

ORGANISATIE VAN DE DAGELIJKSE LEIDING IN DE NAAMLOZE VENNOOTSCHAP

Nele Somers

Onder wetenschappelijke begeleiding van

Prof. Dr. Herman Braeckmans

INHOUDSTAFEL

INHOUDSTAFEL.....	2
ALGEMENE INLEIDING.....	14
Hoofdstuk I: Voorwerp van het onderzoek.....	14
§ 1. Situering van de problematiek.....	14
§ 2. Onderzoeksvraag.....	16
§ 3. Relevantie van het onderzoek.....	18
§ 4. Methodologie.....	19
§ 5. Analyse.....	21
Hoofdstuk II: Ten geleide: terminologie.....	24
DEEL I: VOORSTELLING van het orgaan.....	29
Hoofdstuk I: Historiek.....	30
Afdeling I Introductie van het begrip in onze rechtsorde.....	30
Afdeling II Invoering van het dagelijks bestuur als een orgaan in onze rechtsorde.....	31
Afdeling III Rechtsvergelijkende analyse.....	34
§ 1. Uniek in België (en in Luxemburg).....	34
§ 2. Organisatie van de dagelijkse leiding in andere landen.....	36
A) Rechtsvergelijkende analyse.....	36
(i) De Nederlandse naamloze vennootschap (NV).....	36
a. Traditioneel dualistisch (two tier board).....	37
b. Geen wettelijk orgaan.....	38
(ii) De Franse Société Anonyme.....	43
a. Bestuursstructuur.....	43
b. Organisatie van de dagelijkse leiding in een unitaire structuur.....	44
c. Organisatie van de dagelijkse leiding in een dualistische structuur.....	46
(iii) De Duitse Aktiengesellschaft.....	47
a. Algemeen.....	47
b. Organisatie van de dagelijkse leiding.....	49
(iv) De Zwitserse Aktiengesellschaft.....	52
(v) Verenigd Koninkrijk.....	54

B) Evaluatie	57
Afdeling IV In de naamloze vennootschap (NV)	58
Hoofdstuk II: De ratio legis	59
Hoofdstuk III: Organisatie en karakteristieken van orgaan en haar leden	62
Afdeling I Organisatie van het orgaan	63
§ 1. Facultatief karakter	63
§ 2. Installatie	65
§ 3. Opheffing	66
§ 4. Publiciteit	67
Afdeling II Over de leden van het orgaan	68
§ 1. Een- of meer personen	68
§ 2. Hoedanigheid	69
A) Al dan niet aandeelhouder of bestuurder	69
B) Natuurlijke persoon of rechtspersoon	71
C) Bekwaamheid?	73
§ 3. Statuut	74
§ 4. Benoeming en Ontslag	77
A) Wijze van benoeming en ontslag	77
B) Publiciteit	79
C) Duur van het mandaat	80
D) Ad nutum- herroepbaarheid	81
E) Statuut en ontslagregeling	84
(i) Van de dagelijks bestuurder die verbonden is met een arbeidsovereenkomst 84	
(ii) Van de dagelijks bestuurder die verbonden is met een managementovereenkomst	85
§ 5. Remuneratie	88
A) Principe: absolute vrijheid	88
B) Matiging van het principe voor genoteerde bedrijven	91
(i) De remuneratie van de dagelijks bestuurder in niet-genoteerde vennootschappen	92

(ii) Wat de remuneratie van de dagelijks bestuurder in genoteerde vennootschappen betreft	93
a. Regels inzake variabele remuneratie.....	93
b. Regels inzake de vertrekvergoeding	95
c. Remuneratieverslag	99
d. Remuneratiecomité	101
DEEL II: Bevoegdheid van het orgaan van dagelijks bestuur	103
Hoofdstuk I: Analyse van het begrip ‘dagelijks bestuur’	104
Afdeling I Wettelijke omschrijving.....	104
§ 1. De wetgever definieert het begrip ‘dagelijks bestuur’ niet	104
§ 2. Gevolg van de onduidelijkheid van de regelgeving: pleidooi voor opheffing..	106
A) In 1973 en bij de introductie van de gedelegeerd bestuurder	107
B) In 2002, bij de introductie van het directiecomité	108
C) In 2015, naar aanleiding van de modernisering van het vennootschapsrecht	109
Afdeling II Omschrijving in de Cassatierechtspraak.....	111
§ 1. Analyse van de rechtspraak van het Hof van Cassatie.....	111
A) Begripsomschrijving voor 1968	111
(i) Het arrest van het Hof van Cassatie van 17 september 1968	111
(ii) Het arrest van het Hof van Cassatie van 21 februari 2000	113
§ 2. Interpretatie van het begrip ‘dagelijks bestuur’ in de rechtsleer voor het cassatiearrest van 26 februari 2009	116
§ 3. Principearrest van het Hof van Cassatie van 26 februari 2009 : <i>standstill?</i>	117
(i) Bespreking van het arrest van 26 februari 2009	117
(ii) Kritiek op dit arrest in de rechtsleer.....	120
(iii) Standpunt.....	124
Afdeling III Ontwikkeling van een definitie in de rechtsleer : poging tot aanreiken van criteria	126
§ 1. De visie van LEHRER.....	127
A) Het maatschappelijk doel van de vennootschap.	128
B) Delegatie.....	128
C) Uitvoeringshandelingen	128

D) Recurrente handelingen.....	129
E) Binnen de grens van het dagelijks beleid.....	129
§ 2. Het standpunt van TILLEMANN	130
§ 3. Notie dagelijks bestuur na de tussenkomst van het arrest van het Hof van Cassatie in 2009.....	131
A) Handelingen die het dagelijks bestuur NIET-AUTONOOM kan stellen.....	132
B) Handelingen die het dagelijks bestuur AUTONOOM kan stellen.....	133
(i) Handelingen geboden door het dagelijks leven van de vennootschap (recurrente handelingen).....	133
(ii) Handelingen die de tussenkomst van de raad van bestuur niet rechtvaardigen	139
a. Eerste component: grootte van de vennootschap.....	142
b. Tweede component: identiteit van de vennootschap.....	144
c. Derde component: juridische aard van de handeling.....	145
d. Vierde component: economisch belang van de handeling	146
e. Vijfde component: het organigram van de vennootschap	148
f. Zesde component: urgentie.....	148
Hoofdstuk II: Actieradius van de bevoegdheden van het dagelijks bestuur: intern en extern	150
§ 1. Intern : regels met betrekking tot de besluitvorming.....	150
A) Beraadslaging	150
(i) Principe: collegiale beraadslaging	150
(ii) Werking.....	152
B) Belangenconflictregering.....	153
(i) Algemeen.....	153
(ii) Ontbreken van een wettelijke belangenconflictregering voor het dagelijks bestuur	157
a. Eerste tempering: wat de afgevaardigd bestuurder betreft	157
b. Tweede tempering: wat de dagelijks bestuurder betreft.....	160
b.1. Algemeen rechtsbeginsel inzake <i>Selbsteintritt</i>	160
b.2. Corporate opportunites	162
§ 2. Extern: regels met betrekking tot de vertegenwoordiging.....	163

Hoofdstuk III: Concrete toepassingen : bevoegdheden van het dagelijks bestuur.....	168
§ 1. Administratieve acties.....	168
§ 2. Financiële acties	169
§ 3. Bewarende acties	171
§ 4. Aan- en verkopen	171
A) Van onroerend goed	172
B) Van grondstoffen en andere materialen bestemd voor de vennootschap	172
§ 5. Sluiten en beëindigen van overige overeenkomsten.....	173
A) Met betrekking tot het personeel.....	173
B) Met betrekking tot zekerheden	176
C) Andere overeenkomsten?.....	176
§ 6. Proceshandelingen	177
A) In het subjectieve contentieux: de visie van de rechtscolleges van de rechterlijke macht.....	179
B) In het objectieve contentieux: de rechtspraak van de Raad van State en het Grondwettelijk Hof	185
(i) Bijzondere vereisten van de Raad van State met betrekking tot het schorsings- en annulatieverzoek.....	188
a. Voor 2014.....	188
b. Na 2014	194
(ii) Evolutief standpunt van de Raad van State met betrekking tot het bevoegde orgaan	200
a. Eerste fase: van de raad van bestuur naar de gedelegeerd bestuurder als bevoegd orgaan.....	200
b. Tweede fase: van de gedelegeerd bestuurder naar de dagelijks bestuurder als bevoegd orgaan?.....	203
C) Evaluatie	208
Hoofdstuk IV: Oplossingen voor bevoegdheidsoverschrijdend handelen van het dagelijks bestuur	213
Afdeling I Preventief: de niet-organieke vertegenwoordiging bij volmacht	213
A) Toekenning van een volmacht racione personae.....	214
B) Karakteristieken van de niet-organieke vertegenwoordiging.....	215

(i)	Verbod op een algemene delegatie	215
a.	Algemene vs. bijzondere bevoegdheidsdelegatie	215
b.	Ratio van het verbod op een algemene delegatie.....	217
c.	Sanctie.....	219
c.1.	Absolute nietigheid van de handeling.....	219
c.2.	Afwijkende regeling voor het dagelijks bestuur	219
(ii)	De vennootschapsrechtelijke prokuraregeling is niet van toepassing.....	220
a.	Tegenwerpelijkheid van de interne restricties van de volmacht	220
b.	Conformiteitstoets met de Europese vertegenwoordigingsregels	221
b.1.	Vergelijking met de Nederlandse volmachtregeling.....	221
b.2.	GEPKEN-JAGER	222
b.3.	Standpunt.....	223
(iii)	Bewijs van volmacht	227
a.	Algemeen	227
b.	Geen andere regeling i.g.v. delegatie van proceshandelingen	228
c.	Geen plicht tot publicatie	229
Afdeling II	Curatief: de laatste redmiddelen.....	230
§ 1.	Bekrachtiging.....	230
§ 2.	Schijnmandaat.....	234
A)	Principe en toepassingsvoorwaarden	234
(i)	De rechtsschijn als een autonome rechtsgrond.....	234
(ii)	Vier cumulatieve toepassingsvoorwaarden	236
a.	Schijnbare vertegenwoordigingsbevoegdheid	236
b.	Toerekenbare schijn van de schijnvertegenwoordigde.....	236
c.	Goede trouw van de derde die zich op de schijntoestand beroept	237
d.	Belang in hoofde van de derde te goeder trouw.....	239
B)	Specifiek m.b.t. het orgaan van dagelijks bestuur	240
DEEL III:	Rechtspositie van de dagelijks bestuurder tegenover de vennootschap.....	244
Hoofdstuk I:	Arbeidsrelatie tussen vennootschap en dagelijks bestuurder	247
Afdeling I	Begrippenkader: werknemer vs. zelfstandige	247
Afdeling II	Sociaalzekerheidsrechtelijk standpunt.....	248

Afdeling III Arbeidsrechtelijk standpunt: de dagelijks bestuurder als werknemer van de vennootschap.....	250
§ 1. Klassieke opvatting.....	250
§ 2. De mijlpaalarresten van het Hof van Cassatie	253
A) Met betrekking tot de dagelijks bestuurder	253
B) Met betrekking tot de dagelijks bestuurder die tegelijk ook lid is van de raad van bestuur	257
§ 3. Huidige opvatting	260
A) Juridische mogelijkheid en vrije keuze.....	260
B) Tempering op de vrije keuze van partijen: herkwalificatie.....	263
C) Methode om de aard van de arbeidsrelatie te bepalen	266
(i) Probleemstelling.....	266
(ii) Criteria	268
a. Aard en omvang van het takenpakket binnen de vennootschap	268
b. Werkelijke beslissingsmacht	269
c. Het bekleden van een dominante positie in de vennootschap	270
d. Cumul van functies.....	271
e. Toezicht en periodieke rapportering ten opzichte van het controlerend orgaan.....	272
f. Al dan niet kosteloos karakter van het mandaat.....	273
g. Familiale relaties	273
D) Kritiek	274
Hoofdstuk II: Contractualisering van de verhouding tussen vennootschap en dagelijks bestuurder	277
§ 1. De managementovereenkomst.....	278
A) Definitie	278
B) Kwalificatie	281
C) Principiële mogelijkheid tot contractualisering en de voorwaarde daartoe ..	282
(i) Algemeen.....	282
(ii) Specifiek m.b.t. de dagelijks bestuurder die ook bestuurder is.....	283
D) Praktische aspecten.....	285
(i) Voorwerp.....	286

(ii) Managementvergoeding	288
a. In genoteerde vennootschappen.....	289
a.1. <i>Hard law</i>	289
a.2. <i>Soft law</i>	289
b. In niet-genoteerde vennootschappen	291
(iii) Duur.....	292
(iv) Delegatiebevoegdheid	292
(v) Beëindiging en ontbinding.....	294
(vi) Concurrentie en afwerving	296
a. Na de beëindiging van de managementovereenkomst.....	296
b. Tijdens de uitvoering van de managementovereenkomst.....	298
(vii) Geheimhouding.....	300
(viii) Intellectuele rechten.....	301
(ix) Exoneratie en vrijwaring	303
§ 2. De arbeidsovereenkomst	304
A) Definitie	304
B) Principiële mogelijkheid tot contractualisering en de voorwaarden daartoe	306
Hoofdstuk III: Gevolgen van de keuze voor de ene of de andere samenwerkingsvorm.	307
A) Financieel.....	308
B) Sociale bescherming.....	311
C) Concurrentie en discretie	311
D) Aansprakelijkheidsregime	312
DEEL IV: Aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder	314
Hoofdstuk I: Afbakening.....	314
Afdeling I Voorafgaandelijk: de dagelijks bestuurder als orgaan van de vennootschap (orgaantheorie).....	314
Afdeling II Onderzoeksvraag	315
Afdeling III Methode.....	317
Hoofdstuk II: Beperkt aansprakelijkheidsregime van het dagelijks bestuur.....	318
Afdeling I Aansprakelijkheidsgronden	318

§ 1. Van toepassing op de dagelijks bestuurder zonder een managementovereenkomst.....	318
A) Eerste grond: gewone bestuursfout (artikel 527 W. Venn.).....	320
(i) Aard van het contract: lastgevings- of aannemingsovereenkomst?.....	321
(ii) Belang van het onderscheid	327
(iii) Aansprakelijkheid conform het gemeen recht	329
a. Algemeen	329
b. Uitvoerings- versus ondernemingsbeslissingen	330
B) Onrechtmatige daad (artikel 1382-1383 BW).....	333
(i) Intern, in relatie tot de vennootschap.....	336
(ii) Extern, in relatie tot derden	338
a. Categorieën van derden.....	338
b. Een afwijkend regime voor precontractuele fouten?.....	340
c. Samen met de vennootschap?	343
c.1. Toerekening van de onrechtmatige daad van de dagelijks bestuurder aan de vennootschap	344
c.2. Rechtsgevolg van deze toerekening ten opzichte van de dagelijks bestuurder: regresrecht	348
C) Geen aansprakelijkheid voor schending van het W. Venn. en de statuten (artikel 528 W. Venn.).....	349
D) Geen bijzondere faillissementsaansprakelijkheid... of toch? (artikel 530 W. Venn.).....	351
(i) Algemeen.....	351
(ii) Ook voor de dagelijks bestuurder?.....	353
E) Specifieke aansprakelijkheidsregeling voor fiscale en parafiscale schulden ..	357
(i) Bedrijfsvoorheffing en BTW (artikel 442 ^{quater} WIB 92 en 93 <i>undecies</i> C WBTW)	359
a. Foutbegrip en – vereiste	359
b. Toepassingsgebied: wie is de (dagelijkse) leider uit de artikelen 442 ^{quater} WIB en 93 ^{undecies} C W.B.T.W.?.....	360
c. Remediëringmogelijkheid voor de (dagelijkse) leider te goeder trouw ..	363
(ii) Socialezekerheidsschulden.....	364

§ 2.	Van toepassing op de dagelijks bestuurder met een managementovereenkomst	
	365	
A)	Elementen die de aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder-manager beïnvloeden	366
	(i) Inspannings- of resultaatsverbintenis	366
	(ii) Lastgevings- of aannemingsovereenkomst	367
B)	Bepalingen die de aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder-manager beperken (exoneratie)	368
	(i) Begrip en geldigheid	368
	(ii) Gevolgen	369
	(iii) Omvang van de beperking	369
C)	Bepalingen m.b.t. de financiële gevolgen van de aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder-manager	371
	(i) Begrip en geldigheid	371
	(ii) Gevolgen	372
§ 3.	Van toepassing op de dagelijks bestuurder-werknemer	372
A)	Toepasselijkheid van artikel 18 WAO bij vennootschapsmandatarissen	373
B)	Toepassingsgebied van artikel 18 WAO	378
	(i) Uitsluitend binnen het kader van de arbeidsovereenkomst	379
	(ii) een occasionele lichte fout	382
§ 4.	Besluit	384
A)	Dagelijks bestuur vs. de andere leiders	384
B)	Dagelijks bestuurders onderling	385
C)	Behoud van de regeling voor de toekomst (de lege ferenda)	386
	(i) De immuniteit moet sterk worden gerelativeerd	387
	(ii) De ongelijkheid is redelijk en verantwoord	388
	(iii) Is een wetswijziging vereist?	389
Afdeling II	Invloed van de bevoegdheidsverdeling op de aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder	394
A)	Eigen aansprakelijkheid van de raad van bestuur voor gebrekkig toezicht	397
	(i) Algemeen: de actieve toezichtstaak van de raad van bestuur	397
	(ii) Aansprakelijkheid van de raad voor gebrekkig toezicht	399

B)	Bevoegdheidsverdeling tussen de raad en het dagelijks bestuur: ingrijprecht of ingrijpplicht?	403
C)	Beoordeling van de aansprakelijkheid van de afgevaardigd bestuurder	405
Afdeling III	Aansprakelijkheidsvordering.....	407
Afdeling IV	Aansprakelijkheidsbeperking en –verweer.....	408
§ 1.	Risicomangement	409
§ 2.	Aansprakelijkheidsverzekering.....	410
§ 3.	Kwijting.....	412
A)	Algemeen: omschrijving, juridische aard en gevolgen van de gemeenrechtelijke kwijting	412
B)	Specifiek, ten aanzien van de bedrijfsleiding	414
(i)	Bestuurders (en commissarissen)	414
(ii)	Dagelijks bestuurders	416
a.	Geen specifieke wettelijke bepaling	416
b.	Beslissingsbevoegdheid	417
c.	Frequentie	417
§ 4.	Verjaring	419
A)	De dagelijks bestuurder- zelfstandige	422
B)	De dagelijks bestuurder-werknemer.....	425
DEEL V:	De (re)Organisatie van het dagelijks beleid in de Belgische NV	428
Hoofdstuk I:	Argumenten voor het behoud van het orgaan van dagelijks bestuur in de Belgische NV	429
Afdeling I	Unieke vorm van een wettelijke, algemene bevoegdheidsdelegatie	430
Afdeling II	Flexibiliteit	433
§ 1.	Op het niveau van het orgaan van dagelijks bestuur.....	433
§ 2.	Ruimer kader: flexibiliteit is trending in Europa	433
Afdeling III	Voorbehouden orgaan voor de kleine- en middelgrote vennootschappen	437
§ 1.	Waarom de keuze voor een selectief behoud	437
§ 2.	Voorstel voor een selectief behoud de lege ferenda.....	438
A)	Uitsluitend in de kleine NV	438
B)	Voorstel voor een wettekst	440

Hoofdstuk II: Argumenten die pleiten voor de afschaffing van het dagelijks bestuur in de NV	443
Afdeling I Ratio legis de lege ferenda	443
Afdeling II Conformiteit met het Europese recht	445
Afdeling III Rechtsonzekerheid m.b.t. de bevoegdheid van het orgaan.....	447
Afdeling IV Internationalisering.....	450
Hoofdstuk III: Dagelijks beleid in de NV herdacht	450
Afdeling I Interne taakverdeling tussen de leden van de raad van bestuur.....	451
Afdeling II Systeem van bijzondere bevoegdheidsdelegaties	456
Hoofdstuk IV: Conclusie: afschaffing van een hinderlijke regel uit ons recht	461
Algemeen besluit: een overbodig orgaan	467
Belgische bronnen:.....	473
Buitenlandse bronnen:.....	490
Duitsland:.....	490
Frankrijk:	490
Luxemburg:	491
Nederland:	491
Verenigd Koninkrijk:	495
Zwitserland:	495

ALGEMENE INLEIDING

Hoofdstuk I: VOORWERP VAN HET ONDERZOEK

§ 1. Situering van de problematiek

1. Artikel 525 W. Venn. bepaalt dat het dagelijks bestuur van de vennootschap samen met de vertegenwoordiging van de vennootschap wat dat bestuur aangaat, kan worden opgedragen aan één of meer personen, die al dan niet de hoedanigheid van aandeelhouder hebben, die dan alleen of gezamenlijk optreden. Aangezien de wetgever de notie 'dagelijks bestuur' niet in de wet heeft ingeschreven, heeft de rechtspraak een verdere invulling gegeven aan dit begrip.

2. In een arrest van 17 september 1968 definieerde het Hof van Cassatie het begrip dagelijks bestuur voor het eerst als volgt:

“de handelingen of verrichtingen betreffende het dagelijks bestuur, die niet verder reiken dan de behoeften van het dagelijks leven van de vennootschap, of de behoeften die om reden zowel van minder belang dat ze vertonen, als van de noodzakelijkheid een spoedige oplossing te treffen, de tussenkomst van de raad van bestuur niet rechtvaardigen.”¹

Hoewel het Hof van Cassatie in het arrest van '68 heel duidelijk gesteld had dat enkel handelingen die zowel van gering belang als dringend waren, beschouwd konden worden als handelingen van het dagelijks bestuur van de vennootschap, is bij de meerderheid van de rechtspraak en de rechtsleer - die hiertoe werd aangespoord door de toenmalige praktijk - de overtuiging ontstaan dat de voorwaarden van *gering belang* en *urgentie* niet cumulatief, maar wel alternatief vervuld moesten worden om een handeling te kunnen beschouwen als een handeling van het dagelijks bestuur.

Jarenlang ging men er dan ook vanuit dat aan het orgaan van dagelijks bestuur niet alleen handelingen konden worden opgedragen die slechts een bewarend karakter hadden - en

¹ Cass. 17 september 1968 (Goldberg/Ministère des Finances), RPS 1970, nr. 5587, p. 200; Arr. Cass. 1969, p. 60; Pas. 1969, I, p. 61. Zie *infra* nrs. 106 en 107.

waarbij het aansprakelijkheidsrisico relatief laag was -, maar daarnaast ook handelingen die hoogdringend waren en waarvoor het onmogelijk was om nog tijdig een vergadering van de raad van bestuur bijeen te roepen. In de bedrijfswereld werd aldus een verruimde betekenis gegeven aan het begrip dagelijks bestuur en werd de omschrijving van de notie door het Hof van Cassatie in de meest ruime zin toegepast.

3. In zijn arrest van 26 februari 2009 herformuleerde het Hof van Cassatie de omschrijving van het begrip dagelijks bestuur als volgt :

“Daden van dagelijks bestuur zijn diegene die geboden zijn door de noden van het dagelijks leven van de vennootschap en diegene die zowel wegens het geringe belang als wegens de noodzaak van een snelle oplossing, het optreden van de raad van bestuur overbodig maken”²

In navolging van het arrest van 2009 van het Hof van Cassatie volstaat het bijgevolg niet langer dat de omvang van een handeling enkel beperkt zou zijn - *van gering belang* - opdat een dagelijks bestuurder zou kunnen optreden binnen de grenzen van dat beleid, maar dient een handeling eveneens urgent - *noodzaak van een snelle oplossing* - te zijn, in die zin dat de problematiek niet meer tijdig aan bod kan komen op een vergadering van de raad van bestuur. Het Hof van Cassatie heeft dus, tegen de interpretatie van de rechtsleer en tegen de bestaande praktijk in, geoordeeld dat de elementen ‘gering belang’ en ‘urgentie’ beiden tegelijk en dus cumulatief aanwezig moeten zijn voor de kwalificatie van een handeling als een handeling van het orgaan van dagelijks bestuur.

4. Hoewel verschillende technieken, waaronder de schriftelijke besluitvorming³, een eventuele latere bekrachtiging door de raad van bestuur, het verlenen van *ad hoc* lastgevingen en de theorie van het schijnmandaat, het hoofd zouden kunnen bieden aan de restrictieve interpretatie die het Hof van Cassatie in 2009 aan het dagelijks bestuur heeft gegeven, rijst

² Cass. 26 februari 2009, TRV 2009, 444, noot C. CLOTTENS; TBH 2009, afl. 9, 948, noot E. POTTIER en A. BERTRAND; RW 2009-10, 1129; noot W. GOOSSENS en B. CAFMEYER; FJF 2010, afl. 6, 615; JLMB 2010, afl. 4, 154; Pas. 2009, afl. 2, 592; JDSC 2010, 59, noot M. COIPEL; RGCF 2010, afl. 2, 156, noot.

³ Artikel 521 W. Venn. maakt het mogelijk om beslissingen schriftelijk te nemen in uitzonderlijke gevallen, met name wanneer de dringende noodzakelijkheid en het belang van de vennootschap dit vereisen. De mogelijkheid tot schriftelijke besluitvorming moet in de statuten worden voorzien en de beslissing moet met eenparig akkoord worden genomen. H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, Handboek Vennootschapsrecht, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 302, nr. 553; M. WYCKAERT, “‘t Amendement: Schriftelijke besluitvorming in het bestuursorgaan: keep it simple, they are grown-ups”, TRV 2015, afl. 3, 269 en <http://www.trv.be> (8 juni 2015); D. VAN GERVEN, Handboek vennootschappen. Algemeen deel, Brussel, Larcier, 2016, p. 581, nr. 308.

de vraag of het Hof de draagwijdte van het begrip dagelijks bestuur niet al te zeer heeft teruggedrongen zonder daarbij rekening te houden met de nood die de NV vandaag heeft aan een performant orgaan van dagelijks bestuur én met de mogelijkheid om binnen de vennootschap kleinere beslissingen te kunnen overlaten aan een éénhoofdig orgaan dat - in tegenstelling tot de leden van de raad van bestuur - individueel vertegenwoordigingsbevoegd is op een relatief algemene wijze (*i.e.* voor het volledige dagelijks bestuur van de vennootschap).

Hoe dan ook is de vraag of een welbepaalde handeling wel of niet tot het dagelijks bestuur van een onderneming hoort in essentie een feitenkwestie die in ieder concreet geval, naargelang de aard van de onderneming, het maatschappelijk doel, de financiële middelen en de economische impact van de gestelde handeling op de onderneming, anders beantwoord zal worden. In gevallen van betwisting zal het aan de rechter zijn om te beslissen of een bepaalde handeling al dan niet tot het dagelijks bestuur van de agerende of verwerende onderneming kan worden gerekend. Het lijdt evenwel geen twijfel dat een dergelijke beoordeling *post factum* aanleiding geeft tot rechtsonzekerheid, die niet alleen de interne werking van de onderneming, maar ook de positie van de onderneming in het handelsverkeer met derden affecteert.

§ 2. Onderzoeksvraag

5. De beperking van de bevoegdheden van het orgaan van dagelijks bestuur na het arrest van het Hof van Cassatie in 2009, noopt tot het formuleren van de **eerste onderzoeksvraag**. Dit is de vraag in welke mate het huidig normerend kader voldoende is om een transparante, rechtszekere en flexibele organisatorische werking van het (dagelijks) bestuur van de naamloze vennootschap te kunnen garanderen. Deze eerste onderzoeksvraag valt uiteen in drie deelvragen:

- **Welke zijn actueel** - dit is in het licht van de rechtspraak van het Hof van Cassatie van 2009 - **de grenzen van het optreden van de dagelijks bestuurder *sensu stricto***, dit is de persoon aan wie op grond van artikel 525 W. Venn. wordt opgedragen om het dagelijks bestuur van de vennootschap waar te nemen. Welke handelingen kan de

dagelijks bestuurder (in theorie) autonoom stellen en welke handelingen zouden een overschrijding van zijn bevoegdheid impliceren? Wanneer de dagelijks bestuurder zijn bevoegdheid overschrijdt, wat zijn hiervan dan de gevolgen, zowel voor de vennootschap als voor derden die met de vennootschap handelen? De vraag rijst eveneens of er in het recht middelen voorhanden zijn die, preventief dan wel curatief, aan een bevoegdheidsoverschrijdend handelen kunnen remediëren.

- **Wat is het sociale statuut van de dagelijks bestuurder?** Is hij een werknemer of een zelfstandige? In eerste instantie dient in dit verband te worden nagegaan of de dagelijks bestuurder zijn opdracht wel als een werknemer kan uitvoeren, m.a.w. of het juridisch mogelijk is dat een dagelijks bestuurder zijn opdracht uitvoert onder het gezag van een ander orgaan of van een lid van het personeel van de vennootschap. Van een bestuurder weten we dat hij zijn bestuurderstaak niet onder het gezag van een ander orgaan kan uitoefenen, omdat de autonomie die samengaat met de opdracht van de bestuurder verhindert dat hij zich ondergeschikt maakt aan een ander orgaan. Bestaat er dus, wat het takenpakket en de hiërarchische positie van de betrokken personen betreft, wel of geen verschil tussen de bestuurder en de dagelijks bestuurder van de vennootschap? De vraag rijst tevens naar de contractualisering van de verhouding tussen de dagelijks bestuurder en de vennootschap en de mogelijkheid/wenselijkheid om bepaalde contractuele clausules uit te werken in een daartoe opgestelde dienstenovereenkomst, veelal een managementovereenkomst.
- **Wat zijn de gevolgen van een keuze voor het ene of het andere statuut voor o.a. het aansprakelijkheidsregime van de dagelijks bestuurder?** Verschillen de aansprakelijkheidsgronden naargelang de dagelijks bestuurder als een werknemer of als een zelfstandige optreedt? En als er verschillen zouden zijn, wat is hiervan dan de praktische relevantie? Kunnen m.a.w. de bestaande verschillen genuanceerd worden en zijn er elementen die een verschillend regime rechtvaardigen? Bestaat er verder een wisselwerking tussen enerzijds de aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder en de concrete bevoegdheidsverdeling binnen de vennootschap?

6. De **tweede onderzoeksvraag** heeft betrekking op de rol die het orgaan van dagelijks bestuur nog kan/zal spelen in de toekomst. Rekening houdend met de laatste voorstellen van het BCV en de geplande vereenvoudiging/modernisering van het Belgische

vennootschapsrecht, rijst de vraag naar **de bestaansredenen van dit orgaan**. Heeft het zin om, gelet op de beperkte invloed van de actuele regelgeving op de manier waarop men in de praktijk omgaat met de dagelijks bestuurder, het concept uit te diepen of verdient het aanbeveling - mede rekening houdend met de onbekendheid van een dagelijks bestuurder in een internationale context - om *tabula rasa* te maken wat het verleden betreft en resoluut te gaan voor de afschaffing? Heeft de (hypothetische) afschaffing van het orgaan van dagelijks bestuur gevolgen voor de organisatie van de dagelijkse leiding in de NV en zo ja welke? Hoe zal de praktijk overigens met deze gevolgen omgaan. En bovendien, zal het nodig zijn dat de wetgever ingrijpt door te voorzien in een wettelijk mechanisme dat de weglating van artikel 525 W. Venn. opvangt of biedt het huidige recht hiervoor voldoende alternatieve middelen?

§ 3. Relevantie van het onderzoek

7. Gelet op de toenemende internationalisering van de kapitaalmarkten en vanuit de bekommernis het vertrouwen te winnen van buitenlandse investeerders en/of beleggers is het essentieel dat het bestuur in de Belgische NV op een eenvoudige, transparante en ook op een flexibele wijze georganiseerd wordt.

Hierbij kan de bedenking worden gemaakt dat het Hof van Cassatie, door de bevoegdheden van het orgaan van dagelijks bestuur in die mate uit te hollen en dit tegen de bestaande noden van de praktijk in, de ondernemingen drijft van een feitelijk imperfect dualisme naar een zuiver dualistische bestuursvorm ten voordele van de oprichting van directiecomités in middelgrote en grote ondernemingen. Voor dit type van ondernemingen is het immers ondenkbaar dat quasi alle beslissingen door de raad van bestuur zouden worden genomen. Zeker in het licht van de stijgende invloed van de *corporate governance*-codes, waarin de nadruk niet alleen wordt gelegd op een goed bestuur, maar ook op de organisatie van een adequate bevoegdheidsdelegatie, is de huidige rechtsonzekerheid omtrent welke handelingen al dan niet aan het dagelijks bestuur toegerekend kunnen worden, onhoudbaar. Een restrictieve interpretatie ten voordele van een uitgewerkte duale structuur zou een verklaring kunnen zijn voor de, op het eerste gezicht, conservatieve houding van het Hof van Cassatie.

De relevantie van het onderzoek vloeit voort uit de toetsing van de analyse van het wetgevend kader (en de interpretatie van deze wetgeving in de rechtspraak) aan de bestaande Belgische praktijk en aan de praktijk van de onderzochte landen (Luxemburg, Nederland, Duitsland, Frankrijk, Zwitserland en het Verenigd Koninkrijk). Vertrekkend van deze analyse en de vaststellingen die hieruit volgen, kunnen wijzigingen geformuleerd worden voor de wetgever. Tevens kan van hieruit ook verder gereflecteerd worden over het nut van een afzonderlijk orgaan van dagelijks bestuur in de praktijk van het Belgische vennootschapsrecht. Het onderzoek spoort aan tot reflectie over het behoud, al dan niet gedeeltelijk, dan wel een totale opheffing van het orgaan van dagelijks bestuur uit ons rechtssysteem.

§ 4. **Methodologie**

8. Afbakening van het onderzoek – Dit proefschrift maakt een analyse van het orgaan van dagelijks bestuur in de naamloze vennootschap en onderzoekt in welke mate de organisatie van de dagelijkse leiding in de naamloze vennootschap kan worden herdacht. De grens van dit onderzoek is dubbelvoudig, enerzijds heeft het betrekking op de organisatie van de dagelijkse leiding in de vennootschap en anderzijds beperkt het zich tot een enkele vennootschapsvorm, de naamloze vennootschap.

Deze afbakening m.b.t. de naamloze vennootschap is evident, omdat er, behoudens in de Comm. V.A., geen andere vennootschapsvormen zijn waarvoor een wettelijk orgaan van dagelijks bestuur bestaat.

De afbakening tot de dagelijkse leiding heeft tot gevolg dat de werking van de algemene leiding en de organisatie van de raad van bestuur en het directiecomité grotendeels onbesproken blijven. Deze aspecten komen enkel aan bod wanneer nader wordt ingegaan op de wisselwerking en de bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende organen onderling. Een volledige afsplitsing kan moeilijk worden gemaakt, omdat de bestuurs- en vertegenwoordigingsmacht van het dagelijks bestuur zich in beginsel situeert in de doorsnede van de bevoegdheden van de raad van bestuur en/of van het directiecomité.

9. Literatuurstudie - Het onderzoek wordt gevoerd aan de hand van de studie van de literatuur over het dagelijks bestuur en dit zowel aan de hand van algemene teksten als

teksten die specifiek gerelateerd zijn aan de deelvragen. Er wordt een diepgaande analyse gemaakt van de rechtsleer met betrekking tot de vertegenwoordiging door vennootschapsorganen met inbegrip van het systeem van de prokura, het gemeen verbintenissenrecht met aandacht voor de scheiding tussen het lastgevings- en aannemingsrecht, het aansprakelijkheidsrecht en het vennootschapsrecht. Er wordt slechts sporadisch gefocust op strafrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten in relatie tot het onderzoek.

10. **Rechtspraakonderzoek** – Er wordt een analyse gemaakt van de veelheid aan uitspraken die er geweest zijn over de bevoegdheid van het orgaan van dagelijks bestuur. Hierbij wordt meestal gebruik gemaakt van gepubliceerde rechtspraak en dit van alle rechtscolleges. Er wordt in het bijzonder gefocust op de rechtspraak van het Hof van Cassatie over het onderwerp. Bij het hoofdstuk over de vertegenwoordiging in rechte wordt eveneens de rechtspraak van de administratieve rechtscolleges, de Raad van State en het Grondwettelijk Hof, geanalyseerd. Waar het relevant is, worden de principearresten van het Hof van Cassatie aangehaald en besproken.

11. **Rechtsvergelijking** – De rechtsvergelijking in dit proefschrift wordt functioneel toegepast. De keuze werd gemaakt om het Belgische recht te vergelijken met het geldende recht in enerzijds Luxemburg en anderzijds Nederland, Frankrijk, Duitsland, Zwitserland en het Verenigd Koninkrijk.

De keuze voor Luxemburg vloeit voort uit het gegeven dat dit land het enige stelsel is waar men een wettelijk orgaan van dagelijks bestuur kent. De vergelijking wordt gemaakt aan de hand van de wetgeving - die grotendeels gelijk loopt met de Belgische wetgeving op dat vlak - en de evoluties die er zijn in de Luxemburgse rechtspraak, zowel wat de notie dagelijks bestuur als de omvang van de bevoegdheid betreft.

Het ontbreken van een afzonderlijk orgaan van dagelijks bestuur elders, is meteen de aanzet tot een reflectie over de organisatie van de dagelijkse leiding in de overige landen. De vraag rijst inderdaad op welke manier het dagelijks beleid dan georganiseerd wordt, wanneer de wetgever niet in een specifiek orgaan heeft voorzien. Het is nuttig om dit onderzoek niet te beperken tot landen waar men traditioneel een dualistisch bestuursmodel heeft voorgeschreven (Nederland en Duitsland), maar het onderzoek ook open te trekken tot landen

waar men, net als in de Belgische praktijk, klassiek een monistische bestuursvorm hanteert (Frankrijk, Zwitserland en Verenigd Koninkrijk).

§ 5. Analyse

12. Het onderzoek analyseert de hiernavolgende thema's:

Een eerste deel waarin het orgaan van dagelijks bestuur wordt voorgesteld, een tweede deel waarin het begrip 'dagelijks bestuur' wordt onderzocht en ook de bevoegdheid van dit orgaan wordt geanalyseerd, een derde deel waarin wordt nagegaan wat de rechtspositie is van de dagelijks bestuurder in zijn verhouding tot de vennootschap, een vierde deel met betrekking tot de persoonlijke aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder als een leidinggevende van de vennootschap en tenslotte een vijfde deel waarin de machtsverhoudingen van de vennootschap worden geverifieerd en aansluitend een samenvattend besluit wordt geformuleerd.

- **Deel I - Voorstelling van het orgaan van dagelijks bestuur** - Het eerste deel betreft een algemene kennismaking met het orgaan van dagelijks bestuur. In dit onderdeel wordt een algemeen overzicht gegeven van de karakteristieken van het orgaan, waaronder de wettelijke grondslag, de benoeming en het ontslag van de leden van het orgaan, de publiciteitsvereisten en dergelijke meer. Daarnaast wordt er, in het kader van dit hoofdstuk, ingegaan op de besluitvorming binnen het orgaan - worden de beslissingen individueel of collegiaal genomen - evenals door welke vennootschappen een orgaan van dagelijks bestuur in werking gesteld kan worden (bevoegdheid en wijze van oprichting).

Verder zal worden geschetst hoe het orgaan van dagelijks bestuur historisch is ontstaan en ook wat de ratio van het bestaan ervan vandaag nog is. Hierbij wordt ook een rechtsvergelijkende analyse gemaakt: de vraag wordt gesteld of ook andere landen een orgaan van dagelijks bestuur kennen en, indien zij dit niet zouden kennen, hoe zij het hoofd bieden aan de organisatie van het dagelijks beleid, ervan uitgaand dat het ook elders onmogelijk is dat alle vennootschapsbeslissingen

worden genomen door het bestuursorgaan. Tenslotte komt hier ook de regeling omtrent de remuneratie van de dagelijks bestuurder aan bod.

- **Deel II - Notie en bevoegdheid van het orgaan van dagelijks bestuur** - In het tweede deel volgt een analyse van het begrip 'dagelijks bestuur' in de NV. Hierbij zal worden nagegaan om welke redenen de wetgever destijds heeft nagelaten het begrip 'dagelijks bestuur' nader te definiëren in de wet en op welke wijze de notie sindsdien geëvolueerd is in de rechtspraak. De bespreking van de inhoud van het belangwekkende arrest van het Hof van Cassatie van 26 februari 2009, waarin het Hof verduidelijkt heeft wat moet worden verstaan onder het dagelijks bestuur van de vennootschap, vormt een essentieel onderdeel van dit hoofdstuk.

Naar aanleiding van deze bespreking worden de verschillende standpunten in de rechtsleer geduid en wordt de meerderheidsvisie uiteengezet en geëvalueerd. In dit hoofdstuk wordt een omvattend overzicht gegeven van het begrip dagelijks bestuur door de jaren heen om zo te komen tot de beperkende definitie die het Hof van Cassatie in 2009 aan het begrip toegeschreven heeft en een analyse van de gevolgen daarvan.⁴ Op het einde wordt een voorstel gedaan *de lege ferenda* om aan de hand van verschillende objectiveerbare en meetbare criteria een handeling in te delen als een bestuurshandeling dan wel als een handeling van dagelijks bestuur.

- **Deel III - Rechtspositie van de dagelijks bestuurder tegenover de vennootschap** - In deel 3 wordt het statuut van de dagelijks bestuurder tegenover de vennootschap onderzocht. Anders dan bij de bestuurder, kan de uitvoering van de opdracht van de dagelijks bestuurder immers gebeuren in het kader van een arbeidsovereenkomst. Essentieel voor de kwalificatie als een arbeidsovereenkomst is de vereiste van het bestaan van een gezagsverhouding tussen de dagelijkse bestuurder en de vennootschap en aldus dat het dagelijks bestuur wordt waargenomen onder het gezag van een ander orgaan, een andere bestuurder of een aangestelde van de vennootschap. Eveneens anders dan bij de bestuurder, kan in de

⁴ Cass. 26 februari 2009, TRV 2009, 444, noot C. CLOTTENS; TBH 2009, afl. 9, 948, noot E. POTTIER en A. BERTRAND; RW 2009-10, 1129; noot W. GOOSSENS en B. CAFMEYER; FJF 2010, afl. 6, 615; JLMB 2010, afl. 4, 154; Pas. 2009, afl. 2, 592; JDSC 2010, 59, noot M. COIPEL; RGCF 2010, afl. 2, 156, noot.

managementovereenkomst die de dagelijks bestuurder met de onderneming sluit – binnen de perken van het remuneratiebeleid van de vennootschap - een opzeggingsvergoeding en een opzeggingstermijn overeengekomen worden.

- **Deel IV - Persoonlijke aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder** – In deel vier wordt de persoonlijke gehoudenheid van de dagelijks bestuurder, zowel in zijn verhouding tot de vennootschap als tegenover derden, behandeld. De toepasselijke aansprakelijkheidsgronden worden geduid, telkens rekening houdend met het statuut van de betrokken leidinggevende. Tevens wordt in dit hoofdstuk aangegeven in welke mate de op het eerste gezicht beperkte aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder, kan worden genuanceerd en wordt uitgezocht of er criteria zijn op grond waarvan de verantwoordelijkheid van de dagelijks bestuurder kan worden verzwamd (bijvoorbeeld in geval hij nog andere mandaten in de vennootschap waarneemt) dan wel of er in sommige gevallen de mogelijkheid bestaat om zich tegen zijn aansprakelijkheid te weren en/of deze te verlichten (bijvoorbeeld in geval hij met betrekking tot de foutief gestelde handeling geen eigen beoordelingsbevoegdheid had of voor het uitvoeren van zijn opdracht niet werd betaald). Daarnaast wordt nagegaan of er mogelijkheden bestaan om kwijting te verlenen aan de dagelijks bestuurder en wordt besproken door wie en binnen welke termijn de aansprakelijkheidsvordering kan worden ingesteld.

- **Deel V – (Re)organisatie van de dagelijkse leiding in de Belgische NV** – In het laatste deel van dit proefschrift ligt de focus op de toekomst. De kwestie van de afschaffing van het orgaan van dagelijks bestuur staat al op de agenda vanaf het ogenblik dat dit orgaan is ontstaan en wordt ook nu weer opnieuw geformuleerd door de Bijzondere Commissie Vennootschapsrecht. Gezaghebbende auteurs, waaronder RONSE, GEENS en WYCKAERT suggereren al jarenlang dat het W. Venn. voldoende alternatieven voorstelt om het orgaan van dagelijks bestuur - en de problemen die daarbij horen - uit de weg te gaan.⁵ NELISSEN-GRADE belichtte n.a.v. van de legalisering van het directiecomité in 2002 dat het nieuwe artikel 524bis W. Venn. geen enkele bepaling bevatte over de verhouding tussen het dagelijks bestuur en het

⁵ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, p. 392 en 393; M. WYCKAERT en K. GEENS, "Het gebruik van het facultatief duaal systeem in Belgische beursgenoteerde vennootschappen", *TRV* 2010, afl. 7, p. 529.

directiecomité, omdat de wetgever het tijdens de parlementaire voorbereiding blijkbaar als een evidentie had beschouwd dat de vennootschappen die een directiecomité instellen, niet bovendien een orgaan van dagelijks bestuur zouden oprichten. Tegelijk uitte hij de bezorgdheid dat de bestaande praktijken zouden worden gehandhaafd, dit naar analogie met de evolutie na de invoering van de mogelijkheid om de vennootschap te vertegenwoordigen door middel van tweehandtekeningsclausules.⁶ ERNST en VAN DEN EYNDEN waarschuwden, eveneens bij de invoering van het directiecomité, voor het risico van bevoegdheidsverwarring zeker indien een vennootschap tegelijk drie organen zou installeren.⁷ De onzekerheid die het orgaan al van bij het begin met zich meebrengt samen met het voorhanden zijn van verschillende, deugdelijke alternatieven om de vennootschap naar derden toe te vertegenwoordigen nopen tot een onderzoek naar de actuele betekenis van het orgaan van dagelijks bestuur. De vraag stelt zich dan ook heel concreet of het orgaan van dagelijks bestuur *hic et nunc* niet kan worden weggedacht uit het Belgische vennootschapsrecht. In deel V worden daarom de voor- en nadelen van het behoud versus de afschaffing van artikel 525 W. Venn. becommentarieerd. Tenslotte dient in het kader van dit onderzoek in elk geval te worden geverifieerd hoe de dagelijkse leiding in de genoteerde en niet-genoteerde NV vandaag in realiteit georganiseerd wordt. De vraag is hierbij hoe ver de theorie van de praktijk verwijderd is. Op basis van al deze informatie kan dan een voorstel *de lege ferenda* geformuleerd worden.

Hoofdstuk II: TEN GELEIDE: TERMINOLOGIE

13. In een analyse over het orgaan van dagelijks bestuur past het om vooreerst de toepasselijke terminologie onder de loep te nemen. Artikel 525 W. Venn, dat de wettelijke grondslag is inzake het orgaan van dagelijks bestuur, laat na om een 'eigen naam' te geven aan het lid/de leden van dit orgaan van dagelijks bestuur. Uit de wet kan dan ook niet op een eensluidende wijze worden afgeleid hoe de persoon aan wie de dagelijkse leiding in de NV wordt opgedragen precies genoemd moet worden.⁸

⁶ J.M. NELISSEN GRADE, "Het nieuwe directiecomité", in X., *Nieuw Vennootschapsrecht 2002. Wet Corporate Governance*, Kalmthout, Biblo 2003, p.144, nr. 66.

⁷ P. ERNST en L. VAN DEN EYNDEN, "Het directiecomité in de corporate governance-wet. Een eerste analyse", *TRV* 2002, afl. 8, p. 568, nr. 63.

⁸ Art. 525 W. Venn. spreekt enkel over 'één of meer personen, al dan niet aandeelhouders, die alleen of gezamenlijk optreden'.

14. Artikel 525 W. Venn. bepaalt dat de raad van bestuur de dagelijkse leiding van de vennootschap zowel kan opdragen aan bestuurders als aan niet-bestuurders. Dit zorgt ervoor dat er in de praktijk uiteenlopende namen worden gegeven aan de persoon die bedoeld wordt in artikel 525 W. Venn. Er wordt - zowel in de rechtspraak, de rechtsleer als in de praktijk - afwisselend gerefereerd naar de 'afgevaardigd bestuurder', de 'gedelegeerd bestuurder', 'directeur', 'manager', CEO etc. De verwarring wordt daarbij nog meer in de hand gewerkt door het gebruik om de hoogste uitvoerende functies in de vennootschap met Engelse termen te betitelen.⁹ Het door elkaar gebruiken van deze verschillende benamingen voor eenzelfde figuur kan leiden tot onzekerheid en verwarring, voornamelijk voor derden die met de vennootschap in aanraking komen.¹⁰

15. In 1999, nog voor de totstandkoming van het Wetboek van vennootschappen, uitte prof. dr. Jozef VAN HAVER reeds zijn bezorgdheid omtrent het stilzwijgen van de wetgever over dit punt. VAN HAVER had vastgesteld dat de praktijk nu eens gebruik maakte van de benaming *gedelegeerd bestuurder* en dan weer van de *afgevaardigd bestuurder* om de persoon belast met het dagelijks bestuur van de vennootschap te benoemen. VAN HAVER verdedigde destijds de stelling dat de term *gedelegeerd bestuurder* de enige juiste kon zijn en dus verkozen moest worden boven die van *afgevaardigd bestuurder*. Hij verantwoordde zijn keuze op basis van de gangbare betekenisomschrijving van verbogen werkwoorden (*afvaardigen* versus *delegeren*), waaruit hij distilleerde dat de 'afgevaardigde' diegene was die belast was met de vervulling van een welbepaalde opdracht in een ander orgaan of in een andere instantie en dat de 'gedelegeerde' veeleer gezien moest worden als een gevolmachtigde met een welbepaalde (overgedragen) bevoegdheid.¹¹ Onder verwijzing naar de algemene regel voor woorden die als een eenheid opgevat moeten worden, beklemtoonde hij daarenboven dat

⁹ E. LEROUX, "Delegatie van bevoegdheden door de raad van bestuur in de naamloze vennootschap", in X (ed.), *Delegatie en taakverdeling in de raad van bestuur van de naamloze vennootschap*, Larcier, 2016, nr. 7.

¹⁰ Deze kritiek bestond reeds in oudere rechtsleer: J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T.I, Brussel, Bruylant, 1954, p. 408, nr. 643; J. LEHRER, "La notion de gestion journalière. Recherche d'une méthode", *Revue* 1957, p. 71, nr. 4657. Beide auteurs bekritisieren de gehanteerde terminologie als '*incertaine et parfois trompeuse*'. In de praktijk blijkt er voornamelijk verwarring te bestaan omtrent de verschillen tussen de gedelegeerd bestuurder en de dagelijks bestuurder.

¹¹ J. VAN HAVER, (Taalrubriek) "Gedelegeerd bestuurder", *TRV* 1998, 59. De auteur illustreerde zijn standpunt met de afvaardiging van een persoon van een plaatselijke vereniging naar het Provinciaal Comité, de afvaardiging van twee bestuursleden naar een vergadering van het hoofdbestuur en die van studenten op de faculteitsraad.

het woord 'gedelegeerd' in gedelegeerd bestuurder te allen tijde geschreven moet worden zonder buigings-e.¹²

16. Hoewel de stelling van VAN HAVER taalkundig zeer juist is, kan deze juridisch veel moeilijker verdedigd worden. De term 'gedelegeerd bestuurder' wordt immers doorgaans reeds gebruikt voor de bestuurder(s) aan wie op grond van artikel 522§2 W. Venn. krachtens de statuten de bevoegdheid wordt verleend om de vennootschap, alleen of samen met een andere bestuurder, te vertegenwoordigen in het handelsverkeer.¹³ De in artikel 522§2 W. Venn. bedoelde vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft betrekking op een algemene (geen bijzondere of specifieke) bevoegdheid om de belangen van de vennootschap waar te nemen en reikt veel verder dan de bevoegdheid van de persoon belast met het dagelijks bestuur, die in principe slechts bevoegd is voor de vertegenwoordiging van de vennootschap binnen de grenzen van het dagelijks bestuur.¹⁴ Vanuit de redenering dat een gedelegeerd bestuurder belast is met een algemene opdracht veeleer dan met een bijzondere opdracht/taak, volgt dat 'de personen belast met het dagelijks bestuur van de vennootschap', in de zin van artikel 525 W. Venn., eveneens gedelegeerd bestuurders zijn, zij het met een gelimiteerde bevoegdheid: die om de naamloze vennootschap te vertegenwoordigen binnen de grenzen van het dagelijks bestuur, *i.e.* het dagelijks bestuur *sensu stricto*. De gedelegeerd bestuurder kan dus te allen tijde ook de taken waarnemen van de dagelijks bestuurder maar niet andersom. Gelet op het verschil in de vertegenwoordigingsbevoegdheid tussen beide figuren, komt het gepast voor om iedere bestuurder met een andere naam aan te duiden. De term *gedelegeerd bestuurder* dient in die optiek dan ook best voorbehouden te worden voor de persoon die wordt bedoeld in artikel 522§2 W. Venn.

17. Een ander euvel is dat de persoon aan wie het dagelijks bestuur is opgedragen, niet noodzakelijk een lid moet zijn van de raad van bestuur.¹⁵ Hoewel dit in de praktijk meestal het geval is, hoeft de betreffende persoon, om belast te worden met taken van dagelijks

¹² J. VAN HAVER, (Taalrubriek), "Gedelegeerd bestuurder", TRV 1998, 60.

¹³ Art. 522§2 W. Venn. De benaming vindt ook steun in de rechtspraak en rechtsleer, die de figuur bedoeld in art. 522§2 W. Venn. steevast betitelen als de gedelegeerd bestuurder. Cass. 22 december 1977, Arr. Cass. 1978, 501; RW 1977-78, 2199, noot P. CRAB, *Rév. Prat. Soc.* 1978, nr. 5978, p. 191; *Mouv. Comm.* 1979, 389 en *Pas.* 1978, 472, noot A.C.; C. BERTSCH, "Pouvoir général de représentation de l'administrateur délégué d'une société anonyme en vertu de l'article 522§2 du Code des Sociétés", JDSC 2003, 187-188.

¹⁴ C. BERTSCH, "Pouvoir général de représentation de l'administrateur délégué d'une société anonyme en vertu de l'article 522 par. 2 du Code des Sociétés", JDSC 2003, 187-188.

¹⁵ Art. 525 W. Venn.; Cass. 18 februari 1884, *Pas.* 1884, I, 78. Wel is de dagelijks bestuurder - in tegenstelling tot de gedelegeerd bestuurder - niet enkel vertegenwoordigingsbevoegd, maar ook bestuursbevoegd.

bestuur in enge zin, geen bestuurdersmandaat te bekleden binnen de vennootschap. Wanneer het dagelijks bestuur opgedragen wordt aan één van de bestuurders, wordt deze doorgaans aangeduid als de *gedelegeerd bestuurder*. Wanneer dit niet het geval is, gebruikt men de benaming *directeur* of *algemeen directeur*.¹⁶ Aangezien het woord directeur in de gebruikelijke betekenis betrekking heeft op een lid van het personeel dat hoort tot het hoger kader van de onderneming, maar toch handelt als een aangestelde daarvan en onder toezicht van de vennootschapsorganen, is ook deze term niet toereikend. De vraag blijft dus welke naam de persoon uit artikel 525 W. Venn. moet krijgen om de verschillende actoren van het uitvoerend management van de vennootschap van elkaar te onderscheiden.

