feitelijk bestuur door de feitelijke bestuurder middels zijn organen uitdrukkelijk of stilzwijgend heeft aanvaard¹²⁹². Er kan in dergelijk geval namelijk wel een contractuele band tussen de rechtspersoon en de feitelijke bestuurder worden ontwaard¹²⁹³ en daar gaat een contractuele aansprakelijkheid mee gepaard (welke gestoeld is op artikel 2:56, lid 1 WVV¹²⁹⁴ – zie ook de weergave in het stroomdiagram

Antwerpen, Intersentia, 2020, 318; F. DE LEO, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 372.

¹²⁸⁸ Cass. 26 oktober 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 244, *Bull.* 1991, 216, *Pas.* 1991, I, 216 en *RCJB* 1992, 497, noot R. DALCQ; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 124-125; K. GEENS en M. WYCKAERT, *Verenigingen en vennootschappen – Deel II. De Vennootschap – A. Algemeen Deel in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 624, nr. 351; W. BUELENS en D. VERHOEVEN, “De (on)zin van een samenloopverbod tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering”, *TBBR* 2016, (314) 326.

¹²⁸⁹ Zie hierboven randnrs. 208 en 254.

¹²⁹⁰ Cf. F. DE LEO, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 372.

¹²⁹¹ Zie ook M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 122, nr. 138: “De vennootschap kan haar bestuurders dan ook enkel buitencontractueel aanspreken binnen de grenzen van de gemeenrechtelijke samenloopleer. **Die beperking geldt natuurlijk niet t.a.v. de feitelijke bestuurder met wie de vennootschap geen overeenkomst heeft**” (eigen nadruk).

¹²⁹² Zie F. DE LEO, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 372 en vn. 1604: “Aangezien tussen de bestuurders (behalve de feitelijke bestuurders [althans voor zover hun rol niet expliciet of impliciet wordt erkend door de vennootschap]) en de vennootschap een contractuele band bestaat, is de aansprakelijkheid van die bestuurders in beginsel contractueel”. Zie ook randnr. 205 hierboven.

¹²⁹³ De aanvaarding van het handelen van de feitelijke bestuurder door de rechtspersoon doet een overeenkomst met de rechtspersoon ontstaan, die zou kunnen worden gezien als een “opdracht vanwege de rechtspersoon”. Zie ook randnr. 205 hierboven.

¹²⁹⁴ Zie randnr. 205 hierboven. Zie ook de kritiek hierop in randnr. 208.

hierboven). Aangezien er een contractuele aansprakelijkheid bestaat, moet er in deze hypothese wel rekening worden gehouden met de eerder besproken voorwaarden van de samenloopleer¹²⁹⁵.

VANDENBOGAERDE drukte zich onder gelding van het oude W.Venn. ook reeds in deze zin uit. Hij stelde: *“Indien die feitelijk bestuurder echter een stilzwijgende overeenkomst met de vennootschap kan bewijzen, zullen de regels inzake samenloop, die zich in beginsel niet door de ongeldigheid van diens benoeming laten verontrusten, opnieuw toepassing kunnen vinden”*¹²⁹⁶.

Een opmerkelijk, en wellicht niet verder doordacht, gevolg van het feit dat men in geval van de aanvaarding van het optreden van de feitelijke bestuurder door de rechtspersoon te maken kan hebben met een contractuele band tussen beiden, lijkt te zijn dat men ook voor inbreuken op de statuten of het WVV¹²⁹⁷ (waarvoor aan het adres van de feitelijke bestuurder geen beroep op artikel 2:56 WVV kan worden gedaan¹²⁹⁸) rekening zal moeten houden met de samenloopleer. Dit maakt het voor de rechtspersoon in continuïteit bijzonder moeilijk, of eigenlijk zo goed als onmogelijk, om de feitelijke bestuurder (die een opdracht heeft) voor dergelijke inbreuken aan te spreken¹²⁹⁹. Heel problematisch is dit in de praktijk niet, nu de meeste aansprakelijkheidsvorderingen tegen feitelijke bestuurders niet worden ingesteld wanneer de rechtspersoon zich in een toestand van continuïteit bevindt, maar pas nadat de rechtspersoon failliet werd verklaard¹³⁰⁰. De curator is in zulk geval aan zet en voormelde regels inzake samenloop worden niet op hem toegepast¹³⁰¹.

B. De aansprakelijkheid t.a.v. derden (extern)

i. Algemeen

259. De bestuurdersaansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad geldt niet enkel intern ten

¹²⁹⁵ Zie randnr. 256 hierboven.

¹²⁹⁶ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 122, nr. 138, vn. 507.

¹²⁹⁷ Cf. M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 84.

¹²⁹⁸ Zie randnr. 217 hierboven.

¹²⁹⁹ De situatie is voor alle duidelijkheid anders wanneer er geen opdracht vanwege de rechtspersoon bestaat. De samenloopleer geldt dan niet en de rechtspersoon kan gewoon op een buitencontractuele basis vorderen. Zie randnr. 257 hierboven.

¹³⁰⁰ Zie randnr. 106 hierboven.

¹³⁰¹ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 202.

aanzien van de rechtspersoon, maar ook extern ten aanzien van derden¹³⁰². Wie er de relevante rechtsleer op naslaat, zal lezen dat men op het vlak van de externe aansprakelijkheid klassiek een onderscheid maakt tussen de aansprakelijkheid ten aanzien van “volstrekte” derden en de aansprakelijkheid ten aanzien van “contractuele” derden¹³⁰³. “Volstrekte” derden zijn derden die volledig vreemd zijn aan enige overeenkomst met de rechtspersoon en de bestuurder¹³⁰⁴. Voorbeelden van dergelijke derden zijn de fiscus¹³⁰⁵, de BTW administratie en de RSZ¹³⁰⁶. Aandeelhouders zijn “volstrekte” derden voor hun persoonlijke schade¹³⁰⁷, maar niet voor de schade die louter een reflectie is van de schade aan het vermogen van de vennootschap door middel van een waardevermindering van hun aandelen¹³⁰⁸. “Contractuele” derden zijn derden die wel een overeenkomst hebben met de rechtspersoon, maar derden zijn ten opzichte van de bestuurdersovereenkomst tussen de rechtspersoon en de bestuurder¹³⁰⁹. Typevoorbeelden van “contractuele” derden zijn leveranciers en kredietverleners¹³¹⁰.

- ii. De aansprakelijkheid t.a.v. “volstrekte” derden: feitelijke bestuurders = bestuurders *de jure*

260. Wat de bestuurdersaansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad ten aanzien van

¹³⁰² H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 318, nr. 658.

¹³⁰³ Zie bv. P. ERNST, “Actualia vennootschapsrecht: bestuurdersaansprakelijkheid – Recente evoluties” in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *CBR Jaarboek 2013-2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (79) 107; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 318, nr. 658; M. WYCKAERT en R. FORIERS, “Bestuurdersaansprakelijkheid in vennootschappen: een veldonderzoek” in S. COOLS (ed.), *Themis 117 – Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2021, (1) 11-12.

¹³⁰⁴ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 123, nr. 139; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 318, nr. 658.

¹³⁰⁵ J.-F. GOFFIN en G. DE SAUVAGE, “La responsabilité civile des dirigeants de société en matière fiscale”, *RGCF* 2008, (355) 360.

¹³⁰⁶ F. DE LEO, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 374.

¹³⁰⁷ Men denke bijvoorbeeld aan een aandeelhouder die op basis van een niet-waarachtige balans inschrijft op overgewaardeerde aandelen (Luik 9 september 2004, *JT* 2005, 85). Zie ook F. DE LEO, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 373.

¹³⁰⁸ D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 803-804; F. DE LEO, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 373.

¹³⁰⁹ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 123, nr. 139; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 800-801.

¹³¹⁰ P. ERNST, “Actualia vennootschapsrecht: bestuurdersaansprakelijkheid – Recente evoluties” in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *CBR Jaarboek 2013-2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (79) 107.

“volstrekte” derden betreft, is de analyse eenvoudig. “Volstrekte” derden kunnen hun schade vorderen van degene die ze heeft veroorzaakt en dat kan de rechtspersoon zijn, maar evenzeer een bestuurder. Het “enige” dat zij moeten doen, is het bewijs leveren van een fout, hun schade, en een oorzakelijk verband tussen de aangevoerde fout en hun schade¹³¹¹. Het volstaat volgens de rechtsleer evenwel niet om een gewone bestuursfout aan te tonen¹³¹². De fout moet een inbreuk uitmaken op de civielrechtelijke algemene zorgvuldigheidsnorm. Dit wil niet zeggen dat zulke inbreuk niet tegelijk een bestuursfout kan uitmaken of in een bestuursfout besloten kan liggen¹³¹³. Een aansprakelijkheid wegens gewone bestuursfout ten aanzien van de rechtspersoon sluit een aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad ten aanzien van een “volstrekte” derde geenszins uit¹³¹⁴.

261. Voormelde principes inzake de aansprakelijkheid van bestuurders op grond van een onrechtmatige daad ten aanzien van “volstrekte” derden gelden voor bestuurders *de jure*, maar evengoed voor feitelijke bestuurders (en dit ongeacht of er sprake is van een “opdracht” vanwege de rechtspersoon). Het doet er voor een onrechtmatige daadsvordering uitgaande van een “volstrekte” derde namelijk niet toe welke hoedanigheid de schadeverwekker heeft¹³¹⁵.

iii. De aansprakelijkheid t.a.v. “contractuele” derden: feitelijke bestuurders ≠ bestuurders *de jure*(?)

262. Wat de bestuurdersaansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad ten aanzien van “contractuele” derden betreft, is de analyse iets complexer. “Contractuele” derden moeten namelijk rekening houden met de toepassing van het leerstuk van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent, dat hun vorderingsmogelijkheden aanzienlijk beperkt¹³¹⁶. De quasi-immuniteit

¹³¹¹ Zie ook T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 88, nr. 120.

¹³¹² H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 318, nr. 658.

¹³¹³ Bergen 11 mei 1979, *TBH* 1980, 332, noot L. CORNELIS en *RPS* 1979, 158.

¹³¹⁴ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 181-182, nr. 246.

¹³¹⁵ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 123, nr. 139.

¹³¹⁶ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 318, nr. 658; M. WYCKAERT en R. FORIERS, “Bestuurdersaansprakelijkheid in vennootschappen: een veldonderzoek” in S. COOLS (ed.), *Themis 117 – Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2021, (1) 12, nr. 28; F. DE LEO, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 374.

van de uitvoeringsagent houdt in dat een uitvoeringsagent die door de hoofdschuldenaar wordt belast met de uitvoering van zijn contractuele verbintenissen, slechts buitencontractueel kan worden aangesproken door de medecontractant van de hoofdschuldenaar onder dezelfde voorwaarden als de hoofdschuldenaar¹³¹⁷. De uitvoeringsagent kan door de medecontractant van de hoofdschuldenaar niet buitencontractueel aansprakelijk worden gesteld, omdat hij ten opzichte van de medecontractant, en voor wat de uitvoering van de overeenkomst betreft, niet wordt beschouwd als een derde¹³¹⁸. Hij wordt, voor wat de uitvoering van de overeenkomst betreft, integendeel vereenzelvigd met de hoofdschuldenaar. Dit heeft tot gevolg dat hij door de medecontractant slechts aansprakelijk kan worden gesteld onder dezelfde voorwaarden als de hoofdschuldenaar. Omdat de hoofdschuldenaar door zijn medecontractant maar buitencontractueel aansprakelijk zal kunnen worden gesteld wanneer de voorwaarden inzake samenloop¹³¹⁹ vervuld zijn, geldt dit evenzeer voor de uitvoeringsagent¹³²⁰.

263. Van belang is dat het Hof van Cassatie het leerstuk van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent, dat werd ontwikkeld in de context van de stuwadoorsaansprakelijkheid, in een principearrest van 7 november 1997¹³²¹ ook van toepassing heeft verklaard op de organen van vennootschappen. De bestuurders (*i.e.* de leden van het bestuursorgaan¹³²²) worden sedertdien

¹³¹⁷Zie S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid voor en na faillissement” in DEPARTEMENT PERMANENTE VORMING VAN DE ORDE VAN ADVOCATEN VAN DE BALIE VAN KORTRIJK (ed.), *De vennootschap in de verschillende takken van het recht: vormingsprogramma 2012*, Gent, Larcier, 2013, (57) 69. Men spreekt over een “quasi”-immuniteit van de uitvoeringsagent omdat hij niet echt immuun is voor aansprakelijkheid: hij kan weliswaar niet rechtstreeks door de medecontractant van de hoofdschuldenaar worden aangesproken, maar de hoofdschuldenaar kan hem wel zelf aanspreken (zie hierover I. CLAEYS, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid. De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent herbekeken*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 149, nr. 121).

¹³¹⁸Cass. 7 december 1973, *Arr.Cass.* 1974, 395, *JT* 1974, 443, *Pas.* 1974, I, 376 en *RW* 1973-74, 1597, noot J. HERBOTS.

¹³¹⁹Zie hierboven randnr. 256.

¹³²⁰S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid voor en na faillissement” in DEPARTEMENT PERMANENTE VORMING VAN DE ORDE VAN ADVOCATEN VAN DE BALIE VAN KORTRIJK (ed.), *De vennootschap in de verschillende takken van het recht: vormingsprogramma 2012*, Gent, Larcier, 2013, (57) 69.

¹³²¹Cass. 7 november 1997, *Arr.Cass.* 1997, 1093, *Bull.* 1997, 1146, *Pas.* 1997, I, 1146, *JDSC* 2000, 5, noot M. COIPEL, *RCJB* 1999, 730, noot V. SIMONART, *RPS* 2010 (samenvatting), 166, noot M. COIPEL, *TBBR* 1998, 153 en *TRV* 1998, 284, noot I. CLAEYS. Zie verder ook Cass. 24 maart 2016, *TBBR* 2019, 512 en *TBH* 2017, 200, noot R. STEENNOT; Cass. 29 september 2006, *Arr.Cass.* 2006, 1863, *NJW* 2006, 946, noot I. BOONE, *Pas.* 2006, 1911, *RABG* 2007, 1256, *RW* 2006-07, 1717, noot A. VAN OEVELEN, *TBBR* 2008, 557 en *TBO* 2007, 66, noot K. VANHOVE.

¹³²²Zie ook M. DAVAGLE, “Statut et responsabilités des membres et des dirigeants d’A(I)SBL” in S. GILSON en C. BEDORET (eds.), *Le statut des associés et mandataires de sociétés et associations*, Limal, Anthemis, 2021, (231) 246: “La Cour assimile donc l’organe d’administration à un agent d’exécution, ce qui conduit, de fait, à instaurer

voor de uitvoering van de contractuele verbintenissen van de vennootschap als uitvoeringsagent beschouwd¹³²³, en zij genieten voor de (niet)-uitvoering ervan van een quasi-immuniteit¹³²⁴. Een “contractuele” derde zal hen enkel kunnen aanspreken indien de ten laste gelegde fout tevens een schending uitmaakt van de algemene zorgvuldigheidsplicht en de gevorderde schade andere is dan die welke voortvloeit uit de contractuele wanprestatie¹³²⁵. Zoals reeds werd opgemerkt bij de bespreking van de samenloopleer¹³²⁶, zullen deze voorwaarden in de praktijk enkel vervuld zijn in de hypothese dat de contractuele wanprestatie een misdrijf uitmaakt¹³²⁷.

264. Het leerstuk van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent geldt voor de bestuurders *de jure*, maar hoe zit het precies met de toepassing ervan op feitelijke bestuurders? Kunnen ook zij als uitvoeringsagenten kwalificeren en in voorkomend geval quasi-immuun zijn? Welnu, het leerstuk van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent is volgens het Hof van Cassatie van toepassing op de organen van vennootschappen¹³²⁸, en deze worden op een limitatieve wijze opgesomd in het WVV¹³²⁹. Feitelijke bestuurders horen hier niet bij. Vermits zij niet als (vennootschaps)organen kunnen worden beschouwd¹³³⁰, lijkt het uitgesloten dat zij onder de toepassing van het leerstuk van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent vallen. Men dient er

une quasi-immunité des membres de l'organe d'administration envers les tiers”, met verwijzing naar J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 135, nr. 86.

¹³²³ Cf. artikel 2:49 WVV: “De rechtspersonen handelen door hun organen wiens bevoegdheden worden vastgesteld door dit wetboek, het voorwerp en de statuten. **De leden van deze organen verbinden zich niet persoonlijk voor de verbintenissen van de rechtspersoon**” (eigen nadruk).

¹³²⁴ F. DE LEO, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 374. Zie ook X. DIEUX, “La responsabilité des administrateurs ou gérants d’une personne morale à l’égard des tiers: derniers développements?”, *Rev.not.b.* 2006, 258-282.

¹³²⁵ H. BOCKEN, “Samenloop contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. Verfijners, verdwijners en het arrest van het Hof van Cassatie van 29 september 2006”, *NJW* 2007, 722; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 124; P. ERNST, “Actualia vennootschapsrecht: bestuurdersaansprakelijkheid – Recente evoluties” in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *CBR Jaarboek 2013-2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (79) 103.

¹³²⁶ Zie hierboven randnr. 256.

¹³²⁷ Zie ook P. DE WOLF, “La (nouvelle) révision du régime de responsabilité des administrateurs par le Code des sociétés et des associations” in P. BOSSARD (ed.), *Le Code des sociétés et des associations: contentieux et pratique*, Limal, Anthemis, 2019, (9) 16.

¹³²⁸ Het speelt evenzeer voor de organen van VZWs. Zie ook M. DAVAGLE, “Statut et responsabilités des membres et des dirigeants d’A(I)SBL” in S. GILSON en C. BEDORET (eds.), *Le statut des associés et mandataires de sociétés et associations*, Limal, Anthemis, 2021, (231) 246.

¹³²⁹ Zie hierover S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid: bestuurdersaansprakelijkheid, corporate governance en risicomangement*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 10-11.

¹³³⁰ Zie in dezelfde zin E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 284, vn. 1222.

echter rekening mee te houden dat zij mogelijk wel kunnen worden gekwalificeerd als aangestelden¹³³¹ (in het bijzonder wanneer er een opdracht vanwege de rechtspersoon kan worden ontwaard). Is dat het geval, dan zal het leerstuk van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent toch op hen van toepassing zijn¹³³².

In haar boek over aandeelhoudersaansprakelijkheid verwoordt GOLDSCHMIDT dit alles zeer treffend als volgt: “*Als een feitelijk bestuurder een fout pleegt in het kader van de uitoefening voor de vennootschap van een contractuele verbintenis van die vennootschap, dan kan eventueel de leer van de immuniteit van de uitvoeringsagent van toepassing zijn. Dit is in het bijzonder het geval als de mogelijkheid voor de feitelijke bestuurder om voor de vennootschap op te treden op een soort opdracht gesteund is die de vennootschap aan de moeder vennootschap heeft gegeven (of misschien beter: heeft overgelaten). Bij toepassing van de leer van de immuniteit van de uitvoeringsagent is de feitelijke bestuurder slechts buitencontractueel aansprakelijk ten aanzien van de derde als hij een inbreuk op de algemene zorgvuldigheidsnorm pleegt die een schade veroorzaakt die verschillend is van de loutere gebrekkige uitvoering van het contract door de vennootschap (behalve als de contractuele fout tegelijk een misdrijf uitmaakt). Om te vermijden dat de (vaak sterkere) moeder vennootschap op die manier buiten schot blijft bij wanprestatie door de vennootschap-contractpartij, zal deze wellicht proberen aan te tonen dat de moeder vennootschap-feitelijke bestuurder de eigenlijke contractpartij was in deze verhouding*” (eigen nadruk)¹³³³.

265. GOLDSCHMIDT geeft terecht aan dat de feitelijke bestuurder onbeperkt aansprakelijk is voor zijn buitencontractuele fouten¹³³⁴, en onderstreept dat die fouten op basis van de schijnleer eventueel gelijktijdig aan de rechtspersoon kunnen worden toegerekend¹³³⁵. In de hypothese dat de rechtspersoon wordt aangesproken voor een onrechtmatige daad gesteld door de feitelijke bestuurder, kan er middels een regresvordering ingesteld door het bestuursorgaan van de

¹³³¹ Zie hierover J. DELVOIE, *Orgaantheorie in rechtspersonen van privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 133 e.v.

¹³³² Het Hof van Cassatie overwoog in het hogervermelde principearrest van 7 november 1997 immers: “*Wanneer een contracterende partij, voor de uitvoering van haar contractuele verbintenis, handelt door een orgaan, een aangestelde of een agent, kan diens aansprakelijkheid buiten overeenkomst alleen in het gedrang komen, indien de hem ten laste gelegde fout een tekortkoming aan de algemene voorzichtigheidsverplichting oplevert en indien die fout een andere schade heeft veroorzaakt dan die welke voortvloeit uit de wanuitvoering van de overeenkomst*” (eigen nadruk).

¹³³³ E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 283-284.

¹³³⁴ Zie ook hierboven randnr. 229.

¹³³⁵ E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 284, nr. 466. Zie in dezelfde zin in Frankrijk: B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Paris, Éditions Dalloz, 2017, 183, nr. 282.

rechtspersoon wel verhaal bij de feitelijke bestuurder worden gehaald¹³³⁶.

III. HET VOORONTWERP BUITENCONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID

266. Zoals hiervoor al werd aangestipt, maakt het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht momenteel het voorwerp uit van een belangrijke hervormingsoefening. De Commissie die voor de uitvoering van die hervormingsoefening werd aangesteld, liet haar werkzaamheden in september 2019 uitmonden in een Voorontwerp van wet houdende invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het Burgerlijk Wetboek (hierna verkort het “Voorontwerp BA”). De in het Voorontwerp BA opgenomen voorstellen wijken op een aantal punten af van het vigerende recht, waardoor hetgeen vandaag geldt voor de aansprakelijkheid van bestuurders in de toekomst mogelijk niet meer zal opgaan. De meest in het oog springende hervormingsvoorstellen worden hierna zeer beknopt geanalyseerd, met bijzondere aandacht voor hun impact op de aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder.

A. De aansprakelijkheid t.a.v. de rechtspersoon (intern)

i. Het Voorontwerp BA neemt afstand van het samenloopverbod

267. Zoals hierboven reeds werd uiteengezet, moet er – ingevolge rechtspraak van het Hof van Cassatie – naar vigerend recht rekening mee worden gehouden dat samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid in de verhouding tussen de rechtspersoon en zijn bestuurders *de jure* (i.e. de verhouding contractuele schuldeiser – schuldenaar) principieel verboden is¹³³⁷. Het contractuele aansprakelijkheidsrecht wordt onder contractspartijen geacht een exclusieve gelding te hebben voor het herstel van schade veroorzaakt door een contractuele wanprestatie¹³³⁸.

Het Voorontwerp BA neemt afstand van het klassieke “samenloopverbod” en stelt een nieuwe

¹³³⁶ Cf. H. BOCKEN, “De aansprakelijkheid van rechtspersonen, hun organen, aangestelden en zelfstandige hulppersonen” in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Rechtspersonenrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, (489) 516-517.

¹³³⁷ Zie randnr. 256 hierboven.

¹³³⁸ H. BOCKEN, “Samenloop in het ontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid”, *TPR* 2021, afl. 1, (151) 157.

regel inzake samenloop voorop in artikel 5.143¹³³⁹:

“5.143. Buitencontractuele en contractuele aansprakelijkheid

De benadeelde mag zich jegens een medecontractant beroepen op de buitencontractuele aansprakelijkheid tenzij deze mogelijkheid wettelijk of contractueel is uitgesloten.

Indien de benadeelde het herstel vordert van schade die haar oorzaak vindt in de niet-nakoming van een contractuele verbintenis, hebben de bijzondere wettelijke bepalingen en de contractuele bedingen die specifiek betrekking hebben op de verbintenissen van de partijen evenwel voorrang op de regels van de buitencontractuele aansprakelijkheid. Deze voorrang geldt niet bij vorderingen tot het herstel van schade ingevolge een aantasting van de fysieke integriteit.”¹³⁴⁰.

De rechtspersoon zal – in de hypothese dat deze regel wordt aangenomen – de vrijheid krijgen om zich ten aanzien van zijn bestuurders *de jure* ook op het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht te beroepen. Het feit dat een beroep op het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht mogelijk wordt, wil uiteraard niet zeggen dat zulk beroep verplicht is; de rechtspersoon kan de contractuele weg blijven bewandelen¹³⁴¹.

- ii. De potentiële impact van de voorgestelde hervorming op de aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder is beperkt

268. Het feit dat in het Voorontwerp BA afstand wordt genomen van het verbod op samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid heeft weinig gevolgen voor de feitelijke bestuurder. Hij heeft in de regel geen (bestuurs)overeenkomst met de rechtspersoon, waardoor hij sowieso slechts buitencontractueel kan worden aangesproken¹³⁴². Waar er toch een contractuele band met de rechtspersoon kan worden ontwaard, verwerft de rechtspersoon met het voorgestelde artikel 5.143 een extra vorderingsmogelijkheid.

¹³³⁹ Merk op dat de bepalingen van het Voorontwerp BA, in de mate dat zij uiteindelijk zullen worden opgenomen in een wetsvoorstel, sowieso nog zullen worden henummerd.

¹³⁴⁰ Zie Voorontwerp BA (versie van 1 september 2019): https://justitie.belgium.be/sites/default/files/avant-projet_de_loi_-_voorontwerp_van_wet_-_livre_boek_5.pdf, 2.

¹³⁴¹ H. BOCKEN, “Samenloop in het ontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid”, *TPR* 2021, afl. 1, (151) 167.

¹³⁴² Zie randnr. 257 hierboven.

B. De aansprakelijkheid t.a.v. derden (extern)

- i. Het Voorontwerp BA neemt afstand van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent

269. De toepassing van het leerstuk van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent in de context van bestuurdersaansprakelijkheid, maakt het voor zogeheten “contractuele” derden¹³⁴³ op heden bijzonder moeilijk om de bestuurders *de jure* van een rechtspersoon aan te spreken¹³⁴⁴. Het Voorontwerp BA handhaaft dit leerstuk niet. Het wordt, als uitloper van de afschaffing van het samenloopverbod, evenzeer verlaten, of dat is toch op zijn minst het voorstel van de leden van de Commissie die het Voorontwerp BA opstelden. In de memorie van toelichting bij het voorgestelde artikel 5.143 inzake samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid wordt dit als volgt geëxpliciteerd: *“Het ontwerp bevat geen bepaling die hulppersonen¹³⁴⁵ in de regel beschermt tegen een buitencontractuele vordering vanwege de medecontractant van hun opdrachtgever voor fouten begaan tijdens de uitvoering van de hoofdverbintenis. Het neemt dus afstand van de huidige rechtspraak op dit punt. Hulppersonen kunnen voortaan dus ook buitencontractueel worden aangesproken door de medecontractant van hun opdrachtgever.”*¹³⁴⁶.

Het is koffiedik kijken of dit voorstel van de Commissie het in zijn algemeenheid uiteindelijk zal halen, vermits het in de rechtsleer al op heel wat kritiek heeft kunnen rekenen¹³⁴⁷.

¹³⁴³ VANANROYE heeft het over “vrijwillige” schuldeisers (zie J. VANANROYE m.m.v. O. ROODHOOF, “Toerekening aan rechtspersonen en aansprakelijkheid van uitvoeringsagenten in het ontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid”, *TPR* 2021, afl. 1, (177) 189-190).

¹³⁴⁴ Zie randnr. 263 hierboven.

¹³⁴⁵ De uitvoeringsagent wordt in het Voorontwerp BA omschreven met de term “hulppersoon” (H. BOCKEN, B. DUBUISSON, G. JOCQUÉ, G. SCHAMPS, T. VANSWEEVELT, J. DELVOIE en B. ZAMMITTO, *De hervorming van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht: het ontwerp van de Commissie tot hervorming van het aansprakelijkheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 2 en 50-51). Zie over het gebruik van deze term met (de nodige kritiek) ook J. VANANROYE m.m.v. O. ROODHOOF, “Toerekening aan rechtspersonen en aansprakelijkheid van uitvoeringsagenten in het ontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid”, *TPR* 2021, afl. 1, (177) 210.

¹³⁴⁶ Zie Memorie van toelichting (versie van 1 september 2019): https://justitie.belgium.be/sites/default/files/expose_des_motifs_-_memorie_van_toelichting_-_livre_boek_5.pdf, 43.

¹³⁴⁷ Zie F. DE LEO, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 374, met verwijzing naar M.E. STORME, “Een nieuw verbintenisrecht: oude wijn in oude zakken”, *Juristenkrant* 2018, afl. 372, 17; J. VANANROYE, “Zorgt het ontwerp van nieuw BW voor een spectaculaire verzwaring van de externe bestuursaansprakelijkheid?”, *Corporate Finance Lab*, 30 mei 2018, <https://corporatefinancelab.org/2018/05/30/zorgt-het-ontwerp-van-nieuw-bw-voor-een-spectaculaire-verzwaring-van-de-externe-bestuursaansprakelijkheid/>; J. VANANROYE m.m.v. O. ROODHOOF, “Toerekening aan

- ii. De potentiële impact van de voorgestelde hervorming op de aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder is beperkt

270. In de veronderstelling dat de afschaffing van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent er finaal doorkomt, zal de impact vooral groot zijn voor bestuurders *de jure*¹³⁴⁸. Voor de feitelijke bestuurder zal er niet veel veranderen; hij geniet – op een eerder uitzonderlijke hypothese¹³⁴⁹ na – vandaag al niet van een quasi-immuniteit. Zijn positie blijft bijgevolg dezelfde als vandaag: hij kan (en zal bij aanneming van het voorstel) zowel door “volstrekke”, als “contractuele” derden (kunnen) worden aangesproken.

rechtspersonen en aansprakelijkheid van uitvoeringsagenten in het ontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid”, *TPR* 2021, afl. 1, (177) 209-211. DE DIER en VANANROYE menen dat de vennootschapswetgever een kans heeft gemist om het leerstuk van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent minstens voor bestuurders in het WVV te codificeren (zie S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV”, *Working Paper No. 2021/1*, elektronisch beschikbaar via <https://ssrn.com/abstract=>, 11-12, nr. 19; S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV” in S. COOLS (ed.), *Lessen na twee jaar WVV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2022, (399) 414, nr. 19).

¹³⁴⁸Zie over de mogelijk verregaande gevolgen voor bestuurders *de jure* o.m. J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid en insolventierecht: delven in de rijke groeve” in V. SAGAERT (ed.), *Vraagpunten op de grens van insolventierecht, goederenrecht en verbintenissenrecht: opstellen opgedragen aan Prof. dr. Eric Dirix*, Antwerpen, Intersentia, 2018, (177) 196 e.v.; J. VANANROYE m.m.v. O. ROODHOOFT, “Toerekening aan rechtspersonen en aansprakelijkheid van uitvoeringsagenten in het ontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid”, *TPR* 2021, afl. 1, (177) 208.

¹³⁴⁹Met name de hypothese waarbij hij kan worden gekwalificeerd als aangestelde, zie hierover randnr. 264 hierboven.

HOOFDSTUK 4

TUSSENBSLUIT

271. Alles wijst erop dat de wetgever de mosterd voor de omschrijving van de notie “feitelijke bestuurder” in het WVV is gaan halen in Boek XX van het WER. De formulering van de gelijkstellingen tussen formeel benoemde bestuurders en “feitelijke bestuurders” in de artikelen 2:56 en 2:143 WVV is nagenoeg identiek aan de formulering van de gelijkstelling die men kan terugvinden in de bijzondere faillissementsaansprakelijkheden wegens kennelijke grove fout¹³⁵⁰ en in geval van RSZ-schulden¹³⁵¹ in Boek XX van het WER, welke sedert 2018 ook is opgenomen in de regeling inzake *wrongful trading*¹³⁵², en in een ietwat andere vorm kan worden teruggevonden in het beroepsverbod dat na een faillissement kan worden opgelegd¹³⁵³. Er is geen enkele indicatie dat de wetgever in de context van het WVV wenste af te wijken van de op Franse leest gestoelde invulling die de notie “feitelijke bestuurder” klassiek in de context van Boek XX van het WER (en de historisch daaraan voorafgaande wetgeving) krijgt. Dit betekent dat de rechtsleer die tot nog toe in de context van Boek XX van het WER (en de historisch daaraan voorafgaande wetgeving) over de notie is geschreven en de rechtspraak die tot nog toe in die context over de notie is gevelde, ook relevant zijn voor de invulling van de notie “feitelijke bestuurder” in het WVV. Het feit dat er in het WVV nieuwe bestuursmodellen werden uitgewerkt die vroeger niet bestonden en het feit dat de in het WVV opgenomen bepalingen ook toepassing kunnen vinden zonder een faillissement, doen hieraan op geen enkele wijze afbreuk. De invulling die de notie “feitelijke bestuurder” klassiek krijgt, is generiek genoeg om onverkort te kunnen worden doorgetrokken naar het WVV.

Het voorgaande wil zeggen dat men onder de notie “feitelijke bestuurder” in het WVV net als in Boek XX van het WER een persoon dient te verstaan die een positieve daad (of positieve daden) van bestuur heeft gesteld in alle onafhankelijkheid en soevereiniteit (dus niet in de uitoefening van

¹³⁵⁰ De oude artikelen 63^{ter} Venn.W. en 530, §1 W.Venn. en thans artikel XX.225 WER.

¹³⁵¹ Oud artikel 530, §2 W.Venn. en thans artikel XX.226 WER.

¹³⁵² Artikel XX.227 WER.

¹³⁵³ Artikel XX.229 WER.

een arbeidsovereenkomst of in opdracht van de rechtspersoon). Twee punten zijn daarbij *de lege lata* wel niet altijd even duidelijk, met name of slechts één aanwijsbare daad van bestuur voor een kwalificatie als feitelijke bestuurder kan volstaan en of de in de schaduw opererende beleidsbepaler¹³⁵⁴ ook als een feitelijke bestuurder aan te merken valt. Een feitelijke bestuurder kan verschillende gezichten hebben en feitelijk bestuur kan zich manifesteren in verschillende relaties met de rechtspersoon en de bestuurders *de jure*. Zowel kredietverleners, dominante contractspartijen (in het bijzonder leveranciers en franchisegevers), (naaste) familieleden, (vermeende) werknemers, gewezen bestuurders *de jure*, als aandeelhouders en (professionele) adviseurs werden in de praktijk al als feitelijke bestuurders geïdendeerd.

272. In het tussenbesluit bij Deel 1 van dit proefschrift werd het vermoeden geuit dat de wetgever de WVV-normering inzake feitelijk bestuur en haar gevolgen niet zo ver heeft doordacht. Dat vermoeden blijkt correct. Een analyse van de rechtsleer wijst uit dat er verschillende meningen over de concrete toepasbaarheid van artikel 2:56 WVV¹³⁵⁵ op de feitelijke bestuurder circuleren, en dat er over de interpretatie van zo goed als elke zin van de tekst van artikel 2:56 WVV discussies bestaan. De wettekst is, wat de werking ervan naar de figuur van de feitelijke bestuurder toe betreft, erg slordig geredigeerd en laat in duidelijkheid te wensen over. Dat komt in belangrijke mate omdat er enkel naar de figuur van de feitelijke bestuurder wordt verwezen in het eerste lid van artikel 2:56 WVV. Dit alles is zeer opmerkelijk, omdat de wetgever in artikel 2:56 WVV juist wenste te verduidelijken dat feitelijke bestuurders “*op dezelfde manier aansprakelijk zijn als formeel benoemde bestuurs- of toezichtsorganen*”¹³⁵⁶.

Onduidelijkheid troef dus, maar één punt is zeker: de tekst van artikel 2:56 WVV moet op de een of andere wijze wel op de figuur van de feitelijke bestuurder worden toegepast. De *lege lata* valt de volgende lezing en toepassing van de wettekst te verdedigen:

¹³⁵⁴ Soms ook wel “schaduwbestuurder” genoemd.

¹³⁵⁵ Dat meteen ook de enige WVV-bepaling is die refereert naar de feitelijke bestuurder (samen met artikel 2:143 WVV) en in die zin in het WVV de scharnierbepaling voor de feitelijke bestuurder is.

¹³⁵⁶ Zo blijkt althans uit de memorie van toelichting.

Art. 2:56, lid 1 WVV

Gecontesteerd vraagstuk	Kern van de discussie	Persoonlijke visie
Hoe kunnen feitelijke bestuurders aansprakelijk zijn voor gewone bestuursfouten, wanneer die fouten luidens de wettekst moeten zijn “ <i>begaan in de uitoefening van hun opdracht</i> ”?	Hoe kan men de wettelijke bewoordingen “ <i>fouten begaan in de uitoefening van hun opdracht</i> ” verzoenen met de klassieke invulling van de notie feitelijke bestuurder (die een inmenging zonder voorafgaandelijke opdracht veronderstelt)?	De draagwijdte van artikel 2:56, lid 1 WVV is beperkt tot die feitelijke bestuurders wier optreden uitdrukkelijk of stilzwijgend door de rechtspersoon werd aanvaard.

Art. 2:56, lid 1 en lid 3 WVV

Gecontesteerd vraagstuk	Kern van de discussie	Persoonlijke visie
Kunnen feitelijke bestuurders op grond van artikel 2:56 WVV aansprakelijk worden gesteld wegens inbreuken op het WVV of de statuten?	Kan men de artikelen 2:56, lid 1 en 2:56, lid 3 WVV beschouwen als twee van elkaar te onderscheiden aansprakelijkheidsgronden met elk een eigen personeel toepassingsgebied?	Artikel 2:56, lid 3 WVV vormt een afzonderlijke aansprakelijkheidsgrond met een eigen personeel toepassingsgebied, waar enkel de formeel benoemde leden van het bestuursorgaan onder vallen. Feitelijke bestuurders kunnen niet op grond van artikel 2:56 WVV voor inbreuken op het WVV of de statuten aansprakelijk worden gesteld.

Art. 2:56, lid 2 en lid 3 WVV

Gecontesteerd vraagstuk	Kern van de discussie	Persoonlijke visie
Zijn feitelijke bestuurders hoofdelijk aansprakelijk met de formeel benoemde leden van het bestuursorgaan?	Kan men zeggen dat feitelijke bestuurders (<i>de facto</i>) deel uitmaken van het bestuursorgaan?	Enkel het besluit dat hoofdelijkheid tussen feitelijke bestuurders en formeel benoemde leden van het bestuursorgaan uitgesloten is, strookt formeel met de bewoordingen van de wettekst.

Artikel 2:56 WVV blijkt voor de feitelijke bestuurder enkel in de verhouding tot de rechtspersoon relevant, met name voor wat de aansprakelijkheid wegens een gewone bestuursfout betreft. De relevantie is evenwel erg gering: artikel 2:56 WVV speelt uitsluitend wanneer er een opdracht vanwege de rechtspersoon bestaat (het feitelijke optreden van de feitelijke bestuurder moet daarvoor uitdrukkelijk of stilzwijgend door het bestuursorgaan van de rechtspersoon zijn

aanvaard). Bestaat dergelijke opdracht niet, is er sprake van een inbreuk op de statuten of de bepalingen van het WVV, en/of wil niet de rechtspersoon, maar een derde de feitelijke bestuurder in het vizier nemen, dan kan er geen beroep op artikel 2:56 WVV worden gedaan.

273. Artikel 2:56 is niet de enige WVV-bepaling waarvan de toepassing op de figuur van de feitelijke bestuurder onduidelijk is en ter discussie staat. Hetzelfde geldt voor artikel 2:57 WVV, dat de maximale aansprakelijkheid die bestuurders kunnen oplopen beperkt tot een wettelijk vastgelegd bedrag. Een deel van de rechtsleer meent dat deze bepaling ook van toepassing is op de feitelijke bestuurder, en een ander deel van de rechtsleer meent, geheel terecht, dat de feitelijke bestuurder er buiten valt en geen cap op zijn aansprakelijkheid geniet. Onduidelijkheid is echter wederom het kernwoord.

274. Het met artikel 2:57 WVV samenhangende artikel 2:58 WVV waarin een verbod is bepaald voor de rechtspersoon om bestuurders vooraf te exonereren of te vrijwaren van hun aansprakelijkheid tegenover de rechtspersoon of tegenover derden, is niet op de feitelijke bestuurder van toepassing. Zijn evenmin op de feitelijke bestuurder van toepassing: de in het WVV genormeerde vennootschaps- en verenigingsvordering (de artikelen 5:103 (BV), 6:88 (CV (en SCE)), 7:156 (NV (en SE)) en 9:12, 4^o (VZW) WVV), de in het WVV geregelde minderheidsvordering (de artikelen 5:104 (BV), 6:89 (CV (en SCE)) en 7:157 (NV (en SE)) WVV) en de in het WVV genormeerde kwijting aan de bestuurders (de artikelen 5:98, lid 2 (BV), 6:83, lid 2 (CV), 7:149, lid 2 (NV) en 9:20 (VZW) WVV).

De niet-toepasselijkheid van een aantal van deze bepalingen op de feitelijke bestuurder (in het bijzonder van het artikel 2:58, en de artikelen 5:104, 6:89 en 7:157 WVV) noopt tot de vaststelling dat de wetgever bij de conceptie van de WVV-normering inzake feitelijk bestuur geen centrale doelstelling voor ogen heeft gehad. Hij lijkt in ieder geval niet te hebben geredeneerd vanuit de historische anti-misbruikgedachte en -doelstelling die achter eerdere normering inzake feitelijk bestuur schuilging. Zo heeft de niet-vermelding van feitelijke bestuurders in artikel 2:58 WVV onwenselijk tot gevolg dat er voor hen exoneraties en vrijwaringen kunnen worden bedongen die voor formeel benoemde bestuurders verboden zijn. Het niet-bestaan van een vorderingsmogelijkheid voor de minderheidsaandeelhouder ten aanzien van de feitelijke bestuurder heeft dan weer tot gevolg dat de meerderheid, waarvan de vertegenwoordigers het

veelal voor het zeggen hebben in het bestuursorgaan (het bevoegde orgaan om de feitelijke bestuurder aan te spreken), een feitelijke bestuurder op het vlak van aansprakelijkheid tegenover de rechtspersoon in continuïteit compleet uit de wind kan zetten. Een feitelijke bestuurder is zo telkens beter af dan zijn formeel benoemde tegenhanger en dat zou misbruik (en dus miskennis van de formele regels inzake bestuur) in de hand kunnen werken.

275. Het kernwoord bij de tweede WVV-bepaling waarin de figuur van de feitelijke bestuurder wordt geïllustreerd, het artikel 2:143 inzake de verjaring van rechtsvorderingen, is andermaal onduidelijkheid. De wetgever blijkt de bewoordingen van artikel 2:143 WVV inhoudelijk niet te hebben afgestemd op de erin opgenomen gelijkstelling. Dit leidt ertoe dat men artikel 2:143 WVV nader moet interpreteren en maar op die feitelijke bestuurders kan toepassen waarvan het optreden uitdrukkelijk of stilzwijgend door het bestuursorgaan van de rechtspersoon werd aanvaard. Voor alle andere feitelijke bestuurders geldt net zoals vóór het WVV het gemeenrechtelijke verjaringsregime (artikel 2262*bis* oud BW).

276. De verschillende in het WVV opgenomen bestuursplichten (zoals de verplichting voor het bestuursorgaan om de jaarrekening neer te leggen bij de Nationale Bank van België) zijn enkel van toepassing op formeel benoemde bestuurders en niet op de feitelijke bestuurders. Dit was ook ten tijde van het oude W.Venn. al het geval. Het feit dat de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:56 WVV is uitgebreid naar de feitelijke bestuurders, of de vaststelling dat dat toch op zijn minst de bedoeling was, verandert hier niets aan.

277. Vóór de invoering en inwerkingtreding van het WVV moest om een feitelijke bestuurder aansprakelijk te kunnen stellen een beroep worden gedaan op het gemene aansprakelijkheidsrecht, wanneer er geen bijzonder aansprakelijkheidsregime zoals het regime inzake de kennelijk grove fout van toepassing was. Het onderzoek in Deel 2 van dit proefschrift wijst uit dat dit, ondanks een expliciete gelijkstelling tussen formeel benoemde bestuurders en feitelijke bestuurders in artikel 2:56 WVV, de sleutelbepaling van het huidige regime inzake bestuurdersaansprakelijkheid in het WVV, vandaag in het gros van de gevallen eigenlijk nog altijd het geval is. Neem hier de talrijke onduidelijkheden rond de toepassing van het WVV op de feitelijke bestuurder bij, en men kan zich afvragen of de keuze van de wetgever om normering rond de feitelijke bestuurder op te nemen in het WVV eigenlijk wel een goede keuze is geweest. Leidt ze niet vooral tot rechtsonzekerheid en

discussies, en zou het niet beter zijn de gelijkstellingen in de artikelen 2:56 en 2:143 terug uit het WVV te halen, of zijn andere wetgevende ingrepen *de lege ferenda* op hun plaats en kan het toch zinvol zijn om een vorm van normering inzake feitelijk bestuur in de basiswetgeving inzake vennootschappen en verenigingen te behouden? Het antwoord op deze vraag wordt gezocht in Deel 3 van dit proefschrift.

**DEEL 3. DE (ON)ZIN VAN NORMERING ROND DE
FIGUUR VAN DE “FEITELIJKE BESTUURDER” IN
HET WVV: EEN ANALYSE *DE LEGE FERENDA***

278. In Deel 3 van dit proefschrift wordt de keuze van de Belgische wetgever om normering rond de figuur van de feitelijke bestuurder op te nemen in het WVV verder geëvalueerd, en wordt onderzocht of deze normering eigenlijk wel een plaats heeft in het WVV. Heeft het vanuit juridisch oogpunt zin om normering rond de figuur van de feitelijke bestuurder in de basiswetgeving inzake vennootschappen en verenigingen uit te werken? Om een antwoord op deze fundamentele vraag te kunnen formuleren, wordt in hoofdstuk 1 eerst een functionele vergelijkingsoefening gemaakt met de vennootschapswetgeving van twee landen die al een stuk langer dan België normering rond de figuur van de feitelijke bestuurder in hun basiswetgeving inzake vennootschappen kennen, met name het Verenigd Koninkrijk en Australië. Dit gebeurt uiteraard niet *in abstracto*. Er wordt ook gekeken naar de jurisprudentiële en doctrinale interpretatie van de in kaart gebrachte normering, welke zoveel mogelijk in verband wordt gebracht met, en afgezet tegen, de Belgische rechtspraak en rechtsleer inzake feitelijk bestuur. De analyse wordt verder uitgediept in hoofdstuk 2, waarin een antwoord wordt geformuleerd op voormelde fundamentele vraag en in kaart wordt gebracht welke lessen de Belgische wetgever en Belgische rechters en rechtsgeleerden eventueel van hun Engelse en Australische collega's zouden kunnen leren. In hoofdstuk 3 wordt de blik opnieuw op het WVV gericht, en wordt nagegaan hoe het *de lege ferenda* met de daarin opgenomen normering inzake feitelijk bestuur verder moet.

HOOFDSTUK 1
EEN FUNCTIONELE VERGELIJKING
MET HET RECHT VAN HET VERENIGD KONINKRIJK
EN AUSTRALIË, TWEE LANDEN DIE NORMERING ROND DE
FIGUUR VAN DE “FEITELIJKE BESTUURDER” KENNEN IN
HUN BASISWETGEVING INZAKE VENNOOTSCHAPPEN

AFDELING 1. INLEIDING

279. Uit de analyse in Deel 2 van dit proefschrift blijkt dat de keuze van de Belgische wetgever om in het WVV normering rond de “feitelijke bestuurder” op te nemen inhoudelijk niet zo goed is doordacht. Niet alleen doet de manier waarop de normering is vormgegeven en geformuleerd heel wat vragen rijzen, maar er lijken ook vanuit maatschappelijk oogpunt niet meteen praktische noden aan ten grondslag te liggen. Men zou zich, in het licht van deze vaststellingen, kunnen afvragen of de Belgische wetgever er eigenlijk niet beter aan zou doen om de normering inzake feitelijk bestuur terug uit het WVV te halen en zijn initiële keuze te herzien. Is er wel een plaats voor normering inzake feitelijk bestuur in de basiswetgeving inzake vennootschappen (en verenigingen) – te weten: de wetgeving die van toepassing is ongeacht of de rechtspersoon failliet is? Om die fundamentele vraag te kunnen beantwoorden, wordt in dit hoofdstuk een functionele vergelijking gemaakt met het recht van twee landen die normering rond de figuur van de “feitelijke bestuurder” kennen in hun basiswetgeving inzake vennootschappen, met name het Verenigd Koninkrijk en Australië.

Een vergelijking met het – voor ons huidige denken rond feitelijk bestuur erg belangrijke – Franse recht, levert in deze context geen inzichten op. De reden daarvoor is eenvoudig. Onze zuiderburen kennen in hun vennootschapswetgeving uitsluitend specifieke normering met betrekking tot de

aansprakelijkheid van de “feitelijke bestuurder” in geval van faillissement¹³⁵⁷. Deze normering werd in België uit de basiswetgeving inzake vennootschappen gelicht en maakt thans deel uit van Boek XX van het WER¹³⁵⁸.

280. De keuze om specifiek naar het recht van het Verenigd Koninkrijk en Australië te kijken, is ingegeven door de preliminaire vaststelling dat beide landen in hun vennootschapswetgeving op een zeer vergelijkbare, doch net iets andere wijze omgaan met het bestaan van de figuur van de “feitelijke bestuurder”. In wat volgt, wordt, om de leesbaarheid van de analyse te verhogen, op een algemene wijze verwezen naar het recht van het Verenigd Koninkrijk als het “Engelse” recht, en naar het federale recht van Australië en de verschillende Australische staten als het “Australische” recht.

Wie rechtspraak en rechtsleer over het Australische vennootschapsrecht analyseert, zal vaststellen dat daarin vaak wordt verwezen naar het Engelse recht, en meer in het bijzonder naar de Engelse rechtspraak. Deze kruisverwijzingen kunnen als volgt worden verklaard. Australië kent net als het Verenigd Koninkrijk een *common law* systeem en is, als voormalige kolonie van het Verenigd Koninkrijk en *Commonwealth* land, lange tijd van het Engelse recht afhankelijk geweest. Voor punten in het Australische vennootschapsrecht die verdere interpretatie behoeften en nog steeds behoeven, werd en wordt veelal inspiratie gezocht in de Engelse vennootschapsrechtspraak¹³⁵⁹. Een logisch gevolg hiervan is dat een aantal principeszaken uit het Engelse vennootschapsrecht ook een precedentenwerking hebben in het Australische vennootschapsrecht. De laatste jaren staat het Australische vennootschapsrecht evenwel meer en meer op zichzelf en is de Australische vennootschapsrechtspraak de voornaamste bron van recht geworden, naast de vennootschapswetgeving zelf¹³⁶⁰. Naast de invloed van het Engelse vennootschapsrecht op de

¹³⁵⁷ Zie hierover randnr. 55 hierboven.

¹³⁵⁸ Zie hierover randnr. 38 hierboven.

¹³⁵⁹ R. BAXT, *Duties and responsibilities of directors and officers*, Sydney, The Australian Institute of Company Directors, 2016, 4. Zie verder ook M. MARKOVIC, “The Law of Shadow Directorships”, *Australian Journal of Corporate Law* 1996, afl. 6, (323) 326; P. MC KOH, “Shadow Director, Shadow Director, Who Art Thou?”, *Company & Securities Law Journal* 1996, Vol. 14, 340-351.

¹³⁶⁰ R. BAXT, *Duties and responsibilities of directors and officers*, Sydney, The Australian Institute of Company Directors, 2016, 4. Zie ook Federal Court of Australia (AU) 21 februari 2012, *Grimaldi v Chameleon Mining NL (No 2)*, FCAFC 2012, (296) 320-321, §59: “Because of the view we have concerning the present state of Australian law in any event, we do not consider it necessary or profitable to engage upon an extended analysis of the English cases despite the urging of counsel for Mr Grimaldi. Nonetheless we do acknowledge that there are a number of

Australische praktijk, is er ook een zekere invloed van het Australische vennootschapsrecht op de Engelse praktijk. Zo kan men in bepaalde rechtsleer over het Engelse vennootschapsrecht ook verwijzingen terugvinden naar de Australische rechtspraak en rechtsleer¹³⁶¹.

AFDELING 2. NIET ÉÉN NOTIE, MAAR TWEE: DE “*DE FACTO DIRECTOR*” EN DE “*SHADOW DIRECTOR*”

281. Om een juist beeld te krijgen van de normering rond de figuur van de “feitelijke bestuurder” in de Engelse en Australische vennootschapswetgeving, is het van belang om goed te begrijpen dat men in het Engelse en Australische vennootschapsrecht, anders dan in ons vennootschapsrecht, niet, of niet enkel, de notie “feitelijke bestuurder” kent, maar van oudsher een onderscheid maakt tussen twee noties, met name de notie “*de facto director*”, en de notie “*shadow director*”. Wie een zuiver taalkundige vergelijkingsoefening maakt, zou tot het besluit kunnen komen dat de notie “*de facto director*” te vereenzelvigen valt met de notie “feitelijke bestuurder”, maar dat is inhoudelijk niet helemaal correct. Zoals hierna verder zal worden toegelicht, valt de gezamenlijke inhoud van de noties “*de facto*” en “*shadow director*” zo goed als volledig samen met de invulling die in ons vennootschapsrecht het meest courant wordt gegeven aan de notie “feitelijke bestuurder”. In wat volgt, worden beide noties daarom samen onderzocht.

Het is belangrijk om op te merken dat ook in de Belgische rechtsleer door bepaalde auteurs soms een opdeling tussen feitelijke bestuurders en schaduwbestuurders (die de formeel benoemde bestuurder(s) achter de schermen aansturen) wordt gemaakt. Zo schreven WYCKAERT en ALPER recent: “*De ‘personen met werkelijke bestuursbevoegdheid ten aanzien van de onderneming’ zijn enerzijds de feitelijke bestuurders (die zich de facto als bestuurder gedragen zonder formele benoeming) en anderzijds de schaduwbestuurders (die de formeel benoemde bestuurder(s) achter de schermen aansturen)*”¹³⁶².

useful lessons to be derived from those cases which for the most part are confirmatory of what is immanent in our own jurisprudence”.

¹³⁶¹ Zie bv. C. NOONAN en S. WATSON, “Examining company directors through the lens of de facto directorship”, *Journal of Business Law* 2008, (587) 604; A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (55) 60, vn. 33; D. AHERN en J. R. BIRDS, “Part IV. Directors and Management” in A.J. BOYLE (ed.), *Gore-Brown on companies*, Bristol, Jordans, 2019, losbl., 15-6 en 15-7.

¹³⁶² M. WYCKAERT en D. ALPER, “Faillissementsaansprakelijkheid van bestuurders en feitelijke bestuurders. Oude wijn in nieuwe zakken of 'something old, something new?'” in D. VAN GERVEN en J. VANANROYE (eds.), *Leerstukken ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (189) 204. Cf. WYCKAERT en FORIERS: “*De in artikel 2:56 WVV gecodificeerde norm voor bestuurdersaansprakelijkheid is van toepassing op formeel benoemde*

Deze opdeling gebeurt echter niet op een erg consistente wijze. Zo schreef WYCKAERT over het Engelse recht in een bijdrage met PARREIN eerder, en mijns inziens geheel terecht: “*Een de facto director is een persoon die zich gedraagt als ware hij bestuurder, zonder formeel te zijn benoemd. Handelen de directors naar de instructies van een derde, dan kan deze aansprakelijk worden gesteld als shadow director. Een de facto director gedraagt zich dus als een director, terwijl de shadow director zijn invloed uitoefent op de de jure en de facto directors. Naar Belgisch recht zouden de de facto director én de shadow director beiden als feitelijk bestuurder worden beschouwd*”¹³⁶³ (eigen nadruk).

De meeste auteurs en rechtbanken lijken er in lijn met deze laatste passage vanuit te gaan dat onze notie “feitelijke bestuurder” (die veelal wordt gesubstitueerd voor de wettelijke bewoordingen “*personen die ten aanzien van de rechtspersoon werkelijke bestuursbevoegdheid hebben of hebben gehad*”¹³⁶⁴) twee categorieën van personen omvat, met name de personen die zich werkelijke bestuursbevoegdheid hebben aangemeten door zich in de plaats te stellen van de bestuurders en zij die zich deze bevoegdheid hebben aangemeten door de bestuurders nauwkeurige instructies te geven¹³⁶⁵.

282. De notie “*de facto director*” wordt in het Engelse en Australische vennootschapsrecht (en in het vennootschapsrecht van een aantal andere *Commonwealth* landen en *common law* jurisdicties¹³⁶⁶) gebruikt om te verwijzen naar een persoon die zich voordoet als bestuurder¹³⁶⁷,

*bestuurders, personen belast met het dagelijks bestuur, en op leden van een directieraad of van een raad van toezicht (cf. art. 2:51 WVV), maar daarnaast ook op “alle andere personen die ten aanzien van de rechtspersoon werkelijke bestuursbevoegdheid hebben of hebben gehad”. Deze laatste zinsnede verwijst zowel naar feitelijke bestuurders (die zich de facto als bestuurder gedragen, maar zonder formele benoeming) als naar schaduwbestuurders (die de formeel benoemde bestuurder(s) achter de schermen aansturen)” - zie M. WYCKAERT en R. FORIERS, “Bestuurdersaansprakelijkheid in vennootschappen: een veldonderzoek” in S. COOLS (ed.), *Themis 117 – Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2021, (1) 2, nr. 5.*

¹³⁶³ M. WYCKAERT en F. PARREIN, “Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid?” in K. GEENS (ed.), *Vennootschaps- en Financieel recht*, Brugge, die Keure, 2011, (1) 27.

¹³⁶⁴ Zie randnr. 55 hierboven.

¹³⁶⁵ Zie ter zake zeer overzichtelijk: S. DE GEYTER, “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, (1) 3 en de verwijzingen aldaar; zie ook eerder randnr. 143. Zie verder ook D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers: een onderzoek naar de effectiviteit van de (Europese) kapitaalregelen en alternatieve technieken van schuldeisersbescherming*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 551, nr. 798: “De door de Belgische wetgever geviseerde groep van personen omvat zowel de shadow directors als de de facto directors zoals zij[n] naar Brits recht worden omschreven”.

¹³⁶⁶ Zie bv. in Nieuw-Zeeland: P. WATTS, “De facto directors”, *Law Quarterly Review* 2011, afl. 127, 162-167; of in Zuid-Afrika: R. STEVENS, “Liability within company groups”, *Journal of South African Law* 2016, afl. 4, (709) 714.

¹³⁶⁷ Zie ook B. HANNIGAN, *Company Law – Sixth Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 131-132, nr. 7-12: “It is possible, for example, for a shareholder or a consultant to the company to act in a way which makes him a de facto director. **But he must have assumed the office of director and it is necessary to distinguish between a person acting in another capacity, for example as a mere agent, employee or adviser of the company or solely as a shareholder protecting his investment**” (eigen nadruk).

zonder formeel als dusdanig te zijn benoemd¹³⁶⁸. Het gaat klassiek om iemand die door de vennootschap als bestuurder wordt beschouwd en die zelf beweert bestuurder te zijn, en ook zo handelt, zonder ooit daadwerkelijk of rechtsgeldig als dusdanig te zijn benoemd¹³⁶⁹.

De notie “*shadow director*” wordt in het Engelse en Australische vennootschapsrecht (en in het vennootschapsrecht van een aantal andere *Commonwealth* landen en *common law* jurisdicties¹³⁷⁰) traditioneel gebruikt om een persoon aan te duiden die de vennootschap in werkelijkheid bestuurt, maar die niet als dusdanig naar buiten treedt¹³⁷¹. Het gaat om iemand die – en dit verklaart meteen

¹³⁶⁸ Verenigd Koninkrijk: R. PENNINGTON, *Directors' Personal Liability*, London, Collins Professional and Technical Books, 1987, 25; P. LOOSE, J. YELLAND en D. IMPEY, *The Company Director. Powers and Duties*, Bristol, Jordans, 1993, 412; P. L. DAVIES en D.D. PRENTICE, *Gowers principles of modern company law*, London, Sweet & Maxwell, 1997, 183; THE LAW COMMISSION en SCOTTISH LAW COMMISSION, *Consultation on “Company directors: regulation conflicts of interest and formulating a statement of duties”*, 1999, 308-309, nr. 17.5, elektronisch beschikbaar via <https://www.lawcom.gov.uk/project/company-directors-regulating-conflicts-of-interest-and-formulating-a-statement-of-duties/>; S. W. MAYSON, D. FRENCH en C. L. RYAN, *Mayson, French and Ryan on company law*, London, Blackstone Press Limited, 2000, 441; M. BRUCE, *Tolley's Rights and Duties of Directors*, Edinburgh, LexisNexis, 2003, 6; C. NOONAN en S. WATSON, “Examining company directors through the lens of de facto directorship”, *Journal of Business Law* 2008, (587) 604; A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2009, (63) 66, nr. 3.10; A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (55) 58, nrs. 3.11 en 3.12; D. FRENCH, *Mayson, French & Ryan on Company Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 407; C. WILD en S. WEINSTEIN, *Smith and Keenan's Company Law*, Harlow, Pearson Education Limited, 2019, 177; J. BIRDS, D. ATTENBOROUGH, M. LEISER, M. SOLINAS, M. VARNEY en Z. Z. BENG, *Boyle & Birds' Company Law*, London, LexisNexis, 2019, 522; L. ROACH, *Company Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 173; B. HANNIGAN, *Company Law – Sixth Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 131-132, nrs. 7-12 en 7-13. Australië: M. D. HOBSON, “The Law of Shadow Directorships”, *Bond Law Review* 1998, Vol. 10, afl. 2, (184) 195-196; J.J. DU PLESSIS, J. MCCONVILL en M. BAGARIC, *Principles of Contemporary Corporate Governance*, Melbourne, Cambridge University Press, 2005, 71; J. CASSIDY, *Corporations Law*, Sydney, The Federation Press, 2013, 185, nr. 9.50; R. BAXT, *Duties and responsibilities of directors and officers*, Sydney, The Australian Institute of Company Directors, 2016, 23; J. HARRIS, A. HARGOVAN en M. ADAMS, *Australian Corporate Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2016, 399; S. BOTTOMLEY, K. HALL, P. SPENDER en B. NOSWORTHY, *Contemporary Australian Corporate Law*, Victoria, Cambridge University Press, 2018, 267.

¹³⁶⁹ High Court of Justice Chancery Division (VK) 17 december 1993, *Re Hydrodan (Corby) Ltd*, BCC 1994, (161) 163 – J. MILLETT: “A *de facto* director is a person who assumes to act as a director. He is held out as a director by the company, and claims and purports to be a director, although never actually or validly appointed as such”. Zie ook Supreme Court of Victoria (AU) 20 april 2011, *Xie v Crisp and Others*, 248 FLR 265, §§169-173.

¹³⁷⁰ Zie bv. in Nieuw-Zeeland: L. TAYLOR, “Expanding the Pool of Defendant Directors in a Corporate Insolvency: De Facto Directors, Shadow Directors and Other Categories of Deemed Directors”, *New Zealand Business Law Quarterly* 2010, 203-224; of in Zuid-Afrika: N. LOCKE, “Shadow Directors: Lessons from Abroad”, *South African Mercantile Law Journal* 2002, Vol. 14, afl. 3, 420-437.

¹³⁷¹ Verenigd Koninkrijk: THE LAW COMMISSION en SCOTTISH LAW COMMISSION, *Consultation on “Company directors: regulation conflicts of interest and formulating a statement of duties”*, 1999, 310, nr. 17.13, elektronisch beschikbaar via <https://www.lawcom.gov.uk/project/company-directors-regulating-conflicts-of-interest-and-formulating-a-statement-of-duties/>; S. GRIFFIN, *Company Law. Fundamental Principles*, Harlow,

de gekozen terminologie – veelal in de schaduw opereert en die zich verschuilt achter de formeel benoemde bestuurders die, als men hem zou moeten geloven, de enige bestuurders van de vennootschap zijn¹³⁷².

283. Wanneer een persoon de hoedanigheid van “*de facto*” of “*shadow director*” kan worden toegemeten, en of het in de praktijk wel altijd zo gemakkelijk is om een onderscheid tussen beide noties te maken, wordt verder onderzocht in afdeling 5 van dit hoofdstuk. In de hiernavolgende afdeling wordt geanalyseerd hoe de Engelse en Australische wetgever in de context van de Engelse en Australische vennootschapswetgeving regelgevend met beide noties zijn omgegaan.

AFDELING 3. EEN ANDERE AANPAK: NORMERING VIA EEN CENTRALE DEFINITIE EN PUNCTUELE GELIJKSTELLINGEN

284. De manier waarop de Engelse en Australische wetgever in de Engelse, resp. Australische vennootschapswetgeving normering hebben uitgewerkt rond de hierboven beschreven noties “*de facto director*” en “*shadow director*”, verschilt op verschillende vlakken van de manier waarop de Belgische wetgever in het WVV is omgegaan met de notie “feitelijke bestuurder”.

Pearson Education Limited, 2000, 230; P. LOOSE, M. GRIFFITHS en D. IMPEY, *The Company Director. Powers, Duties and Liabilities*, Bristol, Jordans, 2000, 183; C. NOONAN en S. WATSON, “The nature of shadow directorship: ad hoc statutory intervention or core company law principle?”, *Journal of Business Law* 2006, (763) 769-770; WESTLAW UK, “Shadow directors” (5 maart 2018), *Westlaw UK*, Thomson Reuters, (1) 1; A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2009, (63) 70, nr. 3.19; A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (55) 64, nr. 3.31. Australië: P. MC KOH, “Shadow Director, Shadow Director, Who Art Thou?”, *Company & Securities Law Journal* 1996, Vol. 14, (340) 340; J.J. DU PLESSIS, J. MCCONVILL en M. BAGARIC, *Principles of Contemporary Corporate Governance*, Melbourne, Cambridge University Press, 2005, 71; R. BAXT, *Duties and responsibilities of directors and officers*, Sydney, The Australian Institute of Company Directors, 2016, 27; J. HARRIS, A. HARGOVAN en M. ADAMS, *Australian Corporate Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2016, 400.

¹³⁷² High Court of Justice Chancery Division (VK) 17 december 1993, *Re Hydrodan (Corby) Ltd*, BCC 1994, (161) 163 – J. MILLETT: “A shadow director, by contrast, does not claim or purport to act as a director. On the contrary, he claims not to be a director. He lurks in the shadows, sheltering behind others who, he claims, are the only directors of the company to the exclusion of himself. He is not held out as a director by the company”. Vgl. evenwel met Supreme Court of New South Wales (AU) 30 maart 2010, *Buzzle Operations Pty Ltd (in liquidation) v Apple Computer Australia Pty Ltd*, NSWSC 2010, (384) 437-439, §§239-241 en in het bijzonder §240: “... It is not helpful to say that a shadow director “lurks in the shadows, sheltering behind others who, he claims, are the only directors of the company to the exclusion of himself” (*Re Hydrodan (Corby) Ltd* at 183), if it is to be implied that a person who does not so lurk cannot be a shadow director”.

Waar de Belgische wetgever er in het WVV voor heeft gekozen om de notie “feitelijke bestuurder” te normeren via een uitdrukkelijke wettelijke gelijkstelling in de algemene aansprakelijkheidsnorm voor bestuurders (het eerder ontlede artikel 2:56 WVV¹³⁷³) en de bijzondere verjaringsnorm voor rechtsvorderingen tegen diezelfde bestuurders (het eerder ontlede artikel 2:143 WVV¹³⁷⁴), hebben de Engelse en Australische wetgever de noties “*de facto director*” en “*shadow director*” nader in de Engelse, resp. Australische vennootschapswetgeving gedefinieerd en/of geïncorporeerd, om er vervolgens normering aan te kunnen vastknopen. Zij zijn daarbij elk op hun eigen manier te werk gegaan.

285. De Engelse wetgever heeft er in de *Companies Act 2006*¹³⁷⁵ voor gekozen om te werken met twee wettelijk gedefinieerde begrippen. Die begrippen zijn “*director*” (bestuurder) en “*shadow director*”. Zij worden gedefinieerd in secties 250 en 251 van de *Companies Act 2006*. Gelijkkluidende definities zijn terug te vinden in sectie 251¹³⁷⁶ van de *Insolvency Act 1986*¹³⁷⁷ en secties 22(4) en 22(5)¹³⁷⁸ van de *Company Directors Disqualification Act 1986*¹³⁷⁹. De term “*de facto director*” komt niet in de wet voor¹³⁸⁰. De wettelijke definitie van het begrip “*director*” is evenwel op een ruime, en niet-exhaustieve, wijze geformuleerd, zodat zij volgens verschillende Engelse auteurs niet enkel naar “*de jure directors*” verwijst, maar ook “*de facto directors*” kan omvatten¹³⁸¹. De wettelijke definitie van het begrip “*shadow director*” is vrij gedetailleerd en staat

¹³⁷³ Zie hierboven randnrs. 197 e.v.

¹³⁷⁴ Zie hierboven randnr. 250.

¹³⁷⁵ *Companies Act 2006*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>.

¹³⁷⁶ De wettelijke definities zijn woordelijk identiek, met één belangrijke kanttekening, namelijk dat de wettelijke definitie van “*shadow director*” in sectie 251 van de *Insolvency Act 1986* geen afwijking omvat zoals in sectie 251(3) van de *Companies Act 2006* (zie over deze afwijking verder randnrs. 336-337).

¹³⁷⁷ *Insolvency Act 1986*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/contents>.

¹³⁷⁸ De wettelijke definitie van “*shadow director*” in sectie 22(5) van de *Company Directors Disqualification Act 2006* is woordelijk identiek aan de wettelijke definitie van “*shadow director*” in sectie 251 van de *Companies Act 2006*, maar omvat net zoals de definitie in sectie 251 van de *Insolvency Act 1986* geen afwijking zoals opgenomen in sectie 251(3) van de *Companies Act 2006* (zie over deze afwijking verder randnrs. 336-337).

¹³⁷⁹ *Company Directors Disqualification Act 1986*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/46/contents>.

¹³⁸⁰ WESTLAW UK, “Classes of company director” (20 maart 2018), *Westlaw UK*, Thomson Reuters, 1, nr. 6. Zie ook High Court of Justice Chancery Division (VK) 27 juli 2005, *Ultraframe (UK) Ltd v Fielding*, EWHC 1638 (Ch), §1452; en meer impliciet: A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2009, (63) 67, nr. 3.13.

¹³⁸¹ Zie o.m. J. DE LACY, “The concept of a company director: time for a new and unified expanded statutory concept”, *Journal of Business Law* 2006, (267) 290-291; A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2009, (63) 67, nr. 3.13; WESTLAW UK, “Classes of company

volledig los van de wettelijke definitie van het begrip “*director*”. Een weergave van de eigenlijke definities uit de *Companies Act 2006* maakt dit meteen duidelijk:

250 “**Director**”

In the Companies Acts “director” includes any person occupying the position of director, by whatever name called.

251 “**Shadow director**”

- (1) *In the Companies Acts “shadow director”, in relation to a company, means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act.*

- (2) *A person is not to be regarded as a shadow director by reason only that the directors act*
 - (a) *on advice given by that person in a professional capacity;*
 - (b) *in accordance with instructions, a direction, guidance or advice given by that person in the exercise of a function conferred by or under an enactment;*
 - (c) *in accordance with guidance or advice given by that person in that person's capacity as a Minister of the Crown (within the meaning of the Ministers of the Crown Act 1975)*

- (3) *A body corporate is not to be regarded as a shadow director of any of its subsidiary companies for the purposes of—*
 - *Chapter 2 (general duties of directors),*
 - *Chapter 4 (transactions requiring members' approval), or*
 - *Chapter 6 (contract with sole member who is also a director),**by reason only that the directors of the subsidiary are accustomed to act in accordance with its directions or instructions.*

De manier waarop de Engelse wetgever in de *Companies Act 2006* (en de *Insolvency Act 1986* en *Company Directors Disqualification Act 1986*) inhoudelijk met voormelde begrippen aan de slag is gegaan, heeft heel wat weg van de manier waarop onze wetgever tot nog toe in de Belgische

director” (20 maart 2018), *Westlaw UK*, Thomson Reuters, 1-2, nrs. 6 en 11. Zie evenwel kritischer: C. NOONAN en S. WATSON, “Examining company directors through the lens of de facto directorship”, *Journal of Business Law* 2008, (587) 603-604; J. L. YAP, “De facto directors and corporate directorships”, *Journal of Business Law* 2012, afl. 7, (579) 586. Dit wordt ook bevestigd in de rechtspraak. Zie bv. High Court of Justice Chancery Division (VK) 13 april 2018, *Instant Access Properties Ltd v Rosser*, EWHC 756 (Ch), §214: “*At this point, I will refer to certain statutory provisions. This case is governed by the Companies Act 1985 and not by the Companies Act 2006 but it is nonetheless worthwhile considering how de facto and shadow directors are treated under both these Acts. Both the 1985 Act and the 2006 Act defined “director” and “shadow director” for the purposes of those Acts. In section 741(1) of the 1985 Act (section 250 of the 2006 Act), “director” was defined to include “any person occupying the position of a director, by whatever name called”. This was generally taken to mean that a de facto director was a “director” of the company and, in the case of the 2006 Act, was a director for the purposes of the codification of a director's duties in sections 171 to 177 of that Act*” (eigen nadruk).

wetgeving met het bestaan van de figuur van de “feitelijke bestuurder” is omgegaan. Hij heeft er namelijk voor geopteerd om te werken met wat men zou kunnen omschrijven als “punctuele gelijkstellingen”. Hij is in de wet op verschillende plaatsen gaan verduidelijken of voor “*directors*” geschreven bepalingen ook gelden voor, of toepassing vinden op, “*shadow directors*”¹³⁸². Dit doet denken aan de Belgische “techniek” van gelijkstelling, maar is toch niet helemaal dezelfde in plaats van degene die recent werd gekozen in het WVV. In het WVV kan men alleen maar een gelijkstelling terugvinden in een algemene aansprakelijkheidsnorm (en een rechtstreeks daarmee verbonden norm inzake verjaring), en is het niet altijd even duidelijk of een verplichting die volgens de wettekst rust op een bestuurder ook doorwerkt naar een “feitelijke bestuurder”¹³⁸³. Daarnaast wordt er in het WVV ook niet met gedefinieerde begrippen gewerkt.

Welke bepalingen de Engelse wetgever heeft laten doorwerken naar “*shadow directors*” en welke wettelijke verplichtingen rusten op “*de facto directors*” die binnen de contouren van het wettelijke begrip “*director*” vallen, wordt nader geanalyseerd in afdeling 6 van dit hoofdstuk.

286. De Australische wetgever is op het vlak van normering inzake “feitelijk bestuur” nog een stap verder gegaan dan de Engelse wetgever. Hij heeft er in de *Corporations Act 2001*¹³⁸⁴ namelijk voor gekozen om de noties “*de facto director*” en “*shadow director*” te incorporeren in één wettelijk gedefinieerd begrip. Dat begrip is “*director*”, en de wettelijke definitie ervan, opgenomen in sectie 9 van de *Corporations Act 2001*¹³⁸⁵, luidt als volgt:

director of a company or other body means:

(a) *a person who:*

- (i) *is appointed to the position of a director; or*
- (ii) *is appointed to the position of an alternate director and is acting in that capacity; regardless of the name that is given to their position; and*

¹³⁸²Eenzelfde benadering wordt gevolgd in de *Insolvency Act 1986* en de *Company Directors Disqualification Act 1986*, waar een gelijkkluidende definitie van “*shadow director*” wordt gehanteerd (zie sectie 251 van de *Insolvency Act 1986* en sectie 22(5) van de *Company Directors Disqualification Act 1986*). Zie ook A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2009, (63) 69-70.

¹³⁸³Zie randnr. 210 en 252 hierboven.

¹³⁸⁴*Corporations Act 2001*, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00328>.

¹³⁸⁵Merk op dat de *Corporations Act 2001* ook bepalingen omvat die gelijkaardig zijn aan de bepalingen opgenomen in de Engelse *Insolvency Act 1986* en *Company Directors Disqualification Act 1986*. De wettelijke definitie heeft dus een ruime reikwijdte.

- (b) unless the contrary intention appears, a person who is not validly appointed as a director if:
- (i) they act in the position of a director; or
 - (ii) the directors of the company or body are accustomed to act in accordance with the person's instructions or wishes.

Subparagraph (b)(ii) does not apply merely because the directors act on advice given by the person in the proper performance of functions attaching to the person's professional capacity, or the person's business relationship with the directors or the company or body.

De termen “*de facto director*” en “*shadow director*” komen niet uitdrukkelijk in de tekst van deze definitie voor, maar dat wil inhoudelijk niets zeggen. Er wordt in de Australische rechtspraak¹³⁸⁶ en rechtsleer¹³⁸⁷ algemeen aangenomen dat paragraaf (b)(i) van deze definitie inhoudelijk naar de notie “*de facto director*” verwijst en dat paragraaf (b)(ii) inhoudelijk naar de notie “*shadow director*” verwijst. Voor de notie “*shadow director*” wordt dit zelfs expliciet bevestigd in een “*note*” (een korte, door de wetgever aangebrachte, commentaar, die geen deel uitmaakt van de eigenlijke wettekst) onder sectie 729(1) van de *Corporations Act 2001*¹³⁸⁸, waarin de wetgever letterlijk stelt: “*director includes a shadow director (see section 9)*”.

¹³⁸⁶Zie bv. Supreme Court of Victoria (AU) 20 april 2011, *Xie v Crisp and Others*, 248 FLR 265, §§169 e.v. (*de facto director*); Federal Court of Australia (AU) 21 februari 2012, *Grimaldi v Chameleon Mining NL (No 2)*, FCAFC 2012, (296) 318, §47 (*de facto director*); Federal Court of Australia (AU) 5 mei 2006, *Akai Pty Ltd (in liquidation) v Ho*, FCA 511, §17 (*shadow director*) en Supreme Court of New South Wales (AU) 30 maart 2010, *Buzzle Operations Pty Ltd (in liquidation) v Apple Computer Australia Pty Ltd*, NSWSC 2010, (384) 435, §227 (*shadow director*).

¹³⁸⁷Zie o.m. H. FORD en R. AUSTIN, *Principles of Company Law*, Sydney, Butterworths, 1990, 445; M. MARKOVIC, “The Law of Shadow Directorships”, *Australian Journal of Corporate Law* 1996, afl. 6, (323) 326; M. D. HOBSON, “The Law of Shadow Directorships”, *Bond Law Review* 1998, Vol. 10, afl. 2, (184) 186-187; R. TOMASIC, S. BOTTOMLEY en R. MCQUEEN, *Corporations Law in Australia*, Sydney, The Federation Press, 2002, 392; J.J. DU PLESSIS, J. MCCONVILL en M. BAGARIC, *Principles of Contemporary Corporate Governance*, Melbourne, Cambridge University Press, 2005, 71; J. CASSIDY, *Corporations Law*, Sydney, The Federation Press, 2013, 185, nr. 9.50 en 188, nr. 9.60; P. LIPTON, A. HERZBERG en M. WELSH, *Understanding company law*, Sydney, Thomson Reuters (Professional) Australia Limited, 2014, 308, nrs. 12.10 en 12.15 en 309, nr. 12.20; L. CHAPPLE, *Company Law*, Sydney, Thomson Reuters (Professional) Australia Limited, 2015, 70, nr. 7.50 en 71, nr. 7.70; R. AUSTIN en I. RAMSAY, *Ford, Austin and Ramsay's Principles of Corporations Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2015, 420; S. H.C. LO, *In Search of Corporate Accountability: Liabilities of Corporate Participants*, Cambridge, Cambridge Scholars Publishing, 2016, 275-276; R. BAXT, *Duties and responsibilities of directors and officers*, Sydney, The Australian Institute of Company Directors, 2016, 23 e.v.; S. BOTTOMLEY, K. HALL, P. SPENDER en B. NOSWORTHY, *Contemporary Australian Corporate Law*, Victoria, Cambridge University Press, 2018, 266; R. AUSTIN en I. RAMSAY, *Ford, Austin and Ramsay's Principles of Corporations Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2018, 451.

¹³⁸⁸Deze sectie handelt over de vorderingsmogelijkheden van een persoon die verlies of schade heeft geleden na te hebben ingetekend op een openbare aanbieding van effecten op grond van foutieve en/of gebrekkige informatie in een openbaarmakingsdocument en verduidelijkt dat de betrokken persoon een vordering heeft tegen de “*directors*”, ongeacht of zij aan de basis lagen van de foutieve of gebrekkige informatie in het openbaarmakingsdocument.

Anders dan de Engelse wetgever, maakt de Australische wetgever doorheen de *Corporations Act 2001*, geen gebruik van “punctuele gelijkstellingen”. Dat hoeft niet te verbazen. Doordat hij ervoor heeft gekozen om te werken met één wettelijk gedefinieerd begrip in plaats van twee, heeft hij geen (punctuele) gelijkstellingen nodig. Telkens wanneer hij het begrip “*director*” gebruikt, neemt hij zowel de “*de jure directors*”, als de “*de facto*” en de “*shadow directors*” in het vizier. Men zou kunnen zeggen dat de Australische wetgever door het formuleren van een zeer brede definitie van het wettelijke begrip “*director*” in wezen voor “de moeder aller gelijkstellingen” heeft gekozen. Die moeder aller gelijkstellingen heeft inhoudelijk evenwel allesbehalve een absoluut karakter: wanneer de context van een specifieke bepaling daarom vraagt, vindt zij geen uitwerking en omvat het begrip *director* enkel de “*de jure directors*”. Dit laatste vraagt om wat extra toelichting.

287. De Australische wetgever is zich ervan bewust dat niet alle bepalingen waarin “*directors*” worden genoemd, zomaar naar “*de facto*” en “*shadow directors*” kunnen worden doorgetrokken. Vandaar dat paragraaf (b) van de definitie van “*director*” aanvangt met het voorbehoud “*unless the contrary intention appears*”. Een nadere analyse van de impact van dit wettelijke voorbehoud volgt in afdeling 6 van dit hoofdstuk.

AFDELING 4. DE *RATIO LEGIS* ACHTER DE ENGELSE EN AUSTRALISCHE NORMERING INZAKE “FEITELIJK BESTUUR”

288. Vooraleer nader op de eigenlijke inhoud van de Engelse en Australische normering inzake “feitelijk bestuur” in te zoomen, is het interessant om na te gaan waarom deze normering precies in de Engelse *Companies Act 2006* en de Australische *Corporations Act 2001* werd opgenomen. Kan men er een duidelijkere *ratio legis* achter ontwaren dan achter de Belgische normering inzake “feitelijk bestuur” in het WVV?

I. WAAROM NORMERING INZAKE “FEITELIJK BESTUUR” IN DE *COMPANIES ACT 2006*? A BRIEF HISTORY

289. Het antwoord op de vragen waarom er normering inzake “feitelijk bestuur” in de Engelse *Companies Act 2006* is opgenomen, en waarom de Engelse wetgever naast het begrip “*director*”, in de wettekst gebruik maakt van het begrip “*shadow director*”, vindt men niet in de zogenaamde “*explanatory notes*” bij deze wet (het equivalent van onze memorie van toelichting). Men moet ervoor gaan grasduinen in het verleden en een rechtshistorische bril opzetten.

A. De origine van het begrip “shadow director”: don’t mention the war!

290. Een rechtshistorisch onderzoek van de Engelse vennootschapswetgeving wijst uit dat het begrip “shadow director” terug te brengen is tot de *Companies (Particulars as to Directors) Act 1917*¹³⁸⁹. De Engelse wetgever gebruikte in deze Act weliswaar nergens de term “shadow director”, maar hij gaf in sectie 3 van de Act voor het eerst een omschrijving van de achter het begrip “shadow director” schuilgaande notie, in een volledig nieuwe definitie van het wettelijke begrip “director”: “For the purposes of this Act and of sections twenty-six, seventy-five, and two hundred and seventy-four of the *Companies (Consolidation) Act, 1908, as amended by this Act, the expression “director” shall include any person who occupies the position of a director and any person in accordance with whose directions or instructions the directors of a company are accustomed to act*” (eigen nadruk).

Waarom nam de Engelse wetgever voormelde omschrijving in de wettekst op? Om dit te begrijpen moet men de politieke en economische context van het jaar 1917 kennen. Het Verenigd Koninkrijk bevond zich in 1917 in het tumult van de Eerste Wereldoorlog. Om inmenging van de “vijand” in het Engelse ondernemingsleven tegen te gaan, had de Engelse wetgever nieuwe regelgeving aangenomen, waarbij bestuurders van vennootschappen onder meer de verplichting kregen opgelegd om hun nationaliteit te registreren. De bedoeling was om de Duitse invloed op, en controle over, Engelse ondernemingen zoveel mogelijk aan banden te leggen¹³⁹⁰. Om te voorkomen dat de nieuwe regelgeving al te gemakkelijk zou kunnen worden omzeild door gebruik te maken van stromannen of tussenpersonen, had de Engelse wetgever er in de *Companies*

¹³⁸⁹Zie ook D. GRAHAM, “The emergence of the shadow director”, *Insolvency Intelligence* 1990, afl. 3, (1) 1; THE LAW COMMISSION en SCOTTISH LAW COMMISSION, *Consultation on “Company directors: regulation conflicts of interest and formulating a statement of duties”*, 1999, 310, nr. 17.11, elektronisch beschikbaar via <https://www.lawcom.gov.uk/project/company-directors-regulating-conflicts-of-interest-and-formulating-a-statement-of-duties/>; C. NOONAN en S. WATSON, “The nature of shadow directorship: ad hoc statutory intervention or core company law principle?”, *Journal of Business Law* 2006, (763) 765; A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2009, (63) 67, nr. 3.15, vn. 19.

¹³⁹⁰J. DE LACY, “The concept of a company director: time for a new expanded and unified statutory concept?”, *Journal of Business Law* 2006, (267) 294. Zie ook A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2009, (63) 67, nr. 3.15, vn. 19.

(*Particulars as to Directors*) Act 1917 voor gekozen om de defintie van het begrip “director” te verruimen¹³⁹¹.

B. De “professional capacity” uitzondering zag het levenslicht in de Companies Act 1948

291. In 1948 werd bij een verdere herziening van de Engelse vennootschapswetgeving onder de definitie van het begrip “director” (op dat ogenblik terug te vinden in sectie 455 van de *Companies Act 1948*) een belangrijke alinea toegevoegd: “*A person shall not be deemed to be within the meaning of any provision in this Act a person in accordance with whose directions or instructions the directors of a company are accustomed to act, by reason only that the directors of the company act on advice given by him in a professional capacity* (eigen nadruk)¹³⁹²”.

De bewoordingen van deze alinea waren erop gericht om de (theoretisch) erg ruime draagwijdte van de notie “*shadow director*” enigszins in te perken. De Engelse wetgever wilde er professionele raadslieden van de bestuurders mee uit de wind zetten, teneinde te voorkomen dat zij in moeilijke omstandigheden zouden weigeren om nog advies aan het bestuur te verlenen, uit vrees voor een aansprakelijkheid als “*shadow director*”. Deze zogenaamde “*professional capacity*” uitzondering bij de notie “*shadow director*” werd een vaste waarde en kwam bij volgende herzieningen van de Engelse vennootschapswetgeving steevast terug. Zij is op heden terug te vinden in sectie 251(2)(a) van de *Companies Act 2006*¹³⁹³.

C. De term “shadow director” werd een wettelijk begrip in de Companies Act 1980

292. De term “*shadow director*” evolueerde van een doctrinale term naar een uitdrukkelijk in de wettekst voorkomend begrip in de *Companies Act 1980*. De Engelse wetgever nam het begrip in de wettekst op in sectie 63 van de *Companies Act 1980* om de nieuwe bepalingen die hij in Deel IV van de *Act* had uitgewerkt inzake verplichtingen van bestuurders en belangenconflicten extra kracht bij te zetten¹³⁹⁴. De Engelse vennootschapswetgeving omvat sedertdien niet enkel het begrip

¹³⁹¹ D. FOXTON, “Corporate personality in the Great War”, *Law Quarterly Review* 2002, afl. 118, (428) 453. Zie ook P. LOOSE, J. YELLAND en D. IMPEY, *The Company Director. Powers and Duties*, Bristol, Jordans, 1993, 221.

¹³⁹² Sectie 455(2) *Companies Act 1948*.

¹³⁹³ Zie randnr. 285 hierboven.

¹³⁹⁴ Zie A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2009,

“director”, maar ook het afzonderlijk gedefinieerde begrip “shadow director”.

Sectie 63 van de *Companies Act 1980* luidde als volgt:

“63. – (1) Subject to subsections (2) and (5) below, **a person in accordance with whose directions and instructions the directors of a company are accustomed to act (“a shadow director”)** shall be treated for the purposes of this Part of this Act as a director of the company unless the directors are accustomed so to act by reason only that they do so on advice given by him in a professional capacity.

(2) A shadow director shall not be guilty of an offence under section 57(6) above by virtue of subsection (1) above.

(3) Section 199 of the 1948 Act (disclosure by a director of a company of his interests in a contract, transaction or arrangement with the company) shall apply in relation to a shadow director of a company as it applies in relation to a director of a company, except that the shadow director shall declare his interest, not at a meeting of directors, but by notice in writing to the directors which is either –

(a) a specific notice given before the date of the meeting at which, if he had been a director, the declaration would be required by subsection (2) of that section to be made; or

(b) a notice which under subsection (3) of that section (general notices) falls to be treated as a sufficient declaration of that interest or would fall to be treated apart from the proviso;

and section 145 of that Act (minutes of proceedings of meetings) shall have effect as if the declaration had been made at the meeting in question and had accordingly formed part of the proceedings at that meeting.

(4) A shadow director of a company shall be treated for the purposes of section 26 of the 1976 Act (directors’ service contracts, etc. to be open to inspection by a company’s members) as a director of the company.

(5) A body corporate shall not be treated as the director of any of its subsidiary companies by reason only of subsection (1) above (eigen nadruk)”.

De Engelse wetgever werkte sectie 63 uit om, net zoals bij zijn ingreep in 1917¹³⁹⁵, te vermijden dat de “werkelijke machthebbers” in de vennootschap zichzelf erg gemakkelijk uit de wind zouden kunnen zetten door stromannen of tussenpersonen in te schakelen als bestuurders¹³⁹⁶.

(63) 67, nr. 3.15. Zie ook P. LOOSE, J. YELLAND en D. IMPEY, *The Company Director. Powers and Duties*, Bristol, Jordans, 1993, 221; P. LOOSE, M. GRIFFITHS en D. IMPEY, *The Company Director. Powers, Duties and Liabilities*, Bristol, Jordans, 2000, 184.

¹³⁹⁵Zie randnr. 290 hierboven.

¹³⁹⁶J. DE LACY, “The concept of a company director: time for a new expanded and unified statutory concept?”, *Journal of Business Law* 2006, (267) 291: “The statutory concept of “shadow director” emerged to prevent the use of intermediaries acting as directors as a facade to the real exercise of power within the company”. Zie ook R. PENNINGTON, *Directors’ Personal Liability*, London, Collins Professional and Technical Books, 1987, 28: “The

293. De inhoud van sectie 63 werd bij een volgende herziening van de Engelse vennootschapswetgeving in een licht gewijzigde vorm hernomen in sectie 741(2) van de *Companies Act 1985*¹³⁹⁷, om uiteindelijk op te gaan in sectie 251 van de huidige *Companies Act 2006*.

Sectie 251 van de *Companies Act 2006* luidde aanvankelijk als volgt¹³⁹⁸:

“251 *“Shadow director”*”

- (1) *In the Companies Acts “shadow director”, in relation to a company, means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act.*
- (2) *A person is not to be regarded as a shadow director by reason only that the directors act on advice given by him in a professional capacity.*
- (3) *A body corporate is not to be regarded as a shadow director of any of its subsidiary companies for the purposes of—*
 - *Chapter 2 (general duties of directors),*
 - *Chapter 4 (transactions requiring members' approval), or*
 - *Chapter 6 (contract with sole member who is also a director),**by reason only that the directors of the subsidiary are accustomed to act in accordance with its directions or instructions.”*

D. De G8 top in juni 2013: het startpunt van een verder hervormingsproces

294. De tekst van sectie 251 van de *Companies Act 2006* werd naar aanleiding van een G8 top die in juni 2013 werd georganiseerd nabij Lough Erne, Enniskillen, Noord-Ierland, opnieuw onder de loep genomen. Om te begrijpen waarom dit gebeurde, dient men te weten dat transparantie over de eigendom van, en controle over, vennootschapsstructuren tijdens deze internationale

category of shadow director was created simply so that the Act could extend certain of the obligations and restrictions which it imposes on real directors to persons who exercise the same kind of influence over the board as dominant directors may do”; S. GRIFFIN, *Company Law. Fundamental Principles*, Harlow, Pearson Education Limited, 2000, 230: “*The need to attach responsibility to a person who engineers and directs corporate activity through a ‘puppet’ board of directors is necessary because it prevents such a person from evading duties designed to prevent the mismanagement of corporate affairs*”.

¹³⁹⁷ J. H. FARRAR, N. E. FUREY, B. M. HANNIGAN en P. WYLIE, *Farrar’s company law*, London, Butterworth & Co (Publishers) Ltd, 1991, 341; THE LAW COMMISSION en SCOTTISH LAW COMMISSION, *Consultation on “Company directors: regulation conflicts of interest and formulating a statement of duties”*, 1999, 310, elektronisch beschikbaar via <https://www.lawcom.gov.uk/project/company-directors-regulating-conflicts-of-interest-and-formulating-a-statement-of-duties/>.

¹³⁹⁸ Vgl. met de huidige tekst van sectie 251 geciteerd onder randnr. 285 hierboven.

regeringstop een centrale plaats kreeg op de internationale agenda¹³⁹⁹.

De G8 nam tijdens de top van juni 2013 een actieplan aan getiteld “*Principles to prevent the misuse of companies and legal arrangements*”¹⁴⁰⁰, met als doel het witwassen van geld en belastingontduiking aan banden te leggen. In dat actieplan werden acht kernbeginselen uiteengezet die werden geacht “*essentieel te zijn om de integriteit van uiteindelijke begunstigden (“beneficial ownership”) en basisinformatie over vennootschappen te waarborgen*”. Van die acht beginselen, luidde de tekst van het eerste en vijfde beginsel als volgt:

“1. *Companies should know who owns and controls them and their beneficial ownership and basic information should be adequate, accurate, and current. As such, companies should be required to obtain and hold their beneficial ownership and basic information, and ensure documentation of this information is accurate.*

[...]

5. *The misuse of financial instruments and of certain shareholding structures which may obstruct transparency, such as bearer shares and **nominee** shareholders and **directors, should be prevented***¹⁴⁰¹ (eigen nadruk).

Elk van de leden van de G8 had zich ertoe verbonden om een nationaal actieplan op te zetten om uitwerking te geven aan deze beginselen. De realisatie van de G8-beginselen werd in het Verenigd Koninkrijk overgelaten aan het *Department for Business, Innovation and Skills (BIS)* dat terzake diverse documenten opstelde¹⁴⁰².

295. In juli 2013, kort na de bijeenkomst van de G8, publiceerde het BIS een *Discussion Paper* getiteld “*Transparency and trust: enhancing the transparency of UK company ownership and*

¹³⁹⁹ S. WITNEY, “Duties owed by shadow directors: closing in on the puppet masters?”, *Journal of Business Law* 2016, afl. 4, (311) 312.

¹⁴⁰⁰ G8, *Action Plan Principles to prevent the misuse of companies and legal arrangements*, June 2013, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207532/G8-Action-Plan-principles-to-prevent-the-misuse-of-companies-and-legal-arrangements.pdf.

¹⁴⁰¹ G8, *Action Plan Principles to prevent the misuse of companies and legal arrangements*, June 2013, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207532/G8-Action-Plan-principles-to-prevent-the-misuse-of-companies-and-legal-arrangements.pdf.

¹⁴⁰² S. WITNEY, “Duties owed by shadow directors: closing in on the puppet masters?”, *Journal of Business Law* 2016, afl. 4, (311) 312.

increasing trust in UK business”¹⁴⁰³. In die *Discussion Paper* wees het BIS er onder meer op dat de op papier gekende bestuurders van een vennootschap niet noodzakelijk degenen zijn die werkelijk de touwtjes in handen hebben en stelde het zich de vraag hoe er vanuit juridisch oogpunt het best met deze realiteit kan worden omgegaan¹⁴⁰⁴.

Het BIS formuleerde hierbij onder meer de volgende bedenkingen en overwegingen:

“4.1. Companies are required to register certain details on their directors at Companies House. This information is then made available publicly by Companies House. Where a company is being used to facilitate criminal activity, the individuals who really control the way that the company is run will likely want to avoid making this information public. They may use ‘nominee directors’ to do this. Nominee directors are individuals who go on the public record as the director of the company to be, effectively, a ‘straw man’ or ‘front man’ for the company. The beneficial owner ‘stands behind’ the nominee and controls the way that the company is run.

4.2. UK law does not define or recognise nominee directors. In the eyes of the law, nominee directors are the same as any other director and owe the same duties to the company. These include the duty to promote the success of the company and to exercise reasonable care, skill and diligence. This means that a nominee director can be sanctioned for breaching these duties.

*4.3. However, the use of a nominee director does not mean that the beneficial owner can avoid all liability for the actions of the company. In the event that the company was investigated, the beneficial owner can be treated and sanctioned as if they were a director of the company. But this depends on the prosecution being able to identify the beneficial owner and prove the extent of their influence and control over the management of the company. In practice, the use of a nominee director can therefore prevent the beneficial owner from being linked to the actions of the company*¹⁴⁰⁵”.

¹⁴⁰³ DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION & SKILLS, *Discussion Paper Transparency & Trust: Enhancing the Transparency of UK Company Ownership and Increasing Trust in UK Business*, juli 2013, 89 p., elektronisch beschikbaar via <https://www.gov.uk/government/consultations/company-ownership-transparency-and-trust-discussion-paper>.

¹⁴⁰⁴ DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION & SKILLS, *Discussion Paper Transparency & Trust: Enhancing the Transparency of UK Company Ownership and Increasing Trust in UK Business*, juli 2013, 49, elektronisch beschikbaar via <https://www.gov.uk/government/consultations/company-ownership-transparency-and-trust-discussion-paper>.

¹⁴⁰⁵ DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION & SKILLS, *Discussion Paper Transparency & Trust: Enhancing the Transparency of UK Company Ownership and Increasing Trust in UK Business*, juli 2013, 46, elektronisch beschikbaar via <https://www.gov.uk/government/consultations/company-ownership-transparency-and-trust-discussion-paper>.

296. In april 2014 maakte het BIS kenbaar welke reacties de *Discussion Paper* in de praktijk had uitgelokt en welke reactie de regering daarop had gegeven¹⁴⁰⁶.

Uit de reacties die de *Discussion Paper* in de praktijk had uitgelokt werd onder meer het volgende duidelijk:

“190. [...] it was clear that those who seek to control an appointed director – those who stand behind their ‘front’ - should also be accountable for any wrongdoing. Several interested parties noted the relevance of the existing ‘shadow director’ construct to our discussion of those who might influence irresponsible front directors. In certain instances of wrongdoing, shadow directors, who exercise control without being registered as or acting as a director, are liable under current UK company law. Though noting the need for careful consideration, building on the concept of a shadow director was suggested by some as a way of taking forward our thinking about making those who seek to control a director accountable for wrongdoing¹⁴⁰⁷”.

In een notendop, had de regering onder meer het plan opgevat om de reeds bestaande regelgeving verder aan te scherpen, zodat nog duidelijker zou worden dat zowel bestuurders die als scherm of dekmantel fungeren voor de werkelijke machthebbers in een vennootschap, als de werkelijke machthebbers die van hen gebruik maken, in rechte ter verantwoording kunnen worden geroepen.

De regering overwoog hierbij onder meer het volgende:

“197. We also welcome views on new means of increasing the accountability of those who seek to control a front director to no good end. We have considered carefully the responses to the discussion paper which suggested we could build on the current concept of a shadow director to do this. The definition of a shadow director is restricted to those who control all or the majority of the directors on a company’s board. The intention with a new proposal would be to make clear that having a single director act in your place is no longer a way of avoiding accountability. We are currently considering the best means of achieving this, and particularly what level of sanction is appropriate.

198. The issues discussed here also raise the question of whether the general statutory duties of directors should apply to those who control directors – perhaps including both shadow directors (as currently defined),

¹⁴⁰⁶ DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION & SKILLS, *Government response Transparency & Trust: Enhancing the Transparency of UK Company Ownership and Increasing Trust in UK Business*, april 2014, 74 p., elektronisch beschikbaar via <https://www.gov.uk/government/consultations/company-ownership-transparency-and-trust-discussion-paper>.

¹⁴⁰⁷ DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION & SKILLS, *Government response Transparency & Trust: Enhancing the Transparency of UK Company Ownership and Increasing Trust in UK Business*, april 2014, 49, elektronisch beschikbaar via <https://www.gov.uk/government/consultations/company-ownership-transparency-and-trust-discussion-paper>.

and even those who control a single director. Currently, as set out in the Companies Act 2006 s170(5), the general duties have limited application to shadow directors (“where, and to the extent that, the corresponding common law rules or equitable principles apply”). Some considered that not applying the general statutory duties of directors to shadow directors in the Companies Act 2006 was an unhelpful omission, and case law has continued to consider shadow directors’ fiduciary duties¹⁴⁰⁸. We consider there are advantages to an explicit application of the general statutory duties of directors to shadow directors (and potentially even to those who control a single director), not least to remove any potential lack of accountability¹⁴⁰⁹”.

Het door het BIS geïnitieerde proces kreeg finaal zijn beslag in een nieuwe wet, die wijzigingen aanbracht in de *Companies Act 2006*, alsook in de *Insolvency Act 1986* en de *Company Directors Disqualification Act 1986*¹⁴¹⁰. Die wijzigende wet staat bekend als de *Small Business, Enterprise and Employment Act 2015*¹⁴¹¹.

E. De Small Business, Enterprise and Employment Act 2015 (SBEEA 2015)

297. De *Small Business, Enterprise and Employment Act 2015* bracht diverse wijzigingen met zich mee. De wijzigingen die betrekking hebben op “*shadow directors*” kunnen worden teruggevonden in secties 89 en 90 van de *SBEEA 2015*¹⁴¹².

Sectie 89(1) van de *SBEEA 2015* zorgde voor een update van sectie 170(5) van de *Companies Act 2006* dat de algemene verplichtingen van bestuurders (“*the general duties of directors*”) zoals uiteengezet in secties 170-177, Deel 10, Hoofdstuk 2, van de *Companies Act 2006*, toepasselijk verklaart op “*shadow directors*”¹⁴¹³. Het wijzigde de tekst van sectie 170(5) van de *Companies Act 2006* van “*the general duties apply to shadow directors where, and to the extent that, the corresponding common law rules or equitable principles so apply*” naar “*the general duties apply*

¹⁴⁰⁸ Zie over “*fiduciary duties*” ook randnr. 315 hieronder.

¹⁴⁰⁹ DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION & SKILLS, *Government response Transparency & Trust: Enhancing the Transparency of UK Company Ownership and Increasing Trust in UK Business*, april 2014, 50, elektronisch beschikbaar via <https://www.gov.uk/government/consultations/company-ownership-transparency-and-trust-discussion-paper>.

¹⁴¹⁰ S. WITNEY, “Duties owed by shadow directors: closing in on the puppet masters?”, *Journal of Business Law* 2016, afl. 4, (311) 312.

¹⁴¹¹ *SBEEA 2015*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/26/contents/enacted>.

¹⁴¹² PRACTICAL LAW CORPORATE, “UK Practice Note – Small Business, Enterprise and Employment Act 2015 (corporate aspects)”, *Westlaw UK*, Thomson Reuters, (1) 5.

¹⁴¹³ Zie hierover verder randnr. 366-367.

to a shadow director of a company where and to the extent that they are capable of so applying”¹⁴¹⁴. De bedoeling achter deze wetgevende ingreep was om nog scherper te stellen dat een “shadow director” verantwoordelijk is zoals een “director”¹⁴¹⁵, in de hoop misbruiken te verminderen¹⁴¹⁶.

In een in 2014 door het BIS opgesteld document getiteld “*Final Stage Impact Assessments to Part A of the Transparency and Trust Proposals (Companies Transparency)*”¹⁴¹⁷ kan men lezen welke redenering er precies achter de aanpassing van sectie 170(5) van de Companies Act 2006 schuilging:

“106. [...] updating and clarifying the duties that apply to shadow directors could also drive behaviour change and deter misconduct”¹⁴¹⁸.

[...]

115. [...] we could anticipate that a well-publicised increase in accountability of those who control directors could improve corporate standards – increasing understanding and reducing instances of poor behaviour or

¹⁴¹⁴In de “*explanatory notes*” bij de *Small Business, Enterprise and Employment Act 2015*, elektronisch beschikbaar via <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/26/notes/contents>, wordt bij deze ingreep de volgende toelichting gegeven: “603. At present the general duties of directors can only apply to shadow directors in the same way as the corresponding common law rules and equitable principles can. In future, the starting point for shadow directors will be that the general duties apply to them unless they are not capable of applying (removing the current restriction). This is achieved by replacing section 170(5) of the CA 2006. This change in default position is neither intended to preclude the courts from looking at the application of the duties on a case by case basis, nor from drawing on existing case law in any given case”.

¹⁴¹⁵Het valt op te merken dat de huidige wettelijke formulering in ontwerpvorm werd bekritiseerd in het *Grand Committee* van het *House of Lords*. Daarbij werd een amendement voorgesteld om de zinsnede “*the general duties apply to a shadow director of a company where and to the extent that they are capable of so applying*” te vervangen door de bewoordingen “*to the extent it is reasonable, just and equitable for any such general duty to apply*” (*Hansard, Grand Committee*, 19 januari 2015, column GC337 - column GC339, elektronisch beschikbaar via <https://publications.parliament.uk/pa/ld201415/ldhansrd/text/150119-gc0001.htm>). De idee was de rechtbanken meer flexibiliteit te geven bij het bepalen of en in welke mate bepaalde verplichtingen op “*shadow directors*” van toepassing moeten zijn, aangezien er omstandigheden kunnen zijn waarin het, hoewel zij van toepassing kunnen zijn, onredelijk zou kunnen zijn een “*shadow director*” aan de volledige reikwijdte van een bepaalde verplichting te onderwerpen. Dit amendement haalde het uiteindelijk niet. Zie hierover ook S. WITNEY, “Duties owed by shadow directors: closing in on the puppet masters?”, *Journal of Business Law* 2016, afl. 4, (311) 317.

¹⁴¹⁶Zie ook M. BOWMER, *Shadow directors*, februari 2019, 7, elektronisch beschikbaar via <https://www.4newsquare.com/wp-content/uploads/2019/09/Shadow-Directors-by-Michael-Bowmer.pdf>: “*the government’s policy intention seems clear: to send a message to those who control UK companies that they should understand that they will be subject to the same extensive duties as properly appointed company directors and that they cannot evade the responsibilities for improper corporate behaviour by disguising their true role*”.

¹⁴¹⁷DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION & SKILLS, *Final Stage Impact Assessments to Part A of the Transparency and Trust Proposals (Companies Transparency)*, 2014, 234 p., elektronisch beschikbaar via <https://www.gov.uk/government/publications/company-ownership-transparency-and-trust-impact-assessments>.

¹⁴¹⁸DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION & SKILLS, *Final Stage Impact Assessments to Part A of the Transparency and Trust Proposals (Companies Transparency)*, 2014, 175, elektronisch beschikbaar via <https://www.gov.uk/government/publications/company-ownership-transparency-and-trust-impact-assessments>.

corporate oversight which might otherwise have caused damage to shareholders¹⁴¹⁹.

[...]

126. [...] if external sources of control over an appointed company director are deterred, there could be benefits to company decision making. For instance, behaving in self-interested manner, a controlling person might influence decisions that benefit themselves more than the company, or potentially disadvantage the company. By discouraging this type of behaviour, the reforms will remove a distortion to company decision making, which is potentially economically damaging¹⁴²⁰.

Secties 89(2) en (3) van de *SBEEA 2015* kennen de “*Secretary of State*” de bevoegdheid toe om de toepassing van welbepaalde algemene verplichtingen van “*directors*” (bestuurders) op “*shadow directors*” via uitvoeringswetgeving uit te sluiten, of nader te moduleren en te verduidelijken¹⁴²¹. De “*Secretary of State*” maakte tot op heden nog geen gebruik van deze bevoegdheid¹⁴²².

Sectie 89(2) en (3) van de *SBEEA 2015* luiden:

“(2) *The Secretary of State may by regulations make provision about the application of the general duties of directors to shadow directors.*

(3) *The regulations may, in particular, make provision— (a) for prescribed general duties of directors to apply to shadow directors with such adaptations as may be prescribed; (b) for prescribed general duties of directors not to apply to shadow directors”.*

Sectie 90 van de *SBEEA 2015* zorgde voor een aanpassing van de definitie van “*shadow director*” zoals uiteengezet in sectie 251 van de *Companies Act 2006*, sectie 251 de *Insolvency Act 1986* en sectie 22(5) van de *Company Directors Disqualification Act 1986*. De wijziging die in de

¹⁴¹⁹ DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION & SKILLS, *Final Stage Impact Assessments to Part A of the Transparency and Trust Proposals (Companies Transparency)*, 2014, 175, elektronisch beschikbaar via <https://www.gov.uk/government/publications/company-ownership-transparency-and-trust-impact-assessments>.

¹⁴²⁰ DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION & SKILLS, *Final Stage Impact Assessments to Part A of the Transparency and Trust Proposals (Companies Transparency)*, 2014, 178, elektronisch beschikbaar via <https://www.gov.uk/government/publications/company-ownership-transparency-and-trust-impact-assessments>.

¹⁴²¹ In de “*explanatory notes*” bij de *Small Business, Enterprise and Employment Act 2015*, elektronisch beschikbaar via <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/26/notes/contents>, wordt bij deze ingreep de volgende toelichting gegeven: “*Subsection (3) gives the Secretary of State the power to make regulations directly applying or disapplying one or several of the general duties to shadow directors with or without modification, to facilitate their application to shadow directors*”.

¹⁴²² PRACTICAL LAW CORPORATE, “UK Practice Note – Types of director: overview”, *Westlaw UK*, Thomson Reuters, (1) 7; M. BOWMER, *Shadow directors*, februari 2019, 4, elektronisch beschikbaar via <https://www.4newsquare.com/wp-content/uploads/2019/09/Shadow-Directors-by-Michael-Bowmer.pdf>; B. HANNIGAN, *Company Law – Sixth Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 140, nr. 7-33, vn. 112.

Companies Act 2006 werd doorgevoerd had betrekking op sectie 251(2)¹⁴²³, dat in zijn oorspronkelijke vorm luidde als volgt: “*a person is not to be regarded as a shadow director by reason only that the directors act on advice given by him in a professional capacity*”. Sectie 90 van de *SBEEA 2015* breidde de bewoordingen van deze bepaling uit naar het thans gekende¹⁴²⁴:

“(2) *A person is not to be regarded as a shadow director by reason only that the directors act*
(a) *on advice given by that person in a professional capacity;*
(b) *in accordance with instructions, a direction, guidance or advice given by that person in the exercise of a function conferred by or under an enactment;*
(c) *in accordance with guidance or advice given by that person in that person's capacity as a Minister of the Crown (within the meaning of the Ministers of the Crown Act 1975)*¹⁴²⁵”.

Analoge wijzigingen werden doorgevoerd in secties 251 de *Insolvency Act 1986* en 22(5) van de *Company Directors Disqualification Act 1986*, welke vormelijk uit één geheel bestaan en niet zijn onderverdeeld in verschillende alinea's ((1), (2) en (3))¹⁴²⁶.

De idee achter deze wetgevende ingreep was om duidelijk te maken dat een persoon die handelt in de uitoefening van een wettelijke opdracht normaliter niet als een “*shadow director*” kan worden aangemerkt¹⁴²⁷.

¹⁴²³ PRACTICAL LAW CORPORATE, “UK Practice Note – Small Business, Enterprise and Employment Act 2015 (corporate aspects)”, *Westlaw UK*, Thomson Reuters, (1) 5.

¹⁴²⁴ PRACTICAL LAW CORPORATE, “UK Practice Note – Types of director: overview”, *Westlaw UK*, Thomson Reuters, (1) 4.

¹⁴²⁵ Zie randnr. 285 hierboven.

¹⁴²⁶ De genoemde secties luiden: ““*Shadow director*”, in relation to a company, means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act, but so that a person is not deemed a shadow director by reason only that the directors act—
(a) *on advice given by that person in a professional capacity;*
(b) *in accordance with instructions, a direction, guidance or advice given by that person in the exercise of a function conferred by or under an enactment;*
(c) *in accordance with guidance or advice given by that person in that person's capacity as a Minister of the Crown (within the meaning of the Ministers of the Crown Act 1975)*”.

¹⁴²⁷ In de “*explanatory notes*” bij de *Small Business, Enterprise and Employment Act 2015*, elektronisch beschikbaar via <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/26/notes/contents>, wordt bij deze ingreep de volgende toelichting gegeven: “606. It makes clear that where advice, guidance, directions or instructions are given in exercise of a function conferred by or under legislation, including legislation made by the Devolved Administrations, the definition of shadow director will not be met. To achieve this, it amends the definition of “enactment” in the CA 2006 to refer to legislation made in Wales. It also sets out that a Minister of the Crown acting in their official capacity will not be considered a shadow director when issuing advice or guidance”. Zie hierover ook randnrs. 334-335 hieronder.

II. WAAROM NORMERING INZAKE “FEITELIJK BESTUUR” IN DE *CORPORATIONS ACT 2001*? A BRIEF HISTORY

298. Het antwoord op de vraag waarom er normering inzake “feitelijk bestuur” is opgenomen in de Australische *Corporations Act 2001*, vindt men niet in de (voorbereidende) parlementaire stukken¹⁴²⁸ bij deze wet. Men moet er, net zoals bij de Engelse *Companies Act 2006*¹⁴²⁹, voor gaan grasduinen in het verleden.

A. De notie “shadow director” kwam voor het eerst voor in de verschillende State Companies Acts van 1961

299. Uit een rechtshistorisch onderzoek blijkt dat de Australische notie “*shadow director*” van een recentere datum is dan haar Engelse zusje, en haar intrede deed in de Australische vennootschapswetgeving in het jaar 1961¹⁴³⁰. Verschillende Australische staten vaardigden in dat jaar¹⁴³¹, en het daaropvolgende jaar¹⁴³², uniforme vennootschapswetgeving uit, in een poging de moeilijkheden op te lossen die het gevolg waren van verschillen in vennootschapswetgeving tussen de staten¹⁴³³. Waar het wettelijke begrip “*director*” tot dan stevast gedefinieerd was geweest als “*any person occupying the position of director of a company by whatever name called*”¹⁴³⁴, kreeg het in de nieuw uitgevaardigde *State Companies Acts* een nieuwe omschrijving. Die omschrijving luidde als volgt: “*director includes any person occupying the position of director of a corporation by whatever name called and includes a person in accordance with whose directions or*

¹⁴²⁸ In het geval van de *Corporations Act 2001* gaat het dan om het “*explanatory memorandum*” (het equivalent van onze memorie van toelichting) bij de aan deze wet voorafgaande *Corporations Bill 2001* (het ontwerp van een “*Act*” wordt naar Australisch recht een “*Bill*” genoemd). Zie voor de tekst van het *Explanatory memorandum*: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2004B00937/Explanatory%20Memorandum/Text>.

¹⁴²⁹ Zie randnrs. 289 e.v. hierboven.

¹⁴³⁰ S. H.C. LO, *In Search of Corporate Accountability: Liabilities of Corporate Participants*, Cambridge, Cambridge Scholars Publishing, 2016, 276: “*This notion of a shadow director first appeared in the Australian companies legislation in the various state Companies Acts of 1961*”.

¹⁴³¹ Zie bijvoorbeeld de *Companies Act 1961 (Victoria)*, de *Companies Act 1961 (New South Wales)* of de *Companies Act 1961 (Western Australia)*.

¹⁴³² Zie bijvoorbeeld de *Companies Act 1962 (Tasmania)* en de *Companies Act 1962 (South Australia)*.

¹⁴³³ De Australische vennootschapswetgeving werd op dat moment nog niet federaal uitgevaardigd, maar op het niveau van de staten (“*states*”).

¹⁴³⁴ Zie bijvoorbeeld sectie 3 van de *Companies Act 1938 (Victoria)*.

instructions the directors of a corporation are accustomed to act” (eigen nadruk)¹⁴³⁵. Onder deze wettelijke definitie, waarin voortaan ook de notie “*shadow director*” was vervat, volgde een alinea met de volgende bewoordingen (onmiddellijk na, en volgend op een reeks andere, alfabetisch, in de wettekst gedefinieerde begrippen): “*For the purposes of this Act a person shall not be regarded as a person in accordance with whose directions or instructions the directors of a company are accustomed to act by reason only that the directors act on advice given by him in a professional capacity*” (eigen nadruk)¹⁴³⁶.

Waarom werden deze aanvullingen in de wettekst aangebracht en werd de tot dan toe gebruikte definitie van het begrip “*director*” uitgebreid? Gaat er een bijzondere *ratio* achter schuil, eigen aan de Australische context? Het antwoord luidt ontkennend. De verruimde definitie blijkt gewoon te zijn geput uit de Engelse vennootschapswetgeving en meer bepaald uit de *Companies Act 1948*. Dit blijkt uit een aantekening in de marge bij sectie 5 van de diverse *State Companies Acts* die luidt als volgt: “*Interpretations. U.K. ss. 154, 455, N.S.W. ss. 6, 107, 137, Vic. s. 3, Qld. s. 5, S.A. s. 8, W.A. s. 3, Tas. s. 3.*” (eigen nadruk). In de aanhef bij de verschillende *State Companies Acts* kan men lezen dat de verwijzing naar “U.K.” staat voor “*U.K.: 11 & 12 Geo. VI. 1948*”; dit is de eerder aangehaalde *Companies Act 1948*¹⁴³⁷.

B. De Companies Act 1981 en de zaak R v Drysdale

300. In de federaal uitgevaardigde *Companies Act 1981* (op dat ogenblik nog samen te lezen met de relevante statelijke vennootschapswetgeving wat betreft de toepassing ervan op het niveau van elke staat) kreeg de Australische definitie van “*director*” een ietwat andere gedaante en werd zij voor een tweede maal aangevuld¹⁴³⁸. Zij werd opgedeeld in twee leden (a) en (b) en luidde voortaan:

¹⁴³⁵Zie bijvoorbeeld sectie 5 van de *Companies Act 1961 (Victoria)*, sectie 5 van de *Companies Act 1961 (New South Wales)* of sectie 5 van de *Companies Act 1961 (Western Australia)*. Zie ook M. MARKOVIC, “The Law of Shadow Directorships”, *Australian Journal of Corporate Law* 1996, afl. 6, (323) 326.

¹⁴³⁶Zie bijvoorbeeld sectie 5(2) van de *Companies Act 1961 (Victoria)*, sectie 5(2) van de *Companies Act 1961 (New South Wales)* of sectie 5(2) van de *Companies Act 1961 (Western Australia)*.

¹⁴³⁷Zie randnr. 291 hierboven.

¹⁴³⁸Zie hierover ook M. MARKOVIC, “The Law of Shadow Directorships”, *Australian Journal of Corporate Law* 1996, afl. 6, (323) 326.

“director”, in relation to a corporation, includes-

- (a) any person occupying or acting in the position of director of the corporation, by whatever name called **and whether or not validly appointed to occupy or duly authorized to act in the position**; and
- (b) any person in accordance with whose directions or instructions the directors of the corporation are accustomed to act;¹⁴³⁹ (eigen nadruk).

Onder de definitie (na een reeks andere, alfabetisch, in de wettekst gedefinieerde begrippen) volgde nog steeds een alinea met de bewoordingen: “*For the purposes of this Act, a person shall not be regarded as a person in accordance with whose directions or instructions the directors of a body corporate are accustomed to act by reason only that the directors act on advice given by that person in the proper performance of the functions attaching to his professional capacity*”, waaraan de zinsnede “*or to his business relationship with the other person*” werd toegevoegd¹⁴⁴⁰. Waarom deze verruimde formulering – die verder lijkt te gaan dan het Engelse voorbeeld¹⁴⁴¹ – in de wettekst werd opgenomen, is onduidelijk¹⁴⁴².

301. Uit het zogenaamde “*Explanatory Memorandum*” bij het ontwerp van de *Companies Act 1981* (de *Companies Bill 1981*) blijkt dat de woorden “*whether or not validly appointed to occupy or duly authorized to act in the position*” aan lid (a) van de definitie van het begrip “*director*” werden toegevoegd om een uitspraak van het *Court of Criminal Appeal* van *New South Wales* in de zaak *R v Drysdale*¹⁴⁴³ te ondervangen¹⁴⁴⁴. De notie “*de facto director*” werd middels deze ingreep zeer nadrukkelijk in de wettelijke definitie verankerd, zonder evenwel het begrip “*de facto*

¹⁴³⁹Zie sectie 5(1) van de *Companies Act 1981*.

¹⁴⁴⁰Zie sectie 5(2) van de *Companies Act 1981*.

¹⁴⁴¹Zie hierover verder randnr. 359.

¹⁴⁴²Er wordt in het “*Explanatory Memorandum*” bij de *Companies Bill 1981* in ieder geval niets over gezegd. Zie in dezelfde zin M. D. HOBSON, “The Law of Shadow Directorships”, *Bond Law Review* 1998, Vol. 10, afl. 2, (184) 209, vn. 138: “*Originally the Australian provision only referred to persons who offered advice in a professional capacity. Following the introduction of the Companies Code, the ‘business relationship’ exemption was included. The accompanying Explanatory Memorandum is of little assistance in explaining one Legislature’s motivation for extending the exemption’s application*”.

¹⁴⁴³Zie hierover ook J. CASSIDY, *Corporations Law*, Sydney, The Federation Press, 2013, 186-187.

¹⁴⁴⁴Parliament of the Commonwealth of Australia, House of Representatives, *Companies Bill 1981, Explanatory Memorandum*, 34: “*director - modified to include a person “whether or not validly appointed to occupy or duly authorised to act in the position” to take account of NSW Court of Criminal Appeal decision in R v Drysdale (1978) 3 ACLR 680*”. Zie ook THE INSTITUTE OF CHARTERED SECRETARIES AND ADMINISTRATORS, *Duties and Responsibilities of Company Secretaries and Directors in Australia*, New South Wales, CCH Australia Limited, 1987, 6; P. GILLIES, *The New Corporations Law*, Sydney, The Federation Press, 1992, 95-96 en 140-141.

director” zelf in de mond te nemen¹⁴⁴⁵.

Waar ging de zaak *R v Drysdale* precies over en waarom heeft zij voormelde wetgevende ingreep uitgelokt? De feiten van de zaak *R v Drysdale* zijn vrij eenvoudig. Uit het feitenrelaas zoals weergegeven in de uitspraak van het *New South Wales Court of Criminal Appeal*¹⁴⁴⁶ blijkt dat de heer Drysdale tussen 6 december 1971 en 21 september 1973 secretaris was van een vennootschap. Een van de bestuurders van die vennootschap had op 30 augustus 1971 zijn ontslag ingediend, waarop de heer Drysdale was gecoöpteerd als nieuwe bestuurder. De statuten bepaalden dat een gecoöpteerde bestuurder als bestuurder kon aanblijven tot aan de eerstvolgende jaarlijkse algemene vergadering, waar zijn benoeming als bestuurder moest worden bevestigd. De jaarlijkse algemene vergadering van de vennootschap werd gehouden op 30 december 1971. Een andere persoon dan de heer Drysdale werd uiteindelijk als bestuurder voorgedragen en benoemd. De notulen van de vergadering maakten geen melding van het aftreden van de heer Drysdale of van zijn verkiezing of herverkiezing als bestuurder. De heer Drysdale was aanwezig op de vergadering en werd in de notulen vermeld als secretaris. Hoewel de heer Drysdale als gevolg van de statutaire regeling sedert 30 december 1971 formeel geen bestuurder meer was, richtte hij op 17 september 1973 een brief aan de gedelegeerd bestuurder van de vennootschap, waarin hij zijn ontslag aankondigde als bestuurder en secretaris van de vennootschap met ingang van 21 september 1973. Dit ontslag werd opgenomen in de notulen van het bestuursorgaan en mede door de heer Drysdale ondertekend. De vraag die voor het *New South Wales Court of Criminal Appeal* rees, was of de heer Drysdale voor, en op grond van, twee inbreuken op sectie 124(1)¹⁴⁴⁷, samengelezen met sectie 5 (definitie “*director*”) van de toenmalige *Companies Act 1961 (New South Wales)*, die hij had begaan na 30 december 1971, kon worden aangesproken. Het *New South Wales Court of Criminal Appeal* had geoordeeld dat dat niet kon. Het wettelijke begrip “*director*” zou volgens het *Court of Criminal Appeal* geen “*de facto directors*” omvatten en het stond buiten kijf dat de heer Drysdale in die hoedanigheid was opgetreden. Hoewel de *High Court of Australia*¹⁴⁴⁸ de uitspraak van het *New South Wales Court of Criminal Appeal* in *R v Drysdale* uiteindelijk verbrak, achtte de Australische wetgever het toch wenselijk om een verduidelijking in de wettelijke definitie van het begrip “*director*” aan te brengen en zo geschiedde.

C. De Corporations Act 1989: weinig nieuws onder de zon

302. In de *Corporations Act 1989*, de voorloper van de huidige *Corporations Act 2001*, werd de

¹⁴⁴⁵ Zie ook M. MARKOVIC, “The Law of Shadow Directorships”, *Australian Journal of Corporate Law* 1996, afl. 6, (323) 326.

¹⁴⁴⁶ NSW Court of Criminal Appeal (AU) 24 augustus 1978, *R v Drysdale*, 3 *ACLR* 680.

¹⁴⁴⁷ Houdende de zorgvuldigheidsplicht van een “*director*” en diens plicht om eerlijk te handelen. Zie sectie 124(1) *Companies Act 1961 (New South Wales)*: “A *director* shall at all times act honestly and use reasonable diligence in the discharge of the duties of his office”.

¹⁴⁴⁸ High Court of Australia (AU) 19 december 1978, *Corporate Affairs Commission v Drysdale*, 141 *CLR* 236.

alinea waarin de zogenaamde “*professional capacity*” en “*business relationship*” uitzonderingen op de notie “*shadow director*” waren opgenomen¹⁴⁴⁹ rechtstreeks verwerkt in de definitie van het begrip “*director*”. De definitie werd zo verder gestroomlijnd, maar inhoudelijk bekeken betekende dit weinig nieuws onder de zon¹⁴⁵⁰.

De definitie van het begrip “*director*”, opgenomen in sectie 60 van de *Corporations Act 1989* luidde als volgt:

“Directors

60. (1) *Subject to subsection (2), a reference to a director, in relation to a body corporate, includes a reference to:*

(a) *a person occupying or acting in the position of director of the body, by whatever name called and whether or not validly appointed to occupy, or duly authorised to act in, the position;*

(b) *a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the body are accustomed to act;*

(c) *in the case of a body corporate incorporated outside Australia:*

(i) *a member of the body's board;*

(ii) *a person occupying or acting in the position of member of the body's board, by whatever name called and whether or not validly appointed to occupy, or duly authorised to act in, the position; and*

(iii) *a person in accordance with whose directions or instructions the members of the body's board are accustomed to act; and*

(d) *in the case of a close corporation—a member of the close corporation.*

(2) *A person shall not be regarded as a person in accordance with whose directions or instructions:*

(a) *a body corporate's directors; or*

(b) *the members of the board of a body corporate incorporated outside Australia;*

are accustomed to act merely because the directors or members act on advice given by the person in the proper performance of the functions attaching to the person's professional capacity or to the person's business relationship with the directors or the members of the board, or with the body.”

¹⁴⁴⁹ Het gaat om de uitzonderingen die in eerdere vennootschapswetgeving structureel onder de definitie van het begrip “*director*” volgden, na andere, alfabetisch, in de wettekst gedefinieerde begrippen.

¹⁴⁵⁰ Uit het “*Explanatory Memorandum*” bij de *Corporations Bill 1988* blijkt dat de Australische wetgever voor de tekst van de definitie van het begrip “*director*” in de *Corporations Act 1989* gewoon voort heeft gebouwd op de *Companies Act 1981*: “*Cl.60: Directors – 326. This provision is based on the definition of “director” in CA sub-s.5(1) and the professional adviser’s provision set out in CA sub—s.5(2), with the modification that a member of a close corporation is included within the definition. 328. A professional or business advisor giving advice to directors is not brought within the definition (Bill sub—cl.60(2)).*” (zie Parliament of the Commonwealth of Australia, House of Representatives, *Corporations Bill 1988, Explanatory Memorandum, Volume 1*, 184, nrs. 326 en 328).

D. De Corporations Act 2001: een verdere verfijning van de definitie van het begrip “director” zoals opgenomen in de Corporations Act 1989

303. Een decennium na de inwerkingtreding van de *Corporations Act 1989* in 1991¹⁴⁵¹, werd een nieuwe federale vennootschapswet ingevoerd die vandaag nog altijd de basis van het Australische vennootschapsrecht vormt, de *Corporations Act 2001*¹⁴⁵². De erin uitgewerkte definitie van het begrip “*director*” lijkt sterk op de definitie die voorheen was opgenomen in de *Corporations Act 1989*, maar stemt er toch niet helemaal mee overeen. De manier waarop de definitie vormelijk is gestructureerd, is alvast verschillend (met een opdeling in twee leden (a) en (b) die op hun beurt onderverdeeld zijn in telkens twee punten), maar die vormelijke verschillen hebben weinig of geen concrete gevolgen. Interessanter zijn de inhoudelijke verschillen in de formulering van de wettekst.

Zoals eerder al weergegeven, luidt de vigerende definitie van het begrip “*director*”, opgenomen in sectie 9 van de *Corporations Act 2001*, als volgt¹⁴⁵³:

“director of a company or other body means:

(a) a person who:

- (i) is appointed to the position of a director; or*
- (ii) is appointed to the position of an alternate director and is acting in that capacity; regardless of the name that is given to their position; and*

(b) unless the contrary intention appears, a person who is not validly appointed as a director if:

- (i) they act in the position of a director; or*
- (ii) the directors of the company or body are accustomed to act in accordance with the person’s instructions or wishes.*

Subparagraph (b)(ii) does not apply merely because the directors act on advice given by the person in the proper performance of functions attaching to the person’s professional capacity, or the person’s business relationship with the directors or the company or body” (eigen nadruk).

¹⁴⁵¹ M. MARKOVIC, “The Law of Shadow Directorships”, *Australian Journal of Corporate Law* 1996, afl. 6, (323) 327.

¹⁴⁵² De *Corporations Act 2001* kwam tot stand na een delegatie van wetgevende bevoegdheden door de verschillende Australische staten naar het “federale” niveau en is rechtstreeks van toepassing in de verschillende staten. Haar voorlopers, de *Companies Act 1981* en *Corporations Act 1989* moesten samen worden gelezen met de relevante statelijke vennootschapswetgeving voor wat betreft de toepassing ervan op het niveau van elke staat. Zie hierover Parliament of the Commonwealth of Australia, House of Representatives, *Corporations Bill 2001, Explanatory Memorandum*, 9 e.v.

¹⁴⁵³ Zie randnr. 286 hierboven.

Twee inhoudelijke verschillen (in vergelijking met de definitie zoals opgenomen in sectie 60 van de *Corporations Act 1989*¹⁴⁵⁴) springen in het oog. Een eerste verschil is terug te vinden in paragraaf (b) van de definitie (waarin de noties “*de facto director*” ((b)(i)) en “*shadow director*” ((b)(ii)) werden verankerd), welke aanvangt met het voorbehoud “*unless the contrary intention appears*”¹⁴⁵⁵. Een tweede verschil is terug te vinden in paragraaf (b)(ii) van de definitie en betreft de formulering van de notie “*shadow director*”. Waar er in het verleden “*directions or instructions*” vanwege de als “*shadow director*” geïmagineerde persoon werden vereist, wordt er op heden over “*instructions or wishes*” gesproken¹⁴⁵⁶. De Australische wetgever wilde met beide inhoudelijke aanpassingen veelal onderstrepen dat niettegenstaande het feit dat de Australische definitie van het begrip “*director*” historisch in belangrijke mate geïnspireerd is op het Engelse vennootschapsrecht, zij daar niet mee te vereenzelvigen is¹⁴⁵⁷. De Australische aanpak op het vlak van normering inzake “feitelijk bestuur” is per slot van rekening anders dan de Engelse aanpak¹⁴⁵⁸.

Een verschil dat nog niet werd belicht, maar dat geen inhoudelijke of praktische gevolgen heeft, is de ietwat andere formulering van de notie “*de facto director*” (paragraaf 9(b)(i)). Waar een “*de facto director*” voorheen werd omschreven als “*a person occupying or acting in the position of a director, whether or not validly appointed to occupy, or duly authorised to act in, the position*”¹⁴⁵⁹ (eigen nadruk), is de omschrijving nu korter en wordt er enkel nog maar over “*acting in the position of...*” gesproken. Het gaat om niets anders dan een vereenvoudiging van de formulering¹⁴⁶⁰.

III. DE NORMERING WORDT IN HET ALGEMEEN BESCHOUWD GERUGGENSTEUND DOOR EEN DUIDELIJKE *RATIO*

304. Waar het grotendeels gissen blijft naar de *ratio legis* achter de normering inzake “feitelijk

¹⁴⁵⁴ Weergegeven in randnr. 302 hierboven.

¹⁴⁵⁵ Zie hierover randnr. 286 hierboven.

¹⁴⁵⁶ Zie hierover verder randnr. 353.

¹⁴⁵⁷ Cf. Federal Court of Australia (AU) 21 februari 2012, *Grimaldi v Chameleon Mining NL (No 2)*, FCAFC 2012, (296) 320-321, §59.

¹⁴⁵⁸ Zie randnrs. 284-287 hierboven.

¹⁴⁵⁹ Zie randnrs. 300 en 302 hierboven.

¹⁴⁶⁰ Zie Federal Court of Australia (AU) 21 februari 2012, *Grimaldi v Chameleon Mining NL (No 2)*, FCAFC 2012, (296) 318, §47: “*The s 9(b)(i) definition of “director”, which relates to de facto directors, was simplified but without making any operative change to the 1981 definition*” (eigen nadruk).

bestuur” in het WVV¹⁴⁶¹, is het antwoord op de vraag waarom dergelijke normering gekend is in de Engelse *Companies Act 2006* en de Australische *Corporations Act 2001* een stuk duidelijker. Zij werd geconcipieerd om te vermijden dat de ware beleids- en beslissingmakers in een vennootschap zich zouden kunnen verschuilen achter stromannen (“*straw men*” / “*front men*”) en zich van de vennootschapswetgeving zouden kunnen bedienen zonder in rechte verantwoording te moeten afleggen ten aanzien van de vennootschap en derden. Een rechtshistorische analyse wijst uit dat de Engelse en Australische wetgever in de normering hebben voorzien, niet alleen om meer transparantie te scheppen en te voorzien in een spreekwoordelijk stok achter de deur om misbruik(en) te kunnen beteugelen, maar ook omdat zij ervan overtuigd zijn dat er een ontradend effect van de normering uitgaat. De idee is dat een persoon die duidelijk aangegeven krijgt welke verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden bij een bepaald gedrag op hem kunnen rusten, minder geneigd zal zijn om dat gedrag – dat hem een specifieke hoedanigheid doet verwerven – te stellen.

AFDELING 5. DE INHOUDELIJKE DRAAGWIJDTE VAN DE NOTIES “*DE FACTO*” EN “*SHADOW DIRECTOR*”

305. In afdeling 3 van dit hoofdstuk werd geschetst hoe de Engelse en Australische wetgever op het gebied van normering met de realiteit van “feitelijk bestuur” zijn omgegaan, en hoe zij de noties “*de facto*” en “*shadow director*” inhoudelijk in de *Companies Act 2006* en de *Corporations Act 2001* hebben verwerkt. Er werd voornamelijk gekeken naar de globale structuur en de algemene opbouw van de normering, om verschillen in aanpak t.o.v. de normering in het WVV te kunnen identificeren. Op de eigenlijke inhoud van de normering en de draagwijdte van de aangehaalde begrippen werd niet, of slechts zeer summier, ingegaan, om de analyse niet onnodig te bezwaren. Het spreekt echter voor zich dat een goed begrip van de inhoud van de normering essentieel is om de in dit hoofdstuk beoogde vergelijking echt zinvol te maken, en te kunnen bepalen of er voor ons recht nuttige lessen uit het Engelse en Australische vennootschapsrecht kunnen worden getrokken. Kortom, een meer inhoudelijke analyse dringt zich op.

¹⁴⁶¹Zie randnr. 51 hierboven.

Die analyse kan op verschillende manieren worden vormgegeven. De didactisch meest logische manier is om – in lijn met de analyse van de normering inzake “feitelijk bestuur” in het WVV – te beginnen bij de draagwijdte van de noties “*de facto*” en “*shadow director*” en hun vertaling in de wet, en vervolgens na te gaan in welke wetsbepalingen de onder deze noties begrepen personen worden geïdëntificeerd. Dat is de insteek die in dit hoofdstuk wordt gekozen.

306. In deze afdeling volgt het eerste luik van de inhoudelijke analyse waarbij de precieze draagwijdte van de noties “*de facto*” en “*shadow director*” wordt onderzocht. De analyse start bij het Engelse recht en eindigt bij het Australische, en is in grote mate een rechtspraakanalyse. Dit lijkt op het eerste gezicht misschien vreemd, gelet op de vrij gedetailleerde wettelijke definiëring van voormelde noties (zeker in de Australische vennootschapswetgeving), maar zou toch niet mogen verbazen. Wie de hiervoor geciteerde definities¹⁴⁶² grondig doorneemt, zal vaststellen dat de daarin gebruikte bewoordingen vrij algemeen zijn en soms verdere uitlegging of interpretatie behoeven. Feitelijk bestuur blijft uiteindelijk een feitenkwestie en men kan nooit alle aspecten ervan in een wettekst vatten. Zoals hiervoor al werd aangestipt, heeft de rechtspraak ook bepaalde wetgevende ingrepen geïnspireerd¹⁴⁶³.

De bedoeling van de analyse in deze afdeling is om in kaart te brengen of er ook in het Engelse en Australische recht bepaalde toetsingscriteria worden gehanteerd om tot het bestaan van “feitelijk bestuur” te kunnen besluiten. Wordt er in de Engelse en Australische rechtspraak en rechtsleer een vaste toets gebruikt om te beoordelen of iemand de hoedanigheid van “*de facto director*” bezit, net zoals er in het Belgische recht een drieledige toets wordt gebruikt om te beoordelen of iemand een “feitelijke bestuurder” is? Of zijn de Engelse en Australische praktijk veel minder eenduidig? En vanaf wanneer kan men precies zeggen dat iemand die invloed uitoefent op de “*de jure directors*” de hoedanigheid van “*shadow director*” verwerft? Is dit even vaag als in het Belgische recht, waar door een aantal auteurs wordt gesuggereerd dat externe (beleids)beïnvloeders niet als “feitelijke bestuurders” kunnen worden aangemerkt¹⁴⁶⁴, of is er een veel duidelijkere cesaar? Op elk van deze vragen wordt hieronder een antwoord gezocht.

¹⁴⁶²Zie randnrs. 285 en 286 hierboven.

¹⁴⁶³Zie hierboven randnr. 301.

¹⁴⁶⁴Zie hierboven randnrs. 62 en 63.

I. WANNEER IS IEMAND IN HET ENGELSE VENNOOTSCHAPSRECHT EEN “*DE FACTO*” OF “*SHADOW DIRECTOR*”?

A. *De facto* directors

i. Inleiding

307. In afdeling 3 van dit hoofdstuk is gebleken dat de er geen verwijzing naar de term “*de facto director*” in de *Companies Act 2006* is opgenomen, en dat er – anders dan in de Australische *Corporations Act 2001* – in de wet geen inhoudelijke omschrijving van de persoon die middels deze term zou kunnen worden aangeduid, kan worden teruggevonden¹⁴⁶⁵. De Engelse notie “*de facto director*” is een zuiver jurisprudentiële notie¹⁴⁶⁶. Zij is bedacht in de Engelse rechtspraak¹⁴⁶⁷, en heeft daar een inhoudelijke invulling gekregen. Die inhoudelijke invulling is door de jaren heen sterk gewijzigd. Wat oorspronkelijk onder de notie “*de facto director*” werd verstaan, is een stuk enger dan wat er vandaag onder wordt begrepen. In wat volgt komen de belangrijkste punten uit de rechtspraak aan bod en wordt de invulling die vandaag aan de notie “*de facto director*” wordt gegeven in detail besproken.

ii. De oorspronkelijke invulling: personen met een gebrekkige benoeming en personen die eerder bestuurder waren geweest

308. Wanneer men in de Engelse vennootschapsrechtspraak op zoek gaat naar de origine van de notie “*de facto director*”, dan komt men volgens de meeste Engelse auteurs¹⁴⁶⁸ uit bij een uitspraak van het *Court of Appeal* uit het jaar 1880 in de zaak *Re Canadian Land Reclaiming and Colonizing*

¹⁴⁶⁵Zie hierboven randnr. 285.

¹⁴⁶⁶WESTLAW UK, “Classes of company director” (20 maart 2018), *Westlaw UK*, Thomson Reuters, 1, nr. 6.

¹⁴⁶⁷A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (55) 57-58, nrs. 3.10-3.11.

¹⁴⁶⁸Zie o.m. S. GRIFFIN, “The characteristics and identification of a *de facto* director”, *Company Financial and Insolvency Law Review* 2000, (126) 127; J. DE LACY, “The concept of a company director: time for a new and unified expanded statutory concept”, *Journal of Business Law* 2006, (267) 278; A. KEAY, *Directors’ Duties*, Bristol, Jordans, 2014, 13, nr. 2.13; D. AHERN en J. R. BIRDS, “Part IV. Directors and Management” in A.J. BOYLE (ed.), *Gore-Brown on companies*, Bristol, Jordans, 2019, losbl., 15-3, vn. 2. Zie evenwel de kanttekeningen in C. NOONAN en S. WATSON, “Examining company directors through the lens of *de facto* directorship”, *Journal of Business Law* 2008, (587) 590-596.

Co¹⁴⁶⁹. De feiten van deze zaak kunnen als volgt worden samengevat. Twee heren waren benoemd als, en hadden voor enige tijd gehandeld als, bestuurders van een vennootschap, waarvan de statuten bepaalden dat enkel personen die minstens 100 aandelen in de vennootschap aanhielden in aanmerking kwamen om als bestuurder te worden benoemd. Geen van hen hield echter aandelen in de vennootschap aan, zodat hun respectievelijke benoemingen als bestuurder ongeldig waren.

De vennootschap ging uiteindelijk failliet en de *liquidator* richtte zich op basis van sectie 165 van de toenmalige *Companies Act 1862* tot beide heren, stellende dat zij zich schuldig hadden gemaakt aan “*misfeasance*” (een soort plichtsverzuim). De vraag die voor het *Court of Appeal* rees, was of sectie 165 van de *Companies Act 1862*, waarin bestuurders werden geïdëeërd, ook gold voor personen die eigenlijk niet als bestuurder konden worden benoemd¹⁴⁷⁰, maar die zich wel zo hadden gedragen¹⁴⁷¹. Het antwoord luidde volgens de rechtbank bevestigend, en de jurisprudentiële notie “*de facto director*” deed haar intrede in de rechtspraak¹⁴⁷². Althans, dat is wat in de meeste rechtsleer waarin de zaak *Re Canadian Land Reclaiming and Colonizing Co* wordt geciteerd, naar voor wordt geschoven¹⁴⁷³. Een diepgaander onderzoek leert dat de notie “*de facto director*” eigenlijk nog een stuk ouder is en ook in rechtspraak van vóór 1880 al voorkwam. Zij blijkt voor de eerste keer in de rechtspraak te zijn aangehaald in 1840 in de zaak *Mangles v*

¹⁴⁶⁹ Court of Appeal (VK) 1 mei 1880, *Re Canadian Land Reclaiming and Colonizing Co*, 14 Ch. D., 660.

¹⁴⁷⁰ Zie ook C. NOONAN en S. WATSON, “Examining company directors through the lens of de facto directorship”, *Journal of Business Law* 2008, (587) 590.

¹⁴⁷¹ Over het feit dat de betrokkenen feitelijk als bestuurders hadden gehandeld kon volgens Sir JESSEL M.R. geen twijfel bestaan: “*What was their position when they had consented to be and acted as directors? As regards the consent to act, there is no question about it. One of them attended four meetings, and also a general meeting of the company, which was the last called, as a director. One attended two meetings, and never seems to have resigned; the other did resign. Therefore, there is no question about an acceptance of the office, and their acting, I may say, at all these meetings. Resolutions were passed, some of them of vital importance. At one of them the prospectus was passed, at which both were present. It was issued, no doubt, marked ‘for private circulation’, which means a private circulation amongst everybody to whom it was sent. In it the names of these gentlemen appear as directors*”. Zie Court of Appeal (VK) 1 mei 1880, *Re Canadian Land Reclaiming and Colonizing Co*, 14 Ch. D., (660) 662-663.

¹⁴⁷² Sir JESSEL M.R. had het in de eigenlijke uitspraak zelfs met zoveel woorden over de “*de facto directors*”: “*No doubt they were not properly elected and were, therefore, not de jure directors of the company; but that they were de facto directors of the company is equally beyond all question. The point I have to consider is whether the person who acts as de facto director is a director within the meaning of this section, or whether he can afterwards be allowed to deny that he was a director within the meaning of this section. I think he cannot. We are familiar in the law with a great number of cases in which a man who assumes a position cannot be allowed to deny in a Court of Justice that he really was entitled to occupy that position (eigen nadruk)*”. Zie Court of Appeal (VK) 1 mei 1880, *Re Canadian Land Reclaiming and Colonizing Co*, 14 Ch. D., (660) 670.

¹⁴⁷³ Zie C. NOONAN en S. WATSON, “Examining company directors through the lens of de facto directorship”, *Journal of Business Law* 2008, (587) 590 en de verwijzingen aldaar.

*Grand Collier Dock Co*¹⁴⁷⁴, maar werd daar inhoudelijk niet verder besproken¹⁴⁷⁵.

309. Het feit dat de zaak *Re Canadian Land Reclaiming and Colonizing Co* als beginpunt van het denken rond de notie “*de facto director*” wordt gepresenteerd, komt waarschijnlijk omdat er in werd ingezoomd op de gehoudenheid van de “*de facto director*” en dit in niet mis te verstane bewoordingen¹⁴⁷⁶. Eerdere zaken, zoals de zaak *Mangles v Grand Collier Dock Co*, gingen over de geldigheid van handelingen gesteld door niet geldig als bestuurders benoemde, maar feitelijk als dusdanig handelende personen¹⁴⁷⁷, en niet over de vraag of bepaalde verplichtingen van bestuurders naar laatstgenoemden konden worden doorgetrokken¹⁴⁷⁸.