18. Ook de wettekst van de wet deugdelijk bestuur van 6 april 2010, die anders dan artikel 525 W. Venn. wel melding maakt van het dagelijks bestuur, bracht, althans wat de benoeming van de persoon uit artikel 525 W. Venn. betreft, niets bij.¹⁷

Bij de implementatie van deze Wet, die onder meer geleid heeft tot de invoering van het remuneratieverslag en -comité voor beursgenoteerde bedrijven¹⁸, wordt consequent gesproken over *de personen belast met het dagelijks bestuur van de vennootschap*. Hoewel het zeer duidelijk is welke personen hiermee precies beoogd worden - met name de personen die op grond van artikel 525 W. Venn. het dagelijks bestuur van de vennootschap waarnemen -, blijft de wetgever ook nu weer erg vaag en heeft hij de bestaande naamsverwarring tussen de verschillende vertegenwoordigers van de naamloze vennootschap niet opgelost.

19. De term CEO, dat de afkorting is van de Angelsaksische term '*Chief Executive Officer*', dekt evenmin de lading. De CEO fungeert in de Belgische NV als de operationele leider van de vennootschap. Hij staat aan het hoofd van het uitvoerend management en kan in die hoedanigheid wel of geen lid zijn van de raad van bestuur. De functie van CEO kan alle hoedanigheden betreffen: bestuurder, gedelegeerd bestuurder, lid van het directiecomité, dagelijks bestuurder of manager. Heel vaak is de CEO in theorie 'slechts' het orgaan van dagelijks bestuur, terwijl hij in de praktijk de 'nummer 1' is van de onderneming op

¹⁶ J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T.I, Brussel, Bruylant, 1954, p. 408, nr. 643.

¹⁷ Wet van 6 april 2010 tot versterking van het deugdelijk bestuur bij de genoteerde vennootschappen en de autonome overheidsbedrijven en tot wijziging van de regeling inzake het beroepsverbod in de bank en financiële sector, BS 23 april 2010, 22709.

¹⁸ Middels een wijziging van art. 96 W. Venn. en de invoering van art. 526 *quater* W. Venn.

organisatorisch en commercieel vlak.¹⁹ Het Wetboek van vennootschappen gebruikt de term CEO overigens nergens, maar verwijst er alleen maar onrechtstreeks naar door in de wetgeving met betrekking tot het jaarverslag melding te maken van 'de hoofdvertegenwoordiger van de personen belast met het dagelijks bestuur'.²⁰

De Belgische Corporate Governance Code voor beursgenoteerde vennootschappen ('Code 2009') maakt daarentegen wél expliciet melding van de CEO en verklaart dat hiermee dat lid van het uitvoerend management bedoeld wordt, dat de leiding heeft over de ondernemingsactiviteiten en dus over het operationele beleid van de vennootschap.²¹ De figuur 'CEO' is wel degelijk een gedelegeerd bestuurder, zij het diegene met de leiding over het operationele beleid van de vennootschap. ²²

20. Maar welke naam is dan wel in staat om de lading te dekken? Mijn voorstel is om de persoon, of deze nu wel of geen aandeelhouder is van de vennootschap, aan wie het dagelijks bestuur kan worden opgedragen op grond van artikel 525 W. Venn., heel eenvoudig te aan te duiden als de 'dagelijks bestuurder'.²³ Indien deze eigen naam consistent wordt gebruikt, maakt deze de bestaande verwarring ongedaan en wordt hierdoor een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de persoon die bedoeld wordt in artikel 522§2 versus de persoon die wordt bedoeld in artikel 525 W. Venn. Voor de dagelijks bestuurder die tegelijkertijd ook een lid is van de raad van bestuur, gebruikt men in de statuten vaak de term 'afgevaardigd

¹⁹ E. LEROUX, "Delegatie van bevoegdheden door de raad van bestuur in de naamloze vennootschap", in X (ed.), *Delegatie en taakverdeling in de raad van bestuur van de naamloze vennootschap*, Larcier, 2016, nr. 3; M. WYCKAERT en K. GEENS, "Het gebruik van het facultatief duaal systeem in Belgische beursgenoteerde vennootschappen", *TRV* 2010, afl. 7, p. 529.

²⁰ "Het bedrag van de remuneratie en andere voordelen die rechtstreeks of onrechtstreeks aan de hoofdvertegenwoordiger van de uitvoerende bestuurders, aan de voorzitter van het directiecomité, aan de hoofdvertegenwoordiger van de personen belast met het dagelijks bestuur werden toegekend door de vennootschap of een vennootschap die tot de consolidatiekring van deze vennootschap behoort." (art. 96, §3, 6° W. Venn.)

²¹ Principe 1, punt 1.5 van de Code 2009 "Aan het hoofd van de vennootschap wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen enerzijds de verantwoordelijkheid voor het leiden van de raad van bestuur en anderzijds de uitvoerende verantwoordelijkheid voor het leiden van de ondernemingsactiviteiten. De functies van voorzitter van de raad van bestuur en die van chieff executive officer (hierna 'CEO' genoemd) mogen niet door één en dezelfde persoon worden uitgeoefend." De Code 2009 kan geraadpleegd worden via de volgende link: <http://www.corporategovernancecommittee.be>

²² De memorie van toelichting bij de wet deugdelijk bestuur heeft het over het gezicht van de onderneming en de ultieme verantwoordelijke over alle beslissingen genomen door het directiecomité of de dagelijks bestuurders. Memorie van toelichting bij de wet tot versterking van het deugdelijk bestuur bij de genoteerde vennootschappen en de autonome overheidsbedrijven en tot wijziging van de regeling inzake het beroepsverbod in de bank- en financiële sector, *Parl. St. Kamer*, 2009-2010, nr. 52-2336/001, p. 12. Zie hierover M. WYCKAERT en K. GEENS, "Het gebruik van het facultatief duaal systeem in Belgische beursgenoteerde vennootschappen", *TRV* 2010, afl. 7, p. 529.

²³ Suggestie voor het Frans: *administrateur-délégué à la gestion journalière* of korter : *le directeur*.

bestuurder'.²⁴ De stelling van LEROUX dient hier gevolgd te worden, namelijk dat dit terminologisch onderscheid conceptueel niets toevoegt aan de analyse. Hoewel de terminologie dit ten onrechte laat uitschijnen, beschikt de afgevaardigd bestuurder immers niet over meer of andere bevoegdheden dan de dagelijks bestuurder.²⁵ Het verschil tussen beiden kan worden teruggebracht tot het lidmaatschap van de raad van bestuur en dus het al dan niet deel uitmaken van een collegiaal bestuursorgaan.²⁶ Omwille van de gelijklopende bevoegdheden en om het risico op verwarring zoveel mogelijk uit te sluiten, zal in deze analyse meestal geen onderscheid gemaakt worden tussen de dagelijks bestuurders die wel of geen deel uitmaken van de raad van bestuur. In de zeldzame gevallen waar het onderscheid wel van belang kan zijn, zoals dat bijvoorbeeld het geval is bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder, zal voor de dagelijks bestuurder die tevens lid is van de raad van bestuur gebruik gemaakt worden van de term 'afgevaardigd bestuurder'.

DEEL I: VOORSTELLING VAN HET ORGAAN

²⁴ E. LEROUX, "Delegatie van bevoegdheden door de raad van bestuur in de naamloze vennootschap", in X (ed.), *Delegatie en taakverdeling in de raad van bestuur van de naamloze vennootschap*, Larcier, 2016, p. 7, nr. 6.

²⁵ Beiden kunnen de vennootschap maximaal vertegenwoordigen bij handelingen die deel uitmaken van het dagelijks beleid van de vennootschap en ook hun individuele beslissingsbevoegdheid wordt wettelijk begrensd tot het dagelijks bestuur (art. 525 W. Venn.). Het is pas wanneer de dagelijks bestuurder als lid van de raad van bestuur door middel van een éénhandtekeningsclausule wordt aangesteld als gedelegeerd bestuurder dat hij/zij de vennootschap individueel kan vertegenwoordigen voor alle handelingen die het vennootschapsdoel dienen (art. 522§2 W. Venn.). De beslissing daartoe kan hij nochtans zelf niet nemen. De principiële collegiale beraadslaging van de raad van bestuur laat dit niet toe.

²⁶ E. LEROUX, "Delegatie van bevoegdheden door de raad van bestuur in de naamloze vennootschap", in X (ed.), *Delegatie en taakverdeling in de raad van bestuur van de naamloze vennootschap*, Larcier, 2016, p. 7, nr. 6.

Hoofdstuk I: HISTORIEK

Afdeling I Introductie van het begrip in onze rechtsorde

21. Het begrip dagelijks bestuur werd in de Belgische Vennootschappenwet ingevoerd door de wet van 18 mei 1873 houdende titel IX, Boek 1 van het Wetboek van koophandel, met betrekking tot vennootschappen.²⁷ Artikel 53 van deze wet bepaalde destijds :

"La gestion journalière des affaires de la société, ainsi que la représentation de la société, en ce qui concerne cette gestion, peuvent être déléguées à des directeurs, gérants et d'autres agents, associés ou non associés, dont la nomination, la révocation et les attributions sont réglées par les statuts. La responsabilité de ces agents, se détermine conformément aux règles générales du mandat."²⁸

De implementatie van deze wet in de Belgische rechtsorde leidde tot de (facultatieve) mogelijkheid om het dagelijks bestuur van de naamloze vennootschap te delegeren aan welbepaalde afgevaardigden, (al dan niet) aandeelhouders.²⁹

22. De rechtsfiguur op zich was niet nieuw en dat in twee opzichten: enerzijds was zij rechtstreeks geïnspireerd op bestaande Franse regelgeving, anderzijds betrof het de loutere legalisering van een frequent gebruikte praktijk.³⁰ Het nieuwe artikel bestendigde enkel en alleen een 'mogelijkheid', waarvan men in het ondernemingsleven van toen reeds gebruik maakte en die op dat ogenblik geregeld werd door de algemene principes.³¹ Ook in die tijd was men zich er aldus reeds van bewust dat het niet doenbaar was voor de raad van bestuur om elke dag te vergaderen, aanwezig te zijn in de onderneming dan wel zich te bekommeren

²⁷ Wet van 18 mei 1873 houdende titel IX, Boek 1 van het Wetboek van koophandel, met betrekking tot vennootschappen, gecoördineerd bij KB van 30 november 1935 (BS 5 december 1935).

²⁸ Art. 53, Wet van 18 mei 1873 houdende titel IX, Boek 1 van het Wetboek van Koophandel, met betrekking tot vennootschappen, gecoördineerd bij KB van 30 november 1935 (BS 5 december 1935). Vrije vertaling: "Het dagelijks bestuur van de zaken van de vennootschap mag, net zoals de vertegenwoordiging ervan, gedelegeerd worden aan directeurs, managers en andere agenten, al dan niet aandeelhouders, waarvan de benoeming, het ontslag en de bevoegdheden geregeld worden door de statuten. De aansprakelijkheid van deze agenten wordt geregeld overeenkomstig de algemene regels van lastgeving."

²⁹ Memorie van toelichting, Parl. St. Kamer, 1864-1865, zitting van 5 juli 1865, nr. 249, p.5.

³⁰ Loi du 29 juillet 1867 (Dalloz, Rec. Pér., 1867, 4, 110).

³¹ Verslag namens de Commissie, door M. PIRMEZ, Parl. St. Kamer, 1865-1866, zitting van 9 februari 1866, nr. 62, p. 67 'Cet article ne fait que consacrer une faculté dont la pratique use toujours, et qui est régie par les principes généraux'.

om rechtshandelingen die geen aanleiding gaven tot moeilijkheden of die niet langer uitgesteld konden worden.³²

Afdeling II Invoering van het dagelijks bestuur als een orgaan in onze rechtsorde

23. Bij de wet van 6 maart 1973 werd artikel 63 Venn. W. gewijzigd als volgt:

“Het dagelijks bestuur van de zaken van de vennootschap alsook de vertegenwoordiging van wat dat bestuur aangaat, mogen worden opgedragen aan één of meer bestuurders, zaakvoerders en andere agenten, al dan niet vennoten, die alleen of gezamenlijk optreden. Hun benoeming, ontslag en bevoegdheid worden geregeld bij de statuten, echter zonder dat beperkingen van hun vertegenwoordigingsbevoegdheid ten aanzien van het dagelijks bestuur tegen derden kunnen worden ingeroepen, zelfs indien ze openbaar gemaakt zijn (...)”³³

De invoering van dit artikel leidde tot de introductie van het dagelijks bestuur als een orgaan in onze rechtsorde.³⁴

24. Deze aanpassing van de wet kwam er in navolging van de eerste vennootschapsrichtlijn van 9 maart 1968, die, naast de openbaarmaking en de nietigheid van de vennootschap, de rechtsgeldigheid van de verbintenissen van de vennootschap heeft willen coördineren in de

³² J. GUILLERY, *Des sociétés commerciales en Belgique. Commentaire de la loi du 18 mai 1873*, II, Brussel, Bruylant, 1875, nr. 703, p. 387-388.

³³ Art. 15 Wet 6 maart 1973, BS 23 juni 1973. Art. 63 (oud) gaat verder als volgt: “De bepaling dat het dagelijks bestuur wordt opgedragen aan één of meer personen die alleen of gezamenlijk optreden, kan tegen derden worden ingeroepen onder de voorwaarden bepaald in art. 10. De aansprakelijkheid van hen aan wie het dagelijks bestuur is opgedragen, uit hoofde van dat bestuur wordt bepaald overeenkomstig de algemene regels van de lastgeving.”

³⁴ De organen van de vennootschap zijn de personen van wie de bevoegdheid om de vennootschap te vertegenwoordigen ontleend is aan een opdracht die door de wet is ingesteld. Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp tot wijziging van de wetgeving betreffende de handelsvennootschappen, *Parl. St. Kamer*, 1969-70, nr. 1 p. 17. Volgens RONSE bestaat er geen in alle opzichten bevredigende definitie van het begrip ‘orgaan’, maar dient dit te worden begrepen in zijn tegenstelling tot gevolmachtigde en ondergeschikte. De rechtsgevolgen van de handelingen die door het orgaan in zijn functie verricht zijn, worden op rechtstreekse wijze toegerekend aan de rechtspersoon, zodat die geacht wordt zelf gehandeld te hebben. J. RONSE, *De Vennootschapswetgeving 1973. Commentaar van de wet van 6 maart 1973*, Gent-Leuven, Story’s rechtskundige uitgaven, 1973, p. 152-153, nr. 292.

lidstaten van de Europese Unie.³⁵ Één van de doelstellingen van de richtlijn bestond eruit de belangen van derden in de verschillende lidstaten beter te beschermen, onder meer door de gronden van ongeldigheid van de ten name van de vennootschap aangegane verbintenissen zoveel mogelijk te beperken.³⁶ Voor de richtlijn van '68 werd het Europese vennootschapsrecht gekenmerkt door een grote onzekerheid omtrent de omvang van de bevoegdheid van de organen van bestuur en vertegenwoordiging.

In België gold, tot voor de omzetting van de richtlijn, dat de vennootschap zelf de vertegenwoordigingsbevoegdheid van haar organen kon regelen. Bevoegdheidsbeperkingen die in de statuten van de vennootschap voorzien en bekendgemaakt werden, konden aan derden worden tegengeworpen. Derden die de statuten niet geraadpleegd hadden, werden dan ook regelmatig geconfronteerd met een ongeldige overeenkomst, gesloten door een orgaan dat buiten de toegekende statutaire bevoegdheid gehandeld had.³⁷

Artikel 9 van de eerste vennootschapsrichtlijn nam een groot deel van de onzekerheid weg door te voorzien dat de vennootschap, minstens in geval van vertegenwoordiging door haar organen, ten opzichte van derden gebonden zou worden door de rechtshandelingen die door haar organen worden verricht (i.e. de orgaantheorie).³⁸ Zelfs als de vennootschap in haar statuten voorzien had dat een orgaan bepaalde handelingen niet kon stellen of een bepaald budget niet kon overschrijden, dan nog zou de vennootschap verbonden zijn tegenover de derde die met de vennootschap gehandeld heeft. Behoudens diegene die wettelijk worden voorzien, zijn restricties van de bevoegdheid van een orgaan, niet tegenstelbaar aan derden.

Als een rechtssubject kan de vennootschap slechts rechtshandelingen stellen door de tussenkomst van natuurlijke personen. De vennootschap moet 'bestendig en

³⁵ Eerste richtlijn van de raad van 9 maart 1968 68/151/EEG strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van art. 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, *PB. L.* 1968, p. 8.

³⁶ De vijfde overweging van de eerste vennootschapsrichtlijn stelde dat '*de bescherming van derden moet worden verzekerd door middel van bepalingen die de gronden van ongeldigheid van de ten name van de vennootschap aangegane verbintenissen zoveel mogelijk beperken*'.

³⁷ J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973. Commentaar van de wet van 6 maart 1973*, Gent-Leuven, Story's Rechtskundige uitgaven, 1973, p. 148, nr. 284.

³⁸ Art. 9 van de eerste richtlijn van de raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van art. 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, thans art. 10 Richtlijn 2009/101/EG van 16 september 2009, *Pb. L.* 258, 1 oktober 2009, p. 11.

noodzakelijk' vertegenwoordigd worden in het handelsverkeer.³⁹ De organen die de naamloze vennootschap kunnen vertegenwoordigen staan limitatief opgesomd in artikel 526 W. Venn. en zijn de raad van bestuur, de gedelegeerd bestuurder, het directiecomité en het dagelijks bestuur.⁴⁰ Buiten deze wettelijke organen, kunnen de vennootschappen, bijvoorbeeld in de statuten, niet nog andere organen in werking stellen. Wel is het mogelijk om de vennootschap te laten vertegenwoordigen bij volmacht (niet-organieke vertegenwoordiging). In een systeem van organieke vertegenwoordiging - als alternatief voor de vertegenwoordiging bij volmacht - doet het orgaan van zijn hoedanigheid blijken door de bekendmaking van zijn benoeming in de bijlagen bij het Staatsblad. Een bewijs van volmacht moet, in tegenstelling tot bij de lastgeving, niet voorgelegd worden aan de derde waarmee men handelt. Verder geldt ook dat de onregelmatigheid in de benoeming niet aan de derde te goeder trouw kan worden tegengeworpen, nadat deze benoeming in overeenstemming met de wet bekendgemaakt werd.⁴¹

25. Met de wetwijziging van 1973 opteerde de wetgever - in het licht van de Europese richtlijn - voor dit nieuwe systeem van vertegenwoordiging. Het vroegere uitgangspunt, waarbij de omvang van de externe vertegenwoordigingsmacht samenviel met de omvang van de interne bestuursbevoegdheid, werd daarbij verlaten en maakte plaats voor de introductie van het Duitse prokurasysteem, op grond waarvan de externe vertegenwoordigingsmacht van een vennootschapsorgaan, uitsluitend bij wet kan begrensd worden. Statutaire beperkingen en onderlinge taakverdelingen blijven toegestaan, maar begrenzen enkel de interne bestuursbevoegdheid en kunnen onder geen beding aan derden tegengeworpen worden, zelfs niet als zij openbaar gemaakt zouden zijn (art. 522§2 W. Venn.).⁴² Anders gezegd: de

³⁹ J. RONSE, "De vertegenwoordiging van rechtspersonen naar Belgisch recht", in X, *Gebruikt dese mynen arbeit tot uwen beste. Verspreide geschriften Jan Ronse*, Reeks rechtspersonen en vennootschapsrecht, nr. 20, Biblo, Kalmthout, 2009, p. 456. De handelingen, gesteld binnen de wettelijke bevoegdheid van het orgaan, worden nadien toegerekend aan de vennootschap (Cass. 25 november 1954, *Révue des Sociétés* 1955, 135; Cass. 19 februari 1955, *Pas.* 1955, 659; Cass. 22 juni 1961, *Pas.* 1961, 1168).

⁴⁰ Aangenomen wordt dat de vennootschap, sedert de wetwijziging van 1973, uitsluitend kan optreden via de wettelijke organen. Er is sedertdien aldus geen ruimte meer voor statutaire organen van vertegenwoordiging waarin de wet niet voorziet.

⁴¹ J. RONSE, "De vertegenwoordiging van rechtspersonen naar Belgisch recht", in X, *Gebruikt dese mynen arbeit tot uwen beste. Verspreide geschriften Jan Ronse*, Reeks rechtspersonen en vennootschapsrecht, nr. 20, Biblo, Kalmthout, 2009, p. 457.

⁴² J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973. Commentaar van de wet van 6 maart 1973*, Gent-Leuven, Story's rechtskundige uitgaven, 1973, p. 167, nr. 319; L. SIMONT, "La loi du 6 mars modifiant la législation relative aux sociétés commerciales", *RPS* 1974, nr. 5786, p. 39.

statuten bepalen de grenzen waarbinnen de organen mogen handelen (de bevoegdheid) en de wet bepaalt de grenzen waarbinnen zij kunnen handelen (de macht).

26. Aangezien het dagelijks bestuur een wettelijk orgaan is, geldt ook hier dat de vertegenwoordigingsmacht van de leden ervan beheerst wordt door het prokurasysteem. Statutaire beperkingen met betrekking tot de vertegenwoordigingsmacht van het dagelijks bestuur kunnen aan derden niet tegengeworpen worden. In tegenstelling tot de andere vennootschapsorganen echter, is het orgaan van dagelijks bestuur niet algemeen vertegenwoordigingsbevoegd, maar is de bevoegdheid ervan wettelijk beperkt tot het dagelijks bestuur (m.a.w.: het dagelijks bestuur is een wettelijke beperking van de vertegenwoordigingsmacht van het orgaan van dagelijks bestuur). Statutaire clausules met een bevoegdheidsomschrijving van het dagelijks bestuur van een bepaalde vennootschap zijn niet ongeldig, maar evenmin afdwingbaar ten opzichte van derden. Zij verbinden de rechter niet en indien zij een ruimere bevoegdheid toekennen dan de wettelijke bevoegdheid, zal deze van rechtswege verminderd worden.⁴³ Handelingen die verder reiken dan dit dagelijks bestuur binden de vennootschap in beginsel niet.⁴⁴ Aangezien de omvang van het dagelijks bestuur voortvloeit uit de wet, is het van essentieel belang te weten wat precies onder dit wettelijk begrip moet worden verstaan. Dit komt verder aan bod in Deel II van dit boek.⁴⁵

Afdeling III Rechtsvergelijkende analyse

§ 1. Uniek in België (en in Luxemburg)

⁴³ Statutaire clausules kunnen wel een aanwijzing vormen voor de rechter die *post factum* dient te oordelen of een handeling al dan niet binnen de bevoegdheidsfeer van het dagelijks bestuur gesitueerd kan worden.

⁴⁴ Kh. Brussel 29 februari 1980, *Rév. prat. soc.* 1981, 81; Kh. Brussel 8 juni 1980, *BRH* 1981, 81; Kh. Bergen (3^e kamer) 24 mei 2000, *JDSC* 2002, 142, noot C. BERTSCH, *JLMB* 2001, 837 en <http://jlm.bi.larcier.be> (1 juli 2001) ("Het feit dat een bestuurder de inhoud van een hem door de raad van bestuur verleende machtiging tot verkoop niet naleeft, leidt tot machtsoverschrijding die niet tegen derden kan ingeroepen worden. Daarentegen kunnen inbreuken op de wettelijke bepalingen inzake de verdeling van bevoegdheden in een vennootschap, tegen derden worden ingeroepen. In dit verband gaat de verkoop van zes zevenden van de onroerende activa van de vennootschap klaarblijkelijk het dagelijks bestuur te buiten (..."); F. CLEEREN, "Het orgaan van dagelijks bestuur", *RW* 1996-1997, p. 213; B. TILLEMAN, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 663 nrs. 1051.

⁴⁵ Zie *infra* randnummers 271 en verder.

27. Het opdragen van het dagelijks bestuur van de vennootschap aan een afzonderlijk orgaan van dagelijks bestuur, dat bestaat naast een raad van bestuur en eventueel nog een uitvoerend comité, is een bijzonderheid uit het Belgische vennootschapsrecht. In Nederland, Frankrijk en Duitsland heeft men geen afzonderlijk orgaan van dagelijks bestuur.⁴⁶ Ook in de common law-landen (U.S., Groot-Brittannië) is dit een ongekend fenomeen.⁴⁷ In sommige landen bestaat de figuur van de dagelijks bestuurder (niet het orgaan) wel in de praktijk.

28. Van de onderzochte landen voorziet enkel het Luxemburgse vennootschapsrecht, dat ook voor het overige dicht aanleunt bij het Belgische vennootschapsrecht, in een gelijkaardige regeling als de Belgische. Op grond van artikel 60, dat geïntroduceerd werd bij de wet van 23 november 1972, van de Luxemburgse vennootschapswet kan - enkel in een NV (la 'société anonyme') - het dagelijks bestuur van de vennootschap, en de vertegenwoordiging van wat dit bestuur aangaat, opgedragen worden zowel aan bestuurders als aan niet-bestuurders, waarvan de benoeming, het ontslag en de bevoegdheden door de statuten worden geregeld.⁴⁸ Niet alleen de wetgeving loopt overigens gelijk, maar ook de verdere uitwerking van de regel in de Luxemburgse rechtsleer en rechtspraak doet in meerdere opzichten denken aan de Belgische regeling omtrent het dagelijks bestuur, inclusief de bijhorende problematiek van

⁴⁶ Nederland: E.E.G. GEPKEN-JAGER, *Vertegenwoordiging bij NV en BV*, Steendam, Kluwer, 2000, p. 172 : "Vanuit Nederlands gezichtspunt is bijzonder dat bij de NV naast het bestuur in de statuten een apart orgaan voor het dagelijks bestuur kan worden ingesteld."; C. ASSER, M. MAEIJER, G. VAN SOLINGE en M.P. NIEUWE WEME, *Rechtspersonenrecht II, De naamloze en de besloten vennootschap* in Asser Serie, Deventer, Kluwer, 2009, nr. 424 One-tier board; H. DE GROOT, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer, Kluwer, 2011, p. 18.

⁴⁷ Groot-Brittannië: Companies Act 2006, part 10 A (A company's directors); A. DIGNAM, J. LOWRY, *Company Law*, Oxford University Press, 2012, p. 297, nr. 13.15 e.v., waar wordt gesteld dat hoewel de Companies Act uit 2006 bestuurders niet indeelt in uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders, dit onderscheid in de moderne praktijk wel bestaat en erkend wordt. Evenzeer wordt verwezen naar een *managing director* - de CEO - als leider over het operationeel management van de vennootschap. Van een dagelijks bestuur is noch in de wettekst, noch in de praktijk sprake.

⁴⁸ Article 60 modifié par la Loi du 23 novembre 1972 (Mém. A72 du 13/12/1972 P.1586), la Loi du 25 août 2006 (Mém. A152 du 31/08/2006 P.2684), Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, <http://eli.legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/1915/08/10/n1>. De tekst van article 60 van de Loi des Sociétés Commerciales luidt: "La gestion journalière des affaires de la société ainsi que la représentation de la société, en ce qui concerne cette gestion, peuvent être déléguées à un ou plusieurs administrateurs, directeurs, gérants et autres agents, associés ou non, agissant seuls ou conjointement. Leur nomination, leur révocation et leurs attributions sont réglées par les statuts ou par une décision des organes compétents sans cependant que les restrictions apportées à leurs pouvoirs de représentation pour les besoins de la gestion journalière soient opposables aux tiers, même si elles sont publiées. La clause, en vertu de laquelle la gestion journalière est déléguée à une ou plusieurs personnes agissant soit seules soit conjointement, est opposable aux tiers dans les conditions prévues par l'article 9. La délégation à un membre du conseil d'administration impose au conseil l'obligation de rendre annuellement compte à l'assemblée générale ordinaire des traitements, émoluments et avantages quelconques alloués au délégué. La responsabilité des délégués à la gestion journalière à raison de cette gestion se détermine conformément aux règles générales du mandat."

bevoegdheid en omschrijving.⁴⁹ Net als de Belgische wetgever voorzag immers ook de Luxemburgse wetgever niet in een omschrijving van het begrip dagelijks bestuur en werd deze lastige taak - net als in België - overgelaten aan de Luxemburgse hoven en rechtbanken.

§ 2. Organisatie van de dagelijkse leiding in andere landen

29. Indien slechts België en Luxemburg een wettelijk orgaan van dagelijks bestuur kennen, kan men zich afvragen hoe men elders de dagelijkse leiding van de vennootschap organiseert.⁵⁰ Zeker is immers dat in elke vennootschap dagdagelijks kleine of grote beslissingen moeten worden genomen, waarvoor de raad van bestuur noch de raad van toezicht (in landen met een duaal systeem) bij elkaar kunnen komen. Gelet op de afstand die het bestuursorgaan moet kunnen bewaren om de bredere strategie van de vennootschap te bepalen zou het overigens ook niet opportuun zijn dat een bestuursorgaan zich daarmee bezig houdt en anderzijds zal dit ook niet mogelijk zijn, gelet op de hoeveelheid aan beslissingen die moeten worden genomen. In de onderstaande rechtsvergelijkende analyse wordt daarom onderzocht hoe zowel in de *civil law*-landen (Nederland, Frankrijk, Duitsland en Zwitserland) als in de *common law*-landen (Verenigd Koninkrijk) wordt omgegaan met de organisatie van het bestuur en het dagelijks bestuur van een naamloze vennootschap.

A) Rechtsvergelijkende analyse

(i) De Nederlandse naamloze vennootschap (NV)

⁴⁹ A. STEICHEN, *Précis de droit de sociétés (deuxième édition)*, Editions Saint, 2010, 738, nr. 832 ; J.P. WINANDY, *Manuel de droit de sociétés*, Legitech 2008, 545.

⁵⁰ Hoewel er in het privaatrecht geen abstracte criteria bestaan om te bepalen wie het orgaan is van een rechtspersoon, wordt door niemand nog betwist dat de hoedanigheid van orgaan alleen door de wetgever kan worden verleend, ook al gebeurt dat soms impliciet. H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, afl. 8-9, p. 225; H. DE WULF en S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers" in X, *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Kluwer, 2006-2007, p. 109, nr. 5.

a. *Traditioneel dualistisch (two tier board)*

30. Het Nederlandse vennootschapsrecht kent traditioneel een zeer strikte scheiding tussen de uitvoerende macht in de vorm van het bestuur of de directie enerzijds en de controlerende macht in de vorm van een raad van commissarissen anderzijds (een dualistische bestuursstructuur of een *two tier board*).⁵¹ Uitgangspunt van een dergelijke bestuursstructuur is dat het bestuursorgaan belast is met de dagelijkse leiding van de vennootschap, dat wordt gecontroleerd door een afzonderlijk toezichthoudend en adviesverlenend orgaan, de raad van commissarissen.⁵²

Voor 2011 was de monistische bestuursvorm in het Nederlandse vennootschapsrecht niet geregeld, maar daarmee ook niet strijdig. Aanleiding voor de wettelijke regeling was de onduidelijkheid die er bestond over de taak en de aansprakelijkheid van de niet-uitvoerende bestuurders.⁵³ In 2011 introduceerde de Nederlandse wetgever de mogelijkheid om de bestuurstaken in een NV statutair te verdelen onder uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders (een monistische bestuursstructuur of een *one tier board*).⁵⁴ De Nederlandse Corporate Governance Code voorziet dat een *one tier*-bestuursstructuur zo moet worden samengesteld en zou moeten functioneren dat een behoorlijk en onafhankelijk toezicht door de niet-uitvoerende bestuurders gewaarborgd wordt. De niet-uitvoerende bestuurders hebben er derhalve als belangrijkste taak om toezicht te houden op de taakuitoefening door de uitvoerende bestuurders, terwijl deze laatsten zich bekommeren om de dagelijkse gang van zaken van de onderneming.⁵⁵ De Code waakt over de onafhankelijkheid van de voorzitter

⁵¹ Art. 2:129 tot en met 165 NBW. In beginsel is de oprichting van een raad van commissarissen facultatief en kiest de vennootschap dus vrij of zij al dan niet een scheiding maakt tussen bestuur en toezicht (artikel 2:140 NBW 'Bij de statuten kan worden bepaald dat er een raad van commissarissen zal zijn.'). Voor grote naamloze vennootschappen, de zogenaamde *structuurvennootschappen*, was de installatie van een raad van commissarissen verplicht tot in 2011 (Art. 2:152 NBW).

⁵² Q. KEUKENS en L.B. VISSERS, "Wet bestuur en toezicht: het 'one tier board'-model nader belicht", *Tijdschrift voor vennootschappen en rechtspersonenrecht* 2012-3, p. 82; F. MASON en A. RAMANNA, "One tier vs. two tier management in the Netherlands", *European Lawyer* 2006, 1.

⁵³ C. ASSER, M. MAEIJER, G. VAN SOLINGE en M.P. NIEUWE WEME, *Rechtspersonenrecht II, De naamloze en de besloten vennootschap* in Asser Serie, Deventer, Kluwer, 2009, nr. 424.

⁵⁴ Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen, *Stb.* 2011, 275, <https://zoek.officiëlebezoekingen.nl/stb-2011-275.html>; Het installeren van een *one tier board* moet statutair geregeld worden. C. ASSER, M. MAEIJER, G. VAN SOLINGE en M.P. NIEUWE WEME, *Rechtspersonenrecht II, De naamloze en de besloten vennootschap* in Asser Serie, Deventer, Kluwer, 2009, nr. 424; S. HIJINK, "Congres van het instituut voor ondernemingsrecht: 'Bestuur en toezicht'", *Ondernemingsrecht* 2009, 159.

⁵⁵ Principe III.8 Nederlandse Corporate Governance Code, <http://commissiecorporategovernance.nl> (laatst geconsulteerd op 19 januari 2016). "Principe: de samenstelling en het functioneren van het bestuur waaraan zowel bestuurders deel uitmaken die zijn belast met de dagelijkse gang van zaken als

van het bestuur via een *best practice*-bepaling op grond waarvan wordt voorzien dat de voorzitter van het bestuur niet mag belast worden, noch in het verleden belast geweest mag zijn met de dagelijkse gang van zaken van de vennootschap.⁵⁶ Aanbevolen is verder ook dat het bestuur voor de meerderheid bestaat uit leden die niet met het dagelijks beleid belast zijn en onafhankelijk zijn.⁵⁷

b. Geen wettelijk orgaan

31. Het Nederlandse vennootschapsrecht kent geen wettelijk orgaan van dagelijks bestuur. Nergens in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek komt het begrip 'dagelijks bestuur' voor. Het ontbreken van een specifiek wettelijk orgaan van dagelijks bestuur, kan worden verklaard door de klassieke dualistische structuur waardoor de Nederlandse NV tot voor kort werd gekenmerkt.⁵⁸ In een dualistisch bestuursmodel, waar reeds een bevoegdheidsverdeling bestaat tussen het algemene en het operationele beleid, is er minder nood aan (nog) een afzonderlijk (wettelijk) orgaan van dagelijks bestuur.⁵⁹

32. Op grond van artikel 129:1 NBW is de bestuurstaak voorbehouden voor het bestuur van de vennootschap dat wordt belast met 'het besturen' van de vennootschap.⁶⁰ Er wordt geen nadere wettelijke omschrijving (meer) gegeven van dit begrip, omdat zich het er niet toe leent. In de rechtsleer probeert men het begrip af te bakenen door te wijzen op het feit dat het bestuur de leider is van de economische activiteiten van de vennootschap en dat hieronder in ieder geval moet worden verstaan leiding geven, beslissen, delegeren. DORTMOND

bestuurders die daarmee niet zijn belast, moeten zodanig zijn dat een behoorlijk en onafhankelijk toezicht door laatsgenoemden is gewaarborgd."

⁵⁶ Best practice bepaling III.8.1 Nederlandse Corporate Governance Code, <http://commissiecorporategovernance.nl>: "De voorzitter van het bestuur is niet tevens belast, noch belast geweest met de dagelijkse gang van zaken van de vennootschap."

⁵⁷ Best practice bepaling III.8.4 Nederlandse Corporate Governance Code, <http://commissiecorporategovernance.nl>: "Het bestuur bestaat voor de meerderheid uit leden die niet met de dagelijkse gang van zaken zijn belast en onafhankelijk zijn in die zin van best practice bepaling III.2.2."

⁵⁸ Tot voor de invoering van de Wet Bestuur en Toezicht in 2011 werd het bestuur verspreid over twee vennootschapsorganen, waarvan één bevoegd voor het operationele beleid (het bestuur) en één voor het algemene beleid, het houden van toezicht op het bestuur (i.e. de uitvoerende bestuurders) en het nemen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden (i.e. de raad van commissarissen). Zie art. 2:140 BW *juncto* art. 2:149 BW.

⁵⁹ Niets weerhoudt het bestuur er evenwel van om de meer praktische zaken en de uitvoering van het dagelijks beleid te delegeren aan het management.

⁶⁰ Artikel 129:1 NBW: "Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de vennootschap."

preciseert dat het bestuur niet alleen belast zal zijn met de dagelijkse leiding, maar dat het zich ook nog dient bezig te houden met het beleid en de strategie op lange termijn.⁶¹ Uit de omschrijving van de bestuurstaak in de rechtsleer, kan men afleiden dat men naar Nederlands recht aanneemt dat het voeren van de dagelijkse leiding behoort tot de verantwoordelijkheid van het bestuur. Anderzijds mag, uit het ontbreken van het voorhanden zijn van een met ons recht vergelijkbaar facultatief orgaan van dagelijks bestuur, aannemen dat de organisatie/delegatie van deze bevoegdheid vrij kan worden geregeld door dat bestuur. DORTMOND bevestigt dat de invulling van de taak van het bestuur van vennootschap tot vennootschap zal verschillen en mede zal afhangen van de grootte van de vennootschap, het feit of de vennootscha op zichzelf staat en/of deel uitmaakt van een grotere groep en, als dat laatste het geval zou zijn, welke plaats deze vennootschap dan inneemt in de groep.⁶²

33. Hoewel Nederland geen afzonderlijk orgaan van dagelijks bestuur kent, heeft de Nederlandse wet nooit verboden dat het (operationele) bestuur onder haar leden één of meer verantwoordelijke(n) aanstelt voor het dagelijks bestuur van de vennootschap.⁶³ LÖWENSTEYN, VAN DER HEIJDEN en VAN DER GRINTEN aanvaarden dat het bestuur een verantwoordelijke voor het dagelijks bestuur kiest onder haar leden.

LÖWENSTEYN erkent het bestaan van de mogelijkheid van een dergelijke organisatie van het bestuur en beschrijft het als een systeem waarin het bestuur als geheel (of de statuten) een deel van de bestuursbevoegdheden delegeren aan een aantal bestuurders, genoemd het dagelijks bestuur. 'De wet verzet zich daartegen niet' zo stelt hij. Hij beschouwt het dagelijks bestuur als een bestuur in het bestuur dat tegelijkertijd ondergeschikt is aan het algemeen bestuur en waarop het algemeen bestuur gezag en toezicht dient uit te oefenen.⁶⁴

VAN DER HEIJDEN en VAN DER GRINTEN bevestigen deze visie van LÖWENSTEYN. Zij schrijven dat de wet ervan uitgaat dat iedere vennootschap één bestuur heeft, maar dat de

⁶¹ P.J. DORTMOND, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap* (13^{de} druk), Deventer, Kluwer, 2013, p. 477-478, nr. 231.

⁶² P.J. DORTMOND, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap* (13^{de} druk), Deventer, Kluwer, 2013, p. 479, nr. 231.

⁶³ H. DE GROOT, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer, Kluwer, 2011, p. 18, nr. I.A.2.

⁶⁴ LÖWENSTEYN, (1959), p. 55-56, aangehaald in C. ASSER, M. MAEIJER, G. VAN SOLINGE en M.P. NIEUWE WEME, *Rechtspersonenrecht II, De naamloze en de besloten vennootschap in Asser Serie*, Deventer, Kluwer, 2009, nr. 424.

vraag of het bij vennootschappen toelaatbaar is dat het bestuur over twee organen wordt verdeeld – *'in dier voege dat bepaalde bestuursbeslissingen aan het ene orgaan zijn opgedragen, terwijl het bestuur voor het overige bij het andere orgaan berust* – zich niet aandient. VAN DER HEIJDEN en VAN DER GRINTEN maken de vergelijking met het gebruik bij Nederlandse verenigingen om de bestuurstaken over een dagelijks en een algemeen bestuur te verdelen.⁶⁵ Hieruit leiden zij dan af dat indien men aanvaardt dat een taakverdeling tussen bestuur en dagelijks bestuur voor verenigingen toelaatbaar is, moeilijk verdedigbaar zou zijn dat een dergelijke constructie bij vennootschappen in strijd met de wet zou zijn.⁶⁶

34. Voor zover het bestuur een dagelijks bestuurder onder haar leden kiest, is het aanbevolen dat deze taakverdeling uitdrukkelijk wordt opgenomen in de statuten.⁶⁷ Als de vennootschap kiest voor een *one tier board* is men op grond van artikel 129a/239a NBW zelfs verplicht om (minstens) in de statuten te vermelden dat bestuurstaken worden verdeeld over één of meer uitvoerende en één of meer niet-uitvoerende bestuurders.⁶⁸ De daadwerkelijke taakverdeling (met o.a. de aanstelling van een verantwoordelijke voor het dagelijks bestuur) kan in de statuten gebeuren, maar evenzeer in een besluit of een reglement op voorwaarde dat voor die uitwerking een statutaire basis voorhanden is.⁶⁹

⁶⁵ E.J.J. VAN DER HEIJDEN, bewerkt door W.C.L. VAN DER GRINTEN, *Handboek voor de NV en de BV*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1992, p. 410, nr. 234. "Bij een vereniging is voorts de verdeling van taken over een dagelijks en een algemeen bestuur niet ongebruikelijk." Zie hierover ook H. DE GROOT, *Bestuurdersaansprakelijkheid. Recht en Praktijk*, Deventer, Kluwer, 2011, p. 18, nr. 1.A.2.

⁶⁶ E.J.J. VAN DER HEIJDEN, bewerkt door W.C.L. VAN DER GRINTEN, *Handboek voor de NV en de BV*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1992, p. 409, nr. 233.

⁶⁷ Een dergelijke taakverdeling is mogelijk bij de statuten, bij bestuursreglement of bij een herroepelijke delegatie krachtens bestuursbesluit. ASSER/MAEIJER, VAN SOLINGE & NIEUWE WEME 2-II 2009/417 en 420; P. DORTMOND, 'De one-tier board in de Nederlandse vennootschap' in *Congresbundel Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief*, p. 118.

⁶⁸ De verplichting om de taakverdeling in de statuten van de vennootschap op te nemen is er gekomen ten behoeve van de rechtszekerheid. Uit de parlementaire voorbereidingen blijkt dat de Nederlandse wetgever van mening is geweest dat het vastleggen van de verantwoordelijkheden en de daarmee verbonden aansprakelijkheden van bestuurders in het monistisch stelsel in de wet, de rechtszekerheid zal vergroten en tegelijk ook zal bijdragen tot de beoogde verruiming van de gebruiksmogelijkheden van ondernemingsrechtelijke figuren. *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 4; S.H.M.A. DUMOULIN, 'Het monistisch bestuursmodel volgens de Wet bestuur en toezicht – observaties vanuit de praktijk', *Ondernemingsrecht* 2012/90. Tegelijk wil men ook voorkomen dat bij bestuursbesluit – en dus zonder de algemene vergadering hierin te kennen – een dualistisch bestuursmodel kan worden vervangen door een monistisch bestuursmodel. Zie L. G. VERBURG, *De bestuurder van de NV of de BV*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2015, p. 48, nr. 4.3.

⁶⁹ M. VAN OLFFEN, 'Inrichting van de one tier vennootschap bij of krachtens de statuten', *Ondernemingsrecht* 2012/89; S.H.M.A. DUMOULIN, 'Het monistisch bestuursmodel volgens de Wet bestuur en toezicht – observaties vanuit de praktijk', *Ondernemingsrecht* 2012/90.

Het verduidelijken in de statuten van de taken van de verschillende bestuurders is van belang voor de andere leden van het bestuur in verband met de beoordeling van hun aansprakelijkheid. In Nederland is het bestuur immers in beginsel als orgaan van de vennootschap collectief verantwoordelijk voor het vervullen van de bestuurderstaak, maar bestaat toch de mogelijkheid voor een individuele bestuurder om zich individueel te 'disculperen' door aan te tonen dat hem geen persoonlijk verwijt kan worden gemaakt en dat hij niet nalatig geweest is in het treffen van maatregelen om de gevolgen van een eventuele tekortkoming af te weren.⁷⁰ Bij de mogelijkheid tot individuele disculpatie speelt de taakverdeling binnen het bestuur een belangrijke rol.⁷¹ Hoe groter de verantwoordelijkheid van de betrokken bestuurder, hoe groter zijn risico op aansprakelijkheid en omgekeerd. Een interne taakverdeling waarbij bepaalde rechtshandelingen verdeeld worden tussen algemeen en dagelijks bestuur kan dus, maar heeft uitsluitend een interne draagwijdte.⁷²

De Europese prokureureregeling, met gekende scheiding tussen interne beslissingsmacht en externe vertegenwoordigingsmacht, vereist dat interne bevoegdheidsbeperkingen niet kunnen worden tegengeworpen aan derden met als gevolg dat eventuele fouten of tekortkomingen in het dagelijks beleid enkel gevolgen kunnen hebben voor de interne aansprakelijkheid, nooit voor de externe aansprakelijkheid van de betreffende bestuurders.⁷³

⁷⁰ Op grond van artikel 2:9 lid 1 BW is de bestuurder van de Nederlandse NV gehouden tot een behoorlijke taakvervulling (dit is de gedragsnorm). De toetsing van dit gedrag gebeurt op grond van artikel 2:9, lid 2, waarin wordt gesteld dat de bestuurder slechts aansprakelijk wordt gesteld als hem/haar een ernstig verwijt ter zake van zijn gedrag treft (toetsingsnorm). Tussen een niet correcte naleving van de gedragsnorm en het stellen van een handeling die ernstig kan worden verweten, werd door de Nederlandse wetgever een aansprakelijkheidsvrije (een beleidsvrije) ruimte gelaten, waarbinnen de bestuurder vrij kan handelen/ondernemen. De Nederlandse wetgever heeft hiermee onderkend dat als bestuurders bij elk terecht verwijt ten aanzien van een juiste naleving van de gedragsnorm, direct aansprakelijk zouden zijn, dat men dan bestuurders zou krijgen die zich uit angst voor hun aansprakelijkheid laten beïnvloeden door defensieve overwegingen. L.G. VERBURG, *De bestuurder van de NV of de BV*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2015, p. 55, nr. 4.7.; J. SLAGTER, *Compendium Ondernemingsrecht 9^{de} druk*, Deventer, Kluwer, 2013, p. 928; D.A.M.H.W. STRIK, 'One tier board en aansprakelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2012/91; S.H.M.A. DUMOULIN, 'Het monistisch bestuursmodel volgens de Wet bestuur en toezicht – observaties vanuit de praktijk', *Ondernemingsrecht* 2012/90; A.F. VERDAM, 'Collectieve en individuele bestuursverantwoordelijkheid' in, *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, Deventer, Kluwer, 2011; J.B. WEZEMAN, 'Persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders, in, *Bestuur en toezicht*, Deventer, Kluwer, 2009, p. 93 en verder; L. TIMMERMAN, 'Grondslagen van geldend ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2009/2, p. 10.

⁷¹ Art. 2:9, 2:149 NBW; Th. G.J.M. MELCHERS, "Wetsvoorstel bestuur en toezicht. Het verschil in vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheid tussen de niet-uitvoerende bestuurder en de commissaris", *V&O* 2009, nr. 2, 28.

⁷² P. SANDERS en W. WESTBROEK, bewerkt door F.K. BUIJN en P.M. STORM, *BV en NV*, *Recht en Praktijk* nr. 23, Kluwer, 2005, p. 165, nr. 5.6.

⁷³ H. DE GROOT, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer, Kluwer, 2011, p. 18 -19, nr. I.A.2.

35. Een belangrijke nieuwigheid is bovendien dat men, sinds de Wet Bestuur en Toezicht, op grond van het derde lid van artikel 129a NBW in de statuten van een NV met een *one tier board* kan bepalen dat één of meer bestuurders beslissingen kunnen nemen over zaken die tot het hen toegewezen takenpakket behoren.⁷⁴ De nieuwe regeling impliceert dat een individueel lid van het bestuur (of een aantal van haar leden) beslissingen kan (kunnen) nemen over het dagelijks beleid van de vennootschap, zonder daarover vooraf op een collegiale wijze te beraadslagen op het niveau van de voltallige raad. De betrokkene treedt op als een volwaardige taakgelastigde en de beslissingen die hij neemt gelden als beslissingen van het bestuur. Een dergelijke regeling heeft als grootste voordeel flexibel te zijn, aangezien de vennootschap op die manier haar bestuursmodel vorm zal kunnen geven volgens de eigen wensen mede in functie van het groeiproces.

36. Indien de statuten op een positieve wijze de aanstelling van een dagelijks bestuurder kunnen toelaten, is het omgekeerd eveneens mogelijk dat zij - in negatieve zin - bepalen dat de leden van het dagelijks bestuur geen deel mogen uitmaken van het operationeel bestuur. Er is dan wel een dagelijks bestuur, maar dit dagelijks bestuur maakt – vergelijkbaar met de regeling België – geen deel uit van het operationeel bestuur en hoeft ook niet uit bestuurders te bestaan. In dit geval bestaat er een buitenwettelijk orgaan met gelijkaardige functies als een wettelijk orgaan van dagelijks bestuur. Het dagelijks beleid wordt dan georganiseerd op het niveau van het management van de vennootschap en niet zozeer op het bestuursniveau.

37. In de hypothese dat de statuten hierover niets zeggen, is het bestuur vrij om haar bestuur te organiseren zoals zij dat wil. In de praktijk ontstaat er dan gewoonlijk een taakverdeling tussen de bestuurders onderling, waarbij beslissingen van minder belang door een individuele bestuurder voor zijn eigen sector kunnen worden genomen. Een dergelijke regeling - door het bestuur zelf tot stand gebracht - kan steeds door het bestuur worden opgeheven of voor een bepaald geval aan de kant geschoven worden.⁷⁵ Een model dat in de praktijk voortvloeit uit een monistisch bestuursmodel is het CEO-model, waarbij de voorzitter

⁷⁴ Artikel 2:129a, lid 3 NBW: 'Bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat één of meer bestuurders rechtsgeldig kunnen besluiten omtrent zaken die tot zijn respectievelijk hun taak behoren. Bepaling krachtens statuten geschiedt schriftelijk.' Zie L. G. VERBURG, *De bestuurder van de NV of de BV*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2015, p. 48, nr. 4.4.

⁷⁵ E.J.J. VAN DER HEIJDEN, bewerkt door W.C.L. VAN DER GRINTEN, *Handboek voor de NV en de BV*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1992, p. 410, nr. 234.

van het bestuur een leidinggevende taak heeft ten opzichte van de overige bestuurders.⁷⁶ Een andere mogelijkheid is dat het dagelijks bestuur de eigenlijke bestuurstaken verricht terwijl het algemeen bestuur de toezichhoudende functie vervult.⁷⁷

(ii) De Franse Société Anonyme

a. Bestuursstructuur

38. Oorspronkelijk kende de Franse *Société Anonyme* uitsluitend een monistische bestuursstructuur.⁷⁸ Die unitaire structuur, die vandaag overigens nog steeds de meest voorkomende bestuursvorm is voor de Franse NV, bestaat uit een *conseil d'administration*, geleid door een voorzitter (*le président*), die vaak tegelijkertijd de CEO (*le directeur général*) van de vennootschap is.⁷⁹ De Franse wet kent het concept 'uitvoerende' of 'niet-uitvoerende bestuurder' niet en maakt dus geen onderscheid tussen bestuurders die wel of geen managementpositie in de vennootschap waarnemen. Wel worden de bestuurders ingedeeld naargelang zij wel of geen arbeidsovereenkomst met de vennootschap hebben en kent men de onafhankelijke en niet-onafhankelijke bestuurder, zij het voorlopig nog enkel in de *corporate governance*-aanbevelingen voor genoteerde bedrijven (Afep-Medef code).⁸⁰

⁷⁶ S.H.M.A. DUMOULIN, 'Het monistisch bestuursmodel volgens de Wet bestuur en toezicht – observaties vanuit de praktijk', *Ondernemingsrecht* 2012/90.

⁷⁷ H. DE GROOT, *Bestuurdersaansprakelijkheid. Recht en Praktijk*, Deventer, Kluwer, 2011, p. 19, nr. 1.A.2. Volgens De Groot ligt het in dat geval voor de hand dat de regels van de bestuurdersaansprakelijkheid voor het dagelijks bestuur gelden en die van de commissarissenansprakelijkheid voor het algemeen bestuur.

⁷⁸ Loi du 16 novembre 1940 Sociétés Anonymes, bevestigd door Loi du 24 juillet 1966, Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

⁷⁹ Artikel L225-51-1 Code de Commerce voorziet uitdrukkelijk dat de vennootschap zelf kan kiezen wie zij aanstelt als directeur générale, de voorzitter van de raad van bestuur of een ander fysiek persoon. De wettekst luidt als volgt: "La direction générale de la société est assumée, sous sa responsabilité, soit par le président du conseil d'administration, soit par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général. Dans les conditions définies par les statuts, le conseil d'administration choisit entre les deux modalités d'exercice de la direction générale visées au premier alinéa. Les actionnaires et les tiers sont informés de ce choix dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat. Lorsque la direction générale de la société est assumée par le président du conseil d'administration, les dispositions de la présente sous-section relatives au directeur général lui sont applicables." De corporate governance-bepalingen voorzien evenwel dat het aangewezen is om twee verschillende personen te benoemen voor deze functies. Deze aanbeveling wordt, mede door de economische crisis, zelden opgevolgd door de Franse bedrijven. A.PIETRANCOSTA, P.-H. DUBOIS, R GARÇON, "Corporate Boards in France", in in R. NOWAK, G. VAN SOLINGE, P. DAVIES en K. HOPT (ed.), *Corporate Boards in Law en Practice*, Oxford University Press, 2014, 183.