310. In de zaak *New Par Consols Ltd*¹⁴⁷⁹ uit het jaar 1898, werd de term “*de facto director*” in een andere betekenis gebruikt, met name om een persoon aan te duiden die geldig als bestuurder benoemd was geweest, maar na een veroordeling geen bestuurder meer mocht zijn, en in weerwil daarvan toch als bestuurder was blijven handelen. De inhoudelijke invulling van de notie “*de facto director*” werd zo uitgebreid van personen met een gebrekkige benoeming (*Re Canadian Land Reclaiming and Colonizing Co*) naar personen die geldig als bestuurder benoemd waren geweest, maar dat inmiddels niet meer waren en ook niet meer mochten zijn.

¹⁴⁷⁴Weergegeven in N. SIMONS, *Reports of cases decided in the High Court of Chancery by the right Hon. Sir Lancelot Shadwell*, Vol. IX, WM. & A. GOULD & Co, Albany, 1845, 519 e.v. Zulks blijkt uit de uiteenzetting van LORD COLLINS in Supreme Court (VK) 24 november 2010, *Revenue and Customs Commissioners v Holland in Re Paycheck Services 3 Ltd*, 1 WLR 2010, (2793) 2816 e.v., §§58 e.v.

¹⁴⁷⁵Zie ter zake de uiteenzetting van LORD COLLINS in Supreme Court (VK) 24 november 2010, *Revenue and Customs Commissioners v Holland in Re Paycheck Services 3 Ltd*, 1 WLR 2010, (2793) 2816-2817, §58: “*The first mention in the case law of de facto directors appears to have been in Mangles v Grand Collier Dock Co (1840) 10 Simons 519, a case involving the formation of a dock company by private Act of Parliament. Sir Lancelot Shadwell V-C said, at p 535, that the Act assumed that persons by whom a call was made had to be directors de facto, and that all that Parliament meant was that, if the call were made by persons appearing to be directors, it should not be necessary to prove their appointment*”.

¹⁴⁷⁶Supreme Court (VK) 24 november 2010, *Revenue and Customs Commissioners v Holland in Re Paycheck Services 3 Ltd*, 1 WLR 2010, (2793) 2820-2821, §§70-71.

¹⁴⁷⁷Zie hierover ook R. PENNINGTON, *Directors' Personal Liability*, London, Collins Professional and Technical Books, 1987, 26: “*Although de facto directors have no legal status as far as the company is concerned, they can bind the company by transactions which they enter into with outsiders who believe them to have been properly appointed to be directors from the fact that they are in control of the company's affairs*”. Vgl. met de Belgische context, waar de toerekening aan de rechtspersoon gebeurlijk plaatsvindt op basis van de schijnleer (zie randnr. 265 hierhoven).

¹⁴⁷⁸Supreme Court (VK) 24 november 2010, *Revenue and Customs Commissioners v Holland in Re Paycheck Services 3 Ltd*, 1 WLR 2010, (2793) 2816-2817, §58.

¹⁴⁷⁹Queen's Bench Division (VK) 29 januari 1898, *Re New Par Consols Ltd*, 1 QB, 573.

311. Wie alle rechtspraak die sedert de jaren 1840 rond de “*de facto director*” is geveld, op een rijtje zet, zal zien dat de Engelse rechtbanken de notie “*de facto director*” lange tijd in voormelde zin hebben opgevat¹⁴⁸⁰. Uit een historische analyse uitgevoerd door LORD COLLINS in de zaak *Revenue and Customs Commissioners v Holland in Re Paycheck Services 3 Ltd* blijkt dat er tot in de jaren 1980 – wanneer de moderne Engelse vennootschapswetgeving werd geredigeerd – geen enkele zaak is geweest waarin de term “*de facto director*” op een andere manier gebruikt is geweest dan om personen met een gebrekkige benoeming als bestuurder, of personen die eerder bestuurder waren geweest, maar dat officieel niet meer waren, in het vizier te nemen¹⁴⁸¹.

iii. De verruimde invulling na de zaak *Re Lo-Line Electric Motors Ltd*¹⁴⁸²: ook nooit eerder tot bestuurder benoemde personen

312. Een lezing van enkele basiswerken over de taken en verplichtingen van bestuurders in het Engelse vennootschapsrecht leert dat er een belangrijke kentering is gekomen in de rechtspraak en het denken rond de notie “*de facto director*” in 1988 in de zaak *Re Lo-Line Electric Motors Ltd*¹⁴⁸³. Sir NICHOLAS BROWNE-WILKINSON V.-C. onderstreepte in deze zaak voor het eerst dat de notie “*de facto director*” ook nooit eerder tot bestuurder benoemde personen kan omvatten. Hij

¹⁴⁸⁰Zie o.m. *Murray v Bush* (1873) LR 6 HL, 37 (gebrekkige benoeming); *Mahony v East Holyford Mining Co Ltd* (1875) LR 7 HL, 869 (gebrekkige benoeming); *Gibson v Barton* (1875), LR 10 QB, 329 (gebrekkige benoeming); *John Morley Building Co v Barras* (1891), 2 Ch, 386 (gebrekkige benoeming); *New Par Consols Ltd* (1898), 1 QB 573 (personen die bestuurders waren geweest); *Morris v Kanssen* (1946), AC, 459 (een persoon die bestuurder was geweest én een gebrekkig als bestuurder benoemde persoon).

¹⁴⁸¹Zie Supreme Court (VK) 24 november 2010, *Revenue and Customs Commissioners v Holland in Re Paycheck Services 3 Ltd*, 1 WLR 2010, (2793) 2816-2827, §§58-93 en in het bijzonder §82: “*It seems that there is not a single case prior to the 1980s in which the term de facto director was applied to anyone other than one who had been appointed a director, but whose appointment was defective, or one who had been, but had ceased to be, a director*”. Zie ook A. KEAY, *Directors’ Duties*, Bristol, Jordans, 2014, 13, nr. 2.13; D. FRENCH, *Mayson, French & Ryan on Company Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 407; L. ROACH, *Company Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 173; B. HANNIGAN, *Company Law – Sixth Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 131, nr. 7-13, vn. 37.

¹⁴⁸²High Court of Justice Chancery Division (VK) 30 maart 1988, *Re Lo-Line Electric Motors Ltd*, Ch. 1988, 477.

¹⁴⁸³P. LOOSE, J. YELLAND en D. IMPEY, *The Company Director. Powers and Duties*, Bristol, Jordans, 1993, 33; A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (55) 58, nr. 3.11; PRACTICAL LAW CORPORATE, “UK Practice Note – Types of director: overview”, *Westlaw UK*, Thomson Reuters, (1) 2; WESTLAW UK, “Classes of company director” (20 maart 2018), *Westlaw UK*, Thomson Reuters, 2, nr. 9; D. FRENCH, *Mayson, French & Ryan on Company Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 407. Zie ook P. L. DAVIES en D.D. PRENTICE, *Gowers principles of modern company law*, London, Sweet & Maxwell, 1997, 182, vn. 36.

gaf een ruime uitleg aan de eerder geciteerde¹⁴⁸⁴ wettelijke omschrijving van het begrip “*director*” en oordeelde: “*the plain intention of Parliament was to have regard to the conduct of a person acting as a director, whether validly appointed, invalidly appointed, or just assuming to act as director without any appointment at all*” (eigen nadruk)¹⁴⁸⁵.

Wie de zaak *Re Lo-Line Electric Motors Ltd* analyseert, zal vaststellen dat zij niet handelde over de aansprakelijkheid van een persoon als “*de facto director*”, maar over de vraag of een voormalig bestuurder die als manager een vennootschap was blijven leiden een bestuursverbod opgelegd kon krijgen onder de “*disqualification provisions*” van de *Companies Act 1985*¹⁴⁸⁶ (vandaag terug te vinden in de *Company Directors Disqualification Act 1986*¹⁴⁸⁷). Men neemt evenwel algemeen aan dat het oordeel van Sir NICHOLAS BROWNE-WILKINSON V.-C. over de draagwijdte van het begrip “*director*” in die oude bepalingen, ook opgaat voor het begrip “*director*” zoals dat thans voorkomt in de *Companies Act 2006*¹⁴⁸⁸. Het weze trouwens opgemerkt dat heel wat van de zaken waarnaar vandaag wordt teruggegrepen om een beter inzicht te krijgen in de draagwijdte van de notie “*de facto director*” zogenaamde “*director disqualification cases*” zijn onder de vigerende *Directors Disqualification Act 1986*¹⁴⁸⁹. Men kan ook voor de *Companies Act 2006* naar deze zaken teruggrijpen, omdat de definities en begrippen die in de *Company Directors Disqualification Act 1986* en de *Companies Act 2006* worden gebruikt, gelijkkluidend zijn¹⁴⁹⁰.

¹⁴⁸⁴ Zie hierboven randnr. 285 (dezelfde definitie van “*director*” was opgenomen in de op dat ogenblik toepasselijke wetgeving).

¹⁴⁸⁵ High Court of Justice Chancery Division (VK) 30 maart 1988, *Re Lo-Line Electric Motors Ltd*, Ch. 1988, (477) 490.

¹⁴⁸⁶ High Court of Justice Chancery Division (VK) 30 maart 1988, *Re Lo-Line Electric Motors Ltd*, Ch. 1988, (477) 477 en 488.

¹⁴⁸⁷ S. W. MAYSON, D. FRENCH en C. L. RYAN, *Mayson, French and Ryan on company law*, London, Blackstone Press Limited, 2000, 440.

¹⁴⁸⁸ Zie o.m. A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (55) 57-58, nrs. 3.10 en 3.11; WESTLAW UK, “Classes of company director” (20 maart 2018), *Westlaw UK*, Thomson Reuters, 2, nr. 9.

¹⁴⁸⁹ Zie WESTLAW UK, “Classes of company director” (20 maart 2018), *Westlaw UK*, Thomson Reuters, 2, nr. 13; D. AHERN en J. R. BIRDS, “Part IV. Directors and Management” in A.J. BOYLE (ed.), *Gore-Brown on companies*, Bristol, Jordans, 2019, losbl., 15-3.

¹⁴⁹⁰ Zie randnr. 285 hierboven.

- iv. Een verdere verduidelijking in de zaak *Re Hydrodan (Corby) Ltd*¹⁴⁹¹: de rechtbank moet nagaan hoe de betrokkenen zich concreet hebben gedragen

313. In de zaak *Re Lo-Line Electric Motors Ltd* werd weliswaar erkend dat de notie “*de facto director*” zich ook kan uitstrekken tot nooit eerder tot bestuurder benoemde personen, maar veel duiding werd daarbij niet gegeven. Wat inhoudelijk precies moest worden nagegaan en vastgesteld om te kunnen stellen dat dergelijke personen “*de facto directors*” uitmaakten, werd nergens in de uitspraak toegelicht. MILLET J onderkende dit in 1993 in de zaak *Re Hydrodan (Corby) Ltd* en bracht een belangrijke inhoudelijke verduidelijking aan. Volgens hem moest worden nagegaan of de betrokkenen ten aanzien van de vennootschap functies hadden uitgeoefend die eigenlijk alleen door een bestuurder konden worden uitgeoefend. Was dat het geval, dan kon er over een “*de facto directorship*” worden gesproken.

MILLET J sprak zich in de volgende zin uit: “*A de facto director is a person who assumes to act as a director. He is held out as a director by the company, and claims and purports to be a director, although never actually or validly appointed as such. To establish that a person was a de facto director of a company it is necessary to plead and prove that he undertook functions in relation to the company which could properly be discharged only by a director. It is not sufficient to show that he was concerned in the management of the company's affairs or undertook tasks in relation to its business which can properly be performed by a manager below board level. A de facto director, I repeat, is one who claims to act and purports to act as a director, although not validly appointed as such.*”

*Attendance at board meetings and voting, with others, may in certain limited circumstances expose a director to personal liability to the company of which he is a director or its creditors. But it does not, without more, constitute him a director of any company of which his company is a director*¹⁴⁹².

314. De invulling die MILLET J aan de notie “*de facto director*” gaf, werd in latere zaken meermaals hernomen en inhoudelijk verder gestalte gegeven¹⁴⁹³. Uit een analyse van de

¹⁴⁹¹ High Court of Justice Chancery Division (VK) 17 december 1993, *Re Hydrodan (Corby) Ltd*, BCC 1994, 161.

¹⁴⁹² High Court of Justice Chancery Division (VK) 17 december 1993, *Re Hydrodan (Corby) Ltd*, BCC 1994, (161) 163.

¹⁴⁹³ Zie o.m. High Court of Justice Chancery Division (VK) 2 mei 1997, *Secretary of State for Trade and Industry v Tjolle*, 1 BCLC 1998, 333; Court of Appeal (Civil Division) (VK) 30 november 1998, *Re Kaytech International plc*, 2 BCLC 1999, 351; High Court of Justice Chancery Division (VK) 27 juli 2005, *Ultraframe (UK) Ltd v Fielding*, EWHC 2005, 1638 (Ch), §§1255-7; High Court of Justice Chancery Division (VK) 17 juli 2006, *Secretary of State for Trade and Industry v Hollier*, BCC 2007, 11; High Court of Justice Chancery Division (VK)

rechtspraak na de zaak *Re Hydrodan (Corby) Ltd* blijkt dat rechtbanken bij de beoordeling van de vraag of iemand kan worden aangemerkt als een “*de facto director*”, inhoudelijk allerlei factoren in rekening zijn beginnen brengen, met name¹⁴⁹⁴:

- of de persoon in kwestie andere personen had geleid;
- of de persoon in kwestie de vennootschap belangrijke verbintenissen had laten aangaan¹⁴⁹⁵;
- of de persoon in kwestie op gelijke voet met de bestuurders *de jure* had deelgenomen aan het besluitvormingsproces¹⁴⁹⁶;
- of de vennootschap de persoon in kwestie al dan niet als bestuurder had gepresenteerd;
- of de persoon in kwestie al dan niet de titel “*director*” had gebruikt;
- of de persoon in kwestie over bepaalde bevoorrechte informatie beschikte waarop hij zijn beslissingen kon baseren¹⁴⁹⁷;
- of de persoon in kwestie belangrijke beslissingen kon en moest nemen¹⁴⁹⁸.

20 juli 2006, *Secretary of State for Trade and Industry v Aviss (Re Mea Corporation Ltd)*, WL 2006, 2133098; High Court of Justice Chancery Division (VK) 17 maart 2008, *Gemma Ltd v Davies*, 2 BCLC 2008, 281. Zie ook A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (55) 58, nr. 3.13.

¹⁴⁹⁴Zie High Court of Justice Chancery Division (VK) 2 mei 1997, *Secretary of State for Trade and Industry v Tjolle*, 1 BCLC 1998, (333) 343.

¹⁴⁹⁵In de *Re Kaytech International plc* zaak (Court of Appeal (Civil Division) (VK) 30 november 1998, *Re Kaytech International plc*, 2 BCLC 1999, 351) bv., oordeelde het *Court of Appeal* dat een persoon die intensief en openlijk betrokken was bij de zaken van de vennootschap; die zich inzette voor de financiële en eigendomsbelangen van de vennootschap, en die omging met schuldeisers, leveranciers en de professionele adviseurs van de vennootschap, niet slechts een consultant of een secretaris van de vennootschap was, maar een “*de facto director*”.

¹⁴⁹⁶In de *Commissioners of Inland Revenue v McEntaggart* zaak (High Court of Justice Chancery Division (VK) 21 mei 2004, *Commissioners of Inland Revenue v McEntaggart*, WL 2004, 3568124) bv., oordeelde het *High Court of Justice* dat een persoon die wegens zijn betrokkenheid bij een eerder faillissement niet langer een “*director*” kon zijn, die werd omschreven als de drijvende kracht binnen een bouwonderneming en wiens rol zich uitstrekte tot zaken zoals het onderhandelen over en het ondertekenen van contracten, en die betrokken was bij nagenoeg alle aspecten van het beheer van de zaken van de vennootschap, een “*de facto director*” was.

¹⁴⁹⁷In de *Re Idessa (UK) Ltd (in liquidation)* zaak (High Court of Justice Chancery Division Manchester District Registry (VK) 31 maart 2011, *Re Idessa (UK) Ltd (in liquidation)*, WL 2011, 1151408) bv., oordeelde het *High Court of Justice* dat een persoon die een reële invloed uitoefende op de zaken van de vennootschap en op gelijke voet stond met de “*de jure director*”; die hetzelfde salaris ontving en dezelfde toegang had tot de bankrekening, de boekhouding en de loonadministratie van de vennootschap als de “*de jure director*”, redelijkerwijs kon worden beschouwd als deel uitmakend van de “*corporate governance*” van de vennootschap en bijgevolg een “*de facto director*” was.

¹⁴⁹⁸In de zaak *Gemma Ltd v Davies* (High Court of Justice Chancery Division (VK) 17 maart 2008, *Gemma Ltd v Davies*, 2 BCLC 2008, 281) bv., oordeelde het *High Court of Justice* dat een echtgenoot met louter administratieve functies die niet betrokken was bij de besluitvorming en die geen werkelijke invloed had op het bestuur van de vennootschap, geen “*de facto director*” was.

De meeste van deze factoren zouden bekend in de oren moeten klinken. Zij worden immers ook in de Belgische rechtspraak in rekening gebracht bij de beoordeling van de vraag of een persoon kan worden gekwalificeerd als een “feitelijke bestuurder”¹⁴⁹⁹.

- v. De *Paycheck* zaak¹⁵⁰⁰: de cruciale vraag is of de betrokkenen deel uitmaakten van “*the corporate governing structure*”

315. Het voorlopige orgelpunt van de ontwikkeling in de Engelse rechtspraak rond de notie “*de facto director*” betreft een uitspraak van het *Supreme Court* in de zogenaamde *Paycheck* zaak¹⁵⁰¹. De feitelijke context van deze zaak kan worden samengevat als volgt: diverse vennootschappen (de zogeheten “*Paycheck companies*”) die bestuurd waren geweest door één en dezelfde “*corporate director*”¹⁵⁰² (een vennootschap-bestuurder) waren failliet gegaan. De *liquidator* had een procedure opgestart tegen de persoon die “*director*” was van de “*corporate director*” voor vermeend machtsmisbruik (gestoeld op sectie 212 van de *Insolvency Act 1986*¹⁵⁰³), stellende dat hij een “*de facto director*” was van elk van de “*Paycheck companies*” en verantwoordelijk was voor de betaling van onwettige dividenden door elk van hen. Het *Supreme Court* oordeelde finaal (met een meerderheid van 3 rechters tegen 2) dat de geviseerde persoon niet als een “*de facto director*” van de “*Paycheck companies*” kon worden aangemerkt¹⁵⁰⁴. Het *Supreme Court* kwam tot dit oordeel op basis van een aantal overwegingen.

¹⁴⁹⁹Zie hierboven randnrs. 102 e.v.

¹⁵⁰⁰Supreme Court (VK) 24 november 2010, *Revenue and Customs Commissioners v Holland in Re Paycheck Services 3 Ltd*, 1 *WLR* 2010, 2793.

¹⁵⁰¹Zie ook A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (55) 58-59, nrs. 3.14 e.v.; J. BIRDS, D. ATTENBOROUGH, M. LEISER, M. SOLINAS, M. VARNEY en Z. Z. BENG, *Boyle & Birds’ Company Law*, London, LexisNexis, 2019, 523.

¹⁵⁰²Merk op dat het enkel benoemen van een rechtspersoon als “*director*” naar huidig recht verboden is (zie sectie 155 van de *Companies Act 2006*: “*Companies required to have at least one director who is a natural person*”).

¹⁵⁰³*Pro memorie*: de *Insolvency Act 1986* omvat definities die gelijkkluidend zijn aan de definities in de *Companies Act 2006*; zie randnr. 285 hierboven. Zie ook A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2009, (63) 69-70.

¹⁵⁰⁴Zie ook J. BIRDS, D. ATTENBOROUGH, M. LEISER, M. SOLINAS, M. VARNEY en Z. Z. BENG, *Boyle & Birds’ Company Law*, London, LexisNexis, 2019, 523; B. HANNIGAN, *Company Law – Sixth Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 134, nr. 7-18.

Een eerste belangrijke overweging was er één van LORD HOPE. Hij stelde, aanknopend bij de eerder geciteerde overweging van MILLET J in de zaak *Re Hydrodan (Corby) Ltd*¹⁵⁰⁵: “*The words ‘without more’ are important. They indicate that **the mere fact of acting as a director of a corporate director will not be enough for that individual to become a de facto director of the subject company***”¹⁵⁰⁶ (eigen nadruk). LORD HOPE benadrukte verder dat het belangrijk is om oog te hebben voor de afzonderlijke rechtspersoonlijkheid van de “*corporate director*”: “*So long as the relevant acts are done by the individual entirely within the ambit of the discharge of his duties and responsibilities as a director of the corporate director, it is to that capacity that his acts must be attributed*”¹⁵⁰⁷.

LORD COLLINS verwoordde zeer duidelijk welke nieuwe – en dus nog niet eerder onderzochte – rechtsvraag het *Supreme Court* in de *Paycheck* zaak diende te beantwoorden: “*The question is whether fiduciary duties can be imposed, in relation to a company whose sole director is a corporate director, on a director of that corporate director when all of his relevant acts were done as a director of the corporate director and can be attributed in law solely to the activities of the corporate director*”¹⁵⁰⁸. Hij besloot, na eerst alle volgens hem relevante rechtspraakprecedenten te hebben ontleed, dat het antwoord op die rechtsvraag afhankelijk was van de vraag of de betrokkene persoonlijk de verplichtingen van een bestuurder – en in het bijzonder de “*fiduciary duty not to dispose wrongfully of the company’s assets*” – op zich had genomen¹⁵⁰⁹. Om te kunnen bepalen of dat het geval was, moest volgens LORD COLLINS worden nagegaan of de betrokkene zelf deel uitmaakte van de bestuursstructuur van de vennootschap (“*the corporate governing structure*”) en of de door hem aangenomen rol in de vennootschap groot genoeg was om voornoemde “*fiduciary duty*” ten aanzien van de vennootschap daadwerkelijk aan hem op te leggen. LORD COLLINS

¹⁵⁰⁵ Zie in het bijzonder de tweede alinea van de hierboven onder randnr. 313 geciteerde overweging.

¹⁵⁰⁶ Supreme Court (VK) 24 november 2010, *Revenue and Customs Commissioners v Holland in Re Paycheck Services 3 Ltd*, 1 WLR 2010, (2793) 2807, §29.

¹⁵⁰⁷ Supreme Court (VK) 24 november 2010, *Revenue and Customs Commissioners v Holland in Re Paycheck Services 3 Ltd*, 1 WLR 2010, (2793) 2812, §42.

¹⁵⁰⁸ Supreme Court (VK) 24 november 2010, *Revenue and Customs Commissioners v Holland in Re Paycheck Services 3 Ltd*, 1 WLR 2010, (2793) 2812, §53.

¹⁵⁰⁹ Supreme Court (VK) 24 november 2010, *Revenue and Customs Commissioners v Holland in Re Paycheck Services 3 Ltd*, 1 WLR 2010, (2793) 2812, §93.

concludeerde dat dat niet het geval was¹⁵¹⁰; de betrokkene kon dan ook niet als een “*de facto director*” van de “*Paycheck companies*” worden aangesproken.

Wat dient men precies onder “*fiduciary duties*” te verstaan? Om dit te begrijpen is het noodzakelijk om eerst te weten wat een “*fiduciary*” is. MILLET J legde zulks in de zaak *Bristol and West Building Society v Mothew* uit als volgt: “*A fiduciary is someone who has undertaken to act for or on behalf of another in a particular matter in circumstances which give rise to a relationship of trust and confidence. The distinguishing obligation of a fiduciary is the obligation of loyalty. The principal is entitled to the singleminded loyalty of his fiduciary. This core liability has several facets. A fiduciary must act in good faith; he must not make a profit out of his trust; he must not place himself in a position where his duty and his interest may conflict; he may not act for his own benefit or the benefit of a third person without the informed consent of his principal. This is not intended to be an exhaustive list, but it is sufficient to indicate the nature of fiduciary obligations*”¹⁵¹¹. Een typevoorbeeld van een “*fiduciary*” is de “*director*” die “*fiduciary duties*” verschuldigd is ten aanzien van de vennootschap¹⁵¹². Een groot deel van de “*fiduciary duties*” van “*directors*” werd in 2006 gecodificeerd en maakt thans deel uit van de “*general duties of directors*” in Deel 10, Hoofdstuk 2, secties 171-177 van de *Companies Act 2006*¹⁵¹³.

316. De overweging van LORD COLLINS dat iemand als een “*de facto director*” kan worden aangemerkt en aangesproken wanneer kan worden hardgemaakt dat hij deel uitmaakte van “*the corporate governing structure*” kreeg bijval in de zaak *Re Mumtaz Properties Ltd*¹⁵¹⁴. Het Court

¹⁵¹⁰ Supreme Court (VK) 24 november 2010, *Revenue and Customs Commissioners v Holland in Re Paycheck Services 3 Ltd*, 1 WLR 2010, (2793) 2812, §94.

¹⁵¹¹ Court of Appeal (Civil Division) (VK) 24 juli 1996, *Bristol and West Building Society v Mothew*, Ch. 1998, (1) 18.

¹⁵¹² M. ARNOLD, “Chapter 10: General Duties of Directors” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (237) 239, nr. 10.08: “*Directors occupy a fiduciary position in relation to the company and owe duties as such. A distinction has traditionally been drawn between fiduciary duties on the one hand, and other duties (including the duty to exercise reasonable care, skill, and diligence) on the other*”.

¹⁵¹³ Zie PRACTICAL LAW CORPORATE, “UK Practice Note – Directors’ duties: directors’ general duties under the Companies Act 2006”, *Westlaw UK*, Thomson Reuters, 1-21 en i.h.b. 7 en 14; PRACTICAL LAW CORPORATE, “UK Practice Note – Types of director: overview”, *Westlaw UK*, Thomson Reuters, (1) 3; J. BIRDS, D. ATTENBOROUGH, M. LEISER, M. SOLINAS, M. VARNEY en Z. Z. BENG, *Boyle & Birds’ Company Law*, London, LexisNexis, 2019, 565 en 569-570. Zie ook A. KEAY, *Directors’ Duties*, Bristol, Jordans, 2014, 67-68, nr. 4.24: “*The effect of s 178(2) is that all duties mentioned in Chapter 2 of Part 10 are fiduciary save for that covered by s 174, which provides a duty of care. As a result judges will undoubtedly continue to refer to some duties as fiduciary*” (eigen nadruk).

¹⁵¹⁴ Court of Appeal (Civil Division) (VK) 24 mei 2011, *Re Mumtaz Properties Ltd*, WL 2011,1151888, §33. Zie verder ook nog High Court of Justice Chancery Division (VK) 6 maart 2012, *Re Snelling House Ltd (in liquidation)*, EWHC 440 (Ch); §26; Court of Appeal (Civil Division) (VK) 11 juli 2013, *Smithton Ltd v Naggar*, WL 2013, 3450738, §§50-53. Zie ook B. HANNIGAN, *Company Law – Sixth Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 132, nr. 7-14 en de verwijzingen aldaar.

of Appeal werd in deze zaak gevraagd om te bepalen of een familielid dat officieel geen “*director*” was van het familiale *Mumtaz Properties Ltd*, maar zich informeel wel met het bestuur van die vennootschap had ingelaten, aansprakelijk kon worden gesteld als “*de facto director*”. Het *Court of Appeal* kwam tot het besluit dat het betrokken familielid inderdaad als “*de facto director*” kon worden aangesproken omdat alle voor het *Court* aangevoerde bewijsstukken erop wezen dat hij “*part of the corporate governing structure*” was en “*one of the nerve centres from which the activities of the company radiated*”¹⁵¹⁵.

vi. Geen vaste toets, wel algemene principes die kunnen helpen om te determineren of een persoon een “*de facto director*” is

a) Een formele toets voor de vaststelling van een “*de facto directorship*”? De “*holding out*” test versus de “*equal footing*” test

1. Algemeen

317. In de tweede helft van de 20^{ste} eeuw werden in de Engelse rechtspraak en rechtsleer twee verschillende tests naar voor geschoven om te bepalen of iemand een “*de facto director*” kon worden genoemd. Het ging om de zogenaamde “*holding out*” test en de “*equal footing*” test¹⁵¹⁶. De “*equal footing*” test richtte zich, kort gesteld, op de betrokkenheid van de als “*de facto director*” geïdentificeerde persoon in de “*corporate governing structure*” (de bestuurlijke organisatie(structuur) van de vennootschap)¹⁵¹⁷. De “*holding out*” test omvatte twee vereisten. De eerste vereiste luidde dat de als “*de facto director*” geïdentificeerde persoon, met zijn instemming, door de vennootschap moest zijn voorgesteld of gepresenteerd (“*held out*”) als een bestuurder, en door buitenstaanders als een bestuurder moest zijn aanschouwd (“*perceived by outsiders to be a director*”). De tweede vereiste was in essentie dezelfde als de “*equal footing*” test¹⁵¹⁸. Het kwam erop aan om te bepalen

¹⁵¹⁵ Court of Appeal (Civil Division) (VK) 24 mei 2011, *Re Mumtaz Properties Ltd*, WL 2011,1151888, §47.

¹⁵¹⁶ Zie S. GRIFFIN, *Company Law. Fundamental Principles*, Harlow, Pearson Education Limited, 2000, 228; S. GRIFFIN, “Problems in the identification of a company director”, *The Northern Ireland legal quarterly* 2003, (43) 47; C. NOONAN en S. WATSON, “Examining company directors through the lens of de facto directorship”, *Journal of Business Law* 2008, (587) 604-605; S. GRIFFIN, “Establishing the liability of a director of a corporate director: issues relevant to disturbing corporate personality”, *Company Lawyer* 2013, afl. 34/5, (135) 136, vn. 16.

¹⁵¹⁷ C. NOONAN en S. WATSON, “Examining company directors through the lens of de facto directorship”, *Journal of Business Law* 2008, (587) 605.

¹⁵¹⁸ C. NOONAN en S. WATSON, “Examining company directors through the lens of de facto directorship”, *Journal of Business Law* 2008, (587) 605.

of de als “*de facto director*” geviseerde persoon in de vennootschap functies had uitgeoefend die alleen door een bestuurder konden worden uitgeoefend¹⁵¹⁹.

2. De “*holding out*” test

318. De vereiste dat een persoon door de vennootschap moest zijn voorgesteld of gepresenteerd (“*held out*”) als een bestuurder, om als een “*de facto director*” te kunnen worden aangemerkt, werd afgeleid uit de eerste twee zinnen van de eerder geciteerde overweging van MILLET J in de zaak *Re Hydrodan (Corby) Ltd*¹⁵²⁰, maar kreeg weinig bijval in de praktijk¹⁵²¹. De meeste rechtbanken schoven vrij snel naar voor dat de boodschap die MILLET J probeerde over te brengen niet zozeer was dat er voor de vaststelling van een “*de facto directorship*” een strikte “*holding out*” vereiste gold, maar wel dat moest worden gekeken naar wat de geviseerde persoon effectief had gedaan¹⁵²². De door MILLET J gebruikte woorden “*he is held out as a director by the company*”, moesten volgens hen niet worden begrepen als een voorwaarde om over een “*de facto directorship*” te kunnen spreken, maar strekten ertoe het onderscheid tussen een “*de facto director*” en een “*shadow director*” duidelijk te maken¹⁵²³. Om uit te maken of een persoon een “*de facto director*” was, moest – zoals MILLET J zelf in de derde zin van zijn overweging aangaf – naar de door hem uitgeoefende functies worden gekeken¹⁵²⁴.

De afwijzing van een formele “*holding out*” vereiste inzake “*de facto directorship*” wil niet zeggen dat het feit dat een persoon door de vennootschap wordt voorgesteld als een bestuurder volledig betekenisloos is in de praktijk. Het gegeven dat een persoon zich als bestuurder presenteert, door de vennootschap als zodanig wordt voorgesteld en door buitenstaanders als zodanig wordt gezien,

¹⁵¹⁹S. GRIFFIN, “The characteristics and identification of a *de facto director*”, *Company Financial and Insolvency Law Review* 2000, (126) 134.

¹⁵²⁰High Court of Justice Chancery Division (VK) 17 december 1993, *Re Hydrodan (Corby) Ltd*, BCC 1994, (161) 163. Zie de weergave onder randnr. 313 hierboven.

¹⁵²¹Zie S. GRIFFIN, *Company Law. Fundamental Principles*, Harlow, Pearson Education Limited, 2000, 229; C. NOONAN en S. WATSON, “Examining company directors through the lens of *de facto directorship*”, *Journal of Business Law* 2008, (587) 605.

¹⁵²²Zie bv. High Court of Justice Chancery Division (VK) 2 mei 1997, *Secretary of State for Trade and Industry v Tjolle*, BCC 1998, (282) 289: “*I do not so read Millett J. I think by that phrase he was focusing on what the individual did*”.

¹⁵²³Zie hierover C. NOONAN en S. WATSON, “Examining company directors through the lens of *de facto directorship*”, *Journal of Business Law* 2008, (587) 605.

¹⁵²⁴High Court of Justice Chancery Division (VK) 17 december 1993, *Re Hydrodan (Corby) Ltd*, BCC 1994, (161) 163. Zie opnieuw de weergave onder randnr. 313 hierboven.

kan op een indirecte wijze bewijzen dat hij in feite de functies van een bestuurder uitoefent of heeft uitgeoefend¹⁵²⁵.

3. De “equal footing” test

319. De “*holding out*” test werd als formele test voor de bepaling van het bestaan van een “*de facto directorship*” afgewezen en terzijde geschoven in de zaak *Re Richborough Furniture Ltd*¹⁵²⁶ door LLOYD Q.C. Volgens LLOYD Q.C. moest, om te kunnen beoordelen of een persoon een “*de facto director*” kon worden genoemd, worden onderzocht of hij had gehandeld “*on an equal footing with others in directing the affairs of the company*” (op voet van gelijkheid met anderen bij het leiden van de zaken van de vennootschap)¹⁵²⁷. De zogenaamde “*equal footing*” test, zoals de door LLOYD Q.C. ontwikkelde test wordt genoemd, werd inhoudelijk nader geïnterpreteerd en verduidelijkt door *judge COOKE* in de zaak *Secretary of State for Trade and Industry v Elms*¹⁵²⁸. COOKE overwoog daarbij het volgende: “*At the forefront of the test I think I have to go on to consider by way of further analysis both what MILLET J meant by ‘functions properly discharged only by a director’, and Mr LLOYD Q.C. meant by ‘on an equal footing’. As to one it seems to me clear that this cannot be limited simply to statutory functions and to my mind it would mean and include any one or more of the following: directing others, putting it very compendiously, committing the company to major obligations, and thirdly, (really I think what we are concerned with here) taking part in an equally based collective decision process at board level, i.e. at the level of a director in effect with a foot in the board room. As to Mr Lloyd’s test, I think it is very much on the lines of that third test to which I have just referred. It is not, I think, in any way a question of equality of power but equality of ability to participate in the notional board room. Is he somebody who is simply advising and, as it were, withdrawing having advised, or somebody*

¹⁵²⁵ Het blijft echter een indirect bewijs, dat niet noodzakelijk afdoende is. Zo oordeelde JACOB J. in de zaak *Secretary of State for Trade and Industry v Tjolle* (High Court of Justice Chancery Division (VK) 2 mei 1997, *Secretary of State for Trade and Industry v Tjolle*, BCC 1998) dat een directeur die de titel van “*deputy managing director*” had gekregen en die soms vergaderingen van het bestuursorgaan bijwoonde, maar geen reële macht had, geen “*de facto director*” was.

¹⁵²⁶ High Court of Justice Chancery Division (VK) 31 juli 1995, *Re Richborough Furniture Ltd*, BCC 1196, (155) 168.

¹⁵²⁷ High Court of Justice Chancery Division (VK) 31 juli 1995, *Re Richborough Furniture Ltd*, BCC 1196, (155) 170. Zie ook S. GRIFFIN, “Problems in the identification of a company director”, *The Northern Ireland legal quarterly* 2003, (43) 47.

¹⁵²⁸ High Court of Justice Chancery Division (VK) 16 januari 1997, *Secretary of State for Trade and Industry v Elms*, onuitg.

*who joins the other directors, de facto or de jure, in decisions which affect the future of the company?*¹⁵²⁹) (eigen nadruk).

b) *Het gebruik van een formele toets voor de vaststelling van een “de facto directorship” is niet zinvol*

320. De “*equal footing*” en “*holding out*” tests waren verre van perfect. In zijn meest pure vorm was de “*equal footing*” test een te restrictieve test voor de vaststelling van het bestaan van een “*de facto directorship*”, omdat hij enkel focuste op de interne werking van de vennootschap, zonder aandacht voor de externe perceptie van de bestuursactiviteiten van een persoon. Verder leek een letterlijke vertaling van de woorden “*equal footing*” te suggereren dat een persoon kon ontsnappen aan een kwalificatie als “*de facto director*” wanneer hij – ondanks het feit dat hij functies uitoefende die verwant waren aan die van een “*director*” en hij ook als zodanig werd voorgesteld – functies uitoefende die zich op een minder substantieel niveau bevonden dan die van de “*de jure directors*” van de vennootschap¹⁵³⁰. Ook de “*holding out*” test leidde tot ongewenste resultaten. Hoewel de test zowel betrekking had op de interne werking van de vennootschap, als de externe perceptie van de bestuursactiviteiten van een persoon, maakte de expliciete verwijzing naar het externe dat er maar van een “*de facto directorship*” kon worden gesproken wanneer er externe betrekkingen met een derde waren¹⁵³¹. Waren die er niet, dan was het bestaan van een “*de facto directorship*” automatisch uitgesloten.

321. Omdat geen van voormelde tests zaligmakend bleek te zijn, werd in de rechtspraak al snel besloten dat het gebruik van een enkele formele toets voor de vaststelling van het bestaan van een “*de facto directorship*” weinig zin heeft. De consensus luidt dat men alle voor de beoordeling van

¹⁵²⁹ Geciteerd in *Secretary of State for Trade and Industry v Tjolle* (High Court of Justice Chancery Division (VK) 2 mei 1997, *Secretary of State for Trade and Industry v Tjolle*, BCC 1998, (282) 289-290). Zie ook de weergave in C. NOONAN en S. WATSON, “Examining company directors through the lens of de facto directorship”, *Journal of Business Law* 2008, (587) 609.

¹⁵³⁰ S. GRIFFIN, “Problems in the identification of a company director”, *The Northern Ireland legal quarterly* 2003, (43) 48.

¹⁵³¹ C. NOONAN en S. WATSON, “Examining company directors through the lens of de facto directorship”, *Journal of Business Law* 2008, (587) 607; S. GRIFFIN, “Problems in the identification of a company director”, *The Northern Ireland legal quarterly* 2003, (43) 48.

het bestaan van een “*de facto directorship*” relevante factoren in aanmerking dient te nemen¹⁵³², en niet slechts enkele daarvan op basis van een specifieke test. Waar het op aankomt, is om te bepalen of de als “*de facto director*” geïdende persoon zich effectief als een bestuurder heeft gedragen of de bevoegdheden en functies van een bestuurder heeft uitgeoefend¹⁵³³.

De Engelse rechtspraak is wat de afwijzing van het gebruik van een enkele formele test voor de vaststelling van een “*de facto directorship*” betreft sinds de zaak *Secretary of State for Trade and Industry v Tjolle* duidelijk in één en dezelfde zin gevestigd:

In de zaak *Secretary of State for Trade and Industry v Tjolle* uit 1997 oordeelde JACOB J.: “*For myself I think it may be difficult to postulate any one decisive test. I think what is involved is very much a question of degree. The court takes into account all the relevant factors. Those factors include at least whether or not there was a holding out by the company of the individual as a director, whether the individual used the title, whether the individual has proper information (e.g. management accounts) on which to base decisions, and whether the individual has to make major decisions and so on. Taking all these factors into account, one asks ‘was this individual part of the corporate governing structure?’, answering it as a kind of jury question. In deciding this, one bears very much in mind why one is asking the question. That is why I think the passage I quoted from Millett J is important. There would be no justification for the law making a person liable to misfeasance or disqualification proceedings unless they were truly in a position to exercise the powers and discharge the functions of a director. Otherwise they would be made liable for events over which they had no real control, either in fact or law*¹⁵³⁴” (eigen nadruk).

In de zaak *Revenue and Customs Commissioners v Holland in Re Paycheck Services 3 Ltd* uit 2010 herhaalde LORD HOPE: “*It is plain from the authorities that the circumstances vary widely from case to case. Jacob J declined to formulate a single decisive test in Secretary of State for Trade and Industry v Tjolle [1998] 1 BCLC 333, as he saw the question very much as one of fact and degree. He was commended by Robert Walker LJ in In re Kaytech International plc [1999] 2 BCLC 351, 423 for not doing so, and I respectfully agree that there is much force in Jacob J’s observation. All one can say, as a generality, is that all the relevant factors*

¹⁵³² PRACTICAL LAW CORPORATE, “UK Practice Note – Types of director: overview”, *Westlaw UK*, Thomson Reuters, (1) 2; A. KEAY, *Directors’ Duties*, Bristol, Jordans, 2014, 14, nr. 2.16; B. HANNIGAN, *Company Law – Sixth Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 132, nr. 7-14.

¹⁵³³ A. KEAY, *Directors’ Duties*, Bristol, Jordans, 2014, 15, nr. 2.19; WESTLAW UK, “Classes of company director” (20 maart 2018), *Westlaw UK*, Thomson Reuters, 1, nr. 11.

¹⁵³⁴ High Court of Justice Chancery Division (VK) 2 mei 1997, *Secretary of State for Trade and Industry v Tjolle*, BCC 1998, (282) 290.

must be taken into account¹⁵³⁵ (eigen nadruk).

In de zaak *Elsworth Ethanol Company Limited, Neil Bookless v Brian Selby Hartley, Namdar Baghaei-Yazdi, Muhammad Javed, Bioconversion Technologies Limited, Ensus Limited* uit 2014 onderstreepte judge HACON: “*There is no single test by which a de facto director may be defined. The court must take into account all relevant factors*”¹⁵³⁶ (eigen nadruk).

In de zaak *Energenics Holdings Pte. Ltd., Neuftec Ltd. v Ronendra Nath Hazarika* uit 2014 oordeelde judge PELLING QC “... in deciding whether a person is a de facto director **the court takes into account all the relevant factors** in deciding whether the person concerned at the relevant time in substance assumed to act as a director or exercised the powers and discharged the functions of a director¹⁵³⁷” (eigen nadruk).

In de zaak *Elliot Harry Green (as Liquidator of Sports Management Group Limited) v Richard Marston, Wayne Lochner* uit 2016 benadrukte REGISTRAR DERRETT: “*It is also common ground that to identify a de facto director, there is no single decisive test to be applied; all of the relevant circumstances must be taken into account*”¹⁵³⁸ (eigen nadruk).

322. De vervolgvraag luidt uiteraard welke factoren zoal relevant kunnen zijn. Erg inzichtelijk in dit verband is de zaak *Smithton Ltd v Naggar*¹⁵³⁹ waarin ARDEN LJ op basis van een analyse van de op dat ogenblik (2013) gekende rechtspraak de voornaamste factoren die kunnen wijzen op het bestaan van een “*de facto directorship*”, in kaart heeft gebracht. ARDEN LJ merkte de

¹⁵³⁵ Supreme Court (VK) 24 november 2010, *Revenue and Customs Commissioners v Holland in Re Paycheck Services 3 Ltd*, 1 WLR 2010, (2793) 2810, §39.

¹⁵³⁶ High Court of Justice Chancery Division (Intellectual Property Enterprise Court) (VK) 3 februari 2014, *Elsworth Ethanol Company Limited, Neil Bookless v Brian Selby Hartley, Namdar Baghaei-Yazdi, Muhammad Javed, Bioconversion Technologies Limited, Ensus Limited*, WL 2014, 287757, §54.

¹⁵³⁷ High Court of Justice Chancery Division (VK) 13 juni 2014, *Energenics Holdings Pte. Ltd., Neuftec Ltd. v Ronendra Nath Hazarika*, WL 2014, 2652561, §88.

¹⁵³⁸ High Court of Justice Chancery Division (Companies Court) (VK) 20 mei 2016, *Elliot Harry Green (as Liquidator of Sports Management Group Limited) v Richard Marston, Wayne Lochner*, WL 2016, 02997017, §17.

¹⁵³⁹ Court of Appeal (Civil Division) (VK) 11 juli 2013, *Smithton Ltd v Naggar*, WL 2013, 3450738, §§33-45. De zaak *Smithton Ltd v Naggar* ging over een vennootschap die een *joint venture* was in financiële diensten en N was de voorzitter van haar meerderheidsaandeelhouder. Hij had belangrijke zakelijke betrekkingen met de vennootschap via verbonden partijen en was dus ook een cliënt van de vennootschap. De rechter in eerste aanleg had de vordering dat N een “*de facto director*” was verworpen, en had geconcludeerd dat het door N gestelde gedrag, het gedrag was dat mocht worden verwacht van iemand die een belangrijke cliënt was van de vennootschap en voorzitter van de meerderheidsaandeelhouder van de vennootschap, en dat hij ook effectief in die hoedanigheid had gehandeld. ARDEN LJ trad de rechter in eerste aanleg bij en verwierp het beroep. N was volgens haar betrokken geweest bij verschillende besprekingen en beslissingen die van invloed waren op de vennootschap, maar deze betrokkenheid was gemakkelijk verklaarbaar op basis van, en ging niet verder dan, zijn rol als cliënt van de vennootschap of als voorzitter van de grootste aandeelhouder van de vennootschap. Hij was geen “*de facto director*”.

volgende punten op¹⁵⁴⁰:

- De concepten “*shadow director*” en “*de facto director*” zijn verschillend, maar er is enige overlap.
- Een persoon kan ook zonder dat er sprake moet zijn van een ongeldige benoeming een “*de facto director*” zijn. De vraag is of hij de verantwoordelijkheid op zich heeft genomen om als bestuurder te handelen.
- Om op die vraag te kunnen antwoorden, zal de rechtbank moeten nagaan in welke hoedanigheid de betrokkene heeft gehandeld.
- De rechtbank zal in de regel ook de *corporate governance*-structuur van de vennootschap in kaart moeten brengen, om in het licht van de activiteiten van de vennootschap te kunnen beoordelen of de handelingen van de betrokkene bestuurlijk van aard waren of niet.
- De rechtbank moet kijken naar wat de betrokkene daadwerkelijk heeft gedaan en mag niet zomaar uitgaan van de titels die aan hem werden gegeven.
- Een verweerder ontkomt niet aan aansprakelijkheid door aan te tonen dat hij er te goeder trouw van uitging dat hij niet als een bestuurder handelde. De vraag of hij al dan niet als een bestuurder handelde moet op een objectieve wijze worden beoordeeld, zijn eigen visie of overtuiging doet niet ter zake¹⁵⁴¹.
- De rechtbank moet kijken naar het cumulatieve effect van de in aanmerking genomen activiteiten. De rechtbank moet alle omstandigheden *in globo* beoordelen.
- Het is ook belangrijk om de handelingen in hun context te zien. Een enkele handeling kan in een uitzonderlijk geval tot aansprakelijkheid leiden.
- Relevante factoren zijn onder meer: (i) de vraag of de vennootschap hem als bestuurder beschouwde en hem als zodanig voorstelde; (ii) de vraag of derden hem als bestuurder beschouwden.
- Het feit dat een persoon wordt geraadpleegd over bestuursbeslissingen of dat hij deze

¹⁵⁴⁰ Zie ook de weergave in A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (55) 60-61, nr. 3.18; PRACTICAL LAW CORPORATE, “UK Practice Note – Types of director: overview”, *Westlaw UK*, Thomson Reuters, (1) 2-3.

¹⁵⁴¹ Zie ook A. KEAY, *Directors’ Duties*, Bristol, Jordans, 2014, 15, nr. 2.19.

goedkeurt, maakt van hem in het algemeen nog geen bestuurder, omdat hij de beslissing niet neemt.

- Handelingen die werden gesteld buiten de periode waarin hij een “*de facto director*” zou zijn geweest, kunnen een licht werpen op de vraag of hij in de betrokken periode een “*de facto director*” was.

B. *Shadow directors*

i. Inleiding

323. Waar de Engelse term “*de facto director*” zuiver jurisprudentieel is van aard, komt de term “*shadow director*” niet alleen expliciet in de *Companies Act 2006* voor, maar wordt hij daar ook nader gedefinieerd. De Engelse wetgever omschrijft een “*shadow director*” in sectie 251(1) van de *Companies Act 2006* als “*a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act*” (een persoon volgens wiens aanwijzingen of instructies de bestuurders van de vennootschap gewend zijn te handelen). Het valt meteen op dat deze wettelijke definitie – die reeds een lange bestaansgeschiedenis kent¹⁵⁴² – in vrij generieke bewoordingen is geformuleerd. Het zal dan ook niet verbazen dat er al heel wat rechtspraak over is geveld. In wat volgt wordt uiteengezet wat de belangrijkste *takeaways* uit deze rechtspraak zijn.

- ii. Een “*shadow director*” werd lange tijd gezien als iemand die uitsluitend in de schaduw opereert, maar dat beeld is inmiddels veranderd

324. Zoals hierboven al werd aangestipt, verstaat men in het Engelse vennootschapsrecht onder een “*shadow director*” traditioneel iemand die de vennootschap in werkelijkheid bestuurt, maar die niet als dusdanig naar buiten treedt¹⁵⁴³. MILLET J verwoorde deze traditionele zienswijze zeer

¹⁵⁴²Zie randnrs. 290 e.v. hierboven.

¹⁵⁴³Zie randnr. 282 hierboven. Zie ook S. GRIFFIN, *Company Law. Fundamental Principles*, Harlow, Pearson Education Limited, 2000, 230; S. WITNEY, “Duties owed by shadow directors: closing in on the puppet masters?”, *Journal of Business Law* 2016, afl. 4, (311) 311: “*British company law has long recognised that those who issue instructions to the directors of a company, and therefore wield “real influence” over that company’s affairs, should bear some level of responsibility for corporate actions, even though they have not themselves been appointed to the board. Various (and sometimes misleadingly) described by judges as figures who “lurk in the shadows”, as “puppet masters” in control of puppet directors, or as those in control of the “cat’s paw”, these “shadow directors” (as the law has designated them) have been called to account for their actions*” (eigen nadruk).

helder in de eerdergenoemde zaak *Re Hydrodan (Corby) Ltd*, waar hij de karakteristieken van een “*shadow director*” afzette tegen die van een “*de facto director*”. Hij stelde: “*A shadow director by contrast, does not claim or purport to act as a director. On the contrary he claims not to be a director. He lurks in the shadows, sheltering behind others who, he claims, are the only directors of the company to the exclusion of himself. He is not held out as a director by the company*”¹⁵⁴⁴ (eigen nadruk).

Om uit te maken of iemand een “*shadow director*” van een vennootschap kon worden genoemd, moest volgens MILLET J worden nagegaan en bewezen¹⁵⁴⁵:

- (1) wie de bestuurders van de vennootschap waren, *de facto* of *de jure*;
- (2) dat de betrokkene deze bestuurders had gedicteerd hoe zij ten aanzien van de vennootschap moesten handelen, of dat hij een van de personen was die dat hadden gedaan;
- (3) dat deze bestuurders overeenkomstig de gegeven aanwijzingen hadden gehandeld; en
- (4) dat zij gewend waren als dusdanig te handelen.

Essentieel, aldus MILLET J, is dat de vennootschap een raad van bestuur heeft¹⁵⁴⁶ die de indruk wekt als een raad te handelen en dat er een “*pattern of behaviour*” kan worden hardgemaakt waarbij de raad van bestuur geen eigen afweging of beoordeling meer maakte, maar handelde in overeenstemming met de instructies van een ander¹⁵⁴⁷.

325. MILLET J was ervan overtuigd dat er een duidelijke lijn te trekken viel tussen een “*shadow director*” – die in zijn ogen clandestien te werk ging – en een “*de facto director*”. Hij verwoordde

¹⁵⁴⁴High Court of Justice Chancery Division (VK) 17 december 1993, *Re Hydrodan (Corby) Ltd*, BCC 1994, (161) 163.

¹⁵⁴⁵High Court of Justice Chancery Division (VK) 17 december 1993, *Re Hydrodan (Corby) Ltd*, BCC 1994, (161) 163. Zie ook A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (55) 65, nr. 3.31.

¹⁵⁴⁶Zie ook P. L. DAVIES en D.D. PRENTICE, *Gowers principles of modern company law*, London, Sweet & Maxwell, 1997, 183.

¹⁵⁴⁷High Court of Justice Chancery Division (VK) 17 december 1993, *Re Hydrodan (Corby) Ltd*, BCC 1994, (161) 163. Zie ook PRACTICAL LAW CORPORATE, “UK Practice Note – Types of director: overview”, *Westlaw UK*, Thomson Reuters, (1) 5; L. SEALY en S. WORTHINGTON, *Cases and materials in company law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 359-360.

zulks in de zaak *Re Hydrodan (Corby) Ltd* als volgt: “*I would interpose at this point by observing that in my judgment an allegation that a defendant acted as de facto or shadow director, without distinguishing between the two, is embarrassing. It suggests – and counsel's submissions to me support the inference – that the liquidator takes the view that de facto or shadow directors are very similar, that their roles overlap, and that it may not be possible to determine in any given case whether a particular person was a de facto or a shadow director. I do not accept that at all. The terms do not overlap. They are alternatives, and in most and perhaps all cases are mutually exclusive*¹⁵⁴⁸” (eigen nadruk).

Deze overweging werd in latere rechtspraak bekritiseerd en genuanceerd. In de zaak *Re Kaytech International plc*¹⁵⁴⁹, ging ROBERT WALKER LJ nader in op het door MILLET J geformuleerde onderscheid tussen een “*de facto*” en een “*shadow director*”. Hij merkte op dat hoewel beiden in het gros van de gevallen duidelijk van elkaar te onderscheiden zijn, zij toch ook een belangrijke gelijkennis vertonen. Zowel een “*de facto*” als een “*shadow director*” is iemand die geen bestuurder *de jure* is, en die verondersteld wordt een reële invloed te hebben uitgeoefend op het bestuur van een vennootschap¹⁵⁵⁰ (anders dan als professioneel adviseur¹⁵⁵¹). Die invloed kan, aldus ROBERT WALKER LJ, verborgen zijn of openlijk worden uitgeoefend, of er kan sprake zijn van een mix tussen de twee¹⁵⁵². In de *Paycheck* zaak bouwde LORD WALKER OF GESTINGTHORPE JSC hierop voort, stellende dat een “*shadow director*” niet noodzakelijk iemand is die in de schaduw loert en opereert¹⁵⁵³. Het kan gaan om iemand die in de schaduw loert, wat doorgaans het geval

¹⁵⁴⁸ High Court of Justice Chancery Division (VK) 17 december 1993, *Re Hydrodan (Corby) Ltd*, BCC 1994, (161) 163.

¹⁵⁴⁹ Court of Appeal (Civil Division) (VK) 30 november 1998, *Re Kaytech International plc*, BCC 1999, 390.

¹⁵⁵⁰ Court of Appeal (Civil Division) (VK) 30 november 1998, *Re Kaytech International plc*, BCC 1999, (390) 391.

¹⁵⁵¹ A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (55) 65, nr. 3.32.

¹⁵⁵² Court of Appeal (Civil Division) (VK) 30 november 1998, *Re Kaytech International plc*, BCC 1999, (390) 391: “*The categories of de facto and shadow director in most cases were mutually exclusive (Re Hydrodan (Corby) Ltd [1994] BCC 161) but had in common that where an individual who was not a de jure ‘director was alleged’ to have exercised real influence in the corporate governance of a company, that influence might be concealed or open or something of a mixture as in this case*” (eigen nadruk).

¹⁵⁵³ Supreme Court (VK) 24 november 2010, *Revenue and Customs Commissioners v Holland in Re Paycheck Services 3 Ltd*, 1 WLR 2010, (2793) 2831, §109. Zie ook High Court of Justice Chancery Division (VK) 9 oktober 2013, *Vivendi SA v Richards*, WL 2013, 5336375, §§128-130. In de zaak *Vivendi SA v Richards* had de als “*shadow director*” aangemerkte persoon (de controlerende aandeelhouder van de vennootschap) de enige “*de jure director*” openlijk instructies gegeven over zakelijke aangelegenheden en de “*de jure director*” had op hem vertrouwd, zijn

zal zijn wanneer hij een slechte commerciële reputatie heeft of een rechterlijk bestuursverbod heeft opgelegd gekregen, maar dit hoeft niet per definitie zo te zijn. Het kan evengoed gaan om een algemeen directeur van een groep van vennootschappen die openlijk aanwijzingen geeft aan het bestuur van een dochtervennootschap waarvan hij geen deel uitmaakt¹⁵⁵⁴. Anders dan MILLET J, stelt LORD WALKER OF GESTINGTHORPE JSC daarom: “...it is not the case that the concepts of *de facto* director and shadow director are fundamentally different, and always, or nearly always, to be regarded as mutually exclusive¹⁵⁵⁵ categories¹⁵⁵⁶”. In de recentere zaak *Instant Access Properties Ltd v Rosser* wees MORGAN J er dan weer op: “As will be seen, the question whether a person is a *de facto* director or a shadow director depends upon the specific facts of each case. There does not appear to be a clear legal test to help one decide whether a person is or is not a *de facto* or a shadow director. For the purpose of deciding that question, it is necessary to focus on what the person actually did in relation to the company. **Whilst in earlier cases, there were said to be clear distinctions between a *de facto* director and a shadow director, those distinctions have since been blurred and it is now possible to be simultaneously a *de facto***

instructies opgevolgd en zijn besluiten uitgevoerd. Cf. S. GRIFFIN, *Company Law. Fundamental Principles*, Harlow, Pearson Education Limited, 2000, 231: “A shadow director may occasionally experience a need to step from the shadow to resolve corporate issues, thereby identifying himself as active in the conduct of the company’s external affairs. When stepping from the shadow, his conduct will be more akin to that of a *de facto* director. Accordingly, a person may occasionally act in a dual capacity as both a shadow and *de facto* director”.

¹⁵⁵⁴ Supreme Court (VK) 24 november 2010, *Revenue and Customs Commissioners v Holland in Re Paycheck Services 3 Ltd*, 1 WLR 2010, (2793) 2831, §109. Zie eerder ook al zeer inzichtelijk D. GRAHAM, “The emergence of the shadow director”, *Insolvency Intelligence* 1990, afl. 3, (1) 1-2: “The concept of shadow director arguably has two principal aspects. The role may be played in the background behind the scenes, the shadow director manipulating the ostensible directors who are no more than a front for him. In such a case the intention will be to conceal the existence of the shadow director from the world at large. This is the normal scenario. The opposite situation is where the existence of the shadow director is to all intents and purposes an open secret. He is in effect intended to be held out as such to all the world with a view to encouraging credit to be extended generally to the company of which he is the shadow director”.

¹⁵⁵⁵ LEWISON J overwoog in de zaak *Secretary of State for Trade and Industry v Aviss* zelfs dat een persoon tegelijk een “shadow director” en een “*de facto* director” kan zijn (zie (High Court of Justice Chancery Division (VK) 20 juli 2006, *Secretary of State for Trade and Industry v Aviss (Re Mea Corporation Ltd)*, WL 2006, 2133098, §89): “... it seems to me that there is no conceptual difficulty in concluding that a person can be both a shadow director and a *de facto* director simultaneously. He may, for example, assume the functions of a director as regards one part of the company’s activities (say, marketing) and give directions to the board as regards another (say, manufacturing and finance). In each case, it is necessary to examine the facts, bearing in mind that, as Morritt LJ explained, the purpose of the legislation is to “identify those, other than professional advisers, with real influence in the corporate affairs of the company” (eigen nadruk). Zie ook D. AHERN en J. R. BIRDS, “Part IV. Directors and Management” in A.J. BOYLE (ed.), *Gore-Brown on companies*, Bristol, Jordans, 2019, losbl., 15-6.

¹⁵⁵⁶ Supreme Court (VK) 24 november 2010, *Revenue and Customs Commissioners v Holland in Re Paycheck Services 3 Ltd*, 1 WLR 2010, (2793) 2831, §110.

director and a shadow director”¹⁵⁵⁷ (eigen nadruk)¹⁵⁵⁸.

De belangrijkste les die men met betrekking tot de draagwijdte van de notie “*shadow director*” uit de rechtspraak kan trekken, is dat het al dan niet heimelijke karakter van iemands optreden geen bepalend element is voor zijn eventuele kwalificatie als “*shadow director*”¹⁵⁵⁹. Er wordt per slot van rekening ook niet naar dit element gerefereerd in de wettelijk definitie van “*shadow director*”, die uitsluitend uitgaat van “*directions or instructions*”. Dit alles wil uiteraard niet zeggen dat de meeste “*shadow directors*” er niet alles aan doen om hun betrokkenheid in een vennootschap voor buitenstaanders te verbergen; de praktijk wijst uit dat een clandestiene inmenging de regel is¹⁵⁶⁰. De term “*shadow*” *director* is in die optiek dan ook niet gestolen.

326. LORD WALKER OF GESTINGTHORPE JSC bouwde in de *Paycheck*-zaak niet alleen voort op de *Re Kaytech International plc* zaak uit 1998, maar putte ook inspiratie uit een uitspraak van het *Court of Appeal* in de zaak *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell*¹⁵⁶¹ uit 1999. De zaak *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell* wordt in de recente Engelse rechtsleer aangehaald als één van de belangrijkste zaken met betrekking tot de draagwijdte van het

¹⁵⁵⁷ High Court of Justice Chancery Division (VK) 13 april 2018, *Instant Access Properties Ltd v Rosser*, EWHC 2018, 756 (Ch), §217.

¹⁵⁵⁸ HANNIGAN vat de huidige stand van zaken samen als volgt: “*Usually both categories will not be relevant, but it is conceptually possible for a person to be both a de facto and a shadow director, certainly consecutively, and even simultaneously, as where a person assumes the functions of a director as regards one part of the company’s activities (say, marketing) and gives directions to the board as regards another (say, manufacturing and finance) so constituting him a de facto and a shadow director at the same time*” (B. HANNIGAN, *Company Law – Sixth Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 139, nr. 7-30). Zie ook D. FRENCH, *Mayson, French & Ryan on Company Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 408; L. ROACH, *Company Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 176.

¹⁵⁵⁹ Zie ook S. GRIFFIN, “Problems in the identification of a company director”, *The Northern Ireland legal quarterly* 2003, (43) 50; C. NOONAN en S. WATSON, “The nature of shadow directorship: ad hoc statutory intervention or core company law principle?”, *Journal of Business Law* 2006, (763) 780.

¹⁵⁶⁰ C. NOONAN en S. WATSON, “The nature of shadow directorship: ad hoc statutory intervention or core company law principle?”, *Journal of Business Law* 2006, (763) 780; A. KEAY, *Directors’ Duties*, Bristol, Jordans, 2014, 21, nr. 2.33.

¹⁵⁶¹ *Court of Appeal (Civil Division) (VK) 21 december 1999, Secretary of State for Trade and Industry v Deverell*, Ch 2001, 340. De zaak *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell* ging over een “*disqualification proceeding*” tegen twee personen die beweerden dat zij adviseurs waren en geen “*directors*” of “*shadow directors*” tegen wie een “*disqualification proceeding*” kon worden ingeleid. Het *Court of Appeal* was van oordeel dat de ene persoon betrokken was op het hoogste niveau en bij de meeste aspecten van de leiding van de vennootschap, terwijl de betrokkenheid van de andere persoon veel verder ging dan die van een adviseur inzake aangelegenheden die rechtstreeks invloed hadden op de financiële zaken van de vennootschap. Het *Court of Appeal* besloot dan ook dat beide personen “*shadow directors*” waren.

wettelijk gedefinieerde “*shadow director*”¹⁵⁶², omdat MORRITT LJ zich er in heldere taal in uitliet over de “*shadow director*” in een aantal stellingen¹⁵⁶³. Die stellingen worden vandaag gezien als een goede samenvatting van de sleutelprincipes inzake het bestaan van een “*shadow directorship*”. Zij luiden als volgt¹⁵⁶⁴:

- Stelling 1: De definitie van “*shadow director*” moet op een normale, generieke, wijze worden opgevat in het licht van de parlementaire intentie om misbruiken te beteugelen, en rekening houdend met de gebruikte bewoordingen; zij mag niet op een strikte wijze worden uitgelegd.
- Stelling 2: Het doel van de wetgeving is het identificeren van diegenen, andere dan professionele adviseurs, met werkelijke invloed op de zakelijke activiteiten en belangen (“*the corporate affairs*”) van de vennootschap. Het is voor een kwalificatie als “*shadow director*” niet vereist dat dergelijke invloed wordt uitgeoefend op alle ondernemingsactiviteiten¹⁵⁶⁵.

¹⁵⁶²Zie o.m. PRACTICAL LAW CORPORATE, “UK Practice Note – Types of director: overview”, *Westlaw UK*, Thomson Reuters, (1) 4-5; C. NOONAN en S. WATSON, “The nature of shadow directorship: ad hoc statutory intervention or core company law principle?”, *Journal of Business Law* 2006, (763) 773-780; L. SEALY en S. WORTHINGTON, *Cases and materials in company law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 360; A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (55) 65, nr. 3.33; D. AHERN en J. R. BIRDS, “Part IV. Directors and Management” in A.J. BOYLE (ed.), *Gore-Brown on companies*, Bristol, Jordans, 2019, losbl., 15-5 en 15-6; B. HANNIGAN, *Company Law – Sixth Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 137, nr. 7-26.

¹⁵⁶³Merk op dat de zaak *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell* een zogenaamde “*directors disqualification case*” is onder de *Company Directors Disqualification Act 1986*. Zoals eerder opgemerkt in randnr. 312 kan men ook voor de *Companies Act 2006* naar dit type van zaken terugrijpen, omdat de definities en begrippen die in de *Company Directors Disqualification Act 1986* en de *Companies Act 2006* worden gebruikt, gelijkkluidend zijn.

¹⁵⁶⁴Zie Court of Appeal (Civil Division) (VK) 21 december 1999, *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell*, Ch 2001, (340) 354, §35. Met navolging in o.m. High Court of Justice Chancery Division (VK) 18 oktober 2002, *Secretary of State for Trade and Industry v Becker*, WL 2002, 31452073, §25; High Court of Justice Chancery Division (VK) 20 juli 2006, *Secretary of State for Trade and Industry v Aviss (Re Mea Corporation Ltd)*, WL 2006, 2133098, §86.

¹⁵⁶⁵Zie ook S. W. MAYSON, D. FRENCH en C. L. RYAN, *Mayson, French and Ryan on company law*, London, Blackstone Press Limited, 2000, 441: “*it is not necessary to show that the person gives directions or instructions on every matter on which the directors act, but it must be shown that the person has real influence in the company’s corporate affairs*”; B. HANNIGAN, *Company Law – Sixth Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 138, nr. 7-27. Merk op dat MORRITT LJ de mosterd voor zijn tweede stelling ging halen in de Australische rechtspraak (zie Court of Appeal (Civil Division) (VK) 21 december 1999, *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell*, Ch 2001, (340) 352, §29 en 354, §35). Hij putte inspiratie uit een overweging van FINN J, een rechter in het *Federal Court of Australia*, in de zaak *Australian Securities Commission v AS Nominees Ltd* (zie over deze zaak verder randnr. 352).

- Stelling 3: Of een bepaalde mededeling van de vermeende “*shadow director*”, die tot uiting werd gebracht in de vorm van woorden of gedragingen, als een aanwijzing of instructie (“*direction or instruction*”) kan worden beschouwd, moet door de rechter op een objectieve wijze worden beoordeeld in het licht van al het bewijsmateriaal. Het is niet nodig om het begrip of de verwachting van de informatieverstrekker of -ontvanger te bewijzen.
- Stelling 4: Niet-professioneel advies kan onder de wettelijke woorden “*directions or instructions*” (aanwijzingen of instructies) vallen¹⁵⁶⁶.
- Stelling 5: Het volstaat – maar is voor een kwalificatie als “*shadow director*” niet noodzakelijk – om aan te tonen dat de bestuurders *de jure*, of een aantal onder hen, in het licht van de “*directions or instructions*” van de vermeende “*shadow director*” een onderdanige/inschikkelijke rol hebben aangenomen of afstand hebben gedaan van hun beoordelingsvrijheid.

Merk wat de tweede stelling betreft op dat ook in de Belgische context een inmenging op één bestuurspunt of in één onderdeel van het bestuur van de vennootschap al voldoende kan zijn om iemand als feitelijke bestuurder aan te merken; een als feitelijke bestuurder geïdende persoon hoeft ook in de Belgische context geenszins de leiding te hebben op alle bestuursvlakken om als dusdanig te kunnen worden gekwalificeerd¹⁵⁶⁷.

MORRITT LJ gaf in de zaak *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell* verder ook nog aan dat¹⁵⁶⁸:

- a) indien de bestuurders doorgaans het advies van de vermeende “*shadow director*” volgden, het voor diens kwalificatie als “*shadow director*” irrelevant is dat zij in de gevallen waarin hij geen advies gaf, wel hun eigen afweging maakten; en
- b) indien hard kan worden gemaakt dat de bestuurders gewend waren te handelen volgens de aanwijzingen of instructies van de vermeende “*shadow director*”, het niet nodig is om aan

¹⁵⁶⁶ Voor professioneel advies geldt een belangrijke uitzondering, zie hierover verder randnr. 332.

¹⁵⁶⁷ Zie randnr. 90 hierboven.

¹⁵⁶⁸ Court of Appeal (Civil Division) (VK) 21 december 1999, *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell*, Ch 2001, (340) 361, §59. Zie ook PRACTICAL LAW CORPORATE, “UK Practice Note – Types of director: overview”, *Westlaw UK*, Thomson Reuters, (1) 5.

te tonen dat hun handelen eerder mechanisch dan weloverwogen was¹⁵⁶⁹.

- iii. De wettelijke definitie ontleed (deel 1): de betekenis van de woorden “*directions or instructions*”

327. Wat men precies moet verstaan onder de in de wettelijke definitie van “*shadow director*” vervatte woorden “*directions or instructions*” (aanwijzingen of instructies), werd hiervoor al in belangrijke mate uit de doeken gedaan bij de bespreking van MORRITT LJ’s stellingen in de zaak *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell*¹⁵⁷⁰. De “*key takeaway*” uit MORRITT LJ’s analyse is dat de wettelijke bewoordingen “*directions or instructions*” geen specifieke juridische betekenis hebben, maar in hun dagdagelijkse betekenis moeten worden begrepen. Zij mogen met andere woorden niet te strikt worden opgevat.

Waar loutere raadgevingen en adviezen in de Belgische context in principe geen aanleiding kunnen geven tot feitelijk bestuur¹⁵⁷¹, kan advies in de Engelse context wel onder “*directions or instructions*” vallen¹⁵⁷². Het feit dat de Engelse wetgever het nodig vond om beroepsmatig gegeven advies (“*advice given in a professional capacity*”) van de *scope* van de wettelijke definitie uit te sluiten in sectie 251(2)(a) van de *Companies Act 2006*¹⁵⁷³ zou er volgens MORRITT LJ op wijzen dat advies in het algemeen onder de definitie valt, of er toch op zijn minst onder kan vallen¹⁵⁷⁴. Bijkomende steun voor die visie zou kunnen worden gevonden in het feit dat de wettelijke termen “*direction*” (aanwijzing) en “*instruction*” (instructie) met de term “*advice*” (advies) gemeen

¹⁵⁶⁹Zie ook R. PENNINGTON, *Directors’ Personal Liability*, London, Collins Professional and Technical Books, 1987, 28: “*The question whether a person has such a controlling influence over the board is a question of fact, not entitlement, and so a person is a shadow director if the board habitually conforms to his instructions. He is a shadow director even though there is no contract of other legal relationship between himself and the real directors which requires or compels them to conform to his instructions, and even if the instructions take the form of advice or suggestions which are habitually followed*” (eigen nadruk).

¹⁵⁷⁰Zie randnr. 326 hierboven.

¹⁵⁷¹Zie randnr. 69 hierboven.

¹⁵⁷²A. KEAY, *Directors’ Duties*, Bristol, Jordans, 2014, 19, nr. 2.28.

¹⁵⁷³Zie hierover verder randnr. 332.

¹⁵⁷⁴Zie Court of Appeal (Civil Division) (VK) 21 december 1999, *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell*, Ch 2001, (340) 354, §35. Zie ook S. GRIFFIN, “Problems in the identification of a company director”, *The Northern Ireland legal quarterly* 2003, (43) 52; A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (55) 66, nr. 3.33.

hebben dat het alle drie vormen zijn van “*guidance*” (sturing)¹⁵⁷⁵.

328. Hoe een bepaalde communicatie door de partijen zelf (d.w.z. door de vermeende “*shadow director*” van wie de communicatie is uitgegaan, of door de bestuurders die er de ontvangers van zijn) werd gelabeld of bestempeld, is niet determinerend voor de kwalificatie ervan als “*direction*” of “*instruction*”¹⁵⁷⁶. De inhoud en draagwijdte van de communicatie – welke woordelijk kan zijn van aard, maar ook tot uiting kan komen in gedrag – zijn van tel; een label heeft louter indicatieve waarde¹⁵⁷⁷.