⁸⁰ A. PIETRANCOSTA, P.H. DEBOIS EN R. GARÇON, "French Corporate Boards" in R. NOWAK, G. VAN SOLINGE, P. DAVIES en K. HOPT (ed.), *Corporate Boards in Law en Practice*", Oxford University Press, 2014, 248; Principe 9 Afep-Medef Code zie <http://www.total.com/sites/default/files/atoms/file/AFEP-MEDEFcode>

39. Sinds 1966 voorziet de Franse vennootschapswet daarnaast ook in de mogelijkheid om te kiezen voor een duale bestuursvorm, bestaande uit een algemeen bestuur (*directoire*) en een toezichhoudend orgaan (*conseil de surveillance*).⁸¹ Van deze mogelijkheid wordt in Frankrijk echter maar weinig gebruik gemaakt: de meeste naamloze vennootschappen zijn er klein en niet-genoteerd, waardoor de oprichting van twee afzonderlijke bestuursorganen in de meeste gevallen als te complex en te duur wordt ervaren.⁸² Bovendien is het onderscheid tussen de verschillende bestuursvormen minder belangrijk geworden sinds de invoering van de wet economische regelingen uit 2001⁸³ die de *one tier board* – naar analogie met een *two tier board* - toelaat om een managementsysteem aan te nemen dat is samengesteld uit een voorzitter en een CEO.⁸⁴ Sinds de economische crisis is er bovendien een stijgende trend om, in weerwil met Franse *corporate governance*-bepalingen, de functies van CEO en voorzitter in één persoon te verenigen.⁸⁵

b. Organisatie van de dagelijkse leiding in een unitaire structuur

40. In de *société anonyme* met een unitaire bestuursstructuur is het de *directeur général* (CEO of le "PDG") die de dagelijkse leiding over de vennootschap waarneemt. Het is de algemene directie (*direction général*) die de vennootschap beheert en dus de dagelijkse leiding

⁸¹ Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. Zie artikel L225-68 Code de Commerce: "Le conseil de surveillance exerce le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire. Les statuts peuvent subordonner à l'autorisation préalable du conseil de surveillance la conclusion des opérations qu'ils énumèrent. Toutefois, la cession d'immeubles par nature, la cession totale ou partielle de participations, la constitution de sûretés, ainsi que les cautions, avals et garanties, sauf dans les sociétés exploitant un établissement bancaire ou financier, font l'objet d'une autorisation du conseil de surveillance dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat. Ce décret détermine également les conditions dans lesquelles le dépassement de cette autorisation peut être opposé aux tiers. A toute époque de l'année, le conseil de surveillance opère les vérifications et les contrôles qu'il juge opportuns et peut se faire communiquer les documents qu'il estime nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Une fois par trimestre au moins le directoire présente un rapport au conseil de surveillance."

⁸² Eenzelfde trend zet zich door bij beursgenoteerde bedrijven, die omwille van de efficiëntie kiezen voor een sterk geconcentreerde, unitaire bestuursvorm. In 2011 had al 80% van de CAC 40 ("Cotation Assistée en Continu", aandelenindex van de veertig belangrijkste bedrijven van de Franse beurs, waaronder Axa, Crédit Agricole en GDF Suez) bedrijven een unitaire bestuursvorm aangenomen. A. PIETRANCOSTA, P.H. DEBOIS EN R. GARÇON, "French Corporate Boards" in R. NOWAK, G. VAN SOLINGE, P. DAVIES EN K. HOPT (ed.), *Corporate Boards in Law en Practice*, Oxford University Press, 2014, 185.

⁸³ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économique.

⁸⁴ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

⁸⁵ 64% van de beursgenoteerde vennootschappen verenigen de persoon van de CEO en de Voorzitter in één persoon. A. PIETRANCOSTA, P.H. DEBOIS EN R. GARÇON, «French Corporate Boards» in R. NOWAK, G. VAN SOLINGE, P. DAVIES EN K. HOPT (ed.), *Corporate Boards in Law en Practice*, Oxford University Press, 2014, 184; W.J.L. CALKOEN, "Ondernemingsrecht, Corporate Boards in Law and Practice", *Ondernemingsrecht 2014/102*, 1.

neemt over o.a. het personeel ervan.⁸⁶ De *conseil d'administration* houdt toezicht op en geeft advies aan het management, dat wordt aangestuurd door de *directeur général*. Hij bepaalt verder ook de strategische doelstellingen van de vennootschap. Om ervoor te zorgen dat deze doelstellingen worden nageleefd door de *directeur général*, is het de leden van de *conseil* toegestaan om zich daadwerkelijk in te mengen in het management van de vennootschap, bijvoorbeeld door om te gaan met vragen die een belangrijke impact kunnen hebben op de vennootschap en/of door externe adviezen in te winnen bij een boekhouder, accountant, fiscalist en dergelijke meer. De Franse rechtbanken aanvaarden uitdrukkelijk dat de *conseil* inderdaad elk advies kan inwinnen zonder dat hij hiervoor de toestemming van de *directeur général* dient te bekomen.⁸⁷

41. Anders dan in het Belgische vennootschapsrecht wordt de functie van operationele leider of de CEO expliciet in de vennootschapswet genoemd en er ook uitgewerkt. Artikel L225-36 bepaalt dat de '*directeur général (DG)*' of '*président directeur général (PDG)*' verantwoordelijk is voor de algemene leiding van de vennootschap en dat hij over de ruimste bevoegdheden beschikt om op te treden namens de vennootschap, onder voorbehoud van die bevoegdheden die wettelijk werden voorbehouden aan de *conseil* en *assemblée d'actionnaires*.⁸⁸ De *DG/PDG* vertegenwoordigt de vennootschap tegenover derden en de vennootschap is verbonden door alle handelingen die de *DG/PDG* stelt, zelfs door diegene die deze laatste stelt met overschrijding van het maatschappelijk doel van de vennootschap. De ruime bevoegdheden die aan de *directeur général* worden verleend, kunnen wel beperkt worden in de statuten van de vennootschap, maar dergelijke statutaire bepalingen en interne taakverdelingen zijn, in overeenstemming met de Europese vennootschapsrichtlijn, niet tegenwerpelijk aan derden.⁸⁹

⁸⁶ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 5ième édition, Paris, Lextenso éditions, 2013, p. 511, nr. 775. "Le terme de direction est un peu équivoque. Il est certain que les directeurs généraux 'dirigent' la ou les entreprises exploitées par la société anonyme, en ce sens qu'ils ont l'autorité sur les salariés employés par cette société. (...) La direction recouvre alors le pouvoir de gestion de la société. L'épithète générale révèle le niveau hiérarchique le plus élevé, distinguant cette direction des directions techniques assumées par des cadres."

⁸⁷ TC Bordeaux, Ordonnance de référé, 2 januari 2003, aangehaald in A. PIETRANCOSTA, P.H. DEBOIS en R. GARÇON, "French Corporate Boards" in R. NOWAK, G. VAN SOLINGE, P. DAVIES en K. HOPT (ed.), *Corporate Boards in Law en Practice*", Oxford University Press, 2014, 187 en verder.

⁸⁸ Art. L 225-51-1 Code de Commerce. De vennootschap kiest vrij wie zij als *DG* aanstelt : de voorzitter van de raad van bestuur of een ander fysiek persoon.

⁸⁹ Art. L 225-56 Code de Commerce : "Le directeur général est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Il exerce ces pouvoirs dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux que la loi attribue expressément aux assemblées d'actionnaires et au conseil d'administration. Il représente la société dans ses rapports avec les tiers. La société est engagée même par les actes du directeur général qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le

42. Bij de uitvoering van zijn taken kan de *DG/PDG* worden bijgestaan door één of meer fysieke personen, de zogenaamde *directeur général délégué(s)*.⁹⁰ Deze laatste(n) wordt benoemd door de *conseil* en voorgedragen door de *directeur général*. Het aantal afgevaardigden dat kan worden benoemd moet in de statuten van de vennootschap ingeschreven worden. Er mogen echter nooit meer dan vijf leden tegelijkertijd benoemd worden tot *délégué*.⁹¹ Welke bevoegdheden hen intern worden toegekend en wat de duurtijd is van hun mandaat wordt bepaald door de *conseil* in samenspraak met de *DG/PDG*. Extern beschikken zij over dezelfde macht als de *DG/PDG* om de vennootschap te verbinden ten opzichte van derden.⁹² De functie van *directeur général délégué* is wat de externe, algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid betreft het best te vergelijken met de gedelegeerd bestuurder uit het Belgisch artikel 522§2 W. Venn. De functie van de directeur-général verschilt van de dagelijks bestuurder uit het artikel 525 W. Venn., van wie de bevoegdheid te allen tijde beperkt blijft tot het dagelijks beleid van de vennootschap en waarbij de handelingen, die buiten deze wettelijke bevoegdheid worden gesteld, de vennootschap niet binden tegenover derden.⁹³

c. *Organisatie van de dagelijkse leiding in een dualistische structuur*

43. In een dualistische structuur is de dagelijkse leiding van de vennootschap in handen van de *directoire*. Het dagelijks management van de vennootschap is evenwel slechts een deel van het takenpakket van de *directoire*, dat in feite bevoegd is om alle beslissingen te nemen

tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. Les dispositions des statuts ou les décisions du conseil d'administration limitant les pouvoirs du directeur général sont inopposables aux tiers.' ; A. PIETRANCOSTA, P.H. DEBOIS en R. GARÇON, "French Corporate Boards" in R. NOWAK, G. VAN SOLINGE, P. DAVIES en K. HOPT (ed.), "Corporate Boards in Law en Practice", Oxford University Press, 2014, 188.

⁹⁰ Art. L 225-53 Code de Commerce. F. LEFEBVRE, *Sociétés commerciales 2014*, Levallois, Editions Francis Lefebvre, 2013, p. 603 en verder, nr. 42640. "Le directeur générale délégué est appelé à exercer auprès dus directeur général une mission d'assistance. Il n'a donc un rôle d'auxiliaire du directeur général auquel il est subordonné."

⁹¹ Art. L 225-53 Code de Commerce.

⁹² Art.L 225-56.II Code de Commerce luidt: "En accord avec le directeur général, le conseil d'administration détermine l'étendue et la durée des pouvoirs conférés aux directeurs généraux délégués. Les directeurs généraux délégués disposent, à l'égard des tiers, des mêmes pouvoirs que le directeur général." ; F. LEFEBVRE, *Sociétés commerciales 2014*, Levallois, Editions Francis Lefebvre, 2013, p. 603 en verder, nr. 42640.

⁹³ Zie over het verschil tussen art. 522§2 W. Venn. en art. 525 W. Venn.: *supra* randnummers 16 en verder.

in naam van de vennootschap. Handelingen die door de wet worden voorbehouden aan de *conseil de surveillance* kunnen door de *directoire* niet worden gesteld net als handelingen die niet binnen het maatschappelijk doel van de vennootschap vallen.⁹⁴ Anderzijds mogen de leden van de *conseil de surveillance* geen deel uitmaken van de *directoire* en mogen zij zich dus niet inlaten met het management van de vennootschap.⁹⁵ Het is de voorzitter van de *directoire* die, wel of niet samen met de andere leden van de *directoire* – de zogenaamde *directeurs généraux* – de vennootschap tegenover derden vertegenwoordigt. ⁹⁶ Delegatie van bevoegdheden is mogelijk, zowel aan de leden van de *conseil de surveillance* als aan de leden van de *directoire*. Daarnaast is het, tenzij de statuten dit zouden verbieden, ook mogelijk om, mits de toelating van de *conseil de surveillance*, een interne taakverdeling te organiseren onder de leden van de *directoire*. Een lid van de *directoire* kan dus bijvoorbeeld bevoegd zijn voor het dagelijks beleid van de vennootschap. Een dergelijke taakverdeling heeft weliswaar geen externe draagwijdte en heeft bovendien geen enkele invloed op de aansprakelijkheid van de *directoire*, die collectief verantwoordelijk blijft voor alle beslissingen die door zijn leden worden genomen.⁹⁷

(iii) De Duitse Aktiengesellschaft

a. Algemeen

44. Het bestuur van de Duitse *Aktiengesellschaft* dient als een rolmodel voor het internationale en interdisciplinaire *corporate governance*-debat.⁹⁸ Van oudsher is het Duitse bestuursstelsel dualistisch en wordt het gekenmerkt door een strikte scheiding tussen

⁹⁴ A. PIETRANCOSTA, P.H. DEBOIS EN R. GARÇON, «French Corporate Boards » in R. NOWAK, G. VAN SOLINGE, P. DAVIES en K. HOPT (ed.), *Corporate Boards in Law en Practice*, Oxford University Press, 2014, 190.

⁹⁵ L22574 : "Aucun membre du conseil de surveillance ne peut faire partie du directoire".

⁹⁶ A. PIETRANCOSTA, P.H. DEBOIS EN R. GARÇON, «French Corporate Boards » in R. NOWAK, G. VAN SOLINGE, P. DAVIES en K. HOPT (ed.), *Corporate Boards in Law en Practice*, Oxford University Press, 2014, 190.

⁹⁷ A. PIETRANCOSTA, P.H. DEBOIS EN R. GARÇON, «French Corporate Boards » in R. NOWAK, G. VAN SOLINGE, P. DAVIES en K. HOPT (ed.), *Corporate Boards in Law en Practice*, Oxford University Press, 2014, 190-191.

⁹⁸ M. ROTH, "Corporate Boards in Germany", in R. NOWAK, G. VAN SOLINGE, P. DAVIES en K. HOPT (ed.), *Corporate Boards in Law en Practice*, Oxford University Press, 2014, 256.

management en controle dat wordt waargenomen door resp. de *Vorstand* (bestuur) en de *Aufsichtsrat* (toezicht).⁹⁹ De *Vorstand* bestuurt (*Geschäftsführung*) en vertegenwoordigt (*Vertretung*) de vennootschap en vervult dus de rol van het uitvoerend bestuur.¹⁰⁰

De *Aufsichtsrat* houdt toezicht op het bestuur van de vennootschap en neemt het niet-uitvoerend bestuur waar. Wettelijk is het de taak van de *Aufsichtsrat* om de leden van de *Vorstand* (*Vorstandmitglieder*) te benoemen, te ontslaan en te controleren.¹⁰¹ Hoewel het de leden van de *Aufsichtsrat* verboden is om de vennootschap te besturen, kunnen zij - indien de statuten of de *Aufsichtsrat* dit zou opleggen - beschikken over een vetorecht (i.e. een toestemmingsvoorbehoud, "*Zustimmungsvorbehalte*") voor bepaalde beslissingen van de *Vorstand*.¹⁰² Het toestemmingsvoorbehoud is een middel tot preventieve controle, waarmee de beslissingen van de *Vorstand* kunnen worden gestuurd door de *Aufsichtsrat*.¹⁰³

Het takenpakket van de *Aufsichtsrat* wordt verder aangevuld door de bepalingen van de Duitse Corporate Governance Code, de 'Kodex'. De *Kodex* benadrukt het belang van een goede samenwerking tussen de verschillende vennootschapsorganen.¹⁰⁴ Aanbeveling 5.1.1 van de *Kodex* gebiedt de leden van de *Aufsichtsrat* om de *Vorstand* op een regelmatige basis te adviseren en te controleren. Bovendien schrijft deze bepaling voor dat de *Aufsichtsrat* betrokken moet worden bij de voor de vennootschap fundamentele beslissingen.¹⁰⁵ In de praktijk wonen de *Vorstandmitglieder* de vergaderingen van de *Aufsichtsrat* regelmatig bij.

⁹⁹ Een lid van de *Vorstand* kan niet tegelijkertijd ook een lid zijn van de *Aufsichtsrat*.

¹⁰⁰ §§77-78 Aktiengesetz (Gesetz vom 06.09.1965 (BGBl. I S. 1089), in Kraft getreten am 01.01.1966 zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.07.2013 (BGBl. I S. 2586) m.W.v. 01.08.2013, hierna AktG).

¹⁰¹ §111 AktG: (1) Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen.

¹⁰² §111 (4) AktG voorziet in de mogelijkheid om statutair of door de *Aufsichtsrat* zelf in een toestemmingsvoorbehoud te voorzien voor bepaalde beslissingen van de *Vorstand*. De wet verbiedt uitdrukkelijk dat de *Vorstand* zijn bevoegdheden zou overdragen aan de *Aufsichtsrat*: "*Maßnahmen der Geschäftsführung können dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden. Die Satzung oder der Aufsichtsrat hat jedoch zu bestimmen, daß bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen. Verweigert der Aufsichtsrat seine Zustimmung, so kann der Vorstand verlangen, daß die Hauptversammlung über die Zustimmung beschließt. Der Beschluß, durch den die Hauptversammlung zustimmt, bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen umfaßt. Die Satzung kann weder eine andere Mehrheit noch weitere Erfordernisse bestimmen*". M. ROTH, "Corporate Boards in Germany", in R. NOWAK, G. VAN SOLINGE, P. DAVIES en K. HOPT (ed.), *Corporate Boards in Law en Practice*, Oxford University Press, 2014, 256.

¹⁰³ §111 (4) AktG, K. LANGENBUCHER, *Aktien- und Kapitalmarktrecht*, München, Verlag CH. Beck oHG, 2008, §5, nr. 58; Münch. Komm. – AktG/Semler, §111, AktG Rn. 412; S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 396.

¹⁰⁴ 3.1 Deutscher Corporate Governance Kodex, hierna de 'Kodex' "*Vorstand und Aufsichtsrat arbeiten zum Whole des Unternehmens eng zusammen*" via http://www.dcgk.de//files/dcgk/usercontent/de/download/kodex/D_CorGov_Endfassung_2014.pdf, laatst geconsulteerd op 23 oktober 2014.

¹⁰⁵ Aanbeveling 5.1.1 Kodex.

Algemeen ligt de focus op de samenwerking tussen de verschillende vennootschapsorganen in het belang van de vennootschap.

45. De Duitse vennootschapswet, de *Aktiengesetz*, beschrijft vooralsnog geen monistische bestuursvorm, wat geenszins wil zeggen dat de *Aktiengesellschaft* niet bestuurd zou kunnen worden door een raad van bestuur (*Verwaltungsrat*) alleen.¹⁰⁶ Een alternatief voor een dualistisch bestuur wordt geboden op basis van de Europese Verordening betreffende het statuut van de Europese Vennootschap (SE).¹⁰⁷ Voor de overige Duitse naamloze vennootschappen - al dan niet genoteerd - is de aanwezigheid van een dubbel bestuursorgaan een wettelijke plicht. De beschikbaarheid van de *one tier-board* bij de Europese Vennootschap verklaart het grote succes ervan in Duitsland, voornamelijk bij beursgenoteerde ondernemingen.¹⁰⁸

b. Organisatie van de dagelijkse leiding

46. De *Vorstand* bestuurt de vennootschap en neemt ook de dagelijkse gang van zaken waar. Er wordt dus, naar Duits recht, geen afzonderlijk orgaan van dagelijks bestuur voorzien.¹⁰⁹ De *Vorstand* voert dit bestuur alleen, in principe zonder de inmenging van de *Aufsichtsrat*, hoewel deze laatste wel de plicht heeft om de *Vorstand* te adviseren en de statuten sommige belangrijke beslissingen afhankelijk kunnen maken van de voorafgaandelijke toestemming van het toezichthoudend orgaan.¹¹⁰

¹⁰⁶ De vraag naar een keuzemogelijkheid tussen een monistische en dualistische bestuursvorm wordt weliswaar, mede onder invloed van het vennootschapsrecht van andere Europese landen zoals België en Nederland, steeds groter. Zie A. JORGE VIERA GONZALEZ and CH. TEICHMANN, *Private company law reform in Europe: the race for flexibility*, Thomson Reuters, 2015, p. 33: "All such legislative processes, both at Community and national level, have been inspired by the idea of offering economic players more flexible types of companies which, through greater freedom to contract, allow them to the specific needs of their company."

¹⁰⁷ Verordening EG nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap, PB. L., 294, 10 november 2001. Deze mogelijkheid wordt uitdrukkelijk opgenomen in de aanhef van de Kodex: "Alternativ eröffnet die Europäische Gesellschaft (SE) die Möglichkeit, sich auch in Deutschland für das International verbreitete System der Führung durch ein einheitliches Leitungsorgan (Verwaltungsrat) zu entscheiden."

¹⁰⁸ In Duitsland is de Europese Vennootschap de snelst groeiende vorm voor beursgenoteerde vennootschappen. Zie M. ROTH, "Corporate Boards in Germany", in R. NOWAK, G. VAN SOLINGE, P. DAVIES en K. HOPT (ed.), *Corporate Boards in Law and Practice*, Oxford University Press, 2014, 257.

¹⁰⁹ §76 AktG

¹¹⁰ §111 (4) AktG: "Maßnahmen der Geschäftsführung können dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden. Die Satzung oder der Aufsichtsrat hat jedoch zu bestimmen, daß bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen. Verweigert der Aufsichtsrat seine Zustimmung, so kann der Vorstand verlangen, daß die Hauptversammlung über die Zustimmung beschließt. Der Beschluß, durch den die Hauptversammlung zustimmt, bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel der

De Vorstand vertegenwoordigt de vennootschap ook tegenover derden:

“Der Vorstand vertritt die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich. Hat eine Gesellschaft keinen Vorstand (Führungslosigkeit), wird die Gesellschaft für den Fall, dass ihr gegenüber Willenserklärungen abgegeben oder Schriftstücke zugestellt werden, durch den Aufsichtsrat vertreten“ (§78 AktG).

Deze vertegenwoordigingsbevoegdheid van de Vorstand is onbeperkt en kan in beginsel ook niet worden teruggeschroefd in de statuten of door besluiten:

“Die Vertretungsbefugnis des Vorstands kann nicht beschränkt werden”
(§82 AktG).

Aan derden wordt dus in het Duitse recht een grote mate van bescherming geboden.¹¹¹ Intern kan de bestuursbevoegdheid wel worden beperkt, bijvoorbeeld tot een bepaald bedrag of tot een bepaalde rechtshandeling, maar een dergelijke interne restrictie heeft extern geen gevolgen.

47. De leden van de *Vorstand* zijn niet individueel vertegenwoordigingsbevoegd. Het principe van *Gesamtvertretung* staat opgenomen in §78 (2) AktG.¹¹² In afwijking van de gezamenlijke vertegenwoordigingsbevoegdheid kunnen de statuten of een ander orgaan van de vennootschap dat daartoe in de statuten de bevoegdheid heeft verkregen, bepalen dat de algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid aan één individuele bestuurder wordt verleend, aan twee bestuurders samen of aan een bestuurder samen met een ‘*prokurist*’ (§78 (3)

abgegebenen Stimmen umfaßt. Die Satzung kann weder eine andere Mehrheit noch weitere Erfordernisse bestimmen.“

¹¹¹ E. GEPKEN-JAGER, *Vertegenwoordiging bij NV en BV*, Steendam, Kluwer, 2000, 77. Zelfs derden te kwader trouw worden in beginsel beschermd ten aanzien van de interne onbevoegdheid van het bestuur van de vennootschap (cfr. E. GEPKEN-JAGER, *Vertegenwoordiging bij NV en BV*, Steendam, Kluwer, 2000, 105).

¹¹² “(2) Besteht der Vorstand aus mehreren Personen, so sind, wenn die Satzung nichts anderes bestimmt, sämtliche Vorstandsmitglieder nur gemeinschaftlich zur Vertretung der Gesellschaft befugt. Ist eine Willenserklärung gegenüber der Gesellschaft abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem Vorstandsmitglied oder im Fall des Absatzes 1 Satz 2 gegenüber einem Aufsichtsratsmitglied. An die Vertreter der Gesellschaft nach Absatz 1 können unter der im Handelsregister eingetragenen Geschäftsanschrift Willenserklärungen gegenüber der Gesellschaft abgegeben und Schriftstücke für die Gesellschaft zugestellt werden. Unabhängig hiervon können die Abgabe und die Zustellung auch unter der eingetragenen Anschrift der empfangsberechtigten Person nach § 39 Abs. 1 Satz 2 erfolgen.“

AktG).¹¹³ Dit systeem van het opdragen van de algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid is vergelijkbaar met de gedelegeerd bestuurder uit artikel 522§2 W. Venn.

48. Het Duitse vennootschapsrecht kent geen orgaan van dagelijks bestuur zoals dit bestaat in het Belgische recht, maar mist dit ook niet om de dagelijkse gang van zaken in de *Aktiengesellschaft* vlot te kunnen organiseren. De vennootschap kan immers niet alleen vertegenwoordigd worden door haar wettelijke vertegenwoordigers, maar eveneens door gevolmachtigden die niet noodzakelijk bestuurders hoeven te zijn. Het Duitse handelsrecht voorziet hiertoe in twee soorten volmachten ("*kaufmännischen Vollmachten*"), de *Prokura* (§48 - §53 HGB, ('*Handelsgesetzbuch*')) en de *Handlungsvollmacht* (§54- §58 HGB).¹¹⁴

49. Een *Handlungsvollmacht* is iedere volmacht, met uitzondering van de *Prokura*, die wordt verleend met oog op de uitoefening van een bedrijvigheid. §54 (1) HGB luidt:

*"Ist jemand ohne Erteilung der Prokura zum Betrieb eines Handelsgewerbes oder zur Vornahme einer bestimmten zu einem Handelsgewerbe gehörigen Art von Geschäften oder zur Vornahme einzelner zu einem Handelsgewerbe gehöriger Geschäfte ermächtigt, so erstreckt sich die Vollmacht (Handlungsvollmacht) auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt."*¹¹⁵

Het vermelde artikel onderscheidt drie soorten volmachten: *Generalhandlungsvollmacht*, die wordt verleend voor het uitoefenen van de rechtshandelingen die gebruikelijk zijn voor het dagelijks bestuur van een soortgelijke onderneming, de *Arthandlungsvollmacht*, die wordt verleend voor rechtshandelingen die voor een bepaalde soort handelingen gebruikelijk zijn en de *Specialhandlungsvollmacht*, die wordt verleend voor rechtshandelingen die gebruikelijk zijn voor met name genoemde zaken.¹¹⁶

Het is duidelijk dat de *Generalhandlungsvollmacht* het meest aanleunt bij wat wij verstaan onder de delegatie van een reeks bevoegdheden aan een (orgaan van) dagelijks bestuur. Op grond van een toegekende *Generalhandlungsvollmacht* kunnen één of meer gevolmachtigden

¹¹³ E. GEPKEN-JAGER, *Vertegenwoordiging bij NV en BV*, Steendam, Kluwer, 2000, 82.

¹¹⁴ Verder uitgewerkt in deel V van dit proefschrift.

¹¹⁵ §54 HGB, <http://www.gesetze-im-internet.de/hgb/54.html>

¹¹⁶ E. GEPKEN-JAGER, *Vertegenwoordiging bij NV en BV*, Steendam, Kluwer, 2000, 121.

gezamenlijk alle rechtshandelingen, die de werking van een bepaalde commerciële onderneming of het verrichten van een bepaalde transactie 'gewoonlijk' met zich meebrengen. De notie 'gewoonlijk' is een open norm die door de Duitse hoven en rechtbanken moet worden ingevuld aan de hand van de aard van de onderneming.

Zeker is evenwel dat 'ongebruikelijke handelingen' hier niet worden bedoeld. §54 (2) HGB bepaalt dan ook expliciet dat het vervreemden of bezwaren van gronden, het aangaan van leningen en/of het stellen van proceshandelingen niet onder de algemene volmacht vallen, behoudens wanneer deze bevoegdheid/bevoegdheden specifiek aan de gevolmachtigde worden verleend. §54 doet in dat opzicht sterk denken aan artikel 1988 BW, op grond waarvan een lastgeving die in algemene bewoordingen wordt gesteld enkel daden van beheer bevat en waarin wordt bepaald dat '*om goederen te vervreemden of met hypotheek te bezwaren*' een uitdrukkelijke lastgeving vereist is.

(iv) De Zwitserse Aktiengesellschaft

50. Van bij het begin heeft Zwitserland de keuze gelaten om de Zwitserse naamloze vennootschappen (*Aktiengesellschaften*) te laten besturen door één bestuursorgaan of door twee organen, waarvan één uitvoerend en één toezichthoudend orgaan.¹¹⁷ In geval een vennootschap voor een monistische bestuursvorm kiest, wordt het bestuur waargenomen door een *board of directors*, die de strategie bepaalt en in veel gevallen zelf de bestuurstaken vervult. De keuze voor een dualistische bestuursvorm impliceert dat de *board of directors* optreedt als het toezichthoudend orgaan met een belangrijke *monitoring*taak, maar dat er daarnaast ook nog een *management board* bestaat dat uitgebreide bestuurlijke bevoegdheden heeft.¹¹⁸ Kenmerkend voor het Zwitserse vennootschapsrecht is een lijst met zeven bevoegdheden die door de *board* niet gedelegeerd mogen worden aan een *management board* of een ander orgaan en/of gevolmachtigde (de zeven-punten catalogus).¹¹⁹

¹¹⁷ P. BÖCKLI, "Corporate Board in Switzerland", in R. NOWAK, G. VAN SOLINGE, P. DAVIES en K. HOPT (ed.), *Corporate Boards in Law en Practice*", Oxford University Press, 2014, 660.

¹¹⁸ P. BÖCKLI, "Corporate Board in Switzerland", in R. NOWAK, G. VAN SOLINGE, P. DAVIES en K. HOPT (ed.), *Corporate Boards in Law en Practice*", Oxford University Press, 2014, 662.

¹¹⁹ Art. 716 a para 1 Code of Obligations ('CO'), <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/201507010000/220.pdf> "The board of directors has the following non-transferable

51. Voor het overige hecht het Zwitserse recht een zeer groot belang aan bevoegdheidsdelegatie en de uitwerking van een effectieve managementstructuur. Van de *board* wordt verwacht dat hij een voor de vennootschap geschikte bevoegdheidsdelegatie organiseert: hij is dit niet verplicht, maar kan wel nadien verantwoordelijk worden gesteld voor een gebrekkige delegatie.¹²⁰

In de praktijk delegeert de board de dagelijkse bedrijfsleiding aan een persoon/personen naar keuze. In principe zijn er drie manieren waarop de bevoegdheidsdelegatie kan worden georganiseerd:

- delegatie aan een lid van de *board* (een '*delegate of the board of directors*' of '*managing director*');
- delegatie aan een derde/derden die geen deel uitmaken van de *board* (een zogenaamde '*director*');
- delegatie aan een onafhankelijk orgaan ('*management committee*' of '*management board*'), voornamelijk in grote vennootschappen.¹²¹

Rechtstreekse delegatie is niet mogelijk. Voor een rechtsgeldige delegatie van managementverplichtingen is vereist dat de statuten daartoe een clausule opnemen én dat de *board* deze clausule aanvaardt in een afzonderlijke bestuursbeslissing. Voor het overige organiseert de *board* in alle vrijheid hoe en aan wie hij het operationeel management delegeert naargelang de omvang van de vennootschap. Dit gebeurt in de zogenaamde

and inalienable duties: 1.the overall management of the company and the issuing of all necessary directives; 2. determination of the company's organisation; 3. the organisation of the accounting, financial control and financial planning systems as required for management of the company;4. the appointment and dismissal of persons entrusted with managing and representing the company 5. overall supervision of the persons entrusted with managing the company, in particular with regard to compliance with the law, articles of association, operational regulations and directives; 6. compilation of the annual report, preparation for the general meeting and implementation of its resolutions; 7. notification of the court in the event that the company is overindebted."

¹²⁰ Art. 716b 3 CO. luidt: "Delegation of business management: (1) The articles of association may authorise the board of directors to delegate the management of all or part of the company's business to individual members or third parties in accordance with its organisational regulations. (2) These regulations regulate the management of the company's business, stipulate the bodies required to carry this out, define their duties and, in particular, regulate the company's internal reporting. On request, the board of directors issues information in writing concerning the organisation of the business management to shareholders and company creditors with a demonstrable interest warranting protection. (3) Where management of the company's business has not been delegated, it is the responsibility of all the members of the board of directors."

¹²¹ M. BAUEN, S. VENTURI, *Swiss board of directors*, Bruylant, 2009, p. 114; W.J.L. CALKOEN, "Ondernemingsrecht, Corporate Boards in Law and Practice", *Ondernemingsrecht* 2014/102, 5.

'organisational regulations', die de organen aanduidt die voor het (dagelijks) management zullen instaan, hun verplichtingen bepaalt en een intern systeem van rapportering uitwerkt (Artikel 716 b, 3.2 CO).¹²² In die *regulations* neemt de *board* ook op welke bestuursleden en welke leden van het management de vennootschap naar derden toe vertegenwoordigen. Ook wat dat betreft heeft hij het laatste woord. Ingeval van bevoegdheidsdelegatie aan een management *board* of een *delegate* kunnen de *regulations* bovendien bepalen dat deze instantie of persoon over de bevoegdheid beschikken om op hun beurt verder te delegeren aan ondergeschikten alsook om de procedures te bepalen op basis waarvan vertegenwoordigers kunnen worden aangeduid.¹²³

(v) Verenigd Koninkrijk

52. Het Verenigd Koninkrijk kent traditioneel een *one tier board*, waarin alle uitvoerende bestuurders (*executives*) en een iets groter aantal niet-uitvoerende bestuurders (*non-executives*) het bestuur van de vennootschap waarnemen. De uitvoerende bestuurders verzorgen op een voltijdse basis het management van de vennootschap al dan niet samen met het management. De niet-uitvoerende bestuurders nemen een controlerende rol (*monitoring*) op zich.¹²⁴

53. Merkwaardig is dat de Engelse Vennootschapswet (de *Companies Act 2006*) geen wettelijke bepaling voorziet op grond waarvan de taken van de *board* worden beschreven of een bevoegdheidsverdeling wordt uitgewerkt.¹²⁵ Een taak- en bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende bestuurders onderling en tussen bestuur en management kan dus vrij georganiseerd worden in de statuten van de vennootschap.¹²⁶ De wet voorziet weliswaar in modelstatuten (*the model articles of association*), die hiervoor door de vennootschap kunnen

¹²² P. BÖCKLI, "Corporate Board in Switzerland", in R. NOWAK, G. VAN SOLINGE, P. DAVIES en K. HOPT (ed.), *Corporate Boards in Law en Practice*", Oxford University Press, 2014, 665; K. ROTH PELLANDA, *Organisation des Verwaltungsrates. Zusammensetzung, Arbeitsteilung, Information und Verantwortlichkeit*, Zürich, Sint-Gallen, 2008, 100.

¹²³ M. BAUEN, S. VENTURI, *Swiss board of directors*, Bruylant, 2009, p. 118.

¹²⁴ A. DIGNAM, J. LOWRY, *Company Law*, Oxford University Press, 2012, p. 296, nr. 13.15.

¹²⁵ http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf

¹²⁶ P. DAVIES, "Corporate boards in the United Kingdom", in R. NOWAK, G. VAN SOLINGE, P. DAVIES en K. HOPT (ed.), *Corporate Boards in Law en Practice*", Oxford University Press, 2014, 724.

worden gebruikt.¹²⁷ De huidige modelstatuten leggen de macht van de vennootschap overwegend bij de *board*:

*"Subject to the articles, the directors are responsible for the management of the company, for which purpose they may exercise all the powers of the company."*¹²⁸

Of de *board* het management van de vennootschap zelf waarneemt (zgn. *executives*) dan wel delegeert aan externe managers, kan het dus volledig zelf beslissen, wat impliceert dat het bestuur de scheidingslijn tussen de verdeling van bestuurs- en managementbevoegdheden autonoom kan definiëren, zonder evenwel de eigen taak te mogen uithollen.¹²⁹ Daarnaast fungeert ook de UK Corporate Governance Code als een belangrijke richtsnoer om de rol van de *board* en de verhouding met het management te bepalen.¹³⁰ Het voornaamste principe is hier dat elke vennootschap moet worden geleid door een bestuursorgaan dat effectief is en collectief verantwoordelijk voor het succes op lange termijn van de vennootschap.

Dit principe wordt verder uitgewerkt als volgt:

"The board's role is to provide entrepreneurial leadership of the company within a framework of prudent and effective controls which enables risk to be assessed and managed. The board should set the company's strategic aims, ensure that the necessary financial and human resources are in place for the company to meet its objectives and review management performance. The board should set the company's values and standards and ensure that its obligations to its shareholders and others are understood and met."

¹²⁷ P. DAVIES, "Corporate boards in the United Kingdom", in R. NOWAK, G. VAN SOLINGE, P. DAVIES en K. HOPT (ed.), *Corporate Boards in Law en Practice*", Oxford University Press, 2014, 724.

¹²⁸ D. FRENCH, S. MAYSON and CH. RYAN, *Company law 2015-2016 edition*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 452, 15.8 *The board of directors*; P. DAVIES, "Corporate boards in the United Kingdom", in R. NOWAK, G. VAN SOLINGE, P. DAVIES en K. HOPT (ed.), *Corporate Boards in Law en Practice*", Oxford University Press, 2014, 724.

¹²⁹ P. DAVIES, "Corporate boards in the United Kingdom", in R. NOWAK, G. VAN SOLINGE, P. DAVIES en K. HOPT (ed.), *Corporate Boards in Law en Practice*", Oxford University Press, 2014, 724.

¹³⁰ <https://www.frc.org.uk/Our-Work/Publications/Corporate-Governance/UK-Corporate-Governance-Code-2014.pdf> (Section A, A.1 Role of the Board, CGC 2014).

In het bijzonder, wat de verdeling van de bevoegdheden betreft, hecht de *Code* er vooral belang aan dat een eventuele bevoegdheidsverdeling tussen het bestuur en het management duidelijk is en dat deze verdeling evenwichtig is:

"A.2 Division of responsibilities – Main principle:

*There should be a clear division of responsibilities at the head of the company between the running of the board and the executive responsibility for the running of the company's business. No one individual should have unfettered powers of decision."*¹³¹

De Engelse Corporate Governance Code streeft dus enerzijds naar een balans, maar hecht anderzijds ook zeer veel aandacht aan de gezamenlijke ontwikkeling van de strategie.¹³² De statuten voorzien gewoonlijk in een aanduiding van een *managing director* (CEO) die de leiding over het operationeel management van de vennootschap waarneemt.¹³³

54. Over een orgaan dat bevoegd is over het dagelijks beleid van de vennootschap wordt in de *Companies Act* niet gesproken. En ook in de praktijk vinden we geen voorbeelden terug van 'daily managers' met een exclusieve bevoegdheid voor dagelijkse beslissingen. Wel kent het Engelse recht, naar analogie met het Belgisch vennootschapsrecht, de figuur van de feitelijke bestuurder: de zogenaamde *de facto* en *shadow director's*. Mocht het dus zo zijn dat een manager zich zou gedragen als een werkelijke leider, ontkomt hij er niet aan om verantwoordelijk gehouden te worden conform de gewone regels van de bestuurdersaansprakelijkheid en meer bepaald aan de toepassing van de algemene verplichtingen die aan een formele bestuurder worden opgelegd in de artikelen 170 tot en met 177 van de *Companies Act*.¹³⁴

¹³¹ SECTION A, A.2, UK Corporate Governance Code, p. 8 <https://www.frc.org.uk/Our-Work/Publications/Corporate-Governance/UK-Corporate-Governance-Code-2014.pdf>

¹³² Voorbeelden hiervan zijn de splitsing van de functies van CEO en Voorzitter van de *board* en de invoering van een *senior independent director*. UK Corporate Governance Code, <https://www.frc.org.uk/Our-Work/Publications/Corporate-Governance/UK-Corporate-Governance-Code-2014.pdf>

¹³³ Er is niet alleen bevoegdheidsdelegatie mogelijk aan *executive directors*, maar ook aan een *managing director* of aan een *chief executive officer*. Daarnaast zijn er ook delegatiemogelijkheden aan *comité's* zoals een benoemings- en/of een auitcomité. D. FRENCH, S. MAYSON and CH. RYAN, *Company law 2015-2016 edition*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 456/457.

¹³⁴ Waaronder de *duty of loyalty*, de *duty of care*, etc.

B) Evaluatie

55. Geen van de landen uit de rechtsvergelijkende analyse kent een orgaan van dagelijks bestuur naar analogie met ons recht en dus een afzonderlijk orgaan dat bestaat (kan bestaan) naast de raad van bestuur en eventueel naast een directiecomité en met een bestuurs- en vertegenwoordigingsbevoegdheid enkel over het dagelijks beleid van de vennootschap. Voor landen die van oudsher voorzien in de mogelijkheid om een dualistisch bestuursmodel te implementeren (zoals Duitsland en Nederland), hoeft de afwezigheid van een specifiek orgaan voor de dagelijkse leiding niet te verbazen. Door (operationeel) bestuur en toezicht van elkaar los te koppelen, wordt het dagelijks beleid van de vennootschap overgelaten aan het managementorgaan, waarvan het beleid kan getoetst worden door het toezichthoudende orgaan. In dit operationele beleid is het dagelijks beleid vervat, waardoor de behoefte voor de oprichting van een specifiek orgaan veel minder aanwezig is.

Bij de landen met een klassiek monistisch bestuursmodel (Frankrijk, Zwitserland, Engeland) zien we dat het ontbreken van een afzonderlijk orgaan van dagelijks bestuur niet wil zeggen dat er geen behoefte is aan een dagelijkse leider die aanwezig is in de vennootschap, regelmatig contact heeft met het personeel en de derden die met de vennootschap handelen en daardoor met kennis van zaken beslissingen kan nemen over het dagelijks beleid. Systemen van delegatie van minder belangrijke beslissingen ontstaan er vanuit de praktijk en worden overgelaten aan een individueel lid van het bestuursorgaan (d.m.v. een taakverdeling) of aan een buitenwettelijk orgaan.

56. Geen van de landen kent bovendien een identiek systeem voor de manier waarop het dagelijks beleid georganiseerd wordt. Opvallend is, naast de veelzijdigheid, de beleidsvrijheid die aan het bestuur gelaten wordt bij de organisatie van het dagelijks bestuur van de vennootschap. Het Zwitserse recht is een mooi voorbeeld van zo een flexibel systeem: de wijze van bevoegdheidsverdeling is vrij en in handen van het bestuursorgaan van de vennootschap (de *board*). De statuten moeten de bevoegdheidsdelegatie wel toestaan en de manier waarop de bevoegdheden verdeeld worden, dient verder uitgewerkt te worden in een intern reglement (*regulations*). Tegelijk blijft het bestuursorgaan finaal verantwoordelijk voor een goede delegatie en, bij het ontbreken daarvan, voor de goede werking van de vennootschap. Een dergelijke flexibiliteit verdient aanbeveling, omdat het bestuur een

bevoegdheidsverdeling op maat en in functie van de groei van de vennootschap kan organiseren. Enige caveat is dat de gekozen systemen duidelijk en transparant moeten zijn, dit ten behoeve van de rechtszekerheid. Ook hier kan worden teruggegrepen naar het Zwitserse recht. De wet voorziet er in drie mogelijke systemen van rechtstreekse delegatie, die verplicht verder moeten worden uitgewerkt in de statuten en het interne reglement van het bestuursorgaan van de vennootschap.

57. Wat verder in het oog springt is dat de meeste rechtsstelsels voorzien dat het dagelijks bestuur niet noodzakelijk door het bestuursorgaan (of door bepaalde leden hiervan) zelf moet worden waargenomen. De mogelijkheid tot delegatie van dagelijkse beslissingen aan het management van de vennootschap wordt vrijwel in alle landen voorzien, minstens wordt getolereerd dat dit in de praktijk zo gebeurt. De dagelijkse leiding hoeft inderdaad niet noodzakelijk door het bestuur waargenomen te worden. Dit is in België ook niet het geval: dagelijks bestuurders moeten geen bestuurders te zijn, hoewel dit in de praktijk nog vaak zo is. De vraag kan worden gesteld of het niet beter is om, zeker in monistische structuren, het dagelijks bestuur op te dragen aan een manager die niet tegelijk ook een lid is van de raad van bestuur. Eventueel kan een corporate governance-bepaling opgenomen worden op grond waarvan de aanbeveling geformuleerd wordt om, in het voordeel van de efficiëntie, in een scheiding van deze functies te voorzien. Hierbij kan tevens worden gedacht aan een systeem van rapportering tussen de betreffende manager en de CEO van de vennootschap, die op zijn beurt rapport uitbrengt aan de raad van bestuur van de vennootschap. Een dergelijke regeling kan perfect worden uitgewerkt in een intern reglement van het betreffende bestuursorgaan, zonder dat hiervoor een afzonderlijke wettelijke regeling vereist is.

Afdeling IV In de naamloze vennootschap (NV)

58. Het orgaan van dagelijks bestuur bestaat enkel in de naamloze vennootschap (NV) en, via de scharnierbepaling van artikel 657 W. Venn., in de commanditaire vennootschap op aandelen (Comm. VA).¹³⁵ Daarnaast bestaat ook in de Europese naamloze vennootschap - de *Societas Europaea* of SE - de mogelijkheid voor het bestuursorgaan om het dagelijks bestuur

¹³⁵ Via art. 657 W. Venn. zijn de bepalingen betreffende de naamloze vennootschappen, behoudens wijzigingen, toepasselijk op de commanditaire vennootschappen op aandelen.

op te dragen onder dezelfde voorwaarden als die gelden voor de naamloze vennootschappen met statutaire zetel op het grondgebied van die lidstaat.¹³⁶ Deze mogelijkheid bestaat zowel voor de vennootschap die kiest voor een monistische raad van bestuur (*one tier*-systeem) als voor een dualistisch stelsel (*two tier*-systeem).

Naar Belgisch recht betekent dit dat het bestuursorgaan - zowel in een monistische als een dualistische SE - het dagelijks bestuur kan opdragen overeenkomstig artikel 525 W. Venn.¹³⁷ De SE mag in dat geval dan echter geen gebruik maken van de mogelijkheid om een directiecomité op te richten (artikel 898 en 900 W. Venn.).

59. De oprichting van een orgaan van dagelijks bestuur is niet voorzien in de BVBA, noch voor andere vennootschapsvormen.¹³⁸ Voor zover de vennootschap in haar statuten de mogelijkheid open laat voor de benoeming van een dagelijks bestuurder, kan deze hoogstens een vorm van *ad hoc*-lastgeving (volmacht) inhouden, aangezien het orgaan van dagelijks bestuur voor de BVBA niet op grond van een wet bestaat.¹³⁹ Het prokurairegime is hierop niet van toepassing, zodat eventuele interne bevoegdheidsbeperkingen die aan de dagelijks bestuurder-gevolmachtigde op basis van de statuten of een intern reglement worden opgelegd, anders dan bij de dagelijks bestuurder in de NV, wel tegenstelbaar is aan derden.

Hoofdstuk II: DE RATIO LEGIS

¹³⁶ De artikelen 39, lid 1 en 43, lid 1 *in fine* van de Verordening EG nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap, *PB. L.*, 294, 10 november 2001 schrijven beiden voor dat 'een lidstaat kan voorschrijven dat een lid of leden van het bestuursorgaan onder eigen verantwoordelijkheid belast is of zijn met de dagelijkse leiding, onder dezelfde voorwaarden als die welke gelden voor naamloze vennootschappen met statutaire zetel op het grondgebied van die lidstaat.'

¹³⁷ Artikel 898, lid 1 W. Venn. (monistisch stelsel) luidt: "Het bestuursorgaan is de raad van bestuur. Het bestuursorgaan kan het dagelijks bestuur opdragen overeenkomstig artikel 525." Artikel 900, §1 W. Venn. (dualistisch stelsel) bepaalt: "Het leidinggevend orgaan is de directieraad die is samengesteld uit één of meerdere leden. Het bestuursorgaan mag het dagelijks bestuur opdragen overeenkomstig artikel 525." België maakte dus gebruik van de mogelijkheid uit art. 43 van de Verordening, op grond waarvan een lidstaat kan voorschrijven dat een lid of de leden van het bestuursorgaan onder eigen verantwoordelijkheid belast is of zijn met de dagelijkse leiding, onder dezelfde voorwaarden als die welke gelden voor naamloze vennootschappen met statutaire zetel op het grondgebied van de lidstaten.

¹³⁸ In een BVBA is elke zaakvoerder de *facto* ook dagelijks bestuurder, aangezien elke zaakvoerder in beginsel individueel vertegenwoordigingsbevoegd is.

¹³⁹ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, p. 396.

60. Het orgaan van dagelijks bestuur groeide uit de praktijk. In een ver verleden gebeurde het frequent dat de bestuurders van de vennootschap te ver woonden van de maatschappelijke zetel om een goed bestuur te kunnen garanderen. Daarnaast vervulden zij vaak nog andere taken en verplichtingen, waaronder zetelen in raden van bestuur van andere vennootschappen. Het naar behoren besturen van een vennootschap vereist nochtans een zekere permanentie.¹⁴⁰ De visie was dat van de raad van bestuur echter niet kon verlangd worden dat hij ononderbroken zitting hield en zich om de minste bijzonderheden van het bestuur bekommerde.¹⁴¹ Anderzijds kan een vennootschap, in de periode tussen de bijeenkomsten van de raad, niet onbeheerd achterblijven. Door dus een orgaan van dagelijks bestuur te creëren, kon worden vermeden dat de raad van bestuur diende tussen te komen, telkens wanneer een bestuursbeslissing genomen moest worden.

61. De reden waarom naamloze vennootschappen er vandaag voor kiezen om een afzonderlijk orgaan van dagelijks bestuur in te richten, is niet meer dezelfde als de hoger aangegeven reden. In de kern is de ratio gelijk gebleven: met de oprichting ervan beoogt men immers in essentie een snelle en efficiënte besluitvorming te organiseren binnen de vennootschap.¹⁴² Van bestuursleden kan immers onmogelijk verwacht worden dat zij dagelijks bijeenkomen om te vergaderen over de lopende zaken en eenvoudige administratieve aangelegenheden. De afstand tot aan de maatschappelijke zetel is vandaag evenwel geen reden meer. Dit met dank aan de moderne communicatiemiddelen, die de bestuurders toelaten om van waar ook ter wereld bestuursvergaderingen bij te wonen en zo deel te nemen aan de (urgente) besluitvorming. De (on)beschikbaarheid van de raad wordt vaak nog wel genoemd als één van de redenen voor de oprichting van het orgaan van dagelijks bestuur. Dit probleem is zelfs nog accurater geworden. Omwille van hun bijzondere competenties zetelen bestuurders vaak tegelijkertijd in raden van bestuur van verschillende vennootschappen of houden zij er andere (belangrijkere) taken en verplichtingen op na,

¹⁴⁰ T. THEATE, "Du directeur dans les sociétés anonymes", *RPS* 1894, p. 289-305; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T. I, Brussel, Bruylant, 1954, p. 408, nr. 643.

¹⁴¹ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, p. 391; F. CLEEREN, "Het orgaan van dagelijks bestuur", *RW* 1996-1997, p. 209.

¹⁴² H. BRAECKMANS, "Dagelijks bestuur in de NV" in *CBR Jaarboek*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 165, nr. 1; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 295, nr. 543.

waardoor het niet wenselijk is dat zij zich ook nog met 'zaken van minder belang' bezighouden.¹⁴³

62. Één van de drijfveren voor de oprichting van een orgaan van dagelijks bestuur zou, het *corporate governance*-gedachtegoed in het achterhoofd, moeten zijn dat het tot de kerntaak van de raad behoort om het 'algemeen beleid' van de vennootschap uit te stippelen en dat het dus niet aan de raad is om kleine beslissingen te nemen. Wat precies onder dit algemeen beleid begrepen moet worden, is bij gebreke aan enige wettelijk bepaling niet helemaal duidelijk, maar algemeen wordt aangenomen dat onder meer het uiteenzetten van de strategische krachtlijnen, het verzorgen van de relaties tussen de vennootschap en haar aandeelhouders en de goedkeuring van projecten, begrotingen en belangrijke herstructureringen hieronder ressorteren.¹⁴⁴ In dat opzicht is het dan ook wenselijk dat de raad voldoende afstand kan nemen van de dagelijkse bedrijfsvoering teneinde de uitvoering van de ondernemingsstrategie te beoordelen en vanuit een langetermijnvisie bij te sturen.¹⁴⁵

63. De discussie over de bestaansreden van een afzonderlijk orgaan van dagelijks bestuur is vandaag meer dan ooit relevant, niet in het minst omdat een aantal van de argumenten die hoger werden vermeld vandaag niet meer gelden. De afstand tot de maatschappelijke zetel kan duidelijk geen gegronde reden meer zijn om een afzonderlijk orgaan uitsluitend bevoegd voor het dagelijks beleid van de vennootschap te rechtvaardigen. Daarnaast kan ook het argument dat van een bestuurder niet kan worden verwacht dat hij voortdurend ter beschikking is van de vennootschap vandaag niet meer worden ingeroepen als een valabel excuus voor een overdreven delegatie van bevoegdheden aan een orgaan van dagelijks bestuur. In de huidige samenleving wordt van een bestuurder verwacht dat deze zijn mandaat ter harte neemt, beschikbaar is en zich engageert, dit alles in het belang van de vennootschap. De tijd dat een zitje in de raad van bestuur louter op prestige berustte ligt heel ver achter ons. Het bestaansrecht van het orgaan van dagelijks bestuur ontleent zich dan ook enkel nog aan de rol en de taakverdeling van en tussen de verschillende organen in een NV.

¹⁴³ De Code Buysse II stelt wel voorop dat een minimum van vier vergaderingen per jaar noodzakelijk is, opdat de raad van bestuur zijn opdracht naar behoren zou kunnen vervullen. Aanbeveling 5, punt 5.8 (werking van de raad van bestuur) van de Code Buysse II (Aanbevelingen voor niet-beursgenoteerde ondernemingen), <http://www.codebuysse.be>. "Bovendien moet de raad van bestuur bij deze vergaderingen afstand kunnen nemen van de dagelijkse bedrijfsuitvoering teneinde de uitvoering van de ondernemingsstrategie te beoordelen en vanuit een langetermijnvisie deze - waar nodig - bij te sturen. Minstens eenmaal per jaar dient een bijzondere vergadering bijeengeroepen te worden, waar enkel het langetermijndenken op de agenda staat. Een boordtabel met een overzicht van alle relevante parameters kan hierbij een leidraad zijn."

¹⁴⁴ Commissie voor het Bank- en financieuzen, *Jaarverslag 1991-92*, 25.

¹⁴⁵ Aanbeveling 5.8 (werking van de raad van bestuur) van de Code Buysse II (Aanbevelingen voor niet-beursgenoteerde ondernemingen), <http://www.codebuysse.be>.

Het is inderdaad van wezenlijk belang dat de raad van bestuur kan afzien van de dagelijkse besloemingen van de vennootschap om zich zo beter te kunnen buigen over het algemeen beleid en de strategiebepaling. Het aanstellen van een dagelijks bestuurder is echter niet de enige mogelijke oplossing om deze positie voor de raad van bestuur te kunnen bereiken. Op grond van artikel 524*bis* W. Venn. kunnen de statuten de raad van bestuur toestaan om zijn bestuursbevoegdheden - met uitzondering van het algemeen beleid en de voorbehouden materies - over te dragen aan een directiecomité.¹⁴⁶ Niettegenstaande de legalisering van dit comité, waaraan, uitgezonderd het algemeen beleid, de operationele managementactiviteiten van de vennootschap kunnen worden overgedragen, houdt men in de bedrijfswereld vast aan de oprichting van een orgaan van dagelijks bestuur als het alternatief voor een duaal bestuursstelsel.¹⁴⁷ De voornaamste reden hiervoor zou het behoud van de machtsposities binnen de vennootschap zijn.¹⁴⁸

Hoofdstuk III: ORGANISATIE EN KARAKTERISTIEKEN VAN ORGAAN EN HAAR LEDEN

64. De wettelijke regeling omtrent het orgaan van dagelijks bestuur en haar leden is summier en hoofdzakelijk terug te vinden in artikel 525 W. Venn. De dagelijks bestuurder wordt daarnaast ook expliciet vermeld in de artikelen 527 en 554 W. Venn., die respectievelijk de aansprakelijkheid voor gewone bestuursfouten en de vertrekvergoeding van de dagelijks bestuurder regelen.¹⁴⁹ Via artikel 525 *in fine* zijn ook de artikelen 520*bis* en *ter* W. Venn. met betrekking tot de regels inzake variabele vergoeding, *mutatis mutandis* van toepassing op het dagelijks bestuur.