In de zaak *McKillen v Misland (Cyprus) Investments Ltd* oordeelde RICHARDS J. – in lijn met de tweede stelling van MORRITT LJ¹⁵⁷⁸ – dat het feit dat geen instructies werden gegeven voor alle bestuursbeslissingen, maar slechts voor een beperkt aantal aangelegenheden, niet wil zeggen dat de verstrekker van de instructies geen “*shadow director*” kan zijn¹⁵⁷⁹. De wettelijke definitie van “*shadow director*” vereist weliswaar “*directions*” (meervoud) of “*instructions*” (meervoud), maar er staat nergens in de wettekst dat die “*directions*” of “*instructions*” betrekking moeten hebben gehad op elke bestuursbeslissing¹⁵⁸⁰. Wat van belang is, is dat de instructies aan het adres van de “*de jure directors*” gegeven zijn om hun beslissingen als “*de jure directors*” te beïnvloeden en niet hun beslissingen in een andere hoedanigheid¹⁵⁸¹.

¹⁵⁷⁵Zie ook Court of Appeal (Civil Division) (VK) 21 december 1999, *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell*, Ch 2001, (340) 354, §35; M. BOWMER, *Shadow directors*, februari 2019, 10, nr. 26, elektronisch beschikbaar via <https://www.4newsquare.com/wp-content/uploads/2019/09/Shadow-Directors-by-Michael-Bowmer.pdf>. Zie evenwel kritisch S. GRIFFIN, “Problems in the identification of a company director”, *The Northern Ireland legal quarterly* 2003, (43) 53.

¹⁵⁷⁶High Court of Justice Chancery Division (VK) 20 juli 2006, *Secretary of State for Trade and Industry v Aviss (Re Mea Corporation Ltd)*, WL 2006, 2133098, §86. Zie ook A. KEAY, *Directors’ Duties*, Bristol, Jordans, 2014, 18, nr. 2.25.

¹⁵⁷⁷Court of Appeal (Civil Division) (VK) 21 december 1999, *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell*, Ch 2001, (340) 354, §35.

¹⁵⁷⁸Zie randnr. 326 hierboven.

¹⁵⁷⁹High Court of Justice Chancery Division (VK) 10 augustus 2012, *McKillen v Misland (Cyprus) Investments Ltd*, EWHC 2012, 2343 (Ch), §592 e.v. Zie ook WESTLAW UK, “Shadow directors” (5 maart 2018), *Westlaw UK*, Thomson Reuters, (1) 2, nr. 8.

¹⁵⁸⁰Zie ook A. KEAY, *Directors’ Duties*, Bristol, Jordans, 2014, 17, nr. 2.23.

¹⁵⁸¹B. HANNIGAN, *Company Law – Sixth Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 136, nr. 7-25. Zie ook High Court of Justice Chancery Division (VK) 10 augustus 2012, *McKillen v Misland (Cyprus) Investments Ltd*, EWHC 2012, 2343 (Ch), §594: “*The instructions must of course be given to them so as to affect their decisions as directors*”.

- iv. De wettelijke definitie ontleed (deel 2): de betekenis van de zinsnede “*the directors of the company are accustomed to act*”

329. Wat precies de betekenis is van de in de wettelijke definitie van “*shadow director*” gebruikte bewoordingen “... *the directors of the company are accustomed to act*” (de bestuurders van de vennootschap zijn gewend te handelen), werd uitvoerig onderzocht door LEWISON J in de zaak *Ultraframe (UK) Ltd v Fielding*¹⁵⁸². Hij concludeerde dat:

- a) een persoon de hoedanigheid van “*shadow director*” kan verkrijgen indien een beslissende meerderheid van de leden van de raad van bestuur¹⁵⁸³ gewend is volgens zijn aanwijzingen of instructies te handelen¹⁵⁸⁴;
- b) indien een persoon een “*shadow director*” wordt als gevolg van het feit dat de raad van bestuur gewend is volgens zijn aanwijzingen of instructies te handelen, transacties die zijn

¹⁵⁸² High Court of Justice Chancery Division (VK) 27 juli 2005, *Ultraframe (UK) Ltd v Fielding*, WL 2005, 1801204.

¹⁵⁸³ Is slechts één bestuurder of een minderheid van de bestuurders (binnen een meerkoppig bestuursorgaan) gewend om te handelen volgens de aanwijzingen of instructies van een derde, dan kan die persoon niet als een “*shadow director*” worden aangemerkt. Zie High Court of Justice Chancery Division (VK) 8 juni 1993, *Re Unisoft Group Ltd (No. 3)*, BCC 1994, (766) 775: “*There can be no way in which the acts of any one of several directors of a company in complying with the directions of an outsider could constitute that outsider a shadow director of that company. Of course, if the board of the company be one person only and that person is a ‘cat’s-paw’ for an outsider, the outsider may be the shadow director of that company*”. Zie ook High Court of Justice Chancery Division (VK) 21 juli 2004, *Lord (Liquidator of Rosshill Properties Ltd (in liq.)) v Sinai Securities Ltd & Ors*, BCC 2004, (986) 993, §27: “...it is not enough to constitute Mr Smith a shadow director that one member of the board, Mr Sampson, was his nominee”. Zie evenzeer D. FRENCH, *Mayson, French & Ryan on Company Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 408; J. BIRDS, D. ATTENBOROUGH, M. LEISER, M. SOLINAS, M. VARNEY en Z. Z. BENG, *Boyle & Birds’ Company Law*, London, LexisNexis, 2019, 524.

¹⁵⁸⁴ High Court of Justice Chancery Division (VK) 27 juli 2005, *Ultraframe (UK) Ltd v Fielding*, WL 2005, 1801204, §1272: “*There is, no doubt a difficulty, as a pure matter of language, in construing the phrase ‘the directors of the company’ as meaning ‘some of the directors of the company’ or even ‘a majority of the directors of the company’.* However, the policy underlying the definition is that a person who effectively controls the activities of a company is to be subject to the same statutory liabilities and disabilities as a person who is a *de jure* director. Since a *de jure* director is subject to those liabilities and disabilities even if he is non-executive, or even inactive, it would undermine the policy of the definition if the fact that an inactive director did not act on the instructions of an alleged shadow director (because he did not act at all) could prevent that person from being a shadow director, even though in reality he controlled the activities of the company. **In my judgment, therefore, a person at whose direction a governing majority of the board is accustomed to act is capable of being a shadow director**” (eigen nadruk). Zie ook High Court of Justice Chancery Division (VK) 21 juli 2004, *Lord v Sinai Securities Ltd*, BCC 2004, (986) 987: “*The liquidator accepted that the only way that S could be alleged to have been connected with Rosshill was as a shadow director of Rosshill but as only one member of Rosshill’s board was S’s nominee, that could not be proved as it would have to be shown under the definition of a shadow director in s.251 that all the directors, or at least a consistent majority of them, had been accustomed to act on S’s directions*” (eigen nadruk); High Court of Justice Chancery Division (VK) 10 augustus 2012, *McKillen v Misland (Cyprus) Investments Ltd*, EWHC 2012, 2343 (Ch), §594: “*It is not necessary that all the directors should so act. It is sufficient if it is a majority that does*” (eigen nadruk).

aangegaan voordat kon worden gezegd dat de raad van bestuur aldus gewend is, niet met terugwerkende kracht teniet kunnen worden gedaan¹⁵⁸⁵; en

- c) het loutere feit dat iemand instructies geeft van hem nog geen “*shadow director*” maakt; het is maar op het moment dat de gegeven instructies door de bestuurders *de jure* worden omgezet in daden (één van de kernwoorden uit de wettelijke definitie is immers het woord “*act*”) dat de vraag naar het bestaan van een “*shadow directorship*” kan rijzen¹⁵⁸⁶.

330. Eerder had Sir DONALD RATTEE in de zaak *Secretary of State for Trade and Industry v Becker* al aangegeven dat in de vereiste dat de bestuurders van de vennootschap “*accustomed*” moeten zijn volgens iemands aanwijzingen of instructies te handelen, een “*pattern of conduct*” besloten ligt¹⁵⁸⁷. Er moet een patroon in het handelen van de bestuurders kunnen worden ontwaard en dat wil zeggen dat verschillende van hun handelingen door de vermeende “*shadow director*” moeten zijn ingegeven¹⁵⁸⁸. Hebben de bestuurders *de jure* slechts gehandeld volgens de instructies of aanwijzingen van de vermeende “*shadow director*” in één geval of bij één enkele gebeurtenis, dan zal de wettelijke definitie van “*shadow director*” niet vervuld zijn¹⁵⁸⁹.

¹⁵⁸⁵ High Court of Justice Chancery Division (VK) 27 juli 2005, *Ultraframe (UK) Ltd v Fielding*, WL 2005, 1801204, §1277.

¹⁵⁸⁶ High Court of Justice Chancery Division (VK) 27 juli 2005, *Ultraframe (UK) Ltd v Fielding*, WL 2005, 1801204, §1278. Zie ook D. AHERN en J. R. BIRDS, “Part IV. Directors and Management” in A.J. BOYLE (ed.), *Gore-Brown on companies*, Bristol, Jordans, 2019, losbl., 15-5; L. ROACH, *Company Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 174.

¹⁵⁸⁷ High Court of Justice Chancery Division (VK) 18 oktober 2002, *Secretary of State for Trade and Industry v Becker*, WL 2002, 31452073, §43.

¹⁵⁸⁸ A. KEAY, *Directors’ Duties*, Bristol, Jordans, 2014, 18, nr. 2.25: “*It is necessary to establish that the directors acted on more than one occasion on the instructions or directions of a person for him or her to be regarded as a shadow director, but there is no need to prove that the directors either constantly took instructions during the life of the company or even for a significant period of time, provided, that it can be said that they were accustomed to acting on instructions*”.

¹⁵⁸⁹ High Court of Justice Chancery Division (VK) 18 oktober 2002, *Secretary of State for Trade and Industry v Becker*, WL 2002, 31452073, §43. Zie in een gelijkaardige zin ook de overweging van HARMAN J in de zaak *Re Unisoft Group Ltd (No 3)*: “*They [the directors] must be people who act on the directions or instructions of the shadow director as a matter of regular practice. That last requirement follows from the reference in the subsection to the directors being ‘accustomed to act’. That must refer to acts not on one individual occasion but over a period of time and as a regular course of conduct*” (eigen nadruk - zie High Court of Justice Chancery Division (VK) 8 juni 1993, *Re Unisoft Group Ltd (No. 3)*, BCC 1994, (766) 775). Zie ook A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (55) 66, nr. 3.35; WESTLAW UK, “Shadow directors” (5 maart 2018), *Westlaw UK*, Thomson Reuters, (1) 1, nr. 4: “*The phrase ‘accustomed to act’ suggests that a course of conduct by the directors, rather than simply a one-off action, is required*”; D. FRENCH, *Mayson, French & Ryan on Company Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 408; C. WILD en S. WEINSTEIN,

Het feit dat er een zeker patroon in het handelen voorhanden moet zijn en dat er dus meermaals instructies en aanwijzingen van een als “*shadow director*” geveiseerd persoon uitgegaan moeten zijn, om hem als dusdanig te kunnen kwalificeren, doet in de Belgische context denken aan de considerans dat een éénmalige inmenging van een als feitelijke bestuurder geveiseerde persoon onvoldoende is om hem met succes als feitelijke bestuurder te kunnen aanmerken¹⁵⁹⁰.

v. Een drieledige uitzondering

331. Zoals eerder al aangegeven, bestaat sectie 251 van de *Companies Act 2006*, waarin de definitie van “*shadow director*” is opgenomen, uit drie alinea’s¹⁵⁹¹. De eerste alinea (sectie 251(1)) omvat de eigenlijke definitie van de term “*shadow director*”. De tweede alinea (sectie 251(2)) omvat drie uitzonderingen op de eerste alinea die tot gevolg hebben dat bepaalde personen die in de zaken van de vennootschap tussenkomen en die onder de eerste alinea zouden kunnen vallen (en met andere woorden “*shadow directors*” zouden kunnen zijn), toch niet als “*shadow directors*” kunnen worden aangemerkt:

- (2) “A person is not to be regarded as a shadow director by reason only that the directors act
- (a) on advice given by that person in a professional capacity;
 - (b) in accordance with instructions, a direction, guidance or advice given by that person in the exercise of a function conferred by or under an enactment;
 - (c) in accordance with guidance or advice given by that person in that person’s capacity as a Minister of the Crown (within the meaning of the Ministers of the Crown Act 1975)”

a) *Beroepsmatig gegeven advies (“advice given in a professional capacity”)*

332. Een eerste uitzondering op de definitie van “*shadow director*” kan worden teruggevonden in sectie 251(2)(a) van de *Companies Act 2006* en biedt bescherming aan professionele adviseurs van de bestuurders. Zij luidt dat een persoon niet als “*shadow director*” kan worden aangemerkt louter op grond van het feit dat de bestuurders handelen op basis van door hem in een professionele hoedanigheid verstrekt advies.

De uitzondering voor beroepsmatig gegeven advies werd ingevoerd omdat advies in het algemeen

Smith and Keenan’s Company Law, Harlow, Pearson Education Limited, 2019, 178; L. ROACH, *Company Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 175.

¹⁵⁹⁰Zie randnrs. 89 en 90 hierboven.

¹⁵⁹¹Zie randnr. 285 hierboven.

een “*direction*” of “*instruction*” kan uitmaken¹⁵⁹². Zij heeft als doel te voorkomen dat professionele adviseurs (in moeilijke omstandigheden) zouden weigeren nog advies aan het bestuur te verlenen, uit vrees voor een aansprakelijkheid als “*shadow director*”¹⁵⁹³.

333. De uitzondering in sectie 251(2)(a) van de *Companies Act 2006* is algemeen geformuleerd, maar volgens de rechtspraak niet alomvattend¹⁵⁹⁴. Zij zou niet kunnen worden ingeroepen wanneer het advies van de professionele adviseur verder gaat dan hetgeen normaal wordt verwacht van een persoon met een soortgelijke professionele status¹⁵⁹⁵. Met andere woorden: opdat een professionele adviseur zich op sectie 251(2)(a) van de *Companies Act 2006* zou kunnen beroepen, mag hij zijn rol van professionele adviseur niet te buiten zijn getreden¹⁵⁹⁶.

Advocaten die het bestuursorgaan juridisch advies verlenen lopen in het licht van deze rechtspraak weinig gevaar om als “*shadow director*” te worden aangemerkt. Er wordt op het vlak van advies van hen sowieso een bijzonder ruime rol verwacht. Voor financiële adviseurs liggen de kaarten ietwat anders. Hetgeen normaal van hen wordt verwacht, is een stuk beperkter dan wat van een juridisch adviseur wordt verwacht en dat maakt dat de grens tussen wat als beroepsmatig gegeven

¹⁵⁹²Zie hierover randnr. 327 hierboven.

¹⁵⁹³J. DE LACY, “The concept of a company director: time for a new and unified expanded statutory concept”, *Journal of Business Law* 2006, (267) 282. Zie ook randnr. 291 hierboven.

¹⁵⁹⁴Zie ook S. GRIFFIN, “Problems in the identification of a company director”, *The Northern Ireland legal quarterly* 2003, (43) 43, vn. 3.

¹⁵⁹⁵Zie o.m. High Court of Justice Chancery Division (Companies Court) (VK) 30 november 1989, *Re MC Bacon Ltd (No 1)*, BCC 1990, (78) 86; High Court of Justice Chancery Division (Companies Court) (VK) 26 april 1991, *Re Tasbian Ltd (No 3)*, BCLC 1991, (792) 802. Zie ook S. GRIFFIN, *Company Law. Fundamental Principles*, Harlow, Pearson Education Limited, 2000, 230; J. DE LACY, “The concept of a company director: time for a new and unified expanded statutory concept”, *Journal of Business Law* 2006, (267) 282: “The professional nature of the advice as an expert service is what is critical here. That is to say the professional advice is offered as an aid to the directors and not as an end in itself. In other words, the professional adviser does not seek to direct the company, but merely to aid those who do. The directors of the company have a choice whether to accept or reject the advice; this is the crucial factor”; A. KEAY, *Directors’ Duties*, Bristol, Jordans, 2014, 16, nr. 2.22.

¹⁵⁹⁶M. BARBER, “Boxing shadows: *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell* and limits on the definition of shadow directors”, 27 juni 2011, 12, elektronisch beschikbaar via <https://ssrn.com/abstract=1873168>. Zie ook M. BOWMER, *Shadow directors*, februari 2019, 12, nr. 34, elektronisch beschikbaar via <https://www.4newsquare.com/wp-content/uploads/2019/09/Shadow-Directors-by-Michael-Bowmer.pdf>; C. WILD en S. WEINSTEIN, *Smith and Keenan’s Company Law*, Harlow, Pearson Education Limited, 2019, 177. “Similarly, in relation to professional advice, there can be risk of “crossing the line” from simply advising on alternative courses of action and leaving the choice to the corporate client to assuming a decision-making function. It is very fact sensitive but if that happens the professional is in danger of being treated as shadow director”.

advies kan worden gezien, en advies dat van hen “*shadow directors*” maakt, niet altijd even gemakkelijk kan worden getrokken¹⁵⁹⁷.

b) *Instructies, een aanwijzing, sturing of advies gegeven in de uitoefening van een functie verleend bij of krachtens een wettelijke bepaling (“instructions, a direction, guidance or advice given in the exercise of a function conferred by or under an enactment”)*

334. Een tweede uitzondering op de definitie van “*shadow director*” kan worden teruggevonden in sectie 251(2)(b) van de *Companies Act 2006*. Zij luidt dat een persoon niet als “*shadow director*” kan worden beschouwd louter op grond van het feit dat de bestuurders handelen overeenkomstig instructies, een aanwijzing, sturing of advies door hem gegeven in de uitoefening van een functie verleend bij of krachtens een wettelijke bepaling (“*an enactment*”¹⁵⁹⁸).

De idee van de Engelse wetgever was om middels deze uitzondering duidelijk te maken dat een persoon die handelt in de uitoefening van een wettelijke opdracht normaliter niet als een “*shadow director*” kan worden aangemerkt¹⁵⁹⁹. Men kan hierin een zekere gelijkenis of analogie herkennen met een overweging die in de Belgische rechtsleer werd geformuleerd m.b.t. de notie “feitelijke bestuurder”, namelijk dat er maar over feitelijk bestuur kan worden gesproken, wanneer er sprake is van een inmenging in het bestuur zonder een wettelijke basis¹⁶⁰⁰.

¹⁵⁹⁷ A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (55) 67, nr. 3.37. Zie ook P. MC KOH, “Shadow Director, Shadow Director, Who Art Thou?”, *Company & Securities Law Journal* 1996, Vol. 14, 350-351.

¹⁵⁹⁸ Gedefinieerd in sectie 1293 van de *Companies Act 2006* als: “**1293 Meaning of “enactment”** – *In this Act, unless the context otherwise requires, “enactment” includes— (a) an enactment contained in subordinate legislation within the meaning of the Interpretation Act 1978 (c. 30), (aa) an enactment contained in, or in an instrument made under, a Measure or Act of the National Assembly for Wales, (b) an enactment contained in, or in an instrument made under, an Act of the Scottish Parliament, and (c) an enactment contained in, or in an instrument made under, Northern Ireland legislation within the meaning of the Interpretation Act 1978*”.

¹⁵⁹⁹ PRACTICAL LAW CORPORATE, “UK Practice Note – Small Business, Enterprise and Employment Act 2015 (corporate aspects)”, *Westlaw UK*, Thomson Reuters, (1) 5. Zie ook D. AHERN en J. R. BIRDS, “Part IV. Directors and Management” in A.J. BOYLE (ed.), *Gore-Brown on companies*, Bristol, Jordans, 2019, losbl., 15-5, vn. 4.

¹⁶⁰⁰ Zie hierover randnrs. 99-100 hierboven.

c) *Sturing of advies verleend in de hoedanigheid van Minister van de Kroon* (“*guidance or advice given in the capacity as a Minister of the Crown*”)

335. Een derde uitzondering op de definitie van “*shadow director*” kan worden teruggevonden in sectie 251(2)(c) van de *Companies Act 2006* en luidt dat een persoon niet als “*shadow director*” kan worden aangemerkt louter op grond van het feit dat de bestuurders handelen overeenkomstig sturing of advies gegeven in zijn hoedanigheid van Minister van de Kroon. Zij hangt nauw samen met de tweede uitzondering¹⁶⁰¹ en biedt bescherming aan diegenen die aan het hoofd staan van – en de eindverantwoordelijkheid dragen voor handelingen van – de uitvoerende macht, namelijk de Ministers van de Kroon (“*Ministers of the Crown*”)¹⁶⁰². De Engelse wetgever meende dat zij een bijzondere bescherming te beurt moesten vallen, omdat zij vanuit hun positie vaak een aanzienlijke feitelijke invloed hebben op de bestuurders van een vennootschap. Hij wilde vermijden dat die invloed zich gebeurlijk zou kunnen vertalen in hun persoonlijke aansprakelijkheid als “*shadow directors*”¹⁶⁰³.

In de Belgische context roept het gegeven dat Ministers van de Kroon niet als “*shadow directors*” kunnen worden aangemerkt een zekere analogie op met de bijzondere positie van de overheid die middels regeringscommissarissen tussenkomt in het bestuur van “haar” vennootschappen¹⁶⁰⁴. Ook zij wordt geacht geen feitelijke bestuurder te zijn, niet omdat er ter zake een uitzondering geldt in de vennootschapswetgeving, maar wel omdat er ter zake specifieke publiekrechtelijke bepalingen bestaan die primeren op de vennootschapswetgeving¹⁶⁰⁵.

¹⁶⁰¹ PRACTICAL LAW CORPORATE, “UK Practice Note – Small Business, Enterprise and Employment Act 2015 (corporate aspects)”, *Westlaw UK*, Thomson Reuters, (1) 5; A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (55) 67, nr. 3.38.

¹⁶⁰² Te begrijpen in de betekenis zoals uiteengezet in de *Ministers of the Crown Act 1975*, te weten: sectie 8(1): “*In this Act - “Minister of the Crown” means the holder of an office in Her Majesty’s Government in the United Kingdom, and includes the Treasury, the Board of Trade and the Defence Council*”.

¹⁶⁰³ Zie A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (55) 67, nr. 3.38. Zie ook de “*explanatory notes*” bij de *Small Business, Enterprise and Employment Act 2015*, 70, nr. 606, elektronisch beschikbaar via <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/26/notes/contents>.

¹⁶⁰⁴ Zie randnrs. 172-179 hierboven.

¹⁶⁰⁵ Zie randnr. 180 hierboven.

vi. Een bijzondere regeling voor moedervennootschappen en holdings

336. Het Engelse ondernemingslandschap kent net zoals het Belgische ondernemingslandschap verschillende vennootschapsgroepen met aan de top een moedervennootschap en daaronder een of meerdere dochtervennootschappen. Het is binnen die groepen, net zoals in de Belgische context, niet ongewoon dat de moedervennootschap een strategie of beleid vastlegt voor de ganse groep¹⁶⁰⁶ en ter implementatie ervan bepaalde aanwijzingen en instructies geeft aan de bestuurders van haar dochters. Die aanwijzingen en instructies kunnen – en zullen in de praktijk vaak – “*directions*” en “*instructions*” zijn in de zin van sectie 251(1) van de *Companies Act 2006*, waardoor de moeder kan worden gekwalificeerd als “*shadow director*” van haar dochters¹⁶⁰⁷. Dit is gelet op de gangbare dynamiek binnen een vennootschapsgroep, en in het licht van de eigen rechtspersoonlijkheid van de moeder, niet altijd wenselijk. De Engelse wetgever is zich hiervan bewust. Hij heeft om een en ander te mitigeren – en met deze twee elementen in het achterhoofd – in sectie 251(3) van de *Companies Act 2006* een bijzondere regeling uitgewerkt om moeder- en holdingvennootschappen te beschermen¹⁶⁰⁸. Die bijzondere regeling luidt als volgt:

- (3) “*A body corporate is not to be regarded as a shadow director of any of its subsidiary companies for the purposes of—*
- *Chapter 2 (general duties of directors),*
 - *Chapter 4 (transactions requiring members' approval), or*
 - *Chapter 6 (contract with sole member who is also a director),*
- by reason only that the directors of the subsidiary are accustomed to act in accordance with its directions or instructions”*

337. Sectie 251(3) van de *Companies Act 2006* voorziet in een afwijking van sectie 251(1) van de *Companies Act 2006* en zorgt ervoor dat de algemene draagwijdte van de definitie van “*shadow director*” in een groepscontext voor een aantal wettelijke bepalingen wordt ingeperkt. Een moeder- of holdingvennootschap kan ingevolge deze bijzondere regeling voor de doeleinden en toepassing van drie hoofdstukken van Deel 10 van de *Companies Act 2006* niet als een “*shadow director*”

¹⁶⁰⁶ Zie randnr. 155 hierboven.

¹⁶⁰⁷ PRACTICAL LAW CORPORATE, “UK Practice Note – Types of director: overview”, *Westlaw UK*, Thomson Reuters, (1) 5; A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (55) 67, nr. 3.39.

¹⁶⁰⁸ WESTLAW UK, “Shadow directors” (5 maart 2018), *Westlaw UK*, Thomson Reuters, (1) 2, nrs. 10-11; B. HANNIGAN, *Company Law – Sixth Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 136, nr. 7-24.

worden aangemerkt, of toch niet louter op grond van het feit dat de bestuurders van de dochter gewend zijn te handelen in overeenstemming met haar aanwijzingen of instructies¹⁶⁰⁹. Het gaat om:

- Hoofdstuk 2, houdende de algemene verplichtingen van bestuurders (zoals de “*duty to exercise reasonable care, skill and diligence*” (de verplichting tot inachtnaam van redelijke zorgvuldigheid, bekwaamheid en voortvarendheid)¹⁶¹⁰ of de “*duty to exercise independent judgment*” (de verplichting om een onafhankelijk oordeel te vellen)¹⁶¹¹, enz.).
 - o Zonder een uitdrukkelijke bepaling in deze zin zou kunnen worden beargumenteerd dat moedervenootschappen zogenaamde “*fiduciary duties*”¹⁶¹² en zorgplichten ten aanzien van hun dochtervenootschappen hebben, hetgeen de individuele rechtspersoonlijkheid van groepsvenootschappen zou ondermijnen¹⁶¹³.
- Hoofdstuk 4 inzake transacties waarvoor de goedkeuring van de aandeelhouders is vereist (zoals “*directors’ long-term service contracts*” (langetermijn-dienstverleningscontracten van bestuurders)¹⁶¹⁴, “*substantial property transactions*” (grote vastgoedtransacties)¹⁶¹⁵ of “*loans to directors*” (leningen aan bestuurders)¹⁶¹⁶) en Hoofdstuk 6 inzake een overeenkomst met de enige aandeelhouder die ook bestuurder is.
 - o Deze bepalingen worden nodig geacht om te vermijden dat elke groepstransactie tussen een dochter- en een moedervenootschap zou kunnen worden aangemerkt als een transactie met een “*shadow director*”, hetgeen tot gevolg zou hebben dat zij onderworpen zou zijn aan specifieke controles voorzien in de Hoofdstukken 4 en 6

¹⁶⁰⁹Zie ook P. LOOSE, J. YELLAND en D. IMPEY, *The Company Director. Powers and Duties*, Bristol, Jordans, 1993, 413; C. NOONAN en S. WATSON, “The nature of shadow directorship: ad hoc statutory intervention or core company law principle?”, *Journal of Business Law* 2006, (763) 768.

¹⁶¹⁰Zie sectie 174 van de *Companies Act 2006*.

¹⁶¹¹Zie sectie 173 van de *Companies Act 2006*.

¹⁶¹²Zie randnr. 315 hierboven.

¹⁶¹³A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (55) 67, nr. 3.40.

¹⁶¹⁴Zie sectie 188 van de *Companies Act 2006*.

¹⁶¹⁵Zie sectie 190 van de *Companies Act 2006*.

¹⁶¹⁶Zie sectie 197 van de *Companies Act 2006*.

van de *Companies Act 2006*¹⁶¹⁷.

- vii. De wettelijke definitie kan theoretisch breed worden toegepast, maar de rechtspraak is bijzonder streng en terughoudend in het aannemen van een “*shadow directorship*”

338. De wettelijke definitie van “*shadow director*” kent een vrij algemene formulering. Dit maakt dat verschillende personen er theoretisch kunnen onder vallen. Zouden, volgens de Engelse rechtsleer mogelijks als “*shadow directors*” kunnen worden aangemerkt¹⁶¹⁸:

- Controlerende aandeelhouders (met inbegrip van moedervenootschappen en holdings)

Controlerende aandeelhouders worden door verschillende auteurs getipt als personen die een groot risico lopen om als “*shadow director*” te worden aangemerkt¹⁶¹⁹. Zij lopen dit risico uiteraard pas wanneer zij meer doen dan het louter uitoefenen van hun wettelijke en statutaire rechten als aandeelhouder¹⁶²⁰. MORGAN J drukte dit in de zaak *Instant Access*

¹⁶¹⁷ A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (55) 67, nr. 3.40.

¹⁶¹⁸ P. LOOSE, J. YELLAND en D. IMPEY, *The Company Director. Powers and Duties*, Bristol, Jordans, 1993, 34 en 222; P. LOOSE, M. GRIFFITHS en D. IMPEY, *The Company Director. Powers, Duties and Liabilities*, Bristol, Jordans, 2000, 28; M. BRUCE, *Tolley’s Rights and Duties of Directors*, Edinburgh, LexisNexis, 2003, 5; L. SEALY en S. WORTHINGTON, *Cases and materials in company law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 360; PRACTICAL LAW CORPORATE, “UK Practice Note – Types of director: overview”, *Westlaw UK*, Thomson Reuters, (1) 5-6; J. BIRDS, D. ATTENBOROUGH, M. LEISER, M. SOLINAS, M. VARNEY en Z. Z. BENG, *Boyle & Birds’ Company Law*, London, LexisNexis, 2019, 525; L. ROACH, *Company Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 175.

¹⁶¹⁹ Zie o.m. J. H. FARRAR, N. E. FUREY, B. M. HANNIGAN en P. WYLIE, *Farrar’s company law*, London, Butterworth & Co (Publishers) Ltd, 1991, 341; S. GRIFFIN, “Problems in the identification of a company director”, *The Northern Ireland legal quarterly* 2003, (43) 50, vn. 32; S. WITNEY, “Duties owed by shadow directors: closing in on the puppet masters?”, *Journal of Business Law* 2016, afl. 4, (311) 313; M. BOWMER, *Shadow directors*, februari 2019, 11, nr. 29, elektronisch beschikbaar via <https://www.4newsquare.com/wp-content/uploads/2019/09/Shadow-Directors-by-Michael-Bowmer.pdf>; B. HANNIGAN, *Company Law – Sixth Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 136, nr. 7-22 en 138, nr. 7-29.

¹⁶²⁰ NOONAN en WATSON drukken dit zeer helder uit als volgt: “*Where a shareholder seeks to influence the company through “non-constitutional” means, its actions are likely to be subject to a greater level of legal scrutiny. By imposing liability on shadow directors, the legislature effectively encourages shareholders to exercise any control they might have through the constitutional organs of the company. If the controlling shareholder does not like the direction that a company is taking, that shareholder can call a meeting of the company and use the votes attaching to the controlling shareholder’s shares to remove the current directors and appoint new directors more sympathetic to the views of the controlling shareholder. Of course, it may be prudent for directors who wish to retain their positions to be mindful of the wishes of a controlling shareholder. What a controlling shareholder cannot do is step over the line and effectively become the controlling mind of the company such that the appointed directors do not exercise independent judgment when making decisions. Stepping over the line means that a controlling shareholder risks liability for breaches of certain obligations imposed on directors, because the*

Properties Ltd v Rosser uit als volgt: “A major shareholder can act in a way whereby he becomes a shadow director. However, being a shareholder whose views are relevant and considered influential by the directors does not of itself make a shareholder a shadow director”¹⁶²¹.

Men zal, in het licht van de definitie van “*shadow director*” in sectie 251(1) van de *Companies Act 2006*, moeten aantonen dat de bestuurders gewend zijn te handelen volgens hun aanwijzingen of instructies¹⁶²². Het is niet voldoende om alleen maar aan te tonen dat de bestuurders op hun voordracht werden benoemd en hen in de schoot van het bestuursorgaan vertegenwoordigen¹⁶²³.

In een groepscontext dient rekening te worden gehouden met hogervermelde sectie 251(3) van de *Companies Act 2006*¹⁶²⁴, ten gevolge waarvan een moedervennootschap of holding voor bepaalde doeleinden niet als een “*shadow director*” kan worden aangemerkt, *alleen* omdat de bestuurders van de dochtervennootschap (“*subsidiary*”) gewend zijn te handelen in overeenstemming met haar aanwijzingen of instructies. Deze afwijking gaat uit van de premisse dat een moedervennootschap of holding voor andere doeleinden wel een “*shadow director*” kan zijn¹⁶²⁵.

shareholder has become a shadow director” (zie C. NOONAN en S. WATSON, “The nature of shadow directorship: ad hoc statutory intervention or core company law principle?”, *Journal of Business Law* 2006, (763) 781-782).

¹⁶²¹ High Court of Justice Chancery Division (VK) 13 april 2018, *Instant Access Properties Ltd v Rosser*, EWHC 2018, 756 (Ch), §227.

¹⁶²² L. SEALY en S. WORTHINGTON, *Cases and materials in company law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 360. Een voorbeeld van een zaak waarbij een controlerende aandeelhouder met succes als “*shadow director*” werd aangemerkt is de zaak *Vivendi SA v Richards* (High Court of Justice Chancery Division (VK) 9 oktober 2013, *Vivendi SA v Richards*, WL 2013, 5336375, §§127-131). De controlerende aandeelhouder bleek in deze zaak het bedrijfsplan van de vennootschap en de strategie te hebben voorbereid, het contract met belangrijke adviseurs te hebben onderhouden en investeringen voor de vennootschap te hebben gezocht (en hij leek dus enigszins op een “*de facto director*”), maar hij was in de eerste plaats de persoon tot wie de enige “*de jure director*” zich wendde, naar wie hij zich schikte, en overeenkomstig wiens aanwijzingen en instructies de “*de jure director*” gewend was te handelen. Zie ook B. HANNIGAN, *Company Law – Sixth Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 138, nr. 7-28.

¹⁶²³ J. H. FARRAR, N. E. FUREY, B. M. HANNIGAN en P. WYLIE, *Farrar’s company law*, London, Butterworth & Co (Publishers) Ltd, 1991, 341, vn. 11.

¹⁶²⁴ Zie randnr. 337 hierboven.

¹⁶²⁵ J. H. FARRAR, N. E. FUREY, B. M. HANNIGAN en P. WYLIE, *Farrar’s company law*, London, Butterworth & Co (Publishers) Ltd, 1991, 342; S. W. MAYSON, D. FRENCH en C. L. RYAN, *Mayson, French and Ryan on company law*, London, Blackstone Press Limited, 2000, 441; P. LOOSE, M. GRIFFITHS en D. IMPEY, *The*

- Individuele bestuurders van een (controleerende) aandeelhouder

Niet enkel (controleerende) aandeelhouders, maar ook bestuurders van een (controleerende) aandeelhouder zouden onder de definitie van “*shadow director*” kunnen vallen, met name wanneer zij individueel acties hebben ondernomen die van hen “*shadow directors*” kunnen maken¹⁶²⁶.

Men denke bijvoorbeeld aan de uitvoerende bestuurders van een moederverenootschap die van tijd tot tijd individueel en persoonlijk aanwijzingen geven aan de bestuurders van een dochterverenootschap en die daardoor persoonlijk als “*shadow directors*” van de dochter zouden kunnen worden aangemerkt¹⁶²⁷. De sleutelwoorden zijn in deze context individueel en persoonlijk. Blijkt dat de uitvoerende bestuurders hebben gehandeld in hun hoedanigheid van bestuurders van de moeder, door besluiten te nemen op de bestuursvergaderingen, dan zullen niet zij, maar dan zal de moeder gebeurlijk als “*shadow director*” van de dochter kunnen worden aangemerkt¹⁶²⁸.

- Adviseurs, in het bijzonder management consultants of zogenaamde “*company doctors*”

Professionele adviseurs genieten bij de uitoefening van hun adviesopdracht een bijzondere bescherming krachtens sectie 251(2)(a) van de *Companies Act 2006*. Echter, zoals eerder al opgemerkt, is die bescherming niet absoluut¹⁶²⁹. Er kan ook bij professioneel advies een grens worden overschreden, waardoor een adviseur toch onder de wettelijke definitie van “*shadow director*” kan vallen.

In de zaak *Re Tasbian Ltd (No 3)* werd het standpunt ingenomen dat een ervaren “*company*

Company Director. Powers, Duties and Liabilities, Bristol, Jordans, 2000, 27; M. BOWMER, *Shadow directors*, februari 2019, 11, nr. 33, elektronisch beschikbaar via <https://www.4newsquare.com/wp-content/uploads/2019/09/Shadow-Directors-by-Michael-Bowmer.pdf>.

¹⁶²⁶ High Court of Justice Chancery Division (VK) 20 juni 1996, *Secretary of State for Trade and Industry v Laing*, 2 BCLC 1996, 324.

¹⁶²⁷ R. PENNINGTON, *Directors' Personal Liability*, London, Collins Professional and Technical Books, 1987, 29.

¹⁶²⁸ PRACTICAL LAW CORPORATE, “UK Practice Note – Types of director: overview”, *Westlaw UK*, Thomson Reuters, (1) 6. Zie ook Supreme Court (VK) 24 november 2010, *Revenue and Customs Commissioners v Holland in Re Paycheck Services 3 Ltd*, 1 WLR 2010, (2793) 2812, §42.

¹⁶²⁹ Zie randnr. 333 hierboven.

doctor” die als consultant was aangesteld om een vennootschap te helpen bij haar financieel herstel, een “*shadow director*” was¹⁶³⁰. De persoon:

- was aangesteld en benoemd door de vennootschap;
- had een informeel moratorium met de schuldeisers onderhandeld;
- had de handelsactiviteiten van de vennootschap gecontroleerd en had het bestuur bijgestaan;
- had, in het bijzonder met het “*Department of Trade*” (DTI) en de “*Inland Revenue*” (belastingdienst) onderhandeld;
- had een volmacht op de bankrekening van de vennootschap gekregen;
- had de overdracht van arbeidskrachten naar een andere vennootschap aanbevolen; en
- werd door de bestuurders *de jure* gezien als een “*shadow*”, of zelfs een “*managing*” “*director*” van de vennootschap¹⁶³¹.

Het *Court of Appeal* overwoog dat bepaalde van deze elementen op zichzelf onvoldoende waren voor een kwalificatie als “*shadow director*”¹⁶³², zoals de onderhandelingen met de schuldeisers over een uitstel van betaling, maar dat andere elementen hier wel aanleiding toe konden geven, in het bijzonder de bewering dat de betrokkene toezicht had gehouden op de handelsactiviteiten van de vennootschap en het bestuur had gecontroleerd.

Het gevaar bij de uitoefening van een zogenaamde “*management consulting*” opdracht in een onderneming in moeilijkheden is dat de grens van het louter adviseren over alternatieve handelwijzen en het overlaten van de keuze aan het bestuur van de onderneming soms wordt verlegd naar het op zich nemen van een besluitvormingsfunctie¹⁶³³. Wanneer dat

¹⁶³⁰ High Court of Justice Chancery Division (Companies Court) (VK) 26 april 1991, *Re Tasbian Ltd (No 3)*, *BCLC* 1991, 792.

¹⁶³¹ Zie ook PRACTICAL LAW CORPORATE, “UK Practice Note – Types of director: overview”, *Westlaw UK*, Thomson Reuters, (1) 6.

¹⁶³² Merk op dat het Court of Appeal in de zaak *Re Tasbian Ltd (No 3)* eigenlijk grotendeels in het midden laat of de betrokkene een “*shadow*” dan wel een “*de facto director*” uitmaakte. Zie High Court of Justice Chancery Division (Companies Court) (VK) 26 april 1991, *Re Tasbian Ltd (No 3)*, *BCC* 1991, (435) 435-436.

¹⁶³³ M. BOWMER, *Shadow directors*, februari 2019, 12, nr. 34, elektronisch beschikbaar via <https://www.4newsquare.com/wp-content/uploads/2019/09/Shadow-Directors-by-Michael-Bowmer.pdf>.

gebeurt, loert het risico op een kwalificatie als “*shadow director*” om de hoek.

- Kredietverleners (in het bijzonder banken) en (belangrijke) schuldeisers

Twee andere groepen van personen die er volgens diverse Engelse auteurs zeer goed over moeten waken om niet als “*shadow directors*” te worden aangemerkt, zijn kredietverleners (in het bijzonder banken) en (belangrijke) schuldeisers¹⁶³⁴. Zij zouden omwille van hun vaak dominante positie tegenover hun wederpartij, de vennootschap, een verhoogd risico lopen om als feitelijke beleids- en beslissingsmakers te worden aanzien¹⁶³⁵.

339. Hogervermelde categorieën van personen klinken zeer bekend in de oren. De parallel met de categorieën van personen die in ons land in verband worden gebracht met de notie “feitelijke bestuurder” is dan ook erg treffend¹⁶³⁶. Dit is overigens niet de enige gelijkenis met de Belgische context. Verder onderzoek wijst uit dat waar er in de Belgische rechtspraak niet gemakkelijk tot het bestaan van een “feitelijke bestuurderschap” wordt besloten, dit evenzeer geldt in de Engelse rechtspraak voor het bestaan van een “*shadow directorship*”¹⁶³⁷. De redenen daarvoor hoeven niet al te ver te worden gezocht en werden eigenlijk al in belangrijke mate vermeld: het geven van “beroepsmatig advies” plaatst de betrokken beroepsbeoefenaar buiten het toepassingsgebied van

¹⁶³⁴ J. H. FARRAR, N. E. FUREY, B. M. HANNIGAN en P. WYLIE, *Farrar's company law*, London, Butterworth & Co (Publishers) Ltd, 1991, 342; S. GRIFFIN, “Problems in the identification of a company director”, *The Northern Ireland legal quarterly* 2003, (43) 50, vn. 32; PRACTICAL LAW CORPORATE, “UK Practice Note – Types of director: overview”, *Westlaw UK*, Thomson Reuters, (1) 6. Zie ook A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (55) 66, nr. 3.36; M. BOWMER, *Shadow directors*, februari 2019, 12, nr. 35, elektronisch beschikbaar via <https://www.4newsquare.com/wp-content/uploads/2019/09/Shadow-Directors-by-Michael-Bowmer.pdf>.

¹⁶³⁵ Zie ook P. LOOSE, M. GRIFFITHS en D. IMPEY, *The Company Director. Powers, Duties and Liabilities*, Bristol, Jordans, 2000, 184: “... a distribution agreement requiring a company to order minimum quantities of the manufacturer's products does not make the manufacturer a shadow director of the distribution company. There may, however, be dangers in a contract which facilitates continuing control over a company, not directly by its terms, but by substituting the discretion of the other party for that of the board in the conduct of the company's affairs or some major part of them”; M. KEMP en Z. HANDFORTH, “Shadow directors: keeping on the sidelines”, *PLC Magazine* 2011, afl. 22/8, 43-49.

¹⁶³⁶ Zie voor de categorieën van personen die in België in verband worden gebracht met de notie “feitelijke bestuurder”, randnrs. 128-180 hierboven.

¹⁶³⁷ Zie over de Belgische context randnr. 128 hierboven. Voor de Engelse context kan bv. worden verwezen naar High Court of Justice Chancery Division (Companies Court) (VK) 28 april 1988, *Re a Company No005009 of 1987*, 4 BCC, 424; High Court of Justice Chancery Division (Companies Court) (VK) 30 november 1989, *Re MC Bacon Ltd (No 1)*, BCLC 1990, (324) 325; High Court of Justice Chancery Division (VK) 18 november 1994, *Re PTZFM Ltd*, 2 BCLC 1995, 354.

de definitie¹⁶³⁸, en het is reeds lang duidelijk dat het hebben van controle over één bestuurder, of zelfs meerdere bestuurders, onvoldoende is; de vermeende “*shadow director*” moet in staat zijn de handelingen van de vennootschap te bepalen, en dit betekent dat hij controle moet hebben over alle, of op zijn minst een beslissende meerderheid van de bestuurders *de jure*¹⁶³⁹.

Verder wordt net als in de Belgische rechtspraak aangenomen dat kredietverleners en schuldeisers het recht hebben hun eigen belangen als schuldeisers contractueel te beschermen, zonder daardoor noodzakelijkerwijze een “*shadow director*” te worden¹⁶⁴⁰.

In de eerder genoemde zaak *Ultraframe (UK) Ltd v Fielding*¹⁶⁴¹ oordeelde LEWISON J hierover in niet mis te verstane bewoordingen: “*A lender is entitled to keep a close eye on what is done with his money, and to impose conditions on his support for the company. This does not mean he is running the company or is emasculating the powers of the directors, even if (given their situation) the directors feel that they have little practical choice but to accede to his requests. Similarly with customers who may, because of their buying power, be able effectively to dictate conditions to their suppliers (or the other way around). In other words a position of influence (even a position of strong influence) is not necessarily a fiduciary position. To find otherwise would place a wholly unfair and unnatural burden on men of business*”¹⁶⁴².

De lat om als “*shadow director*” te worden aangemerkt, wordt in hoofde van kredietverleners en schuldeisers in de praktijk erg hoog gelegd; net zoals in de Belgische context. In de zaak *Standish v Royal Bank of Scotland plc* bijvoorbeeld, werd beweerd dat een herstructurering was aangestuurd door een “*shadow director*”, die in wezen een belangrijke schuldeiser vertegenwoordigde. De *High Court of Justice* ging niet mee in het “*shadow directorship*”-verhaal, stellende dat de raad van

¹⁶³⁸ Zie hierover randnr. 332 hierboven.

¹⁶³⁹ Zie hierover randnr. 329 hierboven.

¹⁶⁴⁰ A. KEAY, *Directors' Duties*, Bristol, Jordans, 2014, 19, nr. 2.27; S. WITNEY, “Duties owed by shadow directors: closing in on the puppet masters?”, *Journal of Business Law* 2016, afl. 4, (311) 313; A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (55) 66, nr. 3.36; D. FRENCH, *Mayson, French & Ryan on Company Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 408. Zie ook de bedenking van HANNIGAN: “*If creditors were to find that the enforcement of their contractual rights (which may be extensive) gives rise to a shadow directorship, that could have an unwelcome chilling effect on lending, something which the courts are likely to have in mind when faced with an allegation that a creditor is a shadow director*” (B. HANNIGAN, *Company Law – Sixth Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 136, nr. 7-22 en 138, nr. 7-29), welke in de Belgische context doet denken aan de kanttekening van MERCHIERS (randnr. 131 hierboven).

¹⁶⁴¹ Zie randnr. 329 hierboven.

¹⁶⁴² High Court of Justice Chancery Division (VK) 27 juli 2005, *Ultraframe (UK) Ltd v Fielding*, WL 2005, 1801204, §1268.

bestuur en de aandeelhouders van de vennootschap met de herstructurering hadden ingestemd, niet vanwege de aanwijzingen van een “*shadow director*”, maar omdat zij zelf hadden ingezien dat deze operatie commercieel gezien noodzakelijk was¹⁶⁴³.

viii. De “*shadow director*” en de “*corporate veil*”

340. Volgens NOONAN en WATSON wordt in de praktijk vaak beweerd dat het feit dat een aandeelhouder in de hoedanigheid van “*shadow director*” aansprakelijk kan worden gesteld voor de schending van een plicht die een bestuurder jegens de vennootschap heeft, een zogenaamde “*piercing*” of “*lifting of the corporate veil*” (doorbraak van rechtspersoonlijkheid) impliceert¹⁶⁴⁴. Deze bewering is volgens hen niet helemaal correct. Het opheffen van de “*corporate veil*” en het aansprakelijk stellen van een aandeelhouder als “*shadow director*” kunnen inderdaad allebei tot gevolg hebben dat aansprakelijkheid wordt opgelegd aan een persoon die de vennootschap kan controleren en dat ook daadwerkelijk doet (anders dan via de formele procedures die in de wet en de statuten van de vennootschap zijn vastgelegd). Echter, indien het opheffen of “*liften*” van “*the corporate veil*” en het aansprakelijk stellen van een aandeelhouder als “*shadow director*” echt gelijk zouden zijn, dan zou de aandeelhouder-“*shadow director*” steeds aansprakelijk zijn voor de volledige omvang van de door de vennootschap geleden verliezen, omdat er geen onderscheid meer tussen zijn vermogen en het vermogen van de vennootschap zou bestaan. NOONAN en WATSON wijzen erop dat dit in het Engelse recht en de rechtspraak rond “*shadow directors*” zeker niet het geval is¹⁶⁴⁵. Er wordt in de rechtsleer volgens hen te snel en te gemakkelijk over een “*piercing*” of “*lifting of the corporate veil*” gesproken, en het is juridisch niet altijd even duidelijk wat daar precies mee wordt bedoeld¹⁶⁴⁶.

Dat een “*shadow directorship*” geen opheffing van de “*corporate veil*” impliceert, zou, aldus

¹⁶⁴³ High Court of Justice in the Business and Property Courts of England and Wales Chancery Division (VK) 19 november 2019, *Standish v Royal Bank of Scotland plc*, WL 2019, 06135659, §§75-76.

¹⁶⁴⁴ C. NOONAN en S. WATSON, “The nature of shadow directorship: ad hoc statutory intervention or core company law principle?”, *Journal of Business Law* 2006, (763) 764. Merk op dat dit ook in het Belgische recht een gangbare opvatting is, zie randnr. 150 hierboven.

¹⁶⁴⁵ C. NOONAN en S. WATSON, “The nature of shadow directorship: ad hoc statutory intervention or core company law principle?”, *Journal of Business Law* 2006, (763) 785.

¹⁶⁴⁶ Zie ook S. OTTOLENGHI, “From Peeping Behind the Corporate Veil, to Ignoring it Completely”, *The Modern Law Review* 1990, afl. 53/3, 338-353.

NOONAN en WATSON, ook blijken uit het feit dat “*shadow directors*”-aandeelhouders niet anders worden behandeld dan andere “*shadow directors*”. Het bezit van aandelen, of zelfs van een meerderheid van de aandelen, is noch een noodzakelijke, noch een voldoende voorwaarde om een aandeelhouder als “*shadow director*” te kunnen aanmerken, laat staan om hem aansprakelijk te kunnen stellen. Een “*shadow director*” kan op diverse manieren zeggenschap uitoefenen en hoeft zijn zeggenschap niet noodzakelijk te ontleen aan het aandeelhouderschap. Zeggenschap kan worden ontleend aan of voortvloeien uit verschillende zaken zoals dwang, omkoping of sociale en morele verplichtingen, bijvoorbeeld uit de invloed van een echtgenote op haar echtgenoot of *vice versa*¹⁶⁴⁷. Wat alle “*shadow directors*” (of zij nu aandelen bezitten of niet) gemeen hebben, is dat zij feitelijk de uitoefening controleren van besluitvormingsfuncties die eigenlijk functies van de raad van bestuur zouden moeten zijn¹⁶⁴⁸.

II. WANNEER IS IEMAND IN HET AUSTRALISCHE VENNOOTSCHAPSRECHT EEN “*DE FACTO*” OF “*SHADOW DIRECTOR*”?

A. *De facto directors*

i. Inleiding

341. Waar de Engelse notie “*de facto director*” zuiver jurisprudentieel is van aard en nergens in de vennootschapswetgeving inhoudelijk is omschreven, is dit anders voor wat men zou kunnen bestempelen als de Australische notie “*de facto director*”. De inhoudelijke omschrijving van de Australische notie “*de facto director*” maakt deel uit van de wettelijke definitie van het begrip “*director*” in sectie 9 van de *Corporations Act 2001*. In sectie 9(b)(i) van de *Corporations Act 2001* kan men namelijk lezen: “*director of a company or other body means unless the contrary intention appears*¹⁶⁴⁹, ***a person who is not validly appointed as a director if they act in the position***

¹⁶⁴⁷C. NOONAN en S. WATSON, “The nature of shadow directorship: ad hoc statutory intervention or core company law principle?”, *Journal of Business Law* 2006, (763) 786.

¹⁶⁴⁸C. NOONAN en S. WATSON, “The nature of shadow directorship: ad hoc statutory intervention or core company law principle?”, *Journal of Business Law* 2006, (763) 786. Zie ook E. HADJINESTOROS, “Stigmata of fiduciary duties in shadow directorship”, *Company Lawyer* 2012, afl. 33/11, (331) 332: “What is needed is for the board to abandon ‘its decision-making functions and ... become accustomed to following the directions of the shadow director’”.

¹⁶⁴⁹Zie over dit *caveat* verder randnr. 368.

of a director” (eigen nadruk: een persoon die niet rechtsgeldig als bestuurder is benoemd indien hij in de positie van een bestuurder handelt)¹⁶⁵⁰. Men neemt algemeen aan dat deze bewoordingen verwijzen naar de persoon van de “*de facto director*”¹⁶⁵¹, ook al wordt deze term nergens in de wettekst zelf gebruikt.

De omschrijving van de notie “*de facto director*” in de wet lijkt duidelijk, maar is vrij algemeen geformuleerd. De Australische rechtbanken hebben zich er dan ook al verschillende keren over moeten buigen. In wat volgt worden de belangrijkste punten uit de rechtspraak op een rijtje gezet en wordt duidelijk gemaakt hoe de Australische rechtbanken de wettelijke bewoordingen precies interpreteren.

- ii. De zaak *Corporate Affairs Commission v Drysdale*: het startpunt van het Australische denken rond “*de facto directors*”; een denken in het zog van de Engelse rechtspraak, maar toch ook niet helemaal

342. Alvorens nader op de jurisprudentiële interpretatie van de wettelijke omschrijving van de notie “*de facto director*” in te gaan, dient even kort in herinnering te worden gebracht dat deze omschrijving nog maar sinds 1981 in de Australische vennootschapswetgeving is opgenomen¹⁶⁵². In het verleden omvatte de wettelijke definitie van het begrip “*director*” geen omschrijving van de notie “*de facto director*”; onder een “*director*” werd verstaan: “*any person occupying the position of director of a corporation by whatever name called and includes a person in accordance with whose directions or instructions the directors of a corporation are accustomed to act*”. Het tweede deel van de definitie verwees naar de notie “*shadow director*”, welke verderop in dit hoofdstuk

¹⁶⁵⁰ In secties 5(1) van de *Companies Act 1981* en 60(1)(a) van de *Corporations Act 1989*, die historisch aan de huidige *Corporations Act 2001* voorafgingen, werd er gesproken over “*a person occupying or acting in the position of director whether or not validly appointed to occupy, or duly authorised to act in, the position*” (eigen nadruk). Zie ook randnr. 300 en 302 hierboven, alsook randnr. 303.

¹⁶⁵¹ Zie bv. J. CASSIDY, *Corporations Law*, Sydney, The Federation Press, 2013, 185, nr. 9.50; S. H.C. LO, *In Search of Corporate Accountability: Liabilities of Corporate Participants*, Cambridge, Cambridge Scholars Publishing, 2016, 275-276; R. BAXT, *Duties and responsibilities of directors and officers*, Sydney, The Australian Institute of Company Directors, 2016, 23 e.v. Zie ook Supreme Court of New South Wales (AU) 30 maart 2010, *Buzzle Operations Pty Ltd (in liquidation) v Apple Computer Australia Pty Ltd*, NSWSC 2010, (384) 435, §227; Federal Court of Australia (AU) 21 februari 2012, *Grimaldi v Chameleon Mining NL (No 2)*, FCAFC 2012, (296) 318, §47.

¹⁶⁵² Zie randnr. 301 hierboven.

onder de loep wordt genomen¹⁶⁵³. Het eerste deel van de definitie luidde precies hetzelfde als de wettelijke definitie van “*director*” in de Engelse vennootschapswetgeving¹⁶⁵⁴. Echter, waar in het Engelse recht en de Engelse rechtspraak al snel werd aangenomen dat de definitie van “*director*” op een ruime, en niet-exhaustieve, wijze is geformuleerd, en niet enkel naar “*de jure directors*” verwijst, maar ook “*de facto directors*” kan omvatten¹⁶⁵⁵ (een notie waarvan de invulling doorheen de tijd evolueerde), werd in het Australische recht een andere opvatting gehuldigd. Men nam aan dat de woorden “... *by whatever name called*” uitsluitend verwezen naar personen die bestuurders waren, maar met een andere benaming werden aangeduid. Ze verwezen, aldus de heersende opvatting, niet naar “*de facto directors*”, maar waren erop gericht om de bestuurders van buitenlandse vennootschappen binnen het toepassingsgebied van de wetgeving te brengen, nu deze niet altijd de benaming “*director*” hadden, maar ook andere benamingen zoals “*governor*” of “*controller*”¹⁶⁵⁶. Met deze zienswijze werd gebroken in de zaak *Corporate Affairs Commission v Drysdale*¹⁶⁵⁷ (de procedure tot herziening van de beslissing in *R v Drysdale*¹⁶⁵⁸). In deze zaak werd, onder meer met verwijzing naar de Engelse zaken *Re Canadian Land Reclaiming and Colonizing Co* en *New Par Consols Ltd*¹⁶⁵⁹, geoordeeld dat waar er in de wet over een “*director*” wordt gesproken, dit begrip ook een “*de facto director*” kan omvatten¹⁶⁶⁰.

AICKIN J. drukte zulks uit als volgt: “*In these circumstances I am of opinion that it is now too late to say that the word “director” in these sections and their successors is confined to directors properly so called and duly appointed to such office, whatever view I might have taken in the absence of the authorities. This is, however, not to say that the term “director” wherever it is used in the Act bears this meaning. Whether it should be given this meaning in other sections will depend upon the terms, context and purpose of such sections*”¹⁶⁶¹.

¹⁶⁵³ Zie hieronder randnrs. 349 e.v.

¹⁶⁵⁴ Zie randnr. 285 hierboven.

¹⁶⁵⁵ Zie hierboven randnrs. 285 en 308 e.v.

¹⁶⁵⁶ High Court of Australia (AU) 19 december 1978, *Corporate Affairs Commission v Drysdale*, 141 CLR 236, §§243 en 247; Federal Court of Australia (AU) 21 februari 2012, *Grimaldi v Chameleon Mining NL (No 2)*, FCAFC 2012, (296) 315, §35.

¹⁶⁵⁷ High Court of Australia (AU) 19 december 1978, *Corporate Affairs Commission v Drysdale*, 141 CLR 236.

¹⁶⁵⁸ Zie over deze zaak randnr. 301 hierboven.

¹⁶⁵⁹ Zie High Court of Australia (AU) 19 december 1978, *Corporate Affairs Commission v Drysdale*, 141 CLR 236, §§241, 253 en 254.

¹⁶⁶⁰ High Court of Australia (AU) 19 december 1978, *Corporate Affairs Commission v Drysdale*, 141 CLR 236, §256.

¹⁶⁶¹ High Court of Australia (AU) 19 december 1978, *Corporate Affairs Commission v Drysdale*, 141 CLR 236, §256.

343. De Australische wetgever pikte deze rechtspraak op, en zorgde, zoals eerder aangegeven, voor een codificatie ervan in de wettelijke definitie van het begrip “*director*”¹⁶⁶². Alles wijst erop dat hij zich voor de nieuwe bewoordingen van de definitie liet inspireren door een overweging van MASON J. Die stelde namelijk: “*Even if the function of that part of the definition is not to include a de facto director and is only to include a director of a foreign corporation described by a different name, it proceeds on the footing that one who occupies the position of director is a director. To say that a person occupies a position or office is to say something more than that he holds the position or office. The first statement denotes one who acts in the position, with or without lawful authority; the second denotes one who is the lawful holder of the office*”¹⁶⁶³ (eigen nadruk)¹⁶⁶⁴.

De interpretatie die aanvankelijk aan de wettelijke omschrijving van de notie “*de facto director*” werd gegeven in de Australische praktijk, lag in lijn met invulling die de notie helemaal in het begin in de Engelse rechtspraak kreeg¹⁶⁶⁵. Zo werden er in de eerste plaats personen onder begrepen wier benoeming als “*director*” gebreken vertoonde¹⁶⁶⁶.

- iii. De verruimde invulling na de zaak *Mistmorn Pty Ltd (in liquidation) & Anor v Yasseen*: niet alleen personen met een gebrekkige benoeming, maar ook personen die nooit tot bestuurder benoemd zijn geweest

344. Een volgende stap in het denken rond de Australische notie “*de facto director*” werd gezet in de tweede helft van de jaren 1990 in de befaamde zaak *Mistmorn Pty Ltd (in liquidation) & Anor v Yasseen*¹⁶⁶⁷. De krachtlijnen van deze zaak kunnen worden samengevat als volgt. Mevrouw Hamad woonde samen met de heer Yasseen en was bestuurder van de vennootschap *Mistmorn Pty*

¹⁶⁶²Zie randnr. 301 hierboven.

¹⁶⁶³High Court of Australia (AU) 19 december 1978, *Corporate Affairs Commission v Drysdale*, 141 CLR 236, §242.

¹⁶⁶⁴Zoals eerder aangestipt werd er in de definitie aanvankelijk gebruik gemaakt van de formulering “*occupying or acting in the position of director*”, welke naderhand werd ingekort tot het nu in sectie 9(b)(i) van de *Corporations Act 2001* gekende “*act in the position of a director*”; zie randnr. 303 hierboven.

¹⁶⁶⁵Zie randnr. 308 hierboven.

¹⁶⁶⁶R. AUSTIN, H. FORD en I. RAMSAY, *Company Directors. Principles of Law and Corporate Governance*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2005, 214; R. BAXT, *Duties and responsibilities of directors and officers*, Sydney, The Australian Institute of Company Directors, 2016, 24.

¹⁶⁶⁷Federal Court of Australia (AU) 2 augustus 1996, *Mistmorn Pty Ltd (in liquidation) and Another v Yasseen*, 33 ATR, 332.

Ltd. De heer Yasseen was naar eigen zeggen geen bestuurder van Mistmorn Pty Ltd, maar uit zijn betrokkenheid bij de operationele bedrijfsvoering kwam duidelijk naar voor dat hij de drijvende kracht was achter de vennootschap. Hoewel hij betrokken was bij alle zaken waarbij een bestuurder normaal gesproken betrokken is, omschreef hij zichzelf als een *consultant* van de vennootschap. De vennootschap (die inmiddels *in liquidation* was) en de aangestelde *liquidator* hadden de heer Yasseen voor de rechter gedaagd wegens vermeende nalatigheid (*alleged negligence*), wanbetaling (*default*), vertrouwensbreuk (*breach of trust*), en de schending van zijn zorgplicht als bestuurder. Zij hadden hun vordering onder meer gebaseerd op een aantal betalingen van de vennootschap aan de heer Yasseen. Die laatste had aangevoerd dat hij officieel nooit als bestuurder van Mistmorn Pty Ltd benoemd was geweest en dat hij dus onmogelijk als dusdanig kon worden beschouwd en aangesproken. Het *Federal Court of Australia* wees dit verweer af. Het oordeelde, voortbouwend op de zaak *Corporate Affairs Commission v Drysdale*, dat de heer Yasseen kon worden aangemerkt als een “*de facto director*”, en in die hoedanigheid net als een bestuurder aansprakelijk kon worden gesteld¹⁶⁶⁸. De interpretatie van de in de wet verankerde notie “*de facto director*” werd zo verruimd van personen met een gebrekkige benoeming als bestuurder, naar personen die nooit eerder tot bestuurder benoemd waren geweest.

- iv. De zaak *Deputy Commission of Taxation v Austin*: wanneer kan men zeggen dat iemand in de positie van een bestuurder handelt (“*act[s] in the position of a director*”)?

345. In 1998 werd in de zaak *Deputy Commission of Taxation v Austin*¹⁶⁶⁹ door MADGWICK J ingegaan op de betekenis van de wettelijke bewoordingen “*occupying or acting in the position of a director*” zoals opgenomen in de op dat ogenblik vigerende definitie van “*director*” (sectie 60(a) van de *Corporations Act 1989*). Deze bewoordingen werden naderhand weliswaar aangepast en ingekort tot “*act in the position of a director*” (zie sectie 9(b)(i) van de *Corporations Act 2001*), maar dit betrof louter een legistische vereenvoudiging en geenszins een inhoudelijke wijziging¹⁶⁷⁰. Wat MADGWICK J in 1998 opmerkte, blijft aldus relevant voor de huidige definitie.

¹⁶⁶⁸ Federal Court of Australia (AU) 2 augustus 1996, *Mistmorn Pty Ltd (in liquidation) and Another v Yasseen*, 33 ATR, (332) 342.

¹⁶⁶⁹ Federal Court of Australia (AU) 27 augustus 1998, *Deputy Commissioner of Taxation v Austin*, FCA 1034.

¹⁶⁷⁰ Zie randnr. 303 hierboven.

De kern van de zaak *Deputy Commission of Taxation v Austin* kan worden samengevat als volgt. De heer Austin was vanuit zijn goede en onzelfzuchtige aard en omdat hij zijn voormalige collega-bestuurders wenste te helpen, handelingen blijven stellen voor Talljade Pty Ltd, de vennootschap waarvan hij voorheen bestuurder was geweest. Tot die handelingen behoorde o.m. het voeren van onderhandelingen (namens de vennootschap) met de *Deputy Commissioner of Taxation*, het medeondertekenen van bepaalde documenten en cheques van de vennootschap en het onderhandelen met de schuldeisers. Bepaalde door de vennootschap aan de *Deputy Commissioner of Taxation* verschuldigde bedragen bleken niet te zijn betaald en de heer Austin werd persoonlijk voor deze bedragen aangesproken als “*de facto director*” van de vennootschap. Hij probeerde zich nog te verweren door aan te voeren dat hij louter hulp of bijstand had geboden aan de bestuurders en dus niet als een bestuurder had gehandeld, maar dit argument werd niet gevolgd¹⁶⁷¹.

MADGWICK J stelde ter zake: “*Directors are, of course, subject to the Law and the company’s articles, entitled to delegate their powers and functions to other officers or employees of a company; in the case of a large company, this would appear inevitable. But that is not to say that those others necessarily then act in the capacity of a director (nor that a director who has delegated a substantial part of his or her authority ceases to act in that capacity). Whether a delegate or intermeddler is acting as a director will depend upon the nature of the functions or powers which are exercised and the extent of their exercise*”¹⁶⁷² (eigen nadruk).

Volgens MADGWICK J bleek uit alle feitelijke elementen in de zaak, zoals de activiteiten die de heer Austin had uitgeoefend en het feit dat hij gedurende een aanzienlijke periode in de zaken van de vennootschap betrokken was gebleven, dat de heer Austin als een bestuurder had gehandeld. Hij kon worden gekwalificeerd als een “*de facto director*” en viel in die hoedanigheid onder de op dat ogenblik vigerende wettelijke definitie van “*director*” (sectie 60(a) van de *Corporations Act 1989*). MADGWICK J stelde over de bewoordingen daarvan: “*The test in the statute is not whether a person has done acts which only a director can lawfully do, but whether he or she has occupied or acted in the position of a director. Directors commonly do not confine their actions to things*

¹⁶⁷¹ Federal Court of Australia (AU) 27 augustus 1998, *Deputy Commissioner of Taxation v Austin*, FCA 1034. Zie ook R. BAXT, *Duties and responsibilities of directors and officers*, Sydney, The Australian Institute of Company Directors, 2016, 24.

¹⁶⁷² Federal Court of Australia (AU) 27 augustus 1998, *Deputy Commissioner of Taxation v Austin*, FCA 1034. Cf. in de Belgische context is het hebben van een volmacht ook geen absolute bescherming tegen een kwalificatie als feitelijke bestuurder; zie hierover randnr. 97 hierboven.

which only they can lawfully do. Sometimes, indeed, they do quite unlawful things while still acting as directors”¹⁶⁷³ (eigen nadruk).

346. MADGWICK J ging in de zaak *Deputy Commission of Taxation v Austin* zoals gezegd ook nader in op de vraag wat precies moet worden verstaan onder een handelen als bestuurder of in de positie van een bestuurder. Hij stelde daarover: “*The variety of commercial and corporate life is such that it seems to me unprofitable to attempt a general statement as to what is meant by acting as a director. Whether a person does so act will often be a question of degree*”¹⁶⁷⁴, **and requires a consideration of the duties performed by that person in the context of the operations and circumstances of the particular company concerned**” (eigen nadruk). Zijn volgens MADGWICK J onder meer relevante factoren¹⁶⁷⁵:

- De grootte van de vennootschap: in een grote en gediversifieerde vennootschap geldt een grote(re) mate van vrijheid voor de werknemers van de vennootschap bij de behandeling van bepaalde belangrijke zaken (zonder dat zij daardoor “*de facto directors*” worden)¹⁶⁷⁶;
- De interne praktijken en/of organisatie van de vennootschap: voor bepaalde taken kan het passender zijn deze te kwalificeren als door de betrokkene verricht in de hoedanigheid van deskundig werknemer of consultant, eerder dan als bestuurder; en
- De manier waarop de betrokkene werd gepercipieerd door derden die met de vennootschap handelen: zagen zij hem als een bestuurder, dan zou hieruit kunnen worden afgeleid dat hij zichzelf ook zo voordeed en als dusdanig handelde.

¹⁶⁷³ Federal Court of Australia (AU) 27 augustus 1998, *Deputy Commissioner of Taxation v Austin*, FCA 1034. Zie ook R. BAXT, *Duties and responsibilities of directors and officers*, Sydney, The Australian Institute of Company Directors, 2016, 25; J. HARRIS, A. HARGOVAN en M. ADAMS, *Australian Corporate Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2016, 399. Cf. in de Belgische context kunnen voorwerpoverschrijdende handelingen tevens aanleiding geven tot een kwalificatie als feitelijke bestuurder, zie randnr. 77 hierboven.

¹⁶⁷⁴ Zie ook Federal Court of Australia (AU) 21 februari 2012, *Grimaldi v Chameleon Mining NL (No 2)*, FCAFC 2012, (296) 322, §66.

¹⁶⁷⁵ Federal Court of Australia (AU) 27 augustus 1998, *Deputy Commissioner of Taxation v Austin*, FCA 1034. Zie ook R. AUSTIN en I. RAMSAY, *Ford, Austin and Ramsay's Principles of Corporations Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2015, 421; R. AUSTIN en I. RAMSAY, *Ford, Austin and Ramsay's Principles of Corporations Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2018, 452.

¹⁶⁷⁶ Zie ook Supreme Court of Victoria (AU) 20 april 2011, *Xie v Crisp and Others*, 248 FLR 2011, (265), 297, §171: “*The nature of the acts performed by directors will vary dependent upon the type of company it is. The smaller the company, the more likely it is that the directors will be involved in day to day operational issues as well as high level management decisions*”.

De overwegingen van MADGWICK J in de zaak *Deputy Commission of Taxation v Austin* worden gezien als een belangrijke waarschuwing aan het adres van personen die worden uitgenodigd om vennootschappen bij te staan en operationeel in hun zaken tussen te komen. Dergelijke personen mogen hun rol binnen de vennootschap niet te ruim opvatten of invullen, want anders lopen zij het risico om het label “*de facto director*” opgeplakt te krijgen¹⁶⁷⁷.

- v. De zaak *Natcomp Technology Australia Pty Ltd v Graiche*: de titel die iemand zichzelf aanmeet is niet bepalend, wel hoe hij zich heeft gedragen

347. In de zaak *Natcomp Technology Australia Pty Ltd v Graiche*¹⁶⁷⁸ paste het *Court of Appeal* van het *Supreme Court* van *New South Wales* de overwegingen van MADGWICK J in de zaak *Deputy Commission of Taxation v Austin*¹⁶⁷⁹ toe op een geval waarbij een persoon zich ten aanzien van derden presenteerde als CEO van een vennootschap. Het maakte daarbij duidelijk dat de titel die iemand zichzelf aanmeet niet bepalend is voor diens kwalificatie als “*de facto director*”; wat van tel is, is hoe de persoon in kwestie zich heeft gedragen¹⁶⁸⁰ en of hij al dan niet handelde in de positie van een bestuurder¹⁶⁸¹.

De feiten van de zaak *Natcomp Technology Australia Pty Ltd v Graiche* waren als volgt. De heer Graiche had een aantal verklaringen afgelegd waaruit bleek dat hij nauwe banden had met Amtech Industries Pty Ltd, een vennootschap *in liquidation*, o.m. door op handelsbeurzen visitekaartjes uit te delen waarop stond dat hij CEO was van Amtech Industries Pty Ltd. De heer Graiche bleek in de praktijk echter enkel betrokken bij de ontwikkeling en marketing van nieuwe producten. Omdat de hoofdactiviteit van de vennootschap de verkoop van computerproducten was, en er geen bewijs voorlag dat de heer Graiche betrokken was geweest bij deze activiteit, noch bij de dagdagelijkse

¹⁶⁷⁷ R. AUSTIN, H. FORD en I. RAMSAY, *Company Directors. Principles of Law and Corporate Governance*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2005, 215; R. BAXT, *Duties and responsibilities of directors and officers*, Sydney, The Australian Institute of Company Directors, 2016, 25.

¹⁶⁷⁸ Court of Appeal of the Supreme Court of New South Wales (AU) 30 april 2001, *Natcomp Technology Australia Pty Ltd v Graiche*, NSWCA 120.

¹⁶⁷⁹ Zie randnr. 346 hierboven.