¹⁴⁶ Art. 524*bis* W. Venn.; P. ERNST en L. VAN DEN EYNDEN, "Het directiecomité in de Corporate Governancetwet. Een eerste analyse", *TRV* 2002, afl. 8, nr. 53.

¹⁴⁷ WYCKAERT en GEENS schrijven het succes voor de oprichting van een orgaan van dagelijks bestuur toe aan het gegeven dat de Belgische bestuurder kennelijk een 'controlefreak' is, die niet zomaar afstand wenst te doen van zijn bevoegdheid, althans niet op een onomkeerbare wijze. M. WYCKAERT en K. GEENS, "Het gebruik van het facultatief duaal systeem in Belgische beursgenoteerde vennootschappen", *TRV* 2010, afl. 7, p. 528.

¹⁴⁸ Over de zin en de onzin van het behoud van een afzonderlijk orgaan van dagelijks bestuur in de NV wordt verder nagedacht in Deel V van dit proefschrift. Zie *infra* nrs. 488 en verder.

¹⁴⁹ De dagelijks bestuurder komt niet voor in art. 528 W. Venn. en kan dus in beginsel ten opzichte van derden, in de hoedanigheid van dagelijks bestuurder, niet aansprakelijk gesteld worden voor een schending van de vennootschapswet en/of de statuten. Afhankelijk van de omstandigheden kan hij beschouwd worden als een feitelijk bestuurder in de zin van art. 530 W. Venn.. De aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder wordt uitgebreid besproken in deel IV van dit proefschrift.

Algemeen gesteld is de wettelijke organisatie met betrekking tot het dagelijks bestuur eerder gering. Dit gebrek aan regulering was echter niet in alle gevallen een lacune van de wetgever, doch vaak een bewuste (weliswaar meestal niet-gemotiveerde) keuze om de vennootschap vrij te laten één en ander volgens de eigen behoefte statutair te regelen.

Afdeling I Organisatie van het orgaan

§ 1. Facultatief karakter

65. Uit de lectuur van artikel 525 W. Venn. blijkt dat het dagelijks bestuur van de vennootschap 'mag' worden opgedragen aan één of meer personen.¹⁵⁰ De woordkeuze van de wetgever maakt meteen duidelijk dat de installatie van een orgaan van dagelijks bestuur een keuze en geen verplichting is voor de vennootschap. De oprichting is met andere woorden facultatief in die zin dat de vennootschap volledig autonoom kan beslissen of zij het nodig acht om binnen haar structuur een orgaan van dagelijks bestuur te organiseren.

De wet bewaart het stilzwijgen over welk orgaan nu precies bevoegd is om de delegatie van het dagelijks bestuur tot stand te brengen. De beslissing tot oprichting van een orgaan van dagelijks bestuur door de algemene vergadering is dan ook niet *contra legem*. Uit een samenlezing van de artikelen 522 en 531 W. Venn. moet evenwel afgeleid worden dat de algemene vergadering slechts over de wettelijke bevoegdheden beschikt en dat de residuaire bevoegdheden, waaronder de organisatie van het dagelijks beleid van de vennootschap, toekomen aan de raad van bestuur.¹⁵¹

¹⁵⁰ Art. 525, lid 1 W. Venn. "Het dagelijks bestuur van de vennootschap, alsook de vertegenwoordiging van wat dat bestuur aangaat, mogen worden opgedragen aan een of meer personen, al dan niet aandeelhouders, die alleen of gezamenlijk optreden."

¹⁵¹ Zie ook Kh. Luik 17 oktober 2003, TBH 2005, 429. In dit vonnis diende de rechtbank zich uit te spreken over welk orgaan – de algemene vergadering of de raad van bestuur – bevoegd was tot sluiting van de onderneming. De rechtbank besliste hier dat de raad van bestuur bevoegd is voor alle bestuurshandelingen met uitzondering van die door de wet aan de algemene vergadering zijn voorbehouden.

66. De mogelijkheid voor een delegatie van bestuurs- en vertegenwoordigingsbevoegdheid van de raad van bestuur aan een orgaan van dagelijks bestuur vloeit rechtstreeks voort uit de wet.¹⁵² In de rechtsleer wordt dan ook algemeen aangenomen dat het orgaan kan ingericht worden, ook al zwijgen de statuten daarover.¹⁵³ Een uitdrukkelijke statutaire machtiging is derhalve niet vereist, wat niet wegneemt dat de bevoegdheidsdelegatie statutair verboden kan worden.¹⁵⁴

Deze regeling staat in contrast met de (eveneens facultatieve) organisatie van een directiecomité in de NV. Hier bepaalt de wet namelijk uitdrukkelijk dat enkel de statuten de raad van bestuur kunnen toestaan om bestuursbevoegdheden over te dragen. Zonder een uitdrukkelijke statutaire machtiging kan de raad van bestuur dan ook geen rechtsgeldig directiecomité in de zin van artikel 524*bis* W. Venn. creëren.¹⁵⁵ Tevens bepaalt de wet hier uitdrukkelijk welk orgaan - de raad van bestuur, met uitsluiting van de andere vennootschapsorganen - bevoegd is om de beslissing te nemen. De raad is er niet toe gehouden gevolg te geven aan deze statutaire machtiging, hoewel niet kan uitgesloten worden dat de algemene vergadering in een statutaire verplichting zou kunnen voorzien.¹⁵⁶

Een verklaring voor dit onderscheid kan gevonden worden in de minder aanzienlijke gevolgen van een delegatie van bevoegdheden aan het dagelijks bestuur dan aan een directiecomité. De oprichting van een directiecomité zal immers vanzelfsprekend een grotere invloed hebben op de machtsbalans van de vennootschap.¹⁵⁷ De bevoegdheden van het dagelijks bestuur

¹⁵² H. BRAECKMANS, "Dagelijks bestuur in de NV" in CBR Jaarboek, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 165, nr. 1.

¹⁵³ 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*, I, p. 215, nr. 44; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 295, nr. 543; K. GEENS en M. WYCKAERT m.m.v. C. CLOTTENS, S. DE DIER en F. PARREIN, *De vennootschap. Algemeen deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, p. 480, nr. 257; J. RONSE, *De aanpassingswetgeving 1973*, Gent, Story, 1973, p. 194, nr. 363; F. CLEEREN, "Het orgaan van dagelijks bestuur", *RW* 1996-1997, p. 210, nr. 8; H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, afl. 8-9, p. 232; O. CAPRASSE, "La délégué à la gestion journalière et les délégations particulières de pouvoirs", in Commission droit et vie des affaires (ed.), *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, Brussel, Bruylant, 2004, p. 89, nr. 7; P. HAINAUT-HAMENDE en G. RAUCQ, *Les sociétés anonymes. Constitution et fonctionnement*, Brussel, Larcier, 2005, p. 504, nr. 397.

¹⁵⁴ R. VAN BOVEN, "Art. 525 W. Venn.", in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm. Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2009, nr. 2; F. BOUCKAERT, *Notarieel vennootschapsrecht NV en BVBA*, I, Antwerpen, Kluwer, 2000, p. 362, nr. 9.72.

¹⁵⁵ Art. 524 bis W. Venn.; P. ERNST en L. VAN DEN EYNDEN, "Het directiecomité in de Corporate Governance-Wet. Een eerste analyse", *TRV* 2002, afl. 8, nrs. 26 en 27.

¹⁵⁶ E. SIMONS en W. VAN TONGELEN, "Artikel 524bis W. Venn." in X, *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbl., 5 dln.

¹⁵⁷ 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*, I, p. 216, nr. 44.

kunnen – in principe - niet verder reiken dan wat onder dit begrip voor een bepaalde vennootschap begrepen moet worden. Het directiecomité is daarentegen veel ruimer bevoegd en kan aangeduid worden om beslissingen te nemen inzake alle materies, met uitzondering van het algemeen beleid en de aan de raad van bestuur voorbehouden materies.¹⁵⁸

§ 2. Installatie

67. Zoals hoger aangehaald vertrouwde de wetgever de installatie van het orgaan niet uitdrukkelijk toe aan het ene dan wel het andere vennootschapsorgaan.¹⁵⁹ Het staat de vennootschap dan ook vrij om in de statuten een clause op te nemen, waarbij deze bevoegdheid toebedeeld wordt aan de algemene vergadering.¹⁶⁰ Dit is in de praktijk evenwel niet gebruikelijk en wordt zelfs afgeraden omwille van de conflicten die kunnen ontstaan ingeval de dagelijks bestuurder tegelijk ook bestuurder is.¹⁶¹ Evenzeer zou het dagelijks bestuur georganiseerd kunnen worden in de oprichtingsakte of zelfs na de oprichting, in een latere statutenwijziging. De installatie van het orgaan op deze manier heeft een zekere bestendigheid als voordeel. Er zal immers een steeds een beslissing van de algemene vergadering vereist zijn om het orgaan opnieuw af te schaffen.

68. De raad van bestuur dient echter, om verschillende redenen, beschouwd te worden als het meest geschikte orgaan om een orgaan van dagelijks bestuur in werking te stellen. De raad is hiervoor alleszins bevoegd. Op grond van artikel 522 W. Venn. beschikt de raad van bestuur over de volheid van bevoegdheid om alle handelingen te stellen die nodig zijn voor de verwezenlijking van het vennootschapsdoel. Verder behoort het, overeenkomstig de regels van *corporate governance*, tot het vaste takenpakket van een actieve raad van bestuur om te

¹⁵⁸ Art. 524bis W. Venn. *juncto* art. 522§2 W. Venn.

¹⁵⁹ Art. 525 W. Venn. bepaalt uitsluitend dat de benoeming, het ontslag en de bevoegdheden worden geregeld bij de statuten, maar preciseert niet welk orgaan de beslissing neemt tot inrichting ervan.

¹⁶⁰ F. CLEEREN, "Het orgaan van dagelijks bestuur", *RW* 1996-1997, p. 210; P. KILESTE en C. BERTSCH, "Le statut des administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL" in *Droit des sociétés commerciales*, Brussel, Kluwer, p. 568, nr. 90; J.M. NELISSEN GRADE, "Het nieuwe directiecomité", in X., *Nieuw Vennootschapsrecht 2002. Wet Corporate Governance*, Kalmthout, Biblo 2003, p. 145, nr. 68.

¹⁶¹ Men bedoelt dan de conflicten die mogelijks zouden kunnen ontstaan naar aanleiding van het herroepen van het bestuursmandaat door de algemene vergadering op grond van art. 518 §3 W. Venn., maar die niet noodzakelijk een einde stellen aan het mandaat van dagelijks bestuurder. J.M. NELISSEN GRADE, "Het nieuwe directiecomité", in X., *Nieuw Vennootschapsrecht 2002. Wet Corporate Governance*, Kalmthout, Biblo 2003, p. 145, nr. 68.

waken over het management, er advies aan te verlenen en te benoemen.¹⁶² Bovendien is de raad van bestuur verplicht om toezicht uit te oefenen op de ambtsvervulling van diens 'afgevaardigde(n)' en is zij ten aanzien van de vennootschap verantwoordelijk voor de tekortkomingen in dit toezicht.¹⁶³ Tot slot strookt deze visie ook met de *ratio legis* van het orgaan van dagelijks bestuur, dat precies opgericht wordt met de bedoeling om de een snelle en efficiënte besluitvorming te bevorderen door middel van een verdeling van de taken van de raad van bestuur.

Bij stilzwijgen van de statuten neemt men aan dat men rechtstreeks op grond van artikel 525 een orgaan van dagelijks bestuur kan benoemen en dat de benoemingsbevoegdheid toekomt aan de raad van bestuur, dit met uitsluiting van de algemene vergadering.¹⁶⁴

§ 3. Opheffing

69. Het facultatieve karakter van de installatie van het orgaan van dagelijks bestuur brengt met zich dat ook de opheffing ervan binnen de vennootschap op elk moment ter discussie gesteld kan worden. Dit kan bijvoorbeeld naar aanleiding van de oprichting van een directiecomité. Hoewel beide organen perfect naast elkaar kunnen bestaan (de wet bepaalt het tegenovergestelde niet), wordt in de rechtsleer immers wel vaker de vraag gesteld naar de wenselijkheid van dergelijke co-existentie van vennootschapsorganen die tegelijkertijd bevoegd kunnen zijn om beslissingen in verband met het dagelijks beleid van de vennootschap te nemen.¹⁶⁵

Ook hier bepaalt de wetgever niet op een dwingende wijze door welk vennootschapsorgaan de opheffingsbeslissing genomen moet worden genomen. De aangelegenheid kan aldus vrij in de statuten geregeld worden en kan zowel aan de algemene vergadering als aan de raad

¹⁶² Code Buysse II, Aanbeveling 5 (Een actieve raad van bestuur), punt 5.2, <http://www.codebuysse.be>, p. 19.

¹⁶³ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, p. 392.

¹⁶⁴ J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973. Commentaar van de wet van 6 maart 1973*, Gent-Leuven, Story's Rechtskundige uitgaven, 1973, p. 195-196; F. CLEEREN, "Het orgaan van dagelijks bestuur", *RW* 1996-1997, p. 210; J.M. NELISSEN GRADE, "Het nieuwe directiecomité", in X., *Nieuw Vennootschapsrecht 2002. Wet Corporate Governance*, Kalmthout, Biblo 2003, p. 145, nr. 68.

¹⁶⁵ P. ERNST en L. VAN DEN EYNDEN, "Het directiecomité in de Corporate Governance-wet. Een eerste analyse", *TRV* 2002, afl. 8, nr. 63. De auteurs waarschuwen voor een risico op verwarring, zeker in geval er drie organen geïnstalleerd zouden worden: een raad van bestuur, een directiecomité én een orgaan van dagelijks bestuur.

van bestuur toevertrouwd worden. In elk geval lijkt het aangewezen dat het orgaan dat eerder tot de oprichting besliste ook over de opheffing ervan beslist. De raad van bestuur lijkt hiervoor het best geplaatst te zijn.

Niets staat er overigens aan in de weg dat de raad de bevoegdheden van het dagelijks bestuur gedeeltelijk terugschroeft, deze tijdelijk terugneemt dan wel schorst ten voordele van zichzelf. Op grond van de gemeenrechtelijke regels van lastgeving is het mandaat van de dagelijks bestuurder immers op elk ogenblik herroepbaar (*ad nutum*) en blijft de lastgever zelf bevoegd om de betreffende rechtshandelingen te stellen.¹⁶⁶ Deze inperkingen zullen echter bestemd worden als een interne bevoegdheidsverdeling (-beperking), die niet-tegenstelbaar zal zijn ten opzichte van derden te goeder trouw.

Als de raad van bestuur ervoor kiest om een directiecomité in te stellen, kan er met betrekking tot de oprichting en/of de afschaffing van het orgaan van dagelijks bestuur een bevoegdheidsconflict ontstaan tussen de raad van bestuur en het directiecomité. Bij gebreke aan een statutaire bepaling, komt de bevoegdheid tot oprichting/afschaffing toe aan de raad van bestuur. Bij de overdracht van bevoegdheden door de raad van bestuur aan het directiecomité hoort meestal ook het dagelijks bestuur. Bij stilzwijgen van de statuten en in de beslissing van de raad van bestuur tot oprichting van een directiecomité, gaat de bevoegdheid tot oprichting/afschaffing van een orgaan van dagelijks bestuur mee over naar het directiecomité. De raad van bestuur kan deze bevoegdheid wel voorbehouden, maar dient dit dan wel uitdrukkelijk te doen.

§ 4. **Publiciteit**

70. De oprichting van een orgaan van dagelijks bestuur moet door de vennootschap worden bekendgemaakt in overeenstemming met artikel 76 W. Venn. (artikel 525, lid 3 W. Venn.).¹⁶⁷ De openbaarmaking bestaat hieruit dat het uittreksel van de notulen betreffende de oprichting moet worden neergelegd op de griffie van de rechtbank van koophandel waar

¹⁶⁶ Art. 2003 BW "Lastgeving eindigt: Door herroeping van de volmacht van de lasthebber (...)."

¹⁶⁷ Art. 525, lid 3 W. Venn. luidt: "De bepaling dat het dagelijks bestuur wordt opgedragen aan een of meer personen die alleen of gezamenlijk optreden, kan aan derden worden tegengeworpen onder de voorwaarden bepaald in artikel 76."

de vennootschap haar maatschappelijke zetel heeft. Op basis van de tekst die wordt neergelegd, zal dan de bekendmaking plaatsvinden in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad. Er is geen termijn bepaald waarbinnen de bekendmaking van de akten dient te gebeuren. Zolang de bepalingen betreffende de openbaarmaking niet nageleefd worden zal de oprichting van het orgaan niet-tegenwerpelijk zijn ten opzichte van derden, tenzij de vennootschap kan aantonen dat deze op de hoogte waren van de benoeming (artikel 76, lid 1 W. Venn.). Anderzijds kunnen derden zich te allen tijde beroepen op akten die nog niet bekendgemaakt werden (artikel 76, lid 2 W. Venn.).¹⁶⁸

Afdeling II Over de leden van het orgaan

§ 1. Een- of meer personen

71. Artikel 525 W. Venn. bepaalt specifiek dat het dagelijks bestuur mag worden opgedragen "aan één of meer personen".¹⁶⁹ Hieruit blijkt dat het orgaan kan bestaan zowel uit één persoon die alleen handelt, maar ook evenzeer uit een aantal personen, die dan samen het dagelijks bestuur van de vennootschap waarnemen. De wetgever legt niet op dat het orgaan noodzakelijk uit meerdere leden moet bestaan.¹⁷⁰ Er wordt ook geen maximumaantal opgegeven.

De vennootschap is dus vrij om het aantal leden van het dagelijks bestuur te bepalen. Het kan inderdaad nuttig zijn om in grote vennootschappen met een raad van bestuur van een bepaalde omvang (meer dan drie bestuurders) te kiezen voor een dagelijks bestuur van twee of meer leden. Dit werkt, net als de samenstelling van de raad van bestuur, bevorderend voor de complementariteit en de diversiteit van het orgaan, maar kan ook een eventueel vertrek

¹⁶⁸ Derden in de zin van art. 76 W. Venn. zijn, diegenen die met de vennootschap of haar vertegenwoordigers als zodanig hebben gehandeld (Cass. 17 september 1965, *Pas.* 1966, I, 78 en *RW* 1965-66, 989).

¹⁶⁹ Art. 525, lid 1 W. Venn.

¹⁷⁰ Vergelijk met het directiecomité, waar de wetgever uitdrukkelijk stipuleert dat een eenhoofdig directiecomité niet toegelaten is. (Artikel 524 bis, lid 2 W. Venn. 'Het directiecomité bestaat uit één of meer personen...'); P. ERNST EN L. VAN DEN EYNDEN, "Het directiecomité in de Corporate Governance-wet. Een eerste analyse", *TRV* 2002, afl. 8, nrs. 32 en 33;

van één lid ervan tijdelijk opvangen. De benoeming van een te groot orgaan is anderzijds ook niet goed. Te veel verschillende visies en meningen kunnen belemmerend werken voor de besluitvorming en tot een patstelling leiden. Aangezien ook de *corporate governance*-regels op dit punt niets bepalen, is het aan de vennootschap om uit te maken welk aantal dagelijks bestuurders voor haar opportuun is.

§ 2. Hoedanigheid

A) Al dan niet aandeelhouder of bestuurder

72. Het dagelijks bestuur kan worden opgedragen zowel aan aandeelhouders als niet-aandeelhouders.¹⁷¹ Hoewel de mogelijkheid expliciet voorzien is in de wet, is het wellicht niet wenselijk dat het dagelijks bestuur (uitsluitend) uit aandeelhouders bestaat. Rekening houdend met het *corporate governance*-gedachtengoed verdient het immers aanbeveling om een onderscheid te maken tussen *ownership* en *control*. In de Code voor niet-genoteerde ondernemingen (de Code Buysse II) wordt als principe vooropgesteld dat

*“de betrokken aandeelhouder, om een langetermijnstrategie waar te maken, bereid moet zijn om de leiding en het toezicht over te laten aan gekwalificeerde organen.”*¹⁷²

73. Het dagelijks bestuur kan gedelegeerd worden zowel aan bestuurders als aan niet-bestuurders.¹⁷³ Het mandaat van bestuurder van vennootschappen en van dagelijks bestuurder kan dus probleemloos gecumuleerd worden. Dergelijke cumul van functies is eigen aan een monistische bestuursvorm, waar de leiding en het toezicht in principe door

¹⁷¹ Art. 525, lid 1 W. Venn.

¹⁷² Code Buysse II, Aanbeveling 7 (Betrokken aandeelhouders), punt 7.1 (Principe), <http://www.codebuysse.be>, p. 32. De Code bepaalt voorts ook nog dat het essentieel is dat aandeelhouders de bevoegdheden van eenieder respecteren (punt 7.4, p. 33).

¹⁷³ CH. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GREGOIRE, *Traité des sociétés anonymes*, Brussel, II, ed. H. SWINNEN, 1982, p. 282 nr. 1089; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, die Keure, Brugge 2005, p. 662, nr. 1060; R. VAN BOVEN, "Art. 525 W. Venn.", in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm. Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2009, p. 7, nr. 5; F. CLEEREN, "Het orgaan van dagelijks bestuur", *RW* 1996-1997, p. 211, nr. 9; O. CAPRASSE, "La délégation à la gestion journalière et les mandats particuliers dans la société anonyme", *JT* 2011, p. 225, nr. 6; H. BRAECKMANS, "Dagelijks bestuur in de NV", *CBR Jaarboek*, Antwerpen, Intersentia, 2011-2012, p. 165, nr. 1.

eenzelfde orgaan uitgeoefend wordt. Ten behoeve van een adequate rapportering van de dagelijkse werking van de vennootschap kan het inderdaad nuttig zijn om een bestuurder te laten deelnemen aan het effectieve dagelijks beleid. De vraag rijst daarbij wel of een raad van bestuur, die op de hoogte is van de detailproblematiek van de onderneming, nog voldoende afstand kan nemen van het dagelijks beleid en op de raadsvergaderingen niet verglijdt in discussies die weinig te maken hebben met de langetermijnplanning van de vennootschap.

74. De bestuurder, die lid is van het dagelijks bestuur, wordt beschouwd als een uitvoerend lid van de raad van bestuur, *i.e.* een deel van het management.¹⁷⁴ Het gevolg daarvan is dat hij niet zal kunnen zetelen in het audit- en/of het remuneratiecomité van de genoteerde vennootschap.¹⁷⁵ Een onafhankelijk bestuurder kan geen deel uitmaken van het dagelijks bestuur zonder zijn onafhankelijkheid te verliezen. Bovendien mag hij ook in de vijf jaar voor zijn benoeming tot onafhankelijk bestuurder geen mandaat hebben uitgeoefend in de betrokken vennootschap of in een met de vennootschap verbonden vennootschap of persoon. Dit blijkt expliciet uit de onafhankelijkheidscriteria op grond van artikel 526*ter* W. Venn.¹⁷⁶ Het verbod om de positie van dagelijks bestuurder met die van onafhankelijk bestuurder te cumuleren stemt overeen met de rol en het begrip van de onafhankelijk bestuurder, waarvan geacht wordt dat deze zich zelfstandig kan opstellen van bepaalde bij de vennootschap betrokken belangengroepen (waaronder het management en de controlerende aandeelhouder) met het oog op een objectieve en onafhankelijke oordeelsvorming.¹⁷⁷

75. Dagelijks bestuurders, niet-leden van de raad van bestuur, zijn meestal kader- of directieleden. Zij worden uitgekozen omdat zij de leiding van de onderneming daadwerkelijk uitoefenen en daartoe ook over de technische deskundigheid daartoe beschikken.¹⁷⁸ De statuten kunnen echter perfect bepalen dat alleen bestuurders benoemd kunnen worden als een lid van dit orgaan.¹⁷⁹

¹⁷⁴ Overeenkomstig art. 526*bis* en *quater* §2 W. Venn. wordt als een uitvoerend lid van de raad van bestuur beschouwd: elke bestuurder die lid is van het directiecomité als bedoeld in de art. 524*bis* en *ter* en elke bestuurder aan wie het dagelijks bestuur in de zin van art. 525 is opgedragen.

¹⁷⁵ Art. 526 *bis* en *quater* §2 W. Venn.

¹⁷⁶ Art. 526 *ter* 1° W. Venn.

¹⁷⁷ H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia 2002, p. 157, nr. 260.

¹⁷⁸ M.v. T. Wet Corporate Governance, *Parl. St. Kamer*, 2000-2001, nr. 1211/001, p. 33.

¹⁷⁹ Art. 525, lid 2 W. Venn.

B) Natuurlijke persoon of rechtspersoon

76. Niet enkel natuurlijke personen, maar ook rechtspersonen kunnen benoemd worden tot dagelijks bestuurder van de vennootschap.¹⁸⁰ Geen enkele wettekst bepaalt dat dit niet kan.¹⁸¹

77. Anders dan bij andere organen heeft de benoeming tot dagelijks bestuurder voor de rechtspersoon-bestuurder niet tot gevolg dat een vaste vertegenwoordiger moet worden aangeduid.¹⁸² Artikel 61§2 W. Venn. legt deze verplichting uitsluitend op voor de mandaten die in deze wetsbepaling op exhaustieve wijze worden opgenomen.¹⁸³ De weglating van het dagelijks bestuur uit de opsomming van artikel 61§2 W. Venn. betreft nochtans geen vergetelheid van de wetgever. Het was een bewuste keuze: een amendement om de regeling tot het dagelijks bestuur uit te breiden werd zelfs uitdrukkelijk verworpen.¹⁸⁴ De wetgever motiveerde zijn keuze door te stellen dat:

¹⁸⁰ F. CLEEREN, "Het orgaan van dagelijks bestuur", *RW* 1996-1997, p. 211, nr. 9; O. CAPRASSE, "Le délégué à la gestion journalière et les délégations particulières des pouvoirs" " in *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, Bruylant, Brussel, 2004, p. 91, nr. 10; O. CAPRASSE, "La délégation à la gestion journalière et les mandats particuliers dans la société anonyme", *JT* 2011, p. 225, nr. 6; R. VAN BOVEN, "Art. 525 W. Venn.", in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm. Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2009, nr. 3.

¹⁸¹ Cass. 17 mei 1962 (Etablissements Plasman NV/Ratex Products NV), *JDSC* 1999, p. 69, noot P. KILESTE en C. BERTSCH. Hetzelfde arrest besliste ook nog dat de aard van een naamloze vennootschap niet uitsluit dat zij niet kan deelnemen aan het bestuur van een andere NV.

¹⁸² H. BRAECKMANS, "Bestuur van de BVBA door een vaste vertegenwoordiger en de vaste vertegenwoordiger van de bestuurder-rechtspersoon", in H. BRAECKMANS en E. WYMEERSCH (eds.), *Behoorlijk vennootschapsbestuur. Een analyse van de wet van 2 augustus 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 5-6, nr. 9; A.C. EYBEN, "Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion", *RPS* 2003, p. 166, nr. 59; R. VAN BOVEN, "Art. 525 W. Venn.", in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm. Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2009, nr. 3; M. WAUTERS, "Art. 61, par. 2 W. Venn." in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm. Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2005, nr. 3; H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, p. 236, nr. 58; O. CAPRASSE, "Sociétés et ASBL, questions d'actualité", *CUP* 2003, vol. 62, p. 259; C. JASSOGNE, J. LEBEAU, "Les divers types de dirigeants et les variants en matière de responsabilité et décharge – responsabilités spécifiques mises à charge des dirigeants de société" in C. JASSOGNE (ed.), *Traité pratique de droit commercial. Tome 4 – Les sociétés - vol. 2*, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 669.

¹⁸³ Art. 61 §2 W. Venn. stelt 'wanneer een rechtspersoon aangewezen wordt tot bestuurder, zaakvoerder of lid van het directiecomité, van de directieraad of van de raad van toezicht, benoemt deze onder zijn vennoten, zaakvoerders, bestuurders, leden van de directieraad of werknemers, een vaste vertegenwoordiger die belast wordt met de uitvoering van de opdracht in naam en voor rekening van de rechtspersoon". Art. 61§2 W. Venn. ingevoegd bij Wet 2 augustus 2002 (Wet Corporate Governance), BS 22 augustus 2002.

¹⁸⁴ Amendement nummer 5 van de heer Geert Bourgeois, *Parl. St. Kamer* 2001-2002, nr. 1211/3, p. 1.

“rekening gehouden moest worden met het feit dat de notie dagelijks bestuur in de rechtspraak vrij restrictief geïnterpreteerd wordt en zich niet uitstrekt tot de beslissingen waarbij fundamentele beleidsopties worden getroffen”

Men vond het dan ook niet nodig om de aanwijzing van een vaste vertegenwoordiger verplicht te maken voor de rechtspersoon-dagelijks bestuurder, die in de regel slechts bevoegd zou zijn tot het vervullen van allerhande formaliteiten en materiële handelingen.¹⁸⁵ De verplichting om een vaste vertegenwoordiger aan te stellen zou in die optiek verlamvend werken.¹⁸⁶

De keuze van de wetgever heeft tot gevolg dat indien bestuur en dagelijks bestuur zou waargenomen worden door eenzelfde rechtspersoon, deze laatste enkel in zijn hoedanigheid van bestuurder een vaste vertegenwoordiger zal moeten aanduiden. Dit staat haaks op de *ratio legis* van de invoering van de figuur van de vaste vertegenwoordiger in ons rechtstelsel, met name dat zowel de vennootschap als derden zouden weten met wie ze concreet te maken hebben en wie ze gebeurlijk ter verantwoording moeten/kunnen roepen. Voor de wetwijziging van 2002 was één van de voornaamste redenen tot aanstelling van een rechtspersoon tot bestuurder immers de afscherming van het persoonlijk vermogen voor bestuursaansprakelijkheid.¹⁸⁷ Met de invoering van artikel 61§2 W. Venn. viel dit argument weg: de vaste vertegenwoordiger is persoonlijk aansprakelijk alsof hij de opdracht in eigen naam en voor eigen rekening vervult. Deze aansprakelijkheid bestrijkt in principe enkel de burgerrechtelijke aansprakelijkheidsgronden.¹⁸⁸

De kritiek op deze regeling is niet mals: in de rechtsleer wordt herhaaldelijk aangehaald dat de opvattingen van de wetgever (i.v.m. de beperkte draagwijdte van het orgaan) niet stroken met de realiteit en dat er aldus geen objectieve redenen zijn om aan te nemen dat een andere aansprakelijkheidsregime mag gelden voor de rechtspersoon-dagelijks bestuurder.¹⁸⁹ Men kan zich afvragen of deze kritiek terecht is tegen de achtergrond van de restrictieve

¹⁸⁵ Bij wijze van voorbeeld verwees de wetgever naar handelingen als inschrijvingen en wijzigingen in het handelsregister, neerlegging van akten voor publicatie in het vennootschapsdossier, contacten met de BTW-administratie etc. Verslag namens de Commissie, *Parl. St. Kamer*, 2001-2002, nr. 1211/14, p. 241.

¹⁸⁶ Verslag namens de Commissie, *Parl. St. Kamer*, 2001-2002, nr. 1211/14, p. 240-241.

¹⁸⁷ M. WAUTERS, "Art. 61, par. 2 W. Venn." in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm. Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2005, nr. 2. Naast andere redenen van financiële, fiscale en sociaalrechtelijke aard.

¹⁸⁸ Men kan denken aan de aansprakelijkheid op grond van een overtreding van het Wetboek van vennootschappen en de statuten (art. 528 W. Venn.), de aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout die leidt tot faillissement (art. 530 W. Venn.), de niet-naleving van de alarmbelprocedure (art. 633 W. Venn.).

¹⁸⁹ M. WAUTERS, "Art. 61, par. 2 W. Venn." in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm. Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2005, nr. 2; V. VRONINKS, "De vaste vertegenwoordiger: een update", *Notariaat* 2004, afl. 15, p. 7.

interpretatie die het Hof van Cassatie in 2009 gegeven heeft aan de notie – en dus de bevoegdheid – van het orgaan van dagelijks bestuur. In de mate dat de reële bevoegdheidsgrens van het dagelijks bestuur (hiermee wordt bedoeld de grens die het Hof in zijn arrest van 2009 heeft aangegeven) werkelijk gerespecteerd zou worden door de bedrijfswereld, reikt de bevoegdheid van de dagelijks bestuurder op zich wel degelijk niet heel ver. Aangezien een beperkte bevoegdheid hand in hand gaat met een relatief beperkt aansprakelijkheidsrisico, is het misschien inderdaad niet nodig om wanneer het dagelijks bestuur wordt waargenomen door een rechtspersoon, een vaste vertegenwoordiger aan te duiden die instaat met zijn persoonlijk vermogen.

C) Bekwaamheid?

78. Evenmin als voor bestuurders, voorziet het Wetboek van vennootschappen in bijzondere bekwaamheidsvereisten om als dagelijks bestuurder benoemd te worden. Dit neemt niet weg dat de statuten in een bepaald competentieprofiel zouden kunnen voorzien. Zo zou er in de statuten van de vennootschap bijvoorbeeld bepaald kunnen worden dat men, om tot dagelijks bestuurder van de betreffende NV benoemd te kunnen worden, over een minimumaantal jaar ervaring dient te beschikken in de sector waarin de vennootschap actief is en/of dat men over een bepaald diploma moet beschikken. In de praktijk komt dit echter niet voor en wordt er in de regel vertrouwd op de keuze van het orgaan dat bevoegd is voor de samenstelling van het dagelijks bestuur (raad van bestuur of directiecomité).

Als minimumvereiste geldt wel dat de dagelijks bestuurder bekwaam moet zijn (in de zin van het Burgerlijk Wetboek, cfr. artikel 489 BW en verder). Personen die onvoldoende of geen eigen wil of verstandelijke vermogens hebben om zelfstandig te kunnen handelen, kunnen immers hun mandaat niet opnemen of verder uitoefenen.¹⁹⁰ Het mandaat toegekend aan een onbekwame, zal van rechtswege beëindigd worden.¹⁹¹ Het benoemen van een manifest

¹⁹⁰ R. NIEUWDORP, "Het einde van het bestuursmandaat" in X, L. VAN DEN BERGHE en T. BAELDEN (eds), *Vademecum van de bestuurder*, Kluwer, 2007, p. 338, 3.5.

¹⁹¹ R. NIEUWDORP, "Het einde van het bestuursmandaat" in X, L. VAN DEN BERGHE en T. BAELDEN (eds), *Vademecum van de bestuurder*, Kluwer, 2007, p. 338, 3.5.

onbekwaam persoon, kan zelfs wegens strijdigheid met het vennootschapsbelang, nietig worden verklaard.¹⁹²

79. Mocht een dagelijks bestuurder of een kandidaat-dagelijks bestuurder voor of in zijn ambt veroordeeld worden tot een beroepsverbod, dan volgt hieruit dat hij zijn functies tijdelijk, voor zolang het beroepsverbod duurt, niet kan opnemen. Artikel 1 van KB nr. 22 biedt de strafrechter de mogelijkheid om, naast een strafsanctie, een verbod op te leggen tot de uitoefening van 'enige functies waarbij de macht wordt verleend om de vennootschap te verbinden'.¹⁹³ Gelet op de vertegenwoordigingsmacht van de dagelijks bestuurder, kan deze functie niet van het toepassingsgebied van artikel 1 van het KB worden uitgesloten. De overtreding van een eventueel opgelegd verbod door de dagelijks bestuurder leidt mogelijk opnieuw tot een strafrechtelijke veroordeling.¹⁹⁴ Het opleggen van het beroepsverbod heeft evenwel niet tot gevolg dat het mandaat automatisch wordt beëindigd, zodat van de dagelijks bestuurder derhalve verwacht wordt dat hij zijn ontslag spontaan aanbiedt.¹⁹⁵

§ 3. Statuut

80. De benoeming tot dagelijks bestuurder maakt niet dat de persoon in kwestie de hoedanigheid van handelaar verkrijgt.¹⁹⁶ Hij verricht immers geen daden van koophandel voor eigen rekening, enkel voor de vennootschap.¹⁹⁷

Voor de Wet Natuurlijke Rechter (2014)¹⁹⁸ gold dat het handelaarsbegrip het aanknopingspunt was om de materiële bevoegdheid van de rechtbank te bepalen.

¹⁹² B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, die Keure, Brugge 2005, p. 120, nr. 173.

¹⁹³ Art. 1 KB nr. 22 van 24 oktober 1934 betreffende het rechterlijk verbod aan bepaalde veroordeelden en gefailleerden om bepaalde ambten, beroepen of werkzaamheden uit te oefenen, BS 27 oktober 1934.

¹⁹⁴ Een gevangenisstraf van 3 maanden tot 2 jaar en een geldboete van 1000 tot 10.000 euro (art. 4 KB nr. 22).

¹⁹⁵ R. NIEUWDORP, "Het einde van het bestuursmandaat" in X, L. VAN DEN BERGHE en T. BAELDEN (eds), *Vademecum van de bestuurder*, Kluwer, 2007, p. 338, 3.5; R. VAN BOVEN, "Art. 525 W. Venn.", in X., *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak*, Boek VIII, Titel IV, Hfdstk I, Afd. II, *Dagelijks bestuur*, p. 2; F. CLEEREN, "Het orgaan van dagelijks bestuur", RW 1996-1997, p. 211; O. CAPRASSE, "La délégué à la gestion journalière et les délégations particulières de pouvoirs", in *Commission droit et vie des affaires* (ed.), *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, Brussel, Bruylant, 2004, p. 89, nr. 10.

¹⁹⁶ Cass. 18 februari 1884, Pas. 1884, I, 78.

¹⁹⁷ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, p. 397.

¹⁹⁸ Wet van 26 maart 2014 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek en de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties met het oog op

Sinds de wijziging van artikel 574, 1° Ger. W. geldt echter dat niet het feit of de dagelijks bestuurder een handelaar is maar wel of hij handelingen verricht in het kader van een economisch doel, bepalend is om te weten welke rechtbank bevoegd zal zijn.¹⁹⁹ Aangezien dagelijks bestuurders hun mandaat veelal zullen opnemen in een economische sfeer en hierbij inderdaad een economisch doel zullen nastreven, zal de rechtbank van koophandel zo goed als altijd de bevoegde rechtbank zijn. Er kan wel nog enige discussie ontstaan voor een vennootschapsgechil met een dagelijks bestuurder-werknemer als verweerder. Voor deze categorie van dagelijks bestuurders kan men zich afvragen of de rechtbank van koophandel bevoegd is (in overeenstemming met artikel 574, 1° Ger. W.) of de arbeidsrechtbank (in overeenstemming met artikel 578, 1° Ger. W.).²⁰⁰ Naast de wijziging van het aanknopingspunt - van handelaars- naar ondernemersbegrip - schrapte de wetgever bovendien de bijkomende voorwaarde om als eiser of verweerder aan een bepaalde hoedanigheid te voldoen. Voorheen gold dat een dagelijks bestuurder die niet tegelijk ook bestuurder was noch een handelaar was, gelet op het feit dat deze geen deel uitmaakte van de exhaustieve opsomming uit artikel 574, 1° Ger. W., nog voor de rechtbank van eerste aanleg gebracht moest worden gelet op de volheid van bevoegdheid van deze rechtbank. Na de schrapping van deze bijkomende vereiste kan er geen twijfel meer over bestaan dat ook vorderingen tegen een dagelijks bestuurder onder de bevoegdheidsgrond van artikel 574, 1° Ger. W. vallen.²⁰¹

81. De afgevaardigde tot het dagelijks bestuur kan zijn activiteiten, ongeacht of hij al dan niet bestuurder is, in een band van ondergeschiktheid uitoefenen en kan dus door een

toekenning van de bevoegdheid aan de natuurlijke rechter in diverse materies, BS 22 mei 2014 ("Wet Natuurlijke Rechter").

¹⁹⁹ Met de Wet Natuurlijke Rechter werd het handelaarsbegrip verlaten voor het ondernemersbegrip en werd artikel 574, 1° Ger. W. als volgt gewijzigd: "*De rechtbank van koophandel neemt kennis: 1° van geschillen, ter zake van een vennootschap, vereniging (met uitzondering van de vereniging van mede-eigenaars) of stichting, evenals van geschillen tussen hun vennoten of leden.*"

²⁰⁰ De memorie van toelichting bij de Wet Natuurlijke Rechter spreekt consequent over "*personen belast met het dagelijks bestuur die geen werknemers zijn*" en lijkt hiermee aan te geven dat de arbeidsrechtbank hier de bevoegde rechtbank zal zijn. VANANROYE is evenwel van mening dat de voorrang zou moeten gaan naar de bevoegdheidsgrond voor vennootschapsgechillen – los van het statuut van de dagelijks bestuurder – en spreekt zich dus uit voor de rechtbank van koophandel als bevoegde rechter. J. VANANROYE, "Naar een méér natuurlijke rechter: de rechtbank van koophandel en het vennootschaps- en verenigingscontentieux", TRV 2014, afl. 6, 634.

²⁰¹ J. VANANROYE, "Naar een méér natuurlijke rechter: de rechtbank van koophandel en het vennootschaps- en verenigingscontentieux", TRV 2014, afl. 6, 633.

arbeidsovereenkomst met de vennootschap verbonden zijn.²⁰² Indien de dagelijks bestuurder (tevens) een werknemer is van de vennootschap, is dan wel vereist dat aan de constitutieve voorwaarden van een arbeidsovereenkomst is voldaan. De functie van dagelijks bestuur zal in dat geval uitgeoefend worden in een band van ondergeschiktheid met de mogelijkheid voor de vennootschap om gezag uit te oefenen over de handelingen van de dagelijks bestuurder.²⁰³

Een cumul van functies als dagelijks bestuurder-werknemer en bestuurder is mogelijk voor zover er een duidelijk onderscheid kan worden gemaakt tussen de beide functies. Aan een geldige cumulatie van een opdracht in het kader van een bestuursmandaat en een opdracht in het kader van een arbeidsovereenkomst worden door de rechtspraak twee vereisten gesteld: de vereiste van het voorhanden zijn van een gezagsverhouding tussen de dagelijks bestuurder en de vennootschap en de vereiste van een dualiteit van functies, in die zin dat de bestuurder een van zijn bestuursopdracht onderscheiden taak moet verrichten die van technische, commerciële, financiële, administratieve, boekhoudkundige, personeel technische of enige andere aard kan zijn.²⁰⁴

De mogelijkheid om het dagelijks bestuur als werknemer waar te nemen, sluit overigens niet uit dat men dezelfde taak als een zelfstandige kan vervullen, wat in de praktijk meestal gebeurt in het kader van een afzonderlijke managementovereenkomst.²⁰⁵

²⁰² Cass. 28 mei 1984, Arr. Cass. 1983-84, 1252; Pas. 1984, I, 1172 en RW 1984-85, 333, concl. Adv. Gen. LENAERTS; Cass. 30 mei 1988, Arr. Cass. 1987-88, 1260 en Pas. 1988, I, 1169; Maar ook: Cass. 22 januari 1981, Arr. Cass. 1980-81, 559; Pas. 1981, I, 543; Rév. Prat. Soc. 1981, 285; RCJB 1981, 495, noot S.J. NUDELHOLE waar het Hof de mogelijkheid nog aan de afgevaardigde tot het dagelijks bestuurder die geen bestuurder was, leek voor te behouden.

²⁰³ Arbh. Bergen 26 maart 2001, JLMB 2003, 93-99, JDSC, 2003, 168-169, met noot P. KILESTE, C. BERTSCH en C. STAUDT, "Exercice des fonctions de gestion journalière par un administrateur dans le cadre d'un contrat de travail".

²⁰⁴ Gent 20 januari 2003, JDSC 2005, 121, noot P. KILESTE, C. STAUDT; TRV 2003, afl. 8, 667, noot D. VAN GERVEN; Gent 2 juni 2003, JDSC 2005, 128, noot P. KILESTE, C. STAUDT, TRV 2003, afl. 7, 595, noot J. VANANROYE; D. VAN GERVEN, "Het ontslag van bestuurders van een NV", TRV 1999, p. 171-172; B. ADRIAENS en D. DEJONGHE, "De vennootschapsmandataris en het sociaal recht", Or. 2002, 27; L. ELIAERTS, "De arbeidsrelatiewet, vennootschapsmandatarissen en vennoten", TRV 2008, afl. 2, 88; B. DEGROOF, "Contractualisering van de verhouding dagelijks bestuurder en vennootschap: arbeidsovereenkomst of managementovereenkomst", Jura Falc. 2009-2010, Nr. 3, p. 475; J-B BECKERS en T. BAART, "De ad nutum-afzetbaarheid van de bestuurder in de NV nader onderzocht", Not. Fisc. M. 2011, afl. 8, p. 250.

²⁰⁵ Het statuut van de dagelijks bestuurder komt meer uitvoering aan bod in het derde deel van dit proefschrift.

§ 4. Benoeming en Ontslag

A) Wijze van benoeming en ontslag

82. De benoeming en het ontslag van de dagelijks bestuurder kan statutair geregeld worden.²⁰⁶ Naar analogie van de regeling omtrent de oprichting van het orgaan van dagelijks bestuur, spreekt de wetgever zich niet uit over welk orgaan er precies bevoegd is om een lid van het dagelijks bestuur te benoemen en/of te ontslaan. Uit de afwezigheid van enige wettelijke regeling, dient te worden afgeleid dat de vennootschap ook op dat punt over de grootste vrijheid beschikt. De benoeming en/of het ontslag van de dagelijks bestuurder van de vennootschap kan derhalve toevertrouwd worden aan de algemene vergadering, de raad van bestuur en/of aan het directiecomité.²⁰⁷

83. Bij ontstentenis van een statutaire regeling neemt men aan dat de raad van bestuur, op grond van diens residuaire bevoegdheid, bevoegd is om het dagelijks bestuur te benoemen. Dit neemt niet weg dat deze taak even goed zou kunnen toevertrouwd worden aan de algemene vergadering, hetzij via een statutaire benoeming in de oprichtingsakte, hetzij naar aanleiding van een latere statutenwijziging.²⁰⁸ In dat laatste geval dient men er nochtans rekening mee te houden dat bij latere wijzigingen - *i.e.* een vervanging of een beëindiging van het mandaat van een dagelijks bestuurder - de regels voor statutenwijziging, zoals opgenomen in artikel 558 W. Venn., gevolgd moeten worden. De positie van de statutair benoemde dagelijks bestuurder is in dat opzicht iets comfortabeler dan van deze benoemd door de organen van de vennootschap.²⁰⁹

²⁰⁶ Artikel 525, lid 2 W. Venn. "Hun benoeming, ontslag en bevoegdheid worden geregeld bij de statuten."

²⁰⁷ F. CLEEREN, "Het orgaan van dagelijks bestuur", *RW* 1996-97, nr. 7, p. 210, nr. 7; X., "Dagelijks bestuur niet noodzakelijk in handen van de raad van bestuur", *De Venn.* 2002, afl. 8, p. 8; R. VAN BOVEN, "Artikel 525 W. Venn.", in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm. Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2009, nr. 5; P. ERNST en L. VAN DEN EYNDEN, "Het directiecomité in de Corporate Governance-wet. Een eerste analyse.", *TRV* 2002, afl. 8, nrs. 36 en verder; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 297, nr. 546.

²⁰⁸ J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T.I, Brussel, Bruylant, 1954, p. 408, nr. nr. 640; L. SIMONT, "La loi du 6 mars modifiant la législation relative aux sociétés commerciales", *RPS* 1974, 52; J. RONSE, *De Vennootschapswetgeving 1973. Commentaar van de wet van 6 maart 1973*, Gent-Leuven, Story's rechtskundige uitgaven, 1973, 378.

²⁰⁹ Op grond van art. 558 W. Venn. is het recht om de statuten te wijzigen voorbehouden aan de algemene vergadering, die daarover enkel geldig kan beraadslagen en beslissen op voorwaarde dat de voorgestelde wijzigingen bepaaldelijk werden opgenomen in de oproeping en de aanwezige vennoten minstens de helft van het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigen (art. 558, lid 1 W. Venn.)

Het Wetboek van vennootschappen bepaalt niet dat de benoeming en het ontslag van de dagelijks bestuurder door hetzelfde orgaan zou moeten gebeuren. Het is dan ook goed mogelijk dat de dagelijks bestuurder benoemd wordt door de raad van bestuur en later, mits de algemene vergadering intussen de bevoegdheid zou verkrijgen, ontslaan wordt door de algemene vergadering. Het is evenwel raadzaam dat eenzelfde orgaan belast wordt met beide taken. In alle andere gevallen zou het wel eens kunnen dat er intern al vlog een soort pingpongspel wordt gespeeld, waarbij het benoemingsorgaan de ontslagen persoon steeds opnieuw benoemt.²¹⁰ Hierdoor kunnen er ernstige conflicten ontstaan tussen de verschillende vennootschapsorganen, wat uiteindelijk kan resulteren in een patstelling en dus in een totale blokkering van de werking van de vennootschap.

Met de organisatie van een deugdelijk bestuur in het achterhoofd is het aanbevelenswaardig dat de benoeming en het ontslag van de leden van het dagelijks bestuur geregeld wordt door de raad van bestuur of, indien van de mogelijkheid van artikel 524*bis* W. Venn. gebruik gemaakt wordt, door het directiecomité. De Code Buysse II stelt in elk geval dat het tot de taak van een actieve raad van bestuur behoort dat deze de gedelegeerd bestuurder, het directiecomité en het management benoemt.²¹¹ De Code is een vorm van paralegale normering en dus zou de benoemings- en ontslagtaak echter evengoed gedelegeerd kunnen worden aan het directiecomité, weliswaar onder toezicht van de raad van bestuur. Eventueel zou aan de raad van bestuur wel een vetorecht kunnen toegekend worden om ene of andere dagelijks bestuurder te weigeren.²¹²

84. De raad van bestuur - of het directiecomité onder toezicht van de raad van bestuur - kan in overweging nemen om een benoemingscomité op te richten. De raad beschikt over deze mogelijkheid op grond van artikel 522§1, lid 3 W. Venn., dat aan de raad de bevoegdheid toekent om in haar midden of onder haar verantwoordelijkheid één of meer adviserende comités op te richten.²¹³ De Corporate Governance Code voor genoteerde vennootschappen (Code 2009), nam de oprichting van een benoemingscomité door de raad van bestuur op in

²¹⁰ P. ERNST en L. VAN DEN EYNDEN, "Het directiecomité in de Corporate Governance-wet. Een eerste analyse", *TRV* 2002, afl 8, nr. 41.

²¹¹ Code Buysse II (Aanbevelingen voor niet-beursgenoteerde ondernemingen), Aanbeveling 5 (Een actieve raad van bestuur), punt 5.2, <http://www.codebuysse.be>. De dagelijks bestuurder behoort tot het *uitvoerend management* van de vennootschap.

²¹² Omwille van persoonlijkheidskenmerken of omdat de aanstelling niet strookt met de visie en het toekomstbeleid van de vennootschap.

²¹³ Art. 522§1 lid 3 W. Venn.

haar aanbevelingen.²¹⁴ Wanneer een genoteerde onderneming ervoor zou kiezen om de Code toe te passen en toch geen benoemingscomité zou voorzien, dient zij deze afwijking – in overeenstemming met het *comply or explain*-principe - toe te lichten. Maar ook niet-genoteerde vennootschappen kunnen in een benoemingscomité voorzien en kunnen hierbij gebaat zijn. Het comité zou onder meer de objectiveerbare bekwaamheidsvereisten (zoals leeftijd, ervaring, diploma en sector kennis), de essentiële karakteristieken en de persoonlijkheidskenmerken van de kandidaten-dagelijks bestuurders kunnen uitwerken. Verder zou het comité een bepaalde stemmingsprocedure kunnen ontwikkelen met respect voor haar adviserende rol (voordracht door het comité), maar waarbij de effectieve beslissing bij de raad van bestuur of het directiecomité zou liggen. In navolging van de Code 2009 kan binnen het comité ook de omvang en de samenstelling van het management geëvalueerd worden op een periodieke wijze en aan de hand van de specifieke ontwikkelingsfase waarin de vennootschap zich op dat moment bevindt.

B) Publiciteit

85. De benoeming en het ontslag van de dagelijks bestuurder moet worden bekendgemaakt in de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad. Dit volgt uit artikel 74, 2° sub a) W. Venn. op grond waarvan de vennootschap verplicht is om het uittreksel uit de akten betreffende de benoeming en de ambtsbeëindiging van personen die gemachtigd zijn de vennootschap te besturen en te verbinden neer te leggen en bekend te maken.²¹⁵ Het niet naleven van de openbaarmakingsformaliteiten leidt ertoe dat een eventuele benoeming of een ontslag niet aan derden kan worden tegengeworpen conform het mechanisme opgenomen in artikel 76, lid 1 W. Venn.²¹⁶ Er is geen termijn bepaald waarbinnen de benoemings- of ontslagakte moet worden bekendgemaakt. De vermelding van de wijze van vertegenwoordiging, alleen of gezamenlijk of als college, moet in de openbaarmaking van de benoeming vermeld worden.²¹⁷

²¹⁴ Bijlage D (Benoeemingscomité), Code 2009 "De raad van bestuur richt een benoemingscomité op bestaande uit een meerderheid van onafhankelijke niet-uitvoerende bestuurders". <http://www.corporategovernancecommittee.be>

²¹⁵ Artikel 74, 2° a) W. Venn.

²¹⁶ R.v. St. 25 januari 2002, APM 2002, afl. 2, 37 en CDPK 2003, afl. 1, 172.

²¹⁷ De basis van deze regel is het Firma Friedrich Haaga GmbH-arrest, waarin aan het Europese Hof van Justitie werd gevraagd om de draagwijdte van art. 2, lid 1 sub d), alinea 2 van de eerste

C) Duur van het mandaat

De duur van de benoeming van een dagelijks bestuurder is niet aan een wettelijke beperking onderworpen, in tegenstelling tot bij de bestuurders van de NV.²¹⁸ Een benoeming voor onbepaalde duur, zelfs voor de duur van de vennootschap is derhalve goed mogelijk. In de statuten kan een tijdslimiet worden bepaald. Het is eveneens mogelijk om de dagelijks bestuurder maar voor een bepaalde duur te benoemen en deze duur op te nemen in het benoemingsbesluit dan wel in het intern reglement zoals uitgewerkt door de raad van bestuur, directie- of benoemingscomité.

Voor de afgevaardigd bestuurder geldt dat het verstrijken van zijn zesjarige termijn als bestuurder niet automatisch ook een einde maakt aan zijn mandaat als dagelijks bestuurder, dat hij desnoods zelfs voor het leven zou kunnen uitoefenen.²¹⁹ Het ene mandaat kan bestaan en beëindigd worden los van het andere.²²⁰ De feitelijke onmogelijkheid om aan de ene functie een einde te stellen zonder dat ook noodzakelijk de andere functie moet eindigen, is overigens een belangrijk criterium bij de beoordeling of beide functies duidelijk genoeg onderscheiden zijn.²²¹ Zolang de verstandhouding tussen de vennootschap en de betrokken persoon goed is, vormt dit op zich niet zo'n probleem en kan deze aanblijven voor het dagelijks beleid. Wanneer de betrokken persoon daarentegen afgezet zou worden als bestuurder en de verhoudingen tussen deze en de vennootschap gespannen zijn - denk aan gevallen van diefstal, misbruik van vennootschapsgoederen en dergelijke - zal het niet wenselijk zijn dat deze persoon *überhaupt* nog een positie heeft binnen de vennootschap, zelfs niet indien deze

vennootschapsrichtlijn te verduidelijken. Aan het Hof werd de vraag gesteld of het feit dat een enige bestuurder alleen vertegenwoordigingsbevoegd was, moest worden bekendgemaakt. Het Hof besliste dat de regel van art. 2, lid 1 sub d), alinea 2 zo moest worden uitgelegd dat "*Indien het vertegenwoordigend orgaan van een vennootschap uit één of meer leden kan bestaan, niet slechts de bij benoeming van meerdere leden geldende vertegenwoordigingsregeling moet worden openbaar gemaakt, doch bovendien moet worden vermeld dat, bij benoeming van één enkele bestuurder, ook alleen hij de vennootschap vertegenwoordigt, zelfs wanneer die vertegenwoordigingsbevoegdheid klaarblijkelijk uit het nationale recht volgt.*" HVJ 12 november 1974, RW 1975-76, 1075; CDPK 2003, afl. 1, 172.

²¹⁸ Art. 518§3 W. Venn. De duur van de opdracht van de bestuurder mag de zes jaar niet te boven gaan.

²¹⁹ Art. 518§3 W. Venn.

²²⁰ S. DE DIER, "Over de dualiteitsvoorwaarde bij cumulatie van managementsovereenkomst met bestuursmandaat", TRV 2009, p. 654, nr. 3.

²²¹ J. RONSE, J.M. NELISSEN-GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS en H. LAGA, "Vennootschappen. Overzicht van rechtspraak (1978-1985)", TPR 1986, p. 999.

positie gepaard gaat met een beperktere bevoegdheid als dagelijks bestuurder. In de praktijk wordt de duur van beide mandaten dan ook frequent aan elkaar gekoppeld en stipuleert men bij de aanvang van het mandaat als dagelijks bestuurder dat dit tegelijkertijd en van rechtswege komt te vervallen wanneer het bestuurdersmandaat een einde neemt.²²² Niets belet de vennootschap om dezelfde persoon daarna opnieuw tot dagelijks bestuurder te benoemen.

D) Ad nutum- herroepbaarheid

86. In beginsel kan de dagelijks bestuurder op elk ogenblik ontslaan worden (*ad nutum*). Op basis van de gemeenrechtelijke regels van lastgeving kan de lastgever immers zijn volmacht op ieder ogenblik herroepen '*wanneer hem zulks goedgevindt*'.²²³ De regel is hier, anders dan bij de bestuurders van de NV, van suppletief recht.²²⁴ De vennootschap kan er dan ook statutair of zuiver contractueel van afwijken en in het contract dat zij met haar dagelijks bestuurder sluit een opzeggingstermijn dan wel een opzeggingsvergoeding bedingen.²²⁵ Voor zover de vennootschap echter niet in een afwijkende regeling voorzien heeft, zal de

²²² Het voorzien van een dergelijke clause is echter niet strikt noodzakelijk, aangezien de opdracht van de dagelijks bestuurder, tenzij dit aspect contractueel anders geregeld zou zijn, in beginsel *ad nutum* en dus zonder opzeggingstermijn en/of -vergoeding kan worden herroepen in overeenstemming met de gemeenrechtelijke regels van de lastgevingsovereenkomst.

²²³ Art. 2004 BW; Zie ook D. VAN GERVEN, "Ontslag van een gedelegeerd bestuurder", noot onder Gent 20 januari 2003, *TRV* 2003, p. 672. In dit artikel stelt de auteur dat het dagelijks bestuur, uitgaande van de werkelijke invulling van de opdracht waarbij de dagelijks bestuurder veel meer doet dan de vennootschap vertegenwoordigen, veeleer kwalificeert als een overeenkomst van dienstverlening (huur van diensten) dan als een overeenkomst van lastgeving; B. TILLEMANS, *Lastgeving*, APR, Antwerpen, Story-Scientia 1997, p. 300 en verder, nrs. 534 en verder.

²²⁴ F. CLEEREN, "Het orgaan van dagelijks bestuur", *RW* 1996-97, p. 219, nr. 50; B. DE GROOF, "Contractualisering van de verhouding dagelijks bestuurder en vennootschap: arbeidsovereenkomst of managementovereenkomst?", *Jura Falc.* 2009-2010, nr. 3, 487-488; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 297, nr. 546; B. DE GROOF, "De invloed van de cumulatie van het bestuursmandaat met een arbeids- of managementovereenkomst op de ad nutum-herroepbaarheid van de bestuurder in de NV", *Jura Falc.* 2012-2013, nr. 2, p. 279; Gent 20 januari 2003, *TRV* 2003, 667, noot D. VAN GERVEN; *JDSC* 2005, noot J. KILESTE en C. STAUDT; Kh. Brussel 8 februari 2002, *TBH* 2005, 425, met noot E. DESMET; *JDSC* 2006, 38, noot J. KILESTE en C. STAUDT; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT en P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis. Droit européen. Droit belge*, Brussel, Bruylant, 2011, 600, nr. 945. Op grond van art. 518§3 W. Venn. kunnen de bestuurders van de NV te allen tijde door de algemene vergadering worden ontslagen. De regel is van openbare orde, zodat de vennootschap er statutair noch contractueel van kan afwijken (Kg. Rb. Luik 12 april 1991, *JT* 1992, 81, noot C. DARVILLE-FINET; Rb. Gent 6 februari 1998, 1047; Kh. Mechelen 19 februari 1999, *TRV* 1999, 538; Kh. Dendermonde 30 april 2009, *TRV* 2009, 662. Het openbare orde karakter staat in de rechtsleer weliswaar ter discussie.

²²⁵ A *Contrario* Kh. Mechelen 19 februari 1999, *TRV* 1999, 538.

gemeenrechtelijke regel van *ad nutum*-herroepbaarheid van toepassing zijn.²²⁶ In overeenstemming met de gemeenrechtelijke regels van lastgeving zal er dan geen beëindigingsvergoeding verschuldigd zijn aan de dagelijks bestuurder.²²⁷ Echter, waar de beëindiging van een bestuursmandaat nooit aanleiding kan (mag) geven tot betaling van een beëindigingsvergoeding door de vennootschap, is dit - gelet op het suppletief karakter van de regel - anders bij het vertrek van een dagelijks bestuurder uit de onderneming.²²⁸ Dit is meteen ook de reden waarom beide functies in de bedrijfswereld vaak gecumuleerd worden: in hun hoedanigheid van manager of dagelijks bestuurder kunnen bestuurders wél een vertrekvergoeding ontvangen.²²⁹

87. Het feit dat er - los van een andersluidende contractuele afspraak - geen beëindigingsvergoeding betaald moet worden, neemt niet weg dat er in sommige gevallen wel nog een schadevergoeding verschuldigd kan zijn. Het ontslagrecht van de vennootschap is immers niet ongebreideld en mag niet in omstandigheden gebeuren die rechtsmisbruik vormen, dat door het Hof van Cassatie als volgt wordt omschreven: ²³⁰ "Het uitoefenen van een recht op een wijze die de grenzen van een normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bedachtzaam persoon kennelijk te buiten gaat." ²³¹

²²⁶ L. ELIAERTS, "De arbeidsrelatiewet, vennootschapsmandatarissen en vennoten", *TRV* 2008, afl. 2, 94; J-B BECKERS en T. BAART, "De *ad nutum*-afzetbaarheid van de bestuurder in de NV nader onderzocht", *Not. Fisc. M.* 2011, afl. 8, p. 250.

²²⁷ Kh. Mechelen 19 februari 1999, *TRV* 1999, p. 538; *JDSC* 2001 (verkort), p. 141, noot P. KILESTE en C. BERTSCH; Kh. dendermonde 30 april 2009, *TRV* 2009, p. 659, *JDSC* 2010, p. 49, noot; K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, F. PARREIN, S. DE DIER, S. COOLS, "Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1999-2010", *TPR* 2012, afl. 1, p. 245.

²²⁸ In de praktijk wordt deze regel op alle mogelijke manieren omzeild. De wet verbiedt immers ook niet dat een individuele aandeelhouder of een derde (een andere partij dan de vennootschap of een aandeelhouder van de vennootschap) een vergoeding betaalt. Zie hierover: A. GOEMINNE en K. BECKERS, "Kan de bestuurder van een NV aanspraak maken op een vergoeding naar aanleiding van zijn ontslag?", *TRV* 2013, 508. De auteurs pleiten in hun bijdrage voor een minder strenge interpretatie van art. 518§3 W. Venn. en een zekere mate van financiële bescherming voor de vertrekkende bestuurders van de vennootschap.

²²⁹ K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, F. PARREIN, S. DE DIER, S. COOLS, "Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1999-2010", *TPR* 2012, afl. 1, p. 246.

²³⁰ B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 261, nr. 412; P. STROOBANT, M. FYON en AP ANDRE-DUMONT, "Nomination et cessation des fonctions des dirigeants de sociétés" in Y. DE CORDT (ed.), *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Brussel, Larcier, 2009, 97-98; A. GOEMINNE en K. BECKERS, "Kan de bestuurder van een NV aanspraak maken op een vergoeding naar aanleiding van zijn ontslag?", noot, *TRV* 2013, p. 509.

²³¹ Cass. 1 oktober 2010, <http://www.cass.be> (18 oktober 2010); *TBH* 2011, afl. 1, 77; Cass. 6 januari 2011, <http://www.cass.be> (26 januari 2011), concl. A. HENKES; *TBO* 2011, afl. 3, 109, concl. A. HENKES.

Gelet op de regel van de *ad nutum*-afzetbaarheid maakt de voortijdige beëindiging van het mandaat op zich geen rechtsmisbruik uit, zelfs niet als dit ontslag abrupt is.²³² Wanneer de afzetting echter gepaard gaat met bedreigingen of beledigingen aan het adres van de voormalig dagelijks bestuurder, dan wel andere begeleidende omstandigheden die aan een vennootschapsorgaan toe te schrijven zijn, kan men aanspraak maken op een vergoeding ten laste van de vennootschap.²³³

In een specifiek geval werd een vennootschap veroordeeld tot de betaling van een morele schadevergoeding van 7.500 euro, omdat het ontslag van de dagelijks bestuurder gepaard ging met nodeloze publiciteit en in omstandigheden die aan de buitenwereld de indruk wekten van mogelijke malversaties door de ontslagene.²³⁴ *In casu* nam het Hof van Beroep van Gent er aanstoot aan dat het ontslag vooraf niet op de agenda van de raad van bestuur werd aangekondigd, het feit dat de ontslagene en het personeel - twee dagen na raad van bestuur waarop over diens ontslag werd beslist - de toegang tot de kantoren van de vennootschap werden ontzegd, aan de zichtbare opstelling van een inventaris nadat de toegang opnieuw vrijgemaakt was, alsook aan de uitdrukkelijke vermelding in het Staatsblad dat de betrokkene '*werd ontslagen*'. Volgens het Hof had het ontslag in discretere en meer serene omstandigheden kunnen gebeuren en had men kunnen volstaan met de kennisgeving van het ontslag alleen, zonder zich daarbij over de omstandigheden uit te spreken.

In dezelfde zin oordeelde hetzelfde Hof van Beroep dat het langdurig laten hangen van een affiche aan het venster van de winkel niet door de beugel kon.²³⁵ De rechter beschikt bij de beoordeling over rechtsmisbruik wel slechts over een marginale

²³² B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 277-278, nr. 443. Tenzij dit ontslag gepaard zou gaan met begeleidende omstandigheden die rechtsmisbruik uitmaken. Zie Gent 19 januari 2009, *TRV* 2013, 495, waar het Hof oordeelde dat het ontslag van een bestuurder ontijdig was, omdat de bestuurder er ontijdig door werd getroffen, terwijl hij er op grond van bepaalde redenen regelmatig op mocht vertrouwen dat er aan zijn positie en inkomen als bestuurder niet zou worden geraakt.

²³³ A. GOEMINNE en K. BECKERS, "Kan de bestuurder van een NV aanspraak maken op een vergoeding naar aanleiding van zijn ontslag?", noot, *TRV* 2013, p. 509; Gent 19 januari 2009, *TRV* 2013, 495; Brussel 7 december 2010, *TRV* 2013, 486.

²³⁴ Gent 20 januari 2003, *TRV* 2003, 667, noot D. VAN GERVEN. *In casu* was de dagelijks bestuurder tevens bestuurder geweest, maar op het ontslag in de hoedanigheid van de betrokkene als bestuurder had het hof niets aan te merken.

²³⁵ Gent 6 maart 2006, *TRV* 2008, p. 72, noot F. PARREIN, *DAOR* 2008, 333, NOOT A. JANSEN, *JDSC* 2009, p. 141, noot M. ERNOTTE en *JDSC* 2009, p. 199, noot P. KILESTE en C. STAUDT.

toetsingsbevoegdheid en kan dus enkel een schadevergoeding opleggen indien de miskennis van het recht kennelijk is.

E) Statuut en ontslagregeling

(i) Van de dagelijks bestuurder die verbonden is met een arbeidsovereenkomst

Aangezien de dagelijks bestuurder-werknemer met de vennootschap verbonden is door een arbeidsovereenkomst, zal er bij de beëindiging van de rechtsverhouding hier rekening gehouden moeten worden met de dwingende regels uit de Arbeidsovereenkomstenwet ('WAO').²³⁶ Hoewel de arbeidsovereenkomst die voor een onbepaalde duur werd aangegaan op elk moment kan worden opgezegd²³⁷, dient hierbij een dwingende opzeggingstermijn in acht genomen te worden.²³⁸ De duur van de termijnen die moeten worden gerespecteerd zijn opgenomen in artikel 37/2 WAO.²³⁹ Wanneer de opzeggingstermijn niet wordt nageleefd, dient er een vervangende opzeggingsvergoeding betaald te worden in overeenstemming met

²³⁶ Cass. 22 januari 1981, RPS 1981, 285; BRH 1981, 342; JT 1981, 342; RCJB 1981, 495, noot S. NUDELHOLE; Cass. 28 mei 1984, RW 1984-85, 333; Arbh. Brussel 12 februari 1982, JTT 1983, 11 en Arbh. Bergen 20 december 1984, JT 1985, 286.

²³⁷Cass., 16 oktober 1969, Arr. Cass., 1970, 167; T.S.R., 1969, 355; Pas., 1970, I, 147; R.W., 1969-70, 1187. "Het recht eenzijdig een einde te maken aan de overeenkomst behoort tot het wezen van elke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Met de openbare orde zijn echter niet strijdig de bedingen van een arbeidsovereenkomst die de uitoefening van het recht tot eenzijdige ontbinding door de werkgever bemoeilijken, doch de uitoefening van dat recht niet onmogelijk maken."

²³⁸ Artikel 37 §1 WAO "Is de overeenkomst voor onbepaalde tijd gesloten, dan heeft ieder der partijen het recht om die te beëindigen door opzegging aan de andere. Op straffe van nietigheid dient de kennisgeving van de opzegging het begin en de duur van de opzeggingstermijn te vermelden.(...) Indien de opzegging uitgaat van de werkgever, kan de kennisgeving van de opzegging, op straffe van nietigheid enkel geschieden hetzij bij een ter post aangetekende brief die uitwerking heeft de derde werkdag na de datum van verzending, hetzij bij gerechtsdeurwaardersexploot, met dien verstande dat de werknemer die nietigheid niet kan dekken en dat ze door de rechter van ambtswege wordt vastgesteld."

²³⁹ Artikel 37/2 WAO

artikel 39 WAO.²⁴⁰ Evenzeer zal er rekening gehouden moeten worden met bepaalde formaliteiten in geval zich een ontslag om dringende reden zou voordoen.²⁴¹

(ii) Van de dagelijks bestuurder die verbonden is met een managementovereenkomst

88. De opdracht van dagelijks bestuur hoeft niet noodzakelijk vervuld te worden in het kader van een arbeidsovereenkomst. Als de dagelijks bestuurder zijn taken uitoefent als een zelfstandige kan men ervoor kiezen om de modaliteiten van de beëindiging te regelen in een geschrift, de managementovereenkomst.²⁴² Indien partijen geen enkele regeling treffen omtrent de beëindiging van hun samenwerking, is de vennootschap in principe niets verschuldigd. Het mandaat van de dagelijks bestuurder kan dan, gelet op de *ad nutum*-herroepbaarheid ervan, onmiddellijk herroepen worden zonder dat een bepaalde opzeggingstermijn en/of een opzeggingsvergoeding in acht genomen moet worden. In de mate dat er wel een geschreven overeenkomst werd opgesteld, dan dient op grond van de

²⁴⁰ ARTIKEL 39 §1 WAO "Is de overeenkomst voor onbepaalde tijd gesloten, dan is de partij die de overeenkomst beëindigt zonder dringende reden of zonder inachtneming van de opzeggingstermijn vastgesteld in de artikelen ¹[37/2, 37/5, 37/6 en 37/11]¹ gehouden de andere partij een vergoeding te betalen die gelijk is aan het lopend loon dat overeenstemt hetzij met de duur van de opzeggingstermijn, hetzij met het resterende gedeelte van die termijn. De vergoeding is nochtans steeds gelijk aan het lopend loon dat overeenstemt met de duur van de opzeggingstermijn, wanneer de opzegging uitgaat van de werkgever en met miskenning van het bepaalde ¹[...] in artikel 40 van de arbeidswet van 16 maart 1971. De opzeggingsvergoeding behelst niet alleen het lopend loon, maar ook de voordelen verworven krachtens de overeenkomst. (...)"

²⁴¹ Artikel 35 WAO "Elke partij kan de overeenkomst zonder opzegging of vóór het verstrijken van de termijn beëindigen om een dringende reden die aan het oordeel van de rechter wordt overgelaten en onverminderd alle eventuele schadeloosstellingen."

Onder dringende reden wordt verstaan de ernstige tekortkoming die elke professionele samenwerking tussen de werkgever en de werknemer onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt. Ontslag om een dringende reden mag niet meer zonder opzegging of vóór het verstrijken van de termijn worden gegeven, wanneer het feit ter rechtvaardiging ervan sedert ten minste drie werkdagen bekend is aan de partij die zich hierop beroept. Alleen de dringende reden waarvan kennis is gegeven binnen drie werkdagen na het ontslag kan worden aangevoerd ter rechtvaardiging van het ontslag zonder opzegging of vóór het verstrijken van de termijn. Op straffe van nietigheid, geschiedt de kennisgeving van de dringende reden hetzij bij een ter post aangetekende brief, hetzij bij gerechtsdeurwaardersexploot. Deze kennisgeving kan ook geschieden door afgifte van een geschrift aan de andere partij. De handtekening van deze partij op het duplicaat van dit geschrift geldt enkel als bericht van ontvangst van de kennisgeving. De partij die een dringende reden inroept, dient hiervan het bewijs te leveren; bovendien moet zij bewijzen dat zij de termijnen voorzien in het derde en vierde lid geëerbiedigd heeft."

²⁴² Zie infra randummers 310 en verder.

bindende kracht van overeenkomsten ²⁴³ rekening gehouden te worden met de opzeggingstermijnen en de -vergoedingen die in deze overeenkomst werden opgenomen.²⁴⁴

89. Opdat de dagelijks bestuurder effectief aanspraak zou kunnen maken op de betaling van een beëindigingsvergoeding door de vennootschap, dient hij een dubbel bewijs te leveren. Allereerst dient hij te bewijzen dat hij in de vennootschap, naast de opdracht van bestuurder, een duidelijk onderscheiden opdracht vervuld heeft, maar daarnaast dient hij ook het bewijs te kunnen leveren van het feit dat er met de vennootschap wel degelijk een managementovereenkomst werd gesloten. Het gevaar is dat, als dit bewijs niet kan worden geleverd, de ontslagen dagelijks bestuurder alsnog terugvalt op de gemeenrechtelijke regeling zoals voorzien in artikel 2004 BW en hij bijgevolg geen enkele vertrekvergoeding ontvangt.

90. De rechtspraak bevestigt deze dubbele bewijslast van de ontslagen dagelijks bestuurder die de betaling van een beëindigingsvergoeding wenst te bekomen van de vennootschap. Zo besliste het Hof van Beroep van Gent aangaande de vereiste dualiteit van functies dat indien de bestuurder op geen enkele wijze kan bewijzen dat hij in de uitvoering van een managementovereenkomst ook maar één commerciële opdracht vervuld had, deze niet gerechtigd was om een vergoeding te ontvangen voor de verbreking van een *'managementovereenkomst'*.

In casu maakte de referentieaandeelhouder van een NV zowel als natuurlijke persoon als via diens managementvennootschap (BVBA E.) deel uit van de raad van bestuur van de vennootschap. De door de BVBA E. te leveren managementdiensten werden contractueel omschreven als *"het beheren en ontwikkelen van de vennootschap van de opdrachtgever"* en *"het voorbereiden en beheren van de huidige en toekomstige activiteiten van de opdrachtgever"*, wat volgens het Hof zuiver kaderde in het mandaat als bestuurder van de vennootschap. Mede gelet op het feit dat de betreffende aandeelhouder net voor het instellen van zijn vordering tot betaling van een opzeggingsvergoeding zijn aandelen duur verkocht had, oordeelde het Hof dat de vennootschap hier kennelijk geen vergoeding verschuldigd was.²⁴⁵

²⁴³ Artikel 1134 BW.

²⁴⁴ Cfr. deel III van dit proefschrift.

²⁴⁵ Gent 2 juni 2003, TRV 2003, p. 595, noot J. VANANROYE.

91. De dualiteitsvoorwaarde is echter geen voldoende voorwaarde voor een rechtsgeldige cumulatie van een bestuurdersmandaat en een managementovereenkomst, maar wel een noodzakelijke voorwaarde.²⁴⁶ Het bewijs van het bestaan van een afzonderlijke managementovereenkomst moet steeds geleverd worden. Dit blijkt o.m. uit een vonnis van de Rechtbank van Koophandel van Hasselt van 10 juni 2008.²⁴⁷

De feiten die aan deze zaak ten grondslag lagen waren de volgende: de BVBA D. werd in 2000 aangesteld als bezoldigd bestuurder en dagelijks bestuurder van de NV B.I., die later werd overgenomen door de Duitse groep P.M. D., van mening dat haar bestuurdersmandaat onder het nieuwe bewind steeds meer werd uitgehold, diende D. anno 2006 ontslag als bestuurder in, maar niet als dagelijks bestuurder. B.I. betwistte dat het mandaat louter formeel was en stelde dat het juist in haar mandaat van dagelijks bestuurder was dat D. leiding gaf aan de hele commerciële dienst van de vennootschap. Zij stelde geen kennis te hebben van het bestaan van een managementovereenkomst van onbepaalde duur.

De rechtbank oordeelde dat het aan D. was om aan te tonen dat er, naast het bestuurdersmandaat met de vennootschap, nog een andere overeenkomst van onbepaalde duur zou zijn en stelde dat D. hierin niet slaagde. Er bleek geen geschreven managementovereenkomst gesloten te zijn, zodat de rechtbank terecht aannam dat de overeengekomen bezoldiging kaderde in het bestuurdersambt van D. B.I. werd vervolgens uitsluitend veroordeeld tot de betaling van een maandelijkse bezoldiging beperkt tot het *pro rata* gedeelte van die maand. Een argument pro de beslissing van de Rechtbank was dat D, in de uitvoering van haar mandaat als dagelijks bestuurder voornamelijk rechtshandelingen stelde, zodat een eventuele managementovereenkomst enkel als een lastgeving kon worden gekwalificeerd, waardoor deze overeenkomst eveneens *ad nutum*-herroepbaar was.

92. De regeling is anders wanneer de dagelijks bestuurder zijn mandaat tegen betaling en in ondergeschikt verband uitoefent. In dat geval gelden immers de dwingende regels uit het arbeidsovereenkomstenrecht, zelfs indien er geen geschreven overeenkomst voorhanden zou

²⁴⁶ S. DE DIER, "Over de dualiteitsvoorwaarde bij cumulatie van managementovereenkomst met bestuursmandaat", *TRV* 2009, p. 656, nr. 3.

²⁴⁷ Rb. Kh. 10 juni 2008, *TRV* 2009, p. 650, noot S. DE DIER.

zijn. Wel zal het ondergeschikt verband aangetoond moeten worden alsook het feit van de onvrijwillige beëindiging, waarna de opzeggingstermijnen/ -vergoedingen uit het arbeidsrecht zullen moeten worden nageleefd.²⁴⁸ De arbeidsovereenkomst kan dan enkel nog gehandhaafd worden onder de dubbele voorwaarde dat de betrokken dagelijks bestuurder-werknemer nog andere prestaties onder gezag levert en het dagelijks bestuur niet als een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst kan worden gezien. Indien niet, dan brengt de beëindiging van het dagelijks bestuur een eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden met zich, hetgeen door het Hof van Cassatie gelijkgesteld wordt met een ontslag.²⁴⁹

§ 5. Remuneratie

A) Principe: absolute vrijheid

93. In beginsel kiest de vennootschap zelf of zij haar dagelijks bestuurder al of niet vergoedt voor bewezen diensten. Er bestaat geen wettelijke plicht om een vergoeding te betalen. De dagelijks bestuurder kan zijn mandaat dus kosteloos opnemen. Algemeen wordt echter uitgegaan van een vermoeden van bezoldiging van de dagelijks bestuurder.²⁵⁰ Het vermoeden van kosteloosheid, zoals dat vervat is in artikel 1986 BW, wordt in de regel niet toepasselijk geacht in het bedrijfsleven.²⁵¹

Ook wat de omvang van de vergoeding betreft is men principieel niet gebonden aan enige plicht. Al zou de vennootschap het beslissende orgaan wel aansprakelijk kunnen stellen op basis van artikel 527 W. Venn. (gewone bestuursfout) voor het toekennen van riant

²⁴⁸ Cass. 30 mei 1988, *Pas.* 1988, I, 1169; *RW* 1988-89, 539; D. VAN GERVEN, "De herroeping van een gedelegeerd bestuurder van een NV", *TRV* 1994, p. 113, nr. 9; F. CLEEREN, "het orgaan van dagelijks bestuur", *RW* 1996-97, p. 219, nr. 52;; S. DE DIER, "Over de dualiteitsvoorwaarde bij cumulatie van managementovereenkomst met bestuursmandaat", *TRV* 2009, p. 657, nr. 4.

²⁴⁹ Cass. 11 februari 2008, *RW* 2008-09, p. 456; Cass. 7 mei 2007, *RW* 2007-08, p. 1673, noot W. RAUWS; S. DE DIER, "Over de dualiteitsvoorwaarde bij cumulatie van managementovereenkomst met bestuursmandaat", *TRV* 2009, p. 657, nr. 4.

²⁵⁰ Kh. Brussel 7 december 1953, *RPS* 1956, nr. 4584, p. 158; Kh. Brussel 4 februari 1989, *TRV* 1989, p. 436.

²⁵¹ Art. 1986 BW bepaalt "lastgeving geschiedt om niet, tenzij het tegendeel bedongen is". Er is een vermoeden dat men de opdracht tegen betaling uitvoert, maar dit vermoeden kan steeds worden weerlegd.

bedragen, die niet in verhouding zijn met de competenties en het takenpakket van de dagelijks bestuurder. Van het bestuur mag immers verwacht worden dat het zich ten opzichte van de vennootschap als een goed huisvader gedraagt, zoals dat van een normaal, voorzichtig en redelijk bestuurder in de dezelfde omstandigheden te verwachten is – en dus dat het een marktconforme vergoeding toekent die in verhouding staat tot de te leveren prestaties.²⁵²

Uiteindelijk zullen een hele reeks factoren, zowel van interne als van externe aard, de hoogte en de samenstelling van het remuneratiepakket van het (top)management bepalen. Als externe factoren zullen onder meer de fiscaliteit, de vergelijking met andere gelijksoortige vennootschappen (de zogenaamde "*benchmarking*"), de context van het deugdelijk bestuur en de erin opgenomen aanbevelingen en de sociale context een rol spelen. Interne omgevingsvariabelen zijn de grootte van het bedrijf waarin het dagelijks bestuur wordt waargenomen – als één van de belangrijkste factoren voor de remuneratie, meer nog dan de prestaties van het bedrijf -, de levenscyclus van de vennootschap, de complexiteit van de sector, de strategie en de persoonlijkheid van de (top)manager zelf.²⁵³ Ook de omvang van de bevoegdheid en de eraan gekoppelde verantwoordelijkheden zouden een determinerende factor kunnen zijn in de bepaling van de vergoeding van de dagelijks bestuurder.

Verwacht mag worden dat de leider van het orgaan (de 'CEO') een aanzienlijk hogere vergoeding ontvangt dan de "gewone" dagelijks bestuurder. In relatie tot het lid van het directiecomité met uitgebreide bevoegdheden mag verwacht worden dat de dagelijks bestuurder – gelet op de wettelijke beperking van diens bevoegdheid – veel minder ontvangt. Dit argument geldt des te meer na de tussenkomst van het arrest van het Hof van Cassatie van 26 februari 2009, waar het Hof de omvang van de bevoegdheden van het dagelijks bestuur – tegen de praktijk in – restrictief interpreteerde.²⁵⁴ Een onderzoek naar de vergoeding van de CEO en de leiding van de Belgische genoteerde bedrijven, gevoerd op basis van de jaarverslagen van 2011 (boekjaar 2010), leert evenwel dat de omvang van de bezoldiging tussen de dagelijks bestuurder en het lid van het directiecomité helemaal geen significante

²⁵² Bijvoorbeeld door een benchmark uit te voeren, aan de hand waarvan de vergoeding kan worden bepaald. Zie vb. Kh. Leuven 9 januari 1990, *TRV* 1990, 459; Kh. Kortrijk 29 juni 1984, *TBH* 1985, 222; Kh. Charleroi 10 januari 1979, *RPS* 1979, 315.

²⁵³ X. BAETEN, "De vergoeding van managers", in L. VAN DEN BERGHE en T. BAELDEN (eds.), *Vademecum van de bestuurder*, Kluwer, 2007, p. 233-235.

²⁵⁴ Cass. 26 februari 2009, *TRV* 2009, 444, noot C. CLOTTENS; *TBH* 2009, afl. 9, 948, noot E. POTTIER en A. BERTRAND; *RW* 2009-10, 1129; noot W. GOOSSENS en B. CAFMEYER; *FJF* 2010, afl. 6, 615; *JLMB* 2010, afl. 4, 154; *Pas.* 2009, afl. 2, 592; *JDSC* 2010, 59, noot M. COIPEL; *RGCF* 2010, afl. 2, 156, noot.

verschillen vertoont.²⁵⁵ Hieruit blijkt dat de juridische kwalificatie van het leidinggevend comité in de praktijk niet doorslaggevend is voor de omvang van de bezoldiging.

94. De samenstelling van het pakket wordt in de regel eveneens autonoom door de vennootschap bepaald en kan om die reden diverse vormen aannemen. In de praktijk zien we dat er vaak voorzien wordt in zowel een vast (basissalaris) als een variabel (bonus en/of aandelen gerelateerde vergoeding) gedeelte, eventueel nog aangevuld met andere voordelen in natura en andere bijzondere vergoedingen (bijvoorbeeld een verwelkomings- en/of een vertrekvergoeding).²⁵⁶ Het vaste gedeelte van de vergoeding, verbonden aan het statuut van de dagelijks bestuurder, zal - onder voorbehoud van eventuele wanprestaties in de uitvoering van het mandaat - het hele jaar door en op een forfaitaire wijze verschuldigd zijn. Deze regel geldt ongeacht het *kwantum* van de geleverde prestaties en de resultaten van de dagelijks bestuurder.²⁵⁷ Het variabel gedeelte van de vergoeding, in artikel 96§3, 6° b W. Venn. wettelijk omschreven als 'de bijkomende bezoldiging die gekoppeld is aan prestatiecriteria', zal daarentegen afhankelijk zijn van de bereikte specifieke en operationele doelstellingen op een korte (*short-term incentives*) dan wel op een lange (*long-term incentives*) termijn. De voordelen in natura vormen meestal een onderdeel van de vaste vergoeding. Deze worden frequent toegekend omwille van het fiscaal voordeel ervan. Men kan hierbij denken aan een bedrijfswagen (al dan niet met een chauffeur), het volgen van dure opleidingen, aanvullend pensioen, verzekeringen, het ter beschikking stellen van een woning (al dan niet met huishoudelijk personeel), etc. De verwelkomings- en vertrekvergoedingen tenslotte zullen slechts sporadisch toegekend, als blijk van dank voor de indiensttreding (verwelkoming) of de geleverde prestaties (vertrek).

²⁵⁵ C. VAN DER ELST en X. BAETEN, "Bezoldiging van de CEO en de leiding van Belgische vennootschappen", in *Financiële regulering in de kering*, Reeks instituut financieel recht, 14, Antwerpen, Intersentia, 2012, 743. De mediaanomvang van het totale remuneratiepakket van een gewoon lid van het directiecomité ten opzichte van een gewoon lid van een ander leidinggevend orgaan vertoont een verschil van 120.000 euro in de jaarlijkse vergoeding (480.000 voor een lid van het directiecomité en 340.000 voor een dagelijks bestuurder).

²⁵⁶ X. BAETEN, "De vergoeding van managers", in *Vademecum van de bestuurder*, Kluwer, 2007, p. 230; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 285, nr. 522; S. DE GEYTER, "Over remuneratie van bestuurders en topmanagers", *TRV* 2013, p. 17, nr. 4, waar de auteur stelt dat een standaardpakket bestaat uit "een basissalaris, een variabele vergoeding, een pensioen en een aantal andere componenten, waaronder bijvoorbeeld een bedrijfswagen, een groepsverzekering en andere voordelen in natura".

²⁵⁷ Naar analogie met de rechtspraak over de bestuurder: Kh. Gent 9 oktober 2006, *RABG* 2008, p. 481, noot E. JANSSENS; *JDSC* 2009, p. 297, noot P. JEHASSE; *JDSC* 2009, p. 111, noot P. KILESTE en C. STAUDT.

B) Matiging van het principe voor genoteerde bedrijven

95. Grote excessen uit het verleden zijn de aanleiding geweest voor het wettelijk aan banden leggen van de absolute remuneratievrijheid voor beursgenoteerde bedrijven. De betaling van riant vergoedingen en omvangrijke jaarlijkse bonusplannen aan het uitvoerend bestuur van *Enron* wordt aangeduid als één van de belangrijkste oorzaken van het faillissement van deze onderneming in 2001.²⁵⁸ Een passieve houding van de raad ten opzichte van een veel te dominante CEO (Bernard Ebbers) was de rechtstreekse oorzaak voor de faling van *WorldCom* in 2003. CEO Ebbers werd niettemin jarenlang gerangschikt als één van de best betaalde CEO's ter wereld en ontving tussen 1998 en 2001 een jaarlijkse vergoeding van 1 miljoen dollar, vermeerderd met aandelenopties voor meer dan 1 miljoen aandelen per jaar.²⁵⁹ Op eigen bodem was het de uitbetaling van enorme bonussen aan de bankbestuurders na de kredietcrisis dat kwaad bloed zette bij een groot deel van de bevolking. De bankencrisis uit 2008 maakte duidelijk dat zelfregulering niet langer volstond om een einde te maken aan de bestaande "graacultuur" en dat de wetgever dringend diende tussen te komen met meer dwingende regelgeving.²⁶⁰ Falend bestuur in genoteerde ondernemingen kan niet langer beloond worden. De nieuwe maatregelen waren noodzakelijk om het vertrouwen in grote bedrijven te versterken en kaderden in een Europees beleid om de *corporate governance* van genoteerde bedrijven uit te bouwen.

96. Met de invoering van de wet deugdelijk bestuur op 6 april 2010 wenste de regering een oplossing te bieden voor de bestaande bezorgdheid over een gebrek aan transparantie inzake vergoedingen. Hierbij wilde men nochtans niet blind zijn voor de internationale standaarden. Bovendien wilde men de ondernemingen de kans niet ontnemen om internationale persoonlijkheden aan te trekken (met dito vergoedingen), zolang dit maar op grond van een wettelijke regeling transparant zou worden megedeeld aan de

²⁵⁸ Enron was een van de grootste Amerikaanse genoteerde vennootschappen tot deze op 2 december 2001 plots failliet ging onder meer door een grootschalige boekhoudkundige fraude, de uitbetaling van excessieve vergoedingen aan bestuur en management en een gebrek aan toezicht van de raad van bestuur op het management. Zie voor een uitgebreide bespreking: S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 327-331.

²⁵⁹ Bij WorldCom was CEO Bernard Ebbers er, samen met CFO Scott Sullivan, in geslaagd om jarenlang en op grote schaal een fauleuze boekhouding te voeren door fictieve inkomsten in te schrijven en bepaalde kosten uit de boekhouding te laten. S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 332-336.

²⁶⁰ Voorheen verdedigde de bestuurders nog dat de verloning van bestuur en management enkel een zaak van de raad van bestuur was en de algemene vergadering zich hiermee niet mocht inlaten.

aandeelhouders en aan deze laatsten de kans werd geboden om hierop onrechtstreeks een invloed uit te oefenen.²⁶¹ De juridische regeling betreft - naast de bestuurders en leden van het directiecomité - ook de leden van het dagelijks bestuur, maar geldt uiteraard enkel voor de dagelijks bestuurder in de genoteerde vennootschap. De regeling geldt in principe ongeacht het juridisch statuut van werknemer of zelfstandige.²⁶² Sinds de invoering van de wet deugdelijk bestuur in 2010 is de remuneratie van de dagelijks bestuurder in genoteerde en niet-genoteerde vennootschappen fundamenteel anders. Een afzonderlijke bespreking van beide systemen dringt zich dan ook op.

(i) De remuneratie van de dagelijks bestuurder in niet-genoteerde vennootschappen

97. Voor de niet-genoteerde vennootschappen geldt, bij gebreke aan een dwingende regeling, dat de statuten in beginsel vrij kunnen beslissen welk orgaan bevoegd is om over de aard (vast of variabel), de hoegrootheid en de betalingsmodaliteiten van de vergoeding van de dagelijks bestuurder te beslissen. De statuten kunnen deze bevoegdheid toekennen aan de raad van bestuur, de algemene vergadering of het directiecomité.²⁶³ De raad van bestuur lijkt ook hier het meest geschikte orgaan. De bevoegdheid om over de verloning van een lasthebber te beslissen betreft in essentie een bestuurshandeling, die behoudens andersluidende statutaire bepalingen tot de bevoegdheid van de raad van bestuur behoort.²⁶⁴ Niets staat eraan in de weg dat de raad van bestuur deze bevoegdheid zou delegeren aan het directiecomité. Zeker wanneer het directiecomité tevens het benoemingsorgaan zou zijn, verdient dit aanbeveling. Dezelfde aspecten kunnen evengoed statutair geregeld worden. In

²⁶¹ MvT, *Parl. St. Kamer*, 2009-2010, 52-2336/001, p. 4; Wet 6 april 2010 tot versterking van het deugdelijk bestuur bij genoteerde vennootschappen en autonome overheidsbedrijven en tot wijziging van de regeling inzake het beroepsverbod in de bank- en financiële sector ("wet deugdelijk bestuur"), BS 23 april 2010.

²⁶² MvT, *Parl. St. Kamer*, 2009-2010, 52-2336/001, p. 7.

²⁶³ F. CLEEREN, "Het orgaan van dagelijks bestuur", *RW* 1996-97, p. 216, nr. 34; O. CAPRASSE, "La délégué à la gestion journalière et les délégations particulières de pouvoirs", in *Commission droit et vie des affaires* (ed.), *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, Brussel, Bruylant, 2004, p. 89, nr. 7; R. VAN BOVEN, "Art. 525 W. Venn.", in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm. Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2009, nr. VIII.

²⁶⁴ Brussel 2 januari 1904, *Pas.* 1904, 308.

dat geval moet de vennootschap er wel rekening mee houden dat de regels voor statutenwijziging gevolgd worden voor iedere wijziging dienaangaande.²⁶⁵

(ii) Wat de remuneratie van de dagelijks bestuurder in genoteerde vennootschappen betreft

98. Ingevolge de wet deugdelijk bestuur werd een einde gemaakt aan de ongebreidelde vrijheid van de beursgenoteerde vennootschap om de vergoeding van haar bestuur en management volledig autonoom te bepalen.²⁶⁶ De wetgever vaardigde dwingende regels uit met betrekking tot de variabele vergoeding (artikel 520bis en ter W. Venn.) en de vertrekvergoeding (artikel 554, vierde tot en met zesde lid W. Venn.) en introduceerde nieuwe begrippen zoals het remuneratieverslag (artikel 96§3 W. Venn.) en het remuneratiecomité (artikel 526*quater* W. Venn.). De precieze verhouding tussen deze regels en de arbeidsrechtelijke aspecten van toepassing op de overeenkomst met de dagelijks bestuurder-werknemer blijkt uit de memorie van toelichting bij de wet. Er zou geen afbreuk worden gedaan aan de rechten die voortvloeien uit de bestaande wetgeving zoals de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978, die ter zake als een *lex specialis* fungeert.²⁶⁷

a. *Regels inzake variabele remuneratie*

99. De wet deugdelijk bestuur leidde tot de wijziging van artikel 525 W. Venn., dat werd aangevuld met een vierde lid, dat luidt als volgt:

*"In een vennootschap waarvan de aandelen zijn toegelaten tot de verhandeling op een in artikel 4 bedoelde markt, zijn de artikelen 520bis en 520ter mutatis mutandis van toepassing op de persoon aan wie, alleen of gezamenlijk het dagelijks bestuur wordt opgedragen, en op andere leiders bedoeld in artikel 96§3 laatste lid".*²⁶⁸

²⁶⁵ Art. 558 W. Venn.; F. CLEEREN, "Het orgaan van dagelijks bestuur", *RW* 1996-97, p. 216, nr. 34; R. VAN BOVEN, "Art. 525 W. Venn.", in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm. Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2009, nr. VIII.

²⁶⁶ Zie o.a. M. WYCKAERT en T. BOEDTS, "Remuneratie van 'leiders' van genoteerde vennootschappen na de wet van 6 april 2010", *TEP* 2010, afl. 5, 291.

²⁶⁷ MvT, *Parl. St. Kamer*, 2009-2010, 52-2336/001, p. 19.

²⁶⁸ Art. 16 wet deugdelijk bestuur; Art. 525, lid 4 W. Venn.

Die voormelde artikels 520*bis* en *ter* W. Venn. omvatten de nieuwe regeling met betrekking tot de vermelding van de criteria voor de toekenning van een variabele vergoeding en de verplichting tot spreiding ervan in de tijd.

Ingeval een genoteerde vennootschap haar dagelijks bestuurder deels variabel zou willen vergoeden, wordt zij ertoe verplicht om de criteria, die de toekenning van deze vergoeding variabel maken, uitdrukkelijk op te nemen in de contractuele of andere bepalingen die de rechtsverhouding tussen beiden beheersen (artikel 520*bis*, lid 1 W. Venn.). De uitbetaling van deze variabele remuneratie kan dan enkel gebeuren als de criteria over de aangeduide periode bereikt werden (lid 2). De bepaling is van suppletief recht, maar heeft in zekere zin toch een dwingend gevolg. Het derde lid van artikel 520*bis* bepaalt immers dat bij miskennen van de vorige leden, het niet opnemen van de prestatiecriteria en het uitbetalen van de vergoeding zonder dat de vooropgestelde resultaten bereikt werden, met deze variabele vergoedingen geen rekening mag gehouden worden bij het berekenen van de vertrekvergoeding (lid 3).

100. Ook wat de variabele remuneratie over een langere termijn betreft, meestal een aandelen gerelateerde vergoeding ("*long-term incentives*"), werd in een nieuwe regeling voorzien. Artikel 520*ter*, lid 2 W. Venn. verplicht de vennootschap ertoe om minstens één vierde van de variabele vergoeding afhankelijk te maken van objectief meetbare prestatiecriteria over een periode van twee jaar en minstens een ander vierde van prestatiecriteria over een periode van drie jaar.²⁶⁹ Minstens vijftig procent van de variabele remuneratie voor de dagelijks bestuurder in de genoteerde vennootschap moet in beginsel derhalve gebaseerd zijn op prestaties op een langere termijn (meer dan één jaar).²⁷⁰ De vennootschap kan wel afwijken van deze regeling, maar zal deze dan moeten opnemen in de statuten of uitdrukkelijk laten goedkeuren door haar algemene vergadering.²⁷¹ Als minimumdrempel voor de toepasselijkheid van deze verplichting geldt dat minstens één vierde (of 25%) van de jaarlijkse remuneratie van de dagelijks bestuurder variabel moet zijn.

²⁶⁹ Art. 520*ter*, lid 2 W. Venn.

²⁷⁰ De regeling geldt in feite voor alle uitvoerende bestuurders, waaronder ook de dagelijks bestuurder.

²⁷¹ Art. 520*ter*, lid 2 W. Venn.

272 Uit een praktijkonderzoek blijkt dat deze 25%-regel meteen de gemakkelijkste methode is om aan de regels inzake variabele remuneratie te ontsnappen.²⁷³

b. Regels inzake de vertrekvergoeding

101. De wetgever heeft het verder ook noodzakelijk geacht om de dagelijks bestuurder samen met de bestuurder en de andere leden van het management het voorwerp te laten uitmaken van de dwingende regeling met betrekking tot de vertrekvergoeding, hetgeen leidde tot de aanvulling van artikel 554 met zes nieuwe leden.²⁷⁴ De afwijkende clause uit de overeenkomst met de dagelijks bestuurder, waarin een vertrekvergoeding van meer dan twaalf maanden loon of - op gemotiveerd advies van het remuneratiecomité²⁷⁵ - meer dan achttien maanden loon toegekend wordt, moet vooraf (voor de uitbetaling ervan) gekeurd worden door de eerstvolgende gewone algemene vergadering. Het loon betreft de som van de vaste plus de variabele vergoeding, vermeerderd met de andere componenten uit artikel 96§3, 6° en 7° W. Venn.²⁷⁶ Met het in weerwil van de vooropgestelde criteria uitbetaalde variabel gedeelte van het loon of het totaal ontbreken van deze criteria mag bij de berekening van de vertrekvergoeding evenwel geen rekening gehouden worden (Artikel 520bis *in fine* W. Venn.).

Wanneer aan een dagelijks bestuurder bijvoorbeeld een vast loon van 7.000 euro per maand zou worden uitbetaald en een variabel loon van 3.000 euro per maand,

²⁷² Art. 520ter, lid 2, *in fine* W. Venn. Voor de toepassing van het begrip 'jaarlijkse remuneratie' verwijst de wet naar art. 96§3, 6° en 7° W. Venn.

²⁷³ J. VAN GYSEGEM, "Variabele vergoedingen en vertrekvergoedingen: Corporate Governance Wet in de praktijk – update", *Or.* 2012, afl. 9, p. 258. De auteur merkte op dat in een aantal bedrijven de variabele verloning, vooral met betrekking tot de CEO, tot maximaal 25% werd teruggebracht.

²⁷⁴ Art. 554, lid 4 tot en met 6 W. Venn.

²⁷⁵ Dit punt leidde tot verdeeldheid in de rechtsleer: volgens sommigen dient hieruit te worden afgeleid dat de goedkeuring van de algemene vergadering vereist is voor alle vertrekvergoedingen hoger dan twaalf maanden loon en zowel de goedkeuring van de algemene vergadering als een gemotiveerd advies van het remuneratiecomité voor vergoedingen hoger dan achttien maanden loon, waar anderen menen dat de algemene vergadering een verhoging van twaalf naar achttien maanden niet hoeft goed te keuren, op voorwaarde dat de raad van bestuur beslist op basis van een gemotiveerd advies van het remuneratiecomité. M. WYCKAERT en T. BOEDTS, "Remuneratie van 'leiders' van genoteerde vennootschappen na de wet van 6 april 2010", *TEP* 2010, p. 306; J. VAN GYSEGEM en W. DEVOS, "De Corporate Governance Wet: eerste indicaties van de gevolgen in de praktijk van de bepaling inzake variabele verloning en vertrekvergoedingen", *Or.* 2011, afl. 8, p. 230; S. DE GEYTER, "Over remuneratie van bestuurders en topmanagers", *TRV* 2013, afl. 1, p. 19. M.i. moet de eerste stelling worden gevolgd, waarbij voor een vertrekvergoeding hoger dan achttien maanden, zowel een goedkeuring van de algemene vergadering als een gemotiveerd advies van het remuneratiecomité vereist is.

²⁷⁶ Het basissalaris, de variabele remuneratie, het pensioen en de overige componenten. S. DE GEYTER, "Over remuneratie van bestuurders en topmanagers", *TRV* 2013, p. 19, nr. 6.

bedraagt de berekeningsbasis voor de vertrekvergoeding van de dagelijks bestuurder in beginsel 120.000 euro (dan wel 180.000 euro op gemotiveerd advies van het remuneratiecomité). Indien de vennootschap voor wat het variabel gedeelte betreft echter geen prestatiecriteria zou hebben opgenomen in het contract tussen haar en de dagelijks bestuurder dan wel dit variabel deel uitbetaalde zonder dat aan die contractueel bepaalde criteria voldaan zou zijn, dient de berekeningsbasis voor de vertrekvergoeding met dit bedrag verminderd te worden.²⁷⁷

Indien de vertrekvergoeding deze wettelijke grens zou overschrijden en de betreffende contractuele clausule niet vooraf goedgekeurd zou zijn door de algemene vergadering, kan deze niet uitbetaald worden. De niet-goedgekeurde afwijkende clausule uit de overeenkomst is immers van rechtswege nietig.²⁷⁸ Het verzoek om een hogere vertrekvergoeding toe te kennen dient daarenboven voorgelegd te worden aan de ondernemingsraad of, als de vennootschap die niet heeft, aan de werknemersafgevaardigden in het comité voor preventie en bescherming op het werk of, zo er geen is, aan de syndicale afvaardiging. Deze instanties kunnen, maar zijn dit niet verplicht, het initiatief nemen om hun advies voor te leggen aan de algemene vergadering.²⁷⁹

102. Met betrekking tot de vertrekvergoeding van de dagelijks bestuurder-werknemer geldt dat geen afbreuk wordt gedaan aan de rechten die voortvloeien uit de bestaande wetgeving, zoals de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978, die hier als een *lex specialis* fungeert. Indien de vertrekvergoeding van de dagelijks bestuurder-werknemer hoger zou zijn dan twaalf of achttien maanden, ingevolge de dwingende arbeidsrechtelijke regels inzake minimumopzegvergoedingen voor werknemers, is de voorafgaande toelating van de algemene vergadering niet vereist. Zo blijkt ook expliciet uit de memorie van toelichting bij de wet.²⁸⁰ Wanneer een werkgever bijvoorbeeld de arbeidsovereenkomst van een dagelijks bestuurder-werknemer met een staat van dienst van meer dan 36 jaar zou beëindigen, is de wettelijke opzeggingstermijn of -vergoeding minstens gelijk aan 78 weken, wat meer is dan op basis van de regeling van het W. Venn. toegelaten.²⁸¹

²⁷⁷ Stel in ons voorbeeld dat geen criteria zouden opgenomen zijn, dan bedraagt de basis voor berekening 84.000 euro (of 126.000 euro).

²⁷⁸ Stel dat een vennootschap haar dagelijks bestuurder een afscheidspremie zou willen toekennen van 24 maanden loon, maar de algemene vergadering zich met deze clausule niet akkoord verklaarde, is de dagelijks bestuurder gerechtigd op niets. Het hele beding is nietig.

²⁷⁹ Art. 554, lid 5 W. Venn.

²⁸⁰ MvT, *Parl. St. Kamer*, 2009-2010, 52-2336/001, p. 19.

²⁸¹ Krachtens artikel 37/2 WAO.

Dit is anders wanneer de vennootschap de dagelijks bestuurder-werknemer op basis van een overeenkomst een voordeligere regeling dan de wettelijke bepaling inzake vertrekvergoedingen zou toekennen: deze overeenkomst dient wel onderworpen te worden aan de uitdrukkelijke toelating van de algemene vergadering.²⁸² De wetgever lijkt hier, zonder dit met zoveel woorden te zeggen, te doelen op de regel uit artikel 82§3 WAO (oud) met betrekking tot hogere bedienden.²⁸³ Op grond van deze regel werden de in acht te nemen opzeggingstermijnen hier door de werkgever en bediende bij overeenkomst, gesloten ten vroegste op het ogenblik waarop de opzegging wordt gegeven, vastgesteld dan wel bepaald door de rechter (artikel 82§2 WAO). In de praktijk werd voor deze berekening vaak toepassing gemaakt van de formule Claeys, die evenwel geen wettelijke basis heeft en ook niet bindend is voor de arbeidsgerechten. De aangehaalde formule berekent de opzeggingstermijn (-vergoeding) aan de hand van drie parameters, zijnde leeftijd, anciënniteit en loon. Het resultaat van deze berekening was doorgaans veel hoger dan de wettelijke minimumtermijn.²⁸⁴

De regeling uit artikel 82 WAO werd inmiddels opgeheven door de Wet betreffende het Eenheidsstatuut, die onder meer voorziet in een gelijkschakeling van de wettelijke opzeggingstermijnen tussen arbeiders en bedienden. De invoering van de vermelde Wet resulteert in een gevoelige inkorting van de eerder gekende opzeggingstermijnen voor bedienden alsook voor het hoger kader. Voor hogere bedienden (zij die door de vennootschap reeds in dienst werden genomen voor 31 december 2013 en met een jaarloon van meer dan 32.254 euro per jaar) voorziet de wet evenwel in een specifieke overgangsregeling die hieruit bestaat dat ingeval van opzegging door de werkgever het deel van de opzeggingstermijn dat verbonden is aan de dienstanciënniteit op 31 december 2013 op forfaitaire wijze wordt vastgesteld (1 maand per begonnen jaar anciënniteit) - en dus niet meer door toepassing van artikel 82§3 WAO. Hierdoor wordt vermeden dat, bij opzegging door de wetgever vanaf 1

²⁸² MvT, *Parl. St. Kamer*, 2009-2010, 52-2336/001, p. 20.

²⁸³ Artikel 82 WAO werd afgeschaft bij wet van 26 december 2013 betreffende de invoering van het eenheidsstatuut tussen arbeiders en bedienden inzake de opzeggingstermijnen en de carenzdag en begeleidende maatregelen (hierna 'Wet Eenheidsstatuut'), *BS* 31 december 2013. Zie over de nieuwe regeling F. PETILLON, 'Krachtlijnen van het Eenheidsstatuut arbeiders-bedienden', *RABG* 2014, afl. 3, 196.

²⁸⁴ J. VAN GYSEGEM en W. DEVOS, "De arbeidsrechtelijke implicaties van de beperking van de gouden parachute in de nieuwe Corporate Governance Wet", *Or.* 2010, afl. 7, p. 184. De auteurs illustreren dit aan de hand van het volgende voorbeeld, waarbij een lid van het directiecomité met een leeftijd van 45 jaar en een jaarloon van 200.000 euro per jaar na 15 jaar door de vennootschap ontslagen wordt. Deze zou, overeenkomstig de formule claeys recht hebben op een opzeggingstermijn van 20 maanden, waar de wettelijke minimumtermijn slechts 9 maanden zou bedragen.

januari 2014, de opzeggingstermijn verbonden aan de dienstanciënniteit op 31 december 2013, zou moeten worden overeengekomen tussen partijen, terwijl de duur van het deel van de opzeggingstermijn verbonden aan de dienstanciënniteit vanaf 1 januari 2014 op forfaitaire wijze wordt vastgelegd.²⁸⁵ Het resultaat van de berekeningen gemaakt tijdens de eerste en de tweede stap zal worden opgeteld en vormt samen de na te leven opzeggingstermijn.