¹⁶⁸⁰ Zie in dezelfde zin Supreme Court of Victoria (AU) 20 april 2011, *Xie v Crisp and Others*, 248 FLR 2011, (265), 297, §170: “*to assess whether a person is a de facto director, it is necessary to look at what tasks they perform and what decisions they make*”.

¹⁶⁸¹ Zie ook R. BAXT, *Duties and responsibilities of directors and officers*, Sydney, The Australian Institute of Company Directors, 2016, 25.

bedrijfsvoering (*the day-to-day operations*) van de vennootschap, oordeelde het *Court of Appeal* van het *Supreme Court* van *New South Wales* dat er onvoldoende elementen aanwezig waren om te besluiten dat hij een “*de facto director*” was¹⁶⁸². Het werd niet bewezen geacht dat Graiche op enig moment in de positie van een bestuurder had gehandeld.

- vi. Er wordt geen vaste toets gehanteerd om te bepalen of iemand een “*de facto director*” is

348. Australische rechters hanteren net zoals hun Engelse collega's¹⁶⁸³ geen vaste, formele, toets om te bepalen of iemand een “*de facto director*” is¹⁶⁸⁴. Zij zijn ervan overtuigd dat bij het gebruik daarvan bepaalde situaties door de spreekwoordelijke mazen van het net zouden kunnen glijpen en dat alle relevante factoren in aanmerking dienen te worden genomen¹⁶⁸⁵. Welke dat zoal kunnen zijn en hoe vandaag de dag in de Australische rechtspraak naar sectie 9(b)(i) van de *Corporations Act 2001* wordt gekeken, werd mooi samengevat in de zaak *Grimaldi v Chameleon Mining NL (No 2)*. Het *Federal Court of Australia* stipte daarin onder meer het volgende aan¹⁶⁸⁶:

- De in sectie 9(b)(i) van de *Corporations Act 2001* vervatte omschrijving heeft zowel betrekking op een persoon die een werkelijke usurpator is van de functies van een bestuurder, als op een persoon die actief deelneemt aan het leiden van de zaken van een vennootschap met instemming van de bestuurders *de jure*.
- De wettelijke formule “*act[s] in the position of a director*” veronderstelt dat iemand het werk van een bestuurder heeft gedaan. Ze gaat uit van de premisse dat iemand heeft gehandeld in een rol (of rollen) binnen de vennootschap en functies heeft uitgeoefend, die normaliter door een bestuurder *de jure* zouden worden opgenomen of uitgeoefend.

¹⁶⁸² Court of Appeal of the Supreme Court of New South Wales (AU) 30 april 2001, *Natcomp Technology Australia Pty Ltd v Graiche*, NSWCA 120, §15.

¹⁶⁸³ Zie randnr. 321 hierboven.

¹⁶⁸⁴ Federal Court of Australia (AU) 21 februari 2012, *Grimaldi v Chameleon Mining NL (No 2)*, FCAFC 2012, (296) 321, §60: “*there is not one single decisive test of when a person will be found to be a de facto director*”.

¹⁶⁸⁵ Federal Court of Australia (AU) 21 februari 2012, *Grimaldi v Chameleon Mining NL (No 2)*, FCAFC 2012, (296) 321, §60.

¹⁶⁸⁶ Federal Court of Australia (AU) 21 februari 2012, *Grimaldi v Chameleon Mining NL (No 2)*, FCAFC 2012, (296) 321-323, §§64-70. Zie ook R. AUSTIN en I. RAMSAY, *Ford, Austin and Ramsay's Principles of Corporations Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2018, 453.

- De rollen en functies die normaliter door een bestuurder *de jure* worden opgenomen of uitgeoefend kunnen zeer uiteenlopend zijn. Zij verschillen naar gelang de commerciële context, de activiteiten en de *governance* structuur van de vennootschap. Of de rol of functie die iemand zichzelf heeft toegeëigend volstaat om hem binnen sectie 9(b)(i) van de *Corporations Act 2001* te laten vallen, vereist dan ook in elke zaak een beoordeling *in concreto*.
- De relatie van een persoon met een vennootschap kan na verloop van tijd evolueren, zodat iemand die initieel geen “*de facto director*” is, dat later wel kan worden¹⁶⁸⁷. Het is verder ook mogelijk dat iemand slechts gedurende een beperkte periode de rol op zich neemt en de functies uitoefent die hem tot “*de facto director*” maken.
- Of iemand heeft gehandeld in de positie van een bestuurder vereist een inhoudelijke beoordeling; het is daarbij van weinig belang hoe hij binnen of door de vennootschap werd genoemd.
- De door een “*de facto director*” uitgeoefende functies kunnen beperkt zijn in *scope*; het is voor een kwalificatie als “*de facto director*” geenszins vereist dat iemand zich met alle facetten van het bestuur van een vennootschap heeft bezig gehouden.

Het *Federal Court of Australia* wees er in de zaak *Grimaldi v Chameleon Mining NL (No 2)* verder ook nog op dat¹⁶⁸⁸:

- het feit dat een vennootschap een actieve bestuurder of actieve bestuurders heeft, of een naar behoren samengesteld en schijnbaar functionerend bestuursorgaan (wat dat in een bepaalde setting ook moge betekenen), het bestaan van een “*de facto directorship*” niet uitsluit. De bestuurders *de jure* kunnen de “*de facto director*” perfect gedogen, zijn handelen aanvaarden of samen met hem de vennootschap besturen; en

¹⁶⁸⁷ Zie bv. High Court of Australia (AU) 1 mei 2013, *Weinstock v Beck*, HCA 2013, (14) 19, §46.

¹⁶⁸⁸ Federal Court of Australia (AU) 21 februari 2012, *Grimaldi v Chameleon Mining NL (No 2)*, FCAFC 2012, (296) 325, §§74-75. Zie ook R. AUSTIN en I. RAMSAY, *Ford, Austin and Ramsay's Principles of Corporations Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2015, 421.

- het feit dat een als “*de facto director*” geïndiceerde persoon door de vennootschap zelf als bestuurder werd aanzien, een relevant, maar niet-doorslaggevend gegeven is voor diens gebeurlijke kwalificatie als “*de facto director*”.

Verschillende van voormelde punten en overwegingen klinken erg bekend in de oren. Zo wordt ook in de Belgische context aangenomen dat het optreden van een feitelijke bestuurder geenszins tegen de wil van de bestuurders *de jure* in hoeft te gebeuren¹⁶⁸⁹, dat het feit dat de vennootschap een “normaal” functionerend bestuursorgaan heeft niet wil zeggen dat er geen sprake kan zijn van feitelijk bestuur¹⁶⁹⁰, dat een inmenging op één bestuurspunt of in één onderdeel van het bestuur al voldoende kan zijn om tot feitelijk bestuur te besluiten¹⁶⁹¹, en dat de titel waaronder iemand in een vennootschap actief is, niet bepalend is voor diens gebeurlijke kwalificatie als feitelijke bestuurder; zijn concrete gedrag is ter zake determinerend¹⁶⁹².

B. *Shadow directors*

i. Inleiding

349. Waar de Engelse notie “*shadow director*” in de wet afzonderlijk van het begrip “*director*” wordt gedefinieerd en de term “*shadow director*” letterlijk in de Engelse vennootschapswetgeving voorkomt, maakt de Australische notie “*shadow director*” – net als de eerder beschreven notie “*de facto director*” – deel uit van de definitie van het begrip “*director*” in sectie 9 van de *Corporations Act 2001*¹⁶⁹³ en wordt zij in de wettekst enkel inhoudelijk omschreven. De term “*shadow director*” wordt in de Australische vennootschapswetgeving niet gebruikt¹⁶⁹⁴. De inhoudelijke omschrijving van de persoon die men zou kunnen aanduiden als een “*shadow director*” is specifiek terug te vinden in sectie 9(b)(ii) van de *Corporations Act 2001* en luidt als volgt: “*director of a company*

¹⁶⁸⁹ Zie hierboven randnr. 66.

¹⁶⁹⁰ Zie hierboven randnr. 67.

¹⁶⁹¹ Zie hierboven randnr. 90.

¹⁶⁹² Zie hierboven randnr. 102.

¹⁶⁹³ Zie ook J.J. DU PLESSIS, J. MCCONVILL en M. BAGARIC, *Principles of Contemporary Corporate Governance*, Melbourne, Cambridge University Press, 2005, 71; R. AUSTIN, H. FORD en I. RAMSAY, *Company Directors. Principles of Law and Corporate Governance*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2005, 215; J. CASSIDY, *Corporations Law*, Sydney, The Federation Press, 2013, 188, nr. 9.60.

¹⁶⁹⁴ Deze stelling moet op één punt worden genuanceerd; in een “*note*” onder sectie 729(1) van de *Corporations Act 2001*, wordt wel van de term “*shadow director*” gebruik gemaakt. Er wordt met zoveel woorden in aangegeven: “*director includes a shadow director (see section 9)*”. Zie ook randnr. 286 hierboven.

*or other body means unless the contrary intention appears*¹⁶⁹⁵, **a person who is not validly appointed as a director if the directors of the company or body are accustomed to act in accordance with the person's instructions or wishes**" (eigen nadruk: een persoon die niet rechtsgeldig als bestuurder is benoemd indien de bestuurders van de vennootschap of entiteit gewend zijn volgens zijn instructies of wensen te handelen).

Het valt op dat deze omschrijving – die erg op de Engelse definitie lijkt¹⁶⁹⁶ – net als in het Engelse recht in vrij generieke bewoordingen is geformuleerd. Ook de Australische rechtbanken hebben zich er – net als hun Engelse pendanten – al een aantal keer over hebben moeten uitspreken. In wat volgt worden de bewoordingen van de wettelijke omschrijving in meer detail ontleed en worden de belangrijkste punten uit de Australische rechtspraak op een rijtje gezet.

- ii. De Australische rechtspraak en rechtsleer rond "*shadow directors*" is zich pas echt concreet beginnen ontwikkelen in de jaren '90

350. Alvorens in meer detail op de verschillende onderdelen van de wettelijke omschrijving van de notie "*shadow director*" in te gaan, is het relevant om erop te wijzen dat Australische rechters en auteurs zich pas echt concreet over de draagwijdte van deze notie zijn beginnen buigen in de jaren '90. Dit komt niet omdat de notie pas vanaf dan in de Australische vennootschapswetgeving voorkomt (ze kent al een veel langere geschiedenis¹⁶⁹⁷), maar omdat er dan maar pas voor het eerst met succes naar is teruggegrepen in de praktijk. Australische auteurs gingen voor de interpretatie van de wettelijke omschrijving van de notie "*shadow director*" in het begin voornamelijk kijken naar de Engelse rechtsleer en rechtspraak (en in het bijzonder naar de overwegingen van MILLET J¹⁶⁹⁸ in de zaak *Re Hydrodan (Corby) Ltd*)¹⁶⁹⁹. Vanaf de tweede helft van de jaren '90 kreeg een eigen Australische visie op de notie geleidelijk aan vorm.

¹⁶⁹⁵ Zie over dit *caveat* verder randnr. 368.

¹⁶⁹⁶ Zie ook randnrs. 299 en 323 hierboven.

¹⁶⁹⁷ Zie randnr. 299 hierboven.

¹⁶⁹⁸ Zie randnr. 324 hierboven.

¹⁶⁹⁹ Zie bv. M. MARKOVIC, "The Law of Shadow Directorships", *Australian Journal of Corporate Law* 1996, afl. 6, (323) 335 en 345-346; M. D. HOBSON, "The Law of Shadow Directorships", *Bond Law Review* 1998, Vol. 10, afl. 2, (184) 192-193 en 195-197.

Wanneer men de Australische rechtsleer erop naslaat, zal men vaststellen dat er een aantal auteurs zijn die het beginpunt van de Australische rechtspraak rond “*shadow directors*” niet in de jaren ’90 leggen, maar een twintigtal jaar eerder¹⁷⁰⁰. Zij verwijzen ter duiding van de draagwijdte van de notie “*shadow director*” onder meer naar de zaak *Harris v Shepherd*¹⁷⁰¹ en deze dateert niet uit de jaren ’90, maar uit ’75, een tijd waarin de Australische vennootschapswetgeving nog niet federaal, maar op het niveau van de verschillende Australische staten (de “*states*”) was vormgegeven¹⁷⁰². De zaak *Harris v Shepherd* kan inderdaad worden gezien als een van de eerste Australische zaken waarin toepassing werd gemaakt van de wettelijke bewoordingen die naar een “*shadow director*” verwijzen¹⁷⁰³. Echter, omdat de kwalificatie van “*shadow director*” er niet in werd weerhouden, noch uitgebreid in werd belicht, kan er niet erg veel uit worden opgemaakt¹⁷⁰⁴. Het is dus gepaster om de werkelijke start van het Australische denken rond “*shadow directors*” iets later in de tijd te situeren.

351. Een van de eerste zaken¹⁷⁰⁵ waarin de wettelijke omschrijving van de notie “*shadow director*” aan bod kwam sinds de federalisering van het Australische vennootschapsrecht, was de

¹⁷⁰⁰Zie o.m. P. MC KOH, “Shadow Director, Shadow Director, Who Art Thou?”, *Company & Securities Law Journal* 1996, Vol. 14, (340) 346; J.J. DU PLESSIS, J. MCCONVILL en M. BAGARIC, *Principles of Contemporary Corporate Governance*, Melbourne, Cambridge University Press, 2005, 72. Zie (impliciet) ook M. MARKOVIC, “The Law of Shadow Directorships”, *Australian Journal of Corporate Law* 1996, afl. 6, (323) 332.

¹⁷⁰¹Supreme Court of South Australia (AU) 20 juni 1975, *Harris v Shepherd*, *ACLC* 1976, 28.

¹⁷⁰²Zie hierover randnr. 299 hierboven.

¹⁷⁰³Het ging dan om de bewoordingen zoals opgenomen in sectie 5 van de *Companies Act 1962 (South Australia)*, welke grotendeels overeenstemmen met de bewoordingen van de huidige sectie 9(b)(ii) van de *Corporations Act 2001*.

¹⁷⁰⁴Het *Supreme Court of South Australia* werd in de zaak *Harris v Shepherd* gevraagd om zich te buigen over de vraag of de heer Shepherd, aangeduid als “*scheme manager*” (een soort van gerechtsmandataris aangesteld door de rechtbank in het kader van een herstructureringsprocedure) kon worden gezien als een “*director*” in de zin van sectie 5 van de *Companies Act 1962 (South Australia)*. Het ging daarbij zeer kort in op de vraag of de heer Shepherd kon worden gezien als een “(*shadow*) *director*” in de zin van het tweede deel van de definitie van “*director*”, en beoordeelde die vraag ontkennend: “*Mr. Bishop who appeared for the appellant argued that the respondent was within both limbs of the extended definition of director. I am of opinion that the respondent could not possibly be within the second limb of the extended definition because Shepherd was not a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company, were accustomed to act. He was a person in accordance with whose directions or instructions the directors were compelled to act whilst the order of this Court remained in force*”.

¹⁷⁰⁵Zie ook M. D. HOBSON, “The Law of Shadow Directorships”, *Bond Law Review* 1998, Vol. 10, afl. 2, (184) 198; R. BAXT, *Duties and responsibilities of directors and officers*, Sydney, The Australian Institute of Company Directors, 2016, 27.

zaak *Standard Chartered Bank of Australia v Antico*¹⁷⁰⁶ en had betrekking op een aandeelhouder die als “*shadow director*” werd geïdentificeerd onder lid (b) van de toenmalige definitie van het begrip “*director*” in sectie 5(1) van de *Companies Act 1981*¹⁷⁰⁷ (thans sectie 9(b)(ii) van de *Corporations Act 2001*).

De kern van de zaak *Standard Chartered Bank of Australia v Antico* kan kort worden samengevat als volgt¹⁷⁰⁸. Pioneer International Ltd (hierna verkort “Pioneer”) had van november 1987 tot februari 1988 via een keten van dochtervennootschappen een aandelenbelang opgebouwd van 42% in Giant Resources Ltd (hierna verkort “Giant”). Pioneer was zo indirect de belangrijkste referentieaandeelhouder van Giant geworden en had het recht verkregen in haar bestuursorgaan drie mandaten in te vullen. Zetelden op voordracht van Pioneer als niet-uitvoerende bestuurders in het bestuur van Giant: de heer Antico (voorzitter van Pioneer), de heer Quirk (CEO van Pioneer) en de heer Gardiner (CFO van Pioneer). Standard Chartered Bank of Australia, de huisbank van Giant, had in oktober 1988 een kredietlijn van 30 miljoen dollar toegekend aan Giant. In juli 1989 kwam daar een lening voor hetzelfde bedrag bij om de oorspronkelijke kredietlijn af te lossen. Giant had bij het aangaan van die lening nagelaten Standard Chartered Bank of Australia op de hoogte te brengen van het feit dat zij kampte met betalingsmoeilijkheden en dat Pioneer bepaalde zekerheden op haar activa had verkregen. Pioneer had van oktober 1988 tot november 1989 grote sommen geld uitgeleend aan Giant om de operationele kosten van de vennootschap te dekken en had in ruil daarvoor een pand geëist op aandelen die in het bezit waren van Giant. De uitgeleende sommen liepen uiteindelijk op tot meer dan 90 miljoen dollar, waarop Pioneer besliste niet langer financiële steun aan Giant te verlenen. Giant kon daarop haar schulden niet meer betalen en ging failliet. Het faillissement werd volledig afgewikkeld en Standard Chartered Bank of Australia bleef met lege handen achter. Teneinde zich toch nog te kunnen verhalen, daagde het Antico, Quirk, Gardiner én Pioneer voor de rechter, onder de op dat ogenblik geldende en op bestuurders rustende bepalingen inzake “*insolvent trading*” (*cf. wrongful trading*).

¹⁷⁰⁶ Supreme Court of New South Wales (AU) 9 augustus 1995, *Standard Chartered Bank of Australia v Antico*, 18 ACSR 1995, 1.

¹⁷⁰⁷ Zie randnr. 300 hierboven.

¹⁷⁰⁸ Zie ook R. BAXT, *Duties and responsibilities of directors and officers*, Sydney, The Australian Institute of Company Directors, 2016, 27.

De zaak kwam uiteindelijk voor het *Supreme Court of New South Wales*, waar HODGSON J onder meer werd gevraagd zich uit te spreken over de vraag of Pioneer kon worden aangemerkt als een “*shadow director*” en aldus een aansprakelijke “*director*” (begrepen in de zin van de toenmalige sectie 5(1) van de *Companies Act 1981*) uitmaakte. Na de zaak grondig onder de loep te hebben genomen, stelde HODGSON J: “*It is clear that **the mere fact that Pioneer owned indirectly 42% of the shares of Giant, and had three nominees on its board, is insufficient to make Pioneer either a director or a person who took part in the management of Giant. Furthermore, in general, in the absence of evidence to the contrary, the Court would take it that actions performed by Antico, Quirk and Gardiner, as directors of Giant, were actions undertaken by them on behalf of Giant, and not as officers or agents of Pioneer***”¹⁷⁰⁹ (eigen nadruk).

HODGSON J benadrukte daarnaast: “*I accept that **a holding company is not a director of its subsidiaries, merely because it has control of how the boards of its subsidiaries are constituted***”¹⁷¹⁰; *that it is not uncommon for lenders to impose conditions on loans, including conditions as to the application of funds and disclosure of the borrower's affairs; and that it is even less uncommon for lenders to require security for a loan, and then to require the sale of property over which the security is given. Certainly, these factors on their own would not amount to assuming the position of a director, or taking part in the management of a borrower company*”¹⁷¹¹ (eigen nadruk).

Uit het aangevoerde bewijsmateriaal¹⁷¹² bleek echter dat Antico, Quirk en Gardiner – die erkenden dat zij bestuurders waren van Giant – zich verplicht voelden te handelen in het belang van Pioneer. Hoewel zij geen expliciete instructies hadden gekregen van Pioneer over hoe zij als bestuurders

¹⁷⁰⁹ Supreme Court of New South Wales (AU) 9 augustus 1995, *Standard Chartered Bank of Australia v Antico*, 18 ACSR 1995, (1) 66.

¹⁷¹⁰ Cf. In de Belgische context wordt er ook van uitgegaan dat een moederverenootschap uit hoofde van haar aandelenbezit “controle” heeft over haar dochter, aangezien ze in de schoot van de algemene vergadering (de meerderheid van) de bestuurders van haar dochter kan benoemen en afzetten. Dit wil op zichzelf echter niet zeggen dat ze zich ook met het bestuur van de dochter inlaat en als een feitelijke bestuurder van die laatste kan worden aangemerkt; zie randnrs. 153 e.v. hierboven.

¹⁷¹¹ Supreme Court of New South Wales (AU) 9 augustus 1995, *Standard Chartered Bank of Australia v Antico*, 18 ACSR 1995, (1) 70.

¹⁷¹² Diverse omstandigheden werden door HODGSON J in aanmerking genomen, zoals het feit dat Pioneer effectieve controle had over Giant, een belangrijke verkoop van activa door Giant verhoogde, financiële controle over Giant uitoefende, enz. (Supreme Court of New South Wales (AU) 9 augustus 1995, *Standard Chartered Bank of Australia v Antico*, 18 ACSR 1995, (1) 68-70).

van Giant moesten handelen, gaven zij te kennen dat, indien zich een vraagstuk voordeed dat een conflict inhield tussen beide vennootschappen, zij zich ofwel van de stemming over de zaak zouden onthouden, ofwel zouden stemmen om ervoor te zorgen dat rekening werd gehouden met de belangen van Pioneer. Op grond van dit bewijs kwam HODGSON J tot de conclusie dat Antico, Quirk en Gardiner gewoon de besluiten aanvaardden die in werkelijkheid door Pioneer waren genomen¹⁷¹³. Het was, gelet hierop, voor HODGSON J overduidelijk dat Pioneer als een “*shadow director*” kon worden aangemerkt en dienovereenkomstig aansprakelijk kon worden gesteld.

352. De zaak *Standard Chartered Bank of Australia v Antico* was niet de enige zaak over de draagwijdte van de notie “*shadow director*” die in 1995 voor de Australische rechtbanken werd beslecht. Zij werd enkele maanden later gevolgd door een tweede zaak, die bekend staat als de zaak *Australian Securities Commission v AS Nominees Ltd*¹⁷¹⁴. De kern van deze zaak kan worden samengevat als volgt¹⁷¹⁵. De vennootschappen AS Nominees Ltd (hierna verkort “ASN”), Ample Funds Ltd (hierna verkort “Ample”) en AS Securities (hierna verkort “Securities”) maakten allen deel uit van een groep van vennootschappen (de “AS-groep”) opgericht door de heer Windsor. ASN fungeerde als “*trustee*” van pensioenfondsen, en Ample fungeerde als “*trustee*” van beleggingsfondsen. Beide vennootschappen hadden identieke raden van bestuur, bestaande uit de personen Cahill, Napper en Sutherland. Securities trad op als “*manager*” van ASN en Ample, en werd bestuurd door de heer en mevrouw Windsor. De aandelen in Securities waren in handen van de heer Windsor en een andere vennootschap uit de AS-groep, waarvan de bestuurders eveneens

¹⁷¹³ Supreme Court of New South Wales (AU) 9 augustus 1995, *Standard Chartered Bank of Australia v Antico*, 18 ACSR 1995, (1) 70: “*Antico, Quirk and Gardiner all say that they recognised their duty, as directors of Giant, to act in the interests of all Giant's shareholders; and they all say they had no instructions from Pioneer as to how they should act in that capacity. Antico and Gardiner said that, if any question arose when they were acting as shareholders of Giant which involved a conflict of Pioneer's interest, they would abstain from voting on that matter. Quirk asserted that he did not see any conflict, because he considered what was in the best interests of Giant would also be in the best interests of Pioneer, by reason of its 42% shareholding. This evidence does not lead me to the view that, having carefully considered, in their capacity as directors of Pioneer, these strategic decisions concerning the affairs of Giant, they gave any separate consideration to them in their capacity as directors of Giant. In my view, the directors of Giant, including Antico, Quirk and Gardiner, simply accepted the decisions which had effectively been made by Pioneer*” (eigen nadruk).

¹⁷¹⁴ Federal Court of Australia (AU) 15 november 1995, *Australian Securities Commission v AS Nominees*, FCA 1995, 1663.

¹⁷¹⁵ Zie ook M. D. HOBSON, “The Law of Shadow Directorships”, *Bond Law Review* 1998, Vol. 10, afl. 2, (184) 203-201.

de heer en mevrouw Windsor waren. Securities was de uiteindelijke begunstigde van alle beheer- en *trustee*vergoedingen die door de trusts van ASN en Ample werden betaald¹⁷¹⁶.

De *Australian Securities Commission* die toezicht hield op de activiteiten van de AS-groep, had een onderzoek ingesteld naar de activiteiten van ASN, Ample en Securities en was tot de conclusie gekomen dat een en ander binnen deze vennootschappen niet helemaal volgens de regels van de kunst verliep. Zij had daarom op grond van sectie 461(k) van de toenmalige *Corporations Act 1989* een verzoek tot gerechtelijke ontbinding van ASN, Ample en Securities ingediend bij het *Federal Court of Australia*. Haar verzoek was gebaseerd op een vermeend gebrek aan correctheid en bekwaamheid in het beheer en de uitoefening van de zaken van de drie vennootschappen. Ter ondersteuning van haar verzoek had de *Securities Commission* aangevoerd dat de heer Windsor een “*director*” was van ASN en Ample in de zin van sectie 60 van de *Corporations Act 1989*¹⁷¹⁷. Dit argument werd aangevoerd om de vaststelling van belangenconflicten in transacties tussen de vennootschappen te vergemakkelijken. Volgens de *Commission* moest de heer Windsor worden gezien als “*a person in accordance with whose directions or instructions the directors of ASN and Ample were accustomed to act within the meaning of s 60*”.

De heer Windsor had zich tegen deze kwalificatie verzet door aan te voeren dat hij onder de uitzondering van sectie 60(2) van de *Corporations Act 1989* viel¹⁷¹⁸. Hij had aangevoerd slechts advies te hebben verleend aan de bestuurders van ASN en Ample en dit “*in the proper performance of the functions attaching to his business relationship with the directors of each company*”. Dit verweer werd niet gevolgd. FINN J, die uiteindelijk tot de ontbinding van de vennootschappen en het bestaan van verschillende belangenconflicten besloot, meende dat de relatie tussen de heer Windsor en de raden van bestuur van de vennootschappen veel meer was dan een loutere “*business relationship*”. Volgens hem kon de heer Windsor wel degelijk als een “*shadow director*” van de betrokken vennootschappen worden aangemerkt.

¹⁷¹⁶Federal Court of Australia (AU) 15 november 1995, *Australian Securities Commission v AS Nominees*, FCA 1995, 1663, §§2-40.

¹⁷¹⁷Thans sectie 9 van de *Corporations Act 2001*.

¹⁷¹⁸Zie over de “*business relationship*”-uitzondering verder randnr. 359.

FINN J overwoog ter zake het volgende (verkorte weergave)¹⁷¹⁹:

“The relationship of Windsor to the directors — and there is no reason for distinguishing the two companies in this — is relatively distinctive. First, it is not one in which the directors can be said at all time for all purposes to have acted entirely as his puppets without exercising any discretion at all in company matters. If such had been the case there would have been no dispute as to the applicability of s 60.

Secondly, the case likewise is not one of the boards acting simply in the fashion of cannot nominee directors who unduly favour the interest they represent. Such without more, would not bring the ‘nominator’ within s 60.

Thirdly, it cannot be said that, if there was ‘direction or instruction’, this extended to all board decisions. As has been seen, some at least of the transactions I have considered have not on the evidence before me involved Windsor either at all or else significantly. I do not regard this of itself as denying s 60 any application in this matter.

The reference in the section to a person in accordance with whose directions or instructions the directors are ‘accustomed to act’ does not in my opinion require that there be directions or instructions embracing all matters involving the board. Rather it only requires that, as and when the directors are directed or instructed, they are accustomed to act as the section requires.”

- iii. De wettelijke omschrijving ontleed (deel 1): de betekenis van de woorden “*instructions or wishes*”

353. De betekenis die in de Australische rechtspraak en rechtsleer wordt gegeven aan de in de wettelijke omschrijving van de notie “*shadow director*” vervatte woorden “*instructions or wishes*” (instructies of wensen) verschilt nauwelijks van de betekenis die wordt toegekend aan de in de Engelse definitie van “*shadow director*” vervatte woorden “*directions or instructions*”¹⁷²⁰. Dit valt wellicht voor een groot stuk te verklaren doordat de woorden “*directions or instructions*” vóór de komst van de *Corporations Act 2001*¹⁷²¹ ook gewoon in de Australische vennootschapswetgeving werden gebruikt. Het vertrouwde woord “*directions*” (aanwijzingen) werd uiteindelijk vervangen door het – ogenschijnlijk ruimere – woord “*wishes*” (wensen), maar de Australische wetgever

¹⁷¹⁹Zie Federal Court of Australia (AU) 15 november 1995, *Australian Securities Commission v AS Nominees*, FCA 1995, 1663, §§331-334.

¹⁷²⁰Zie daarover randnrs. 327-328 hierboven.

¹⁷²¹Zie randnrs. 299 en 303 hierboven.

duidde jammer genoeg niet waarom hij deze wijziging in de wettekst aanbracht¹⁷²². Volgens de rechtspraak moet er niet te veel achter worden gezocht en wijst de wijziging er gewoon op dat de Australische normering niet zomaar een kopie is van de Engelse¹⁷²³; zij vaart haar eigen koers.

Net zoals in het Engelse recht¹⁷²⁴, wordt in de Australische rechtsleer algemeen aangenomen dat de wettelijke bewoordingen “*directions or instructions*” (nu “*instructions or wishes*”) ruim dienen te worden opgevat¹⁷²⁵. Zij moeten worden begrepen in een generieke zin en hebben geen bijzondere juridische betekenis¹⁷²⁶. Ook advies (“*advice*”) valt er in bepaalde omstandigheden onder, of kan er net als in de Engelse context onder vallen¹⁷²⁷. Het feit dat de Australische wetgever het nodig vond om een uitdrukkelijke uitzondering voor beroepsmatig gegeven advies te voorzien in het laatste lid van sectie 9 van de *Corporations Act 2001* zet dit duidelijk in de verf.

354. De Australische rechtspraak houdt er net als de Engelse rechtspraak een ruime interpretatie van de in de wet vervatte woorden op na. Zo liet HODGSON J in de hierboven besproken zaak *Standard Chartered Bank of Australia v Antico*¹⁷²⁸ verstaan dat “*instructions*” niet noodzakelijk woordelijk en expliciet moeten zijn geuit, maar ook kunnen blijken uit bepaalde gedragingen¹⁷²⁹. FINN J wees er in de zaak *Australian Securities Commission v AS Nominees Ltd* dan weer op dat “*directions or instructions*” (nu “*instructions or wishes*”) geen “formele” instructies of wensen hoeven te zijn¹⁷³⁰. Waar het op aankomt, aldus FINN J, is dat men kan hardmaken dat “*the locus*

¹⁷²² Zie ook randnr. 303 hierboven.

¹⁷²³ Zie – zij het eerder impliciet – in Supreme Court of New South Wales (AU) 30 maart 2010, *Buzzle Operations Pty Ltd (in liquidation) v Apple Computer Australia Pty Ltd*, NSWSC 2010, (384) 437, §239 en 439, §241.

¹⁷²⁴ Zie randnr. 327 hierboven.

¹⁷²⁵ M. MARKOVIC, “The Law of Shadow Directorships”, *Australian Journal of Corporate Law* 1996, afl. 6, (323) 328; M. D. HOBSON, “The Law of Shadow Directorships”, *Bond Law Review* 1998, Vol. 10, afl. 2, (184) 203-204.

¹⁷²⁶ Zo kan althans worden afgeleid uit M. MARKOVIC, “The Law of Shadow Directorships”, *Australian Journal of Corporate Law* 1996, afl. 6, (323) 328.

¹⁷²⁷ Federal Court of Australia (AU) 15 november 1995, *Australian Securities Commission v AS Nominees*, FCA 1995, 1663, §326; M. MARKOVIC, “The Law of Shadow Directorships”, *Australian Journal of Corporate Law* 1996, afl. 6, (323) 328; P. MC KOH, “Shadow Director, Shadow Director, Who Art Thou?”, *Company & Securities Law Journal* 1996, Vol. 14, (340) 344. Zie ook randnr. 327 hierboven.

¹⁷²⁸ Zie randnr. 351 hierboven.

¹⁷²⁹ Cf. Ook in het Engelse recht gaat men ervan uit dat een instructie niet alleen woordelijk kan zijn van aard, maar evenzeer tot uiting kan komen in een bepaald gedrag (zie randnr. 328 hierboven).

¹⁷³⁰ Federal Court of Australia (AU) 15 november 1995, *Australian Securities Commission v AS Nominees*, FCA 1995, 1663, §337: “...*This finding does not, in my opinion, require it to be shown that formal directions or instructions were given in those matters in which he involved himself. The formal command is by no means always necessary*

of *effective decision making*” bij de als “*shadow director*” geïndiceerde persoon ligt¹⁷³¹.

Uit de zaak *Buzzle Operations Pty Ltd (in liquidation) v Apple Computer Australia Pty Ltd* blijkt tot slot nog dat de “*instructions or wishes*” aan de bestuurders gegeven moeten zijn om duidelijk te maken hoe zij moeten handelen als bestuurders¹⁷³².

- iv. De wettelijke omschrijving ontleed (deel 2): de betekenis van de zinsnede “*the directors of the company or body are accustomed to act*”

355. De betekenis die in de Australische rechtspraak en rechtsleer wordt toegekend aan de in de wettelijke omschrijving van “*shadow director*” opgenomen bewoordingen “... *the directors of the company or body are accustomed to act*” (de bestuurders van de vennootschap of entiteit zijn gewend te handelen), ligt grotendeels in lijn met de betekenis die aan deze bewoordingen wordt toegekend in de Engelse rechtspraak en rechtsleer¹⁷³³. Volgens MARKOVIC wijzen de woorden “*accustomed to act*” samengelezen met de woorden “*directions or instructions*” (nu “*instructions or wishes*”) erop dat er een voortdurende relatie dient te bestaan tussen de partijen¹⁷³⁴.

to secure as of course compliance with what is sought. ...” (eigen nadruk). Zie ook M. D. HOBSON, “The Law of Shadow Directorships”, *Bond Law Review* 1998, Vol. 10, afl. 2, (184) 204.

¹⁷³¹ Federal Court of Australia (AU) 15 november 1995, *Australian Securities Commission v AS Nominees, FCA* 1995, 1663, §338. Zie ook P. MC KOH, “Shadow Director, Shadow Director, Who Art Thou?”, *Company & Securities Law Journal* 1996, Vol. 14, (340) 345: “*It is respectfully submitted that there should be some indication of the directions or instructions being given by a third party before shadow directorship can be foisted on the shoulders of that third party. One can easily imagine a situation in which a board, for reasons known only to itself, acts on its own accord only to advance the interests of an influential and substantial shareholder without formal instructions from the shareholder or the shareholder’s representatives. Should the shareholder be liable as a shadow director? I think the answer should be negative. A person should be liable as a shadow director if he or she seeks either to directly control the board or, through influence over the board, seeks to have her or his own interests furthered. Without the command factor, it seems to me that the only persons who ought rightly to be liable of rany wrongdoing done against the company can only be the directors themselves*”. Zie ook J.J. DU PLESSIS, J. MCCONVILL en M. BAGARIC, *Principles of Contemporary Corporate Governance*, Melbourne, Cambridge University Press, 2005, 72.

¹⁷³² Supreme Court of New South Wales (AU) 30 maart 2010, *Buzzle Operations Pty Ltd (in liquidation) v Apple Computer Australia Pty Ltd, NSWSC* 2010, (384) 439, §242: “*For the definition to be satisfied the directors of the company must be accustomed to act as directors of the company in accordance with the person’s instructions or wishes as to how they should so act*” (eigen nadruk). Cf. In het Engelse recht wordt er ook vanuit gegaan dat de instructies gegeven aan de “*de jure directors*”, gegeven moet zijn om hun beslissingen als “*de jure directors*” te beïnvloeden en niet hun beslissingen in een andere hoedanigheid (zie randnr. 328 hierboven).

¹⁷³³ Zie randnrs. 329 en 330 hierboven.

¹⁷³⁴ M. MARKOVIC, “The Law of Shadow Directorships”, *Australian Journal of Corporate Law* 1996, afl. 6, (323) 331. Zie ook M. D. HOBSON, “The Law of Shadow Directorships”, *Bond Law Review* 1998, Vol. 10, afl. 2, (184) 207.

Verschillende handelingen van de bestuurders dienen te zijn ingegeven door de vermeende “*shadow director*” opdat men kan zeggen dat de bestuurders gewend zijn volgens zijn instructies of naar zijn wensen te handelen¹⁷³⁵. De woorden “*accustomed to act*” willen volgens MARKOVIC niet zeggen dat de bestuurders volledig afstand moeten hebben gedaan van hun eigen beoordelingsvrijheid m.b.t. elke beslissing of elke instructie of wens van de vermeende “*shadow director*” blindelings dienen te volgen; het is voldoende dat zij de gewoonte hebben de instructies of wensen van de vermeende “*shadow director*” op te volgen¹⁷³⁶.

De bestuurders moeten dus niet alle controle over de zaken van de vennootschap of de betrokken entiteit hebben opgegeven aan de vermeende “*shadow director*” opdat deze laatste als dusdanig zou kunnen worden gekwalificeerd¹⁷³⁷. FINN J verwoordde zulks in de zaak *Australian Securities Commission v AS Nominees Ltd* als volgt: “*The reference in the section to a person in accordance with whose directions or instructions the directors are “accustomed to act” does not in my opinion require that there be directions or instructions embracing all matters involving the board. Rather it only requires that, as and when the directors are directed or instructed, they are accustomed to act as the section requires*”¹⁷³⁸ (eigen nadruk). WHITE J verfijnde deze overweging verder in de zaak *Buzzle Operations Pty Ltd (in liquidation) v Apple Computer Australia Pty Ltd* door er – met verwijzing naar de Engelse zaak *Ultraframe (UK) Ltd v Fielding*¹⁷³⁹ – aan toe te

¹⁷³⁵ M. MARKOVIC, “The Law of Shadow Directorships”, *Australian Journal of Corporate Law* 1996, afl. 6, (323) 331; S. BOTTOMLEY, K. HALL, P. SPENDER en B. NOSWORTHY, *Contemporary Australian Corporate Law*, Victoria, Cambridge University Press, 2018, 268-269. Zie ook Supreme Court of New South Wales (AU) 30 maart 2010, *Buzzle Operations Pty Ltd (in liquidation) v Apple Computer Australia Pty Ltd*, NSWSC 2010, (384) 441, §248: “*This requires habitual compliance over a period of time*”. Cf. In het Engelse recht vereist men een patroon in het handelen van de bestuurders (een “*pattern of conduct*”): er moeten meermaals instructies en aanwijzingen van een als “*shadow director*” geïdentificeerd persoon zijn uitgegaan, om hem als dusdanig te kunnen kwalificeren.

¹⁷³⁶ M. MARKOVIC, “The Law of Shadow Directorships”, *Australian Journal of Corporate Law* 1996, afl. 6, (323) 332; M. D. HOBSON, “The Law of Shadow Directorships”, *Bond Law Review* 1998, Vol. 10, afl. 2, (184) 207. Zie ook Supreme Court of Queensland 17 juli 2003, *Emanuel Management Pty Ltd v Foster’s Brewing Group Ltd*, 2003 QSC 205, §265: “*For the definition to be satisfied the board must habitually, or routinely, regularly or commonly have acted in accordance with the wishes of the shadow directors*”.

¹⁷³⁷ Zie ook R. AUSTIN, H. FORD en I. RAMSAY, *Company Directors. Principles of Law and Corporate Governance*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2005, 215; P. LIPTON, A. HERZBERG en M. WELSH, *Understanding company law*, Sydney, Thomson Reuters (Professional) Australia Limited, 2014, 309, nr. 12.20.

¹⁷³⁸ Federal Court of Australia (AU) 15 november 1995, *Australian Securities Commission v AS Nominees*, FCA 1995, 1663, §334 (zie ook de weergave onder randnr. 352 hierboven). Zie in dezelfde zin Federal Court of Australia (AU) 13 november 2006, *Ho v Akai Pty Ltd (in liquidation)*, 24 ACLC 2006, (1526) 1531, §21(ii), met verwijzing naar de Engelse zaak *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell* (zie randnr. 326 hierboven).

¹⁷³⁹ Zie hierover randnr. 329 hierboven.

voegen dat de bestuurders die gewend moeten zijn om te handelen volgens de instructies of wensen van de als “*shadow director*” geïndiceerde persoon, niet alle bestuurders hoeven te zijn¹⁷⁴⁰. Het volstaat dat een beslissende meerderheid van de bestuurders gewend is te handelen volgens de instructies of wensen van de als “*shadow director*” geïndiceerde persoon, om laatstgenoemde als dusdanig te kunnen aanmerken¹⁷⁴¹.

356. WHITE J ging in de zaak *Buzzle Operations Pty Ltd (in liquidation) v Apple Computer Australia Pty Ltd* nog een stukje verder dan in de Engelse rechtspraak door in de zinsnede “... *the directors of the company or body are accustomed to act*” een vereiste van causaal verband te lezen. Hij formuleerde ter zake de volgende overweging: “*I do not accept that to establish that person is a shadow director, it must be shown that the directors of the company do not exercise any discretion of their own. Nonetheless, the authorities provide powerful support for the defendants’ submission that **there must be a causal connection between the instruction or wish of the shadow director and the act taken by the directors.** There is good reason for this. If a person is a shadow director, he, she or it owes statutory duties to act in good faith in the best interests of the company, and with the reasonable care and diligence of a director of the company. A shadow director is also liable to statutory liabilities, such as the liability of a director for insolvent trading. When the definition is construed in the light of the purpose of subjecting a person who is not appointed, and does not (or might not) act as a director, to the statutory duties and liabilities of a director, it makes good sense that there must be a causal connection between the acts of the directors and the instructions of the putative shadow director for the definition to be satisfied*”¹⁷⁴² (eigen nadruk).

¹⁷⁴⁰ Supreme Court of New South Wales (AU) 30 maart 2010, *Buzzle Operations Pty Ltd (in liquidation) v Apple Computer Australia Pty Ltd*, NSWSC 2010, (384) 436-437, §235.

¹⁷⁴¹ Supreme Court of New South Wales (AU) 30 maart 2010, *Buzzle Operations Pty Ltd (in liquidation) v Apple Computer Australia Pty Ltd*, NSWSC 2010, (384) 436-437, §235 en 441, §250: “*For a person to be a shadow director, the directors collectively must be accustomed to act on that person’s instructions or wishes. I accept that it is sufficient that a governing majority is so accustomed*”. Zie ook H. FORD en R. AUSTIN, *Principles of Company Law*, Sydney, Butterworths, 1990, 424; J. CASSIDY, *Corporations Law*, Sydney, The Federation Press, 2013, 188; S. BOTTOMLEY, K. HALL, P. SPENDER en B. NOSWORTHY, *Contemporary Australian Corporate Law*, Victoria, Cambridge University Press, 2018, 269.

¹⁷⁴² Supreme Court of New South Wales (AU) 30 maart 2010, *Buzzle Operations Pty Ltd (in liquidation) v Apple Computer Australia Pty Ltd*, NSWSC 2010, (384) 440-441, §247.

v. Een tweeledige uitzondering

357. Zoals eerder al aangestipt¹⁷⁴³, wordt de tweede paragraaf van sectie 9 van de *Corporations Act 2001* (sectie 9(b)), waarin de noties “*de facto director*” ((b)(i)) en “*shadow director*” ((b)(ii)) worden omschreven, onmiddellijk gevolgd door een passage die twee uitzonderingen bevat:

“Subparagraph (b)(ii) does not apply merely because the directors act on advice given by the person in the proper performance of functions attaching to the person’s professional capacity, or the person’s business relationship with the directors or the company or body”.

Het gaat om twee uitzonderingen op het tweede punt van paragraaf (b) die – net zoals de drieledige uitzondering in de Engelse *Companies Act 2006*¹⁷⁴⁴ – tot gevolg hebben dat bepaalde personen die in de zaken van de vennootschap tussenkomen en onder de tekst van paragraaf (b)(ii) zouden kunnen vallen (en dus “*shadow directors*” zouden kunnen zijn), er toch niet onder vallen¹⁷⁴⁵.

a) *Advies gegeven in het kader van de normale en correcte uitoefening van functies verbonden aan een professionele hoedanigheid (“advice given in the proper performance of functions attaching to a professional capacity”)*

358. Een eerste uitzondering biedt – net zoals de uitzondering in sectie 251(2)(a) van de Engelse *Companies Act 2006*¹⁷⁴⁶ – bescherming aan professionele adviseurs van de bestuurders. Zij luidt dat subparagraaf (b)(ii) niet van toepassing kan zijn alleen maar omdat de bestuurders handelen op basis van advies gegeven door de betrokkene in het kader van de normale en correcte uitoefening van functies verbonden aan zijn professionele hoedanigheid. De idee achter deze uitzondering is dat zogenaamde “*corporate advisors*” zoals advocaten, accountants en boekhouders vrij advies moeten kunnen geven aan hun “*corporate clients*” zonder het gevaar te lopen als “*shadow directors*” te kunnen worden aangemerkt¹⁷⁴⁷. De bestuurders zullen immers heel vaak hun advies

¹⁷⁴³ Zie randnr. 286 hierboven.

¹⁷⁴⁴ Zie sectie 251(2) van *Companies Act 2006*, zoals besproken in randnr. 331 hierboven.

¹⁷⁴⁵ Zie ook M. D. HOBSON, “The Law of Shadow Directorships”, *Bond Law Review* 1998, Vol. 10, afl. 2, (184) 208; J. CASSIDY, *Corporations Law*, Sydney, The Federation Press, 2013, 188, nr. 9.70; P. LIPTON, A. HERZBERG en M. WELSH, *Understanding company law*, Sydney, Thomson Reuters (Professional) Australia Limited, 2014, 309.

¹⁷⁴⁶ Zie randnr. 332 hierboven.

¹⁷⁴⁷ M. MARKOVIC, “The Law of Shadow Directorships”, *Australian Journal of Corporate Law* 1996, afl. 6, (323) 333. Zie ook P. GILLIES, *The New Corporations Law*, Sydney, The Federation Press, 1992, 141.

opvolgen (ze winnen het advies in met een goede reden) en dus gewend zijn er (na een bespreking binnen het bestuursorgaan) naar te handelen¹⁷⁴⁸.

Net als in het Engelse recht¹⁷⁴⁹, geldt dat een professionele adviseur zich maar op de “*professional capacity*”-uitzondering zal kunnen beroepen, wanneer hij bij zijn leest blijft. De woorden “*in the proper performance of ...*” wijzen hier nadrukkelijk op¹⁷⁵⁰.

b) *Advies gegeven in het kader van de normale en correcte uitoefening van functies verbonden met een zakelijke relatie met de bestuurders of de vennootschap of entiteit (“advice given in the proper performance of functions attaching to a business relationship with the directors or the company or body”)*

359. Een tweede uitzondering – die verder gaat dan wat gekend is in het Engelse recht¹⁷⁵¹ – biedt bescherming aan actoren die een zakelijke relatie hebben met de bestuurders of de vennootschap en die in de context daarvan advies verstrekken, maar die niet binnen de groep van professionele adviseurs vallen. Het gaat om actoren die, door de aard van hun relatie met de vennootschap, vaak een actieve rol spelen ten aanzien van de zaken van die laatste, en die, gelet daarop, het risico zouden kunnen lopen onder de tekst van paragraaf (b)(ii) te vallen (en dus als “*shadow directors*” te worden aangemerkt). Over welke actoren gaat het precies? De Australische auteur MARKOVIC noemt als typevoorbeeld banken die kredieten verlenen aan een vennootschap (in moeilijkheden). Hij stelt: “*Banks who play an active role with corporate clients in financial difficulties may not fall within the category ‘professional’ if this word is restricted to the recognised professions, but, nevertheless, would fall within the wording ‘business*

¹⁷⁴⁸P. MC KOH, “Shadow Director, Shadow Director, Who Art Thou?”, *Company & Securities Law Journal* 1996, Vol. 14, (340) 350-351.

¹⁷⁴⁹Zie randnr. 333 hierboven.

¹⁷⁵⁰P. GILLIES, *The New Corporations Law*, Sydney, The Federation Press, 1992, 141. Cf. M. D. HOBSON, “The Law of Shadow Directorships”, *Bond Law Review* 1998, Vol. 10, afl. 2, (184) 209.

¹⁷⁵¹Zie ook M. D. HOBSON, “The Law of Shadow Directorships”, *Bond Law Review* 1998, Vol. 10, afl. 2, (184) 209: “*Section 60(2) of the Corporations Law (nu sectie 9 van de Corporations Act 2001) would appear to be of broader application than the corresponding English provision*”. In het Engelse recht kent men enkel een “*professional capacity*”-uitzondering en geen “*business relationship*”-uitzondering, maar banken hebben in het verleden ooit wel gelobbyd om dergelijke uitzondering ook in de Engelse vennootschapswetgeving in te voeren. Hun poging bleef uiteindelijk vruchteloos (zie hierover M. MARKOVIC, “The Law of Shadow Directorships”, *Australian Journal of Corporate Law* 1996, afl. 6, (323) 333, vn. 49 met verwijzing naar FARRAR, J. H., FUREY, N. E., HANNIGAN, B. M., en WYLIE, P., *Farrar’s company law*, London, Butterworth & Co (Publishers) Ltd, 1991, 342).

relationship”¹⁷⁵². CASSIDY noemt als een ander voorbeeld een “*consultant*” die niet binnen de categorie van “*professional*” valt¹⁷⁵³.

Op het eerste gezicht lijkt de “*business-relationship*”-uitzondering een ruime *scope* te hebben en tot gevolg te hebben dat contractanten van de vennootschap eigenlijk nooit als “*shadow directors*” van hun wederpartij kunnen worden aangemerkt. Dit is echter slechts schijn. In de praktijk zetten de woorden “*in the proper performance of ...*” – die ook ten aanzien van deze uitzondering spelen – een belangrijke rem op de inroepbaarheid ervan¹⁷⁵⁴. Niet om het even welke adviserende rol die tegenover de vennootschap wordt aangenomen, wordt zomaar geacht een “*normale en correcte uitoefening van functies verbonden met een zakelijke relatie*” te zijn. De rechtspraak houdt er een enge visie op na¹⁷⁵⁵. Dit laatste wil geenszins zeggen dat het bestaan van een “*shadow directorship*” in hoofde van een contractant van de vennootschap gemakkelijk wordt aangenomen¹⁷⁵⁶.

vi. Geen bijzondere regeling voor moedervennootschappen en holdings

360. Waar de Engelse *Companies Act 2006* een bijzondere regeling omvat die tot gevolg heeft dat moedervennootschappen en holdings ten aanzien van hun dochters niet als “*shadow directors*” kunnen worden aangemerkt voor de toepassing van diverse bepalingen uit die *Act*¹⁷⁵⁷, omvat de Australische *Corporations Act 2001* dergelijke bijzondere regeling niet. Moedervennootschappen en holdings genieten naar Australisch recht niet van een “*carve-out*” en vallen gewoon onder de algemene omschrijving van “*shadow director*” (sectie 9(b)(ii) van de *Corporations Act 2001*) voor de toepassing van alle bepalingen van de *Corporations Act 2001*. Het gebrek aan een bijzondere regeling inzake het “*shadow directorship*” voor vennootschappen in een groepscontext wordt in de Australische rechtsleer sterk toegejuicht: “*Since the purpose of the concept of shadow directors*

¹⁷⁵²M. MARKOVIC, “The Law of Shadow Directorships”, *Australian Journal of Corporate Law* 1996, afl. 6, (323) 333. Zie ook M. D. HOBSON, “The Law of Shadow Directorships”, *Bond Law Review* 1998, Vol. 10, afl. 2, (184) 209.

¹⁷⁵³J. CASSIDY, *Corporations Law*, Sydney, The Federation Press, 2013, 188.

¹⁷⁵⁴Cf. M. D. HOBSON, “The Law of Shadow Directorships”, *Bond Law Review* 1998, Vol. 10, afl. 2, (184) 209.

¹⁷⁵⁵Zie bv. Supreme Court of New South Wales (AU) 30 maart 2010, *Buzzle Operations Pty Ltd (in liquidation) v Apple Computer Australia Pty Ltd*, NSWSC 2010, (384) 441, §249.

¹⁷⁵⁶Integendeel, de rechtspraak stelt zich bij de toepassing van de omschrijving van de notie “*shadow director*” zoals vervat in sectie 9(b)(ii) van de *Corporations Act 2001* erg streng op (zie hierover verder randnr. 361 e.v.).

¹⁷⁵⁷Zie randnr. 337 hierboven.

*is to catch the persons or entities who are in control and who were responsible for the particular decisions of the company, it is submitted that the Australian approach is preferable*¹⁷⁵⁸.

- vii. De lijst met personen die potentieel als “*shadow directors*” kunnen worden aangemerkt is omvangrijk, maar de rechtspraak stelt zich streng op

361. De wettelijke omschrijving van de notie “*shadow director*” in de *Corporations Act 2001* (sectie 9(b)(ii)) leunt, zoals eerder al aangegeven¹⁷⁵⁹, bijzonder dicht aan bij de Engelse definitie van het begrip “*shadow director*” in de *Companies Act 2006* (sectie 251(1)). Het zal dan ook niet verbazen dat de lijst met personen die volgens de Australische rechtsleer potentieel als “*shadow directors*” kunnen worden aangemerkt, bijna identiek is aan de eerder weergegeven lijst¹⁷⁶⁰ van personen die naar Engels recht potentieel als dusdanig kunnen worden aangemerkt. Worden in de Australische rechtsleer o.m. genoemd als typevoorbeelden van personen die een risico lopen om als “*shadow directors*” te worden aangemerkt: controlerende aandeelhouders¹⁷⁶¹ (met in begrip van moedervenootschappen en holdings¹⁷⁶²), “*company doctors*”¹⁷⁶³, belangrijke schuldeisers¹⁷⁶⁴ en kredietverleners (in het bijzonder banken)¹⁷⁶⁵.

Net zoals hun Engelse pendanten, stellen Australische rechtbanken zich bij het aannemen van een “*shadow directorship*” in hoofde van deze personen zeer strikt op, en aanvaarden zij enkel in zeer flagrante gevallen dat zulke kwalificatie voorhanden is. De Australische rechtspraak loopt ter zake

¹⁷⁵⁸ S. H.C. LO, *In Search of Corporate Accountability: Liabilities of Corporate Participants*, Cambridge, Cambridge Scholars Publishing, 2016, 289.

¹⁷⁵⁹ Zie randnr. 349 hierboven.

¹⁷⁶⁰ Zie randnr. 338 hierboven.

¹⁷⁶¹ R. TOMASIC, S. BOTTOMLEY en R. MCQUEEN, *Corporations Law in Australia*, Sydney, The Federation Press, 2002, 392.

¹⁷⁶² M. MARKOVIC, “The Law of Shadow Directorships”, *Australian Journal of Corporate Law* 1996, afl. 6, (323) 337-347.

¹⁷⁶³ P. MC KOH, “Shadow Director, Shadow Director, Who Art Thou?”, *Company & Securities Law Journal* 1996, Vol. 14, (340) 350-351; M. MARKOVIC, “The Law of Shadow Directorships”, *Australian Journal of Corporate Law* 1996, afl. 6, (323) 336-337.

¹⁷⁶⁴ J. HARRIS, A. HARGOVAN en M. ADAMS, *Australian Corporate Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2016, 401.

¹⁷⁶⁵ P. MC KOH, “Shadow Director, Shadow Director, Who Art Thou?”, *Company & Securities Law Journal* 1996, Vol. 14, (340) 348-349; M. MARKOVIC, “The Law of Shadow Directorships”, *Australian Journal of Corporate Law* 1996, afl. 6, (323) 335-336; R. TOMASIC, S. BOTTOMLEY en R. MCQUEEN, *Corporations Law in Australia*, Sydney, The Federation Press, 2002, 392; P. LIPTON, A. HERZBERG en M. WELSH, *Understanding company law*, Sydney, Thomson Reuters (Professional) Australia Limited, 2014, 309-310.

echter niet helemaal gelijk met de Engelse, o.m. omdat moedervennootschappen en holdings naar Australisch recht niet van een “*carve-out*” van de wettelijke omschrijving van “*shadow director*” genieten, maar voor de toepassing van de volledige *Corporations Act 2001* onder die omschrijving kunnen vallen¹⁷⁶⁶. In wat volgt worden enkele prominente verschilpunten en gelijkenissen met de Engelse rechtspraak opgelijst:

- Controlerende aandeelhouders (met inbegrip van moedervennootschappen en holdings)

Wat controlerende aandeelhouders (en meer in het bijzonder moedervennootschappen en holdings) betreft, luidt de leuze in de Australische rechtspraak net als in de Engelse rechtspraak: “*a holding company is not a director of its subsidiaries, merely because it has control of how the boards of its subsidiaries are constituted*”¹⁷⁶⁷. Een aandeelhouder moet, om als “*shadow director*” te kunnen worden aangemerkt meer doen dan alleen maar zijn wettelijke en/of statutaire rechten als aandeelhouder uitoefenen¹⁷⁶⁸. Het speelt daarbij geen rol of de aandeelhouder nu een rechtspersoon is, dan wel een natuurlijke persoon.

Een markant verschil tussen de Engelse en de Australische rechtspraak in dit verband, is dat de Australische rechtspraak een stuk meer voorbeelden omvat van zaken waarin daadwerkelijk tot de kwalificatie van een aandeelhouder als “*shadow director*” besloten is geweest, dan de Engelse. Twee vaak geciteerde en in het oog springende Australische zaken, zijn de reeds besproken zaak *Standard Chartered Bank of Australia v Antico* (welke betrekking heeft op een aandeelhouder-rechtspersoon) en de reeds besproken zaak *Australian Securities Commission v AS Nominees Ltd* (welke betrekking heeft op een aandeelhouder-natuurlijke persoon)¹⁷⁶⁹. Een andere interessante, en te vermelden, zaak is de zaak *Hancock Family Memorial Foundation Ltd v Porteous*¹⁷⁷⁰, waarin het

¹⁷⁶⁶Zie randnr. 360 hierboven.

¹⁷⁶⁷Supreme Court of New South Wales (AU) 9 augustus 1995, *Standard Chartered Bank of Australia v Antico*, 18 ACSR 1995, (1) 70.

¹⁷⁶⁸S. H.C. LO, *In Search of Corporate Accountability: Liabilities of Corporate Participants*, Cambridge, Cambridge Scholars Publishing, 2016, 286-288.

¹⁷⁶⁹Zie randnrs. 351 en 352 hierboven.

¹⁷⁷⁰Supreme Court of Western Australia 10 juni 1999, *Hancock Family Memorial Foundation Ltd v Porteous*, 1999 WASC 55.

hoofd van een familie, de heer Hancock, als een “*shadow director*” werd aangemerkt van de familiale holding HFMF. Hij bleek als aandeelhouder en houder van de meeste stemrechten de drijvende kracht te zijn achter alle investeringsbeslissingen en bleek het te voeren beleid te bepalen en te dicteren aan de bestuurders van HFMF, die gewend waren zijn instructies op te volgen, en eigenlijk gewoon voor hem werkten¹⁷⁷¹.

- Personen die er bewust voor kiezen in de luwte te opereren

Waar er in de Engelse rechtspraak eigenlijk maar heel zelden tot het bestaan van een “*shadow directorship*” wordt besloten, zijn er in de Australische rechtspraak diverse voorbeelden van zaken terug te vinden waarin personen met succes als dusdanig zijn aangemerkt. Opvallend is dat die zaken zeer vaak betrekking hebben op personen die er bewust voor hebben gekozen in de schaduw te blijven en zich van stromannen te bedienen¹⁷⁷².

In de zaak *Beach Petroleum NL v Johnson*¹⁷⁷³ bijvoorbeeld stelde DOUSSA J vast dat de heer Johnson, die in het verleden actief was geweest in Adelaide, Australië, maar na een faillissement en een veroordeling voor fraude het land had verlaten, en daarom in de luwte opereerde, een “*shadow director*” was. Uit de feiten van de zaak bleek dat hij zijn rechterhand en zijn vroegere advocaat en diens rechterhand in het bestuur van diverse vennootschappen uit de IRL groep (later Beach Petroleum) had binnengeloodst, waar ze zijn instructies aangaande het bestuur slaafs opvolgden¹⁷⁷⁴. Omdat de personen in kwestie de beslissende meerderheid van de bestuurders uitmaakten in de betrokken

¹⁷⁷¹ Supreme Court of Western Australia 10 juni 1999, *Hancock Family Memorial Foundation Ltd v Porteous*, 1999 WASC 55, §§29-30.

¹⁷⁷² Zie R. AUSTIN en I. RAMSAY, *Ford, Austin and Ramsay's Principles of Corporations Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2015, 424. Zie ook de zeer pertinente bedenking van CHESTERMAN J in de zaak *Emanuel Management Pty Ltd v Foster's Brewing Group Ltd*: “*It is difficult to believe that it is possible for a person to be a shadow director unless he has a conscious intention to control the decisions of the board. There are two paradigm cases: (i) The bankrupt who installs his wife as sole director; and (ii) The fraudster who makes use of nominee companies as his vehicles operated by nominee directors ... who simply carry out his instructions. These are not, of course, the only possible examples; but they are useful to bear in mind, for the further any given situation is from either of them the less likely it is to be a case of shadow directorships*” (zie Supreme Court of Queensland 17 juli 2003, *Emanuel Management Pty Ltd v Foster's Brewing Group Ltd*, 2003 QSC 205, §267).

¹⁷⁷³ Federal Court of Australia 10 juni 1993, *Beach Petroleum NL v Johnson*, 43 FCR 1.

¹⁷⁷⁴ Federal Court of Australia 10 juni 1993, *Beach Petroleum NL v Johnson*, 43 FCR 1, §22.18: “*His conduct, on which the applicants rely, was to give instructions which the formally appointed directors followed*”.

vennootschappen, kon de heer Johnson worden aangemerkt als een “*shadow director*” van elk van hen¹⁷⁷⁵.

In de iets recentere zaak *Mernda Developments Pty Ltd (in liquidation) v Alamanda Property Investments No 2 Pty Ltd (in liquidation)*¹⁷⁷⁶ stelden WARREN CJ, MANDIE JA en JUDD AJA vast dat de heer Weerappah die bewust een structuur had opgezet waarbij hij niet openlijk de verantwoordelijkheden van een bestuurder hoefde te dragen, een “*shadow director*” was. Uit de feiten van de zaak bleek dat de heer Weerappah met zijn *business* “partner”, de heer Robertson, was overeengekomen dat die laatste steeds zou optreden als bestuurder van de door hem gefinancierde projectvennootschappen, zodat hij zelf op geen enkel moment als bestuurder daarvan gekend zou zijn. De heer Robertson diende voor alle belangrijke bestuursbeslissingen wel bij de heer Weerappah te rade te komen en volgde elk van zijn aanwijzingen ter zake nauwgezet op¹⁷⁷⁷.

- Kredietverleners (in het bijzonder banken) en (belangrijke) schuldeisers

Wat kredietverleners en schuldeisers betreft, ligt de Australische rechtspraak in lijn met de Engelse. De Australische rechtbanken zijn net als de Engelse zeer terughoudend in het kwalificeren van banken en (kredietverstreckende en/of bevoorrechte) schuldeisers als “*shadow directors*” en aanvaarden dat zij een bepaalde mate van controle kunnen uitoefenen op de activiteiten van hun wederpartij, zonder daarom “*shadow directors*” te worden¹⁷⁷⁸. Een van de meest fel besproken en vaakst aangehaalde zaken inzake de positie van bevoorrechte schuldeisers-kredietverleners is de zaak *Buzzle Operations*

¹⁷⁷⁵ Federal Court of Australia 10 juni 1993, *Beach Petroleum NL v Johnson*, 43 FCR 1, §§1.10-1.12 en 22.18

¹⁷⁷⁶ Court of Appeal of the Supreme Court of Victoria 30 november 2011, *Mernda Developments Pty Ltd (in liquidation) v Alamanda Property Investments No 2 Pty Ltd (in liquidation)*, 2011 VSCA 392.

¹⁷⁷⁷ Court of Appeal of the Supreme Court of Victoria 30 november 2011, *Mernda Developments Pty Ltd (in liquidation) v Alamanda Property Investments No 2 Pty Ltd (in liquidation)*, 2011 VSCA 392, §6.

¹⁷⁷⁸ CHESTERMAN J drukte zulks in de zaak *Emanuel Management Pty Ltd v Foster's Brewing Group Ltd* uit als volgt: “*It is, I think, significant that there is no reported case in which a secured creditor has been held a de facto or shadow director of the borrowing company despite there being innumerable examples over the decades of creditors who have taken a keen interest in, and exercised a marked degree of supervision over, the affairs of their debtors*” (zie Supreme Court of Queensland 17 juli 2003, *Emanuel Management Pty Ltd v Foster's Brewing Group Ltd*, 2003 QSC 205, §264).

*Pty Ltd (in liquidation) v Apple Computer Australia Pty Ltd*¹⁷⁷⁹. De feiten van deze zaak zijn als volgt¹⁷⁸⁰.

In het begin van 2000 hadden verschillende detailhandelaars (“retailers”) van Apple Computer Australia Pty Ltd (hierna verkort “Apple”) het plan opgevat om hun krachten te bundelen en te fuseren tot een nieuwe vennootschap. Die nieuwe vennootschap zou Buzzle Operations Pty Ltd (hierna verkort “Buzzle”) worden gedoopt, en alle voorraden en activiteiten van de betrokken detailhandelaars overnemen. Elk van de betrokken detailhandelaars hield een voorraad aan op krediet van Apple, die werd gedekt door een vaste en vlottende zekerheid (een pandrecht) op de activa van die detailhandelaar. Ingevolge deze zekerheid was de toestemming van Apple vereist om de fusie te laten doorgaan. Na lange en intense onderhandelingen met Apple werd een akkoord bereikt waarbij Buzzle een zogenaamde “reseller agreement” met Apple zou onderschrijven, waarin een voorraad op krediet werd overeengekomen en waarin een pandrecht op de activa van Buzzle werd gevestigd. De overeenkomst werd ondertekend en de fusie vond doorgang, maar draaide om verschillende redenen uiteindelijk slecht uit.

Als houder van een pandrecht op de activa van Buzzle was Apple gerechtigd om betaling te vorderen van de bedragen die door het pandrecht waren gedekt, en Buzzle in feite in een staat van insolventie te brengen indien de vorderingen niet werden voldaan. Buzzle ging uiteindelijk failliet. De *liquidator* daagde Apple en haar CFO voor de rechtbank stellende dat zij “shadow directors” van Buzzle waren, en in die

¹⁷⁷⁹Zie o.m. verwijzingen naar deze zaak in J. CASSIDY, *Corporations Law*, Sydney, The Federation Press, 2013, 188-189; P. LIPTON, A. HERZBERG en M. WELSH, *Understanding company law*, Sydney, Thomson Reuters (Professional) Australia Limited, 2014, 310; R. AUSTIN en I. RAMSAY, *Ford, Austin and Ramsay's Principles of Corporations Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2015, 422-423; S. BOTTOMLEY, K. HALL, P. SPENDER en B. NOSWORTHY, *Contemporary Australian Corporate Law*, Victoria, Cambridge University Press, 2018, 268; R. AUSTIN en I. RAMSAY, *Ford, Austin and Ramsay's Principles of Corporations Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2018, 454-455. Zie voor een uitvoerige bespreking ook B. CURTIN, “Shadow directors: navigating the haze after Buzzle v Apple”, *Company and Securities Law Journal* 2011, afl. 29, 506-513.

¹⁷⁸⁰Zie ook de weergave in R. BAXT, *Duties and responsibilities of directors and officers*, Sydney, The Australian Institute of Company Directors, 2016, 28-30; J. HARRIS, A. HARGOVAN en M. ADAMS, *Australian Corporate Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2016, 401-402.

hoedanigheid aansprakelijk waren voor “*insolvent trading*” (cf. *wrongful trading*) in de zin van sectie 588G van de *Corporations Act 2001* omdat zij niet hadden voorkomen dat de vennootschap schulden maakte terwijl zij insolvent was.

De rechter in eerste aanleg, WHITE J, had bevestigd dat zowel vennootschappen als natuurlijke personen “*shadow directors*” konden zijn¹⁷⁸¹, maar was er niet van overtuigd dat Apple effectief een “*shadow director*” was. WHITE J werd in hoger beroep bijgetreden door YOUNG JA, HODGSON JA en WHEALY JA, die bevestigden dat noch Apple, noch haar CFO als “*shadow directors*” konden worden aangemerkt.

YOUNG JA vatte daarbij nog eens mooi in vijf punten samen welke de leidende principes zijn die gelden bij de beoordeling van het bestaan van een “*shadow directorship*”. Hij stelde dat¹⁷⁸²:

- 1) Niet elke persoon wiens advies in de praktijk door het bestuur wordt opgevolgd, als een “*de facto*” of “*shadow director*” aan te merken valt;
- 2) Indien een persoon een reëel eigen belang heeft bij het geven van advies aan het bestuur, zoals een bank of een hypotheekhouder, het loutere feit dat het bestuur geneigd zal zijn dat advies op te volgen om zich te behoeden voor de toorn van de hypotheekhouder, de hypotheekhouder nog niet tot een “*shadow director*” maakt;
- 3) Van cruciaal belang is dat de “*shadow director*” de mogelijkheid heeft om controle uit te oefenen. Het feit dat hij niet alle facetten van de vennootschap tracht te controleren of dat het bestuur af en toe adviezen naast zich neerlegt, is niet bepalend;
- 4) Uit het aangevoerde bewijs ‘iets meer’ moet blijken dan het loutere feit dat men zich in een controlepositie bevindt. Het geheel van de feiten moet worden

¹⁷⁸¹ Supreme Court of New South Wales (AU) 30 maart 2010, *Buzzle Operations Pty Ltd (in liquidation) v Apple Computer Australia Pty Ltd*, 238 FLR 2010, (384) 435, §231.

¹⁷⁸² Court of Appeal of the Supreme Court of New South Wales (AU) 9 mei 2011, *Buzzle Operations Pty Ltd (in liquidation) v Apple Computer Australia Pty Ltd*, NSWCA 2011, §229-233.

onderzocht om na te gaan of die controlebevoegdheid ook in de praktijk werd uitgeoefend; en

- 5) Indien het bestuur zich heeft opgesplitst in een meerderheids- en een minderheidsfractie, een persoon met invloed nog altijd een “*shadow director*” kan zijn, met name wanneer hij de werkelijke beslissingsnemers controleert.

YOUNG JA, HODGSON JA en WHEALY JA oordeelden uiteindelijk dat er geen echt bewijs was dat de bestuurders van Buzzle gewend waren de instructies van Apple op te volgen. Er kon volgens hen geen “*pattern of behaviour*” in hun handelen worden ontwaard¹⁷⁸³. Zij benadrukten daarbij dat de instructies van de “*shadow director*” betrekking moeten hebben op de activiteiten van het bestuursorgaan, en niet louter op beslissingen van het management¹⁷⁸⁴.

De zaak *Buzzle Operations Pty Ltd (in liquidation) v Apple Computer Australia Pty Ltd* is een erg belangrijke zaak, omdat zij duidelijk maakt dat een externe persoon niet als een “*shadow director*” zal worden gezien wanneer hij voorwaarden stelt voor zijn blijvende steun aan een vennootschap op een marktconforme basis¹⁷⁸⁵. Schuldeisers met een zekerheidsrecht kunnen bijgevolg op beide oren slapen: het is onwaarschijnlijk dat zij naar Australisch recht als “*shadow directors*” zullen worden aangemerkt wanneer zij voorwaarden verbinden aan de voortzetting van hun relatie met een onderneming in moeilijkheden.

362. Indien men voormelde uiteenzetting naast de Belgische rechtspraak inzake het bestaan van een “*feitelijk bestuurderschap*” legt, zal men, net zoals bij de analyse van de Engelse rechtspraak inzake het bestaan van “*shadow directorships*”¹⁷⁸⁶, heel wat punten herkennen en inhoudelijk met elkaar kunnen verbinden. Dezelfde categorieën van personen komen terug en Australische rechters

¹⁷⁸³ Court of Appeal of the Supreme Court of New South Wales (AU) 9 mei 2011, *Buzzle Operations Pty Ltd (in liquidation) v Apple Computer Australia Pty Ltd*, NSWCA 2011, §198.

¹⁷⁸⁴ Court of Appeal of the Supreme Court of New South Wales (AU) 9 mei 2011, *Buzzle Operations Pty Ltd (in liquidation) v Apple Computer Australia Pty Ltd*, NSWCA 2011, §194 en 198.

¹⁷⁸⁵ J. HARRIS, A. HARGOVAN en M. ADAMS, *Australian Corporate Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2016, 402.

¹⁷⁸⁶ Zie randnr. 339 hierboven.

lijken er fundamenteel gezien dezelfde visie op na te houden als hun Engelse collega's wat betreft de positie van kredietverleners en schuldeisers. Die visie ligt, zoals eerder al aangestipt¹⁷⁸⁷, in lijn met de Belgische.