De rechtsleer is verdeeld over de vraag of in dit geval de uitdrukkelijke toestemming van de algemene vergadering vereist is.²⁸⁶ M.i. is de wettekst en de memorie van toelichting op dit punt nochtans zeer duidelijk: de toestemming van de algemene vergadering is vereist telkens wanneer op basis van een overeenkomst, anders dan ingevolge de dwingende regels uit de arbeidsovereenkomstenwet, de opzeggingsvergoeding meer zou bedragen dan resp. twaalf of achttien maanden.²⁸⁷ Dit strookt overigens met de bedoelingen van de wetgever om de aandeelhouders rechtstreeks of onrechtstreeks hun invloed te kunnen laten uitoefenen op alle personen die effectief belast zij met de hoogste leiding van de vennootschap, ongeacht hun juridisch statuut.

²⁸⁵ Art. 67 tot en met 69 Wet betreffende het Eenheidsstatuut. Zie ook MvT. *Parl. St. Kamer*, 2013-2014, doc 53 3144/001, p. 39 tot en met 41.

²⁸⁶ *Parl. St. Kamer*, Doc. 52, 2336/001, p. 19-20; Pro: J. VAN GYSEGEM en W. DEVOS, "De arbeidsrechtelijke implicaties van de beperking van de gouden parachute door de Corporate Governance Wet", *Or.* 2010, afl. 7, p. 185; Contra: M. HEENE, "Deugdelijk bestuur in beursgenoteerde vennootschappen", *NJW* 2010, nr. 229, p. 652, nr. 52, waar de auteur stelt dat niets eraan in de weg zou staan dat een vennootschap in een arbeidsovereenkomst, zonder melding te maken van enige ontslagvergoeding, toepassing zou maken van de formule Claeys en op die manier een hogere vertrekvergoeding zou uitkeren aan haar dagelijks bestuurder-werknemer.

²⁸⁷ De memorie van toelichting bij de wet stelt letterlijk dan een overeenkomst tussen een werknemer en een genoteerde vennootschap die voordeliger is voor de werknemer dan deze wettelijke bepalingen en niet overeenstemt met de bepaling inzake de vertrekvergoeding uit de toegepaste code deugdelijk bestuur wel voorafgaand ter goedkeuring moet worden voorgelegd aan de aandeelhouders. *MvT, Parl. St. Kamer*, 2009-2010, 52-2336/001, p. 20.

c. Remuneratieverslag

103. De bepalingen met betrekking tot het remuneratieverslag werden opgenomen in artikel 96 §3 W. Venn. Het verslag maakt deel uit van de verplichte verklaring inzake deugdelijk bestuur, zoals bedoeld in artikel 96§2 W. Venn.²⁸⁸ Specifiek voor de bezoldiging van de dagelijks bestuurder dient dit verslag ten minste over de volgende aspecten te informeren:

- een beschrijving van de door het jaarverslag behandelde boekjaar (hierna 'boekjaar') gehanteerde procedure om een remuneratiebeleid te ontwikkelen en de individuele remuneratie van de dagelijks bestuurder te bepalen (artikel 96§3, 1° W. Venn.);
- een verklaring van de uit het boekjaar gehanteerde remuneratiebeleid met vermelding van ten minste de volgende gegevens: de principes waarop de remuneratie was gebaseerd met aanduiding van de relatie tussen de remuneratie en de prestaties, het relatieve belang van de verschillende componenten van de vergoeding, de kenmerken van de prestatiepremies in aandelen, opties of andere rechten om aandelen te verwerven, de informatie over het remuneratiebeleid voor de komende twee boekjaren. Wanneer het remuneratiebeleid in vergelijking met het gerapporteerde boekjaar ingrijpend zou worden aangepast, dient dit in het bijzonder tot uitdrukking te komen (artikel 96§3, 2° W. Venn.);
- het bedrag dat de dagelijks bestuurder in zijn hoedanigheid van bestuurder ontvangt (artikel 96§3, 4° W. Venn.);²⁸⁹
- zonder daarbij vertrouwelijke strategische informatie vrij te geven, de prestatiecriteria voor de variabele vergoeding die de dagelijks bestuurder ontvangt uit de vennootschap of een vennootschap die tot de consolidatiekring van de vennootschap behoort (artikel 96§3, 5° W. Venn.);

²⁸⁸ Art. 96 W. Venn.; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 286, nr. 526.

²⁸⁹ De wettekst spreekt over 'bepaalde personen belast met het dagelijks bestuur [die] ook lid zijn van de raad van bestuur'.

- op een individuele basis: de vermelding van het remuneratiebedrag plus andere rechtstreekse en onrechtstreekse voordelen, uitgesplitst in basissalaris, variabele vergoeding, pensioen en overige componenten, dat het hoofd van het dagelijks bestuur (de CEO, in de wet aangeduid als 'de hoofdvertegenwoordiger van de personen belast met het dagelijks bestuur') ontvangt uit de vennootschap dan wel uit een vennootschap die tot de consolidatiekring van de vennootschap behoort. Ingrijpende aanpassingen dienen in het bijzonder tot uitdrukking te komen (artikel 96§3, 6° W. Venn.);
- op een globale basis: het remuneratiebedrag en de andere voordelen die de rest van het dagelijks bestuur ontvangen, eveneens uitgesplitst en zowel voor de vennootschap als verbonden vennootschappen, met dien verstande dat ingrijpende wijzigingen ook hier duidelijk tot uiting moeten komen (artikel 96§3, 7° W. Venn.);
- op een individuele basis: het aantal en de voornaamste kenmerken van de aandelen, de aandelenopties of alle rechten om aandelen te verwerven toegekend, uitgeoefend of vervallen in de loop van het boekjaar (artikel 96§3, 8° W. Venn.);
- op individuele basis: de bepalingen omtrent vertrekvergoedingen (artikel 96§3, 9° W. Venn.);
- ingeval van vertrek van een dagelijks bestuurder, de verantwoording en de beslissing door de raad van bestuur, op voorstel van het remuneratiecomité, of de betrokkenen in aanmerking komen voor een vertrekvergoeding en de berekeningsbasis hiervoor (artikel 96§3, 10° W. Venn.);
- de mate waarin ten gunste van de vennootschap een terugvorderingsrecht van de variabele remuneratie wordt toegekend op basis van onjuiste financiële gegevens (artikel 96§3, 11° W. Venn.).

104. De minutieuze meldplicht mist haar effect niet en maakte het vergoedingssysteem transparanter. Voor wat de remuneratie van de CEO en het topmanagement betreft, is gebleken (studie over 101 vennootschappen op basis van gegevens gebaseerd op boekjaar 2010) dat alle Bel20-vennootschappen gevolg geven aan de informatiebepalingen uit de wet

en dat nog maar dertig procent van de vennootschappen daarvan afwijken (gelet op de positieve houding van de Bel-20-bedrijven, voornamelijk dus de Bel mid en Bel small bedrijven). De vaakst voorkomende afwijking zou zijn dat de remuneratie van de CEO niet afzonderlijk, maar samen met de globale bezoldiging van het uitvoerend management wordt gerapporteerd.²⁹⁰ Aan de publicatie van de *Clawback*-clausules²⁹¹ wordt evenmin gevolg gegeven.²⁹²

d. Remuneratiecomité

105. De oprichting van een remuneratiecomité is verplicht voor genoteerde vennootschappen van een bepaalde omvang (artikel 526*quater* W. Venn.). De verplichting geldt niet voor 'kleinere' vennootschappen op geconsolideerde basis, die de aan het remuneratiecomité uitgevoerde taken dienen toe te wijzen aan hun raad van bestuur als geheel (artikel 526*quater*, §4 en §8 W. Venn.).²⁹³ Het remuneratiecomité bestaat uit niet-uitvoerende bestuurders met een meerderheid van onafhankelijke bestuurders met nodige deskundigheid op het gebied van remuneratiebeleid (artikel 526*quater* §2 W. Venn.). Uit de parlementaire voorbereiding bij de wet deugdelijk bestuur blijkt dat onder deze

²⁹⁰ FSMA, Studie nr. 42, "De eerste wettelijke remuneratieverslagen: tweede opvolgingsstudie van Studie nr. 38", december 2012, p. 25 via <http://www.fsma.be/~media/Files/fsmafiles/studies/nl/study40.ashx> ; S. DE GEYTER, "Over remuneratie van bestuurders en topmanagers", TRV 2013, afl. 1, p. 21.

²⁹¹ Clawback-clausules zijn clausules in de overeenkomst van de bestuurder en/of de manager van de vennootschap, die de vennootschap het recht geven om een gedeelte van de variabele vergoeding van de bestuurder/manager terug te vorderen als zich bepaalde feiten, die op voorhand vastgelegd worden, zouden voordoen. De clawback-clausules vinden hun oorsprong in de Amerikaanse Sarbanes-Oxley Act ("SOX", die in 2002 uitgevaardigd werd om de excessen van topmanagement en bestuur in Amerikaanse bedrijven tegen te gaan (cfr. schandalen als Enron en WorldCom). Section 304 van de SOX luidt: "FORFEITURE OF CERTAIN BONUSES AND PROFITS. (a) ADDITIONAL COMPENSATION PRIOR TO NONCOMPLIANCE WITH COMMISSION FINANCIAL REPORTING REQUIREMENTS.— If an issuer is required to prepare an accounting restatement due to the material noncompliance of the issuer, as a result of misconduct, with any financial reporting requirement under the securities laws, the chief executive officer and chief financial officer of the issuer shall reimburse the issuer for— (1) any bonus or other incentive-based or equity-based compensation received by that person from the issuer during the 12-month period following the first public issuance or filing with the Commission (whichever first occurs) of the financial document embodying such financial reporting requirement; and (2) any profits realized from the sale of securities of the issuer during that 12-month period. (b) COMMISSION EXEMPTION AUTHORITY.—The Commission may exempt any person from the application of subsection (a), as it deems necessary and appropriate." (via <https://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>).

²⁹² J. VAN GYSEGEM, "Variabele vergoedingen en vertrekvergoedingen: Corporate Governance Wet in de praktijk: een update", Or. 2012, afl. 9, p. 260. Uit een praktijkstudie op basis van de verslagen gepubliceerd in het jaarvergaderingsseizoen 2012 bleek dat nog maar 5 bedrijven refereerden aan het terugvorderingsrecht ex art. 96§3,11° W. Venn. en dat het merendeel hierover geen duidelijkheid verschaft dan wel de vraag gewoonweg negatief beantwoord had.

²⁹³ Vrijgesteld zijn de genoteerde vennootschappen die op geconsolideerde basis ten minste aan twee van de volgende criteria voldoen: gemiddeld minder dan 250 werknemer over het betrokken boekjaar, een balanstotaal van minder of gelijk aan 43.000.000 euro, een jaarlijkse netto-omzet van minder of gelijk aan 50.000.000 euro.

deskundigheid wordt verstaan dat "*minstens één van de leden in het bezit moet zijn van een diploma hogere studies en over minstens drie jaar ervaring moet beschikken inzake personeelsmanagement of in het domein van verloning van bestuurders en directieleden van ondernemingen*".²⁹⁴

Voor de kleinere vennootschappen wordt de aanwezigheid van één onafhankelijk bestuurder in de raad van bestuur voldoende geacht.²⁹⁵ Het comité vergadert minstens tweemaal per jaar en telkens wanneer het dit noodzakelijk acht om zijn taken naar behoren te vervullen (artikel 526*quater* §6 W. Venn.). De CEO - 'hoofdvertegenwoordiger van de personen belast met het dagelijks bestuur' - neemt met raadgevende stem deel aan de vergaderingen waarin er over de remuneratie van het dagelijks bestuur wordt beslist (artikel 526*quater* §7 W. Venn.).

106. Het takenpakket van het remuneratiecomité is, zonder afbreuk te doen aan de wettelijke opdracht van de raad van bestuur aan wie hij geregeld verslag uitbrengt over de uitoefening van zijn taken, zeer ruim. Met betrekking tot het dagelijks bestuur is het comité bevoegd om:

- voorstellen te doen over het remuneratiebeleid alsook de daaruit vloeiende voorstellen die door de raad van bestuur moeten voorgelegd worden aan de algemene vergadering (artikel 526*quater* §5, a) W. Venn.);
- voorstellen te doen over de individuele remuneratie, met inbegrip van de variabele remuneratie en vertrekvergoedingen en over de daaruit vloeiende voorstellen die door de raad van bestuur moeten voorgelegd worden aan de algemene vergadering (artikel 526*quater* §5, b) W. Venn.).²⁹⁶

²⁹⁴ Wetsontwerp tot versterking van het deugdelijk bestuur bij de genoteerde vennootschappen en de autonome overheidsbedrijven en tot wijziging van de regeling inzake het beroepsverbod in de bank – en financiële sector, *Parl. St. Kamer, Doc. 52, 2336/001*, p. 17.

²⁹⁵ Bovendien is vereist dat de voorzitter van de raad, indien deze een uitvoerend lid is, het voorzitterschap van het orgaan niet waarneemt als dit optreedt als remuneratiecomité (Art. 526*quater* §4 *in fine*).

²⁹⁶ Daarnaast heeft het comité ook tot taak om het remuneratieverslag, onderdeel van de verklaring deugdelijk bestuur aan het jaarverslag, voor te bereiden voor de raad van bestuur en dit verslag toe te lichten op de jaarlijkse algemene vergadering van aandeelhouders (Art. 526*quater* §5, c) en d).

DEEL II: BEVOEGDHEID VAN HET ORGAAN VAN DAGELIJKS BESTUUR

107. De bevoegdheid van het orgaan dagelijks bestuur in de naamloze vennootschap is tweeledig en bestrijkt zowel het interne als het externe niveau, namelijk dit van bestuur en vertegenwoordiging. Dit blijkt reeds uit de lezing van de tekst van artikel 525 W. Venn. dat uitdrukkelijk aangeeft dat de delegatie aan het dagelijks bestuur zowel betrekking kan hebben op de interne bestuursbevoegdheid als op de externe vertegenwoordigingsmacht.²⁹⁷ Hieruit volgt dat het orgaan, met betrekking tot het 'dagelijks bestuur' van de vennootschap, bevoegd is om zowel *intern* te beslissen als *extern* de vennootschap te vertegenwoordigen. Anderzijds reikt de bevoegdheid van het orgaan niet verder dan het dagelijks beleid van de vennootschap waarin de opdracht wordt uitgevoerd en is ze tot hier begrensd. Gelet op de beperking van de omvang van de bevoegdheid van het orgaan van dagelijks bestuur tot het dagelijks beleid van de vennootschap, is het essentieel te weten wat nu precies onder dit beleid moet worden verstaan. Elke handeling die niet kan worden beschouwd als een handeling van dagelijks bestuur impliceert immers een bevoegdheidsoverschrijdend handelen van het orgaan in kwestie.

²⁹⁷ Artikel 525, lid 1 W. Venn.

Hoofdstuk I: ANALYSE VAN HET BEGRIP 'DAGELIJKS BESTUUR'

Afdeling I Wettelijke omschrijving

§ 1. De wetgever definieert het begrip 'dagelijks bestuur' niet

108. In de tekst van artikel 525 W. Venn.²⁹⁸ vinden we geen omschrijving terug van de notie 'dagelijks bestuur'. Het weglaten van een omschrijving uit de wet lijkt een lacune te zijn van de wetgever, die er - van bij het begin overigens - voor gezorgd heeft dat het nooit helemaal duidelijk is geweest welke daden en/of handelingen van het vennootschapsorgaan precies moeten beschouwd worden als handelingen van dagelijks bestuur en dus binnen de grenzen vallen van dat beleid.

109. Welke handeling tot het dagelijks beleid van de vennootschap behoort, is een feitenkwestie die rekening houdend met alle omstandigheden moet worden beoordeeld. Een analyse van de rechtspraak over de invulling van het begrip ontwaart dat hieraan vrijwel iedere keer een andere invulling wordt gegeven, met een veelheid aan tegenstrijdige uitspraken tot gevolg. Dit komt de rechtszekerheid zeker niet ten goede. Deze strijdigheid toont daarnaast ook aan dat het bepalen van welke handelingen onder het dagelijks bestuur van een vennootschap vallen, helemaal geen gemakkelijke opgave is.²⁹⁹

Voor het eenduidig omschrijven van de notie blijkt een moeilijkheid te zijn. Het 'dagelijks bestuur' is immers een fluctuerend begrip, in die zin dat de draagwijdte ervan kan verschillen van vennootschap tot vennootschap en zelfs kan evolueren binnen dezelfde vennootschap. Handelingen blijken, afhankelijk van enkele nader te bepalen factoren, nu eens wel en dan weer niet als een daad van dagelijks bestuur aangemerkt te kunnen worden.

Een concreet voorbeeld uit de rechtspraak dat de fluctuerende betekenis van het begrip dagelijks bestuur kan duiden, betreft de aankoop van een vrachtwagen door de dagelijks bestuurder van de vennootschap. Naargelang de aard, de grootte en het doel van de

²⁹⁸Artikel 525 W. Venn. is een herformulering van art. 63 alinea 1 en 2 Venn. W., zoals vervangen bij artikel 15 Wet 16 maart 1973, BS 23/05/1973.

²⁹⁹Cass. 18 juni 1954, Pas. 1954, I, 897; Cass. 20 mei 1969, Pas. 1970, I, 858; Rév. prat. soc. 1971, nr. 5616, p. 84.

vennootschap zal deze handeling immers de ene keer wel, de andere keer niet kunnen beschouwd worden als een handeling van dagelijks bestuur die mag gesteld worden binnen de grenzen van het beleid van de dagelijks bestuurder.³⁰⁰

110. De vraag of een (rechts-)handeling al dan niet tot het dagelijks bestuur van de vennootschap behoort, is nochtans essentieel om de reële vertegenwoordigingsmacht van de betrokken manager te beoordelen. De bevoegdheidsbeperking van het dagelijks bestuur tot handelingen die het dagelijks beleid van de vennootschap aanbelangen, betreft immers geen interne restrictie, maar is daarentegen een wettelijke grens die zowel door het orgaan in kwestie als door derden die met de vennootschap handelen moet worden gerespecteerd. Alle handelingen die de dagelijks bestuurder buiten zijn formele bevoegdheid heeft gesteld, zullen aan derden niet tegenstelbaar zijn en verbinden hen in beginsel dus niet.³⁰¹ De bevoegdheidsbeperking is van dwingend recht, wat impliceert dat de vennootschap zich evenmin op de ongeldige gestelde handeling kan beroepen.³⁰² Hiermee wordt het belang van een adequate begripsbepaling duidelijk. Een overeenkomst gesloten door een dagelijks bestuurder die onbevoegd was, kan nietig verklaard worden op initiatief van een derde maar evengoed op initiatief van de vennootschap zelf. Een dergelijke regeling werkt misbruik in de hand. De vennootschap kan er immers zo doelbewust voor kiezen om een bepaalde overeenkomst aan te gaan, de wederpartij haar verbintenissen laten uitvoeren en daarna toch geen verdere uitvoering geven aan het contract.³⁰³ Voor de rechtbank beroept de vennootschap zich op een bevoegdheidsoverschrijdend handelen op grond van artikel 525 W.

³⁰⁰ Kh. Brussel 16 februari 1966, *RPS* 1967, nr. 5345, p. 260. *In casu* werd aangenomen dat de aankoop van een vrachtwagen een toegelaten daad van dagelijks bestuur uitmaakte, aangezien het maatschappelijk doel van de vennootschap bestond uit de productie en de verkoop van meubels, die bovendien werden geleverd aan huis.

³⁰¹ Deze uitspraak moet worden genuanceerd door de mogelijke toepassing van de leer van de schijnvertegenwoordiging en de mogelijkheid voor de raad van bestuur om handelingen die het dagelijks bestuur met overschrijding van zijn bevoegdheid heeft gesteld nadien nog te bekrachtigen, tenzij door deze bekrachtiging de reeds verworven rechten van derden zouden worden aangetast.

³⁰² J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973 Commentaar van de wet van 6 maart 1973 tot aanpassing aan de eerste E.E.G.-Richtlijn van 9 maart 1968.*, Gent-Leuven, Story's rechtskundige uitgaven, 1973, p. 200, nr. 374; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 663, nr. 1051; F. HELLEMANS, *De algemene vergadering. Een onderzoek naar haar grondslagen, haar bestaansredenen en de geldigheid van haar besluiten*, Kalmthout, Biblio, 2001, p. 602; S. COOLS, "La répartition juridique des pouvoirs au sein des sociétés d'Europe continentale et des sociétés américaines", *RPS* 2007, p. 163; S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta media group, 2015, p. 582, nr. 732.

³⁰³ Derden te goeder trouw kunnen zich verweren door zich te beroepen op de schijnleer. De vennootschap die heeft doen uitschijnen dat haar dagelijks bestuurder toch bevoegd was om de handeling te stellen, zal op die manier toch verbonden zijn en dus genoodzaakt worden om het contract uit te voeren.

Venn., waardoor het contract - onverminderd de mogelijkheid voor derden te goeder trouw om de schijnleer in te roepen - ongeldig kan worden verklaard.

Gelet op de belangrijke gevolgen van een onbevoegd handelen van het orgaan van dagelijks bestuur is het dan ook cruciaal te weten welke handelingen precies binnen de bevoegdheidssfeer van dit orgaan kunnen vallen. Het gebrek aan een wettelijke omschrijving en de bijhorende rechtsonzekerheid vereisen in die optiek een verdere analyse.

§ 2. **Gevolg van de onduidelijkheid van de regelgeving: pleidooi voor opheffing**

111. Het stilzwijgen van de wetgever en de alternerende invulling die de rechtspraak door de jaren heen aan de notie dagelijks bestuur heeft gegeven, heeft ertoe geleid dat de wetgeving omtrent het dagelijks bestuur gepercipieerd wordt als één van de meest onzekere regels uit ons vennootschapsrecht.³⁰⁴ Het probleem is dat het begrip (en de omvang van de bevoegdheid van de dagelijks bestuurder) ingevuld wordt aan de hand van de aard en de activiteiten van de vennootschap. De juridische onzekerheid wordt veroorzaakt door het gegeven dat zowel deze aard als de activiteiten voor elke vennootschap anders zijn en zelfs voor de vennootschap zelf kunnen evolueren.³⁰⁵ In de rechtsleer wordt hierdoor al decennialang gepleit voor een volledige afschaffing van het orgaan van dagelijks bestuur.³⁰⁶

³⁰⁴ J. RONSE, *Algemeen deel, van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, p. 393; F. CLEEREN, "Het orgaan van dagelijks bestuur", *RW* 1996-1997, p. 210, nr. 5; K. GEENS, M. DENEFF, R. TAS, K. HELLEMANS ed., "Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1992-1998", *TPR* 2000, p. 279, nr. 227; H. BRAECKMANS, "Actualia vennootschapsrecht" in X, *CBR Jaarboek*, Antwerpen, Intersentia, 2011-2012, p. 166. Ook BRAECKMANS evalueert artikel 525 W. Venn. als "zeer laconiek en onduidelijk".

³⁰⁵ H. OLIVIER en TH. AFSCHRIFT, *Vademecum van de bestuurder van naamloze vennootschappen*, Créadif, 1985, p. 111, nr. 187.

³⁰⁶ Zie infra randnummers 526 en verder.

A) In 1973 en bij de introductie van de gedelegeerd bestuurder

112. Al in 1973 schreef RONSE dat de 'zekerheid' omtrent de regelgeving over het dagelijks bestuur zich beperkt tot de enige vaststelling dat alle handelingen die niet tot de bevoegdheid van de raad van bestuur behoren, evenmin tot de bevoegdheid van het dagelijks bestuur kunnen behoren. RONSE doelt hiermee op de bevoegdheden die door het W. Venn. exclusief worden voorbehouden aan de algemene vergadering en bijgevolg zelfs niet tot de voorbehouden bevoegdheden van de raad van bestuur kunnen worden gerekend.³⁰⁷ Verder evalueerde hij het regelgevend kader met het hiernavolgende veelzeggende citaat:

*"Buiten deze evidentie is alles derwijze onvast, dat de beperking van artikel 63 als één van de meest hinderlijke regelen van het Belgisch recht mag bestempeld worden."*³⁰⁸

De zienswijze van RONSE werd gedeeld door nog tal van andere auteurs uit dezelfde periode (en blijkt overigens ook nu nog brandend actueel), die allen van mening waren dat de behoefte aan een orgaan van dagelijks bestuur verdwenen was met de invoering van de mogelijkheid om de (algemene) vertegenwoordigingsmacht van de raad van bestuur toe te kennen aan een gedelegeerd bestuurder.³⁰⁹

³⁰⁷ Zo behoren bijvoorbeeld de beslissing tot een kapitaalverhoging, de goedkeuring van de jaarrekening van de vennootschap en de goedkeuring van een quasi-inbreng in de vennootschap tot de exclusieve bevoegdheid van de algemene vergadering. F. HELLEMANS, *De algemene vergadering. Een onderzoek naar haar grondslagen, haar bestaansredenen en de geldigheid van haar besluiten*, Kalmthout, Biblo, 2001, p. 556, nr. 509 en verder.

³⁰⁸ J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973. Commentaar van de wet van 6 maart 1973*, Gent-Leuven, Story-Scientia 1973, p. 200, nr. 376; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, p. 392; K. GEENS, M. DENEFF, R. TAS, K. HELLEMANS ea., *Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1992-1998*, TPR 2000, p. 279, nr. 227.

³⁰⁹ Art. 522§2 W.Venn. dat een herformulering is van art. 54 Venn. W. (oud) vervangen bij art. 14 Wet 6 maart 1973, BS 23 juni 1973; J. RONSE, J.M. NELISSEN-GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS en H. LAGA, "Overzicht van rechtspraak (1978-1987). Vennootschappen", TPR 1986, 1023; A. BENOIT-MOURY, "Clauses statutaires et pouvoirs des organes sociaux", *Ann. dr. Liège* 1976, 270; CH. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GREGOIRE, *Traité du sociétés anonymes*, II, ed. H. SWINNEN, 1982, nr. 1098; J. RONSE, "De vertegenwoordiging van rechtspersonen naar Belgisch recht", in X, *Gebruikt dese mynen arbeit tot uwen beste. Verspreide geschriften Jan Ronse*, Reeks rechtspersonen en vennootschapsrecht, nr. 20, Biblo, Kalmthout, 2009, p. 458 en p. 474. "De afschaffing van dit orgaan is voorgesteld in art. 98 van het voorontwerp van een nieuwe vennootschappenwet" en "Het is een goede zaak dat de afschaffing van dit orgaan in het vooruitzicht is gesteld".

B) In 2002, bij de introductie van het directiecomité

113. De kwestie werd opnieuw actueel in 2002 naar aanleiding van het openstellen van de mogelijkheid om in de NV, naast het bestuursorgaan, een tweede orgaan op te richten waaraan sindsdien op legale wijze - weliswaar onder het toezicht van de raad van bestuur - het operationele beleid van de vennootschap kan worden gedelegeerd (nl. het directiecomité, artikel 524bis W. Venn.).³¹⁰

Ten gevolge van de invoering van dit comité suggereerden onder meer DE WULF en ERNST dat het orgaan van dagelijks bestuur moest worden afgeschaft.³¹¹ DE WULF pleit daarbij voor een vereenvoudiging en transparantie van het bestuur van de NV door te wijzen op het risico op verwarring dat mede door toedoen van de wetgever is ontstaan door de oprichting van een directiecomité mogelijk te maken naast een reeds bestaand orgaan van dagelijks bestuur. De *corporate governance*-wet bepaalt immers niet dat vennootschappen die een directiecomité oprichten daarnaast geen orgaan van dagelijks bestuur meer zouden kunnen hebben.³¹² Een risico op verwarring inzake bevoegdheden bestaat nog meer in geval de vennootschap zou beslissen om haar beleid te organiseren in de aanwezigheid van zowel een raad van bestuur, een directiecomité als een orgaan van dagelijks bestuur (dat mogelijk dan nog een deel van haar taken delegeert aan het management via lastgevingen *ad hoc*). Aangezien in principe al deze organen/personen op concurrerende wijze bevoegd kunnen zijn voor het dagelijks bestuur leidt dit mogelijk tot bevoegdheidsconflicten tussen de verschillende organen onderling.³¹³

³¹⁰ Art. 524 bis W. Venn. Ingevoerd bij art. 33 Wet 2 augustus 2002, BS 22 augustus 2002, ed. 2.

³¹¹ H. DE WULF, *Taak en loyaleitplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen – Groningen, Intersentia, 2002, 335, nr. 553; Zie ook: P. ERNST en L. VAN DEN EYNDEN, "Het directiecomité in de corporate governance-wet. Een eerste analyse", *TRV* 2002, afl. 8, 568, waar de auteurs enkel wijzen op een gevaar voor verwarring.

³¹² H. DE WULF, "De Wet Corporate Governance en het bestuur: directiecomité en intragroepsverrichtingen", in X (eds.), *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 214, nr. 39.

³¹³ P. ERNST en L. VAN DEN EYNDEN, "Het directiecomité in de Corporate Governance-Wet. Een eerste analyse", *TRV* 2002, afl. 8, p. 568-569.

C) In 2015, naar aanleiding van de modernisering van het vennootschapsrecht

114. In 2015 plaatste het Belgisch Centrum voor Vennootschapsrecht (het 'BCV') de afschaffingsvraag opnieuw op de agenda door deze expliciet op te nemen in het voorstel aan de Minister van Justitie in het kader van een globale modernisering van het vennootschapsrecht.

Specifiek wat het bestuur in de NV betreft stelt het Centrum voorop dat:

*"De bestuursmodaliteiten in de NV worden aangevuld met de mogelijkheid om een unieke bestuurder te benoemen, met mogelijkheid tot ontslagbescherming, waardoor de Comm. VA overbodig wordt. NV's krijgen ook de keuze tussen het huidige monistisch bestuursstelsel en een volwaardig en beter uitgewerkt duaal bestuursstelsel. De verplichte ad nutum herroepbaarheid van bestuurders in de NV wordt afgeschaft, evenals het orgaan van dagelijks bestuur."*³¹⁴

De keuze voor de afschaffing boven een uitwerking van de definitie van het orgaan van dagelijks bestuur, werd door de DE WULF verduidelijkt in een Verslag van de Commissie voor handels- en economisch recht dat de gedachtenwisseling reflecteert tussen de Minister van Justitie en de deskundigen van het BCV. Hierin geeft DE WULF zeer duidelijk aan dat het concept, gelet op de ruime bevoegdheden die aan bestuurders kunnen worden toegekend op grond van artikel 522§2 W. Venn., eigenlijk gewoon overbodig is. Naast de mogelijkheid tot een zeer ruime bevoegdheidsdelegatie krachtens artikel 522§2 W. Venn. zijn er volgens DE WULF nog andere elementen die overtuigen, namelijk het gegeven dat ondernemingen in de toekomst gestimuleerd moeten worden om nog meer te werken met (ruime) volmachten alsook het feit dat het zeer moeilijk, zo niet onmogelijk is om een abstracte invulling te geven aan het begrip 'dagelijks bestuur'.³¹⁵

115. De voorgestelde opheffing van het orgaan van dagelijks bestuur past in de context van de geplande modernisering - zoals deze in andere Europese landen reeds in de voorgaande

³¹⁴ Tekst van het Belgisch Centrum voor het vennootschapsrecht zoals deze werd aangereikt aan de minister van justitie in juli 2015, p. 7; http://bcv-cds.be/files/bcv_nota_minister_justitie_nl_20151002.pdf

³¹⁵ Hand. Kamer 2015-2015, 3 december 2015, p. 17 (<http://www.dekamer.be/FLWB/PDF/54/1500/54K1500001.pdf>)

jaren heeft plaatsgevonden - die als voornaamste doelstelling heeft om het Belgische vennootschapsrecht te vereenvoudigen en ook transparanter te maken in functie van een toenemende internationalisering van de kapitaalmarkten.³¹⁶

De krachtlijnen van het voorstel worden onderschreven in de volgende passage uit de tekst:

*“Een modernisering van ons vennootschapsrecht moet ‘aan onze bedrijven een efficiënt werkinstrument ter beschikking (...) stellen en op die manier ook ons land aantrekkelijker (...) maken als vestigingsplaats voor ondernemingen’. De insteek is dus dubbel: Belgische ondernemers een goed vennootschapsrecht aanbieden dat hun onderneming ondersteunt, zodat ze niet in de verleiding komen buitenlandse als beter te ervaren (of verkochte) vennootschapsvormen te gebruiken en buitenlandse ondernemers warm maken voor een minstens Belgisch, en mogelijk breder gebruik van de Belgische rechtsvormen. Dit moet worden bereikt door vereenvoudiging, innovatie en creativiteit, coherentie, waar nodig radicaliteit en flexibiliteit.”*³¹⁷

De vraag is nu hoe de Minister van Justitie met dit voorstel zal omgaan, rekening houdend met het gegeven dat de vennootschapspraktijk een zeer groot belang hecht aan het orgaan van dagelijks bestuur in functie van het behoud van de machtsverhoudingen binnen de vennootschap. Hoewel het dagelijks bestuur echter (ondanks de aanhoudende kritiek) standhoudt, keert de kwestie echter altijd maar opnieuw terug, wat niet alleen het gebrek aan eensgezindheid hierover onderschrijft maar ook duidelijk maakt dat een wetswijziging – voor of tegen het behoud van het dagelijks bestuur – opportuun is.³¹⁸

³¹⁶ Zie hierover ook M. WYCKAERT, "Het Belgische vennootschapsrecht treedt de 21^e eeuw binnen", *RW* 2015-16, afl. 13, 482 en <http://www.rw.be> (7 december 2015).

³¹⁷ H. BRAECKMANS, G. HORSMANS en J.M. NELISSEN-GRADE, "Oogmerk en perspectieven" in *De modernisering van het vennootschapsrecht. La modernisation du droit des sociétés*, Brussel, Larcier, 2014, 12, aangehaald in de tekst van het Belgisch Centrum voor het vennootschapsrecht zoals deze werd aangereikt aan de minister van justitie in juli 2015 http://bcv-cds.be/files/bcv_nota_minister_justitie_nl_20151002.pdf

³¹⁸ De vraag of het dagelijks bestuur vandaag nog enig nut heeft wordt *in extenso* behandeld in de conclusie van dit proefschrift en dit aan de hand van een onderzoek naar een aantal parameters. Zo wordt een legaliteitstoets doorgevoerd aan de geldende Europese regelgeving, een studie doorgevoerd van de invloed van de overige vennootschapsorganen en de machtsverhoudingen binnen de vennootschap, wordt een vergelijking gemaakt met de organisatie van het bestuur met inbegrip van het dagelijks beleid in andere landen en wordt er tenslotte rekening gehouden met de aankomende modernisering van het vennootschapsrecht waar beginselen als transparantie, eenvoud en globalisering centraal staan (zie *infra* randnummers 503 en verder).

Afdeling II Omschrijving in de Cassatierechtspraak

§ 1. Analyse van de rechtspraak van het Hof van Cassatie

A) Begripsomschrijving voor 1968

116. De eerste cassatierechtspraak over het dagelijks bestuur benaderde de interpretatie van het begrip op een vrij pragmatische wijze. De beslissing of een handeling al dan niet de wettelijke grenzen van het dagelijkse bestuur overstegen had, werd overgelaten aan de soevereine interpretatie van de lagere rechtbanken. Het oordeel van de bodemrechter aan wie het geschil voorgelegd werd, was aldus van doorslaggevend belang.³¹⁹

(i) Het arrest van het Hof van Cassatie van 17 september 1968

117. Het begrip dagelijks bestuur werd voor het eerst in 1968 gedefinieerd door het Hof van Cassatie. Het Hof werd hiertoe gebracht in het kader van een geschil tussen een aangestelde van de naamloze vennootschap Mac Donald Company Benelux (de heer Robert Goldberg) en het Ministerie van Financiën. De heer Goldberg voerde, als eiser in cassatie, aan dat het bestreden arrest van het Hof van Beroep van Brussel van 16 februari 1966 de draagwijdte artikel 63 Venn. W. (oud³²⁰) miskend had, doordat het had aangenomen dat de functies die hijzelf in de vennootschap had waargenomen analoog waren aan het takenpakket van een bestuurder, waardoor deze in realiteit gehandeld had als een orgaan en niet zomaar als een aangestelde van de vennootschap.³²¹ Goldberg was de mening toegedaan dat zijn daden de grenzen van het dagelijks bestuur niet overstegen hadden, nu deze in het licht van artikel 63

³¹⁹ Cass. 28 december 1911, *Revue* 1912, 2206.

³²⁰ Art. 63 eerste lid van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen uit boek I, titel IX, van het Wetboek van koophandel, later geherformuleerd door art. 525 W. Venn.

³²¹ De taken die aan de heer Goldberg statutair verleend werden bestonden onder meer uit de aankoop en de verkoop van producten, het voeren van de onderhandelingen over alle betalingen, bestellingen en cheques maar ook uit de benoeming en het ontslag van alle aangestelden en werknemers van de vennootschap. Cass. 17 september 1968 (Goldberg/Ministère des Finances), *RPS* 1970, nr. 5587, p. 200; *Arr. Cass.* 1969, p. 60; *Pas.* 1969, I, p. 61.

Venn. W. (oud) en de statuten van de vennootschap ook op geldige wijze gedelegeerd konden worden aan andere personen dan aan bestuurders van de vennootschap.

118. Het Hof van Cassatie overwoog echter dat het bestreden arrest wel degelijk wettig had geoordeeld dat de heer Goldberg bestuurstaken had waargenomen in de betrokken vennootschap. Het Hof beschouwde onder meer dat de bodemrechter vastgesteld had dat de heer Goldberg belast was met taken *'die de noodwendigheden van het dagelijkse leven van de vennootschap overstegen dan wel die, om reden van zowel het geringe belang als van de noodzaak tot een snelle oplossing, de tussenkomst van de raad van bestuur zelf niet rechtvaardigen en dat deze handelingen om die reden geen deel uitmaakten van het dagelijks bestuur van de vennootschap'*. Het Hof overwoog verder dat hieruit afgeleid diende te worden dat het bestreden arrest toch wel geconstateerd had dat de heer Goldberg daden gesteld had die, omwille van het belang daarvan, de grens van het dagelijks bestuur overschreden hadden en dat, na dat belang en de omvang van de delegatie getoetst en gepreciseerd te hebben, hieruit bleek dat de notie dagelijks bestuur geenszins misbegrepen werd in het bestreden arrest.

In haar arrest van 17 september 1968 omschreef het Hof van Cassatie daden van dagelijks bestuur aldus voor het eerst als *'handelingen die ingegeven zijn door de noodwendigheden van het dagelijkse leven van de vennootschap en die, omwille van hun geringe belang en de noodzaak van een vlugge oplossing, de tussenkomst van de raad van bestuur niet rechtvaardigen'*.³²²

119. Het woordgebruik van het Hof van Cassatie liet evenwel ruimte voor een vrije interpretatie. Uit een letterlijke lezing van de omschrijving bleek immers niet duidelijk of het Hof hiermee nu twee of drie verschillende categorieën van handelingen geviseerd had, waardoor de omschrijving door de (gezaghebbende) rechtsleer als onduidelijk en onvolledig gepercipieerd werd. ³²³ Een terecht geformuleerde kritiek daarbij is dat het Hof klaarblijkelijk

³²² Cass. 17 september 1968 (Goldberg/Ministère des Finances), RPS 1969, nr. 5587, p. 200; Arr. Cass. 1969, p. 60; Pas. 1969, I, p. 61.

³²³ Het Hof overwoog: *"Attendu qu'en relevant que l'auteur du demandeur avait reçu le pouvoir d'accomplir tous les actes et toutes les opérations qui sont précisés dans le moyen et qu'il les avait effectivement accomplis, l'arrêt constate que ce redevable avait des pouvoirs d'administration qui dépassent les besoins de la vie quotidienne de la société ou ceux qui, en raison tant de leur peu d'importance que de la nécessité d'une prompte solution, ne justifient pas l'intervention du conseil d'administration lui-même et que dès lors ils ne constituaient pas, au sens de l'article 63 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, "la gestion journalière des affaires de la société."* Cass. 17

had nagelaten om te verduidelijken hoe de verschillende elementen van de omschrijving zich tot elkaar moesten verhouden.³²⁴ Het zal blijken dat deze kritiek voornamelijk ingegeven werd door de praktijk, die de definitie reeds van bij het begin als te beperkend ervaren had, zeker nu zij de dagelijks bestuurder in realiteit beschouwde als de "motor van het vennootschapsleven".

(ii) Het arrest van het Hof van Cassatie van 21 februari 2000

120. Pas in 2000, ter gelegenheid van een dispuut omtrent de onderwerping aan het sociaal statuut van zelfstandigen van de bestuurder van de naamloze vennootschap, werd het Hof van Cassatie ertoe gebracht om zich een tweede maal uit te spreken over de notie dagelijks bestuur. Aanleiding van deze uitspraak was een geschil tussen de heer Grieten, hoofdaandeelhouder van een machinehandel (de NV Grieten), en de Zelfstandige Arbeiders van België aangaande de plicht tot onderwerping aan het sociaal statuut van zelfstandigen.

Het sociaal statuut van de zelfstandigen werd (voor de hervorming door het Koninklijk Besluit van 1 juli 1992) geregeld bij Koninklijk Besluit van 19 december 1967.³²⁵ Artikel 2 van dat Koninklijk Besluit hield het vermoeden in dat de persoon met een bestuursmandaat in een associatie of een rechtspersoon met lucratief karakter, een professionele activiteit uitoefende in de zin van het KB.³²⁶ De uitoefening van dergelijke activiteit(en) had tot gevolg dat de

september 1968 (Goldberg/Ministère des Finances), *RPS* 1970, nr. 5587, p. 200; *Arr. Cass.* 1969, p. 60; *Pas.* 1969, I, p. 61. Bekritiseerd door o.a. P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, "Examen de jurisprudence (1979-1990)", *RCJB* 1992, p. 781, nr. 127; J. LEHRER, "La notion de gestion journalière. Recherche d'une méthode", *Rév. prat. soc.* 1957, p. 71; A. BENOIT-MOURY en P. PELTZER, "Représentation de la société anonyme depuis la première directive européenne", *Rév. prat. soc.* 1977, p. 86; K. GEENS en H. LAGA, "Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen", *TPR* 1993, p. 1050, nr. 132; J. RONSE, "Proceshandelingen van en tegen vennootschappen" in G. VAN DIEVOET (ed.), *Actuele problemen van gerechtelijk privaatrecht 1976*, p. 92; CH. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, III, Brussel, Swinnen, 1982, p. 294, nr. 1106.

³²⁴ W. GOOSSENS en B. CAFMEYER, "Bevoegdheden dagelijks bestuurder beperkt door het Hof van Cassatie" (noot onder Cass. 26 februari 2009), *RW* 2009-10, 1131; C. CLOTTENS, "De omvang van het dagelijks bestuur van de NV bij vertegenwoordiging in rechte" (noot onder Cass. 26 februari 2009), *TRV* 2009, afl. 5, p. 447, nr. 2.

³²⁵ KB 38 van 27 juli 1967 houdende inrichting van het sociaal statuut van zelfstandigen, *BS* 29 juli 1967, *err.* *BS* 2 december 1967, gewijzigd bij KB 1 juli 1992, *BS* 3 juli 1992.

³²⁶ De tekst van art. 2 KB 19 december 1967 luidde: 'Voor de toepassing van art. 3 van het koninklijk besluit van het KB nr. 38 en zonder afbreuk te doen aan de bepalingen van art. 5bis van datzelfde besluit, wordt de uitoefening van een mandaat in een vereniging of een vennootschap naar rechte of in feite die zich met een exploitatie of met verrichtingen van winstgevende aard bezighoudt, vermoed de uitoefening te zijn van een bedrijvigheid, die verzekeringsplicht aan het sociaal statuut met zich brengt.'

betrokkene verplicht was om zich te onderwerpen aan het sociaal statuut van zelfstandigen, waardoor men zich onder meer diende aan te sluiten bij een sociale verzekeringskas. Het vermoeden uit artikel 2 was een weerlegbaar vermoeden: op voorwaarde dat de betrokkene erin slaagde om het kosteloos karakter van diens mandaat te bewijzen, kon deze ontsnappen aan de onderwerping aan het statuut, zodat hij de obligatoire driemaandelijksse toelagen niet hoefde te betalen.³²⁷

121. In de oprichtingsakte van de NV Grieten werd de hoofdaandeelhouder, de heer Grieten, inderdaad aangeduid als de onbezoldigd gedelegeerd bestuurder van de vennootschap, die als maatschappelijk doel had de handel en het onderhoud van machines voor de textielindustrie. In de praktijk bekommerde de heer Grieten zich wel degelijk met de verkoop, het onderhoud en de herstelling van de naaimachines die door de vennootschap verkocht werden. Met de bedoeling zich aan de onderwerping van het sociaal statuut voor zelfstandigen te onttrekken, hield hij echter bewust voor dat deze activiteiten van verkoop, onderhoud en herstelling niet losgekoppeld konden worden van zijn takenpakket als (onbezoldigd) gedelegeerd bestuurder van de vennootschap. De Zelfstandige Arbeiders waren daarentegen de mening toegedaan dat de heer Grieten - door dergelijke materiële handelingen te stellen - naast diens taak als gedelegeerd bestuurder, tevens een professionele activiteit uitoefende in de zin van het KB, zodat hij verplicht was zich te onderwerpen aan het sociaal statuut van zelfstandigen.

122. In hoger beroep werd, in het voordeel van de heer Grieten, geoordeeld dat de uitvoeringshandelingen, die hij in de vennootschap had gesteld, noodzakelijke en minstens nuttige handelingen waren voor de verwezenlijking van het maatschappelijk doel. Nog volgens de appelrechter konden de handelingen van koop, onderhoud en herstelling niet losgekoppeld worden van het onbezoldigd mandaat als gedelegeerd bestuurder, zodat de heer Grieten, naast zijn mandaat, geen professionele activiteiten scheen te vervullen in de vennootschap. Het Hof van Cassatie vernietigde echter het bestreden arrest op basis van een schending van het KB van 27 juli 1967. Het Hof deed dit door vooreerst te herhalen wat verstaan dient te worden onder daden van dagelijks bestuur in de zin van artikel 63 van het Wetboek van koophandel (oud). Het Hof stelde in letterlijke bewoordingen:

³²⁷ Cass. 23 september 1996 (RSVZ/Mertens), <http://www.cass.be> (18 oktober 2001), Arr. Cass. 1996, 790; Bull. 1996, 846; JDSC 2000, 161; JTT 1997 (verkort), 452; Pas. 1996, I, 846; RW 1996-97 (verkort), 1192 en <http://www.rw.be> (12 juli 2006); TRV 1998, 96, noot G. VAN LIMBERGHEN.

*"Que constituent, au sens de l'article 63 du Code de commerce, des actes ou opérations de gestion journalière des affaires de la société ceux qui sont commandés par les besoins de la vie quotidienne de la société et ceux qui, tant en raison de leur peu d'importance que de la nécessité d'une prompte solution, ne justifient pas l'intervention du conseil d'administration lui-même"*³²⁸.

Vervolgens preciseerde het Hof dat handelingen van dagelijks bestuur evenzeer door de raad van bestuur uitgevoerd kunnen worden, waarmee het verwees naar de concurrentiële bevoegdheid van beide organen. Als principe stelde het Hof voorop dat de handelingen waarvoor het dagelijks bestuur bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen, rechtshandelingen zijn, die niet verward mogen worden met materiële uitvoeringshandelingen, zoals de o.a. de herstelling en het onderhoud van producten.³²⁹

123. Het arrest van het Hof van Cassatie van 21 februari 2000 wijkt niet af van de eerder gegeven omschrijving van het begrip dagelijks bestuur en maakt gebruik van dezelfde terminologie als het arrest van het Hof uit 1968. Wel spreekt het Hof zich voor het eerst op een positieve wijze uit over de inhoud van het begrip daden van dagelijks bestuur. In 1968 had het Hof er zich toe beperkt het begrip uitsluitend op negatieve wijze te formuleren door te zeggen welke soorten van gedelegeerde handelingen niet als daden van dagelijks bestuur beschouwd konden worden.³³⁰

³²⁸ Vrije vertaling: "Handelingen of verrichtingen betreffende het dagelijks bestuur van de vennootschap, in de zin van art. 63 Venn. W. zijn die welke door het dagelijks leven van de vennootschap worden vereist of die welke zowel wegens hun gering belang als wegens de noodzaak van een snelle oplossing, de tussenkomst van de raad van bestuur niet rechtvaardigen."

³²⁹ Cass. (3^e k.), 21 februari 2000 (Zelfstandige arbeiders van België/Grieten), <http://www.cass.be> (18 oktober 2001), Arr. Cass. 2000, afl. 3, 463, Bull. 2000, JDSC 2001, nr. 301, 149, noot C. BERTSCH, JTT 2000, 300, TRV 2000, 283; C. BERTSCH, "Définition jurisprudentielle de la notion légale de gestion journalière", JDSC 2001, 150.

³³⁰ "L'arrêt constate que ce redevable avait des pouvoirs d'administration qui dépassent les besoins de la vie quotidienne de la société ou ceux qui, en raison tant de leur peu d'importance que de la nécessité d'une prompte solution, ne justifient pas l'intervention du conseil d'administration lui-même et que dès lors ils ne constituaient pas, au sens de l'article 63 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, "la gestion journalière des affaires de la société"; Cass. 17 september 1968, Rév. prat. soc. 1970, 201 versus "Constituent au sens de l'article 63 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales (art. 525 C. soc.) des actes ou opérations de gestion journalière des affaires de la société et ceux qui, tant en raison de leur peu d'importance que de la nécessité d'une prompte solution, ne justifient pas l'intervention du conseil d'administration lui-même.", Cass. 21 februari 2000 (Les travailleurs indépendants de Belgique/Grieten), <http://www.cass.be> (18 oktober 2001), Arr. Cass. 2000, afl. 3, 463, Bull. 2000, afl. 3, 457; JDSC 2001, 149, noot C. BERTSCH, JTT 2000, 300, TRV 2000, 283.

§ 2. Interpretatie van het begrip 'dagelijks bestuur' in de rechtsleer voor het cassatiearrest van 26 februari 2009

124. De klassieke omschrijving van het Hof van Cassatie van het begrip dagelijks bestuur werd door de meerderheid van de rechtsleer 'te beperkend' bevonden. De gegeven omschrijving zou onvoldoende tegemoetkomen aan de behoeften van de dagelijkse praktijk van het vennootschapsleven, waar de dagelijks bestuurder als een stuwende kracht van de vennootschap aanzien werd.³³¹ Er ontstond dan ook een tendens om de (autonoom te stellen) daden van dagelijks bestuur onder te verdelen in niet twee, maar drie verschillende categorieën van handelingen, meer bepaald:

1. handelingen die niet verder reiken dan de behoeften van het dagelijks leven van de vennootschap
2. handelingen van minder of gering belang, die de tussenkomst van de raad van bestuur niet rechtvaardigen
3. dringende handelingen die de tussenkomst van de raad van bestuur niet rechtvaardigen.

Men ging er in de rechtsleer derhalve vanuit dat de verschillende voorwaarden waarvan sprake in de door het Hof gegeven omschrijving, niet cumulatief, maar wel alternatief vervuld moesten zijn, opdat er sprake zou zijn van een handeling van dagelijks bestuur in de zin van artikel 525 W. Venn.³³²

³³¹ P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, *Examen de jurisprudence: les sociétés commerciales*, RCJB 1993, 781, nr. 127. "De afgevaardigd bestuurder is niet een simpele uitvoerder van de beslissingen van de raad van bestuur (...). Hij is het die impuls geeft aan het algemeen beleid van de vennootschap."

³³² B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 666 nrs. 1056-1057; P. MALHERBE, "Réception de la société anonyme au conseil" in *Liber amicorum Jacques Malherbe*, Bruylant, 2006, p. 708; D. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, "Kroniek. Vennootschapsrecht (1999-2000)", TRV 2000, p. 347, nr. 57; D. VAN GERVEN, *Rechtspersonen. Deel 1 Rechtspersonen in het algemeen. Verenigingen, stichtingen & publiekrechtelijke rechtspersonen in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, IV, Mechelen, Kluwer, 2007, p. 147-148. Ook in de rechtspraak werd daarvan uitgegaan: Brussel 5 december 2002, FJF 2003, p. 560; JDSC 2005, p. 413, noot C. BERTSCH.

§ 3. Principearrest van het Hof van Cassatie van 26 februari 2009 : *standstill*?

(i) Bespreking van het arrest van 26 februari 2009

125. In 2009 stelt het Hof van Cassatie paal en perk aan deze eigen interpretatie van het begrip door de heersende rechtsleer en de praktijk. In een arrest van 26 februari 2009, gekend als het Delhaizearrest, besliste het Hof van Cassatie dat het arrest van het Hof van Beroep, dat, gelet op de omvang van de activiteiten van de vennootschap, wel nagaat dat het indienen van een bezwaarschrift maar een gering belang had, maar niet verifieert of die handeling een zo snelle oplossing vereiste dat niet op een vergadering van de raad van bestuur kon worden gewacht, zijn beslissing dat het bezwaarschrift van die vennootschap rechtsgeldig is ingediend door twee personen die de afgevaardigd bestuurder daarmee belast had binnen het kader van zijn dagelijks bestuur, niet naar recht verantwoord had.³³³

126. De feiten die de basis vormden voor dit arrest waren de volgende. Met toepassing van haar belastingverordening op parkeerterreinen, had de gemeente Elsene een belasting gekohierd op het lokale parkeerterrein van Delhaize en Cie de Leeuw voor het inkomstenjaar 1999, aanslagjaar 2000. Tegen deze gemeentebelasting dienden twee kaderleden van Delhaize, de *'legal affairs manager'* en de uitvoerend verkoopdirecteur, een bezwaarschrift in bij het college van burgemeester en schepenen van de gemeente. Beide kaderleden pretendeerden hiertoe gemachtigd te zijn door de dagelijks bestuurder van de vennootschap. Zowel de gemeente als de rechtbank van eerste aanleg van Brussel beslisten evenwel dat het ingediende bezwaarschrift niet-ontvankelijk was, nu Delhaize niet binnen de wettelijke bezwaartermijn aangetoond had dat de ondertekenaars ervan (beide kaderleden) naar behoren gemachtigd waren.³³⁴

³³³Cass. (1^e k.) 26 februari 2009 (Gemeente Elsene/ NV Gebroeders Delhaize en Cie 'De Leeuw'), *Arr. Cass.* 2009, afl. 5, 660; *FJF* 2010, afl. 6, 615 en <http://www.monkey.be> (5 augustus 2010), noot; <http://www.cass.be> (20 augustus 2009); *JLMB* 2010, afl. 4, 154, en <http://jlmbl.larcier.be> (30 juni 2010), noot; *LRB* 2009 (samenvatting M. DE JONCKHEERE, P. GABRIËL), afl. 2, 164; *Pas.* 2009, afl. 2, 592; *JDSC* 2010, 59, noot M. COIPEL, *RGCF* 2010, afl. 2, 156; noot, *Rev. Prat. Soc.* 2010 (samenvatting), afl. 1-2, 298, noot V. SIMONART, *RW* 2009-10, afl. 27, 1129 en <http://www.rw.be> (15 maart 2010), noot W. GOOSSENS, B. CAFMEYER; *TBH* 2009, afl. 9, 948 en <http://www.rdc-tbh.be> (18 december 2009), noot E. POTTIER en A. BERTRAND, *TBH* 2010 (weergave D. HAEX afl. 7, 724 en <http://www.rdc-tbh.be> (10 september 2010); *TRV* 2009, afl. 5, 444, noot, C. CLOTTENS.