AFDELING 6. DE GEVOLGEN VAN EEN KWALIFICATIE ALS “*DE FACTO*” OF “*SHADOW DIRECTOR*”

I. INLEIDING

363. In de vorige afdeling van dit hoofdstuk is duidelijk geworden wanneer iemand naar Engels en Australisch vennootschapsrecht als “*de facto*” of “*shadow director*” kan worden aangemerkt. Wat nog niet nader werd geanalyseerd, is welke gevolgen zulke kwalificatie precies heeft op het vlak van de toepassing van normering. Is het naar Engels en Australisch vennootschapsrecht steeds helder welke wetsbepalingen naar “*de facto*” en “*shadow directors*” doorwerken en welke verplichtingen op hen rusten? Of bestaan er, net zoals naar Belgisch vennootschapsrecht, ter zake ook interpretatievraagstukken¹⁷⁸⁸? Een analyse van deze vragen volgt in deze afdeling.

II. DE GEVOLGEN NAAR ENGELS VENNOOTSCHAPSRECHT

A. De gevolgen van een kwalificatie als “*de facto director*”

364. Zoals reeds eerder aangestipt, gaat men er in het Engelse vennootschaprecht van uit dat de wettelijke definitie van het begrip “*director*” in sectie 250 van de *Companies Act 2006*¹⁷⁸⁹ op een ruime, en niet-exhaustieve, wijze is geformuleerd, en niet enkel naar “*de jure directors*” verwijst, maar ook “*de facto directors*” kan omvatten¹⁷⁹⁰. Wil dit dan zeggen dat overal waar er in de wet naar een “*director*” of “*directors*” wordt verwezen, dit begrip ook de “*de facto directors*” omvat? Niet helemaal; het begrip “*director*” kan “*de facto directors*” omvatten¹⁷⁹¹, maar dat is zeker niet

¹⁷⁸⁷ Zie tevens randnr. 339 hierboven.

¹⁷⁸⁸ Zie voor een overzicht van de interpretatievraagstukken onder het WVV, randnrs. 272-276 hierboven.

¹⁷⁸⁹ En secties 251 van de *Insolvency Act 1986* en 22(4) van de *Company Directors Disqualification Act 1986*.

¹⁷⁹⁰ Zie randnr. 285 hierboven.

¹⁷⁹¹ P. LOOSE, M. GRIFFITHS en D. IMPEY, *The Company Director. Powers, Duties and Liabilities*, Bristol, Jordans, 2000, 27; C. WILD en S. WEINSTEIN, *Smith and Keenan's Company Law*, Harlow, Pearson Education Limited, 2019, 177.

altijd en in de context van elke wetsbepaling het geval¹⁷⁹². Volgens Sir NICHOLAS BROWNE-WILKINSON V.-C. hangt het antwoord op de vraag of een wetsbepaling die geldt voor een “director” ook geldt voor een “*de facto director*” af van de formulering en de opbouw van die bepaling¹⁷⁹³.

Sir NICHOLAS BROWNE-WILKINSON V.-C. overwoog in de zaak *Re Lo-Line Electric Motors Ltd* ter zake het volgende (toen nog onder gelding van de oude *Companies Act 1985*): “**Since the definition of director is inclusive and not exhaustive its meaning has to be derived from the words of the Act as a whole. In my judgment it is not possible to treat a de facto director as a "director" for all the purposes in the Act of 1985. Thus in sections 282 (minimum number of directors)¹⁷⁹⁴, 212 (directors share qualification)¹⁷⁹⁵, 293(2) (age limits)¹⁷⁹⁶, and 288 (register of directors)¹⁷⁹⁷, the word director must be referring to de jure directors alone. On the other hand, in some sections the word director must include a person who is not a de jure director. Thus section 285¹⁷⁹⁸ validates acts of a director notwithstanding a defect in his appointment i.e. the acts of someone who is not a de jure director. It follows that the word director is capable of including de facto directors but may not do so. The meaning of director varies according to the context in which it is to be found**”¹⁷⁹⁹ (eigen nadruk).

¹⁷⁹²Zie ook P. LOOSE, M. GRIFFITHS en D. IMPEY, *The Company Director. Powers, Duties and Liabilities*, Bristol, Jordans, 2000, 27; A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (55) 61, nr. 3.19; PRACTICAL LAW CORPORATE, “UK Practice Note – Types of director: overview”, *Westlaw UK*, Thomson Reuters, (1) 3; D. FRENCH, *Mayson, French & Ryan on Company Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 407; J. BIRDS, D. ATTENBOROUGH, M. LEISER, M. SOLINAS, M. VARNEY en Z. Z. BENG, *Boyle & Birds' Company Law*, London, LexisNexis, 2019, 522, nr. 15.3; L. ROACH, *Company Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 173; B. HANNIGAN, *Company Law – Sixth Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 135, nr. 7-21.

¹⁷⁹³High Court of Justice Chancery Division (VK) 30 maart 1988, *Re Lo-Line Electric Motors Ltd*, Ch. 1988, (477) 489. Zie tevens de overweging van LORD COLLINS in Supreme Court (VK) 24 november 2010, *Revenue and Customs Commissioners v Holland in Re Paycheck Services 3 Ltd*, 1 WLR 2010, (2793) 2827, §93: “It does not follow that ‘de facto director’ must be given the same meaning in all of the different contexts in which a ‘director’ may be liable”.

¹⁷⁹⁴Nu sectie 154 van de *Companies Act 2006*.

¹⁷⁹⁵Deze bepaling werd opgeheven onder de *Companies Act 2006*.

¹⁷⁹⁶Nu sectie 157 van de *Companies Act 2006*.

¹⁷⁹⁷Nu sectie 162 van de *Companies Act 2006*.

¹⁷⁹⁸Nu sectie 161 van de *Companies Act 2006*.

¹⁷⁹⁹High Court of Justice Chancery Division (VK) 30 maart 1988, *Re Lo-Line Electric Motors Ltd*, Ch. 1988, (477) 489.

365. Gelden volgens de rechtspraak¹⁸⁰⁰ en de rechtsleer¹⁸⁰¹ alvast niet alleen voor “*de jure*”, maar ook voor “*de facto directors*”: secties 171-177 van de *Companies Act 2006* houdende de “*general duties of directors*”¹⁸⁰² (de algemene verplichtingen van bestuurders)¹⁸⁰³.

Worden verder ook geacht van toepassing te zijn op “*de facto directors*”¹⁸⁰⁴:

- sectie 212 van de *Insolvency Act 1986* betreffende zogenaamde “*misfeasance claims*”¹⁸⁰⁵ (vorderingen voor een soort van plichtsverzuim / machtsmisbruik)¹⁸⁰⁶;

¹⁸⁰⁰Zie Court of Appeal (VK) 1 mei 1880, *Re Canadian Land Reclaiming and Colonizing Co*, 14 Ch. D., (660) 670: “*It was admitted by the Appellants that these persons, as de facto directors, would be liable for any act of commission or any omission on their part in the same manner and to the same extent as if they had been de jure as well as de facto directors*”; High Court of Justice Chancery Division (VK) 27 juli 2005, *Ultraframe (UK) Ltd v Fielding*, WL 2005, 1801204, §1257: “*A de facto director owes directors' duties to the company in relation to which he performs those functions*”; High Court of Justice Chancery Division (VK) 26 mei 2006, *Primlake Ltd v Matthews Associates*, 2006 WL 1518690, §284: “*It is not disputed that a de facto director owes the same fiduciary duties as a de jure director*”; High Court of Justice Chancery Division (VK) 13 april 2018, *Instant Access Properties Ltd v Rosser*, EWHC 2018, 756 (Ch), §254: “*it was common ground in this case that a de facto director owes to the relevant company the same duties as would a de jure director of that company*”. Zie verder ook High Court of Justice Chancery Division (VK) 12 april 2006, *Shepherd Investments Ltd v Walters*, 2006 WL 901135, §§80-81; High Court of Justice Chancery Division (VK) 17 januari 2008, *Statek Corp v Alford*, 2008 WL 45539, §107.

¹⁸⁰¹Zie o.m. A. KEAY, *Directors' Duties*, Bristol, Jordans, 2014, 16, nr. 2.21: “*Clearly a de facto director owes the same duties owed by a de jure director*”; A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (55) 57, nr. 3.10: “*Since a de facto director is within the definition of a 'director', he will owe to the relevant company all the general duties of a director specified in ss 171-7*”; B. HANNIGAN, *Company Law – Sixth Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 135, nr. 7-21: “*With respect to the general duties of directors in CA 2006, Pt 10, Ch 2, given that a de facto director has assumed the office of director, it follows that in addition a de facto director takes on the duties of the office*”.

¹⁸⁰²Het gaat om 1) de “*duty to act within powers*” (sectie 171), 2) de “*duty to promote the success of the company*” (sectie 172), 3) de “*duty to exercise independent judgment*” (sectie 173), 4) de “*duty to exercise reasonable care, skill and diligence*” (sectie 174), 5) de “*duty to avoid conflicts of interest*” (sectie 175), 6) de “*duty not to accept benefits from third parties*” (sectie 176) en 7) de “*duty to declare interest in proposed transaction or arrangement*” (sectie 177).

¹⁸⁰³Het gaat voor een groot stuk om de codificatie om een reeks verplichtingen die in oudere rechtspraak als “*fiduciary duties of directors*” worden omschreven (zie ook randnr. 315 hierboven). Zie hierover ook PRACTICAL LAW CORPORATE, “UK Practice Note – Types of director: overview”, *Westlaw UK*, Thomson Reuters, (1) 3.

¹⁸⁰⁴Merk op dat de functionele equivalenten van de twee laatstgenoemde bepalingen in het Belgische recht (zijnde de artikelen XX.227 en XX.229 WER) een uitdrukkelijke verwijzing naar de notie “*feitelijke bestuurder*” omvatten.

¹⁸⁰⁵“*Misfeasance*” wordt in de *Cambridge Dictionary* omschreven als “*the fact of someone in authority performing a legal act in an illegal way*”.

¹⁸⁰⁶Zie Supreme Court (VK) 24 november 2010, *Revenue and Customs Commissioners v Holland in Re Paycheck Services 3 Ltd*, 1 WLR 2010, (2793) 2815-2816, §55: “*The issue is whether Mr Holland can be made liable, pursuant to the Insolvency Act 1986, section 212 (as amended), to account for the funds paid out by the insolvent composite companies on the basis that they have been misapplied by him, or he is accountable for them, or has been guilty of misfeasance or breach of any fiduciary or other duty in relation to the funds. It is common ground that (a) a de facto director is covered by section 212; ...*” (eigen nadruk).

- sectie 214 van de *Insolvency Act 1986* inzake “*wrongful trading*”¹⁸⁰⁷; en
- sectie 6 van de *Company Directors Disqualification Act 1986* aangaande zogenaamde “*disqualification proceedings*” (procedures tot het opleggen van bestuursverboden)¹⁸⁰⁸.

Of er nog andere bepalingen van de *Companies Act 2006*, en in het bijzonder van Deel 10¹⁸⁰⁹, zijn waarin het begrip “*director*” niet enkel verwijst naar “*de jure*”, maar ook naar “*de facto directors*”, is onduidelijk. Sommige auteurs suggereren van wel, maar het is niet duidelijk om welke bepalingen het dan concreet zou gaan en hoe deze desgevallend op “*de facto directors*” zouden moeten worden toegepast¹⁸¹⁰.

B. De gevolgen van een kwalificatie als “*shadow director*”

366. Waar het naar Engels vennootschapsrecht enig onderzoek en de nodige interpretatie vereist

¹⁸⁰⁷ Zie High Court of Justice Chancery Division (VK) 17 december 1993, *Re Hydrodan (Corby) Ltd*, BCC 1994, (161) 162: “*The defendants accept, though for the purpose of these appeals only, that the liability imposed by s. 214 extends to de facto directors as well as to de jure and shadow directors. It appears to me that that concession is plainly correct. Liability for wrongful trading is imposed by the Act on those persons who are responsible for it, that is to say, who were in a position to prevent damage to creditors by taking proper steps to protect their interests. Liability cannot sensibly depend upon the validity of the defendant's appointment. Those who assume to act as directors and who thereby exercise the powers and discharge the functions of a director, whether validly appointed or not, must accept the responsibilities which are attached to the office. Nevertheless, the statutory liability is imposed exclusively upon directors of one or other of the three kinds that I have mentioned. Accordingly, the liquidator must plead and prove against each defendant separately that he or it was a director of the company*” (eigen nadruk).

¹⁸⁰⁸ Zie High Court of Justice Chancery Division (VK) 30 maart 1988, *Re Lo-Line Electric Motors Ltd*, Ch. 1988, (477) 489: “*As a matter of construction, I would hold that the word director in section 300 [van de oude Companies Act 1985, nu sectie 6 van de Company Directors Disqualification Act 1986] does include a person who is de facto acting as a director even though not appointed as such. Mr. Turnbull, for Mr. Browning, submitted that as the disqualification of a director is a penal process the word should be strictly construed. But as I have said, the paramount purpose of disqualification is the protection of the public not punishment. I therefore approach the question of construction on the normal basis. Section 300 requires the court to have regard to ‘conduct as a director’. I can see no reason why Parliament should have intended that the decision to disqualify should turn on the validity of his appointment. The conduct relevant to future suitability to act as a director depends on a man's past record as a director irrespective of the circumstances in which he came to act as such*” en 490: “*In my judgment therefore under section 300 the court must have regard to the conduct of the respondent as director whether validly appointed or invalidly appointed or merely de facto acting as a director*” (eigen nadruk).

¹⁸⁰⁹ Deel 10 van de *Companies Act 2006* bundelt de bepalingen betreffende “*A company's directors*”. De “*General duties of directors*” zijn terug te vinden in Hoofdstuk 2 van dit Deel 10.

¹⁸¹⁰ Zie bv. A. GOODISON die stelt: “*Since a de facto director is within the definition of a director he is subject to all the provisions in the 2006 Act, Part 10 about a company's directors, but the application of those provisions to a particular director may depend on the circumstances*” (zie A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (55) 61, nr. 3.19).

om uit te maken of een wetsbepaling waarin een “*director*” wordt geïmagineerd, ook speelt ten aanzien van een “*de facto director*”, is zulks ten aanzien van een “*shadow director*” een stuk gemakkelijker uit te maken. De Engelse wetgever heeft namelijk zelf in de wettekst aangegeven of het personele toepassingsgebied van een naar een “*director*” verwijzende bepaling zich in voorkomend geval ook tot een “*shadow director*” uitstrekt¹⁸¹¹. Hij heeft daarbij, zoals eerder reeds aangestipt, gebruik gemaakt van wat men zou kunnen omschrijven als “punctuele gelijkstellingen”¹⁸¹².

In welke wetsbepalingen kan men “punctuele gelijkstellingen” tussen “*directors*” en “*shadow directors*” terugvinden? Het gaat, zonder ter zake in al te veel detail te willen treden en om in de eerste plaats vooral een globaal overzicht te willen geven, om de volgende bepalingen¹⁸¹³:

In de *Companies Act 2006*:

- *Deel 5, Deel 10, Hoofdstuk 1 en Deel 12*: een “*shadow director*” wordt beschouwd als een “*officer*” en bijgevolg als “*director*” en kan aansprakelijk worden gesteld voor het niet-naleven van:
 - Deel 5 van de *Companies Act 2006* over de vennootschapsnaam¹⁸¹⁴: hij kan volgens sectie 68(5) van de *Companies Act 2006* bijvoorbeeld aansprakelijk worden gesteld wanneer de vennootschap nalaat een naamsverwarring recht te zetten;
 - Deel 10, Hoofdstuk 1 van de *Companies Act 2006* houdende de verplichting om de identiteit van “*directors*” en hun residentiële adressen te registreren in een register en de “*registrar*” in kennis te stellen van eventuele wijzigingen¹⁸¹⁵; en

¹⁸¹¹ A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (55) 61; J. BIRDS, D. ATTENBOROUGH, M. LEISER, M. SOLINAS, M. VARNEY en Z. Z. BENG, *Boyle & Birds’ Company Law*, London, LexisNexis, 2019, 524, nr. 15.4; B. HANNIGAN, *Company Law – Sixth Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 135, nr. 7-22 en 140, nr. 7-32.

¹⁸¹² Zie randnr. 285 hierboven.

¹⁸¹³ Zie ook de weergave in PRACTICAL LAW CORPORATE, “UK Practice Note – Types of director: overview”, *Westlaw UK*, Thomson Reuters, (1) 7-8; A. GOODISON, “Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (55) 61-64.

¹⁸¹⁴ Zie in het bijzonder secties 63(2), 68(5), 75(5) en 76(5) van de *Companies Act 2006*.

¹⁸¹⁵ Zie in het bijzonder secties 156(6), 162(6), 165(4) en 167(4) van de *Companies Act 2006*.

- Deel 12 van de *Companies Act 2006* houdende de verplichting om de identiteit van “*secretaries*” te registreren in een register en de “*registrar*” in kennis te stellen van eventuele wijzigingen¹⁸¹⁶;
- Sectie 157(5): volgens sectie 157(5) van de *Companies Act 2006* kan een persoon die jonger is dan 16 jaar en die optreedt als “*shadow director*” aansprakelijkheid oplopen onder de *Companies Act 2006*, zelfs al kon hij niet geldig tot “*director*” worden benoemd;
- Sectie 170(5): volgens sectie 170(5) van de *Companies Act 2006* zijn de algemene verplichtingen van “*directors*” (“*the general duties of directors*”) zoals uiteengezet in Deel 10, Hoofdstuk 2 van de *Companies Act 2006*¹⁸¹⁷, van toepassing op “*shadow directors*”, “indien en voor zover zij op hen kunnen worden toegepast” (“*where and to the extent they are capable of so applying*”)¹⁸¹⁸;
- Sectie 187: volgens sectie 187 van de *Companies Act 2006* valt een “*shadow director*” onder Hoofdstuk 3 van de *Companies Act 2006* dat de verplichting omvat voor een “*director*” om een belang bij, of in, een bestaande transactie of overeenkomst mee te delen aan zijn collega “*directors*”¹⁸¹⁹;
- Deel 10, Hoofdstukken 4-6: een “*shadow director*” wordt gelijkgeschakeld met een “*director*” voor de toepassing van de bepalingen van Deel 10, Hoofdstukken 4-6 van de *Companies Act 2006* inzake:
 - transacties die de goedkeuring van de aandeelhouders behoeven (*i.e.* “*directors’ service contracts*”, “*property transactions*”, “*loans to directors*” en “*payments for loss of office*”) (sectie 223(2));

¹⁸¹⁶Zie in het bijzonder secties 272(6), 275(6) en 276(3) van de *Companies Act 2006*.

¹⁸¹⁷Het gaat zoals eerder al aangegeven om 1) de “*duty to act within powers*” (sectie 171), 2) de “*duty to promote the success of the company*” (sectie 172), 3) de “*duty to exercise independent judgment*” (sectie 173), 4) de “*duty to exercise reasonable care, skill and diligence*” (sectie 174), 5) de “*duty to avoid conflicts of interest*” (sectie 175), 6) de “*duty not to accept benefits from third parties*” (sectie 176) en 7) de “*duty to declare interest in proposed transaction or arrangement*” (sectie 177).

¹⁸¹⁸Zie ook verder randnr. 367.

¹⁸¹⁹Waar “*directors*” hun collega’s in kennis kunnen stellen door een verklaring af te leggen tijdens een vergadering van het bestuursorgaan, is dit voor de “*shadow director*” niet mogelijk (dit is niet onlogisch: de “*shadow director*” is normaliter niet aanwezig op dergelijke vergaderingen en maakt geen deel uit van het bestuursorgaan). Hij moet de “*directors*” schriftelijk in kennis stellen van zijn belangenconflict (zie sectie 187(2) en (3) *juncto* 182 van de *Companies Act 2006*). Zie hierover ook L. TAMLYN en M. HAYWOOD, “Chapter 17: Duty to Declare Interest in Transaction or Arrangement” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (383) 399-400, nr. 17.64.

- de bezoldiging en betaling van ontslagvergoedingen aan “*directors*” van op de beurs genoteerde vennootschappen (met dien verstande dat ontslag of verlies van mandaat niet het verlies van iemands status als “*shadow director*” omvat) (sectie 226A(9));
- de openbaarmaking van dienstverleningsovereenkomsten van “*directors*” (sectie 230); en
- overeenkomsten met een enige aandeelhouder die “*director*” is (sectie 231(5));
- Sectie 239: een “*shadow director*” wordt gelijkgeschakeld met een “*director*” voor de toepassing van Hoofdstuk 7, sectie 239 van de *Companies Act 2006* inzake bekrachtiging van handelingen van “*directors*” door de vennootschap;
- Sectie 247: een “*shadow director*” wordt ook genoemd in sectie 247 van de *Companies Act 2006* die de “*directors*” van een vennootschap de bevoegdheid verleent om voorzieningen te treffen voor werknemers bij staking of overgang van onderneming. In sectie 247(5) wordt expliciet gesteld dat een besluit van de “*directors*” onvoldoende is voor betalingen aan of ten gunste van “(former) directors” én “*shadow directors*”;
- Sectie 260: een “*shadow director*” wordt verder behandeld als een “*director*” in Deel 11, sectie 260 van de *Companies Act 2006* waarin een regeling is opgenomen voor zogenaamde “*derivative claims*” in Engeland, Wales en Noord-Ierland¹⁸²⁰; en
- Sectie 379: tot slot blijkt uit sectie 379 van de *Companies Act 2006* dat het begrip “*director*” voor de toepassing van Deel 14 van de *Companies Act 2006* betreffende de controle op politieke giften en uitgaven ook een “*shadow director*” omvat.

In de *Insolvency Act 1986 (IA)*¹⁸²¹:

- Sectie 206: volgens sectie 206 van de *IA* is een “*shadow director*” net als een “*director*” strafrechtelijk aansprakelijk voor fraude, enz. in de aanloop naar een (vrijwillige of gedwongen) vereffening;

¹⁸²⁰ Zie hierover verder randnr. 369-370.

¹⁸²¹ *Pro memorie*: de wettelijke definitie van “*shadow director*” in sectie 251 van de *Insolvency Act 1986* is woordelijk identiek aan de wettelijke definitie van “*shadow director*” in sectie 251 van de *Companies Act 2006*, maar omvat geen afwijking zoals opgenomen in sectie 251(3) van de *Companies Act 2006*. Zie ook randnr. 285 hierboven.

- Sectie 208: volgens sectie 208 van de *IA* is een “*shadow director*” net als een “*director*” strafrechtelijk aansprakelijk voor wangedrag bij een (vrijwillige of gedwongen) vereffening;
- Sectie 210: volgens sectie 210 van de *IA* is een “*shadow director*” net als een “*director*” strafrechtelijk aansprakelijk voor materiële weglatingen in verklaringen betreffende de zaken van de vennootschap;
- Sectie 211: volgens sectie 211 van de *IA* is een “*shadow director*” net als een “*director*” strafrechtelijk aansprakelijk voor het afleggen van valse verklaringen aan schuldeisers;
- Sectie 214: volgens sectie 214 van de *IA* is een “*shadow director*” net als een “*director*” aansprakelijk voor “*wrongful trading*”; en
- Sectie 216: volgens sectie 216 van de *IA* is een “*shadow director*” net als een “*director*” strafrechtelijk aansprakelijk voor het hergebruik van een verboden vennootschapsnaam.

In de *Company Directors Disqualification Act 1986 (CDDA)*¹⁸²²:

- Sectie 4(2): volgens sectie 4(2) van de *CDDA* kan een “*shadow director*” net als een “*director*” het verbod opgelegd krijgen om nog op te treden als “*director*” bij fraude in verband met een vennootschap in vereffening;
- Sectie 6(3C): volgens sectie 6(3C) van de *CDDA* kan een “*shadow director*” net als een “*director*” het verbod opgelegd krijgen om nog op te treden als “*director*” omwille van zijn gedrag als “*director*” van een insolvable vennootschap, indien blijkt dat dat gedrag hem ongeschikt maakt om bij het bestuur van een vennootschap betrokken te zijn;
- Sectie 8(1)-(2A): volgens sectie 8(1)-(2A) van de *CDDA* kan een “*shadow director*” net als een “*director*” het verbod opgelegd krijgen om nog op te treden als “*director*” indien zulks, na een onderzoek, geacht wordt in het openbaar belang te zijn; en

¹⁸²² *Pro memorie*: de wettelijke definitie van “*shadow director*” in sectie 22(5) van de *Company Directors Disqualification Act 2006* is woordelijk identiek aan de wettelijke definitie van “*shadow director*” in sectie 251 van de *Companies Act 2006*, maar omvat geen afwijking zoals opgenomen in sectie 251(3) van de *Companies Act 2006*. Zie ook randnr. 285 hierboven.

- Sectie 9E(5): volgens sectie 9E(5) van de *CDDA* kan een “*shadow director*” net als een “*director*” het verbod opgelegd krijgen om nog op te treden als “*director*” in geval van mededingingsrechtelijke inbreuken.

367. Het aantal bepalingen waarin een gelijkstelling is opgenomen, is vrij omvangrijk. Echter, wil dit ook zeggen dat alles duidelijk is, en er in het Verenigd Koninkrijk bij iemands kwalificatie als “*shadow director*” geen vragen meer over de toepassing van normering kunnen rijzen? Niet helemaal. Er blijft ruimte voor interpretatie, in het bijzonder wat de toepassing van “*the general duties of directors*” (secties 171-177 van de *Companies Act 2006*), op “*shadow directors*” betreft¹⁸²³. De Engelse wetgever mag met de *Small Business, Enterprise and Employment Act 2015* (*SBEEA 2015*)¹⁸²⁴ dan misschien wel hebben geprobeerd om een verduidelijking aan te brengen in sectie 170(5) van de *Companies Act 2006*¹⁸²⁵, met name door de tekst ervan te wijzigen van “*the general duties apply to shadow directors where, and to the extent that, the corresponding common law rules or equitable principles so apply*”¹⁸²⁶ naar “*the general duties apply to a shadow director*

¹⁸²³ Zie ook M. ARNOLD, “Chapter 10: General Duties of Directors” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (237) 249-252.

¹⁸²⁴ Zie over de wijzigingen die deze *Act* voor “*shadow directors*” teweeg heeft gebracht in de *Companies Act 2006*, randnr. 297 hierboven.

¹⁸²⁵ In de “explanatory notes” bij de *Small Business, Enterprise and Employment Act 2015*, elektronisch beschikbaar via <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/26/notes/contents>, kan men ter zake de volgende toelichting lezen: “602. *The general duties of directors are set out in sections 170 to 177 of the CA 2006 and are based on common law rules and equitable principles. They set out how directors are expected to behave.* 603. *At present the general duties of directors can only apply to shadow directors in the same way as the corresponding common law rules and equitable principles can. In future, the starting point for shadow directors will be that the general duties apply to them unless they are not capable of applying (removing the current restriction). This is achieved by replacing section 170(5) of the CA 2006. This change in default position is neither intended to preclude the courts from looking at the application of the duties on a case by case basis, nor from drawing on existing case law in any given case*”.

¹⁸²⁶ Merk op dat er onder toepassing van de oude tekst van sectie 170(5) van de *Companies Act 2006* (dus vóór de wijziging ingevolge de *SBEEA 2015*) in de rechtspraak discussie bestond aangaande de vraag of een “*shadow director*” net zoals een “*director*” zogeheten “*fiduciary duties*” (zie hierover randnr. 315 hierboven) verschuldigd is ten aanzien van de vennootschap. In de zaak *Ultraframe (UK) Ltd v Fielding* oordeelde LEWISON J hierover: “*The indirect influence exerted by a paradigm shadow director who does not directly deal with or claim the right to deal directly with the company's assets will not usually, in my judgment, be enough to impose fiduciary duties upon him; although he will, of course be subject to those statutory duties and disabilities that the Companies Act creates. The case is the stronger where the shadow director has been acting throughout in furtherance of his own, rather than the company's, interests*” (zie High Court of Justice Chancery Division (VK) 27 juli 2005, *Ultraframe (UK) Ltd v Fielding*, WL 2005, 1801204, §1289). NEWHEY J ging hier niet meer akkoord. Hij stelde, in de zaak *Vivendi SA v Richards*: “*In the end, my own view is that Ultraframe understates the extent to which shadow directors owe fiduciary duties. It seems to me that a shadow director will typically owe such duties in relation at least to the directions or instructions that he gives to the de jure directors. More particularly, I consider that a shadow director will normally owe the duty of good faith (or loyalty) discussed below when giving such directions*

of a company where and to the extent that they are capable of so applying”, maar echt veel duidelijker is alles daarmee toch ook niet geworden¹⁸²⁷. De hamvraag blijft of alle “*general duties of directors*” onverkort op een “*shadow director*” van toepassing zijn of niet. Uit recente rechtspraak lijkt te kunnen worden afgeleid dat hun doorwerking en toepassing van geval tot geval, en vooral van “*shadow director*” tot “*shadow director*” kan verschillen¹⁸²⁸.

Kortom, “punctuele gelijkstellingen” naar Engels voorbeeld zijn allesbehalve een garantie voor een normering vrij van interpretatie en/of toepassingsvraagstukken.

III. DE GEVOLGEN NAAR AUSTRALISCH VENNOOTSCHAPSRECHT

368. Naar Australisch vennootschapsrecht lijken de gevolgen van een kwalificatie als “*de facto*” of “*shadow director*” vrij voor de hand liggend en op het eerste gezicht duidelijker dan naar Engels vennootschapsrecht. Wie naar Australisch vennootschapsrecht als een “*de facto director*” of een “*shadow director*” wordt gekwalificeerd, is overeenkomstig sectie 9 van de *Corporations Act 2001* gewoon een “*director*”¹⁸²⁹. Wil dit niet zeggen dat overal waar er in de *Corporations Act 2001* over een “*director*” of “*directors*” wordt gesproken, ook “*de facto*” en “*shadow directors*” worden

or instructions. A shadow director can, I think, reasonably be expected to act in the company's interests rather than his own separate interests when giving such directions and instructions” (zie High Court of Justice Chancery Division (VK) 9 oktober 2013, *Vivendi SA v Richards*, EWHC 3006 (Ch), §143). Onder de huidige tekst van sectie 170(5) van de *Companies Act 2006* lijkt de rechtspraak het oordeel van NEWNEY J in de zaak *Vivendi SA v Richards* te volgen (zie D. AHERN en J. R. BIRDS, “Part IV. Directors and Management” in A.J. BOYLE (ed.), *Gore-Brown on companies*, Bristol, Jordans, 2019, losbl., 15-6, met verwijzing naar High Court of Justice in the Business and Property Courts of England and Wales Chancery Division (VK) 19 november 2019, *Standish v Royal Bank of Scotland plc*, WL 2019, 06135659; zie evenwel een andere interpretatie door: M. ARNOLD, “Chapter 10: General Duties of Directors” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (237) 252, nr. 10.47: “*it should not be necessary in future to consider which of Ultraframe or Vivendi correctly states the position at common law*”).

¹⁸²⁷ Cf. M. ARNOLD, “Chapter 10: General Duties of Directors” in S. MORTIMORE (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, (237) 252, nr. 10.48: “*the precise extent of the capability of the general duties applying to shadow directors may give rise to some debate*”.

¹⁸²⁸ Zie High Court of Justice in the Business and Property Courts of England and Wales Chancery Division (VK) 19 november 2019, *Standish v Royal Bank of Scotland plc*, WL 2019, 06135659, §57: “*Thus, where any instructions are pervasive and all-encompassing, extending over the full range of the directors' decisionmaking, it is possible that the shadow director may owe fiduciary duties across the entire range of the company's activities. In other instances, the extent and nature of the instructions may be more restricted, being limited to particular aspects of the company's business or affairs. It seems to me that it follows that, where there is no relationship between the instruction and the act or omission of which complaint is made, it would be wrong in principle for any fiduciary duty to be owed. There is no principled basis on which a person whose shadow directorship arises out of unrelated matters ought thereby to be treated as having committed a breach of duty*” (eigen nadruk).

¹⁸²⁹ Zie ook randnrs. 286, 341 en 349 hierboven.

bedoeld? Of, anders gezegd, dat alle bepalingen van de *Act* waarin een “*director*” of “*directors*” wordt of worden geïnterpreteerd, gewoon doorwerken naar “*de facto*” en “*shadow directors*” en zij dus precies dezelfde rechten, bevoegdheden, verplichtingen en aansprakelijkheden hebben als “*de jure directors*”? Zonder correctie of voorbehoud in de wettekst zou dit inderdaad het geval zijn. Echter, laat de wettekst nu net een voorbehoud omvatten. Paragraaf (b) van sectie 9 van de *Corporations Act 2001*, waarin de omschrijvingen van de noties “*de facto*” ((b)(i)) en “*shadow director*” ((b)(ii)) zijn opgenomen, vangt aan met de bewoordingen “*unless the contrary intention appears*” (tenzij de tegengestelde bedoeling blijkt). Deze bewoordingen wijzen erop dat niet alle bepalingen van de *Corporations Act 2001* waarin een “*director*” of “*directors*” wordt of worden geïnterpreteerd, zomaar een-op-een doorwerken naar “*de facto*” en “*shadow directors*”¹⁸³⁰. De toepassing van paragraaf (b) van sectie 9 kan uitgesloten zijn, waardoor een engere definitie van “*director*” geldt, die enkel naar een formeel in die positie benoemde persoon verwijst (*i.e.* een zogeheten “*de jure director*”, zoals gedefinieerd in paragraaf (a) van sectie 9)¹⁸³¹.

Pro memorie: *sectie 9(b) van de Corporations Act 2001 luidt voluit:*

“director of a company or other body means

(b) unless the contrary intention appears, a person who is not validly appointed as a director if:

(i) they act in the position of a director; or

(ii) the directors of the company or body are accustomed to act in accordance with the person’s instructions or wishes” (eigen nadruk).

De hamvraag is natuurlijk voor welke bepalingen van de *Corporations Act 2001* dit het geval is. De Australische wetgever noemt er zelf drie in een “*note*” onder sectie 9 van de *Corporations Act 2001*¹⁸³². Verder lijkt hij ervan uit te gaan dat de praktijk wel duidelijk zal maken welke bepalingen enkel ten aanzien van “*de jure directors*” spelen.

¹⁸³⁰ S. H.C. LO, *In Search of Corporate Accountability: Liabilities of Corporate Participants*, Cambridge, Cambridge Scholars Publishing, 2016, 277-278.

¹⁸³¹ J. CASSIDY, *Corporations Law*, Sydney, The Federation Press, 2013, 189, nr. 9.80; R. AUSTIN en I. RAMSAY, *Ford, Austin and Ramsay’s Principles of Corporations Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2015, 425.

¹⁸³² Een “*note*” is een korte, door de wetgever aangebrachte, commentaar (een soort interpretatieve toelichting), die geen deel uitmaakt van de eigenlijke wettekst. Zie ook Supreme Court of New South Wales (AU) 25 augustus 2005, *Official Trustee in Bankruptcy v Buffier*, 2005 NSWSC 839, §31: “*The note to the definition of “director” is one which appeared in the government printer’s text of the Corporations Act 2001 (Cth), and also appeared in the Corporations Bill 2001 when it was laid before Parliament. Thus, even though pursuant to section 13(3) Acts Interpretation Act 1901 (Cth) those notes are not part of the Act, they can be used, pursuant to section 15AB Acts Interpretation Act 1901 (Cth) as an aid to construction*”.

De “note” onder sectie 9 van de *Corporations Act 2001* luidt:

“Note: Paragraph (b) – Contrary intention – Examples of provisions for which a person referred to in paragraph (b) would not be included in the term “director” are:

- section 249C (power to call meetings of a company’s members)
- subsection 251A(3) (signing minutes of meetings)
- section 205B (notice to ASIC of change of address)”.

Nader onderzoek wijst uit dat die praktijk voorsnog erg weinig inzichten biedt. In de rechtsleer, bijvoorbeeld, heeft geen enkele auteur zich al aan een systematische olijsting van bepalingen die naar “*de facto*” en “*shadow directors*” doorwerken, durven te wagen. CASSIDY en LO blijken de enige auteurs te zijn die expliciet bepalingen aanstippen die zeker naar “*de facto*” en “*shadow directors*” doorwerken¹⁸³³. Het gaat daarbij om de zogeheten “*general duties of directors*”¹⁸³⁴, opgenomen in secties 180-184 van de *Corporations Act 2001*. De meeste auteurs wijden eigenlijk nauwelijks over het wettelijke voorbehoud in paragraaf (b) uit, en beperken zich tot het noemen van één of twee bijkomende voorbeelden van in de *Corporations Act 2001* vervatte bepalingen die enkel op “*de jure directors*” van toepassing zijn¹⁸³⁵. Zij verwijzen daarbij naar sectie 201A¹⁸³⁶ (inzake het vereiste aantal “*directors*” in een vennootschap) en sectie 201M¹⁸³⁷ (inzake de

¹⁸³³ Zie J. CASSIDY, *Corporations Law*, Sydney, The Federation Press, 2013, 189, nr. 9.80: “... *the extended definition will mean that de facto and shadow directors will be liable for breaches of directors’ duties under the Act, as if they formally held office ...*”; S. H.C. LO, *In Search of Corporate Accountability: Liabilities of Corporate Participants*, Cambridge, Cambridge Scholars Publishing, 2016, 277-278: “*In Australia, the statutory duties of directors and other officers under Corporations Act 2001 (Cth), ss 180–48 apply to shadow directors because the definition of ‘director’ includes the concept of shadow directors. Although the context of particular provisions may indicate a ‘contrary intention’ such that director in that provision does not include shadow directors, there is no suggestion that this is the case for the provisions on directors’ duties*”.

¹⁸³⁴ Te weten: *the duties of care and diligence, good faith, use of position and use of information*.

¹⁸³⁵ Zie o.m. R. AUSTIN, H. FORD en I. RAMSAY, *Company Directors. Principles of Law and Corporate Governance*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2005, 219, nr. 5.11; J. CASSIDY, *Corporations Law*, Sydney, The Federation Press, 2013, 189, nr. 9.80; R. AUSTIN en I. RAMSAY, *Ford, Austin and Ramsay’s Principles of Corporations Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2015, 425; R. AUSTIN en I. RAMSAY, *Ford, Austin and Ramsay’s Principles of Corporations Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2018, 457-458.

¹⁸³⁶ Sectie 201A (*Minimum number of directors*) van de *Corporations Act 2001* luidt: “– *Proprietary companies* – (1) *A proprietary company must have at least 1 director. That director must ordinarily reside in Australia. (1A) However, a proprietary company must have at least 2 directors while the company has one or more CSF shareholders. Of those directors: (a) if there are only 2 of them—at least one of them must ordinarily reside in Australia; or (b) otherwise—a majority of them must ordinarily reside in Australia. – Public companies* – (2) *A public company must have at least 3 directors (not counting alternate directors). At least 2 directors must ordinarily reside in Australia*”.

¹⁸³⁷ Sectie 201M (*Effectiveness of acts by directors*) van de *Corporations Act 2001* luidt: “(1) *An act done by a director is effective even if their appointment, or the continuance of their appointment, is invalid because the company or director did not comply with the company’s constitution (if any) or any provision of this Act. (2) Subsection (1)*

rechtsgeldigheid van handelingen van “*directors*”). Verder is er in de rechtspraak slechts één voorbeeld van een zaak terug te vinden, waarin werd geoordeeld dat een bepaling van de *Corporations Act 2001* (in casu sectie 201F houdende speciale regels voor de benoeming van bestuurders in niet-beursgenoteerde vennootschappen met één bestuurder/één aandeelhouder) getuigt van een “*contrary intention*” en enkel op “*de jure directors*” kan worden toegepast, met name de zaak *Official Trustee in Bankruptcy v Buffier*¹⁸³⁸.

Of deze doctrinale en jurisprudentiële aanvullingen op de eerder geciteerde “*note*” vanwege de Australische wetgever alle mogelijke interpretatiekwesties ten volle uitklaren, is zeer twijfelachtig¹⁸³⁹. Wat het naar Australisch vennootschapsrecht betekent om een “*de facto*” of “*shadow director*” te zijn, is, aldus beschouwd, niet per se duidelijker dan naar Engels vennootschapsrecht.

AFDELING 7. DE WETTELIJK GENORMEERDE “*DERIVATIVE CLAIM*” VAN EEN (MINDERHEIDS)AANDEELHOUDER: OOK MOGELIJK TEGEN DE “*DE FACTO*” EN DE “*SHADOW DIRECTOR*”

369. Een laatste, en voor het in dit hoofdstuk gevoerde onderzoek, zeer interessante vergelijking met het Belgische vennootschapsrecht, houdt verband met de aansprakelijkheidsvordering tegen de “*de facto*” en “*shadow director*”. Zij betreft de vraag of dergelijke vordering enkel kan worden ingesteld door de vennootschap zelf, bij monde en na een beslissing van het daartoe bevoegde orgaan¹⁸⁴⁰, of ook door een (minderheids)aandeelhouder. Naar Belgisch vennootschapsrecht geldt

does not deal with the question whether an effective act by a director: (a) binds the company in its dealings with other people; or (b) makes the company liable to another person”.

¹⁸³⁸ Supreme Court of New South Wales (AU) 25 augustus 2005, *Official Trustee in Bankruptcy v Buffier*, 2005 NSWSC 839, §§29-34 en in het bijzonder §§33 en 34.

¹⁸³⁹ Zie bv. ook R. AUSTIN en I. RAMSAY, *Ford, Austin and Ramsay’s Principles of Corporations Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2018, 676, nr. 9.240.9: “*Section 9 of the Corporations Act defines “director” to include a person in accordance with whose instructions or wishes the directors of the company are accustomed to act. The definition does not apply where a contrary intention appears. It is not always clear from particular sections whether that contrary intention is present*” (eigen nadruk).

¹⁸⁴⁰ Dit is in de regel het bestuursorgaan. Zie L. ROACH, *Company Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 382: “*Who can commence proceedings on behalf of the company is a matter for its articles, with the decision to commence proceedings on behalf of the company usually being vested in the board of directors. Article 3 of the model articles provides that the directors may ‘exercise all the powers of the company’, which would include the right to litigate on behalf of the company. Where a company is in liquidation or administration, then the liquidator or administrator (as applicable) also has the right to commence or defend proceedings on the company’s behalf*”.

dat de in het WVV genormeerde minderheidsvordering niet tegen een feitelijke bestuurder kan worden ingesteld¹⁸⁴¹. Kent men in het Engelse en het Australische recht ook zulke vordering, en, zo ja, is de *scope* daarvan evenzeer beperkt tot de formeel benoemde “*directors*”? Het korte antwoord luidt dat men in de Engelse *Companies Act 2006* en de Australische *Corporations Act 2001* inderdaad een vordering kent die met onze minderheidsvordering kan worden vergeleken. Het grote verschil is evenwel dat deze vordering niet enkel openstaat tegen de formeel benoemde “*directors*”, maar ook tegen “*de facto*” en “*shadow directors*”.

De vordering in kwestie staat in het Engelse recht bekend als de “*derivative claim*”¹⁸⁴² en in het Australische recht als de “*derivative action*”¹⁸⁴³. Zij gaat uit van een aandeelhouder – in de regel een minderheidsaandeelhouder¹⁸⁴⁴ – die de “*claim*”, respectievelijk “*action*” maar kan voortzetten, respectievelijk instellen, mits hij daarvoor de toelating heeft gekregen van de rechtbank¹⁸⁴⁵. Zoals de naam van de vordering al doet vermoeden, wordt een “*derivative claim*” of “*derivative action*” – net zoals onze minderheidsvordering¹⁸⁴⁶ – niet ingesteld voor rekening van de aandeelhouder-

Zie ook A. KEAY, *Directors' Duties*, Bristol, Jordans, 2014, 76, nr. 4.54: “*The power to initiate litigations on behalf of the company is ordinarily bestowed on the board*”.

¹⁸⁴¹ Zie hierover randnr. 240 hierboven.

¹⁸⁴² Zie Deel 11 (secties 260-269) van de *Companies Act 2006*, waarin de vordering is genormeerd, welke de volgende titel draagt: “*Part 11 Derivative claims and proceedings by members*” (eigen nadruk). Zie ook J. BIRDS, D. ATTENBOROUGH, M. LEISER, M. SOLINAS, M. VARNEY en Z. Z. BENG, *Boyle & Birds' Company Law*, London, LexisNexis, 2019, 633; B. HANNIGAN, *Company Law – Sixth Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 473.

¹⁸⁴³ Dit begrip wordt louter gebruikt in de rechtsleer; zie o.m. J.J. DU PLESSIS, J. MCCONVILL en M. BAGARIC, *Principles of Contemporary Corporate Governance*, Melbourne, Cambridge University Press, 2005, 276; P. LIPTON, A. HERZBERG en M. WELSH, *Understanding company law*, Sydney, Thomson Reuters (Professional) Australia Limited, 2014, 645; R. AUSTIN en I. RAMSAY, *Ford, Austin and Ramsay's Principles of Corporations Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2015, 691. Deel 2F.1A (secties 236-242) van de *Corporations Act 2001*, waarin de vordering is genormeerd, draagt niet de titel “*derivative action*”, maar wel “*Part 2F.1A—Proceedings on behalf of a company by members and others*” (eigen nadruk).

¹⁸⁴⁴ Verenigd Koninkrijk: B. HANNIGAN, *Company Law – Sixth Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 473, nr. 20-21: “*A controlling shareholder has other options, such as appointing a new board of directors to bring the claim in the company's name*”. Australië: J.J. DU PLESSIS, J. MCCONVILL en M. BAGARIC, *Principles of Contemporary Corporate Governance*, Melbourne, Cambridge University Press, 2005, 277: “*Significantly, it allows the minority shareholders of the company to act as some sort of corporate watchdog*”.

¹⁸⁴⁵ Verenigd Koninkrijk: sectie 261 van de *Companies Act 2006*; zie ook B. HANNIGAN, *Company Law – Sixth Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 476-477. Australië: sectie 237 van de *Corporations Act 2001*; zie ook J.J. DU PLESSIS, J. MCCONVILL en M. BAGARIC, *Principles of Contemporary Corporate Governance*, Melbourne, Cambridge University Press, 2005, 279; R. AUSTIN en I. RAMSAY, *Ford, Austin and Ramsay's Principles of Corporations Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2015, 693-699.

¹⁸⁴⁶ Zie de artikelen 5:104, §1 (BV), 6:89, §1 (CV) en 7:157, §1 (NV) WVV.

initiatiefnemer, maar voor rekening van de vennootschap¹⁸⁴⁷. Het is dus – net zoals de Belgische vordering – een vordering die getuigt van een groot altruïsme. Als uitgangspunt geldt overigens dat de aandeelhouder-initiatiefnemer degene is die de kosten van een “*derivative claim*” of “*derivative action*” moet dragen¹⁸⁴⁸. Bij een succesvolle “*claim*” of “*action*” kunnen die kosten door de rechtbank wel ten laste worden gelegd van de vennootschap.

370. Zoals reeds aangestipt, ligt een groot verschil tussen onze Belgische minderheidsvordering en de Engelse en Australische “*derivative claim*”, respectievelijk “*derivative action*” in het feit dat laatstgenoemde vorderingen niet alleen kunnen worden ingesteld tegen “*de jure directors*”, maar ook tegen “*de facto*” en “*shadow directors*”¹⁸⁴⁹. Wat de Australische “*derivative action*” betreft, kan dit worden afgeleid uit de algemene formulering van de bepalingen waarin deze vordering wordt genormeerd¹⁸⁵⁰, welke geen onderscheid maken naar gelang de geviseerde persoon (het kan dus om een “*director*” in de ruime zin gaan, maar ook om een andere persoon¹⁸⁵¹). Wat de Engelse “*derivative claim*” betreft, wordt dit voor de “*shadow director*” uitdrukkelijk bevestigd in de

¹⁸⁴⁷ Verenigd Koninkrijk: sectie 260(1)(b) van de *Companies Act 2006*; zie ook J. BIRDS, D. ATTENBOROUGH, M. LEISER, M. SOLINAS, M. VARNEY en Z. Z. BENG, *Boyle & Birds' Company Law*, London, LexisNexis, 2019, 633. Australië: sectie 236(1) van de *Corporations Act 2001*; zie ook J.J. DU PLESSIS, J. MCCONVILL en M. BAGARIC, *Principles of Contemporary Corporate Governance*, Melbourne, Cambridge University Press, 2005, 277.

¹⁸⁴⁸ Verenigd Koninkrijk: L. ROACH, *Company Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 397; B. HANNIGAN, *Company Law – Sixth Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 475. Australië: sectie 242 van de *Corporations Act 2001*; zie ook R. AUSTIN en I. RAMSAY, *Ford, Austin and Ramsay's Principles of Corporations Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2015, 703.

¹⁸⁴⁹ Dit is uiteraard niet het enige verschil, maar voor de doeleinden van de vergelijking wel het meest relevante. Voor een uitvoerige bespreking van alle details van de “*derivative claim*”, respectievelijk de “*derivative action*” kan worden verwezen naar: voor het Verenigd Koninkrijk: L. ROACH, *Company Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 382-397; B. HANNIGAN, *Company Law – Sixth Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 473-491; voor Australië: P. LIPTON, A. HERZBERG en M. WELSH, *Understanding company law*, Sydney, Thomson Reuters (Professional) Australia Limited, 2014, 645-648; R. AUSTIN en I. RAMSAY, *Ford, Austin and Ramsay's Principles of Corporations Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2015, 691-712.

¹⁸⁵⁰ En in het bijzonder uit sectie 236(1) van de *Corporations Act 2001*, welke luidt als volgt: “(1) A person may bring proceedings on behalf of a company, or intervene in any proceedings to which the company is a party for the purpose of taking responsibility on behalf of the company for those proceedings, or for a particular step in those proceedings (for example, compromising or settling them), if: (a) the person is: (i) a member, former member, or person entitled to be registered as a member, of the company or of a related body corporate; or (ii) an officer or former officer of the company; and (b) the person is acting with leave granted under section 237”.

¹⁸⁵¹ Een “*derivative action*” kan worden gericht tegen een outsider (bijvoorbeeld een persoon met wie de vennootschap zaken doet) of een insider (zoals een of meerdere bestuurders); zie R. AUSTIN en I. RAMSAY, *Ford, Austin and Ramsay's Principles of Corporations Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2015, 691-692.

wettekst zelf¹⁸⁵². Voor de “*de facto director*” kan zulks worden afgeleid uit het feit dat er geen contra-indicatie in de wettekst staat waaruit zou kunnen worden opgemaakt dat het begrip “*director*” niet ook een “*de facto director*” zou omvatten¹⁸⁵³. Het moet dus ruim worden opgevat, en omvat ook de “*de facto director*”.

Een (minderheids)aandeelhouder die de inmenging van een niet-bestuurder in het bestuur van de vennootschap wil aankaarten, is dus – anders dan in het Belgische recht – niet zomaar overgeleverd aan de willekeur van het bestuursorgaan, dat onder de invloed van de niet-bestuurder zou kunnen staan en zich daarom van actie(s) zou kunnen onthouden, maar kan zelf actie ondernemen. Deze regel wordt geacht in het belang te zijn van de vennootschap en de aandeelhouders¹⁸⁵⁴.

¹⁸⁵² Door middel van een expliciete gelijkstelling in die zin in sectie 260(5)(b) van de *Companies Act 2006*, samen te lezen met sectie 260(3). Sectie 260(3) van de *Companies Act 2006* luidt: “*A derivative claim under this Chapter may be brought only in respect of a cause of action arising from an actual or proposed act or omission involving negligence, default, breach of duty or breach of trust by a director of the company. The cause of action may be against the director or another person (or both)*”. Sectie 260(5)(b) van de *Companies Act 2006* luidt: “***For the purposes of this Chapter— a shadow director is treated as a director;***” (eigen nadruk). Zie ook L. ROACH, *Company Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 388; C. WILD en S. WEINSTEIN, *Smith and Keenan’s Company Law*, Harlow, Pearson Education Limited, 2019, 462; B. HANNIGAN, *Company Law – Sixth Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 473, nr. 20-22 en 475, nr. 20-26.

¹⁸⁵³ Cf. High Court of Justice Chancery Division (VK) 30 maart 1988, *Re Lo-Line Electric Motors Ltd*, Ch. 1988, (477) 489.

¹⁸⁵⁴ Verenigd Koninkrijk: B. HANNIGAN, *Company Law – Sixth Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 488, nr. 20-68. Australië: R. AUSTIN en I. RAMSAY, *Ford, Austin and Ramsay’s Principles of Corporations Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2015, 692.

HOOFDSTUK 2
DE NORMERING ROND DE FIGUUR
VAN DE “FEITELIJKE BESTUURDER”
IN DE ENGELSE EN AUSTRALISCHE
VENNOOTSCHAPSWETGEVING
EN HAAR INTERPRETATIE IN DE RECHTSPRAAK:
EEN BRON VAN INSPIRATIE VOOR DE BELGISCHE
WETGEVER EN RECHTSPRAAK?

AFDELING 1. INLEIDING

371. In het vorige hoofdstuk is duidelijk geworden dat er op inhoudelijk vlak heel wat parallelen kunnen worden getrokken tussen de Engelse en Australische normering inzake feitelijk bestuur, zoals nader geïnterpreteerd in de Engelse en Australische rechtspraak, en de Belgische normering inzake feitelijk bestuur, zoals nader geïnterpreteerd in de Belgische rechtspraak, en dit ondanks vrij grote verschillen tussen beide normeringen wat de formulering en structurele opbouw ervan betreft. Echter, wil het bestaan van deze parallelen ook zeggen dat er uit de Engelse en Australische normering, en haar interpretatie, concrete lessen kunnen worden getrokken, of bepaalde inzichten kunnen worden geput, voor (specifieke pijnpunten in) de Belgische context? Het antwoord op deze vraag wordt gezocht in afdeling 3 van dit hoofdstuk.

In de hiernavolgende afdeling wordt eerst ingegaan op de fundamentele vraag die bij aanvang van het onderzoek in Deel 3 van dit proefschrift werd geformuleerd, maar nog niet uitdrukkelijk werd beantwoord, met name of het vanuit juridisch oogpunt zin heeft om normering rond de figuur van de “feitelijke bestuurder” uit te werken in de basiswetgeving inzake vennootschappen.

AFDELING 2. HET IDEE VAN NORMERING INZAKE FEITELIJK BESTUUR IN DE BASISWETGEVING INZAKE VENNOOTSCHAPPEN: *DOES IT MAKE SENSE?*

372. Uit de vergelijkingsoefening die in het vorige hoofdstuk werd gemaakt, blijkt dat het wel degelijk zin kan hebben om normering inzake feitelijk bestuur uit te werken in de basiswetgeving inzake vennootschappen¹⁸⁵⁵. De voornaamste reden is niet, zoals men instinctmatig misschien denkt, omdat dergelijke normering toelaat de figuur van de “feitelijke bestuurder” “gemakkelijker” in het vizier te nemen in een continuïteitscontext (al kan dit uiteraard ook meespelen)¹⁸⁵⁶, maar omdat dergelijke normering een preventieve functie vervult, en een sterk ontradend effect kan hebben¹⁸⁵⁷. Wie op een heldere wijze aangegeven krijgt welke verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden bij een bepaald gedrag op hem kunnen rusten, zal, zo is de overtuiging, minder (snel) geneigd zijn dat gedrag – dat hem een specifieke (en erg laakbare) hoedanigheid doet verwerven – te stellen¹⁸⁵⁸. Essentieel is dan wel dat de normering transparant, of zo transparant mogelijk, is: men moet vooraf weten waar men aan toe is en kunnen uitmaken welke rechtspositie men gebeurlijk heeft. Het is hier dat het spreekwoordelijke “schoentje” wringt bij de normering inzake feitelijk bestuur in het WVV: een en ander kan (en zou) een stuk duidelijker (mogen) zijn¹⁸⁵⁹.

¹⁸⁵⁵ Zoals het Verenigd Koninkrijk en Australië hebben gedaan in de *Companies Act 2006*, resp. de *Corporations Act 2001*.

¹⁸⁵⁶ Onderzoek wijst uit dat de meeste aansprakelijkheidsvorderingen die naar Engels of Australisch recht worden ingesteld tegen “*directors*”, met inbegrip van “*de facto*” en “*shadow directors*”, worden ingesteld na faillissement. Dit is ook zo voor de meeste aansprakelijkheidsvorderingen tegen (feitelijke) bestuurders naar Belgisch recht (zie hierover randnr. 106 hierboven). Zie ook A. KEAY, *Directors' Duties*, Bristol, Jordans, 2014, 77, nr. 4.57: “*Many actions that will lead to a court looking at a breach of duty are brought by liquidators, who will bring the action on behalf of the company, hoping to recover property or money in order to swell the amount that is paid out to creditors. Often the proceedings are brought under the so-called misfeasance proceedings provision, s 212 of the Insolvency Act 1986*”.

¹⁸⁵⁷ Zie randnr. 304 hierboven. Cf. in de Belgische context: S. DE DIER en J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV” in S. COOLS (ed.), *Lessen na twee jaar WVV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2022, (399) 403-404, nr. 6: “*Bestuurdersaansprakelijkheid biedt dan ook de figuurlijke stok om bestuurders te slaan die het vennootschaps- of verenigingsbelang met de voeten treden. Cruciaal is echter dat regels over bestuurdersaansprakelijkheid daarbij niet alleen een vergoedende, maar ook een preventieve, of ontradende functie hebben (“deterrence”): als die regels worden gepercipieerd als performant en doeltreffend, zal een bestuurder mogelijk tweemaal nadenken*”.

¹⁸⁵⁸ Zie tevens randnr. 304 hierboven.

¹⁸⁵⁹ Zie andermaal randnrs. 272-276 hierboven.

AFDELING 3. INZICHTEN VOOR DE PRAKTIJK: ENKELE REFLECTIES IN HET LICHT VAN (VASTGESTELDE HIATEN EN ONDUIDELIJKHEDEN IN) DE BELGISCHE RECHTSLEER, RECHTSPRAAK EN WETGEVING

373. Wie de analyse in Deel 2 van dit proefschrift grondig doorleest, zal vaststellen dat er in de Belgische context diverse punten bestaan in de theorievorming rond de notie feitelijke bestuurder waarover controverse of onduidelijkheid bestaat in de rechtsleer en de rechtspraak, al dan niet ten gevolge van onduidelijkheden in het WVV. Een interessante vraag is of de in het vorige hoofdstuk gemaakte vergelijkingsoefening voor deze punten (ver)nieuwe(nde) inzichten kan bieden. Valt er voor het Belgische recht en de Belgische praktijk lering te trekken uit het Engelse en Australische recht en de Engelse en Australische praktijk en zijn er zaken die bij ons eventueel anders kunnen of moeten? Dit wordt hierna onderzocht.

I. SCHADUWBESTUURDERS = FEITELIJKE BESTUURDERS

374. Een eerste punt in de theorievorming rond de notie feitelijke bestuurder dat ter discussie staat in de Belgische rechtsleer, is of ook personen die bestuurders *de jure* (van achter de schermen) aansturen¹⁸⁶⁰ door hen nauwkeurige instructies te geven over te nemen beslissingen en het te voeren beleid, kunnen worden aangemerkt als feitelijke bestuurders¹⁸⁶¹. Kunnen zij net als personen die zich bestuurstaken toeëigenen en (openlijk in het rechtsverkeer) naar buiten treden als bestuurders worden gezien als personen die werkelijke bestuursbevoegdheid hebben of hebben gehad¹⁸⁶²? Een analyse van de Belgische rechtspraak lijkt te suggereren van wel¹⁸⁶³, maar welke elementen ter zake bepalend zijn, is onduidelijk. Hoe verregaand moet de externe beïnvloeding van het bestuur gaan, opdat er van feitelijk bestuur kan worden gesproken? Moet er een zeker aantal instructies zijn gegeven? Moet er sprake zijn van een volledig geveinsd bestuursorgaan en

¹⁸⁶⁰ Men noemt hen ook wel “schaduwbestuurders”, naar het Engelse of Australische begrip “*shadow director*”.

¹⁸⁶¹ Zie randnrs. 62-63 en 123 hierboven.

¹⁸⁶² Zie randnrs. 63, 124 en 271 hierboven.

¹⁸⁶³ Zie randnr. 143 hierboven. Of schaduwbestuurders daarbij onder de klassieke (door RIVES-LANGE gedefinieerde) notie feitelijke bestuurder vallen (zie ook randnrs. 62-63 en 123 hierboven), dan wel een afzonderlijke categorie vormen die onder de (door sommigen ruimer geachte) wettelijke bewoordingen “*personen die werkelijke bestuursbevoegdheid hebben of hebben gehad*” valt, is daarbij niet altijd helemaal duidelijk.

mogen de leden van dat orgaan zelf geen enkele discretie meer hebben uitgeoefend¹⁸⁶⁴? Moeten alle bestuurders *de jure* de gegeven instructies hebben gevolgd? Moeten de instructies op alle aspecten van het bestuur betrekking hebben gehad? Dit is allerminst duidelijk.

De vraag is of voormelde onduidelijkheid kan worden weggewerkt en, zo ja, hoe. Een vergelijking met het Engelse en Australische recht biedt ter zake inspiratie en een mogelijke oplossing. Men zou kunnen overwegen om net als in de Engelse en Australische vennootschapswetgeving ook in het WVV (en bij uitbreiding in Boek XX van het WER¹⁸⁶⁵) te gaan werken met wettelijke definities, of beter gezegd een wettelijke definitie¹⁸⁶⁶, met name van het begrip “feitelijke bestuurder”¹⁸⁶⁷. Via een wettelijke definitie kan niet alleen duidelijk worden gemaakt dat de notie feitelijke bestuurder effectief twee categorieën van personen omvat, maar kan ook inhoudelijk verder gestalte worden gegeven aan de eronder begrepen/te begrijpen categorie van de schaduwbestuurders. Men kan er in lijn met de wettelijke definities in de Engelse en Australische vennootschapswetgeving bijvoorbeeld voor opteren om de categorie zo in te vullen dat een externe beïnvloeder van bestuursbeslissingen maar een feitelijke bestuurder kan worden genoemd, wanneer de bestuurders *de jure* (of een meerderheid daarvan) gewend zijn (of is) naar zijn instructies te handelen. De categorie wordt zo inhoudelijk nader geobjectiveerd, zonder de interpretatiemarge van de rechter – die ter zake erg belangrijk is¹⁸⁶⁸ – weg te nemen.

375. Een mogelijke definitie die in de wettekst zou kunnen worden opgenomen, is de volgende:

¹⁸⁶⁴ Dit zou kunnen worden opgemaakt uit de Belgische rechtspraak, die voornamelijk voorbeelden lijkt te omvatten van zaken waarbij de bestuurders *de jure* dienst doen als naamleners voor de schaduwbestuurders en zelf geen enkele discretie uitoefenen.

¹⁸⁶⁵ De coherentie van de normering gebiedt dat dezelfde begrippen worden gebruikt in beide wetteksten.

¹⁸⁶⁶ Het heeft weinig zin om schaduwbestuurders afzonderlijk van feitelijke bestuurders te gaan definiëren, nu beiden vandaag al als feitelijke bestuurders worden gezien (of toch door sommigen, vandaar dat dit duidelijker kan), men in de Belgische context niet echt de gewoonte heeft om feitelijk bestuur te onderscheiden van schaduwbestuur, en beide begrippen – in de hypothese dat zij afzonderlijk zouden worden gedefinieerd – toch in dezelfde bepalingen zouden terugkomen.

¹⁸⁶⁷ Door de bewoordingen “*personen die werkelijke bestuursbevoegheid hebben of hebben gehad*” te vervangen door een wettelijk gedefinieerd begrip “feitelijke bestuurder” wordt tevens tegemoet gekomen aan de overweging dat een meer weloverwogen formulering van de notie “feitelijke bestuurder” in de wettekst, zelfs met gebruik van het begrip “feitelijke bestuurder”, vanuit academisch oogpunt heel wat zuiverder zou zijn (in het licht van de uitlegging die in de memorie van toelichting wordt gegeven aan de wettelijke bewoordingen; zie randnr. 125 hierboven).

¹⁸⁶⁸ Zaken betreffende het al dan niet bestaan van feitelijk bestuur zijn nu eenmaal erg feitelijk en behoeven rechterlijke appreciatie.

“Art. --- Onder “feitelijke bestuurder” wordt verstaan:

1° een persoon die niet rechtsgeldig als zaakvoerder of bestuurder van een rechtspersoon is benoemd, maar toch zo handelt, zonder dat daarvoor een rechtsgeldige contractuele of wettelijke grondslag bestaat;

2° een persoon die niet rechtsgeldig als zaakvoerder of bestuurder van een rechtspersoon is benoemd, volgens wiens instructies de leden van het bestuursorgaan, of indien het gaat om een collegiaal bestuursorgaan, de meerderheid daarvan, gewend zijn te handelen”¹⁸⁶⁹.

Merk op dat bij een eventuele introductie van deze voorgestelde definitie geenszins afstand zou worden gedaan van het klassieke leerstuk inzake feitelijk bestuur. Het blijft noodzakelijk om te bepalen of iemand zich als een bestuurder *de jure* heeft gedragen en hoe kan dat beter dan aan de hand van de – aan RIVES-LANGE ontleende¹⁸⁷⁰ – toets die onze rechtbanken intussen zeer goed kennen. Wat desgevallend wel zou veranderen is dat men zich bij “schaduwbestuur” (ongeacht of dit nu openbaar of verborgen is) niet langer zou moeten afvragen of een schaduwbestuurder ook positieve daden van bestuur stelt¹⁸⁷¹ en onder de klassieke notie “feitelijke bestuurder” valt. Hierover bestaat op heden immers enige controverse in de rechtsleer¹⁸⁷². Men zou “enkel” moeten hardmaken dat hij degene is (geweest) die de leden van het bestuursorgaan aanstuurt (of heeft aangestuurd) om bepaalde handelingen te stellen (of niet te stellen) of welbepaalde beslissingen te nemen, en dat op een frequente basis doet (of heeft gedaan).

II. SIZE MATTERS?!

376. Een tweede punt waarover niet iedereen het in de Belgische rechtsleer eens lijkt te zijn, is hoe ruim men het begrip “da(a)d(en) van bestuur”, als toetssteen voor het al dan niet bestaan van feitelijk bestuur, mag of moet opvatten. Kunnen “daden van dagelijks bestuur” volstaan om tot feitelijk bestuur te besluiten, of ligt de lat hoger en zijn meer fundamentele daden vanwege de als feitelijke bestuurder geviseerde persoon vereist¹⁸⁷³? Dit is niet helemaal helder. Een vergelijking

¹⁸⁶⁹Zie voor een belangrijk *caveat* verder randnrs. 378-379.

¹⁸⁷⁰Zie randnr. 56 hierboven.

¹⁸⁷¹Net zoals de feitelijke bestuurder die zich in het bestuur mengt door zich rechtstreeks bestuurstaken toe te eigenen.

¹⁸⁷²Zie opnieuw randnrs. 62-63 en 123 hierboven.

¹⁸⁷³Zie randnr. 88 hierboven.

met het Australische recht, en meer in het bijzonder de Australische rechtspraak betreffende de notie “*de facto director*”, biedt enige klaarheid. MADGWICK J merkte in de zaak *Deputy Commission of Taxation v Austin* op dat het eigenlijk weinig zin heeft om te proberen op een algemene wijze te definiëren wat het betekent om te handelen als een bestuurder (en dus een omschrijving te geven van welke handelingen bestuurshandelingen zijn)¹⁸⁷⁴. De reden, aldus MADGWICK, is dat men dit simpelweg niet op een eenduidige wijze kan doen voor alle vennootschappen (klein, middelgroot en groot)¹⁸⁷⁵. Het (doordeweekse) takenpakket van de bestuurder van een lokale dorpsbakkerij zal er, bijvoorbeeld, heel anders uitzien dan het (doordeweekse) takenpakket van de bestuurder van een grote verzekeringsmaatschappij. De bestuurder van de lokale dorpsbakkerij zal zo goed als alle handelingen zelf moeten stellen (al dan niet met hulp van zijn boekhouder) en alle beslissingen zelf moeten nemen, waar de bestuurder van de verzekeringsmaatschappij persoonlijk allicht wat minder “*skin in the game*” zal hebben, zal kunnen steunen op een hele interne organisatie, zich met bepaalde zaken niet zal moeten bezighouden, en zich zal kunnen focussen op grote, strategische beslissingen. De les die uit dit alles kan worden getrokken voor de Belgische context is dat men de vraag of bepaalde handelingen aanleiding kunnen geven tot feitelijk bestuur best altijd bekijkt in functie van, en rekening houdend met, de grootte van de betrokken vennootschap en haar interne organisatie. Zo zullen dagdagelijkse handelingen in een kleine(re) vennootschap die slechts wordt bestuurd door één of enkele bestuurders, die alles zelf doen, gemakkelijker en sneller aanleiding kunnen geven tot feitelijk bestuur, dan in een grote vennootschap waar de rol van een bestuurder er heel anders uitziet.

III. ÉÉN AANWIJSBARE BESTUURSHANDELING KAN VOLSTAAN?!

377. Een derde punt waarover in de Belgische context heel wat onduidelijkheid bestaat is of één aanwijsbare bestuurshandeling ooit kan volstaan om iemand als feitelijke bestuurder aan te merken en aansprakelijk te stellen¹⁸⁷⁶. Een incidenteel handelen als bestuurder volstaat volgens bepaalde rechtsleer en rechtspraak alvast niet¹⁸⁷⁷, maar geldt dit bijvoorbeeld ook voor een – daarvan te

¹⁸⁷⁴Zie randnr. 346 hierboven.

¹⁸⁷⁵Zie tevens randnr. 346 hierboven.

¹⁸⁷⁶Zie randnr. 122 hierboven.

¹⁸⁷⁷Zie randnr. 89 hierboven.

onderscheiden(?)¹⁸⁷⁸ – eenmalige inmenging in een grote, belangrijke bestuursbeslissing? Dit blijkt niet geheel duidelijk. Een vergelijking met het Engelse recht maakt duidelijk dat ter zake best een onderscheid wordt gemaakt tussen de situatie waarbij een persoon zelf rechtstreeks in het bestuur van de rechtspersoon tussenkomt (de persoon in kwestie is dan naar Engels recht desgevallend een “*de facto director*”) en de situatie waarbij een persoon de bestuurders instructies geeft over wat ze moeten doen (de persoon in kwestie is dan naar Engels recht desgevallend een “*shadow director*”). Wat de tweede situatie betreft, luidt het oordeel dat het onmogelijk is om tot feitelijk bestuur te besluiten louter op basis van één enkele handeling of instructie. De reden is voor de hand liggend: om te kunnen zeggen dat de bestuurders gewend zijn volgens andermans instructies te handelen, moeten naar Engels recht verschillende van hun handelingen door hem zijn ingegeven¹⁸⁷⁹. Wat de eerste situatie betreft (*i.e.* de situatie waarbij de betrokkene zelf in het bestuur van de rechtspersoon tussenkomt als ware hij een bestuurder), biedt de Engelse rechtspraak een interessant inzicht. ARDEN LJ stipte in de zaak *Smithon Ltd v Naggar* aan dat het niet geheel onmogelijk is dat één enkele handeling uitzonderlijk tot een aansprakelijkheid als “*de facto director*” leidt¹⁸⁸⁰. Het is belangrijk, aldus ARDEN LJ, om elke handeling in haar context te bekijken. Blijkt dat de geïndiceerde persoon weliswaar maar één enkele bestuurshandeling stelde, maar (i) de vennootschap hem als bestuurder beschouwde en hem als zodanig voorstelde en (ii) ook derden hem als bestuurder beschouwden, dan kan moeilijk worden besloten dat hij geen “*de facto director*” is¹⁸⁸¹.

Uit deze Engelse zienswijze valt lering te trekken voor de Belgische context. Kan men immers ook bij ons niet zeggen dat iemand pas een effectieve beleidsbepaler of schaduwbestuurder is wanneer de bestuurders *de jure* het gewend zijn volgens zijn instructies (meervoud) te handelen, of zou dit niet zo moeten zijn¹⁸⁸²? En valt er ook bij ons niet iets voor te zeggen dat wanneer zowel de rechtspersoon als derden een als feitelijke bestuurder geïndiceerde persoon als bestuurder percipiëren, ook al kan er slechts één aanwijsbare bestuurshandeling aan hem worden toegeschreven, zulke kwalificatie in zijn hoofdte moet zijn, temeer omdat die ene

¹⁸⁷⁸ Zie randnr. 122 hierboven.

¹⁸⁷⁹ Zie randnr. 330 hierboven.

¹⁸⁸⁰ Zie randnr. 322 hierboven.

¹⁸⁸¹ Zie tevens randnr. 322 hierboven.

¹⁸⁸² Zie randnr. 375 hierboven.

handeling grote schade aan de rechtspersoon en derden kan hebben toegebracht? Wanneer al deze elementen verenigd zijn, mag dergelijke kwalificatie inderdaad niet zomaar worden uitgesloten.

IV. UITZONDERINGEN VOOR (PROFESSIONELE) ADVISEURS EN VOOR PERSONEN DIE IN HET BESTUUR VAN EEN RECHTSPERSOON TUSSENKOMEN OP GROND VAN PUBLIEKRECHTELIJKE WETGEVING

378. Een ander punt waarover niet zozeer een polemiek bestaat in het Belgische recht, maar waarover – naar Engels en Australisch voorbeeld¹⁸⁸³ – in de wet gerust wat meer duidelijkheid zou mogen worden gecreëerd, is het gegeven dat aanbevelingen geformuleerd in een professionele hoedanigheid¹⁸⁸⁴ of bijstand verstrekt in die hoedanigheid (bv. als advocaat of cijferberoeper) in beginsel geen aanleiding kunnen geven tot een kwalificatie als feitelijke bestuurder¹⁸⁸⁵. Hetzelfde geldt voor tussenkomsten in het bestuur op grond van publiekrechtelijke wetgeving (men denke hierbij bv. aan de interventies van een regeringscommissaris¹⁸⁸⁶). De reden waarom meer duidelijkheid rond deze aspecten wenselijk is, hoeft niet al te ver te worden gezocht. Wie in een professionele hoedanigheid advies verstrekt of bijstand verleend aan het bestuursorgaan of bijzondere rechten laat gelden tegenover het bestuur doet vaak dingen die zouden kunnen worden gepercipieerd als feitelijk bestuur¹⁸⁸⁷, maar dat eigenlijk niet zijn. Het is, gelet op de nood aan kwalitatief advies (dat vaak in zeer precaire omstandigheden wordt gevraagd) en met de bestaande publiekrechtelijke wetgeving indachtig, belangrijk dat er geen enkele twijfel over bestaat dat feitelijk bestuur maar aan de orde kan zijn, wanneer de desbetreffende publiekrechtelijke wetgeving geen toepassing vindt of de adviseur in kwestie meer doet dan een persoon met dezelfde professionele hoedanigheid normaal zou hebben gedaan.