³³⁴Het aanslagbiljet werd aan Delhaize toegezonden op 11 januari 2001. Het bezwaarschrift werd aangetekend op 5 april 2001. Vermits het bezwaarschrift ingediend werd door een gevolmachtigde, liet de gemeente op 23 april 2001 weten dat, uiterlijk binnen een termijn van een maand vanaf de afgifte

127. Het Hof van Beroep van Brussel besliste, anders dan de eerste rechter, dat het bezwaarschrift van Delhaize rechtsgeldig ingediend en ontvankelijk was. Het Hof oordeelde in de eerste plaats dat de betreffende kaderleden een mondelinge volmacht verkregen hadden van de vennootschap, nu ondenkbaar was dat zij op eigen houtje gehandeld zouden hebben.³³⁵ Om te antwoorden op de vraag of de dagelijks bestuurder van Delhaize wel bevoegd was om te beslissen een bezwaarschrift in te dienen, greep het Hof van Beroep terug naar de rechtspraak van het Hof van Cassatie betreffende de vertegenwoordiging in rechte van de vennootschap door de dagelijkse bestuurder. Het Hof reciteerde dat degene aan wie het dagelijks bestuur is opgedragen, bevoegd is om in rechte te treden, zolang het geschil binnen de perken van het dagelijks bestuur blijft en distilleerde hieruit dat de kwestie geval tot geval beoordeeld moest worden, met inachtneming van onder meer de omvang van het geschil en de noodzaak van een snelle reactie. Vertrekkende van dat standpunt stelde het Hof van Beroep vast dat het indienen van een bezwaarschrift tegen een gemeentebelasting van 2 500 euro per m² boven de 75 m² grond, die gebruikt wordt als parkeerterrein door een vennootschap die instaat voor de distributie van de Delhaize Groep in de Benelux, referentieaandeelhouder is van de wereldgroep Delhaize, wereldwijd over 2 444 verkooppunten beschikt in elf verschillende landen, met 146 785 medewerkers en een omzetcijfer van 21 miljard 396 miljoen euro (eind 2001), onder het dagelijks bestuur valt.

Het Hof, door zich te beperken tot de vaststelling dat de door de kaderleden gestelde handeling een gering belang had in verhouding met de omvang en de aard van de vennootschap, sloot zich met deze uitspraak aan bij de heersende rechtsleer die tot op dat ogenblik meende dat de criteria in de omschrijving van het begrip dagelijks bestuur door het Hof van Cassatie niet cumulatief, maar wel alternatief toepassing vonden.

128. De gemeente Elsene voerde in Cassatie twee middelen aan, waaronder als eerste middel de schending van artikel 525, lid 1 W. Venn. Ter verdediging van het eerste middel verwees de gemeente naar de bestaande omschrijving van het dagelijks bestuur om voor te houden dat de voorwaarden van het beperkte belang van de verrichting, enerzijds, en van de noodzaak van een snelle afhandeling, anderzijds, samen vervuld dienen te zijn. Met andere woorden: om te verantwoorden dat een handeling onder het dagelijks bestuur valt, zou het

van het ontvangstbewijs, een bewijs van volmacht neergelegd moest worden. Delhaize verstuurde pas op 14 mei 2001, na het verstrijken van de termijn voor indiening van een bezwaarschrift, een brief met volmacht aan de gemeente.

³³⁵ Brussel 5 oktober 2006, AR 2004/AR/161, *onuitgeg.*

volgens de gemeente niet volstaan dat de rechter vaststelt dat het belang van die handeling gering is, als hij niet tevens vaststelt dat voor die handeling een snelle oplossing noodzakelijk is. Aangezien het arrest van het Hof van Beroep van Brussel wel vastgesteld had dat het litigieuze bezwaarschrift slechts een gering belang had, maar niet dat die handeling een snelle oplossing vereiste waarvoor niet gewacht kon worden op een vergadering van de raad van bestuur, verantwoordde deze haar beslissing dat de toekenning van een mondelinge volmacht aan de beide kaderleden om tegen de litigieuze aanslag een bezwaarschrift in te dienen onder het dagelijks bestuur van Delhaize viel, niet naar recht.

129. Met de vernietiging van het arrest van het Hof van Beroep van Brussel bevestigt het Hof van Cassatie dat de voorwaarden van gering belang en urgentie cumulatief vervuld moeten worden, opdat een handeling op autonome wijze gesteld zou kunnen worden door het dagelijks bestuur van de vennootschap. Deze stellingname van het Hof maakt onmiddellijk een einde aan de bestaande interpretatie door de meerderheid van de rechtsleer en heeft in die optiek belangrijke gevolgen voor de dagelijkse praktijk van de onderneming. Het Hof reduceert immers de categorieën van handelingen die door het dagelijkse bestuur op eigen initiatief gesteld kunnen worden van drie naar twee, meer bepaald:

1. De handelingen die ingegeven zijn door de dagelijkse noodwendigheden van de vennootschap **en**
2. de handelingen die, zowel vanwege het gering belang als vanwege de noodzaak tot een snelle oplossing, de tussenkomst van de raad van bestuur niet rechtvaardigen.

(ii) Kritiek op dit arrest in de rechtsleer

130. Het cassatiearrest van 2009 deed heel wat inkt vloeien, zeker nu de beperkende definitie van het Hof haaks staat op de inhoud die men er in het zakenleven progressief aan gegeven heeft.³³⁶ De vaakst gehoorde kritiek in de rechtsleer is het gebrek aan een pragmatische aanpak van het Hof. Algemeen wordt gesteld dat de opvatting van het Hof niet zou overeenkomen met de noden van de onderneming en evenmin overeenstemmen met de praktijk ervan.³³⁷

131. In een noot onder het arrest schrijven GOOSSENS en CAFMEYER dat de stellingname van het Hof kritisch moet worden onthaald. Zij zijn van mening dat de visie van het Hof van Cassatie in de praktijk zeer moeilijk werkbaar zal zijn en zien niet in hoe een dagelijks bestuurder het zich zou kunnen veroorloven om voor het merendeel van zijn (niet-dringende) handelingen en beslissingen van gering belang elke keer de goedkeuring van de raad van bestuur te vragen of af te wachten. Volgens hen zou dit tot gevolg hebben dat de raad van bestuur met de goedkeuring van weinig belangrijke handelingen zou worden overstelpt. Verder raken zij ook aan de problematiek omtrent de 'dringende handelingen die een beperkt belang overstijgen' (met als voorbeeld een ontslag om dringende reden van een werknemer), die op basis van de vroegere rechtsleer wél en nu niet meer gesteld kunnen worden door een dagelijks bestuurder.³³⁸

³³⁶ M. WYCKAERT, "Editoriaal. Bestuurdersaansprakelijkheid in de NV: over wetteksten en werkelijkheden. *TRV* 2012, afl. 8, 687-688; C. CLOTTENS, "De omvang van het dagelijks bestuur van de nv bij vertegenwoordiging in rechte" (noot onder Cass. 26 februari 2009), *TRV* 2009, afl. 5, p. 446.; M. COIPEL, "La définition de la gestion journalière par la Cour de cassation: faut-il désespérer?", *JDSC* 2010, 63-67; W. GOOSSENS en B. CAFMEYER, "Bevoegdheden dagelijks bestuurder beperkt door Hof van Cassatie", *RW* 2009-10, 1130-1132; P. SOENS en K. CUSSE, "Hoe ver reikt het dagelijks bestuur van een vennootschap?" *Pacioli* 2010, nr. 30, p. 1-4; E. POTTIER en A. BERTRAND, "Gestion journalière: la prudence s'impose" (noot onder Cass. 26 februari 2009), *RDC* 2009, p. 954; V. SIMONART, "Société Anonyme; Le délégué à la gestion journalière, le chef executive officer et les administrateurs exécutifs", *Rév. prat. soc.* 2010, afl. 1-2, 300-314; P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, "Examen de jurisprudence (1979-1990) – Les sociétés commerciales", *RCJB* 1993, p. 781, nr. 127; O. CAPRASSE, "Le délégué à la gestion journalière et les délégations particulières de pouvoirs", in *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, Brussel, Bruylant, 2004, p. 110, nr. 48; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen. Algemeen deel*, Brussel, Larcier, 2016, p. 581, nr. 308.

³³⁷ E. POTTIER en A. BERTRAND, "Gestion journalière: la prudence s'impose" (noot onder Cass. 26 februari 2009), *RDC* 2009, p. 954; H. BRAECKMANS, "Dagelijks bestuur in de NV" in *CBR Jaarboek*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 169; C. CLOTTENS, "De omvang van het dagelijks bestuur van de NV bij vertegenwoordiging in rechte" (noot onder Cass. 26 februari 2009), *TRV* 2009, p. 451, nr. 5; W. GOOSSENS en B. CAFMEYER, "Bevoegdheden dagelijks bestuurder beperkt door het Hof van Cassatie" (noot onder Cass. 26 februari 2009), *RW* 2009-2010, p. 1132, nr. 5

³³⁸ W. GOOSSENS en B. CAFMEYER, "Bevoegdheden dagelijks bestuurder beperkt door het Hof van Cassatie", *RW* 2009-10, 1132.

132. POTTIER en BERTRAND accentueren de dichotomie tussen het restrictieve karakter van de jurisprudentiële definitie en de noden van de praktijk. Zij bekritisieren de wijze waarop het Hof van Cassatie zich afzet tegen het zakenleven, waar de dagelijks bestuurder beschouwd wordt als de sleutelfiguur van het vennootschapsleven en waar deze zich gedraagt als een 'echte baas' met tamelijk uitgebreide bevoegdheden.³³⁹ Een bevestiging van deze trend vinden zij terug in de gedragsregels van de Belgische Corporate Governance code voor genoteerde ondernemingen, zij het dan ten voordele van de Chief Executive Officer (de 'CEO').³⁴⁰ Aan deze figuur, van Angelsaksische oorsprong en in principe niet gekend in ons Belgisch recht, worden (statutair) erg ruime bevoegdheden toegekend die ertoe leiden dat deze persoon in realiteit de leider is van de vennootschap.³⁴¹

133. SIMONART besluit in haar bijdrage over het arrest dat de definitie, zoals gegeven door het Hof, veel te eng is. Het zakenleven is hierbij niet gebaat, en de omschrijving schijnt niet in verhouding met het wettelijk concept van deze notie voor de genoteerde vennootschappen.³⁴² De Belgische Corporate Governance Code is bondig over de dagelijks bestuurder en verwijst enkel naar deze figuur om te preciseren dat de uitoefening van deze functie niet verenigbaar is met de hoedanigheid van onafhankelijk bestuurder. Aangezien één van de criteria, waaraan een onafhankelijk bestuurder moet voldoen, volgens het Wetboek van vennootschappen, is dat deze vijf jaar voor zijn benoeming geen deel mag uitgemaakt hebben van het dagelijks bestuur van de vennootschap, kan hieruit impliciet worden afgeleid dat de dagelijks bestuurder lid is van het uitvoerend management.³⁴³ Het takenpakket van het uitvoerend management wordt in de Code voor de beursgenoteerde vennootschappen echter zeer ruim opgevat en staat zo in contrast met de notie dagelijks bestuur, zoals ze door het Hof van Cassatie in haar arrest van 26 februari 2009 opgevat wordt.³⁴⁴

³³⁹ E. POTTIER en A. BERTRAND, "Gestion journalière: la prudence s'impose" (noot onder Cass. 26 februari 2009), *RDC* 2009, p. 954.

³⁴⁰ Bepaling 1.5 van de Corporate Governance Code 2009 (Code 2009), bij wet van 6 april 2010 (wet deugdelijk bestuur) verworden tot dé referentiecode voor de Belgische beursgenoteerde vennootschappen. Art. 3 wet van 6 april 2010 tot versterking van het deugdelijk bestuur bij de genoteerde vennootschappen en de autonome overheidsbedrijven en tot wijziging van de regeling inzake het beroepsverbod in de bank en financiële sector, *BS* 23/04/2010, 22709.

³⁴¹ Zie in verband met het Verenigd Koninkrijk *supra*.

³⁴² V. SIMONART, "Société Anonyme; Le délégué à la gestion journalière, le chief executive officer et les administrateurs exécutifs", *Rév. prat. soc.* 2010, afl. 1-2, 314.

³⁴³ Art. 526 ter 1° W. Venn.

³⁴⁴ Punt 6.4 uit principe 6 (betreffende de uitwerking van een duidelijke structuur voor het uitvoerend management) van de Code 2009 stipuleert dat het uitvoerend management over voldoende bewegingsruimte dient te beschikken om een ondernemingsstrategie voor te stellen en te implementeren, met inachtneming van de waarden van vennootschap, haar risicobereidheid en

134. COIPEL vraagt zich af of de vereiste van cumul van de voorwaarden uit de tweede categorie van handelingen niet leidt tot een 'absurde oplossing'. Hij doelt op de hypothese waar handelingen van weinig belang niet gesteld zouden kunnen worden door het dagelijks bestuur bij gebrek aan hoogdringendheid.³⁴⁵

COIPEL voorziet in zijn redenering zelf in een oplossing, omdat hij aanneemt dat het merendeel van deze handelingen ondergebracht zullen kunnen worden in de eerste categorie, zijnde de handelingen die ingegeven zijn door de noodwendigheden van het dagelijkse leven. Welke handelingen in deze eerste categorie ingedeeld moeten worden, is volgens COIPEL afhankelijk van de betekenis die men geeft aan het criterium van 'noodwendigheden van het dagelijkse leven'. Het lijkt er immers op dat er een neiging bestaat om zeer veel handelingen in deze eerste categorie onder te brengen, wanneer men erkent dat het recurrent karakter van een daad daartoe een voldoende, maar geen noodzakelijke voorwaarde is.³⁴⁶ Anders gezegd: het uitzonderlijk karakter van een handeling sluit niet uit dat deze kan worden ingedeeld in de eerste categorie. Bij wijze van voorbeeld refereert COIPEL aan rechtszaken die inhoudelijk betrekking hebben op het dagelijks leven van de vennootschap, zoals door het Hof van Cassatie aangehaald in haar arrest van 24 december 2002.³⁴⁷

135. Nog volgens COIPEL is de notie 'noodwendigheden van het dagelijkse leven' een vaag en *de facto* een tautologisch begrip dat weinig verschilt van de notie 'dagelijks bestuur'. Van hieruit bestaat de verleiding om het criterium van het gering belang in aanmerking te nemen om te weten of men de betreffende handeling al dan niet aan de supervisie van de raad van bestuur moet onderwerpen. Deze verleiding wordt door COIPEL evenwel als gevaarlijk bestempeld, aangezien men in dat geval een beroep doet op de voorwaarden uit de tweede categorie van handelingen en men aldus bij gebrek aan urgentie indruist tegen de definitie

voornaamste beleidslijnen. Punt 6.5 verduidelijkt dat het uitvoerend management minstens met de leiding van de vennootschap belast moet worden, zorgt voor de totstandkoming van interne controles, de raad van bestuur tijdig en accuraat de jaarrekeningen voorlegt, de verplichte publicatie ervan voorbereidt, de raad van bestuur een beoordeling van de financiële situatie van de vennootschap presenteert, ten gepaste tijde alle informatie bezorgt die de raad nodig heeft om zijn taken uit te voeren en er verantwoording en rekenschap aflegt over de uitoefening van zijn taken. Bepaling 6.4 en 6.5, Belgische Corporate Governance Code 2009, www.corporategovernancecommittee.be

³⁴⁵ M. COIPEL, "La définition de la gestion journalière par la Cour de cassation: faut-il désespérer?", *JDSC* 2010, p. 64.

³⁴⁶ E. POTTIER en A. BERTRAND, "Gestion journalière: la prudence s'impose" (noot onder Cass. 26 februari 2009), *RDC* 2009, p. 952; C. CLOTTENS, "De omvang van het dagelijks bestuur van de NV bij vertegenwoordiging in rechte" (noot onder Cass. 26 februari 2009), *TRV* 2009, afl. 5, p. 450.

³⁴⁷ Cass. 24 oktober 2002, *JLMB* 2003 (verkort), 907; *Pas.* 2002, I, 2056; *JDSC* 2003 (verkort), nr. 505, P. 204, noot C. BERTSCH; *Rév. prat. soc.* 2003, p. 209, noot.

gegeven door het Hof van Cassatie. Om deze (eerder theoretische) valkuil te vermijden suggereert hij om bij elke daad van dagelijks bestuur zorgvuldig te motiveren en aan te geven of een bepaalde handeling betrekking heeft op deze eerste dan wel op de tweede categorie van handelingen.³⁴⁸ Een dergelijke redenering staat m.i. zeer ver van de praktijk, waar het niet altijd mogelijk is om te reflecteren over de aard van een bepaalde handeling.

Al bij al evalueert COIPEL de verwerping van het Hof om aan de voorwaarden een alternatief karakter te verlenen als 'zeer logisch', maar geeft hij in één adem toe dat het de taak van de justitiabelen gemakkelijker zou maken indien het Hof anders geoordeeld zou hebben. Voor zover belangrijke vennootschapsrechtelijke beslissingen genomen moeten worden zonder dat men de tussenkomst van de raad van bestuur kan afwachten, kan volgens hem, gelet op de moderne communicatiemiddelen, eenvoudig beroep worden gedaan op de bekrachtiging van de handeling.

136. CLOTTENS suggereert dat het Hof van Cassatie de draagwijdte van het begrip dagelijks bestuur al te zeer inperkt.³⁴⁹ Een eerste belemmering situeert hij bij de handelingen van gering belang die niet urgent zijn. Met uitzondering van de recurrente zaken (die kunnen ondergebracht worden in de eerste categorie), zullen dergelijke handelingen vanaf heden gesteld moeten worden door de raad van bestuur.³⁵⁰ Dit heeft verregaande gevolgen voor de praktijk, omdat het voor de raad van bestuur niet mogelijk is om collegiaal te beslissen over alle zaken die niet dringend zijn, gaande van de belangrijke tot de meest onbenullige.³⁵¹

Een tweede belemmering ten gevolge van deze rechtspraak is volgens CLOTTENS dat niet-courante handelingen van groot belang evenmin onder het dagelijks bestuur ressorteren. Het urgente karakter van een handeling, waarbij het onmogelijk is om de raad van bestuur nog tijdig samen te roepen, volstaat immers niet langer opdat het orgaan van dagelijks bestuur zou kunnen optreden in zaken die zo belangrijk zijn dat zij in normale gevallen het dagelijks bestuur te buiten gaan. Het probleem hier is dat elk uitstel schade zou kunnen berokkenen aan de vennootschap. De auteur meent dan ook dat *redelijkerwijze* een uitzondering aanvaard

³⁴⁸ M. COIPEL, "La definition de la gestion journalière par la Cour de cassation: faut-il désespérer?", *JDSC* 2010, p. 65.

³⁴⁹ C. CLOTTENS, "De omvang van het dagelijks bestuur van de NV bij vertegenwoordiging in rechte" (noot onder Cass. 26 februari 2009), *TRV* 2009, afl. 5, p. 450, nr. 5.

³⁵⁰ Of door het directiecomité voor zover de vennootschap er één opgericht heeft.

³⁵¹ C. CLOTTENS, "De omvang van het dagelijks bestuur van de NV bij vertegenwoordiging in rechte", *TRV* 2009, afl. 5, p. 450, nr. 5, §7.

moet worden op de normale gang van zaken, te meer omdat een bijzondere volmacht onmogelijk alle gevallen van overmacht op voorhand zal kunnen omschrijven. En hoewel onbevoegd gestelde handelingen in voorkomend geval wel retroactief bekrachtigd kunnen worden of een beroep gedaan kan worden op zaakwaarneming om een hoogdringend optreden van het dagelijks bestuur te legitimeren, meent CLOTTENS dat de kloof tussen het dagelijks bestuur in de praktijk en het dagelijks bestuur 'in de boeken' vergroot wordt door het arrest van het Hof.³⁵²

(iii) Standpunt

137. De geleverde kritieken raken allemaal de kern van de zaak: de uitspraak van het Hof van Cassatie is in zekere zin conservatief en komt niet overeen met de noden uit de bedrijfswereld, waar men steeds de drang heeft gevoeld om het dagelijks bestuur zo ruim mogelijk te interpreteren. Door de restrictieve interpretatie neemt het Hof van Cassatie een groot deel van de betekenis van het dagelijks bestuur weg, waardoor de bestaansreden van het orgaan (nog meer)³⁵³ op de helling komt te staan. Bovendien schept het Hof geen duidelijkheid door het stilzwijgen te bewaren betreffende de criteria aan de hand waarvan de notie voor een concrete vennootschap uitgeklaard zou kunnen worden. In dat opzicht kan er aansluiting worden gezocht bij die strekking in de rechtsleer die betreurt dat het Hof de unieke kans die het geboden werd om de rechtspraak in overeenstemming te brengen met de realiteit, links liet liggen.

Anderzijds dient het belang van het arrest te worden getemperd door de juridisch-technische oplossingen die er bestaan voor een bevoegdheidsoverschrijdend handelen van het dagelijks bestuur. Denk maar aan de vertegenwoordiging bij volmacht³⁵⁴ of de bekrachtiging van een beslissing *post factum* door de raad van bestuur³⁵⁵. In realiteit is de (te) beperkte bevoegdheid van het dagelijks bestuur immers alleen maar hinderlijk met betrekking tot handelingen die,

³⁵² C. CLOTTENS, "De omvang van het dagelijks bestuur van de NV bij vertegenwoordiging in rechte", *TRV* 2009, afl. 5, p. 450, nrs. 5 en 6, §8-9.

³⁵³ Met de komst van het directiecomité in 2002 daalde reeds de nood aan een (verregaande) delegatie van de bevoegdheid van de raad van bestuur aan het dagelijks bestuur.

³⁵⁴ Zie *infra* randnummers 238-258.

³⁵⁵ Zie *infra* randnummer 260.

op straffe van verval van het recht, binnen een bepaalde termijn gesteld moeten worden. Dit zal in de praktijk voornamelijk het geval zijn voor proceshandelingen, zoals het instellen van vorderingen in rechte en het indienen van bezwaarschriften in fiscale zaken. Het merendeel van handelingen, die gesteld werden zonder de vereiste vertegenwoordigingsmacht, zal nadien nog bekrachtigd kunnen worden door het orgaan dat wel bevoegd was tot het stellen van de kwestieuze handeling of de vertegenwoordiger.³⁵⁶ De bekrachtigde handeling wordt geacht gesteld te zijn op datum van de initieel gestelde handeling, die (onder voorbehoud van verworven rechten van derden te goeder trouw) een retroactieve werking heeft.³⁵⁷ Maar niet alle handelingen zijn dus vatbaar voor bekrachtiging. Een beslissing om namens een rechtspersoon een rechtsvordering in te stellen, genomen door een onbevoegd orgaan, kan het voorwerp zijn van een bekrachtiging, voor zover die rekening houdt met de rechten die inmiddels door derden te goeder trouw zijn verkregen en hen niet benadeelt. Daarvan is sprake wanneer een vordering verjaart tussen het ogenblik waarop zij ingesteld wordt en de bekrachtiging.³⁵⁸ De verjaring wordt niet gestuit of geschorst door een onbevoegd handelen.

138. In een ruimer kader moet men rekening houden met een wetshistorische interpretatie waaruit de bedoeling van de wetgever blijkt om slechts een beperkte delegatie mogelijk te maken. Het feit dat de wetgever een geringe delegatie voor ogen had, blijkt zeer duidelijk uit de wettekst van artikel 525 W.Venn., maar nog meer uit het gebrek aan regulering met betrekking tot het dagelijks bestuur in het hele Wetboek van vennootschappen. Bij wijze van voorbeeld kan hier verwezen worden naar de bewuste keuze van de wetgever om de belangenconflictregering niet van toepassing te maken op het dagelijks bestuur en naar het beperkte aansprakelijkheidsregime van de dagelijks bestuurder (enkel voor gewone bestuursfouten op grond van artikel 527 W. Venn.). In die optiek – gelet op het feit dat geen tegenstrijdig-belangregeling geldt voor de dagelijks bestuurder en dat deze maar beperkt ter verantwoording geroepen kan worden - dringt een restrictieve interpretatie van de omvang van het dagelijks bestuur zich op. Ten behoeve van de praktijk zijn de mogelijkheden overigens legio. Indien de vennootschap nood zou hebben aan een ruimere delegatie van

³⁵⁶ I. VAN PUYVELDE, "De in een NV bevoegde personen tot kennisgeving van de dringende reden aan een beschermde werknemer", *RW* 2005-2006, p. 1383, nr. 9.

³⁵⁷ Op grond van art. 1998 BW is een lastgever niet gehouden tot hetgeen de lasthebber buiten zijn opdracht heeft gedaan, dan voor zover hij zulks uitdrukkelijk of stilzwijgend bekrachtigd heeft (art. 1998 BW).

³⁵⁸ Kh. Charleroi 15 mei 2006, *JLMB* 2006, afl. 25, 1092 en <http://www.jlmbi.larcier.be> (24 juni 2006), *JDSC* 2007, p. 47, noot M. ERNOTTE.

bevoegdheden, kan zij een directiecomité oprichten, een gedelegeerd bestuurder aanduiden of met een systeem van volmachten werken.

139. In elk geval dient men zich af te vragen of de kritieken op het arrest - gelet op het feit dat de omvang van het dagelijks bestuur voortvloeit uit de wet - niet eerder gericht moeten worden aan het adres van de wetgever, die steeds in gebreke is gebleven om een wettelijke definitie te geven. Het staat de wetgever vrij om in te grijpen op elk ogenblik en zo een einde te stellen aan de controverse. Of moet men ervan uitgaan dat de wetgever dit bewust niet doet en dat zijn stilzwijgen kadert in een bepaalde strategie om het begrip dagelijks bestuur zo flexibel mogelijk te houden, met de bedoeling om tegemoet te komen aan de uiteenlopende vennootschapsstructuren in ons land. Dergelijke 'open norm' heeft als voordeel dat de notie dagelijks bestuur 'op maat' van een vennootschap kan worden ingevuld en niet vastgepind wordt op een voorgeschreven interpretatie door de wetgever.

Afdeling III Ontwikkeling van een definitie in de rechtsleer : poging tot aanreiken van criteria

140. Het stilzwijgen van de wet samen met de pragmatische aanpak van de rechtspraak, zette de rechtsleer aan om op haar beurt een bruikbare definitie, minstens valabele criteria uit te werken, om de notie dagelijks bestuur te objectiveren. Pionier in deze was LEHRER, die als eerste vaststelde dat het begrip dagelijks bestuur niet noodzakelijk een zuivere feitenkwestie hoefde te zijn. Een analyse van de beschikbare rechtspraak op dat moment bracht hem ertoe vijf criteria uit te werken aan de hand waarvan de bevoegdheden van het dagelijks bestuur konden worden bepaald.³⁵⁹ De rechtspraak, daarin voortgestuwd door de praktijk, interpreteerde het begrip echter steeds ruimer. Hoewel LEHRER'S criteria nooit echt in onbruik geraakten, heeft TILLEMANS de criteria, waaruit de bevoegdheden van het dagelijks bestuur gedistilleerd konden worden, later anders en nieuwer geformuleerd.

141. Door de tussenkomst van het arrest van het Hof van Cassatie van 26 februari 2009 zijn deze eerder uitgewerkte typologieën evenwel niet meer werkzaam. Waar voor 2009

³⁵⁹ J. LEHRER, "La notion de gestion journalière. Recherche d'une methode", *Revue* 1957, nr. 4657, p. 71.

urgente, belangrijke handelingen door het dagelijks bestuur gesteld konden worden, zal dit vandaag niet langer het geval zijn. Dit geldt ook voor de niet-dringende handelingen van gering belang. Vandaar dat er in dit proefschrift een nieuw voorstel wordt gedaan, dat mogelijk maakt om - nog voordat de handeling gesteld wordt - aan de hand van zes verschillende componenten, de bevoegdheid van het dagelijks bestuur te bepalen.³⁶⁰

§ 1. De visie van LEHRER

142. Nog lang voordat het Hof van Cassatie een algemene definitie had geformuleerd voor het begrip dagelijks bestuur, bekritiseerde LEHRER het gebrek aan duiding door de wetgever. De onduidelijkheid en het misleidend karakter van de betreffende regelgeving was volgens hem tweeledig en had zowel betrekking op de benaming van de beoogde figuur als de toebedeelde bevoegdheden ervan. Geheel terecht stelde LEHRER zich de vraag of de rechtsleer zonder meer akkoord moest gaan met de rechtspraak van het Hof van Cassatie, die tot op dat ogenblik voorschreef dat de beslissing of een handeling al dan niet gesteld was binnen de grenzen van het dagelijks bestuur, overgelaten moest worden aan de soevereine appreciatie van de feitenrechter.³⁶¹

In zijn zoektocht naar een methode om het begrip dagelijks bestuur beter te definiëren, merkte hij op dat de invulling van de notie dagelijks bestuur niet noodzakelijk herleid diende te worden tot een zuivere feitenkwestie, maar dat daarvoor objectiveerbare criteria aangereikt konden worden met oog op de bepaling van wat verstaan moest worden onder het dagelijks bestuur.³⁶² LEHRER maakte vervolgens een analyse van vijf praktische criteria, waaruit de bevoegdheden van de dagelijks bestuurder gedistilleerd zouden kunnen worden. Als criteria weerhield hij het maatschappelijk doel van de vennootschap, de door de raad van bestuur gedelegeerde bevoegdheden, uitvoeringshandelingen en recurrente handelingen, allen binnen de grenzen van het dagelijks beleid van de onderneming.

³⁶⁰ Zie *infra* randnummers 160 - 173.

³⁶¹ Cass. 28 december 1911, *Revue* 1912, 2206.

³⁶² J. LEHRER, "La notion de gestion journalière. Recherche d'une methode", *Revue* 1957, nr. 4657, p. 71.

A) Het maatschappelijk doel van de vennootschap.

143. LEHRER had vastgesteld dat de functies van de dagelijks bestuurder binnen de vennootschap niet losgekoppeld konden worden van het maatschappelijk doel van een onderneming. De grenzen van het dagelijks beleid hangen samen met de aard van de onderneming. Ter illustratie refereerde hij aan de handelingen die een financiële instelling noodzakelijk zijn versus handelingen die in een steenkoolmijn of in een glasfabriek gesteld moeten worden.³⁶³

B) Delegatie

144. Een tweede criterium vormde volgens LEHRER de door de raad van bestuur gedelegeerde bevoegdheden. Hij stipte daarbij wel aan dat de raad van bestuur te allen tijde concurrentieel bevoegd was en het recht hield om tussen te komen in de uitvoering van 'het gedelegeerde' door het dagelijks bestuur. Hij benadrukte terloops ook dat de raad nooit ontheven kon worden van haar taak om de algemene krijtlijnen van het beleid uit te stippelen, omdat de bevoegdheden van de raad enkel gedelegeerd kunnen worden binnen de grenzen van het dagelijks beheer of voor welbepaalde handelingen.³⁶⁴ Van daaruit argumenteerde hij dat de omvang van de bevoegdheden van het dagelijks bestuur een weerspiegeling zijn van de competenties van de raad van bestuur. Anders gezegd: hoe ruimer de bevoegdheden van de raad van bestuur, hoe ruimer die van het dagelijks bestuur.

C) Uitvoeringshandelingen

145. Een derde criterium om na te gaan of een handeling deel uitmaakte van het dagelijks bestuur, waren de handelingen die gesteld werden 'in uitvoering van' het beleid van de raad van bestuur. Het beheer van de dagelijks bestuurder kadert in die optiek in de beslissingen die

³⁶³ J. LEHRER, "La notion de gestion journalière. Recherche d'une methode", *Revue* 1957, nr. 4657, p. 72.

³⁶⁴ T. THEATE, "Du directeur dans les sociétés anonymes" , *RPS* 1894, p. 289.

door de raad genomen worden en de richtlijnen die in navolging hiervan gegeven worden. In feite is de dagelijks bestuurder in dat geval eerder een uitvoeringsagent dan een vertegenwoordiger van de vennootschap.

D) Recurrente handelingen

146. Voorts zou het dagelijks bestuur volgens LEHRER bevoegd zijn tot het stellen van recurrente handelingen. LEHRER omschrijft deze handelingen als handelingen die dagelijks gesteld moeten worden en die omwille van hun gering belang als omwille van de noodzaak van een snelle oplossing de tussenkomst van de raad van bestuur niet rechtvaardigen.³⁶⁵

E) Binnen de grens van het dagelijks beleid

147. Het vijfde en laatste criterium resulteerde volgens hem uit het dwingende en limitatieve karakter van de wetsbepaling over het dagelijks bestuur (artikel 63 oud). Hieruit distilleerde hij dat een delegatie, over de grenzen van het dagelijks beheer, strikt verboden is. De ratio legis van deze inperking van delegatie is dat de wetgever gewild heeft om het algemene beleid van de vennootschap over te laten aan een college van bestuurders, dat het vertrouwen heeft van de aandeelhouders, instaat voor de vennootschap en onderworpen is aan een bijzondere aansprakelijkheid.³⁶⁶

148. Vertrekkende van deze vijf criteria formuleerde LEHRER de volgende definitie voor het dagelijks bestuur: *"Het geheel van handelingen die, rekening houdend met de aard van de vennootschap en haar maatschappelijk doel, voortkomen uit de bevoegdheid van de raad van bestuur en niet verder reiken dan het door haar uitgestippelde beleid dan wel de noodwendigheden of de gebruiken van het dagelijks leven van de vennootschap."*³⁶⁷

³⁶⁵ Gent 19 juni 1936, *Revue* 1938, nr. 3750; Luik 1 februari 1910, *Revue* 1911, nr. 2126.

³⁶⁶ Cass. 6 februari 1953, *Pas.* 346.

³⁶⁷ J. LEHRER, "La notion de gestion journalière. Recherche d'une methode", *Revue* 1957p. 74 "Nous pensons à present de pouvoir définir la gestion journalière comme étant l'ensemble des actes qui,

§ 2. Het standpunt van TILLEMAN

149. In zijn monografie over het bestuur van vennootschappen heeft TILLEMAN (vier) andere criteria weerhouden om te bepalen of een handeling moet worden beschouwd als een handeling van dagelijks bestuur.

Naast de 'recurrente' handelingen - dit zijn de handelingen die slechts de dagelijkse uitvoering zijn van de beleidslijn die wordt bepaald door de raad van bestuur, en de uitvoering van de besluiten van de raad van bestuur, zou er een bijzondere rol weggelegd zijn voor het aansprakelijkheidsrisico dat een welbepaalde handeling met zich meebrengt voor de betrokken vennootschap.³⁶⁸ Deze nieuwe voorwaarde leidde TILLEMAN impliciet af uit de omschrijving van het begrip dagelijks bestuur door het Hof van Cassatie en meer bepaald aan de verwijzing in die omschrijving naar handelingen of verrichtingen betreffende het dagelijks bestuur van de vennootschap die niet verder reiken dan de behoeften van het dagelijks leven van de vennootschap of de behoeften, die omwille van het mindere belang dat ze vertonen, geen bijeenkomst van de raad rechtvaardigen.

Een mogelijke parameter om het 'bijzonder' aansprakelijkheidsrisico te bepalen is de aard van de handeling. Zo zullen handelingen met een zuiver bewarend karakter vermoedelijk wel kwalificeren als handelingen van dagelijks bestuur, aangezien deze er in eerste instantie op gericht zijn om de rechten van de vennootschap te handhaven en in normale omstandigheden ook geen bijzonder aansprakelijkheidsrisico inhouden voor deze vennootschap. Anderzijds is de aard van de handeling niet steeds de doorslaggevende factor om uit te maken of een handeling nu wel of niet een aansprakelijkheidsrisico inhoudt voor de vennootschap.

Er zijn meerdere factoren die in aanmerking genomen moeten worden. Wat een belangrijk aansprakelijkheidsrisico inhoudt voor de ene vennootschap, is dit meestal niet voor een andere vennootschap en is derhalve een relatief gegeven. De beoordeling van het

compte tenu de la nature de la société et du pacte social, relèvent de la compétence du conseil d'administration, tout n'en excédant pas la ligne tracée par le conseil ni les nécessités ou les usages de l'exploitation quotidienne."

³⁶⁸ B. TILLEMAN, "Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging", Brugge, die Keure, 2005, nr. 1056, p. 665.

aansprakelijkheidsrisico is m.a.w. eveneens afhankelijk van de aard en het type van de vennootschap, de omvang ervan en het maatschappelijk doel.³⁶⁹

Als vierde en laatste criterium heeft TILLEMAN weerhouden dat het dagelijks bestuur bevoegd is voor alle acties die bij hoogdringendheid moeten worden gesteld en waarvoor het onmogelijk is om nog tijdig een raad van bestuur bijeen te roepen. In de omschrijving die het had gegeven had het Hof van Cassatie immers gesteld dat alle handelingen die urgent waren en waarvoor de tussenkomst van de raad niet noodzakelijk was, beschouwd moeten worden als handelingen van dagelijks bestuur. Het economisch belang van een bepaalde handeling zou in die optiek, zo schreef TILLEMAN, niet verhinderd hebben dat een handeling toch als een handeling van dagelijks bestuur gekwalificeerd werd. ³⁷⁰

§ 3. Notie dagelijks bestuur na de tussenkomst van het arrest van het Hof van Cassatie in 2009

150. Na de tussenkomst van het arrest van het Hof van Cassatie van 26 februari 2009, kreeg de notie dagelijks bestuur een andere invulling. Of beter: het Hof gaf te kennen geen gevolg te geven aan de evolutieve interpretatie die de rechtsleer en het merendeel van de (gezaghebbende) rechtspraak aan dit begrip gegeven hadden. Deze restrictieve opvatting van het Hof heeft ertoe geleid dat handelingen die voor dit arrest en dus voor 2009 wel werden geacht onder de bevoegdheid van het dagelijks bestuur te vallen, dat sedertdien niet meer doen. Dringende acties die een bepaald economisch belang hebben in het licht van het type en de omvang van de onderneming, kunnen niet meer gesteld worden door het orgaan van dagelijks bestuur alleen. Omgekeerd zal ook een handeling 'van gering belang' zonder dat deze urgent is enkel nog door het dagelijks bestuur gesteld kunnen worden, op voorwaarde dat deze weinig belangrijke handeling geboden is door de noden van het dagelijks leven van de vennootschap.

³⁶⁹ TILLEMAN geeft hier het voorbeeld van het aanwerven van een ingenieur in een grote bouwonderneming met een honderdtal ingenieurs en stelt dan dat het aanwerven van één ingenieur in een dergelijke vennootschap geen handeling van dagelijks bestuur zal zijn, maar dat de beoordeling anders is voor kleine en middelgrote vennootschappen. B. TILLEMAN, "Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging", Brugge, die Keure, 2005, 665, nr. 1056 en de verwijzingen daar.

³⁷⁰ B. TILLEMAN, "Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging", Brugge, die Keure, 2005, 664-666.

Te weten is wel, zowel voor het dagelijks bestuur zelf als voor derden die met dit orgaan in aanraking kunnen komen, welke daden wel nog gesteld kunnen worden binnen de grenzen van het dagelijks bestuur. Een belangrijk onderscheid dient hierbij gemaakt te worden tussen de handelingen die het dagelijks bestuur stelt in uitvoering van de raad en de handelingen die het op eigen initiatief, autonoom en dus zonder de raad, kan stellen.

A) Handelingen die het dagelijks bestuur NIET-AUTONOOM kan stellen

151. Tot het takenpakket van het dagelijks bestuur horen een reeks handelingen die dit orgaan niet op een autonome wijze en dus niet onafhankelijk van de raad van bestuur kan stellen. Met betrekking tot deze handelingen beschikt het dagelijks bestuur evenwel niet over beslissingsbevoegdheid, maar treedt het alleen maar op als een zuiver uitvoerend orgaan van de raad van bestuur. Rechtspraak en rechtsleer nemen unaniem aan dat dergelijke niet-autonome handelingen ter uitvoering van beslissingen van de raad van bestuur, bij uitstek deel uitmaken van de bevoegdheid van het orgaan van dagelijks bestuur.³⁷¹

Een concreet voorbeeld van die uitvoerende bevoegdheid van de dagelijks bestuurder is het geval waarbij de raad van bestuur, dat statutair het bevoegde orgaan is om de vennootschap in rechte te vertegenwoordigen, aan het dagelijks bestuur opdraagt om maatregelen te nemen ter uitvoering van datgene wat op een vergadering van de raad van bestuur beslist werd.³⁷² Het dagelijks bestuur is op dat ogenblik immers niet het beslissende orgaan, maar wel slechts een uitvoerend orgaan dat handelt op instructie en per definitie dus met de

³⁷¹ Luik 21 maart 1944, RPS 1953, nr. 4311, p. 230, waarin het Hof besliste dat 'De aanvaarding van een arbitragebeding niet kan beschouwd worden als een daad van dagelijks bestuur, deze omvat 'enkel' de dagelijkse uitvoering van de door de raad van bestuur genomen beslissingen'; Rb. Leuven 26 november 1952, RPS 1953, nr. 4312, p. 232: 'De weigering tot huurhernieuwing door de dagelijks bestuurder heeft niet het karakter van een bestuurshandeling, maar die van een bewarende handeling, waarvoor het dagelijks bestuur bevoegd is'; B. TILLEMAN, "Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging", Brugge, die Keure, 2005, nr. 1060, p. 667; F. CLEEREN, "Het orgaan van dagelijks bestuur", RW 1996-97, 210; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, PH. LAMBRECHT en PH. MALHERBE, *Droit des sociétés Précis*, Brussel, Bruylant, 2009, p. 602, nr. 960.

³⁷² R. v. St. nr. 51568, 7 februari 1995, *onuitgeg.* In dit geval bepaalden de statuten van de vennootschap dat 'rechtsvervolgingen, zowel bij aanleg als bij verweer, in naam van de vennootschap door de raad van bestuur worden gevoerd op vervolging en benaerstiging van een afgevaardigde-bestuurder of van een daartoe door de raad van bestuur aangestelde lasthebber'.

instemming van de raad. De raad heeft beslist - en dus werd de interne bevoegdheidsverdeling gerespecteerd – en de dagelijks bestuurder voert de handeling uit, waardoor hij ook extern de vennootschap kan vertegenwoordigen.

B) Handelingen die het dagelijks bestuur AUTONOOM kan stellen

152. Naast de handelingen die het dagelijks bestuur op een niet-autonome wijze kan stellen, zijn er ook een hele reeks handelingen waarvoor het orgaan van dagelijks bestuur op eigen initiatief kan optreden. Van een dagelijks bestuurder mag allerm minst verwacht worden dat hij zich beperkt tot het louter ten uitvoer brengen van de beslissingen van de raad. Een adequate dagelijkse leiding veronderstelt een voldoende graad van zelfstandigheid in de te nemen beslissingen.³⁷³ Onder deze categorie vallen de handelingen die geboden worden door het dagelijks leven van de vennootschap (de zogenaamde 'recurrente handelingen') en de handelingen die zowel wegens het geringe belang als wegens de noodzaak van een snelle oplossing de tussenkomst van de raad niet rechtvaardigen.

(i) Handelingen geboden door het dagelijks leven van de vennootschap (recurrente handelingen)

153. Handelingen die deel uitmaken van het dagelijkse leven van de vennootschap en horen tot de normale exploitatie ervan kunnen onafhankelijk van de raad van bestuur gesteld worden door het dagelijks bestuur. Rechtspraak en rechtsleer omschrijven dit soort handelingen als '*de handelingen die ingegeven zijn door de dagelijkse noodwendigheden van de vennootschap*', evenwel zonder een verdere duiding van dit begrip.³⁷⁴ Om te weten welke

³⁷³ F. CLEEREN, "Het orgaan van dagelijks bestuur", *RW* 1996-97, p. 210.

³⁷⁴ Cass. (1e k.) 26 februari 2009 (Gemeente Elsene/ NV Gebroeders Delhaize en Cie 'De Leeuw'), *Arr. Cass.* 2009, afl. 5, 660; *FJF* 2010, afl. 6, 615 en <http://www.monkey.be> (5 augustus 2010), noot-; <http://www.cass.be> (20 augustus 2009); *JLMB* 2010, afl. 4, 154; <http://jmbi.larcier.be> (30 juni 2010), noot-; *LRB* 2009 (samenvatting), afl. 2, 164; *Pas.* 2009, afl. 2, 592; *JDSC* 2010, 59, noot M. COIPEL; *RGCF* 2010, afl. 2, 156, noot-, *Rév. prat. soc.* 2010 (samenvatting), afl. 1-2, 298, noot V. SIMONART, *Rév. prat. soc.* 2010, afl. 4, 571, noot-; *RW* 2009-10, afl. 27, 1129 en <http://www.rw.be> (15 maart 2010), noot W. GOOSSENS en B. CAFMEYER

verrichtingen onder deze categorie van handelingen ressorteren is het van belang na te gaan wat met die notie precies bedoeld wordt.³⁷⁵

LEHRER definieerde dit begrip als :

*"l'ensemble des actes qui, compte tenu de la nature de la société et du pacte social, relèvent de la compétence du conseil d'administration tout en n'excédant pas la ligne tracée par le conseil ni les nécessités ou les usages de l'exploitation quotidienne."*³⁷⁶

De omschrijving van VAN RYN verschilt slechts in onbelangrijke details van die van LEHRER. Recurrente handelingen betreffen volgens hem:

*"tous les actes d'exploitation accomplis dans le cadre des décisions prises par le conseil d'administration ou des directives arrêtées par lui, et dont l'ensemble constitue en quelque sorte la vie quotidienne de la société."*³⁷⁷

RESTEAU interpreteert het begrip wat restrictiever en schreef dat hieronder moet worden verstaan:

*"l'accomplissement des actes qui ne sont que l'exécution quotidienne de la ligne de conduite tracée par le conseil."*³⁷⁸

Het is deze laatste interpretatie die door de rechtspraak als algemene definitie werd overgenomen. In de meeste vonnissen en arresten worden handelingen van dagelijks bestuur van niveau één gedefinieerd als *"handelingen die slechts de dagelijkse uitvoering zijn van de*

TBH 2009, afl. 9, 948 en <http://www.rdc-tbh.be> (18 december 2009), noot E. POTTIER en A. BERTRAND TBH 2010 (weergave D. HAEX), afl. 7, 724 en <http://www.rdc-tbh.be> (10 september 2010); TRV 2009, afl. 5, 444, noot C. CLOTTENS.

³⁷⁵ In het Frans 'Les nécessités de la vie quotidienne'.

³⁷⁶ J. LEHRER, "La notion de gestion journalière. Recherche d'une méthode", RPS 1957, p. 74. Vrije vertaling: "Het geheel van handelingen die, rekening houdend met de aard van de vennootschap en het maatschappelijk doel, vallen onder de bevoegdheid van de raad van bestuur, die de door de raad van bestuur uitgestippelde beleidslijn niet te buiten gaan, noch de noodwendigheden of de de dagelijkse uitvoeringshandelingen."

³⁷⁷ J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T. I, Brussel, Bruylant, 1954, nr. 649. Vrije vertaling: "Alle uitvoeringshandelingen, verricht in het kader van beslissingen genomen door de raad van bestuur dan wel binnen de door de raad van bestuur gestelde richtlijnen en waarvan het geheel enigszins betrekking heeft op het dagelijks leven van de vennootschap."

³⁷⁸ C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, III, Brussel, Swinnen, 1982, nr. 1116. Vrije vertaling: "de handelingen die slechts de dagelijkse uitvoering zijn van de beleidslijn uitgetekend door de raad van bestuur van de vennootschap."

beleidslijn bepaald door de raad van bestuur".³⁷⁹ Voor het overige treft men weinig algemene definities aan.³⁸⁰

154. In de moderne rechtsleer wordt abstractie gemaakt van het terugkerend karakter van een handeling om als geboden door de noodwendigheden van het dagelijks bestuur beschouwd te worden. Men neemt meestal aan dat het terugkerende karakter van een handeling een voldoende, maar geen noodzakelijke voorwaarde is om een handeling als een daad van dagelijks bestuur onder niveau één te kwalificeren. Het uitzonderlijke karakter van een handeling zou alleszins niet uitsluiten dat deze ondergebracht wordt onder de eerste categorie.³⁸¹

TILLEMEN voegt daaraan nog toe dat het uitzonderlijk karakter van een handeling niet uitsluit dat deze toch als een handeling van dagelijks bestuur kan worden gekwalificeerd, wanneer het aansprakelijkheidsrisico op de vennootschap eerder laag is. Omgekeerd kan een handeling die dagelijks wordt verricht niet langer als een handeling van dagelijks bestuur beschouwd worden, wanneer deze voor de vennootschap een uitzonderlijk aansprakelijkheidsrisico inhoudt.³⁸² Een voorbeeld hiervan is het geval waarbij de dagelijks bestuurder in naam en voor rekening van de vennootschap een procedure start, waarvan het voorwerp – en dus de vordering die wordt ingesteld – een handeling is die hoort tot het dagelijks leven van die vennootschap. Het Hof van Cassatie besliste inderdaad dat een voorziening in belastingzaken kan worden ingesteld door de met het dagelijks bestuur belaste persoon van een rechtspersoon, in zoverre het geschil kan worden geacht onder dat bestuur te vallen.³⁸³ Omgekeerd zal de vordering die geen deel uitmaakt van het dagelijks bestuur, niet kunnen ingesteld worden door de dagelijks bestuurder, maar heeft deze de goedkeuring van de raad van bestuur nodig.

³⁷⁹ Gent 7 mei 1924, *Pas.* 1925, II, 52; Rb. Leuven 26 november 1952, *Rév. prat. soc.* 1953, nr. 4311, p. 231.

³⁸⁰ B. TILLEMEN, "Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging", Brugge, die Keure, 2005, p. 664, nr. 1054.

³⁸¹ M. COIPEL, "La définition de la gestion journalière par la Cour de cassation: faut-il désespérer?", *JDSC* 2010, p. 64; E. POTTIER en A. BERTRAND, "Gestion journalière: la prudence s'impose" (noot onder Cass. 26 februari 2009), *RDC* 2009, p. 952; C. CLOTTENS, "De omvang van het dagelijks bestuur van de NV bij vertegenwoordiging in rechte" (noot onder Cass. 26 februari 2009), *TRV* 2009, p. 450; B. TILLEMEN, "Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging", Brugge, die Keure, 2005, nr. 1054, p. 664.

³⁸² B. TILLEMEN, "Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging", Brugge, die Keure, 2005, nr. 1054, p. 664.

³⁸³ Cass. 24 oktober 2002 (Publi/Stad Namen), *JLMB* 2003 (verkort), p. 907; *Pas.* 2002, I, p. 2056, *JDSC* 2003 (verkort), nr. 505, p. 204, noot C. Bertsch, *RPS* 2003, p. 209, noot; *RW* 2004-2005, afl. 42, 1670 en <http://www.rw.be> (22 juni 2005).

155. Als het terugkerende karakter van een handeling geen determinerende factor is om een handeling te kwalificeren als een handeling van dagelijks bestuur van categorie één, i.e. een recurrente handeling, kan men zich afvragen wat dan wél de bepalende factor is om een onderscheid te maken tussen enerzijds voor de betrokken vennootschap gangbare handelingen en anderzijds onbelangrijke, urgente handelingen die het afwachten van een raadsvergadering niet rechtvaardigen. De vraag stelt zich of de handeling in dat geval niet eerder moet geplaatst worden onder de tweede categorie van meer exceptionele handelingen, die zowel omwille van hun gering belang als urgentie de tussenkomst van de raad van bestuur niet rechtvaardigen.

156. Een blik op de Luxemburgse rechtspraak, die de omschrijving van het begrip dagelijks bestuur ontleent aan die van het Belgische Hof van Cassatie, werkt in dat opzicht verhelderend.

In een arrest van 6 april 2011 sprak het Cour d'Appel zich uit over de betekenis van handelingen van dagelijks bestuur uit categorie één. De benadering van het Luxemburgse Hof is bijzonder terughoudend.³⁸⁴ Het Hof diende zich hier uit te spreken over de verkoop door de dagelijks bestuurder van een Luxemburgse holding, de NV U., van de volledige participatie die de vennootschap hield in een Franse patrimoniumvennootschap, le Compagnie d'Investissement et de Financement Immobilière ('CIFI'), aan Techniques Finances Internationales ('T.F.I.'). Vijf jaar na de verkoop van de participatie bleek het bestuur van de NV U. echter niet meer akkoord met de verkoop die eerder was doorgegaan en liet zij een dagvaarding betekenen aan TFI om de overdracht van de 950 aandelen in CIFI nietig te laten verklaren. Tegelijkertijd vorderde zij van haar dagelijks bestuurder – X – die de verkoop destijds had gesloten, de terugbetaling van een bedrag van 224.765,06 euro ten titel van schadevergoeding.

Het standpunt van de NV U. was dat zij als vennootschap niet verbonden kon zijn door de overdracht van de aandelenparticipatie, aangezien deze gesloten was door haar dagelijks bestuurder X en deze laatste daarvoor in geen geval bevoegd kon zijn. TFI verweerde zich door te stellen dat er bij de appreciatie van de vertegenwoordigingsmacht van de dagelijks bestuurder in de eerste plaats rekening moest gehouden worden met het maatschappelijk

³⁸⁴ Luxembourg Cour d'Appel (commercial), 6 april 2011, *Pas. Lux.*, t. 35-2/2012, 618.

doel van de vennootschap, die voor een holding in wezen bestaat uit het nemen van participaties en verkopen en verwerven van roerende zaken. Volgens TFI viel de aandelenoverdracht die door X namens de vennootschap werd aangegaan wel degelijk binnen de grenzen van het dagelijks beleid van de NV U.

Het Luxemburgse Hof antwoordde als volgt:

"Il faut certes, dans l'appréciation de la notion de gestion courante prendre en considération l'objet social, la nature et l'importance de la société en faisant une analyse in concreto, encore faut-il tenir compte d'autres critères et notamment du fait que le délégué est limité par la ligne de conduite tracée par le conseil d'administration ou des directives arrêtées par lui et du fait que la gestion courante ne peut comporter que des actes de pratique courante donc ceux qu'il est nécessaire d'accomplir au jour le jour."

In een volgende passage voegde het Hof daaraan nog toe dat de dagelijks bestuurder in beginsel moet worden opgevat als een uitvoeringsagent van de raad van bestuur:

"Ainsi la gestion courante est définie comme (...) et le délégué à la gestion est conçu comme un agent d'exécution."