Een verduidelijking is hoe dan ook aangewezen, indien ervoor zou worden gekozen om de eerder voorgestelde definitie van het begrip “feitelijke bestuurder” op te nemen in de wettekst¹⁸⁸⁸. De vrij algemene bewoordingen daarvan kunnen namelijk de indruk wekken dat (professionele) adviseurs

¹⁸⁸³ Zie randnrs. 332 en 358 hierboven.

¹⁸⁸⁴ Welke in de praktijk vaak nauwgezet worden opgevolgd.

¹⁸⁸⁵ Zie ook randnr. 169 hierboven.

¹⁸⁸⁶ Zie hierover randnr. 180 hierboven.

¹⁸⁸⁷ Zie randnrs. 169 en 180 hierboven.

¹⁸⁸⁸ Zie randnr. 375 hierboven.

en personen die in het bestuur tussenkomen op grond van publiekrechtelijke wetgeving¹⁸⁸⁹, net wel in het vizier kunnen worden genomen als feitelijke bestuurders¹⁸⁹⁰, en dat is voor alle duidelijkheid niet de bedoeling.

379. Een mogelijke aanvulling, in de vorm van een tweede lid onder de eerder voorgestelde definitie van het begrip “feitelijke bestuurder”¹⁸⁹¹, zou kunnen luiden als volgt:

“Maakt geen persoon uit onder onder 1° of 2°, een persoon die in de normale uitoefening van een gereguleerd beroep bijstand verstrekt aan, of aanbevelingen formuleert ten aanzien van de leden van het bestuursorgaan, en een persoon die tussenkomt in het bestuur op grond van publiekrechtelijke wetgeving”.

Merk op dat er in dit tekstvoorstel enkel in een uitzondering wordt voorzien voor professionele adviseurs die een gereguleerd beroep uitoefenen, zoals advocaten of bedrijfsrevisoren. Dit is een zeer bewuste keuze, die erop gericht is te voorkomen dat het tweede lid van de voorgestelde definitie een ontsnappingsroute zou worden, waardoor relatief eenvoudig aan een kwalificatie als feitelijke bestuurder zou kunnen worden ontkomen.

380. Men zou zich kunnen afvragen of de eerder beschreven uitzonderingen voor professionele adviseurs en personen die in het bestuur tussenkomen op grond van publiekrechtelijke wetgeving, wel de enige uitzonderingen zijn waarin moet worden voorzien. Kan er naar Engels voorbeeld ook niet best worden voorzien in een uitzondering voor moederverenootschappen in een groepscontext¹⁸⁹²? En is het, naar Australisch voorbeeld, ook niet aangewezen om te voorzien in een uitzondering voor bepaalde belangrijke contractspartijen van de rechtspersoon¹⁸⁹³? Deze uitzonderingen kunnen inderdaad worden overwogen, maar lijken in de Belgische context niet

¹⁸⁸⁹ Deze personen zullen volgens de bewoordingen van punt 1° van de eerder voorgestelde definitie (zie randnr. 375 hierboven; in het bijzonder de bewoordingen “zonder dat daarvoor een wettelijke grondslag bestaat”) wellicht ook geen feitelijke bestuurders zijn.

¹⁸⁹⁰ Het gebeurt bijvoorbeeld geregeld dat (professionele) adviseurs aanbevelingen formuleren die de bestuurders *de jure* bijna slaafs opvolgen, waardoor zij – overeenkomstig punt 2° van de eerder voorgestelde definitie (zie randnr. 375 hierboven) – wel eens zouden kunnen worden gezien als personen volgens wier instructies de leden van het bestuursorgaan gewend zijn te handelen.

¹⁸⁹¹ Zie opnieuw randnr. 375 hierboven.

¹⁸⁹² Zie hierover randnr. 336 hierboven.

¹⁸⁹³ Zie hierover randnr. 359 hierboven.

meteen noodzakelijk. Zo wordt de eigenheid van de moeder-dochterrelatie op heden reeds onderkend in de praktijk¹⁸⁹⁴, en wordt algemeen aangenomen dat er een aantal contractspartijen van de rechtspersoon zijn¹⁸⁹⁵ die zich contractueel perfect bepaalde “controlerechten” kunnen voorbehouden ten aanzien van hun wederpartij¹⁸⁹⁶, zonder daarmee feitelijke bestuurders te worden¹⁸⁹⁷. Naast het feit dat zij niet meteen nodig lijken, dreigen voormelde uitzonderingen de voorgestelde definitie van het begrip “feitelijke bestuurder” ook sterk uit te hollen, omdat het moeilijk zal zijn hen op een voldoende specifieke wijze te omschrijven. Zij worden dan ook best achterwege gelaten.

V. DE “*DERIVATIVE CLAIM*” VERSUS “*DE FACTO*” EN “*SHADOW DIRECTORS*”: EEN ARGUMENT VOOR DE UITBREIDING VAN HET PERSONELE TOEPASSINGSGEBIED VAN DE MINDERHEIDSVORDERING NAAR FEITELIJKE BESTUURDERS

381. In Deel 2 van dit proefschrift werd aan de hand van een vergelijking met het Franse recht betoogd dat het geen slechte zaak zou zijn moest de in het WVV geregelde minderheidsvordering een update krijgen, en in de toekomst ook mogelijk worden tegen feitelijke bestuurders¹⁸⁹⁸. Na in het vorige hoofdstuk ook naar het Engelse en Australische recht te hebben gekeken, kan dit alleen maar worden bevestigd en herhaald. Een vergelijking met het Engelse en Australische recht, en meer in het bijzonder met de in de Engelse en Australische vennootschapswetgeving geregelde “*derivative claim / action*”¹⁸⁹⁹ wijst uit dat de Engelse en Australische wetgever er (nadrukkelijk) voor hebben gekozen om minderheidsaandeelhouders ook een vorderingsmogelijkheid te geven ten aanzien van feitelijke bestuurders¹⁹⁰⁰. Zij blijken dat te hebben gedaan vanuit de overtuiging dat dergelijke vorderingsmogelijkheid finaal (de totaliteit van) de aandeelhouders én de vennootschap ten goede komt: zonder “*derivative claim / action*” is een individuele aandeelhouder

¹⁸⁹⁴ Zie randnrs. 152 e.v. hierboven.

¹⁸⁹⁵ Bijvoorbeeld kredietverleners of franchisegevers.

¹⁸⁹⁶ Zie randnrs. 71, 130 en 134 hierboven.

¹⁸⁹⁷ En het is voor alle duidelijkheid zeker niet de bedoeling om met deze gevestigde rechtspraak te breken.

¹⁸⁹⁸ Op heden kan de minderheidsvordering enkel worden ingesteld tegen de bestuurders *de jure*; zie randnrs. 240-243 hierboven.

¹⁸⁹⁹ Zie randnrs. 369-370 hierboven.

¹⁹⁰⁰ *I.e.* “*de facto*” en “*shadow directors*”.

overgeleverd aan de wil(lekeur) van de (door de meerderheid gesteunde) bestuurders *de jure*¹⁹⁰¹, welke doorgaans geen actie tegen een feitelijke bestuurder¹⁹⁰² ondernemen, met alle gevolgen vandien. Hetzelfde gaat op in de Belgische context¹⁹⁰³. De boodschap is dan ook duidelijk: het personele toepassingsgebied van de minderheidsvordering wordt best naar feitelijke bestuurders uitgebreid.

¹⁹⁰¹ Het bevoegde orgaan voor het instellen van een aansprakelijkheidsvordering namens de vennootschap is naar Engels en Australisch recht immers in de regel het bestuursorgaan, zie randnr. 369 hierboven en de verwijzingen aldaar.

¹⁹⁰² *I.e.* een “*de facto*” of “*shadow director*”.

¹⁹⁰³ Zo staat de in het WVV geregelde vennootschapsvordering niet open tegen de feitelijke bestuurder (zie randnr. 235 hierboven). De beslissing om de feitelijke bestuurder aan te spreken wordt genomen door het bestuursorgaan (althans in de BV, CV (en SCE) en NV (en SE)) en dat gebeurt in de regel bij een gewone meerderheid (zie randnr. 239 hierboven).

HOOFDSTUK 3

THE WAY FORWARD

VOOR DE NORMERING IN HET WVV

AFDELING 1. INLEIDING

382. Uit het onderzoek in Deel 2 van dit proefschrift is gebleken dat de normering die in onze basiswetgeving inzake vennootschappen en verenigingen (het WVV) is uitgewerkt rond de figuur van de feitelijke bestuurder allesbehalve een schoolvoorbeeld is van heldere normering¹⁹⁰⁴. Dat dit te betreuren valt, is duidelijk, maar wat nog niet helemaal duidelijk is, is waar het in de toekomst met de normering inzake feitelijke bestuur in het WVV naartoe moet¹⁹⁰⁵. Dringt een wetgevende ingreep zich op, en, zo ja, hoe wordt die dan best vormgegeven? Dit wordt nader onderzocht in dit hoofdstuk.

AFDELING 2. DRIE (BELEIDS)OPTIES

383. Bekeken vanuit een beleidsmatig oogpunt heeft de Belgische wetgever eigenlijk drie opties die hij voor de normering inzake feitelijke bestuur in het WVV kan volgen.

I. OPTIE ÉÉN: NIETS DOEN

384. De eerste optie is om niets te doen, oftewel, niet in te grijpen in de normering en alles gewoon te laten zoals het nu is. Dat wil zeggen: niet te raken aan de tekst van de artikelen 2:56, lid 1 en 2:143, §1, vierde streepje en §2, eerste streepje WVV (waarin normering is opgenomen in de vorm van een gelijkstelling¹⁹⁰⁶), en evenmin te sleutelen aan andere WVV-bepalingen die met de figuur van de feitelijke bestuurder in verband (zouden) kunnen worden gebracht¹⁹⁰⁷. Als de analyse in dit proefschrift één punt heeft uitgewezen, dan is het dat deze optie in werkelijkheid

¹⁹⁰⁴Zie samenvattend randnrs. 272-276 hierboven.

¹⁹⁰⁵In de voorgaande hoofdstukken werden enkel punctuele aanbevelingen gedaan, zie bv. randnrs. 125 en 243 hierboven.

¹⁹⁰⁶Zie randnrs. 55, 197, 250 hierboven.

¹⁹⁰⁷Men denke hierbij bijvoorbeeld aan artikel 2:57 WVV (zie hierboven randnr. 222 e.v.).

geen echte optie is. Na ruim twee jaar WVV zijn de interpretatieproblemen die de eerder genoemde bepalingen met zich mee hebben gebracht nog altijd niet uitgeklaard en het ziet er niet naar uit dat hier snel iets aan gaat veranderen. Integendeel, over de meeste kwesties zijn net meningen gevormd in twee tegenovergestelde richtingen. Het bewijs spreekt met andere woorden boekdelen: enkel vertrouwen op de praktijk en hopen dat men in de rechtsleer en de rechtspraak wel het nodige zal verduidelijken en uitklaren, is “*wishful thinking*”. Andere acties dringen zich op.

II. OPTIE TWEE: DE NORMERING INZAKE FEITELIJK BESTUUR TERUG UIT HET WVV HALLEN?

385. De tweede optie is om de normering die vandaag rond de figuur van de feitelijke bestuurder is opgenomen in het WVV – het gaat dan concreet om de gelijkstellingen in de artikelen 2:56, lid 1 en 2:143, §1, vierde streepje en §2, eerste streepje WVV – weer uit de wettekst te halen. Dat wil zeggen: terug te keren naar een situatie zonder specifieke normering inzake feitelijk bestuur in de basiswetgeving inzake vennootschappen en verenigingen, oftewel, een situatie waarbij een beroep moet worden gedaan op het gemene aansprakelijkheidsrecht om een feitelijke bestuurder te kunnen aanspreken¹⁹⁰⁸. Het gros (of zelfs alle) van de hiervoor in kaart gebrachte interpretatieproblemen zou (of zouden) hiermee kunnen worden verholpen¹⁹⁰⁹. Toch is dit om diverse redenen geen te verkiezen optie.

De eerste, en meteen ook de belangrijkste, reden is dat onderzoek heeft uitgewezen dat er van normering inzake feitelijk bestuur in de basiswetgeving inzake vennootschappen (en verenigingen) een belangrijke preventieve functie uitgaat¹⁹¹⁰. Toegegeven, die preventieve functie zou voor de WVV-normering inzake feitelijk bestuur best een stuk sterker kunnen (en vooral mogen) zijn¹⁹¹¹, maar zij is niettemin aanwezig. Heft men de normering op, dan komt dit effect volledig te vervallen. Dit is geen wenselijk scenario.

¹⁹⁰⁸ Dit uiteraard in de hypothese dat er geen faillissement is en de feitelijke bestuurder niet kan worden aangesproken op grond van de artikelen XX.225-227 WER.

¹⁹⁰⁹ Het idee is dat wanneer er geen bijzondere regelgeving meer is, er ook geen interpretatieproblemen meer kunnen rijzen over de toepassing en reikwijdte daarvan.

¹⁹¹⁰ Zie hierover randnr. 372 hierboven.

¹⁹¹¹ Zie tevens randnr. 372 hierboven.

De tweede reden is dat er zonder WVV-normering inzake feitelijke bestuur op termijn wel eens opnieuw auteurs en rechters zouden kunnen ontstaan die, net zoals onder de oude Venn.W. en het oude W.Venn.¹⁹¹², zouden kunnen betogen dat er geen expliciete normering nodig is om feitelijke bestuurders op dezelfde gronden aansprakelijk te kunnen stellen als bestuurders *de jure*¹⁹¹³. Een oude controverse zou hiermee opnieuw de kop kunnen opsteken¹⁹¹⁴.

Terloops valt nog op te merken dat indien men de normering inzake feitelijk bestuur uit het WVV zou halen, de consequentie hiervan is dat men eigenlijk nooit met een wettelijke definitie van het begrip “feitelijke bestuurder” zal kunnen werken om de contouren van de daarachter schuilgaande notie nader af te bakenen. Er zal namelijk geen normering zijn om dergelijke definitie aan te koppelen.

III. OPTIE DRIE: DE NORMERING UPDATEN ... NAAR ANGELSAKSISCH MODEL?

386. De derde optie is om de vigerende WVV-normering inzake feitelijk bestuur grondig te reviseren. Dat wil zeggen: wetgevend in te grijpen en de in Deel 2 van dit proefschrift in kaart gebrachte interpretatieproblemen¹⁹¹⁵ zoveel als mogelijk weg te werken door te sleutelen aan de wettekst. Van al de in dit hoofdstuk aangestipte beleidsopties, is deze optie de te volgen optie. De reden hiervoor is als volgt: kiest men ervoor om de WVV-normering inzake feitelijk bestuur inhoudelijk te updaten, dan blijft zij in de basiswetgeving inzake vennootschappen en verenigingen staan, en wordt geen afbreuk gedaan aan haar preventieve functie¹⁹¹⁶. Integendeel, die functie zal door meer duidelijkheid te scheppen zelfs aanzienlijk worden versterkt.

387. De vraag is uiteraard welke concrete ingrepen voor een meer heldere WVV-normering inzake feitelijk bestuur kunnen zorgen. Een voorstel dienaangaande, met aanbevelingen *de lege ferenda*, volgt hieronder.

¹⁹¹²Zie randnr. 188 e.v. hierboven.

¹⁹¹³Een belangrijk tegenargument zou dan wel kunnen zijn dat de aansprakelijkheid eerst bijzonder genormeerd was en men ervoor heeft gekozen om haar niet meer te normeren en de kaart van het gemene aansprakelijkheidsrecht te trekken.

¹⁹¹⁴Zie opnieuw randnr. 188 e.v. hierboven.

¹⁹¹⁵Zie samenvattend randnr. 272-276 hierboven.

¹⁹¹⁶Zie hierover randnr. 372 hierboven.

Om te beginnen zou het, zoals in het vorige hoofdstuk al aangegeven, geen slecht idee zijn om in het WVV te gaan werken met een wettelijk gedefinieerd begrip feitelijke bestuurder¹⁹¹⁷. Dergelijk begrip zou kunnen worden opgenomen in “*DEEL 1. Algemene bepalingen. – BOEK 1. Inleidende bepalingen.*” van het WVV, bijvoorbeeld onder een nieuw in te voeren “*TITEL 10. De feitelijke bestuurder.*”, waaronder een nieuw artikel 1:38 zou kunnen worden uitgewerkt. De tekst van dat artikel zou, conform het hierboven uitgewerkte voorstel¹⁹¹⁸, kunnen worden geformuleerd als volgt:

“Art. 1:38. Onder “feitelijke bestuurder” wordt verstaan:

1° een persoon die niet rechtsgeldig als zaakvoerder of bestuurder van een rechtspersoon is benoemd, maar toch zo handelt, zonder dat daarvoor een rechtsgeldige contractuele of wettelijke grondslag bestaat;

2° een persoon die niet rechtsgeldig als zaakvoerder of bestuurder van een rechtspersoon is benoemd, volgens wiens instructies de leden van het bestuursorgaan, of indien het gaat om een collegiaal bestuursorgaan, de meerderheid daarvan, gewend zijn te handelen.

Maakt geen persoon uit onder onder 1° of 2°, een persoon die in de normale uitoefening van een gereguleerd beroep bijstand verstrekt aan, of aanbevelingen formuleert ten aanzien van de leden van het bestuursorgaan, en een persoon die tussenkomt in het bestuur op grond van publiekrechtelijke wetgeving”.

Eén van de grote voordelen van naar Angelsaksisch model te kiezen voor de introductie van een algemene, centrale, definitie is dat men de draagwijdte van het concept feitelijke bestuurder fijner kan aflijnen¹⁹¹⁹. Bestaande onduidelijkheden omtrent die draagwijdte zouden daarmee tot het verleden kunnen behoren.

Stel dat men er inderdaad voor kiest om een wettelijk gedefinieerd begrip feitelijke bestuurder in te voeren, in welke bepalingen moet dit begrip dan worden aangewend? In de artikelen 2:56, lid 1, 2:143, §1, vierde streepje en 2:143, §2, eerste streepje WVV, waarin vandaag al wordt verwezen naar “*alle andere personen die ten aanzien van de rechtspersoon werkelijke bestuurbevoegdheid*

¹⁹¹⁷Zie de analyse onder randnrs. 375 en 379 hierboven.

¹⁹¹⁸Zie voor een uitvoerige bespreking, randnrs. 375 en 379 hierboven.

¹⁹¹⁹Zie ook randnr. 374 hierboven.

hebben of hebben gehad”? Volstaat het om deze laatste zinsnede gewoon te vervangen door het nieuw gedefinieerde *“feitelijke bestuurder”*? Niet helemaal. Andere wijzigingen dringen zich op.

388. Om de voornaamste interpretatieproblemen die de WVV-normering inzake feitelijk bestuur op heden met zich meebrengt, weg te werken, zijn er verschillende wijzigingen nodig in *“BOEK 2. Bepalingen gemeenschappelijk aan de rechtspersonen geregeld in dit wetboek. – TITEL 6. Bestuur. – HOOFDSTUK 2. Bestuurdersaansprakelijkheid.”* van het WVV. Een eerste wijziging die zich opdringt, heeft betrekking op artikel 2:56 WVV, dé sleutelbepaling inzake bestuurdersaansprakelijkheid. Dit hoeft niet te verbazen. De meeste interpretatievraagstukken die in Deel 2 van dit proefschrift werden opgelijst, vloeien uit deze bepaling voort¹⁹²⁰.

Wat moet er precies met de tekst van artikel 2:56 WVV gebeuren? De zinsnede *“alle andere personen die ten aanzien van de rechtspersoon werkelijke bestuursbevoegdheid hebben of hebben gehad”* kan in elk geval al worden vervangen door het voorgestelde gedefinieerde begrip *“feitelijke bestuurder”*. Dit is op zichzelf echter onvoldoende. Laat men het begrip gewoon in de eerste zin van het eerste lid van artikel 2:56 WVV staan, dan verandert er eigenlijk niets ten opzichte van de normering die vandaag geldt. Er is meer nodig. Een mogelijke oplossing ligt in het wijzigen van de opbouw van artikel 2:56 WVV. Men zou ervoor kunnen opteren om niet langer te werken met een gelijkstelling in de eerste zin van het eerste lid van deze bepaling, maar er een tweede paragraaf aan toe te voegen die specifiek op de feitelijke bestuurder betrekking heeft. De tekst van artikel 2:56 WVV zou dan bijvoorbeeld kunnen worden geherformuleerd als volgt (toevoeging in onderlijnde tekst / op te heffen tekst doorgehaald):

“Art. 2:56. §1. De in artikel 2:51 bedoelde personen¹⁹²¹ ~~en alle andere personen die ten aanzien van de rechtspersoon werkelijke bestuursbevoegdheid hebben of hebben gehad~~ zijn jegens de rechtspersoon aansprakelijk voor fouten begaan in de uitoefening van hun opdracht. Dit geldt ook jegens derden voor zover de begane fout een buitencontractuele fout is. Deze personen zijn evenwel slechts aansprakelijk voor beslissingen, daden of gedragingen die zich kennelijk buiten de marge bevinden waarbinnen normaal

¹⁹²⁰Zie samenvattend randnr. 272 hierboven.

¹⁹²¹Men zou er ook voor kunnen opteren om niet langer te werken met een kruisverwijzing naar artikel 2:51, maar het gewoon voluit te hebben over *“de leden van een bestuursorgaan en dagelijks bestuurders”*.

voorzichtige en zorgvuldige bestuurders, geplaatst in dezelfde omstandigheden, redelijkerwijze van mening kunnen verschillen.

Indien het bestuursorgaan een college vormt, is hun aansprakelijkheid voor de beslissingen of nalatigheden van dit college hoofdelijk.

Zelfs indien het bestuursorgaan geen college vormt, zijn diens leden zowel jegens de rechtspersoon als jegens derden hoofdelijk aansprakelijk voor alle schade die het gevolg is van overtredingen van de bepalingen van dit wetboek of van de statuten van de rechtspersoon.

Wat fouten bedoeld in het tweede en derde lid betreft waaraan zij geen deel hebben gehad, zijn zij evenwel van hun aansprakelijkheid ontheven indien zij de beweerde fout hebben gemeld aan alle andere leden van het bestuursorgaan, of, in voorkomend geval, aan het collegiaal bestuursorgaan en aan de raad van toezicht. Indien zij gebeurt aan een collegiaal bestuurs- of toezichtsorgaan, wordt deze melding, evenals de bespreking waartoe zij aanleiding geeft, opgenomen in de notulen.

§2. Feitelijke bestuurders die bij de uitoefening van een zichzelf toegemeten rol in het bestuur van de rechtspersoon schade veroorzaken aan de rechtspersoon en/of derden zijn hiervoor aansprakelijk overeenkomstig het gemene recht".

Voegt men een tweede paragraaf toe aan artikel 2:56 in de zin zoals hierboven weergegeven, dan wordt erkend dat er voor de aansprakelijkheid van een feitelijke bestuurder een ander uitgangspunt geldt dan voor de aansprakelijkheid van een lid van een bestuursorgaan (*i.e.* een bestuurder *de jure*), en dat is een goede zaak. De aansprakelijkheid van een feitelijke bestuurder is in de regel niet contractueel van aard¹⁹²² (bij gebreke aan een opdracht vanwege de rechtspersoon) maar wel buitencontractueel van aard, en dit zowel ten opzichte van de rechtspersoon als derden. Zij dient te worden beoordeeld volgens het gemeenrechtelijke artikel 1382 oud BW. In de hypothese dat het optreden van de feitelijke bestuurder achteraf de goedkeuring zou hebben gekregen van de organen van de rechtspersoon, en men toch een (soort van) opdracht zou kunnen ontwaren, moeten de regels van de lastgeving worden toegepast¹⁹²³ (in de verhouding ten aanzien van de rechtspersoon).

¹⁹²²Zie hierover ook randnr. 208 hierboven.

¹⁹²³Zie ook randnrs. 205 en 208 hierboven.

Ook deze hypothese wordt door de tekst van de voorgestelde tweede paragraaf afgedekt. De regels van de lastgeving behoren immers evenzeer tot het daarin vermelde gemene recht.

Een tweede wijziging die zich opdringt, is een wijziging aan artikel 2:57, §1, lid 1 WVV, teneinde duidelijk te maken dat het daarin opgenomen aansprakelijkheidsplafond zich uitsluitend uitstrekt tot leden van een bestuursorgaan (*i.e.* de bestuurders *de jure*) en dagelijks bestuurders en niet tot de feitelijke bestuurders¹⁹²⁴. Zij valt relatief eenvoudig te implementeren door de tekst van artikel 2:57, §1, lid 1 WVV te herformuleren als volgt (verkorte weergave [...] – toevoeging in onderlijnde tekst / op te heffen tekst doorgehaald)¹⁹²⁵:

“Art. 2:57. § 1. In hoofde van de personen vermeld in artikel 2:51¹⁹²⁶ is de aansprakelijkheid bedoeld in artikel 2:56, elke andere schadeaansprakelijkheid die voortvloeit uit dit wetboek of andere wetten of reglementen ~~ten laste van de personen vermeld in artikel 2:51~~, evenals de aansprakelijkheid voor de schulden van de rechtspersoon bedoeld in artikel XX.227 van het Wetboek van economisch recht ~~is~~ beperkt tot de volgende bedragen:

[...]”

Een derde wijziging die kan worden aanbevolen, is een wijziging aan de tekst van artikel 2:58 WVV betreffende zogenaamde exoneratie- en vrijwaringsregelingen. Zoals eerder opgemerkt, is het vreemd dat men deze bepaling, die op het vlak van aansprakelijkheid bepaalde “nadelige” effecten heeft voor bestuurders *de jure*, niet heeft laten doorwerken naar feitelijke bestuurders¹⁹²⁷. Laatstgenoemden zijn op heden (theoretisch) beter af dan hun formeel benoemde pendanten en dat zou in het licht van de anti-misbruikdoelstelling die historisch gezien achter de normering inzake

¹⁹²⁴Zie voor een uitvoerige bespreking van de controverse rond het personele toepassingsgebied van artikel 2:57 WVV randnr. 222-230 hierboven.

¹⁹²⁵Het hierna volgende voorstel tot wijziging van de tekst van artikel 2:57, §1, lid 1 WVV wordt geformuleerd onder het uitdrukkelijke voorbehoud dat artikel 2:57 in de toekomst in het WVV behouden kan blijven en m.a.w. de toets aan het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel kan doorstaan (zie over deze toets meer uitvoerig: M. KRUIHOF, “De begrenzing van de bestuurdersaansprakelijkheid (artikel 2:57-58 WVV) getoetst aan het gelijkheidsbeginsel (artikel 10-11 Gw.)” in H. DE WULF en M. WYCKAERT (eds.), *Het WVV doorgelicht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 379-445) en onder voorbehoud van eventuele andere wijzigingen (zoals het schrappen van de verwijzing naar artikel XX.227 WER) die wenselijk zouden kunnen worden geacht.

¹⁹²⁶Men zou het ook gewoon voluit kunnen hebben over “*de leden van een bestuursorgaan en dagelijks bestuurders*”, in plaats van te werken met een kruisverwijzing naar artikel 2:51.

¹⁹²⁷Zie randnr. 232 hierboven.

feitelijk bestuur schuilgaat, eigenlijk niet zo mogen zijn. Een mogelijke herformulering van artikel 2:58 WVV om hieraan tegemoet te komen, zou kunnen luiden als volgt (toevoeging in onderlijnde tekst / op te heffen tekst doorgehaald):

“Art. 2:58. De aansprakelijkheid van een lid van een bestuursorgaan of dagelijks bestuurder kan niet verder worden beperkt dan vermeld in artikel 2:57.

De rechtspersoon, zijn dochtervennootschappen of de door hem gecontroleerde entiteiten mogen de ~~in het eerste lid vermelde personen~~ leden van het bestuursorgaan, dagelijks bestuurders en feitelijke bestuurders niet vooraf exonereren of vrijwaren voor hun aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon of jegens derden.

Elke bepaling in de statuten, in een overeenkomst of een eenzijdige wilsuiting die strijdig is met de bepalingen van dit artikel wordt voor niet geschreven gehouden”.

389. Naast wijzigingen in “*BOEK 2. – TITEL 6.*” van het WVV zou het een goede zaak zijn moesten er eveneens wijzigingen worden doorgevoerd in de tekst van de artikelen 2:143, 5:104, 6:89 en 7:157 WVV. Wat de tekst van artikel 2:143 WVV betreft, luidt de aanbeveling dat de feitelijke bestuurder er best wordt uitgehaald. Het valt namelijk moeilijk in te zien waarom hij op het vlak van de verjaring van hetzelfde gunstregime zou moeten kunnen (blijven) genieten als een bestuurder *de jure*¹⁹²⁸. De tekst van artikel 2:143 WVV zou best worden geüpdatet als volgt (verkorte weergave [...] – op te heffen tekst doorgehaald):

“Art. 2:143.§ 1. Met betrekking tot vennootschappen verjaren door verloop van vijf jaren:

- alle rechtsvorderingen tegen oprichters, te rekenen vanaf de oprichting;

- alle rechtsvorderingen tegen vennoten of aandeelhouders, te rekenen van de bekendmaking hetzij van hun uittreding hetzij van de akte van ontbinding van de vennootschap, hetzij, voor de vorderingen als bedoeld in artikel 2:104, §§ 2 en 3, van de bekendmaking van de sluiting van de vereffening, of te rekenen van het verstrijken van de overeengekomen duur;

- alle rechtsvorderingen van derden tot teruggave van ten onrechte uitgekeerde dividenden, te rekenen van de uitkering;

¹⁹²⁸Zie hierover randnr. 251 hierboven.

- alle rechtsvorderingen tegen leden van het bestuursorgaan, dagelijks bestuurders, commissarissen, vereffenaars, tegen de vaste vertegenwoordigers van rechtspersonen die één van de voornoemde functies bekleden, ~~of tegen alle andere personen die ten aanzien van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad~~ wegens verrichtingen in verband met hun taak, te rekenen vanaf die verrichtingen of, indien ze met opzet verborgen zijn gehouden, te rekenen vanaf de ontdekking ervan;

[...]

§ 2. Met betrekking tot verenigingen en stichtingen verjaren door verloop van vijf jaren:

- alle rechtsvorderingen tegen bestuurders, dagelijks bestuurders, commissarissen, vereffenaars, tegen vaste vertegenwoordigers van rechtspersonen die één van de voornoemde functies bekleden, ~~of tegen alle andere personen die ten aanzien van de vereniging of stichting werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad~~ wegens verrichtingen in verband met hun taak, te rekenen vanaf die verrichtingen of, indien ze met opzet verborgen zijn gehouden, te rekenen vanaf de ontdekking;

[...]”.

Wat de tekst van de artikelen 5:104, 6:89 en 7:157 WVV inzake de minderheidsvordering in de BV, CV en NV betreft, is de boodschap dat een uitbreiding van het personele toepassingsgebied ervan naar feitelijke bestuurders wenselijk is, zoals uitvoerig werd toegelicht in Deel 2 van dit proefschrift¹⁹²⁹ en nogmaals werd herhaald in het voorgaande hoofdstuk¹⁹³⁰. Zulke wijziging kan zeer gemakkelijk worden doorgevoerd wanneer wordt gewerkt met de voorgestelde wettelijke definitie van feitelijke bestuurder in artikel 1:38, met name door de tekst van de artikelen 5:104, §1, lid 1; 6:89, §1, lid 1 en 7:157, §1, lid 1 WVV aan te vullen als volgt (toevoeging in onderlijnde tekst / op te heffen tekst doorgehaald):

“Art. 5:104. § 1. Minderheidsaandeelhouders kunnen voor rekening van de vennootschap een vordering instellen tegen de leden van het bestuursorgaan ~~instellen~~, alsook tegen de feitelijke bestuurders”.

¹⁹²⁹Zie randnr. 243 hierboven.

¹⁹³⁰Zie randnr. 381 hierboven.

“Art. 6:89. § 1. Minderheidsaandeelhouders kunnen voor rekening van de vennootschap een vordering instellen tegen de leden van het bestuursorgaan ~~instellen~~, alsook tegen de feitelijke bestuurders”.

“Art. 7:157. § 1. Minderheidsaandeelhouders kunnen voor rekening van de vennootschap een vordering instellen tegen de bestuurders of de leden van de raad van toezicht ~~instellen~~, alsook tegen de feitelijke bestuurders”.

390. *De lege lata* is het zo dat geen enkele van de WVV-bepalingen waarin verplichtingen zijn opgelegd aan individuele bestuurders of het bestuursorgaan rechtstreeks doorwerkt naar feitelijke bestuurders¹⁹³¹. Zou het niet raadzaam zijn om ook daar iets aan te veranderen? Zou het geen goede zaak zijn moesten – naar Angelsaksisch voorbeeld¹⁹³² – bepaalde, of misschien zelfs alle, in het WVV opgenomen bestuursplichten ook op feitelijke bestuurders toepasselijk worden verklaard? Het voordeel van zulke aanpak zou zijn dat er automatisch van een fout zou kunnen worden gesproken bij de niet-naleving ervan door de feitelijke bestuurders¹⁹³³. Het nadeel is dat de inmenging door de feitelijke bestuurder in het bestuur van de rechtspersoon er in zekere zin mee zou dreigen te worden gelegitimeerd, wat absoluut niet de bedoeling kan zijn. Dreigt de feitelijke bestuurder er ook geen bevoegdheid aan te ontlenuen? Stel bijvoorbeeld dat men in het WVV zou bepalen dat de verplichting om een jaarrekening neer te leggen ook rust op een feitelijke bestuurder wanneer die er is, geeft dit de feitelijke bestuurder dan ook niet het wettelijke recht en de bevoegdheid om de jaarrekening neer te leggen? Een doorwerking van bestuursplichten naar de feitelijke bestuurder lijkt aldus bekeken misschien toch niet zo’n goed idee. Een andere reden waarom een doorwerking niet zo’n goed idee lijkt, is dat men de lijst van bepalingen die in voorkomend geval naar de feitelijke bestuurder zouden moeten doorwerken erg moeilijk helder krijgt, zo getuige een vergelijking met het eerder besproken Australische recht¹⁹³⁴. Praktisch laat

¹⁹³¹ Zie hierover randnr. 252 hierboven.

¹⁹³² Cf. randnrs. 363-368 hierboven.

¹⁹³³ *De lege lata* moet er steeds een persoonlijke fout (*lees*: een gedrag dat niet strookt met het gedrag van een normaal zorgvuldig en vooruitziend persoon geplaatst in dezelfde omstandigheden) in hoofde van de feitelijke bestuurder worden aangetoond. Het niet-naleven van een bepaling van het WVV maakt, anders dan bij een bestuurder *de jure* het geval is, in hoofde van een feitelijke bestuurder niet automatisch een fout uit. Zie hierover randnr. 116 hierboven.

¹⁹³⁴ In het Australische recht laat men dit eigenlijk in belangrijke mate over aan de praktijk, zie hierover randnr. 368 hierboven.

men op dit punt alles dus best gewoon zoals het is.

391. Aangezien de regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid in het WVV en Boek XX van het WER zeer nauw met elkaar samenhangen¹⁹³⁵ is het wenselijk dat de daarin gebruikte concepten op elkaar zijn afgestemd. Voert men een wettelijke definitie van het begrip “feitelijke bestuurder” in in het WVV, zoals hierboven voorgesteld, dan wordt er best ook een identieke definitie ingevoerd in het WER¹⁹³⁶, meer bepaald in artikel I.22., welke bepaling is opgenomen in “*BOEK I. - Definities – Titel 2. Definities eigen aan bepaalde boeken – HOOFDSTUK 14. - Definities eigen aan boek XX.*”. Concreet zal daarvoor een nieuw punt “29°” aan artikel I.22. moeten worden toegevoegd waarin de tekst van het voorgestelde artikel 1:38 WVV wordt overgenomen:

“Art. I.22. 29° “feitelijke bestuurder”: 1° een persoon die niet rechtsgeldig als zaakvoerder of bestuurder van een rechtspersoon is benoemd, maar toch zo handelt, zonder dat daarvoor een rechtsgeldige contractuele of wettelijke grondslag bestaat;
2° een persoon die niet rechtsgeldig als zaakvoerder of bestuurder van een rechtspersoon is benoemd, volgens wiens instructies de leden van het bestuursorgaan, of indien het gaat om een collegiaal bestuursorgaan, de meerderheid daarvan, gewend zijn te handelen.
Maakt geen persoon uit onder onder 1° of 2°, een persoon die in de normale uitoefening van een gereguleerd beroep bijstand verstrekt aan, of aanbevelingen formuleert ten aanzien van de leden van het bestuursorgaan, en een persoon die tussenkomt in het bestuur op grond van publiekrechtelijke wetgeving”.

Het hoeft weinig betoog dat bij een introductie van het voorgestelde artikel I.22. 29° WER ook wijzigingen zullen moeten worden doorgevoerd in de artikelen XX.225-227 en XX.229 WER, om te zorgen voor de daadwerkelijke doorwerking ervan in de tekst van Boek XX van het WER. In de artikelen XX.225-227 WER zal de zinsnede “*alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de onderneming werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad*” moeten worden vervangen door het gedefinieerde “feitelijke bestuurder”. En in artikel XX.229 WER zal het gedefinieerde “feitelijke bestuurder” in de plaats moeten komen van de gedateerde – en wellicht eerder door de

¹⁹³⁵ Zij hebben een historische link met elkaar (zie hierover randnr. 55 hierboven) en zouden eigenlijk als twee zijden van dezelfde medaille kunnen worden beschouwd.

¹⁹³⁶ De coherentie van de normering gebiedt dat dezelfde begrippen worden gebruikt in beide wetteksten.

wetgever uit het oog verloren¹⁹³⁷ – zinsnede “*enig ander persoon die zonder beheerder of zaakvoerder te zijn, werkelijk de bevoegdheid zal gehad hebben de failliet verklaarde rechtspersoon te beheren*”. Dit zorgt voor het volgende resultaat (verkorte weergave [...] – toevoeging in onderlijnde tekst / op te heffen tekst doorgehaald):

“Art. XX.225. § 1. Indien bij faillissement van een onderneming, de schulden de baten overtreffen, kunnen de huidige of gewezen bestuurders, zaakvoerders, dagelijks bestuurders, leden van een directieraad of van een raad van toezicht, alsmede ~~alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de onderneming werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad~~ de feitelijke bestuurders, persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk worden verklaard voor het geheel of een deel van de schulden van de onderneming ten belope van het tekort, indien komt vast te staan dat een door hen begane, kennelijk grove fout heeft bijgedragen tot het faillissement. [...]”.

“Art. XX.226. Onverminderd artikel XX.225 kunnen de huidige of gewezen bestuurders, zaakvoerders, dagelijkse bestuurders, leden van een directieraad of van een raad van toezicht, alsmede ~~alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de onderneming werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad~~ de feitelijke bestuurders, op vordering van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid of van de curator persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor het geheel of een deel van alle op het ogenblik van de uitspraak van het faillissement verschuldigde sociale bijdragen met inbegrip van de verwijlinteressen, indien zij, in de loop van de periode van vijf jaar voorafgaand aan de faillietverklaring, betrokken zijn geweest bij minstens twee faillissementen of vereffeningen van ondernemingen waarbij schulden ten aanzien van een inningsorganisme van de sociale zekerheidsbijdragen onbetaald zijn gebleven, voor zover zij bij die eerder failliet verklaarde of vereffende ondernemingen ten tijde van de faillietverklaring, ontbinding of aanvang van de vereffening tevens bestuurder, gewezen bestuurder, lid of gewezen lid van de directieraad of van de raad van toezicht waren of ~~ten aanzien van de zaken van de~~

¹⁹³⁷Zie ook randnr. 40 hierboven.

~~onderneming werkelijke bestuursbevoegdheid hadden of hebben gehad~~ feitelijke bestuurder.

[...]

“Art. XX.227. § 1. Indien bij faillissement van een onderneming, de schulden de baten overtreffen, kunnen de huidige of gewezen bestuurders, zaakvoerders, dagelijks bestuurders, leden van een directieraad of van een raad van toezicht, alsmede ~~alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de onderneming werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad~~ de feitelijke bestuurders, persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk worden verklaard voor het geheel of een deel van de schulden van de onderneming ten belope van het tekort jegens de boedel, indien:

[...]

“Art. XX. 229. [...]

§ 3. Voor de toepassing van dit artikel worden met de gefailleerde gelijkgesteld, de bestuurders en zaakvoerders van een failliet verklaarde rechtspersoon wier ontslag niet een jaar voor de faillietverklaring is bekendgemaakt, alsmede ~~enig ander persoon die zonder beheerder of zaakvoerder te zijn, werkelijk de bevoegdheid zal gehad hebben de failliet verklaarde rechtspersoon te beheren~~ de feitelijke bestuurders.

[...]

HOOFDSTUK 4

TUSSENBSLUIT

392. Rechtsvergelijkend onderzoek maakt duidelijk dat de keuze van de Belgische wetgever om in onze basiswetgeving inzake vennootschappen en verenigingen (het WVV) normering op te nemen rond de figuur van de feitelijke bestuurder, eigenlijk helemaal niet zo'n onzinnige of onverstandige keuze is geweest als eerdere in dit proefschrift geformuleerde bevindingen doen vermoeden. Twee andere landen die normering inzake feitelijk bestuur in hun basiswetgeving inzake vennootschappen kennen, het Verenigd Koninkrijk en Australië, blijken die normering in het verleden zeer bewust te hebben aangenomen, vanuit de overweging dat er een belangrijke preventieve functie (d.w.z. een ontradend effect) van uitgaat. Het leidt weinig twijfel dat die preventieve functie ook kan worden gekoppeld aan de normering inzake feitelijk bestuur in het WVV en een zeer goede reden is om laatstgenoemde normering niet uit het WVV te halen, al is zij wel nodig aan versterking toe. Op heden roept de WVV-normering inzake feitelijk bestuur zoveel discussies op dat het ontradende effect dat ermee gepaard hoort te gaan voor een zeer groot stuk wordt ondergraven.

393. Het inzicht dat er een valabele reden bestaat voor normering inzake feitelijk bestuur in de basiswetgeving inzake vennootschappen, is niet het enige inzicht dat uit het Engelse en het Australische recht kan worden geput. Er valt voor het Belgische recht en de Belgische praktijk ook op andere punten lering te trekken uit het Engelse en Australische recht en de Engelse en Australische praktijk. Een eerste en erg belangrijke les is dat men via de introductie van een definitie van het begrip "feitelijke bestuurder" in de wettekst op een relatief eenvoudige wijze zou kunnen verduidelijken dat ook "in de schaduw opererende beleidsbepalers" of zogeheten "schaduwbestuurders" feitelijke bestuurders uitmaken. Een tweede les is dat men de vraag of bepaalde (dagdagelijkse) handelingen aanleiding kunnen geven tot feitelijk bestuur best altijd bekijkt in functie van, en rekening houdend met, de grootte van de vennootschap en haar interne organisatie. Een derde les houdt verband met de vereiste frequentie van handelen. Zij luidt dat wanneer zowel de rechtspersoon als derden een als feitelijke bestuurder geïdentificeerde persoon als bestuurder percipiëren, ook één enkele bestuurshandeling uitzonderlijk voor een kwalificatie als

feitelijke bestuurder moet kunnen volstaan. Een vierde les is dat er ook bij ons best in een wettelijke bescherming wordt voorzien voor professionele adviseurs en voor personen die in het bestuur van een rechtspersoon tussenkomen op grond van publiekrechtelijke wetgeving. Zo mag er, gelet op de nood aan kwalitatief advies (dat vaak in zeer precaire omstandigheden wordt gevraagd) en met de bestaande publiekrechtelijke wetgeving indachtig, nooit enige twijfel over bestaan dat feitelijk bestuur maar aan de orde kan zijn, wanneer de relevante publiekrechtelijke wetgeving geen toepassing vindt of de professionele adviseur in kwestie meer doet dan een persoon met dezelfde professionele hoedanigheid normaal zou hebben gedaan. Een vijfde en laatste les is dat het steek houdt om individuele aandeelhouders ook ten aanzien van feitelijke bestuurders een wettelijke minderheidsvordering toe te kennen.

394. Onderzoek wijst uit dat het grootste deel van de in Deel 2 van dit proefschrift besproken interpretatieproblemen rond de WVV-normering inzake feitelijk bestuur middels de introductie van een wettelijk gedefinieerd begrip feitelijke bestuurder in “*DEEL 1. Algemene bepalingen.*” van het WVV, en een doordachte update van de artikelen 2:56, 2:57, 2:58, 2:143, 5:104, 6:89 en 7:157 WVV tot het verleden zou kunnen behoren. Een wetgevende ingreep in die zin kan dan ook sterk worden aanbevolen. Kiest men voor de introductie van een wettelijke definitie van het begrip feitelijke bestuurder in het WVV, dan wordt er – rekening houdend met de zeer nauwe samenhang tussen de regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid in het WVV en Boek XX van het WER – best ook een identieke definitie ingevoerd in het WER.

ALGEMEEN BESLUIT

395. In dit proefschrift werd de normering rond de zogeheten “feitelijke bestuurder” die in 2019 werd geïntroduceerd in het WVV op een omstandige wijze onderzocht. De aanleiding hiertoe vormden enerzijds de vaststelling dat deze normering in het verleden niet bestond en tal van nieuwe vragen oproept en anderzijds de vaststelling dat er in de Belgische rechtsleer nog geen diepgaande en omvattende analyse werd gemaakt van wat feitelijk bestuur precies inhoudt en hoe er in de context van het vennootschaps- en verenigingsrecht op het vlak van normering mee dient te worden omgegaan.

De analyse werd opgebouwd als volgt. In Deel 1 werd onderzocht welke motieven de Belgische wetgever er precies toe hebben gebracht om de feitelijke bestuurder in het WVV te viseren. In Deel 2 werd nagegaan hoe de normering inzake feitelijk bestuur in het WVV *de lege lata* te begrijpen valt. In Deel 3 werd geanalyseerd of de Belgische wetgever er eigenlijk wel goed aan heeft gedaan om normering rond de feitelijke bestuurder in het WVV op te nemen.

DEEL ÉÉN

396. In het eerste deel van dit proefschrift is duidelijk geworden dat de opstellers van het WVV nergens zwart op wit hebben geschreven waarom zij het nodig vonden om in het WVV, en specifiek in de artikelen 2:56 en 2:143, gelijkstellingen tussen formeel benoemde bestuurders en “feitelijke bestuurders” op te nemen. Een duidelijke *ratio legis* ontbreekt.

397. Uit een ruimer onderzoek naar de motieven en doelstellingen achter de normering inzake feitelijk bestuur die in het Belgische recht door de jaren heen aangenomen is geweest in diverse rechtsdomeinen, is gebleken dat de wetgever in het verleden met gelijkstellingen tussen formeel benoemde bestuurders en “feitelijke bestuurders” veelal achterpoortjes heeft willen sluiten. Hij wilde misbruiken vermijden en ervoor zorgen dat zij – middels de ingevoerde gelijkstelling – desgevallend ook zouden kunnen worden beteugeld. Uit de (parlementaire) stukken die werden opgemaakt in de context van het met het WVV gepaard gaande wetgevende proces, kan niet

worden opgemaakt of de wetgever zich bij de redactie van de WVV-normering inzake feitelijk bestuur door hetzelfde motief heeft laten leiden. Dit lijkt op het eerste gezicht alvast niet het geval.

DEEL TWEE

398. In het tweede deel van dit proefschrift werd nagegaan wat er in de context van het WVV precies onder een “feitelijke bestuurder” wordt verstaan en hoe de in dit wetboek vervatte regels op deze persoon dienen te worden toegepast. Uit het gevoerde onderzoek blijkt dat de wetgever de mosterd voor de omschrijving van de notie “feitelijke bestuurder” in het WVV is gaan halen in Boek XX van het WER. De formulering van de gelijkstellingen tussen formeel benoemde bestuurders en “feitelijke bestuurders” in de artikelen 2:56 en 2:143 WVV is nagenoeg identiek aan de formulering van de gelijkstelling die men kan terugvinden in de bijzondere faillissementsaansprakelijkheden wegens kennelijke grove fout¹⁹³⁸ en in geval van RSZ-schulden¹⁹³⁹ in Boek XX van het WER, welke sedert 2018 ook is opgenomen in de regeling inzake *wrongful trading*¹⁹⁴⁰, en in een ietwat andere vorm kan worden teruggevonden in het beroepsverbod dat na een faillissement kan worden opgelegd¹⁹⁴¹. Er is geen enkele indicatie dat de wetgever in de context van het WVV wenste af te wijken van de op Franse leest gestoelde invulling die de notie “feitelijke bestuurder” klassiek in de context van Boek XX van het WER (en de historisch daaraan voorafgaande wetgeving) krijgt. Dit betekent dat de rechtsleer die tot nog toe in de context van Boek XX van het WER (en de historisch daaraan voorafgaande wetgeving) over de notie is geschreven en de rechtspraak die tot nog toe in die context over de notie is geveld, ook relevant zijn voor de invulling van de notie “feitelijke bestuurder” in het WVV. Het feit dat er in het WVV nieuwe bestuursmodellen werden uitgewerkt die vroeger niet bestonden en het feit dat de in het WVV opgenomen bepalingen ook toepassing kunnen vinden zonder een faillissement, doen hieraan op geen enkele wijze afbreuk. De invulling die de notie “feitelijke bestuurder” klassiek krijgt, is generiek genoeg om onverkort te kunnen worden doorgetrokken naar het WVV.

¹⁹³⁸ De oude artikelen 63^{ter} Venn.W. en 530, §1 W.Venn. en thans artikel XX.225 WER.

¹⁹³⁹ Oud artikel 530, §2 W.Venn. en thans artikel XX.226 WER.

¹⁹⁴⁰ Artikel XX.227 WER.

¹⁹⁴¹ Artikel XX.229 WER.

Het voorgaande wil zeggen dat men onder de notie “feitelijke bestuurder” in het WVV net als in Boek XX van het WER een persoon dient te verstaan die een positieve daad (of positieve daden) van bestuur heeft gesteld in alle onafhankelijkheid en soevereiniteit (dus niet in de uitoefening van een arbeidsovereenkomst of in opdracht van de rechtspersoon). Twee punten zijn daarbij *de lege lata* wel niet altijd even duidelijk, met name of slechts één aanwijsbare daad van bestuur voor een kwalificatie als feitelijke bestuurder kan volstaan en of de in de schaduw opererende beleidsbepaler¹⁹⁴² ook als een feitelijke bestuurder aan te merken valt. Een feitelijke bestuurder kan verschillende gezichten hebben en feitelijk bestuur kan zich manifesteren in verschillende relaties met de rechtspersoon en de bestuurders *de jure*. Zowel kredietverleners, dominante contractspartijen (in het bijzonder leveranciers en franchisegevers), (naaste) familieleden, (vermeende) werknemers, gewezen bestuurders *de jure*, als aandeelhouders en (professionele) adviseurs werden in de praktijk al als feitelijke bestuurders geviseerd.

399. Na het onderzoek in Deel 1 van dit proefschrift rees het vermoeden dat de wetgever de WVV-normering inzake feitelijk bestuur en haar gevolgen eigenlijk helemaal niet zo ver heeft doordacht. Dat vermoeden klopt. Een analyse van de rechtsleer wijst uit dat er verschillende meningen over de concrete toepasbaarheid van artikel 2:56 WVV¹⁹⁴³ op de feitelijke bestuurder circuleren, en dat er over de interpretatie van zo goed als elke zin van de tekst van artikel 2:56 WVV discussies bestaan. De wettekst is, wat de werking ervan naar de figuur van de feitelijke bestuurder toe betreft, erg slordig geredigeerd en laat in duidelijkheid te wensen over. Dat komt in belangrijke mate omdat er enkel naar de figuur van de feitelijke bestuurder wordt verwezen in het eerste lid van artikel 2:56 WVV. Dit alles is zeer opmerkelijk, omdat de wetgever in artikel 2:56 WVV juist wenste te verduidelijken dat feitelijke bestuurders “*op dezelfde manier aansprakelijk zijn als formeel benoemde bestuurs- of toezichtsorganen*”¹⁹⁴⁴.

Onduidelijkheid troef dus, maar één punt is zeker: de tekst van artikel 2:56 WVV moet op de een of andere wijze wel op de figuur van de feitelijke bestuurder worden toegepast. De *lege lata* valt de volgende lezing en toepassing van de wettekst te verdedigen:

¹⁹⁴² Soms ook wel “schaduwbestuurder” genoemd.

¹⁹⁴³ Dat meteen ook de enige WVV-bepaling is die refereert naar de feitelijke bestuurder (samen met artikel 2:143 WVV) en in die zin in het WVV de scharnierbepaling voor de feitelijke bestuurder is.

¹⁹⁴⁴ Zo blijkt althans uit de memorie van toelichting.

Art. 2:56, lid 1 WVV

Gecontesteerd vraagstuk	Kern van de discussie	Persoonlijke visie
Hoe kunnen feitelijke bestuurders aansprakelijk zijn voor gewone bestuursfouten, wanneer die fouten luidens de wettekst moeten zijn “ <i>begaan in de uitoefening van hun opdracht</i> ”?	Hoe kan men de wettelijke bewoordingen “ <i>fouten begaan in de uitoefening van hun opdracht</i> ” verzoenen met de klassieke invulling van de notie feitelijke bestuurder (die een inmenging zonder voorafgaandelijke opdracht veronderstelt)?	De draagwijdte van artikel 2:56, lid 1 WVV is beperkt tot die feitelijke bestuurders wier optreden uitdrukkelijk of stilzwijgend door de rechtspersoon werd aanvaard.

Art. 2:56, lid 1 en lid 3 WVV

Gecontesteerd vraagstuk	Kern van de discussie	Persoonlijke visie
Kunnen feitelijke bestuurders op grond van artikel 2:56 WVV aansprakelijk worden gesteld wegens inbreuken op het WVV of de statuten?	Kan men de artikelen 2:56, lid 1 en 2:56, lid 3 WVV beschouwen als twee van elkaar te onderscheiden aansprakelijkheidsgronden met elk een eigen personeel toepassingsgebied?	Artikel 2:56, lid 3 WVV vormt een afzonderlijke aansprakelijkheidsgrond met een eigen personeel toepassingsgebied, waar enkel de formeel benoemde leden van het bestuursorgaan onder vallen. Feitelijke bestuurders kunnen niet op grond van artikel 2:56 WVV voor inbreuken op het WVV of de statuten aansprakelijk worden gesteld.

Art. 2:56, lid 2 en lid 3 WVV

Gecontesteerd vraagstuk	Kern van de discussie	Persoonlijke visie
Zijn feitelijke bestuurders hoofdelijk aansprakelijk met de formeel benoemde leden van het bestuursorgaan?	Kan men zeggen dat feitelijke bestuurders (<i>de facto</i>) deel uitmaken van het bestuursorgaan?	Enkel het besluit dat hoofdelijkheid tussen feitelijke bestuurders en formeel benoemde leden van het bestuursorgaan uitgesloten is, strookt formeel met de bewoordingen van de wettekst.

Artikel 2:56 WVV blijkt voor de feitelijke bestuurder enkel in de verhouding tot de rechtspersoon relevant, met name voor wat de aansprakelijkheid wegens een gewone bestuursfout betreft. De relevantie is evenwel erg gering: artikel 2:56 WVV speelt uitsluitend wanneer er een opdracht vanwege de rechtspersoon bestaat (het feitelijke optreden van de feitelijke bestuurder moet

daarvoor uitdrukkelijk of stilzwijgend door het bestuursorgaan van de rechtspersoon zijn aanvaard). Bestaat dergelijke opdracht niet, is er sprake van een inbreuk op de statuten of de bepalingen van het WVV, en/of wil niet de rechtspersoon, maar een derde de feitelijke bestuurder in het vizier nemen, dan kan er geen beroep op artikel 2:56 WVV worden gedaan.

400. Artikel 2:56 is niet de enige WVV-bepaling waarvan de toepassing op de figuur van de feitelijke bestuurder onduidelijk is en ter discussie staat. Hetzelfde geldt voor artikel 2:57 WVV, dat de maximale aansprakelijkheid die bestuurders kunnen oplopen beperkt tot een wettelijk vastgelegd bedrag. Een deel van de rechtsleer meent dat deze bepaling ook van toepassing is op de feitelijke bestuurder, en een ander deel van de rechtsleer meent, geheel terecht, dat de feitelijke bestuurder er buiten valt en geen cap op zijn aansprakelijkheid geniet. Onduidelijkheid is echter wederom het kernwoord.

401. Het met artikel 2:57 WVV samenhangende artikel 2:58 WVV waarin een verbod is bepaald voor de rechtspersoon om bestuurders vooraf te exonereren of te vrijwaren van hun aansprakelijkheid tegenover de rechtspersoon of tegenover derden, is niet op de feitelijke bestuurder van toepassing. Zijn evenmin op de feitelijke bestuurder van toepassing: de in het WVV genormeerde vennootschaps- en verenigingsvordering (de artikelen 5:103 (BV), 6:88 (CV (en SCE)), 7:156 (NV (en SE)) en 9:12, 4° (VZW) WVV), de in het WVV geregelde minderheidsvordering (de artikelen 5:104 (BV), 6:89 (CV (en SCE)) en 7:157 (NV (en SE)) WVV) en de in het WVV genormeerde kwijting aan de bestuurders (de artikelen 5:98, lid 2 (BV), 6:83, lid 2 (CV), 7:149, lid 2 (NV) en 9:20 (VZW) WVV).

De niet-toepasselijkheid van een aantal van deze bepalingen op de feitelijke bestuurder (in het bijzonder van het artikel 2:58, en de artikelen 5:104, 6:89 en 7:157 WVV) noopt tot de vaststelling dat de wetgever bij de conceptie van de WVV-normering inzake feitelijk bestuur geen centrale doelstelling voor ogen heeft gehad. Hij lijkt in ieder geval niet te hebben geredeneerd vanuit de historische anti-misbruikgedachte en -doelstelling die achter eerdere normering inzake feitelijk bestuur schuilging. Zo heeft de niet-vermelding van feitelijke bestuurders in artikel 2:58 WVV onwenselijk tot gevolg dat er voor hen exoneraties en vrijwaringen kunnen worden bedongen die voor formeel benoemde bestuurders verboden zijn. Het niet-bestaan van een vorderingsmogelijkheid voor de minderheidsaandeelhouder ten aanzien van de feitelijke

bestuurder heeft dan weer tot gevolg dat de meerderheid, waarvan de vertegenwoordigers het veelal voor het zeggen hebben in het bestuursorgaan (het bevoegde orgaan om de feitelijke bestuurder aan te spreken), een feitelijke bestuurder op het vlak van aansprakelijkheid tegenover de rechtspersoon in continuïteit compleet uit de wind kan zetten. Een feitelijke bestuurder is zo telkens beter af dan zijn formeel benoemde tegenhanger en dat zou misbruik (en dus miskennis van de formele regels inzake bestuur) in de hand kunnen werken.

402. Het kernwoord bij de tweede WVV-bepaling waarin de figuur van de feitelijke bestuurder wordt geïllustreerd, het artikel 2:143 inzake de verjaring van rechtsvorderingen, is andermaal onduidelijkheid. De wetgever blijkt de bewoordingen van artikel 2:143 WVV inhoudelijk niet te hebben afgestemd op de erin opgenomen gelijkstelling. Dit leidt ertoe dat men artikel 2:143 WVV nader moet interpreteren en maar op die feitelijke bestuurders kan toepassen waarvan het optreden uitdrukkelijk of stilzwijgend door het bestuursorgaan van de rechtspersoon werd aanvaard. Voor alle andere feitelijke bestuurders geldt net zoals vóór het WVV het gemeenrechtelijke verjaringsregime (artikel 2262*bis* oud BW).

403. De verschillende in het WVV opgenomen bestuursplichten (zoals de verplichting voor het bestuursorgaan om de jaarrekening neer te leggen bij de Nationale Bank van België) zijn enkel van toepassing op formeel benoemde bestuurders en niet op de feitelijke bestuurders. Dit was ook ten tijde van het oude W.Venn. al het geval. Het feit dat de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:56 WVV is uitgebreid naar de feitelijke bestuurders, of de vaststelling dat dat toch op zijn minst de bedoeling was, verandert hier niets aan.

404. Vóór de invoering en inwerkingtreding van het WVV moest om een feitelijke bestuurder aansprakelijk te kunnen stellen een beroep worden gedaan op het gemene aansprakelijkheidsrecht, wanneer er geen bijzonder aansprakelijkheidsregime zoals het regime inzake de kennelijk grove fout van toepassing was. Het onderzoek in Deel 2 van dit proefschrift wijst uit dat dit, ondanks een expliciete gelijkstelling tussen formeel benoemde bestuurders en feitelijke bestuurders in artikel 2:56 WVV, de sleutelbepaling van het huidige regime inzake bestuurdersaansprakelijkheid in het WVV, vandaag in het gros van de gevallen eigenlijk nog altijd het geval is. Men kan zich in het licht hiervan, en gelet op de hierboven vastgestelde interpretatieproblemen, afvragen of de keuze

om normering rond de feitelijke bestuurder op te nemen in het WVV wel zo'n goede keuze is geweest.

DEEL DRIE

405. In het derde deel van dit proefschrift is, na een rechtsvergelijkend onderzoek, gebleken dat de keuze van de Belgische wetgever om in onze basiswetgeving inzake vennootschappen en verenigingen (het WVV) normering op te nemen rond de figuur van de feitelijke bestuurder, eigenlijk helemaal niet zo'n onzinnige of onverstandige keuze is geweest als bepaalde in Deel 2 van dit proefschrift geformuleerde bevindingen doen vermoeden. Twee andere landen die normering inzake feitelijk bestuur in hun basiswetgeving inzake vennootschappen kennen, het Verenigd Koninkrijk en Australië, blijken die normering in het verleden zeer bewust te hebben aangenomen, vanuit de overweging dat er een belangrijke preventieve functie (d.w.z. een ontradend effect) van uitgaat. Het leidt weinig twijfel dat die preventieve functie ook kan worden gekoppeld aan de normering inzake feitelijk bestuur in het WVV en een zeer goede reden is om laatstgenoemde normering niet uit het WVV te halen, al is zij wel nodig aan versterking toe. Op heden roept de WVV-normering inzake feitelijk bestuur zoveel discussies op dat het ontradende effect dat ermee gepaard hoort te gaan voor een zeer groot stuk wordt ondergraven.

406. Het inzicht dat er een valabele reden bestaat voor normering inzake feitelijk bestuur in de basiswetgeving inzake vennootschappen, is niet het enige inzicht dat uit het Engelse en het Australische recht blijkt te kunnen worden geput. Er valt voor het Belgische recht en de Belgische praktijk ook op andere punten lering te trekken uit het Engelse en Australische recht en de Engelse en Australische praktijk. Een eerste en erg belangrijke les is dat men via de introductie van een definitie van het begrip "feitelijke bestuurder" in de wettekst op een relatief eenvoudige wijze zou kunnen verduidelijken dat ook "in de schaduw opererende beleidsbepalers" of zogeheten "schaduwbestuurders" feitelijke bestuurders uitmaken. Een tweede les is dat men de vraag of bepaalde (dagdagelijkse) handelingen aanleiding kunnen geven tot feitelijk bestuur best altijd bekijkt in functie van, en rekening houdend met, de grootte van de vennootschap en haar interne organisatie. Een derde les houdt verband met de vereiste frequentie van handelen. Zij luidt dat wanneer zowel de rechtspersoon als derden een als feitelijke bestuurder geviseerde persoon als bestuurder percipiëren, ook één enkele bestuurshandeling uitzonderlijk voor een kwalificatie als

feitelijke bestuurder moet kunnen volstaan. Een vierde les is dat er ook bij ons best in een wettelijke bescherming wordt voorzien voor professionele adviseurs en voor personen die in het bestuur van een rechtspersoon tussenkomen op grond van publiekrechtelijke wetgeving. Zo mag er, gelet op de nood aan kwalitatief advies (dat vaak in zeer precaire omstandigheden wordt gevraagd) en met de bestaande publiekrechtelijke wetgeving indachtig, nooit enige twijfel over bestaan dat feitelijk bestuur maar aan de orde kan zijn, wanneer de relevante publiekrechtelijke wetgeving geen toepassing vindt of de professionele adviseur in kwestie meer doet dan een persoon met dezelfde professionele hoedanigheid normaal zou hebben gedaan. Een vijfde en laatste les is dat het steek houdt om individuele aandeelhouders ook ten aanzien van feitelijke bestuurders een wettelijke minderheidsvordering toe te kennen.

407. Onderzoek wijst uit dat het grootste deel van de in Deel 2 van dit proefschrift besproken interpretatieproblemen rond de WVV-normering inzake feitelijk bestuur middels de introductie van een wettelijk gedefinieerd begrip feitelijke bestuurder in “*DEEL 1. Algemene bepalingen.*” van het WVV, en een doordachte update van de artikelen 2:56, 2:57, 2:58, 2:143, 5:104, 6:89 en 7:157 WVV tot het verleden zou kunnen behoren. Een wetgevende ingreep in die zin kan dan ook sterk worden aanbevolen. Kiest men voor de introductie van een wettelijke definitie van het begrip feitelijke bestuurder in het WVV, dan wordt er – rekening houdend met de zeer nauwe samenhang tussen de regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid in het WVV en Boek XX van het WER – best ook een identieke definitie ingevoerd in het WER.

* *

*

BIBLIOGRAFIE

BELGIË

AERTSEN, M., ALLIJNS, M., BUYDENS, D., D'HERDE, M., GARDIN, W., HEENE, M., LANNOY, K., LEDENT, S., MERTENS, D., ROELENS, M., SABLON, S., VAN BIERVLIET, C., VANDAMME, L. en VERMEERSCH, T., *Dé gids voor vennootschappen*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2021, 773 p.

ANDRE-DUMONT, A.-P., “De quelques règles applicables à toutes les personnes morales” in ANDRE-DUMONT, A.-P., CULOT, H. en SIMONART, V. (eds.), *Le Code des sociétés et des associations*, Bruxelles, Larcier, 2020, 7-42.

ANDRÉ-DUMONT, A.-P., “La gestion dans les sociétés coopératives : évolution découlant du Code des sociétés et des associations” in DELCORDE, J.-A. (ed.), *La société coopérative: nouvelles évolutions*, Brussel, Larcier, 2018, 47-76.

AUTENNE, A. en THIRION, N., “La nouvelle « définition générale » de l’entreprise dans le Code de droit économique: deux pas en avant, trois pas en arrière”, *JT* 2018, 826-831.

AYDOGDU, R. en CAPRASSE, O., “La gestion et la prévention des conflits au sein de l’organe d’administration” in AYDOGDU, R., CAPRASSE, O., CULOT, H., DELCORDE, J.-A., LAMBRECHT, P., NAVEZ, E.-J., SIMONART, V., TILQUIN, T. en WILLERMAIN, D. (eds.), *La gouvernance des sociétés au 21e siècle*, Limal, Anthemis, 2020, 147-229.

BAUDONCQ, F., “De kwijting van bestuurders”, *Jura Falc.* 1996-97, 83-136.

BEAUFILS, N., “Cumul mandat social et contrat de travail”, *JTT* 1990, 245-249.

BENOIT-MOURY, A. en PELTZER, P., “Représentation de la société anonyme depuis la première directive européenne de coordination du droit des sociétés”, *RPS* 1977, 57-108.

BEYAERT, S., “De managementovereenkomst” in BERNAUW, K., COLLE, P., DAMBRE, M. en DEMUYNCK, I. (eds.), *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, 21-38.

BIHAIN, L., “Responsabilités des dirigeants de sociétés à l’égard des tiers. Pas d’immunité de principe en faveur des organes de sociétés”, *JT* 2006, 421-427.

BOCKEN, H., “De aansprakelijkheid van rechtspersonen, hun organen, aangestelden en zelfstandige hulppersonen” in VAN EECKHOUTTE, W. (ed.), *Rechtspersonenrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 489-520.

BOCKEN, H., “Samenloop contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. Verfijners, verdwijners en het arrest van het Hof van Cassatie van 29 september 2006”, *NJW* 2007, 722-731.

BOCKEN, H., “Samenloop in het ontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid”, *TPR* 2021, afl. 1, 151-175.

BOCKEN, H., DUBUISSON, B., JOCQUÉ, G., SCHAMPS, G., VANSWEEVELT, T., DELVOIE, J. en ZAMMITTO, B., *De hervorming van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht: het ontwerp van de Commissie tot hervorming van het aansprakelijkheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 151 p.

BOIGELOT, E., *Fiscalité des cadres et dirigeants d’entreprise*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2006, 529 p.

BOSSARD, P., “Le bouleversement de la société de droit commun par la loi du 15 avril 2018 portant la réforme du droit de l’entreprise”, *RPP* 2018, 147-154.

BOSSARD, P., *CSA: examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, 882 p.

BOUCKAERT, F., “Inbreng van een algemeenheid en van een bedrijfstak” in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, Biblo, 1995, 303-336.

BOURS, E., “Régime fiscal applicable aux dirigeants non-administrateurs de sociétés par actions”, *Ann.dr.Lg.* 1982, 379-393.

BRAECKMANS, H. en DUPONT, J., “De minderheidsvordering: een kritische analyse”, *DAOR* 2014, afl. 122, 4-20.

BRAECKMANS, H. en HOUBEN, R., *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 975 p.

BRAECKMANS, H. en HOUBEN, R., *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 924 p.

BRAECKMANS, H. en HOUBEN, R., *Het nieuwe wetboek van vennootschappen en verenigingen (WVV): frisse wind of storm op zee?*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 76 p.

BRAECKMANS, H., “Conflicten in vennootschappen en het Wetboek van vennootschappen: de vlag dekt niet de lading”, *TPR* 2010, 1603-1701.

BRAECKMANS, H., “De vennootschapswet van 13 april 1995: repareren en innoveren”, *RW* 1995-96, 1457-1496.

BRAECKMANS, H., “Toerekening van het faillissement aan de achterman meer dan zes maanden na de faillietverklaring van de vennootschap” (noot onder Cass. 26 oktober 1979), *RW* 1980-81, 1798-1799.

BRAECKMANS, P., “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen: de onderneming strafbaar (I)”, *Or.* 1999, 186-206.

BRULOOT, D., *Vennootschapskapitaal en schuldeisers: een onderzoek naar de effectiviteit van de (Europese) kapitaalregelen en alternatieve technieken van schuldeisersbescherming*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 824 p.

BRULOOT, D., DE WULF, H. en MARESCEAU, K., “Hervorming vennootschapsrecht. Overzicht en evaluatie”, *NJW* 2018, 414-429.

BUELENS, W. en VERHOEVEN, D., “De (on)zin van een samenloopverbod tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering”, *TBBR* 2016, 314-333.

BYTTEBIER, K. en FRANÇOIS, A., “Zo moeder, zo dochter? Over de autonomie (of eerder het gebrek daaraan?) van een Belgische dochtervennootschap in een (buitenlandse) groep van vennootschappen” in INSTITUUT FINANCIËEL RECHT (ed.), *Van alle markten. Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 121-147.

BYTTEBIER, K. en WERA, T. m.m.v. BORGERHOFF, J., DELANOTE, M., GESQUIÈRE, M., JOSEPH, D. en VANSTRAELEN, J., *Ondernemingsrecht*, Brugge, die Keure, 2020, 528 p.

CalLENS, G, CAUTAERS, A., CULOT, H., DE CORDT, Y., DE PIERPONT, G., FLAMENT, T., FOSSEPREZ, E., GOLLIER, J.-M., HANNOUILLE, A. en TISSOT, N., “Chapitre 5 - Responsabilité des administrateurs” in DE CORDT, Y. (ed.) *Société anonyme, 2e édition*, Bruxelles, Larcier, 2021, 337-440.

CAPRASSE, O., “Personne morale administrateur et comité de direction”, *DAOR* 2002, 328-342.

CAPRASSE, O., en LÉONARD, L., “Les principes généraux de la réforme” in AYDOGDU, R., en CAPRASSE, O., (eds.), *Le code des sociétés et des associations. Introduction à la réforme du droit des sociétés*, Luik, Anthemis, 2018, 7-40.

CARRON, V., “Besturen in het algemeen – De feitelijke bestuurder” in VAN OEVELEN, A., ERNST, P., FRANÇOIS, A. en VAN PASSEL, M. (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., II.1-27-II.1-30b.

CAUFFMAN, C., “De tussenkomst van een takelfirma op vraag van de politie: een toepassingsgeval van de zaakwaarneming?” (noot onder Vred. Zelzate 9 december 2004), *TBBR* 2005, 531-534.

CLAEYS, I., *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid. De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent herbekeken*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 713 p.

CLAEYS, S., “De bijstandsverplichting van de franchisegever en het gevaar gekwalificeerd te worden als feitelijke bestuurder (noot onder Brussel 2 juni 2003), *DAOR* 2004, 3-14.

CLAEYS, S., *Franchising: tussen zelfstandigheid en afhankelijkheid: een onevenwichtige samenwerking?*, Brugge, die Keure, 2009, 668 p.

CLESSE, C.-E., “Aux frontières de la fausse indépendance”, *Ors.* 2009, afl. 2, 1-9.

CLESSE, J. en JAMOULLE, M., “Examen de jurisprudence (1978-1981). Contrat de travail”, *RCJB* 1983, 563-676.

CLESSE, J., “Le statut social du dirigeant d’entreprise” in UNIVERSITE DE LIEGE. FACULTE DE DROIT. COMMISSION DROIT ET VIE DES AFFAIRES (ed.), *Dirigeant d’entreprise: un statut complexe aux multiples visages: séminaire organisé à Liège*, jeudi 6 mai 1999, Brussel, Bruylant, 2000, 155-184.

COEN, T., “Breek de stilte: over de aansprakelijkheid van niet zo stille vennoten en de (on)betwistbaarheid van het bestaan van een vennootschapsschuld” (noot onder Gent 3 november 2014), *TRV* 2015, 361-370.

COIBION, A., *Les conventions d'actionnaires en pratique: contraintes juridiques, typologie et application aux opérations de private equity*, Brussel, Larcier, 2010, 185 p.

COIPEL, M., DAVAGLE, M. en SEPULCHRE, V., *ASBL in Rép.Not.*, Brussel, Larcier, 2017, 1270 p.

COLLE, P., “Is de uitbreiding van het vennootschapsfaillissement tot de meester van de zaak juridisch verantwoord?”, *RW* 1982-83, 1697-1718.

COLLE, P., “Kritische bedenkingen nopens een aantal problemen rond artikel 63ter Venn.W., *TBH* 1985, 163-183.

CONSTANT, C., “Livre 19: Les entreprises conjointes ou « joint ventures » – Volume 2” in COIPEL, M. (ed.), *Droit des sociétés commerciales – Troisième édition*, Brussel, Kluwer, 2006, 1109-1162.

COOLS, S., *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2015, 735 p.

CORNELIS, L. en FRANÇOIS, A., “De (restanten van) bestuurdersaansprakelijkheid” in DE WULF, H. en WYCKAERT, M. (eds.), *Het WVV doorgelicht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 333-378.

CORNELIS, L. en FRANÇOIS, A., “Les résidus de la responsabilité des administrateurs” in CAPRASSE, O., CULOT, H. en DIEUX, X. (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, 251-295.

CORNELIS, L., “De aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in groepsverband” in BIRON, H. en DAUW, C. (eds.), *Aspecten van Ondernemingsgroepen*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 109-193.

CORNELIS, L., *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 997 p.

COX, K., “De discretieplicht van de bestuurder van de naamloze vennootschap”, *RPS* 2013, afl. 2, 163-223.

CULOT, H., “Questions choisies sur la gouvernance de la SA et de la SRL” in AYDOGDU, R., CAPRASSE, O., CULOT, H., DELCORDE, J-A., LAMBRECHT, P., NAVEZ, E.-J., SIMONART, V., TILQUIN, T. en WILLERMAIN, D. (eds.), *La gouvernance des sociétés au 21e siècle*, Limal, Anthemis, 2020, 121-146.

CULOT, H., en VAN GERVEN, D., “Kroniek Vennootschapsrecht 2019-2020”, *TRV-RPS* 2020, 708-741.

DAMBRE, M., *Bijzondere overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2018, 596 p.

DAVAGLE, M., “La responsabilité des administrateurs de fait”, *BJS* 2022, afl. 694, 14.

DAVAGLE, M., “Statut et responsabilités des membres et des dirigeants d’A(I)SBL” in GILSON, S. en BEDORET, C. (eds.), *Le statut des associés et mandataires de sociétés et associations*, Limal, Anthemis, 2021, 231-252.

DAVAIN, J.L. en ECTORS, D., “Le dirigeant d’entreprise: un flou artistique?”, *RGF* 2004, alf. 5, 16-24.

DE BACKER, J.-M. en RALET, O., *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Duculot, 1984, 229 p.

DE CORDT, Y. en DELVAUX, M.-A., “Chapitre 1. La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier” in DE CORDT, Y. en PHILIPPE, D. (eds.), *La responsabilité des dirigeants de personnes morales*, Brussel, die Keure, 2007, 1-85.

DE DIER, S. en VAN WYNSBERGHE, T., *Bestuurdersaansprakelijkheid bij dreigende insolventie: capita selecta*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 58 p.

DE DIER, S. en VANANROYE, J., “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV”, *Working Paper No. 2021/1*, elektronisch beschikbaar via <https://ssrn.com/abstract=>, 40 p.

DE DIER, S. en VANANROYE, J., “Aansprakelijkheid van bestuurders in het WVV” in COOLS, S. (ed.), *Lessen na twee jaar WVV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2022, 399-454.

DE DIER, S., “Pauliaanse vordering en nietigheidsvordering tegen vennootschapsbesluiten met externe werking: aan elkaar gewaagd”, *TPR* 2016, 1237-1300.

DE GEYTER, S., “Aansprakelijkheid passieve bestuurders” (Gent 10 november 2008), *NJW* 2009, 822.

DE GEYTER, S., “Bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TIBR* 2019, afl. 2, 1-14.

DE GEYTER, S., “Bestuurdersaansprakelijkheid voor en na faillissement” in DEPARTEMENT PERMANENTE VORMING VAN DE ORDE VAN ADVOCATEN VAN DE BALIE VAN KORTRIJK

(ed.), *De vennootschap in de verschillende takken van het recht: vormingsprogramma 2012*, Gent, Larcier, 2013, 57-79.

DE GEYTER, S., “De toezichtstaak van de raad van bestuur”, *TPR* 2012, 1175-1221.

DE GEYTER, S., “Feitelijke bestuurders worden op het vlak van aansprakelijkheid gelijkgeschakeld met bestuurders. Maar toch niet helemaal” (noot onder Antwerpen 23 maart 2017), *TRV-RPS* 2018, 888-893.

DE GEYTER, S., “Gevolgen van bevoegdheidsdelegatie en taakverdeling voor de aansprakelijkheid van bestuurders” in DE GEYTER, S., DE POORTER, I. en LEROUX, E. (eds.), *Delegatie en taakverdeling in de NV*, Brussel, Larcier, 2016, 219-239.

DE GEYTER, S., *Organisatieaansprakelijkheid: bestuurdersaansprakelijkheid, corporate governance en risicomangement*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 531 p.

DE GEYTER, S., DE POORTER, I. en LEROUX, E., *Bestuur in de NV*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 268 p.

DE GROOT, M., *Overheidstoezicht op private rechtspersonen belast met taken van openbare dienst*, Brugge, die Keure, 2018, 583 p.

DE GROOTE, B., BRULOOT, D. en DE CORTE, R., *Privaatrecht in hoofdlijnen volume 2 (14e editie)*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 446 p.

DE KOSTER, T., WYNANT, L. en SOENS, P., “Kapitaal en Budget – Kapitaal tijdens de werking van de vennootschap – De aansprakelijkheid van (feitelijke) bestuurders op grond van een kennelijk grove fout” in VAN OEVELEN, A., ERNST, P. en FRANÇOIS, A. (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2021, losbl., II.2-3-II.2-14t.

DE LEO, F., *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 1140 p.

DE MAREZ, D. en STRAGIER, C., *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, 402 p.

DE NAUW, A. en DERUYCK, F., *Overzicht van het Belgisch algemeen strafrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 221 p.

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Bruxelles, Bruylant, 1964, 1196 p.

DE POORTER, I., *Controle van financiële verslaggeving: revisoraal en overheidstoezicht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 572 p.

DE SOMER, S., “Hoofdstuk IV. ‘Mind the gap!’: besturen op afstand van het politieke gezag door middel van verzelfstandiging” in DE SOMER, S. (ed.), *Bestuursorganisatierecht*, Brugge, die Keure, 2020, 157-213.

DE WOLF, P., “La (nouvelle) révision du régime de responsabilité des administrateurs par le Code des sociétés et des associations” in BOSSARD, P. (ed.), *Le Code des sociétés et des associations: contentieux et pratique*, Limal, Anthemis, 2019, 9-28.

DE WOLF, P., “La responsabilité des administrateurs ou la recherche de l’impossible équilibre”, *TAA* 2019, afl. 63, 25-35.

DE WULF, H. en DE POORTER, I., “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen” in VLAAMSE CONFERENTIE DER BALIE VAN GENT (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, 195-283.

DE WULF, H. en WYCKAERT, M., “Governance onder het WVV: bestuur, algemene vergadering en related party transactions” in DE WULF, H. en WYCKAERT, M. (eds.), *Het WVV doorgelicht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 175-248.

DE WULF, H., “Concernrechtelijke aansprakelijkheid” in VAN OEVELEN, A., ERNST, P., FRANÇOIS, A. en VAN PASSEL, M. (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2002, losbl., III.5-1-III.5-54.

DE WULF, H., “De wet corporate governance en het bestuur: directiecomité en intra-groepsverrichtingen” in TISON, M., VAN ACKER, C. en CERFONTAINE, J. (eds.), *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, Vol. I, Antwerpen, Intersentia, 2002, 197-258.

DE WULF, H., “Het voorontwerp van een wetboek van vennootschap en verenigingen: een eerste overzicht”, *TAA* 2017, afl. 56, 7-36.

DE WULF, H., “Kornhaas: verduidelijking over de interferentie van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen met insolventierechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsregelen” (noot onder HvJ 10 december 2015), *TBH* 2016, 435-448.

DE WULF, H., *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 910 p.

DEAR, L., “Le statut social du dirigeant d’entreprise”, *JTT* 2013, 373-381.

DEFORCHE, D., “Verhaalbaarheid van interesten op batig saldo na faillissement van vennootschap” (noot onder Cass. 13 oktober 2011), *RW* 2012-13, 699-702.

DEKKERS, R., *Handboek burgerlijk recht*, II, Brussel, Bruylant, 1971-1972, 1019 p.

DELANOTE, J., *De vennootschap & de civiele aansprakelijkheid van haar bestuurders*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 128 p.

DELMOTTE, B., “Behoudt of verliest de raad van bestuur de bevoegdheden die hij heeft verleend aan het directiecomité?”, *TRV* 2004, 219-224.

DELVAUX, M.-A., “Avocat d’une société, quand risquez-vous d’être qualifié de dirigeant de fait” (noot onder KG Kh. Gent 25 september 2018), *JDSC* 2019, 82-83.

DELVAUX, M.-A., “L’action en comblement de passif: qui peut l’introduire? contre qui?” (noot onder Kh. Brussel 3 april 2001), *JDSC* 2004, 262-264.

DELVAUX, M.-A., “Quelques développements relatifs aux responsabilités civile et pénale de l’administrateur personne morale d’une SA, d’une SPRL ou d’une SCRL” in POULLET, Y., WERY, P. en WYNANTS, P. (eds.), *Liber amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, 527-559.

DELVAUX, M.-A., noot onder Gent 8 februari 2001, *JDSC* 2003, 213-215.

DELVOIE, J., “Aansprakelijkheid van rechtspersonen in het ontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid”, *TPR* 2021, afl. 1, 47-64.

DELVOIE, J., *Orgaantheorie in rechtspersonen van privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 590 p.

DERUYCK, F., *De rechtspersoon in het strafrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 308 p.

DESCHRIJVER, D., *Bedrijfsvoorheffing*, Gent, Larcier, 2016, 833 p.

DESMYTTERE, Y. en HELSEN, F., “Commentaar bij art. XX.225 WER” in STEENNOT, R., STUYCK, J., VANHEES, H. en WYMEERSCH, E. (eds.) *Comm.Handel.*, Mechelen, Kluwer, 2018, losbl., 1-14.

DESMYTTRE, Y. en HELSEN, F., “Commentaar bij art. XX.226 WER” in STEENNOT, R., STUYCK, J., VANHEES, H. en WYMEERSCH, E. (eds.) *Comm.Handel.*, Mechelen, Kluwer, 2018, losbl., 1-8.

DESMYTTRE, Y. en HELSEN, F., “Commentaar bij art. XX.227-228 WER” in STEENNOT, R., STUYCK, J., VANHEES, H. en WYMEERSCH, E. (eds.) *Comm.Handel.*, Mechelen, Kluwer, 2018, losbl., 1-9.

DETIENNE, J., *Droit pénal des affaires*, Brussel, De Boeck, 1989, 428 p.

DIEUX, X. en DE CORDT, Y., “Examen de jurisprudence (1991-2005). Les sociétés commerciales. Deel 2”, *RCJB* 2008, 577-657.

DIEUX, X. en DE WOLF, P., “Le nouveau Code des sociétés (et des associations): Capita Selecta”, *JT* 2019, 501-527.

DIEUX, X., “La responsabilité des administrateurs ou gérants d’une personne morale à l’égard des tiers: derniers développements?”, *Rev.not.b.* 2006, 258-282.

DIRIX, E., *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 318 p.

DUMON, Y. en MAUSSION, F., “Propos sur l’extension de la faillite”, *TBH* 1974, 180-210.

ENGELS, C., “Het sociaal statuut van de manager in de managementvennootschap”, *Soc. Kron.* 1992, 353-362.

ENGELS, C., *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1989, 644 p.

ERNST, P. en VAN DEN EYNDEN, L., “De corporate governance-wet verleent aan het directiecomité een wettelijke basis en een flexibel regime” in BRAECKMANS, H. en WYMEERSCH, E. (eds.), *Behoorlijk vennootschapsbestuur. Een analyse van de wet van 2 augustus 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 23-76.

ERNST, P., “Actualia vennootschapsrecht: bestuurdersaansprakelijkheid – Recente evoluties” in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *CBR Jaarboek 2013-2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 79-176.

ERNST, P., “Misbruik van vennootschapsgoederen. Enkele bedenkingen vanuit het vennootschapsrecht bij de introductie van een nieuw misdrijf in het rechtspersonenrecht” in VAN EECKHOUTTE, W. (ed.), *Rechtspersonenrecht. Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 339-392.

F. T'KINT, "L'extension de faillite", *RCJB* 1981, 52-86.

F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen: naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Brugge, die Keure, 2004, 531 p.

FAGNART, J.-L., "La responsabilité des administrateurs de la société anonyme" in FAGNART, J.-L., DIEUX, X. en DALCQ, C. (eds.), *La responsabilité des Associés. Organes et Préposés des Sociétés*, Bruxelles, Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, 1-56.

FAGNART, J.-L., "Livre 24 - La responsabilité des administrateurs de sociétés" in WEYN, C. (ed.), *Responsabilités – Traité Théorique et pratique*, Titre II, Waterloo, Wolters Kluwer, 2014, 1-82.

FOBELETS, H., "La responsabilité des organismes et pouvoirs publics dispensateurs de crédit", *BRH* 1982, 86-109.

FORIERS, P. A., en WYCKAERT, M., "Le projet de Code des sociétés et associations: nouveautés en matière de gouvernance dans les sociétés et les associations – Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen – wat verandert in de 'governance' van vennootschappen en verenigingen?" in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen – Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, 119-147.

FRANÇOIS, A. en HELLEMANS, F., "Shaken, not stirred? Een eerste analyse van de definities, de basisbeginselen en de structuur van het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen" in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen - Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, 15-54.

FRANÇOIS, A., "Tweestrijd omtrent het directiecomité" in SIMONART, H., REMICHE, B. en DE CORDT, Y. (eds.), *Liber amicorum Jacques Malherbe*, Brussel, Bruylant, 2006, 433-467.

FRANÇOIS, A., FASTENAEKELS, J., VAN DE GEHUCHTE, T., BYTTEBIER, K. en VANDENBEMPT, L., "Omgaan met conflicten in vennootschappen: regeling van geschillen is meer dan geschillenregeling" in BYTTEBIER, K., JANSSENS, E., FRANÇOIS, A. en VAN DE GEHUCHTE, T. (eds.), *Omgaan met conflicten in de vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 1-156.

FREDERICQ, L., *Traité de droit commercial belge*, V, Gent, Editions Fechey, 1950, 1139 p.

FYON, M. en MAGNUS, F., “Le traitement des groupes par le Code des sociétés” in DE CORDT, Y. en ANDRÉ-DUMONT, A.-P. (eds.), *Droit des sociétés. Millésime 2011*, Brussel, Larcier, 2011, 361-442.

GEENS, K. en LAGA, H., “Overzicht van rechtspraak (1986-1991). Vennootschappen”, *TPR* 1993, 933-1197.

GEENS, K. en M. WYCKAERT, *Verenigingen en vennootschappen – Deel II. De Vennootschap – A. Algemeen Deel* in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 906 p.

GEENS, K. en VANANROYE, J., “Bestuurdersaansprakelijkheid in NV en BVBA” in GEENS, K. (ed.), *Themis 11 – Vennootschaps- en financieel recht*, Brugge, die Keure, 2002, 5-25.

GEENS, K., DENEFF, M., TAS, R., HELLEMANS, F. en VANANROYE, J., “Overzicht van rechtspraak (1992-1998). Vennootschappen”, *TPR* 2000, 99-538.

GEENS, K., WYCKAERT, M., CLOTTENS, C., PARREIN, F., DE DIER, S. en COOLS, S., “Overzicht van rechtspraak (1999-2010). Vennootschappen”, *TPR* 2012, 73-683.

GEINGER, H., COLLE, P. en VAN BUGGENHOUT, C., “Overzicht van rechtspraak (1975-89). Het faillissement en het gerechtelijk akkoord”, *TPR* 1991, 407-695.

GEINGER, H., VAN BUGGENHOUT, C. en VAN HEUVERSWYN, C., “Overzicht van rechtspraak (1990-95). Het faillissement en het gerechtelijk akkoord”, *TPR* 1996, 909-1140.

GILLARD, B., *Misbruik van vennootschapsgoederen*, Gent, Larcier, 2017, 460 p.

GOEMINNE, A., “Kwijting van bestuurders en zaakvoerders”, *RW* 1995-96, 1001-1021.

GOFFIN, J.-F. en CAUWENBERGH, A., “La responsabilité des dirigeants liée à une poursuite d’activité déficitaire avant ou pendant une réorganisation judiciaire” in ZENNER, A. (ed.), *Le droit de l’insolvabilité: Analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, 645-692.

GOFFIN, J.-F. en CAUWENBERGH, A., “Les nouvelles responsabilités des administrateurs” in DAVAGLE, M. (ed.), *Le nouveau visage des ASBL après le 1er mai 2019*, Limal, Anthemis, 2019, 193-246.

GOFFIN, J.-F. en DE SAUVAGE, G., “La responsabilité civile des dirigeants de société en matière fiscale”, *RGCF* 2008, 355-377.

- GOFFIN, J.-F., *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 612 p.
- GOFFIN, J.-F., *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2004, 505 p.
- GOL, D. en DUVIEUSART, C., “La responsabilité des administrateurs: questions choisies” in PALM, V. (ed.), *Le nouveau droit des sociétés en pratique – Questions choisies*, Limal, Anthemis, 2021, 235-280.
- GOL, D., “Action en comblement du passif et appréciation de la faute” (noot onder Luik 13 januari 2004), *DAOR* 2005, afl. 74, 147-151.
- GOL, D., “L’association face à l’insolvabilité”, *TRV-RPS* 2020, 876-898.
- GOLDSCHMIDT, E., “Aandeelhoudersaansprakelijkheid, feitelijk bestuur en de forfaitaire beperking van bestuurdersaansprakelijkheid in het ontwerp-WVV”, *Corporate Finance Lab*, 24 oktober 2018, <https://corporatefinancelab.org/2018/10/24/aandeelhoudersaansprakelijkheid-feitelijk-bestuur-en-de-forfaitaire-beperking-van-bestuurdersaansprakelijkheid-in-het-ontwerp-wvv/>.
- GOLDSCHMIDT, E., *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 2019, 333 p.
- GRUNDMANN, S. en MÖSLEIN, F., “Golden shares – state control in privatised companies: comparative law, European law and policy aspects”, *Euredia* 2001, 623-676.
- HAELTERMAN, A., “De zaak Boddart-Fittings als toepassing van art. 63ter Venn.W.: de kennelijk grove fouten van de staat”, *Jura Falc.* 1982-83, 373-384.
- HALLEMEESCH, N., *Aandeelhoudersovereenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 337 p.
- HELLEMANS, F. en HULPIAU, P., “Belangenconflicten in hoofde van bestuurders na het WVV: status questionis” in COOLS, S. (ed.), *Lessen na twee jaar WVV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2022, 341-390.
- HELLEMANS, F. en HULPIAU, P., “Verenigingen en stichtingen geïntegreerd in het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen: de structurele en inhoudelijke vernieuwingen doorgelicht” in DE WULF, H. en WYCKAERT, M. (eds.), *Het WVV doorgelicht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 551-605.
- HELLEMANS, F., “De organen van een VZW en hun werking” in DENEFF, M. (ed.), *De VZW*, Brugge, die Keure, 2015, 173-234.

HELLEMANS, F., *De algemene vergadering: een onderzoek naar haar grondslagen, haar bestaansreden en de geldigheid van haar besluiten*, Kalmthout, Biblo, 2000, 814 p.

HELSEN, F., “Aansprakelijkheidsvorderingen tegen bestuurders/zaakvoerders na discontinuïteit” in BRAECKMANS, H., DE TANDT, F., DIRIX, E., VAN CAMP, E. en LYSENS, T. (eds.), *Faillissement & Reorganisatie*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2020, losbl., 9.A-1-9.A.-122.

HOUBEN, R. en SNYERS, A., “De nietigheid van besluiten en bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe recht” in BCV (ed.), *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen - Le projet de Code des sociétés et associations*, Brussel, Larcier, 2018, 211-287.

HOUBEN, R., “Deel 1. Misbruik binnen de onderneming door aandeelhouders en bestuurders” in VAN DE VIJVER, A. en SMET, R. (eds.), *Misbruik binnen de onderneming*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 5-48.

HOUBEN, R., “Het juiste woord: Overdracht versus delegatie van bevoegdheid aan het directiecomité: lost in translation?”, *TRV-RPS* 2016, 636-637.

HOUBEN, R., “Noot onder HvJ 23 oktober 2007”, *RW* 2008-09, 1363-1365.

HOUBEN, R., “Repliek. Belangenconflicten – enkele beschouwingen” in COOLS, S. (ed.), *Lessen na twee jaar WVV*, Roeselare, Roularta Media Group, 2022, 391-397.

HOUBEN, R., “Zwijgrecht en spreekplicht in het vennootschaps- en financieel recht” in ROZIE, J., RUTTEN, S. en VAN OEVELEN, A. (eds.), *Zwijgrecht versus spreekplicht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 201-230.

HUYLEBROEK, B., “Vereffenaar is geen feitelijke zaakvoerder van een failliete vennootschap” (noot onder Kh. Turnhout 10 december 2007), *RABG* 2008, 500-503.

IBR, *Vademecum van de bedrijfsrevisor – Deel 1: Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard, 2009, 711 p.

IBR-IRE, Advies 2021/13 van de Raad van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren, 2021, <https://www.ibr-ire.be/docs/default-source/nl/documents/regelgeving-en-publicaties/rechtsleer/adviezen/2021-13-advies-feitelijke-bestuurder.pdf>, 7 p.

JAFFERALI, R., *La rétroactivité dans le contrat: étude d'une notion fonctionnelle à la lumière du principe constitutionnel d'égalité*, Brussel, Buylant, 2014, 1315 p.

JANSEN, A. en GOL, D., “Responsabilités des dirigeants: actualités et questions choisies en lien avec la comptabilité” in GEORGE, F. en GEORGES, F. (eds.), *Varia en droit de l’insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2022, 217-308.

JANSSENS, E., “Enkele praktische aspecten van de managementovereenkomst” in FELTKAMP, R. en JANSSENS, E. (eds.), *Ondernemingscontracten stap voor stap (2de ed.)*, Brussel, Larcier, 2013, 127-160.

JANSSENS, P. , VERBOVEN, H. en TIBERGHIE, A., *Drie Eeuwen Belgische Belastingen: Van contributies, controleurs en belastingconsulenten*, Brussel, Fiscale Hogeschool, 1990, 432 p.

JASPAR, J.-L. en DE SMETH, A., “La notion de gérant de fait”, *JT* 1984, 645-648.

KEMPENEERS, I., “Kwijting of decharge”, *DAOR* 2001, afl. 57, 25-38.

KRUIHOF, M., “De begrenzing van de bestuurdersaansprakelijkheid (artikel 2:57-58 WVV) getoetst aan het gelijkheidsbeginsel (artikel 10-11 Gw.)” in DE WULF, H. en WYCKAERT, M. (eds.), *Het WVV doorgelicht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 379-445.

KRUIHOF, R., “Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen”, *TPR* 1983, 495-717.

KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, 171-721.

LAGA, H., “De minderheidsvordering en het deskundigenonderzoek” in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *De N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, Kalmthout, Biblo, 1992, 217-250.

LAGA, H., “De vertegenwoordiging van een vennootschap bij de uitoefening van een bestuurdersmandaat”, *TRV* 1993, 313-319.

LAMBRECHT, P., “L’Amendement: Pour une définition légale de la gestion journalière”, *TRV-RPS* 2016, 472-474.

LEGROS, R., “Essai sur l’autonomie du droit pénal”, *Rev.dr.pén.* 1955-56, 143-176.

LEROUX, E., “Delegatie van bevoegdheden door de raad van bestuur in de naamloze vennootschap” in DE GEYTER, S., DE POORTER, I. en LEROUX, E. (eds.), *Delegatie en taakverdeling in de NV*, Brussel, Larcier, 2016, 3-110.

LIEVENS, J., “Artikel 63ter en de aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder” (noot onder Brussel 14 september 1988), *TRV* 1989, 55-56.

LIEVENS, J., en LERUT, S., “Het nieuwe misbruik van vennootschapsgoederen: een Belgisch compromis”, *V&F* 1998, 1-18.

LINDEMANS, G., *Schuldeiser & rechtspersoon*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 596 p.

LOSSY, S., “Misbruik van vennootschapsgoederen” in VANDEPLAS, A., ARNOU, P. en VAN OVERBEKE, S. (eds.), *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2019, losbl., 1-34.

MACOURS, K., “Financiering en gecentraliseerd thesauriebeheer bij vennootschapsgroepen”, *Bank Fin. R.* 2001, afl. 1, 4-16.

MALHERBE, J., DE CORDT, Y., LAMBRECHT, P., MALHERBE, P. en CULOT, H., *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020, 1212 p.

MARESCEAU, K. en JOYE, B., “Het bestuur van vennootschappen in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen” in WYCKAERT, M., ERNST, P., BRULOOT, D., MARESCEAU, K., JOYE, B., PIETTE, C., FRANÇOIS, A., VERHEYDEN, M. en TAS, R. (eds.), *De nieuwe vennootschapswet: VPG studiedag 2018*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018, 83-111.

MARESCEAU, K. en JOYE, B., “Het bestuur van vennootschappen in het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen” in BRAECKMANS, H., GEENS, K. en WYMEERSCH, E. (eds.), *Comm.V.enV.*, Mechelen, Kluwer, 2018, losbl., 83-111.

MARESCEAU, K., “Het (vernieuwde) bestuur in de BV en NV” in BRULOOT, D. (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat – deel 34*, Brugge, die Keure, 2019, 1-35.

MARESCEAU, K., *De Vennootschap & haar nieuwe Wetboek*, Gent, Larcier Legal, 86 p.

MARESCEAU, K., *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen. De effecten van regelgevende competitie op vennootschapsrechtelijk vlak*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 542 p.

MEEUSEN, J., “Het Polbud-arrest van het Hof van Justitie: Europese vennootschapsmobiliteit op nieuwe wegen”, *RW* 2017-18, 602.

MERCHIEERS, Y., “Aansprakelijkheid van bestuurders in N.V. en B.V.B.A.”, *TPR* 1986, 405-431.

MEUNIER, J., “Le nouveau comité de direction des sociétés anonymes. Quelles directions choisir?”, *RPS* 2004, 5-57.

MOERMAN, B., “Toerekening van het vennootschapsfaillissement aan de achterman”, *Jura Falc.* 1979-80, 571-578.

MONTERO, E., DELEU, A. en PUTZ, A., “Les quasi-contrats” in JADOUL, P. en NINANE, Y. (eds.), *Obligations, Traité théorique et pratique*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2016, losbl., II.4.1-1-II.4.3-20.

MONVILLE, P. en VERHOUSTRAETEN, A., “La responsabilité pénale de l’homme de paille: pas de quoi en faire tout un foin?”, *TBH* 2020, 1003-1018.

NAVEZ, E.-J. en NAVEZ, A., *Le code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Bruxelles, Larcier Legal, 2019, 397 p.

NELISSEN GRADE, J.-M., “Het nieuwe directiecomité” in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *Nieuw vennootschapsrecht 2002 Wet Corporate Governance*, Kalmthout, Biblo, 2003, 106-156.

NUDELHOLE, S., “Délégation à la gestion journalière de la société anonyme et contrat d’emploi”, *RCJB* 1981, 503-522.

NUYTS, T., “De bevoegdheidsverdeling binnen de n.v. vanuit het perspectief van de 'voorbehouden bevoegdheden' van de raad van bestuur”, *DAOR* 2006, afl. 79, 227-269.

OPDEBEEK, I., en DE SOMER, S., *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 781 p.

PARMENTIER, C., “La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite”, *TBH* 1986, 741-786.

PATTYN, J., *Aandeelhoudersovereenkomsten: overdrachtsbeperkingen en stemafspraken in een niet-publieke NV*, Gent, Larcier, 2012, 183 p.

PEETERS, B., *Het overheidsondernemen. Een kritiek op het tegen ongewilde discontinuïteit beschermde optreden van de overheid*, Antwerpen, Proefschriften UIA-RECH / Universitaire Instelling Antwerpen. Departement Rechten, 1988, 2 v.

PHILIPPE, D. en KARATAS, I., “Bestuurdersaansprakelijkheid in het licht van het WVV en het WER” in IJB (ed.), *De nieuwe uitdagingen voor de onderneming / L'entreprise face à ses nouveaux défis*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 81-119.

POELMANS, O., “L’affaire des ‘Forges de Clabecq’ et le droit de la faillite” (noot onder Voorz. Kh. Nijvel 3 januari 1997 en Brussel 1 maart 1997), *DAOR* 1997, afl. 43, 69-79.

POTTIER, E. en LEFEVRE, F., “De aansprakelijkheid van de organen”, *TBH* 2018, 1091-1105.

POTTIER, E. en LEFEVRE, F., “La responsabilité des organes” in ANDRE-DUMONT, A.-P. en TILQUIN, T. (eds.), *La société à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 173-199.

POTTIER, E., L’HOMME, T., TU, L.-Y. en VISEUR, G., “Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées”, *TBH* 2018, 1013-1066.

RALET, O., *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 1996, 389 p.

RESTEAU, C., *Traité des sociétés anonymes*, IV, Brussel-Gent, Librairie Judiciaire, 1934, 439 p.

ROELANTS, M., “Het bestuur in de nieuwe NV”, *Balans* 2019, afl. 825, 1-8.

RONSE, J. en LIEVENS, J., “De doorbraakproblematiek” in BIRON, H. (ed.), *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen: verslagen van het colloquium georganiseerd te Brussel op 7 en 8 maart 1985 – Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales: actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 133-189.

RONSE, J., “La responsabilité facultative des administrateurs et gérant en cas de faillite avec insuffisance d’actif”, *RPS* 1979, 292-311.

RONSE, J., “Marginale toetsing in het privaatrecht”, *TPR* 1977, 207-222.

RONSE, J., *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 530 p.

RONSE, J., NELISSEN GRADE, J.-M., VAN HULLE, K., LIEVENS, J. en LAGA, H., “Overzicht van rechtspraak (1978-1985). Vennootschappen. Deel 1”, *TPR* 1986, 859-1023.

RONSE, J., NELISSEN GRADE, J.-M., VAN HULLE, K., LIEVENS, J. en LAGA, H., “Overzicht van rechtspraak (1978-1985). Vennootschappen. Deel 2”, *TPR* 1986, 1231-1459.

RONSE, J., VAN HULLE, K., NELISSEN GRADE, J.-M. en VAN BRUYSTEGEM, B., “Overzicht van rechtspraak (1968-1977). Vennootschappen”, *TPR* 1978, 681-970.

ROODHOOFT, J., “De quasi-contracten” in ROODHOOFT, J. (ed.), *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, losbl., II.5-1-II.5-32.

RUE, G., “Statut et responsabilités des mandataires en droit commercial” in GILSON, S. en BEDORET, C. (eds.), *Le statut des associés et mandataires de sociétés et associations*, Limal, Anthemis, 2021, 183-229.

RUYSSSEVELDT, J., *De gewone commanditaire vennootschap*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 493 p.

SALOMEZ, K., “Koppelbazen in het sociaal strafrecht” in DERUYCK, F. en ROZIE, M. (eds.), *Liber Amicorum Alain de Nauw: het strafrecht bedreven*, Brugge, die Keure, 2011, 771-786.

SAMOY, I., “Zaakwaarneming: de rol en de gevolgen van vertegenwoordiging”, *TBBR* 2007, 3-21.

SCHUTTE-VEENSTRA, J.N., “Gouden aandeel Volkswagen in strijd met art. 56 EG” (noot onder H.v.J. 23 oktober 2007), *Ondernemingsrecht* 2007, 642-647.

SERVAIS, A., “Le cash pooling en droit belge – aspects juridiques et transactionnels”, *RPS* 2014, 325-408.

SIMONART, V., “L’application du droit belge aux sociétés constituées dans un autre état de la communauté et, en particulier, aux Limited”, *RPS* 2008, 111-206.

SIMONART, V., “Le contrat de management. Aspects de droit des obligations et de droit des sociétés”, *TBH* 1991, 1031-1073.

SIMONART, V., “Le contrat de management. Aspects de droit des obligations et de droit des sociétés” in EKELMANS, M., ROMAIN, J.F. en SIMONART, V. (eds.), *Questions d’actualité de droit économique*, Brussel, Bruylant, 1994, 209-265.

SIMONART, V., *Société en nom collectif - Sociétés en commandite. SNC, SCS et SCA* in *RPDB*, Brussel, Bruylant, 2014, 217 p.

SIMONS, E. en VAN TONGELEN, W., “Aansprakelijkheid van aandeelhouders” in VAN OEVELEN, A., ERNST, P., FRANÇOIS, A. en VAN PASSEL, M. (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2007, losbl., I.3-27-I.3-40ac.

SIMONS, E. en VAN TONGELEN, W., “Commentaar bij art. 524bis W.Venn.” in BRAECKMANS, H., GEENS, K., en WYMEERSCH, E. (eds.), *Comm. V.enV.*, Mechelen, Kluwer, 2004, losbl., 1-18.

SNYERS, A., “Standpunt: De (on)beperkte aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder”, *TRV-RPS* 2020, afl. 5, 552-558.

SOENS, P., WYNANT, L. en DE KOSTER, T., “Kapitaal en Budget – Kapitaal tijdens de werking van de vennootschap – De aansprakelijkheid van (feitelijke) bestuurders op grond van een kennelijk grove fout” in VAN OEVELEN, A., ERNST, P., FRANÇOIS, A. en VAN PASSEL, M. (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2016, losbl., II.2-3-II.2-14b.

SOMERS, N., *Dagelijks bestuur in de NV*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 450 p.

SPINNEWYN, H., “Overheidsparticipaties in de marktsector in België”, Federaal Planbureau, februari 2000, elektronisch beschikbaar via <https://www.plan.be/uploaded/documents/200605091448064.PP087nl.pdf>, 76 p.

SPREUTELS, J., “La banqueroute et l’insolvabilité frauduleuse” in SCHUIND, G. en VANDEPLAS, A. (eds.), *Traité pratique de droit criminel*, Brussel, Swinnen, 1991, losbl., 437-440N.

STAUDT, C. en KILESTE, P., “Devoir d’information et de conseil du franchiseur et limite de son pouvoir d’ingérence dans la gestion du franchiseé” (noot onder Bergen 13 januari 2003), *JLMB* 2004, 67-73.

STIJNS, S., *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 706 p.

STIJNS, S., *Verbintenissenrecht*, Boek 1bis, Brugge, die Keure, 2013, 323 p.

STORME, M.E., “Een nieuw verbintenissenrecht: oude wijn in oude zakken”, *Juristenkrant* 2018, afl. 372, 17.

SWENNEN, H., “Bestuur en controle in bedrijven opgericht in het kader van het economisch en industrieel overheidsinitiatief en in ondernemingen waarin door de overheid wordt geparticipeerd” in INTERUNIVERSITAIR CENTRUM VOOR STAATSRECHT (ed.), *Les nouveaux modes d’intervention des pouvoirs publics dans l’entreprise – De nieuwe vormen van overheidstussenkomst in de onderneming*, Bruxelles, Bruylant, 1988, 121-196.

T’KINT, P., “L’application du livre XX du Code de droit économique aux associations” in ALTER, C. (ed.), *Le nouveau livre XX du code de droit économique consacré à l’insolvabilité des entreprises*, Brussel, Larcier, 2018, 47-67.

TAS, R., “Standpunt - Een bestuurder is niet meer aansprakelijk voor fouten na zijn (niet-gepubliceerd) ontslag”, *TRV* 2014, 138-146.

TAS, R., *Winstuitkering, kapitaalvermindering - en verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, 684 p.

TIJS, R., *Algemeen bestuursrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 476 p.

TILLEMANS, B. en DEWAELE, K., “Optreden in rechte van de rechtspersoon onder het Wetboek Vennootschappen en Verenigingen” in JAFFERALI, J., VAN DEN HAUTE, E. en FORIERS, P. (eds.), *Entre tradition et pragmatisme. Liber amicorum Paul Alain Foriers*, Bruxelles, Larcier, 2021, 1401-1470.

TILLEMANS, B. en TRAEST, P., “Misbruik van vennootschapsgoederen” in BRAECKMANS, H., COUSY, H., DIRIX, E., TILLEMANS, B. en VANMEENEN, M. (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 941-996.

TILLEMANS, B. en VAN DAMME, N., “Externe bestuurdersaansprakelijkheid tegenover de fiscus en de RSZ bij faillissement van de onderneming die geen natuurlijke persoon is” in STORME, M.E., TILLEMANS, B., VANANROYE, J., VANMEENEN, M. en HOUBEN, R. (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen V*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 217-375.

TILLEMANS, B. en VAN DAMME, N., “Externe bestuurdersaansprakelijkheid wegens fiscale en sociale schulden bij faillissement” in BRAECKMANS, H., STORME, M.E., TILLEMANS, B., VANANROYE, J. en VANMEENEN, M. (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen IV*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 241-354.

TILLEMANS, B., *Bestuur van vennootschappen: statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 806 p.

TILLEMANS, B., *Lastgeving in APR*, Gent, E.Story-Scientia, 1997, 396 p.

TILQUIN, T. en SIMONART, V., *Traité des sociétés*, I, Diegem, Kluwer, 1996, 939 p.

TILQUIN, T. en SIMONART, V., *Traité des sociétés*, II, Diegem, Kluwer, 1997, 399 p.

- TIMP, J., “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, 195-210.
- TRAEST, P., “Misdrifven die verband houden met de staat van faillissement” in BRAECKMANS, H., DE TANDT, F., DIRIX, E., VAN CAMP, E. en LYSSENS, T. (eds.), *Faillissement & Reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl., VIII.A.10-1-VIII.A.10-43.
- VAEL, L., “Altruïsme tot recht gekomen”, *TPR* 1999, 79-114.
- VAN BOVEN, R., “De individuele onderzoeks- en controlebevoegdheid van vennoten” in DE BEELDE, I., CHRISTIAENS, J., EVERAERT, P. en PODEVIJN, S. (eds.), *Liber Amicorum Erik De Lembre. Accountancy tussen onderzoek en praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, 261-283.
- VAN BOVEN, R., “De stichting” in DENEFF, M., DE LEENHEER, J., DESCHRIJVER, D., HELLEMANS, F., KILESSE, A., SERVAIS, J-L., STEMPIERWSKY, Y., TAS, R., TILLEMANS, B., VAN BOVEN, R., WAÛTERS, B. en WAUTERS, M. (eds.), *VZW en stichting*, Brugge, die Keure, 2005, 535-616.
- VAN BRUYSTEGEM, B., “De vennootschap van de multinationale onderneming, *RW* 1979-80, 2277-2294.
- VAN CROMBRUGGE, S., *De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1984, 547 p.
- VAN CROMBRUGGE, S., *Ondernemingscoöperatie. De nationale en internationale aspecten van samenwerkingsovereenkomsten*, Deurne, Kluwer, 1994, 133 p.
- VAN DE MIEROP, I., “Werkwijze van de curator: opstart, beheer faillissement, sluiting” in BRAECKMANS, H., STORME, M.E., TILLEMANS, B., VANANROYE, J. en VANMEENEN, M. (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen IV*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 81-109.
- VAN DEN LANGENBERGH, K., *Schijnzelfstandigen of oneigenlijke werknemers. Het moeilijke onderscheid tussen zelfstandige arbeid en arbeid in ondergeschikt verband*, Brussel, Federaal Ministerie voor Tewerkstelling en Arbeid, 2000, 268 p.
- VAN EECKHOUTTE, W., *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht met fiscale notities. 2018-2019*, Mechelen, Kluwer, 2018, 3317 p.

VAN EETVELDE, J. en DE DIER, S., “Rechten en remedies van schuldeisers bij vereffeningbeheer dat te wensen overlaat”, *In foro* 2021, afl. 71, 6-15.

VAN GARSSE, S. en VERSCHAVE, A., “Het Bestuursdecreet en de Vlaamse Overheid – Focus op Corporate Governance” in VAN GARSSE, S., HENNEAU, S. en FRANSEN, D. (eds.), *Het Bestuursdecreet in perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 255-277.

VAN GERVEN, D., “Aansprakelijkheidsvordering tegen feitelijke bestuurders” (noot onder Gent 20 oktober 2008), *TRV* 2013, 174-175.

VAN GERVEN, D., “De bevoegdheden van het directiecomité in de naamloze vennootschap in de verhouding tot de raad van bestuur”, *TRV* 2004, 22-27.

VAN GERVEN, D., “De coöperatieve vennootschap, de erkende vennootschappen, de feitelijke vereniging, de VZW, de IVZW en de stichtingen”, *TBH* 2018, 1067-1086.

VAN GERVEN, D., “Gevolgen van het besturen van een Comm.V.” (noot onder Gent 20 februari 2012)”, *TRV* 2014, 77-78.

VAN GERVEN, D., “Kroniek Vennootschapsrecht 2007-2008”, *TRV* 2008, 463-512.

VAN GERVEN, D., “Kroniek vennootschapsrecht 2011-2012”, *TRV* 2012, 563-626.

VAN GERVEN, D., “Kroniek Vennootschapsrecht 2012-2013”, *TRV* 2013, 553-617.

VAN GERVEN, D., *Handboek Stichtingen: de private stichting, de stichting als administratiekantoor, de stichting van openbaar nut en de buitenlandse stichting*, Kalmthout, Biblo, 2004, 442 p.

VAN GERVEN, D., *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2020, 1545 p.

VAN GERVEN, D., *Handboek vennootschappen: algemeen deel*, Brussel, Larcier, 2016, 1300 p.

VAN GERVEN, W. en VAN OEVELEN, A., *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 728 p.

VAN GERVEN, W., “Variaties op het thema misbruik”, *RW* 1979-80, 2467-2500.

VAN GERVEN, W., *Beginselen van Belgisch privaatrecht: algemeen deel*, Brussel, E.Story-Scientia, 1987, 519 p.

VAN LAERE, D., “De invoering van de nieuwe categorie bezoldigingen van bedrijfsleiders en haar fiscale implicaties” in MAECKELBERGH, W. en CARLIER, P. (eds.), *Fiscaal praktijkboek '97 – '98: directe belastingen*, Diegem, CED Samsom, 1997, 35-82.

VAN OEVELEN, A., “Commentaar bij art. 198 § 1 W. Venn. (oud art. 194 Venn. W.)” in BRAECKMANS, H., GEENS, K. en WYMEERSCH, E. (eds.), *Comm.V.en V.*, Mechelen, Kluwer, 2000, losbl., 1-13.

VAN OMMESLAGHE, P. en DIEUX, X., “Examen de jurisprudence (1979-1990). Les sociétés commerciales. Deel 2”, *RCJB* 1993, 639-824.

VAN OMMESLAGHE, P. en SIMONT, L., “La notion de l’organe statutaire et la répartition des pouvoirs par le conseil d’administration des sociétés anonymes” (noot onder Cass. 17 mei 1962), *RCJB* 1964, 74-103.

VAN OMMESLAGHE, P., “La responsabilité du banquier dispensateur de crédit en droit belge”, *Rev.banque* 1979, cahier 1, 5-76.

VAN OMMESLAGHE, P., *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 2965 p.

VAN RYN, J. en DIEUX, X., “La responsabilité des administrateurs ou gérants d’une personne morale à l’égard des tiers”, *JT* 1988, 401-404.

VAN RYN, J. en VAN OMMESLAGHE, P., “Examen de jurisprudence (1966-1971). Les sociétés commerciales”, *RCJB* 1973, 315-419.

VANANROYE, J. en LINDEMANS, G., “Schuldeisersbescherming tegen misbruik van rechtspersonen: het insolventierecht geeft en het vennootschapsrecht neemt”, *DAOR* 2017, afl. 123, 4-18.

VANANROYE, J. en VERHEYDEN, R., “De insolventieprocedures in het nieuwe boek XX WER” in STORME, M.E. (ed.), *Themis 107 - Insolventie- en beslagrecht*, Brugge, die Keure, 2018, 13-43.

VANANROYE, J. m.m.v. ROODHOOFT, O., “Toerekening aan rechtspersonen en aansprakelijkheid van uitvoeringsagenten in het ontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid”, *TPR* 2021, afl. 1, 177-214.

VANANROYE, J., “Aansprakelijkheid en insolventierecht: delven in de rijke groeve” in SAGAERT, V. (ed.), *Vraagpunten op de grens van insolventierecht, goederenrecht en verbintenissenrecht: opstellen opgedragen aan Prof. dr. Eric Dirix*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 177-206.

VANANROYE, J., “De bekrachtiging van eenzijdige vertegenwoordigingshandelingen, in het bijzonder van de actio mandati ingesteld zonder beslissing van de AV” (noot onder Cass. 25 september 2003), *TRV* 2004, 37-50.

VANANROYE, J., “De onderneming in formele en in functionele zin” in VAN GERVEN, D. en VANANROYE, J. (eds.), *Leerstukken ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 1-44.

VANANROYE, J., “De private stichting naar komend recht” in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999*, Kalmthout, Biblo, 2002, 169-205.

VANANROYE, J., “De voorgestelde ‘cap’ op bestuursaansprakelijkheid: enkele in het oog springende discriminaties”, *Corporate Finance Lab*, 4 oktober 2018, <https://corporatefinancelab.org/2018/10/04/de-voorgestelde-cap-op-bestuursaansprakelijkheid-enkele-in-het-oog-springende-discriminaties/>.

VANANROYE, J., “Enkele evoluties inzake bestuurdersaansprakelijkheid” in GEENS, K. (ed.), *Themis 29 – Vennootschaps- en financieel recht*, Brugge, die Keure, 2005, 77-100.

VANANROYE, J., “Het personeel toepassingsgebied van de insolventieprocedures in Boek XX WER” in STORME, M.E., TILLEMANS, B., VANANROYE, J., VANMEENEN, M. en HOUBEN, R. (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen V*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 29-51.

VANANROYE, J., “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, *TPR* 2004, 753-793.

VANANROYE, J., “Voorlopig bewind: onbevoegdheid van de gewone organen of onbekwaamheid van de rechtspersoon? Een kritische kanttekening bij de toepassing door het arrest van het Hof van Cassatie van 4 november 2004 van de principes van organieke vertegenwoordiging in rechte”, *TRV* 2005, 8-26.

VANANROYE, J., “Zorgt het ontwerp van nieuw BW voor een spectaculaire verzwaring van de externe bestuursaansprakelijkheid?”, *Corporate Finance Lab*, 30 mei 2018, <https://corporatefinancelab.org/2018/05/30/zorgt-het-ontwerp-van-nieuw-bw-voor-een-spectaculaire-verzwaring-van-de-externe-bestuursaansprakelijkheid/>.

VANANROYE, J., LINDEMANS, G. en VERHEYDEN, R., “Vorderingen tot reconstructie van de boedel: (bestuurders)aansprakelijkheid en actio pauliana in BREACKMANS, H., STORME, M.E., TILLEMANS, B., VANANROYE, J., en VANMEENEN, M., (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen IV*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 111-156.

VANDENBERGHE, T., *De Vennootschap & de aansprakelijkheid van haar bestuurders bij insolventie*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 152 p.

VANDEBOGAERDE, M., *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 209 p.

VANMEENEN, M. en VAN DE PLAS, I., “Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd?”, *TBH* 2018, 207-223.

VANMUYSEN, I., “Uitbreiding van faillissementen: Recht en werkelijkheid”, *Limb.Rechtsl.* 1984, 199-216.

VANNES, V., “Le lien de subordination sous le regard de l’autorité démembrée” in ORDRE DES AVOCATS DU BARREAU DE TOURNAI (ed.), *Le lien de subordination: actes du colloque organisé le 19 mars 2004 par l’Ordre des avocats du barreau de Tournai et le Jeune barreau de Tournai*, Brussel, Kluwer, 2004, 39-86.

VANSWEEVELT, T. en WEYTS, B., “Hoofdstuk X. De rechtsfeiten” in VANSWEEVELT, T. en WEYTS, B. (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 675-724.

VANSWEEVELT, T. en WEYTS, B., *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 935 p.

VERHAERT, J., “De voorlopig bewindvoerder” in VAN OEVELEN, A., ERNST, P., FRANÇOIS, A. en VAN PASSEL, M. (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2017, losbl., II.1-35-II.1-52aj.

VERHEYDEN, R., “De vordering wegens kennelijk grove fout en de individuele schuldeiser” (noot onder Antwerpen 15 juni 2017), *TRV-RPS* 2018, 553-560.

VEROUGSTRAETE, I., DE WOLF, M., LEBEAU, J.-PH., RENARD, J.P., BIHAIN, L., DAVID, W., GODFROID, Y., INGHELIS, B., JACMAIN, S., LEMAL, M., PARREIN, F. en SWARTENBROEKX, M.-A., *Manuel de l’insolvabilité de l’entreprise*, Liège, Wolters Kluwer, 2019, 1636 p.

VINCKE, J., *L’administrateur de SRL. Questions – Réponses*, Limal, Anthemis, 2019, 142 p.

WAETERINCKX, P., “Strafrechtelijke verantwoordelijkheid” in VAN OEVELEN, A., ERNST, P., FRANÇOIS, A. en VAN PASSEL, M., (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2007, losbl., II.1-26bc-II.1-26dt.

WAETERINCKX, P., en VAN HERPE, R., “De wettelijke regeling i.v.m. de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon ontdoet zich na 19 jaar van twee groeipijnen”, *NC* 2018, 541-560.

WAUTERS, M., “Aansprakelijkheid” in DENEFF, M. (ed.), *De VZW*, Brugge, die Keure, 2015, 381-417.

WAUWERMANS, P., *Manuel pratique des sociétés anonymes*, Brussel, Bruylant, 1933, 916 p.

WÉRY, P., “Le caractère ‘volontaire’ de la gestion d’affaires et des quasi-contrats” (noot onder Cass. 6 januari 2005), *RCJB* 2007, 181-238.

WÉRY, P., *Droit des contrats: Le mandat*, Brussel, Larcier, 2000, 341 p.

WÉRY, P., *Le mandat in Rép.Not.*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 370 p.

WILLERMAIN, D., “L’administration de la société à responsabilité limitée” in ANDRE-DUMONT, A.-P. en TILQUIN, T. (eds.), *La société à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier Legal, 2019, 113-146.

WILLERMAIN, D., “La société à responsabilité limitée: au-delà de la suppression du capital”, *TBH* 2018, 984-1012.

WILLERMAIN, D., “Les pouvoirs des dirigeants d’entreprises, spécialement des administrateurs de sociétés anonymes: état des lieux et réflexions” in DE CORDT, Y. (ed.), *Le statut du dirigeant d’entreprise*, Brussel, Larcier, 2009, 123-174.

WILLERMAIN, D., MESSINNE, F. en COLLARD, G., “La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions” in CAPRASSE, O., CULOT, H. en DIEUX, X. (eds.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, 183-249.

WINDEY, B., “Over “weggemaakte gelden”, feitelijke zaakvoerders en het vorderingsrecht van de curatoren (noot onder Antwerpen 10 september 2004), *Limb.Rechtsl.* 2005, 47-51.

WYCKAERT, M. en ALPER, D., “Faillissementsaansprakelijkheid van bestuurders en feitelijke bestuurders. Oude wijn in nieuwe zakken of 'something old, something new?’” in VAN GERVEN, D. en VANANROYE, J. (eds.), *Leerstukken ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 189-226.

WYCKAERT, M. en FORIERS, R., “Bestuurdersaansprakelijkheid in vennootschappen: een veldonderzoek” in COOLS, S. (ed.), *Themis 117 – Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2021, 1-29.

WYCKAERT, M. en PARREIN, F., “Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid?” in GEENS, K. (ed.), *Vennootschaps- en Financieel recht*, Brugge, die Keure, 2011, 1-36.

WYCKAERT, M., “Besturen onder het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen (WVV): wat verandert voor bestuurders van rechtspersonen?” in VRG-ALUMNI (ed.), *Recht in beweging – 26ste VRG-Alumnidag 2019*, Oud-Turnhout, Gompel & Svacina, 2019, 169-189.

WYCKAERT, M., “De conventionele bescherming van de minderheidsaandeelhouder in de naamloze vennootschap”, *TRV* 1988, extra afl., V-1-V-72.

WYCKAERT, M., “Het directiecomité: de dubbelzinnigheid voorbij” in BUYSSENS, F., GEENS, K., LAGA, H., TILLEMANN, B. en VERBEKE, A.-L. (eds.), *Vennootschapsrechtelijke clausules voor het notariaat: liber amicorum Prof. Dr. Luc Weyts*, Gent, Larcier, 2012, 513-528.

WYMEERSCH, E., “Enkele technieken van concernrechtelijke aansprakelijkheid” in *Liber amicorum Frédéric Dumon*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1983, 313-338.

WYMEERSCH, E., *The law of groups of companies according to Belgian law*, WP 2017-03, Gent, Financial Law Institute Universiteit Gent, 2017, 17 p.

ZENNER, A., *Dépistage, faillites et concordats*, Brussel, Larcier, 1998, 1184 p.

ZENNER, A., *Traité du droit de l’insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, 1877 p.

FRANKRIJK

ANSAULT, J.-J., “La notion de dirigeant de fait n’a rien d’un sésame”, *Bull. Joly Sociétés* 2016, 230-232.

CANNU, P. en ROBINE, D., *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, Éditions Dalloz, 2020, 965 p.

CHAMPAUD, C. en DANET, D., noot onder Paris 17 oktober 1991, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* 1992, afl. 17, 292.

CHARÉVIAT, A., DONDERO, B., SÉBIRE, M.-É en GILBERT, F., *Méméto pratique – Sociétés Commerciales 2022*, Levallois-Perret, Éditions Francis Lefebvre, 2021, 1900 p.

CHARÉVIAT, A., SÉBIRE, M.-É, COURET, A. en ZABALA, B., *Méméto pratique – Sociétés Commerciales (50e édition)*, Levallois-Perret, Éditions Francis Lefebvre, 2019, 1790 p.

COUPET, C., “Négation de l'action ut singuli contre le dirigeant de fait: entre consolation et déception” (noot onder Cass. (com.) fr. 29 maart 2017), *Bull. Joly Sociétés* 2017, 521-525.

COZIAN, M., VIANDIER, A. en DEBOISSY, F., *Droit des sociétés*, Paris, LexisNexis, 2019, 938 p.

COZIAN, M., VIANDIER, A. en DEBOISSY, F., *Manuel de Droit des sociétés*, Paris, LexisNexis, 2011, 853 p.

DEDESSUS-LE-MOUSTIER, N., “La responsabilité du dirigeant de fait”, *Rev. Sociétés* 1997, 499-521.

DELATTRE, C., “La place de l’aveu dans la détermination de la gérance de fait” (noot onder Paris 23 februari 2012), *Rev. proc. coll.* 2012, afl. 4, 1-2.

DELATTRE, C., “La qualité de dirigeant de fait doit être établie par des fait précis” (noot onder Douai 3 november 2005), *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* 2006, 1406, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>.

DONDERO, B., *Droit des sociétés*, Paris, Éditions Dalloz, 2017, 669 p.

GERMAIN, M., “Administration, direction et contrôle de la société anonyme” in *JCl. Société Traité*, Fasc. 132-10 (18 juni 2019), elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>.

GIBIRILA, D., *Responsabilité civile des dirigeant de sociétés*, Levallois, Éditions Francis Lefebvre, 2019, 386 p.

GIMALAC, L., “Le contrat d’intégration révélé par les actions en comblement et en extension du passif”, *RTD Com* 1999, 601-628.

GODON, L., “Relégation de l’administrateur provisoire d’origine statutaire et refus de l’action sociale *ut singuli* contre un dirigeant de fait” (noot onder Cass. (com.) fr. 29 maart 2017), *Rev. sociétés* 2017, 565-569.

GUYON, Y. en BUCHBERGER, M., “Administration – Responsabilité civile des dirigeants” in *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fasc. 132-10 (7 juni 2017), elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>.

HEINICH, J., “Action *ut singuli* à l’encontre d’un dirigeant de fait: un espoir?” (noot onder Cass. (com.) fr. 29 maart 2017), *Dr. Sociétés* 2017, comm. 101, 56, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>.

HEINICH, J., “Les dirigeants de fait: du neuf dans de l’ancien”, *RJCom.* 2018, afl. 5, 1-11.

HEINICH, J. en WATRIN, L., “Le dirigeant de fait” in *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fasc. 45-20 (6 mei 2019), elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>.

HEINICH, J., WATRIN, L., AYACHE, M. en ZAGDOUN, B., “Le dirigeant de fait”, *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2019, afl. 166, 3-16.

JACQUEMONT, A., VABRES, R. en MASTRULLO, T., *Droit des entreprises en difficulté (10e édition)*, Paris, LexisNexis, 2017, 832 p.

JAZOTTES, G., “Interdiction faite au directeur salarié d’une association de se porter acquéreur de ses biens en raison de sa qualité de dirigeant de fait” (noot onder Cass. (com.) fr. 8 januari 2020), *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* 2020, nr. 27, 1262, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>.

LE NABASQUE, H., noot onder Paris 17 oktober 1991, *Dr. sociétés* 1992, afl. 3, 11.

LEGROS, J.-P., “Dirigent de fait” (noot onder Cass. (com.) fr. 24 januari 2018, nr. 16-23.649), *Dr. sociétés* 2018, afl. 10, comm. 126, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>.

LEGROS, J.-P., “Dirigent de fait” (noot onder Grenoble 2 februari 2012), *Dr. sociétés* 2013, comm. 126, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>.

MALAURIE, P., AYNES, L. en STOFFEL-MUNCK, P., *Droit des obligations (8e éd.)*, Paris, LGDJ, 2016, 897 p.

MARAUD, O., *Les associés dans le droit des entreprises en difficulté*, Paris, LGDJ, 2021, 686 p.

NOTTE, G., “La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives”, *JCP CI* 1980, 77-78, 8560.

NOTTE, G., noot onder Cass. (com.) fr. 6 oktober 1981, *JCP* 1982, II, 51, nr. 19891.

NZE NDONG DIT MBELE, J.-R., *Le dirigeant de fait en droit privé français*, Université Nancy 2, 2008, 403 p.

PEREZ, J. M. en MAZERON, F., “Dangers de la qualification de dirigeant de fait pour les acteurs du Private Equity”, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* 2012, afl. 44-45, 1653, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>.

RANDOUX, C., noot onder Cass. (com.) fr. 25 oktober 1977, *RSJS* 1978, 294.

REINHARD, Y. en BON-GARCIN, I., “Les dirigeants de fait doivent-ils être assimilés aux dirigeants de droit?” (noot onder Cass. (com.) fr. 21 maart 1995), *JCP* 1996, II, 22603, elektronisch beschikbaar via <https://www.lexis360.fr/>.

RIVES-LANGE, J.-L., “La notion de dirigeant de fait au sens de l’article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens”, *Recueil Dalloz Sirey* 1975, 8e cahier, 41-44.

ROUSSEL GALLE, P., “La responsabilité civile du dirigeant de la société en difficulté in DEXANT-DE-BAILLIENCOURT, O. en LAPEROU-SCHENEIDER, B. (eds.), *Les responsabilités du dirigeant de société. Regards croisés de droit civil et de droit pénal*, Paris, Éditions Dalloz, 2018, 85-94.

SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit des entreprises en difficulté*, Issy-les-Moulineaux Cedex, LGDJ, 2018, 1059 p.

SAINTOURENS, B., noot onder Cass. (com.) fr. 21 maart 1995, *Rev. sociétés* 1995, 502-504.

SOINNE, B., noot onder Cass. (com.) fr. 6 oktober 1981, *D.* 1983, 133-135.

STOUFFLET, J., noot onder Nancy 15 december 1977, *JCP* 1978, II, nr. 18912.

TRICOT, D., “Les critères de la gestion de fait”, *Droit et patr.* 1996, 24-28.

VINEY, G. en JOURDAIN, P., *Traité de droit civil – Les conditions de la responsabilité civile (3e édition)*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2006, 1397 p.

VERENIGD KONINKRIJK

AHERN, D. en BIRDS, J. R., “Part IV. Directors and Management” in BOYLE, A.J. (ed.), *Gore-Brown on companies*, Bristol, Jordans, 2019, losbl.

ARNOLD, M., “Chapter 10: General Duties of Directors” in MORTIMORE, S. (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 237-258.

BARBER, M., “Boxing shadows: Secretary of State for Trade and Industry v Deverell and limits on the definition of shadow directors”, 27 juni 2011, 12 p., elektronisch beschikbaar via <https://ssrn.com/abstract=1873168>.

BIRDS, J., ATTENBOROUGH, D., LEISER, M., SOLINAS, M., VARNEY, M. en BENG, Z. Z., *Boyle & Birds' Company Law*, London, LexisNexis, 2019, 922 p.

BOWMER, M., *Shadow directors*, februari 2019, 20 p., elektronisch beschikbaar via <https://www.4newsquare.com/wp-content/uploads/2019/09/Shadow-Directors-by-Michael-Bowmer.pdf>.

BRUCE, M., *Tolley's Rights and Duties of Directors*, Edinburgh, LexisNexis, 2003, 556 p.

DAVIES, P. L. en PRENTICE, D.D., *Gowers principles of modern company law*, London, Sweet & Maxwell, 1997, 867 p.

DE LACY, J., “The concept of a company director: time for a new and unified expanded statutory concept”, *Journal of Business Law* 2006, 267-299.

DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION & SKILLS, *Discussion Paper Transparency & Trust: Enhancing the Transparency of UK Company Ownership and Increasing Trust in UK Business*, juli 2013, 89 p., elektronisch beschikbaar via <https://www.gov.uk/government/consultations/company-ownership-transparency-and-trust-discussion-paper>.

DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION & SKILLS, *Final Stage Impact Assessments to Part A of the Transparency and Trust Proposals (Companies Transparency)*, 2014, 234 p., elektronisch beschikbaar via <https://www.gov.uk/government/publications/company-ownership-transparency-and-trust-impact-assessments>.

DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION & SKILLS, *Government response Transparency & Trust: Enhancing the Transparency of UK Company Ownership and Increasing Trust in UK Business*, april

2014, 74 p., elektronisch beschikbaar via <https://www.gov.uk/government/consultations/company-ownership-transparency-and-trust-discussion-paper>.

FARRAR, J. H., FUREY, N. E., HANNIGAN, B. M. en WYLIE, P., *Farrar's company law*, London, Butterworth & Co (Publishers) Ltd, 1991, 785 p.

FOXTON, D., "Corporate personality in the Great War", *Law Quarterly Review* 2002, afl. 118, 428-457.

FRENCH, D., *Mayson, French & Ryan on Company Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 784 p.

G8, *Action Plan Principles to prevent the misuse of companies and legal arrangements*, June 2013, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207532/G8-Action-Plan-principles-to-prevent-the-misuse-of-companies-and-legal-arrangements.pdf.

GERNER-BEUERLE, C., PAECH, P. en SCHUSTER, E. P., "Study on Directors' Duties and Liability" (april 2013), 427 p. (elektronisch beschikbaar via <http://eprints.lse.ac.uk/50438/>).

GOODISON, A., "Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions" in MORTIMORE, S. (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 63-88.

GOODISON, A., "Chapter 3: Directors and Other Officers: Requirements and Definitions" in MORTIMORE, S. (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 55-79.

GRAHAM, D., "The emergence of the shadow director", *Insolvency Intelligence* 1990, afl. 3, 1-3.

GRIFFIN, S., "Establishing the liability of a director of a corporate director: issues relevant to disturbing corporate personality", *Company Lawyer* 2013, afl. 34/5, 135-145.

GRIFFIN, S., "Problems in the identification of a company director", *The Northern Ireland legal quarterly* 2003, 43-58.

GRIFFIN, S., "The characteristics and identification of a de facto director", *Company Financial and Insolvency Law Review* 2000, 126-137.

GRIFFIN, S., *Company Law. Fundamental Principles*, Harlow, Pearson Education Limited, 2000, 386 p.

HADJINESTOROS, E., “Stigmata of fiduciary duties in shadow directorship”, *Company Lawyer* 2012, afl. 33/11, 331-337.

HANNIGAN, B., *Company Law – Sixth Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 670 p.

KEAY, A., *Directors’ Duties*, Bristol, Jordans, 2014, 558 p.

KEMP, M. en HANDFORTH, Z., “Shadow directors: keeping on the sidelines”, *PLC Magazine* 2011, afl. 22/8, 43-49.

LOOSE, P., GRIFFITHS, M. en IMPEY, D., *The Company Director. Powers, Duties and Liabilities*, Bristol, Jordans, 2000, 473 p.

LOOSE, P., YELLAND, J. en IMPEY, D., *The Company Director. Powers and Duties*, Bristol, Jordans, 1993, 583 p.

MAYSON, S. W., FRENCH, D. en RYAN, C. L., *Mayson, French and Ryan on company law*, London, Blackstone Press Limited, 2000, 760 p.

NOONAN, C. en WATSON, S., “Examining company directors through the lens of de facto directorship”, *Journal of Business Law* 2008, 587-626.

NOONAN, C. en WATSON, S., “The nature of shadow directorship: ad hoc statutory intervention or core company law principle?”, *Journal of Business Law* 2006, 763-798.

OTTOLENGHI, S., “From Peeping Behind the Corporate Veil, to Ignoring it Completely”, *The Modern Law Review* 1990, afl. 53/3, 338-353.

PENNINGTON, R., *Directors’ Personal Liability*, London, Collins Professional and Technical Books, 1987, 270 p.

PRACTICAL LAW CORPORATE, “UK Practice Note – Directors’ duties: directors’ general duties under the Companies Act 2006”, *Westlaw UK*, Thomson Reuters, 1-21.

PRACTICAL LAW CORPORATE, “UK Practice Note – Small Business, Enterprise and Employment Act 2015 (corporate aspects)”, *Westlaw UK*, Thomson Reuters, 1-18.

PRACTICAL LAW CORPORATE, “UK Practice Note – Types of director: overview”, *Westlaw UK*, Thomson Reuters, 1-14.

ROACH, L., *Company Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 713 p.

SEALY, L. en WORTHINGTON, S., *Cases and materials in company law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 725 p.

SIMONS, N., *Reports of cases decided in the High Court of Chancery by the right Hon. Sir Lancelot Shadwell, Vol. IX*, WM. & A. GOULD & Co, Albany, 1845, 582 p.

TAMLYN, L. en HAYWOOD, M., “Chapter 17: Duty to Declare Interest in Transaction or Arrangement” in MORTIMORE, S. (ed.), *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 383-400.

THE LAW COMMISSION en SCOTTISH LAW COMMISSION, *Consultation on “Company directors: regulation conflicts of interest and formulating a statement of duties”*, 1999, 451 p., elektronisch beschikbaar via <https://www.lawcom.gov.uk/project/company-directors-regulating-conflicts-of-interest-and-formulating-a-statement-of-duties/>.

WESTLAW UK, “Classes of company director” (20 maart 2018), *Westlaw UK*, Thomson Reuters, 1-5.

WESTLAW UK, “Shadow directors” (5 maart 2018), *Westlaw UK*, Thomson Reuters, 1-4.

WILD, C. en WEINSTEIN, S., *Smith and Keenan’s Company Law*, Harlow, Pearson Education Limited, 2019, 608 p.

WITNEY, S., “Duties owed by shadow directors: closing in on the puppet masters?”, *Journal of Business Law* 2016, afl. 4, 311-324.

YAP, J. L., “De facto directors and corporate directorships”, *Journal of Business Law* 2012, afl. 7, 579-588.

AUSTRALIË

AUSTIN, R. en RAMSAY, I., *Ford, Austin and Ramsay’s Principles of Corporations Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2015, 1849 p.

AUSTIN, R. en RAMSAY, I., *Ford, Austin and Ramsay’s Principles of Corporations Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2018, 1994 p.

- AUSTIN, R., FORD, H. en RAMSAY, I., *Company Directors. Principles of Law and Corporate Governance*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2005, 822 p.
- BAXT, R., *Duties and responsibilities of directors and officers*, Sydney, The Australian Institute of Company Directors, 2016, 414 p.
- BOTTOMLEY, S., HALL, K., SPENDER, P. en NOSWORTHY, B., *Contemporary Australian Corporate Law*, Victoria, Cambridge University Press, 2018, 597 p.
- CASSIDY, J., *Corporations Law*, Sydney, The Federation Press, 2013, 438 p.
- CHAPPLE, L., *Company Law*, Sydney, Thomson Reuters (Professional) Australia Limited, 2015, 252 p.
- CURTIN, B., "Shadow directors: navigating the haze after Buzzle v Apple", *Company and Securities Law Journal* 2011, afl. 29, 506-513.
- DU PLESSIS, J.J., MCCONVILL, J. en BAGARIC, M., *Principles of Contemporary Corporate Governance*, Melbourne, Cambridge University Press, 2005, 395 p.
- FORD, H. en AUSTIN, R., *Principles of Company Law*, Sydney, Butterworths, 1990, 932 p.
- GILLIES, P., *The New Corporations Law*, Sydney, The Federation Press, 1992, 694 p.
- HARRIS, J., HARGOVAN, A. en ADAMS, M., *Australian Corporate Law*, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2016, 697 p.
- HOBSON, M. D., "The Law of Shadow Directorships", *Bond Law Review* 1998, Vol. 10, afl. 2, 184-212.
- KOH, P. MC, "Shadow Director, Shadow Director, Who Art Thou?", *Company & Securities Law Journal* 1996, Vol. 14, 340-351.
- LIPTON, P., HERZBERG, A. en WELSH, M., *Understanding company law*, Sydney, Thomson Reuters (Professional) Australia Limited, 2014, 1019 p.
- LO, S. H.C., *In Search of Corporate Accountability: Liabilities of Corporate Participants*, Cambridge, Cambridge Scholars Publishing, 2016, 410 p.
- MARKOVIC, M., "The Law of Shadow Directorships", *Australian Journal of Corporate Law* 1996, afl. 6, 323-347.

THE INSTITUTE OF CHARTERED SECRETARIES AND ADMINISTRATORS, *Duties and Responsibilities of Company Secretaries and Directors in Australia*, New South Wales, CCH Australia Limited, 1987, 413 p.

TOMASIC, R., BOTTOMLEY, S. en MCQUEEN, R., *Corporations Law in Australia*, Sydney, The Federation Press, 2002, 893 p.

NIEUW-ZEELAND

TAYLOR, L., “Expanding the Pool of Defendant Directors in a Corporate Insolvency: De Facto Directors, Shadow Directors and Other Categories of Deemed Directors”, *New Zealand Business Law Quarterly* 2010, 203-224.

WATTS, P., “De facto directors”, *Law Quarterly Review* 2011, afl. 127, 162-167.

ZUID-AFRIKA

LOCKE, N., “Shadow Directors: Lessons from Abroad”, *South African Mercantile Law Journal* 2002, Vol. 14, afl. 3, 420-437.

STEVENS, R., “Liability within company groups”, *Journal of South African Law* 2016, afl. 4, 709-730.

METHODOLOGIE

DANNEMAN, G., “Comparative law: study of similarities or differences?” in REIMANN, M. en ZIMMERMANN, R. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, New York, 2006, 383-419.

GLENN, H.P., “Aims of comparative law” in SMITS, J.M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2006, 57-65.

GORLÉ, F., BOURGEOIS, G., BOCKEN, H., REYNTJENS, F., DE BONDT, W. en LEMMENS, K., *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 359 p.

KESTEMONT, L., *Naar een rechtswetenschappelijke methodeleer*, Brugge, die Keure, 2017, 342 p.

ODERKERK, A. E., *De preliminaire fase van het rechtsvergelijkend onderzoek*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1999, 484 p.

PIETERS, D. en DEMARSIN, B., *Rechtsvergelijking - De uitdagende wereld van het recht*, Leuven, Acco, 2018, 338 p.