Op basis van deze overwegingen besloot het Hof dan verder dat:

"En application des principes ci-avant dégagés, la Cour retient que l'acte de cession des parts sociales de la société CIFI par Unipatent, société holding, dépasse d'une part le cadre de la vie quotidienne en ce qu'il agit pas d'un simple acte d'exploitation accompli dans le cadre des décisions prises par le conseil d'administration et, d'autre part, qu'il ne s'agit pas d'un acte de moindre importance pris dans l'urgence. Le fait de vouloir retenir en l'espèce comme unique critère d'appréciation l'objet social de la société holding et de dire que l'acte de cession des parts constitue un acte de la vie quotidienne de la société Unipatent, par référence à son objet social qui inclut les cessions de valeurs mobilières, aurait pour conséquence que d'assimiler tout acte accompli par l'administrateur-délégué d'une société holding dans le cadre d'objet social à un acte de gestion courante."³⁸⁵

³⁸⁵ Luxembourg Cour d'Appel (commercial), 6 avril 2011, Pas. Lux., t. 35-2/2012, 622.

Het Hof weigerde dus te erkennen dat de verkoop van aandelen deel uitmaakte van het takenpakket van de dagelijks bestuurders van de NV U., niettegenstaande het feit dat de vennootschap standaard holdingactiviteiten verrichtte met inbegrip van de acquisitie, het management en de verhandeling van participaties.

Het Luxemburgse Hof heeft met deze uitspraak dan ook kennelijk opnieuw aansluiting gezocht bij de interpretatie van het begrip dagelijks bestuur uit de oude rechtspraak, zonder daarbij aandacht te schenken aan de grieven uit de moderne rechtsleer dat het terugkerend karakter niet als een noodzakelijke voorwaarde beschouwt, noch aan de evoluties in de praktijk. Uit de overwegingen van het Hof blijkt dat het de definitie van het Belgische Hof van Cassatie zo opvat dat bij de recurrente handelingen van een dagelijks bestuurder een bepaalde mate van 'gewoonlijkheid' en 'regelmatigheid' inherent zou moeten zijn aan deze categorie van handelingen.

*"La Cour [de cassation belge] distingue ainsi deux catégories d'actes qui, ceux qui concernent le fonctionnement quotidien de la société et qui sont posés régulièrement et habituellement, et ceux plutôt exceptionnels et qui, en raison tant de leur peu d'importance que de la nécessité d'une prompte solution, ne justifient pas l'intervention du conseil d'administration."*³⁸⁶

Bovendien lijkt het Hof voor te houden dat er geen automatische noch een exclusieve band bestaat tussen het maatschappelijk doel van de vennootschap (hier het stellen van holdingactiviteiten) en haar dagelijks bestuur om een handeling als recurrent onder de eerste categorie van handelingen te kwalificeren. Het maatschappelijk doel, de aard en het belang van de vennootschap zijn niet de enige criteria waarmee men rekening moet houden, maar ook de door de raad van bestuur uitgestippelde beleidslijn en de gegeven richtlijnen en het terugkerende karakter van een handeling als een onderdeel van het dagelijks leven van de vennootschap. Deze overwegingen van het Hof worden dan nog aangevuld met een zeer restrictieve redenering dat de dagelijks bestuurder slechts een uitvoeringsagent van de raad van bestuur zou zijn.

157. De Belgische rechtspraak kent tot nu toe geen gelijkaardige uitspraak, waarin de omvang van de recurrente handelingen door het dagelijks bestuur wordt vastgesteld en de criteria waaraan een dergelijke handeling moet voldoen onder de loep worden genomen.

³⁸⁶ Luxembourg Cour d'Appel (commercial), 6 april 2011, *Pas. Lux.*, t. 35-2/2012, 621.

Rekening houdend met het arrest van het Hof van Cassatie van 26 februari 2009, waarin de tweede categorie van handelingen terughoudend wordt opgevat, kan het echter niet helemaal worden uitgesloten dat het Belgische Hof van Cassatie zich bij redenering van het Luxemburgse Hof zal aansluiten en dat er ook hier wordt teruggegrepen naar de Belgische rechtsleer.³⁸⁷

Behoudens in de hypothese dat een orgaan van dagelijks bestuur in feite overbodig wordt geacht, heeft het bedrijfsleven geen baat bij een enge interpretatie van de bevoegdheden van de dagelijks bestuurder. Een gevolg van de ruime interpretatie van de notie 'noodwendigheden van het dagelijks leven' in de moderne rechtsleer, die daarin tot op heden niet wordt tegengesproken door de Belgische rechtspraak, is wel dat de meeste handelingen eronder zullen vallen. Immers, zowel recurrente handelingen als exceptionele handelingen horen schijnbaar tot deze eerste categorie, waardoor het onderscheid tussen beide categorieën van handelingen grotendeels vervaagt. In feite horen zelfs alle handelingen erbij, zolang ze maar tot de normale exploitatie van de vennootschap behoren. Minder belang zou daarbij gehecht moeten worden aan de frequentie (het dagelijks karakter) van de te stellen handeling. Aangezien de interpretatie van het begrip 'noodwendigheden van het dagelijks leven' een vaag en een tautologisch begrip is, bestaat wel de gevaarlijke neiging om (uitsluitend) het criterium van 'gering belang' in aanmerking te nemen voor de kwalificatie van een handeling.³⁸⁸

(ii) Handelingen die de tussenkomst van de raad van bestuur niet rechtvaardigen

³⁸⁷ J. LEHRER, "La notion de gestion journalière. Recherche d'une méthode", *RPS* 1957, p. 74 ; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T. I, Brussel, Bruylant, 1954, nr. 649 ; C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, III, Brussel, Swinnen, 1982, nr. 1116 ; B. TILLEMANS, "Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging", Brugge, die Keure, 2005, p. 664, nr. 1054; C. CLOTTENS, "De omvang van het dagelijks bestuur van de NV bij vertegenwoordiging in rechte" (noot onder Cass. 26 februari 2009), *TRV* 2009, afl. 5, p. 450, nr. 5; W. GOOSSENS en B. CAFMEYER, "Bevoegdheden dagelijks bestuurder beperkt door het Hof van Cassatie" (noot onder Cass. 26 februari 2009), *RW* 2009-10, 1131, nr. 1; E. POTTIER en A. BERTRAND, "Gestion journalière: la prudence s'impose" (noot onder Cass. 26 februari 2009), *RDC* 2009, p. 954; H. BRAECKMANS, "Dagelijks bestuur in de NV" in *CBR Jaarboek*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 166.

³⁸⁸ M. COIPEL, "La définition de la gestion journalière par la Cour de cassation: faut-il désespérer?", *JDCS* 2010, p. 65.

158. Een tweede categorie van handelingen die de dagelijks bestuurder autonoom kan stellen, zijn de handelingen die zowel omwille van het gering belang dat ze vertonen, als omwille van de noodzaak van een snelle oplossing, de tussenkomst van de raad van bestuur niet rechtvaardigen.³⁸⁹ Handelingen uit deze tweede categorie horen per definitie niet tot de normale exploitatie van de vennootschap, anders zouden ze onderverdeeld moeten worden in de eerste categorie van handelingen. Ze mogen echter wel gesteld worden door het dagelijks bestuur, omdat ze noodzakelijk (dringend) gesteld moeten worden en omdat ze, naast de verwezenlijking van het vennootschapsdoel, ook de economische groei van de vennootschap benaarstigen.

159. De rechtspraak licht niet toe wat men precies dient te verstaan onder de noties 'gering belang' en 'noodzaak van een snelle oplossing'. Wel wordt meegegeven dat iedere kwestie '*van geval tot geval onderzocht moet worden, met inachtneming van de omvang van het geschil en de noodzaak van een snelle reactie*'.³⁹⁰ Of een handeling al dan niet moet gekwalificeerd worden als een toegelaten handeling van dagelijks bestuur uit categorie twee, moet derhalve concreet beoordeeld worden naargelang de aard en de omvang van de vennootschap waarin de handeling wordt gesteld en haar activiteiten.³⁹¹

Een vaak geciteerd voorbeeld is dat van de aan- of verkoop van een onroerend goed, dat in de regel niet onder de bevoegdheid van een dagelijks bestuurder zou kunnen vallen, maar dit toch kan indien deze handeling gesteld wordt door de dagelijks bestuurder die zijn opdracht uitoefent in een immobiliëvennootschap.³⁹²

³⁸⁹ Cass. (1e k.) 26 februari 2009 (Gemeente Elsene/ NV Gebroeders Delhaize en Cie 'De Leeuw'), Arr. Cass. 2009, afl. 5, 660; FJF 2010, afl. 6, 615 en <http://www.monkey.be> (5 augustus 2010), noot-; <http://www.cass.be> (20 augustus 2009); JLMB 2010, afl. 4, 154; <http://jlmbl.larcier.be> (30 juni 2010), noot-; LRB 2009 (samenvatting), afl. 2, 164; Pas. 2009, afl. 2, 592; JDSC 2010, 59, noot M. COIPEL; RGCF 2010, afl. 2, 156, noot-, Rév. prat. soc. 2010 (samenvatting), afl. 1-2, 298, noot V. SIMONART, Rév. prat. soc. 2010, afl. 4, 571, noot-; RW 2009-10, afl. 27, 1129 en <http://www.rw.be> (15 maart 2010), noot W. GOOSSENS en B. CAFMEYER TBH 2009, afl. 9, 948 en <http://www.rdc-tbh.be> (18 december 2009), noot E. POTTIER en A. BERTRAND TBH 2010 (weergave D. HAEX), afl. 7, 724 en <http://www.rdc-tbh.be> (10 september 2010); TRV 2009, afl. 5, 444, noot C. CLOTTENS.

³⁹⁰ Brussel 5 oktober 2006, 2004/AR/161, *onuitgeg.*

³⁹¹ J. LEHRER, "La notion de gestion journalière. Recherche d'une méthode", RPS 1957, 71; F. CLEEREN, "Het orgaan van dagelijks bestuur", RW 1996-97, p. 210, nr. 6; W. GOOSSENS en B. CAFMEYER, "Bevoegdheden dagelijks bestuurder beperkt door het Hof van Cassatie", RW 2009-10, 1131; E. POTTIER en A. BERTRAND, "Gestion journalière: la prudence s'impose" (noot onder Cass. 26 februari 2009), RDC 2009, p. 952.

³⁹² F. BOUCKAERT, *Notarieel vennootschapsrecht NV en BVBA*, I, Antwerpen, Kluwer, 2000, p. 361, nr. 9.70; O. CAPRASSE, "Le délégué à gestion journalière et les délégations particulières de pouvoir" in *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, séminaire organisé à Liège le 11 mars 2004, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 101; E. POTTIER en A. BERTRAND, "Gestion journalière: la prudence s'impose" (noot onder Cass. 26 februari 2009), RDC 2009, p. 953.

160. Op basis van de bestaande rechtspraak hierover, werd in de rechtsleer meermaals geprobeerd om een typologie uit te werken aan de hand waarvan men op voorhand zou kunnen bepalen welk soort handelingen door het dagelijks bestuur van een bepaald type vennootschap gesteld kunnen worden.³⁹³ Op die manier probeert men vanuit de rechtsleer toch nog criteria aan te reiken die een bepaalde mate van voorspelbaarheid creëren in de bestaande onzekere regeling. Het blijkt dat deze *in concreto*-beoordeling traditioneel gebeurt aan de hand van een analyse van het "economisch belang van de onderneming". Onderzoek wordt doorgaans verricht naar de grootte/omvang van de vennootschap en het maatschappelijk doel ervan in functie van de aard van de gestelde handeling.³⁹⁴ Verder lijkt men ook rekening te houden met het organigram van de vennootschap, de juridische aard van de te stellen handeling en de economische impact die een bepaalde handeling heeft of kan hebben op de vennootschap.³⁹⁵

Uit de sterk casuïstische rechtspraak en een reeks aanbevelingen uit de rechtsleer kunnen een aantal parameters gehaald worden, aan de hand waarvan kan bepaald worden of een handeling nu wel of niet tot de bevoegdheid van het orgaan van dagelijks bestuur kan worden gerekend. Aan de hand van deze parameters kan men op een geobjectiveerde wijze en nog voordat een bepaalde handeling wordt gesteld, toetsen of een dagelijks bestuurder in een concreet geval al dan niet bevoegd zal zijn om de vennootschap te vertegenwoordigen.

³⁹³ O. CAPRASSE, "Le délégué à gestion journalière et les délégations particulières de pouvoir" in *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, séminaire organisé à Liège le 11 mars 2004, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 102; M. VAN DER HAEGEN, "La responsabilité des administrateurs et la délégation de pouvoir au sein des sociétés anonymes" in X, *Le droit des affaires en évolution, les responsabilités de l'entreprise*, Brussel, Bruylant, 2001, p. 111; E. POTTIER en A. BERTRAND, "Gestion journalière: la prudence s'impose" (noot onder Cass. 26 februari 2009), *RDC 2009*, p. 953;

³⁹⁴ J. LEHRER, "La notion de gestion journalière. Recherche d'une méthode", *RPS 1957*, 71; F. CLEEREN, "Het orgaan van dagelijks bestuur", *RW 1996-97*, p. 210, nr. 6; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, p. 383; C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *Traité des sociétés anonymes*, p. 294, nr. 1106; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 665, nr. 1056.

³⁹⁵ E. POTTIER en A. BERTRAND, "Gestion journalière: la prudence s'impose" (noot onder Cass. 26 februari 2009), *RDC 2009*, p. 953; P. SOENS en K. CUSSE, "Hoe ver reikt het dagelijks bestuur van een vennootschap?", *Pacioli (N)* 2010, afl. 304, 1-5 en <http://www.bibf.be/bib/default.asp> (8 oktober 2010).

a. *Eerste component: grootte van de vennootschap.*

161. De omvang van de vennootschap is een eerste belangrijke factor om te kunnen bepalen welke bevoegdheden toe te rekenen zijn aan het orgaan van dagelijks bestuur. Het dagelijks bestuur van een 'kleine' NV zal allicht minder kunnen dan de dagelijks bestuurder van een grote NV.

162. Op de vraag welke vennootschappen klein en groot zijn, kan een antwoord worden gevonden in diverse wetten. Kleine en middelgrote ondernemingen zijn per definitie geen 'grote' ondernemingen: het zijn de vennootschappen die naar maatstaven van omzet, balanstotaal en personeel bepaalde drempels niet overschrijden.³⁹⁶ Op Europees niveau is een onderneming klein als deze een jaarlijkse netto-omzet heeft van maximaal acht miljoen euro, een balanstotaal van maximaal vier miljoen euro en een gemiddeld personeelsbestand van vijftig werknemers.³⁹⁷ Naar Belgische maatstaven worden ondernemingen als een KMO beschouwd wanneer zij een jaarlijkse omzet hebben die lager is dan negen miljoen euro, een balanstotaal van maximaal viereneenhalf miljoen euro en een gemiddeld personeelsbestand van vijftig werknemers.³⁹⁸

De omvang van de vennootschap (kleine, middelgrote of grote) onderneming wordt derhalve in eerste instantie bepaald in termen van jaaromzet, balanstotaal en personeelsbestand. Bevestiging van deze stelling vinden we terug in rechtspraak over dit onderwerp, die om de weten of een handeling binnen de perken van het dagelijks bestuur is gebleven, teruggrijpt naar dezelfde factoren.³⁹⁹ Daarnaast wordt er doorgaans ook rekening gehouden met de hiernavolgende criteria om de omvang van een vennootschap te objectiveren:

- Het aantal verkooppunten/filialen van de vennootschap;

³⁹⁶ H. SWENNEN, "De KMO in het handelsrecht en het economisch recht", in K. RENIERS en M. VANMEENEN (eds.), *Regelgeving op maat van KMO's*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2013, 1.

³⁹⁷ Artikel 3 van Richtlijn 2013/34/EU van het Europees parlement en de raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van Richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad, L 182/19.

³⁹⁸ Artikel 15 §1 W. Venn.

³⁹⁹ Brussel 5 oktober 2006, 2004/AR/161, *onuitgeg.* Het Hof nam onder meer in aanmerking dat de verweerster (Delhaize) 146 785 medewerkers tewerkstelde en een omzetcijfer had van 21 miljard 396 miljoen euro (eind 2001); Zie ook Brussel 14 april 2000 (9^{de} kamer), *RPS* 2000, p. 362, nr. 6824; *JDSC* 2002, 131, noot C. BERTSCH, waar geoordeeld werd dat de huur van informaticamateriaal of van rollend materieel dat verband houdt met de omzet van een vennootschap en waarvan de exploitatie courante exploitatiekosten zou genereren, een handeling van dagelijks bestuur uitmaakt.

- De uitgestrektheid van de vennootschap, dit is het antwoord op de vraag of de vennootschap een regionaal, nationaal of een internationaal karakter – op Europees of op mondiaal niveau – heeft;
- De verhouding tot andere vennootschappen: maakt de betrokken vennootschap deel uit van een groter geheel, een 'consortium'? Is het een verbonden vennootschap (moeder of dochter) of betreft het een geassocieerde vennootschap waarin de betrokken vennootschap over een deelneming van bepaalde omvang beschikt met bepaalde gevolgen voor het beleid?⁴⁰⁰In de rechtspraak werd bijvoorbeeld verwezen naar het referentieaandeelhouderschap van een vennootschap.⁴⁰¹;

163. 'Klein' en 'groot' zijn evenwel relatieve begrippen die niet los van andere factoren kunnen worden gezien. De dagelijks bestuurder van een grote NV zal in vergelijking met zijn collega dagelijks bestuurder in een kleine NV meer bevoegdheden hebben, maar kan in zijn handelen geen abstractie maken van het vennootschapsdoel, het vennootschapsbelang, het aansprakelijkheidsrisico dat de vennootschap loopt als gevolg van het stellen van de handeling, etc.

De omvang van de vennootschap is bovendien ook op zich geen statisch, maar een dynamisch gegeven. Men kan zich dan ook afvragen of men voor de vennootschap in een groeifase ook kan kijken naar die effectieve groei over de laatste jaren en bij uitbreiding naar het groeipotentieel om de geldigheid van een handeling te beoordelen. Ondernemen is een dynamisch gegeven, waardoor het dagelijks beleid van een onderneming die haar cijfers jaar na jaar ziet stijgen en haar personeelsbestand ziet toenemen, geconfronteerd wordt met andere uitdagingen dan de kleine NV die al jarenlang een gelijkaardig resultaat neerzet. M.i. dient men bij de beoordeling van de vraag of een bepaalde handeling wel of niet tot de bevoegdheid van het dagelijks bestuur van een bepaalde onderneming behoort, de huidige

⁴⁰⁰ Men spreekt van een 'consortium' wanneer een vennootschap en één of meer andere vennootschappen, die geen dochtervennootschappen zijn van elkaar, noch dochtervennootschappen zijn van één en dezelfde vennootschap, onder centrale leiding staan (art. 10 W. Venn.); Onder met een vennootschap verbonden vennootschappen wordt verstaan de vennootschappen waarover men controlebevoegdheid uitgeoefend of uitgeoefend wordt dan wel waarmee een consortium gevormd wordt (artikel 11 W. Venn.); Een geassocieerde vennootschap betreft elke andere vennootschap dan een dochtervennootschap waarin een andere vennootschap een deelneming bezit en waarin zij een invloed van betekenis uitoefent op de oriëntatie van het beleid (art. 12 W. Venn.).

⁴⁰¹ Brussel 5 oktober 2006, 2004/AR/161, *onuitgeg.*

jaarresultaten als basis te nemen, maar mag men niet blind zijn voor de groeifase waarin een bepaalde onderneming op dat ogenblik verkeerde.

Voor het overige is het evident dat de dagelijks bestuurder van een grote NV meer kan dan een dagelijks bestuurder van een kleine NV. Deze laatste heeft in de regel minder middelen om bepaalde afspraken te honoreren, waardoor haar dagelijks bestuur er zich voor moet hoeden om te gewichtige beslissingen te nemen zonder voorafgaandelijke goedkeuring door de raad van bestuur.

b. *Tweede component: identiteit van de vennootschap.*

164. Een tweede te onderzoeken factor betreft de identiteit van de betrokken vennootschap. Afhankelijk van het maatschappelijk doel (zoals dat omschreven wordt in de statuten van de vennootschap) zal de dagelijks bestuurder immers andere handelingen kunnen/mogen stellen. Het hiernavolgende citaat van VAN RYN fungeert hier als een belangrijke leidraad:

'Tout dépend de la nature de l'entreprise: les nécessités de l'exploitation journalière peuvent, dans certaines sociétés, comporter la conclusion de marchés importants'.⁴⁰²

Zo zal de dagelijks bestuurder, in een vennootschap waarvan het maatschappelijk doel omschreven wordt als *'de fabricage en de verkoop van meubelen'* en die deze meubels ook zelf laat vervoeren naar het cliënteel, bevoegd zijn om één of meer vrachtwagens aan te kopen die bestemd zijn voor het vervoer van de meubels naar dat cliënteel.⁴⁰³ De rechtspraak aanvaardt eveneens dat de gedelegeerd bestuurder van een vennootschap die in overeenstemming met het maatschappelijk doel vastgoedtransacties kan sluiten, in staat moet kunnen zijn om daarvoor een lening aan te gaan. Aangenomen werd tevens dat de huur van informaticamateriaal of van rollend materieel dat verband houdt met een vennootschap die actief is in de projectontwikkeling, onder het dagelijks bestuur ressorteert. De huur van

⁴⁰² J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T. I, Brussel, Bruylant, 1954, p. 649. Vrije vertaling: "De behoeften van het dagelijks bestuur kunnen, in bepaalde vennootschappen, relatief grote markten behelzen", waarmee Van Ryn doelt op het feit dat de dagelijks bestuurder er, naargelang het vennootschapsdoel, toe gebracht kan worden verschillende (gewichtige) types van handel te moeten drijven (Cfr. De aankoop van een onroerend goed, de verkoop van een voertuig, het aangaan van een lening etc.); Brussel (9^e kamer) 14 april 2000, RPS 2000, p. 363, nr. 6824: "Cette notion de gestion journalière doit s'apprécier en fonction de la nature et de l'activité de la société commerciale".

⁴⁰³ Kh. Brussel 16 februari 1966, RPS 1967, p. 260, nr. 5345.

een voertuig met vierwielaandrijving dat in staat is om een aanhangwagen te slepen, kadert in de behoefte van een vennootschap die actief is in de bouw.⁴⁰⁴

Anderzijds werd eerder geoordeeld dat het verlenen van een borgtocht in naam van een naamloze vennootschap tot zekerheid van een privéschuld die de betrokken persoon aangegaan was en die in geen enkel opzicht verband houdt met het vennootschapsdoel, buiten de bevoegdheid van het dagelijks bestuur valt.⁴⁰⁵

165. Daarnaast dient er, in het kader van een onderzoek naar de identiteit van de vennootschap en los van het maatschappelijk doel, tevens rekening gehouden te worden met wie de vennootschap is (haar hoedanigheid) en waarvoor deze staat in de betrokken sector. In het geval Delhaize bijvoorbeeld overwoog het Hof van Beroep dat *"de verweerster de vennootschap is die instaat voor de distributie van de Delhaize Groep in de Benelux en, anderzijds dat zij referentieaandeelhouder is van de wereldgroep Delhaize"*.⁴⁰⁶

c. Derde component: juridische aard van de handeling

166. Een derde factor die in overweging genomen moet worden, is de juridische aard van de door de dagelijks bestuurder te stellen handeling. De overeenkomst tussen de bestuurder en de vennootschap wordt in de klassieke leer als een lastgeving gekwalificeerd.⁴⁰⁷ Hieruit volgt dat de bestuurder in beginsel bevoegd is tot het stellen van daden van beheer.⁴⁰⁸ Artikel 1988 BW bepaalt immers dat lastgeving, in algemene bewoordingen gesteld, enkel daden van beheer omvat.⁴⁰⁹ Voor het stellen van daden van beschikking, waaronder de vervreemding

⁴⁰⁴ Brussel 14 april 2000 (9^e kamer), RPS 2000, p. 362; JDSC 2002, 131, noot C. BERTSCH.

⁴⁰⁵ Luik 11 december 1969, J. Liège 1969-70, 170.

⁴⁰⁶ Brussel 5 oktober 2006, 2004/AR/161, onuitgeg.

⁴⁰⁷ B. TILLEMANS, "Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging", Brugge, die Keure, 2005, p. 7, nr. 7.

⁴⁰⁸ Daden van beheer worden in een moderne rechtsopvatting omschreven als *'alle handelingen die nodig of nuttig zijn voor het behoud en de niet-speculatieve vermeerdering in kapitaalcracht, eveneens voor de redelijke vruchtdraging van het beheerd vermogen'* of nog *'alle handelingen die tot doel hebben het vermogen op een normale wijze te besturen en het vruchten te doen opbrengen, zonder het bestaan ervan in gevaar te brengen of de samenstelling ervan substantieel te wijzigen'* (A. VAN OEVELEN, "Het mandaat van de advocaat wanneer hij niet in rechte optreedt", RW 2009-10, 1594). Voorbeelden van daden van beheer zijn het verweer tegen een vordering, de invordering van een schuldvordering van de vennootschap, de huur van goederen bestemd voor de verhuur, de verkoop van goederen bestemd voor de verkoop, het beheer van een financiële rekening (Cass. 1^e kamer, 24 januari 2008, Pas. 2008, afl. 1, 226; RW 2010-2011 (samenvatting), afl. 6, 229).

⁴⁰⁹ Art. 1988 B.W., Cass. 12 september 1977, Arr. Cass. 1978, 38; Pas. 1978, I, 33; RW 1977-78, 1044 (De in algemene bewoordingen uitgedrukte lastgeving omvat alleen daden van beheer, voor andere daden, zoals een dading, is een uitdrukkelijke lastgeving vereist).

van goederen, de belasting met een hypotheek, het sluiten van een dading is principieel een uitdrukkelijke lastgeving vereist. Niettemin dient men dit onderscheid tussen daden van beheer en beschikking niet al te strikt te interpreteren en kan men ervan uitgaan dat bestuurders ook daden van beschikking kunnen stellen, voor zover deze bijdragen tot de verwezenlijking van het maatschappelijk doel van de vennootschap.⁴¹⁰

167. Wat de kwalificatie van handelingen als handelingen van dagelijks bestuur betreft, dient hieruit afgeleid te worden dat de dagelijks bestuurder in elk geval bevoegd is tot het stellen van alle handelingen die kwalificeren als daden van beheer en van handelingen die vallen binnen de grenzen van het dagelijks bestuur van de vennootschap. Daarnaast kan hij ook bevoegd zijn om daden van beschikking te stellen binnen de grenzen van dat bestuur, voor zover de betreffende handeling bijdraagt tot de verwezenlijking van het maatschappelijk doel van de vennootschap.

Volledigheidshalve dient hierbij te worden opgemerkt dat de bovenstaande analyse betrekking heeft op rechtshandelingen, die in beginsel vereisen dat er sprake is van een beoogd rechtsgevolg (zoals de koop, ruil, verhandeling van effecten).⁴¹¹

d. Vierde component: economisch belang van de handeling

168. Ook de economische impact van de handeling op de vennootschap is een belangrijke parameter, voornamelijk voor de beoordeling van het 'gering belang' van een handeling. Met het economisch belang worden zowel de economische als de juridische gevolgen bedoeld, die een bepaalde actie heeft of kan hebben op vennootschap voor rekening van wie de handeling gesteld wordt, maar ook meer algemeen voor de impact van een bepaalde handeling in het rechtsverkeer.

Ter illustratie van de juridische gevolgen kan verwezen worden naar de vaste rechtspraak van de Raad van State over het instellen van een annulatieberoep door de dagelijks bestuurder

⁴¹⁰ Pand. B., tw., Société Civile, nr. 738, p. 77; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 29, nr. 56.

⁴¹¹ De lastgeving is een contract waarbij een partij, de lasthebber, de opdracht geeft om in zijn naam en voor zijn rekening, rechtshandelingen te stellen. Voor het stellen van materiële handelingen is het dagelijks bestuur sowieso bevoegd.

van de vennootschap.⁴¹² Deze, weliswaar fel bekritiseerde rechtspraak, stelt dat de beslissing tot het instellen van een beroep tot nietigverklaring in elk geval verder gaat dan de noodwendigheden van het dagelijks leven van de vennootschap en oordeelt, rekening houdend met de juridische gevolgen die een dergelijke actie kan hebben - dit is het definitief en met terugwerkende kracht uit de rechtsorde laten verdwijnen van een uitvoerbare handeling van een overheidsinstantie - dat het in geen enkel geval, en dus nooit, kan gaan om een handeling van gering belang.⁴¹³

169. Om te bepalen of een handeling een bepaald economisch gewicht heeft/kan hebben voor de vennootschap, dient anderzijds ook rekening gehouden te worden met de gevolgen die eruit kunnen voortvloeien. Indien de handeling bijvoorbeeld effectieve gevolgen kan hebben voor de continuïteit van de onderneming (gerechtelijke reorganisatie, faillissement), kan deze beter niet gesteld worden door het dagelijks bestuur. De beslissing kan in dat geval beter door de raad van bestuur en op een raadsvergadering genomen worden. Daarnaast is een belangrijke toetssteen of de handeling een ernstig aansprakelijkheidsrisico voor de vennootschap meebrengt.⁴¹⁴

⁴¹² R.v.St. (6^e kamer) nr. 214.040, 22 juni 2011, OOO 2011, afl. 3, 357; <http://www.raadvst-consetat.be> (1 maart 2012); R.v.St. (12^e kamer) nr. 214.259, 29 juni 2011, OOO 2011, afl. 3, 360; <http://www.raadvst-consetat.be> (1 maart 2012); R.v.St. (6^e kamer) nr. 188.377, 28 november 2008, <http://www.raadvst-consetat.be> (4 mei 2009); R.v.St. (9^e kamer) nr. 152.522, 12 december 2005, CDPK 2006, afl. 3, 739, noot Jafferli, R., <http://www.raadvst-consetat.be> (11 mei 2006), TRV 2006, afl. 1, 50, noot C. CLOTTENS; R.v.St. (6^e kamer), <http://www.raadvst-consetat.be> (28 januari 2002); APM 2001 (samenvatting), 88; JDSC 2003, 198, noot C. BERTSCH; R.v.St. nr. 26.248, 7 maart 1986, Arr. R. v. St. 1986; RACE 1986, z.p.; R.v.St. nr. 26.798, 27 juni 1986, Arr. R.v.St. 1986, z.p.; R.v.St. nr. 25.860, 19 november 1985, Arr. R.V.St. 1985, z.p.; A contrario R.v.St. (15^e kamer), nr. 100.117, 23 oktober 2001, <http://www.raadvst-consetat.be> (28 mei 2002), APM 2001 (samenvatting), afl. 8-9, 207; JDSC 2003, 202; RRD 2001, afl. 100, 364, advies Bouvier, P., noot B. JADOT, Rév. prat. soc. 2001 afl. 4, 385, advies P. BOUVIER, TBH 2002, afl. 3, 233, noot; TBP 2003 (samenvatting), afl. 1-2, 141.

⁴¹³ R.v.St. (alg. verg.) nr. 113 490 (Belgacom Directory Services NV/stad Saint-Hubert) 10 december 2002, APM 2003 (samenvatting), afl. 1, 5, NJW 2003, afl. 39, 842, noot M. DE WULF, Rév. Prat. Soc. 2003, afl. 2, 214, noot; Rév. Prat. Soc. 2010 (samenvatting), afl. 1-2, 355, noot O. CAPRASSE, <http://www.raadvst-consetat.be> (14 april 2003); RW 2002-03, afl. 31, 1221 en <http://www.rw.be> (14 april 2003), noot; TBP 2004 (verkort), afl. 2, 116. (Een beslissing om een beroep tot nietigverklaring van een bestuurshandeling in te stellen bij de Raad van State, mag niet worden beschouwd als een handeling die onder het begrip dagelijks bestuur valt.)

⁴¹⁴ P. DEMEUR, "La gestion journalière et les procédures judiciaires ou arbitrales", RPS 1961, p. 66-67; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, I, Brussel, Bruylant, 1954, p. 412; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 665 nr. 1056.

e. *Vijfde component: het organigram van de vennootschap*

170. Een vijfde component om te weten of het dagelijks bestuur bevoegd zal zijn om een handeling te stellen is de samenstelling van het organigram van de vennootschap. De beoordeling van het 'gering belang' van een actie verschilt namelijk naargelang welke organen binnen de vennootschap er de effectieve leiding waarnemen. Anders gesteld: de grens waarbinnen het dagelijks bestuur moet blijven, wordt enger naarmate andere organen (met een algemene vertegenwoordigingsmacht) ruimer bevoegd zijn. De delegatie door de raad van bestuur van haar bevoegdheid aan een gedelegeerd bestuurder en een directiecomité bijvoorbeeld, leidt ertoe dat heel wat zaken reeds op het niveau van deze organen behartigd zullen worden.

f. *Zesde component: urgentie*

171. Opdat een actie als een daad van dagelijks bestuur gekwalificeerd zou kunnen worden, is het een *conditio sine qua non* dat die handeling een snelle oplossing vereist 'waarvoor niet gewacht kan worden op een vergadering van de raad van bestuur'. Op basis van welke criteria de notie ('waarvoor niet gewacht kan worden op een vergadering van de raad van bestuur') beoordeeld moet worden vinden we in de rechtspraak maar weinig terug.⁴¹⁵ In het arrest van 26 februari 2009 bevestigde het Hof van Cassatie wel het principe, namelijk dat telkens *in concreto* moet nagegaan worden of een handeling een zo snelle oplossing vereiste, dat niet op een vergadering van de raad van bestuur kan worden gewacht.⁴¹⁶ Het Hof reikte echter geen bijkomende criteria aan, zodat deze gedistilleerd moeten worden uit andere rechtspraak.

⁴¹⁵ Tot voor 2009 nam de rechtspraak het criterium van urgentie doorgaans niet in overweging, doch beoordeelde uitsluitend aan de hand van het gering belang van een handeling of deze ressorteerde onder de bevoegdheid van het dagelijks bestuur.

⁴¹⁶ Cass. (1^o k.) 26 februari 2009 (Gemeente Elsene/ NV Gebroeders Delhaize en Cie 'De Leeuw'), Arr. Cass. 2009, afl. 5, 660; FJF 2010, afl. 6, 615 en <http://www.monkey.be> (5 augustus 2010), noot; <http://www.cass.be> (20 augustus 2009); JLMB 2010, afl. 4, 154, en <http://lmbi.larcier.be> (30 juni 2010), noot; LRB 2009 (samenvatting M. DE JONCKHEERE, P. GABRIËL), afl. 2, 164; Pas. 2009, afl. 2, 592; JDSC 2010, 59, noot M. COIPEL; RGCF 2010, afl. 2, 156; noot, Rev. Prat. Soc. 2010 (samenvatting), afl. 1-2, 298, noot V. SIMONART, RW 2009-10, afl. 27, 1129 en <http://www.rw.be> (15 maart 2010), noot W. GOOSSENS en B. CAFMEYER, TBH 2009, afl. 9, 948 en <http://www.rdc-fbh.be> (18 december 2009), noot E. POTTIER en A. BERTRAND TBH 2010 (weergave D. HAEX), afl. 7, 724 en <http://www.rdc-fbh.be> (10 september 2010); TRV 2009, afl. 5, 444, noot C. CLOTTENS.

172. Illustratief in dit verband is het arrest van de Raad van State van 23 oktober 2001. In dit arrest besliste de Raad dat moest worden aangenomen dat het indienen van een verzoek tot nietigverklaring bij de Raad van State binnen de grenzen van het dagelijks bestuur van de vennootschap viel, zowel wegens de geringe aard van de belasting als wegens de moeilijkheid om de raad van bestuur, die gedeeltelijk bestond uit buitenlandse bestuurders, samen te roepen telkens de vennootschap het wenselijk zou vinden om een nieuwe taks te betwisten, wegens het hoge aantal gelijkaardige taxatiereglementen die zijn aangenomen of van die aard om aangenomen te worden in gans het land, en de stipte termijn waarbinnen de verzoeken moeten worden ingediend bij de Raad van State.⁴¹⁷

173. Het aangehaalde arrest gebruikte, ter beoordeling van de urgentie, criteria als beschikbaarheid/nabijheid van de raad van bestuur (gedeeltelijk in het buitenland), de frequentie van de te nemen beslissing (geregeld) en de termijn waarbinnen de beslissing genomen moet worden (relatief kort). Dit zijn goede criteria. Al rijst de vraag of de beschikbaarheid van de raad nog kan beoordeeld worden in functie van een, al dan niet langdurig, verblijf in het buitenland van haar leden. Er zijn immers vandaag voldoende technische middelen denkbaar, die de tussenkomst van de raad vanop afstand kunnen mogelijk maken.⁴¹⁸ Aan de andere kant dient bij de analyse steeds de ratio legis van de delegatie aan het dagelijks bestuur goed voor ogen gehouden te worden, met name de organisatie van een efficiënte en snelle besluitvorming om te vermijden dat er telkens een raad van bestuur moet worden samengeroepen om een bestuursbeslissing te nemen.⁴¹⁹

⁴¹⁷ R.v.St. (15^e kamer), nr. 100.117, 23 oktober 2001, <http://www.raadvst-consetat.be> (28 mei 2002), *APM* 2001 (samenvatting), afl. 8-9, 207; *JDSC* 2003, 202; *RRD* 2001, afl. 100, 364, advies P. BOUVIER, noot B. JADOT, *Rév. prat. soc.* 2001 afl. 4, 385, advies P. BOUVIER *TBH* 2002, afl. 3, 233, noot; *TBP* 2003 (samenvatting), afl. 1-2, 141.

⁴¹⁸ Zo kan de afwezigheid van de raad van bestuur perfect opgevangen worden door middel van een videoconferentie, een telefoonconferentie en/of een internetverbinding (vb. skype, facetime).

⁴¹⁹ H. BRAECKMANS, "Dagelijks bestuur in de NV" in *CBR Jaarboek*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 165.

Hoofdstuk II: ACTIERADIUS VAN DE BEVOEGDHEDEN VAN HET DAGELIJKS BESTUUR: **INTERN EN EXTERN**

§ 1. Intern : regels met betrekking tot de besluitvorming

A) Beraadslaging

(i) Principe: collegiale beraadslaging

174. Artikel 525 W. Venn. rept – in tegenstelling tot artikel 524bis W.Venn. (directiecomité) – met geen woord over de werkwijze van het orgaan en laat de vennootschap hierin dan ook helemaal vrij.⁴²⁰

Voor zover de vennootschap zou beslissen om in een meerhoofdig orgaan van dagelijks bestuur te voorzien, vergadert dit orgaan, tenzij de statuten dit anders zouden bepalen, collegiaal. Hiermee wordt bedoeld dat een meerderheid van de dagelijks bestuurders moet samenkomen (*quorum*) om met een gewone meerderheid (meerderheidsvereiste) van stemmen te besluiten. De regel daarbij is: één persoon, één stem.⁴²¹

De collegiale beraadslaging als principe volgt uit artikel 63 W. Venn., dat voorziet in het beginsel dat de gewone regels van de beraadslagende lichamen (bedoeld worden de Kamer en de Senaat) van toepassing zijn op de colleges en vergaderingen waarin door het Wetboek van vennootschappen is voorzien. De regel is hier, anders dan voor de raad, niet van dwingend recht.⁴²² De statuten kunnen er dus van afwijken door in een individuele of een collectieve besluitvorming door het dagelijks bestuur te voorzien. In geval het orgaan

⁴²⁰ Art. 524bis bepaalt dat de voorwaarden voor de aanstelling van de leden van het directiecomité, hun ontslag, hun bezoldiging, de duur van hun opdracht en de werkwijze worden bepaald door de statuten of bij ontstentenis daarvan door de raad van bestuur. Art. 525 W. Venn. maakt geen melding van de werkwijze.

⁴²¹ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 301, nr. 552; B. TILLEMANS, "Interne werking van de raad van bestuur", in B. ALLEMEERSCH, V. SAGAERT, VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 116, nr. 7.

⁴²² Art. 521 W. Venn.

éénhoofdig is, wat bijna altijd het geval is, beslist de betreffende dagelijks bestuurder alleen. Een gezamenlijke beraadslaging veronderstelt immers ten minste twee personen.⁴²³ De statuten zouden ook kunnen bepalen dat men bij consensus beslist, al lijkt dat enkel aangewezen indien het orgaan slechts uit twee of drie personen bestaat. Dit om de verstarring van het orgaan te vermijden.

175. De collegiale besluitvorming houdt in essentie in dat men tot een beslissing komt na een gezamenlijke beraadslaging, zonder dat het een vereiste is dat ook werkelijk over elk punt op de agenda wordt gedebatteerd.⁴²⁴ Gelet op de actuele communicatiemiddelen is de fysieke aanwezigheid van de leden hiervoor niet vereist.⁴²⁵ Tenzij de statuten dit zouden uitsluiten kunnen de debatten derhalve ook telefonisch of via videoconferentie gehouden worden. Een louter telefonisch contacteren van de individuele bestuurders zou evenwel niet voldoende zijn, omdat het een gemeenschappelijke beraadslaging niet kan vervangen.⁴²⁶ De beraadslaging is inherent mondeling, de schriftelijke besluitvorming uitzonderlijk. Het principe van collegiale besluitvorming kan in het belang zijn van de betrokken dagelijks bestuurders zelf, zeker met oog op de beoordeling van de individuele aansprakelijkheid voor gewone bestuursfouten (artikel 527 W. Venn.). Een eventuele dissidente mening zou, hoewel hiertoe geen enkele verplichting bestaat, genotuleerd kunnen worden en later als bewijs kunnen dienen. Hiertoe is dan wel vereist dat de betreffende bestuurder niet aan de besluitvorming deelnam en tegen gestemd heeft, alsook dat hij in een latere fase evenmin meewerkte aan de uitvoering van het besluit.⁴²⁷

⁴²³ F. BOUCKAERT, *Notarieel vennootschapsrecht NV en BVBA*, I, Antwerpen, Kluwer, 2000, p. 339, nr. 938; B. TILLEMANS, "Interne werking van de raad van bestuur", in B. ALLEMEERSCH, V. SAGAERT, *VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP* (eds.), Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 120, nr. 11.

⁴²⁴ H. De Wulf, *Taak en loyaleitplicht van het bestuur in een naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 298, nr. 497; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen, Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 482-483, nr. 794. Voor een treffende omschrijving van collegialiteit wordt er verder verwezen naar de overwegingen uit het Wijsmuller-arrest van de Nederlandse hoge raad: "Dat de betekenis van een bepaling in de statuten van een rechtspersoon, in geval waarin dat orgaan uit meer personen is samengesteld in het bijzonder hierin is gelegen, dat het besluit tot stand komt als vrucht van onderling overleg van alle leden van dat orgaan die, na daartoe in gelegenheid te zijn gesteld, aan dat overleg wensen deel te nemen" HR. 15 juli 1968, *NJ* 1969, 101. Zie in dezelfde zin een arrest van het hof van beroep van Parijs van 18 maart 1959, *Gaz. Pal.* 1959, 2, 6 met noot J. LAMBERT; *Journ. soc.* 1960.

⁴²⁵ C. BERTSCH, *La gestion de l'entreprise et la représentation des SA, SPRL et SCRL*, p. 588, nr. 250; P.E. PARTSCH, "Dans quelle mesure le conseil d'administration d'une société anonyme belge peut-il adopter des décisions sans réunion physique de ses membres?", *RPS* 1995, nr. 6674, nr. 20, 202; B. TILLEMANS, "Interne werking van de raad van bestuur", in B. ALLEMEERSCH, V. SAGAERT, *VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP* (eds.), Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 119, nr. 10.

⁴²⁶ B. TILLEMANS, "Interne werking van de raad van bestuur", in B. ALLEMEERSCH, V. SAGAERT, *VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP* (eds.), Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 119, nr. 10.

⁴²⁷ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 90, nr. 102.

176. Het praktisch belang van de vrijheid van de manier waarop de besluitvorming binnen het dagelijks bestuur kan worden georganiseerd is zo goed als onbestaande. Kleine NV's worden gehouden en bestuurd door dezelfde personen, die naargelang het geval in een andere hoedanigheid optreden, ofwel als bestuurder, als gedelegeerd bestuurder en/of als dagelijks bestuurder. Als er in dergelijke vennootschappen al een orgaan van dagelijks bestuur in werking wordt gesteld, is dit heel vaak een éénhoofdig orgaan dat zelfstandig kan beslissen binnen de toegekende bevoegdheidsfeer. Vaak bestaat er in vennootschappen van een dergelijke omvang geen behoefte aan een meerhoofdig orgaan en zijn daar ook geen financiële middelen voor (agencykosten). Voor grotere vennootschappen geldt, althans wanneer zij wél nood hebben aan een beraadslaging omtrent het operationele beleid, dat zij een directiecomité in werking kunnen stellen waaraan veel meer bevoegdheden gedelegeerd kunnen worden dan aan een dagelijks bestuur.

(ii) Werking

177. Ook wat de overige aspecten van de werking van het orgaan betreft wordt er in de wet zelf niets bepaald. Er zijn geen regels met betrekking tot het aantal vergaderingen, de agenda, een vereiste van notulering en de debatcultuur. De statuten kunnen wat dat betreft in alle vrijheid een regeling treffen, maar doen dit meestal niet.

B) Belangenconflictregering

(i) Algemeen

178. Een belangenconflict doet zich voor wanneer, bij het stellen van een rechtshandeling, eenzelfde persoon enerzijds optreedt als een mandataris van de vennootschap en anderzijds in zijn eigen naam en voor zijn eigen rekening.⁴²⁸ Het conflict kan rechtstreeks of onrechtstreeks zijn. Een klassiek voorbeeld van een rechtstreeks belangenconflict is het huren door de vennootschap van een gebouw dat eigendom is van een bestuurder. Het belangenconflict is onrechtstreeks wanneer een rechtshandeling wordt gesteld tussen de vennootschap en een natuurlijke persoon of een rechtspersoon waarmee een vennootschapsmandataris nauw betrokken is, zoals bijvoorbeeld het sluiten van een arbeidsovereenkomst tussen de vennootschap en de zoon van een bestuurder.⁴²⁹

179. Het Belgische vennootschapsrecht kent een wettelijke belangenconflictregering (belangenconflictprocedure): de bestuurder van de naamloze vennootschap die, rechtstreeks of onrechtstreeks, een vermogensrechtelijk belang heeft dat in strijd is met een beslissing of een verrichting van de vennootschap, is verplicht dit mee te delen aan de andere bestuurders nog voordat er een beslissing wordt genomen (meldingsplicht).⁴³⁰ De verklaring van de betrokken bestuurder samen met de rechtvaardigingsgronden betreffende het strijdig belang moeten worden opgenomen in de notulen van de raad van bestuur die de beslissing moet nemen.⁴³¹ In de private NV mag de betrokken bestuurder nog steeds deelnemen aan de besluitvorming, al staat het hem vrij om uit eigen beweging niet deel te nemen en kunnen ook de statuten in een strengere regeling voorzien. Dit is anders in de genoteerde ondernemingen, waarvoor de wet uitdrukkelijk voorziet dat de bestuurder met een strijdig belang niet mag

⁴²⁸ P. ERNST, "Belangenconflicten in naamloze vennootschappen", Antwerpen, Intersentia 1997, p. 4/5 en 40; M. OLISLAEGERS en D. CASAER, "De bescherming van corporate opportuniteiten, bedrijfsgeheimen en cliënteel: wettelijke regelingen en contractuele mogelijkheden", *Cah. Jur.* 2013, p. 80.

⁴²⁹ Belangenconflicten kunnen verder ook o.a. financieel, functioneel, emotioneel of zelfs moreel van aard zijn. Cfr. M. WYCKAERT, "Editoriaal. Niemand kan twee meesters dienen – maar wat niet weet, niet deert", *TRV* 2014, afl. 2, 87.

⁴³⁰ Artikel 523 §1 W. Venn.

⁴³¹ Als de vennootschap één of meer commissarissen heeft benoemd, is de betrokken bestuurder tevens verplicht om ook deze commissaris(sen) op de hoogte te brengen van het strijdig belang dat hij heeft (art. 523 §1 W. Venn.).

deelnemen aan de beraadslaging en ook niet aan de stemming.⁴³² De ratio is dat er in de genoteerde NV een groter aantal bestuurders bestaat, waardoor er geen problemen rond quorum en meerderheid ontstaan.⁴³³

Het uitgangspunt van de Belgische tegenstrijdig-belangregeling is dat een tegenstrijdig belang tussen de vennootschap en de bestuurder binnen de interne vennootschappelijke verhouding wordt opgelost.⁴³⁴ Wanneer een strijdig belang zich aandient, geldt een aparte besluitvormingsregeling, waaraan - in geval van niet-naleving - een eigen sanctiemechanisme gekoppeld is. Ten eerste kan de vennootschap de (relatieve) nietigheid vorderen van de beslissingen die met overtreding van de wettelijke bepalingen hebben plaatsgevonden, indien de wederpartij bij die beslissingen of verrichtingen van die overtreding op de hoogte was of had moeten zijn.⁴³⁵ In de tweede plaats bestaat een bijzondere aansprakelijkheidssanctie op grond waarvan de bestuurders en de leden van het directiecomité persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade geleden door de vennootschap of door derden ten gevolge van beslissingen of verrichtingen die hebben plaatsgevonden overeenkomstig artikel 523 W. Venn., indien die beslissing of verrichting hen een onrechtmatig financieel voordeel zou bezorgd hebben ten nadele van de vennootschap.⁴³⁶

Opdat de belangenconflictregeling van toepassing zou zijn, is vereist dat een bestuurder een vermogensrechtelijk belang heeft bij een bepaalde beslissing of verrichting. Onder een vermogensrechtelijk belang moet bovendien worden verstaan *'het verkrijgen van een materieel voordeel of het vermijden van een materieel nadeel'*. Loutere familiale, politieke, ideologische of morele belangen zijn niet voldoende voor de toepassing van de belangenconflictregeling.⁴³⁷ Het vermogensrechtelijk belang moet daarnaast ook wezenlijk zijn, in die zin dat het stemgedrag van de bestuurder op de raad moet worden beïnvloed.⁴³⁸

⁴³² Artikel 523 §1 *in fine* W. Venn.

⁴³³ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 313, nr. 570.

⁴³⁴ Te vergelijken met de Franse regeling (art. L 225-38 Code de Commerce), waar belangenconflicten tussen de bestuurders en de vennootschap eveneens op het niveau van de besluitvorming wordt geregeld, los van de vertegenwoordigingsregeling.

⁴³⁵ Art. 523, §2 W. Venn.

⁴³⁶ Art. 529 W. Venn. Zie ook H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 313 en 314, nrs. 571-572.

⁴³⁷ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 308, nr. 563.

⁴³⁸ P. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 1998, 488, nr. 540 en verder; P. ERNST, artikel 523 W. Venn. in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (EDS.), *Comm. Venn.* Mechelen, Kluwer, 2000, 36-37; H. LAGA, "Belangenconflicten, aantal bestuurders en schriftelijke besluitvorming in een NV", in Jan Ronse instituut (ed.), *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april*

Een potentieel belang volstaat: het is voldoende dat de beslissing of verrichting van het bestuursorgaan een invloed kan uitoefenen op het vermogen van de bestuurder.⁴³⁹ Ten tweede moet het belang van de bestuurder strijdig zijn met een verrichting of een beslissing die hoort tot de bevoegdheid van het bestuursorgaan. Het strijdig belang typeert het belangenconflict: het eigen belang van de bestuurder staat in conflict met het belang van de vennootschap en is in strijd met de plicht om het vennootschapsbelang te behartigen.⁴⁴⁰

In een aantal gevallen moet de wettelijke regeling niet nageleefd worden. Een eerste uitzondering betreft de handelingen tussen nauw verbonden vennootschappen. Het gaat dan om beslissingen of verrichtingen van de raad die tot stand gekomen zijn tussen vennootschappen waarvan de ene rechtstreeks of onrechtstreeks minstens 95% bezit van de stemmen verbonden aan het geheel van de door de andere uitgegeven effecten (moeder – dochtertransactie), dan wel tussen vennootschappen waarvan minstens 95% van de stemmen verbonden aan het geheel van de door elk van hen uitgegeven effecten in het bezit zijn van een andere vennootschap (zuster-zustertransactie). De tweede uitzondering betreft gebruikelijke verrichtingen die plaatsvinden onder de voorwaarden en tegen de zekerheden die op de markt gewoonlijk gelden voor soortgelijke verrichtingen. Hieronder moeten worden verstaan courante, regelmatige handelingen die worden verricht ter verwezenlijking van het vennootschapsdoel.⁴⁴¹ De beoordeling van het gebruikelijke karakter van een verrichting gebeurt in het licht van het maatschappelijk doel van de vennootschap, onafgezien van het feit of de verrichting éénmalig of meermaals plaatsvindt. Interpretatie gebeurt bovendien in het licht van de activiteiten van de vennootschap en niet in in het licht van wat op de markt gebruikelijk is. Het begrip is ruimer dan de notie 'dagelijks bestuur'.⁴⁴² De uitzondering voor gebruikelijke verrichtingen vinden we ook terug in de Franse SA, waar artikel L225-39 van de Code de Commerce voorziet dat de tegenstrijdig-belang regeling niet geldt voor de voor de

1995, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 180, nr. 7; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 308, nr. 563.

⁴³⁹ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 309, nr. 563.

⁴⁴⁰ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 310, nr. 565.

⁴⁴¹ P. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 1998, 519, nr. 581; P. ERNST, artikel 523 W. Venn. in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm. Venn.* Mechelen, Kluwer, 2000, 48; H. LAGA, "Belangenconflicten, aantal bestuurders en schriftelijke besluitvorming in een NV", in Jan Ronse instituut (ed.), *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 188, nr. 24-28; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 311, nr. 566.

⁴⁴² Kh. Antwerpen 15 februari 2012, TRV 2014, 530, noot F. PARREIN.

betrokken vennootschap gebruikelijke bedrijfstransacties die onder normale condities worden aangegaan.⁴⁴³

180. Naar de persoon viseert de wet enkel de juridische bestuurder: feitelijke bestuurders kunnen de belangenconflictregering niet naleven.⁴⁴⁴ Op het niveau van het directiecomité bestaat een gelijkaardige wettelijke belangenconflictregering: in het geval dat een lid van het directiecomité een rechtstreeks of onrechtstreeks belang van vermogensrechtelijke aard heeft dat strijdig is met een beslissing of verrichting die tot de bevoegdheid van het comité behoort, stelt het de anderen hiervan in kennis voordat het comité beraadslaagt. Zijn verklaring alsook de rechtvaardigingsgronden worden opgenomen in de notulen van het directiecomité dat de beslissing moet nemen.⁴⁴⁵ De toepassing van de belangenconflictregering kan evenwel vermeden worden door de inlichting van de raad van bestuur door een lid van het directiecomité. In deze mogelijkheid moet dan wel statutair voorzien worden.⁴⁴⁶

⁴⁴³ De Franse tekst luidt: "Toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre la société et son directeur général, l'un de ses directeurs généraux délégués, l'un de ses administrateurs, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3, doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration. Il en est de même des conventions auxquelles une des personnes visées à l'alinéa précédent est indirectement intéressée. Sont également soumises à autorisation préalable les conventions intervenant entre la société et une entreprise, si le directeur général, l'un des directeurs généraux délégués ou l'un des administrateurs de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, membre du conseil de surveillance ou, de façon générale, dirigeant de cette entreprise. (Article L225-38 Code de sociétés commerciales). De regeling is niet van toepassing op gebruikelijke bedrijfsverrichtingen, die onder normale voorwaarden worden aangegaan (Article L225-39).

⁴⁴⁴ P. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 1998, 511, nr. 565 en verder; P. ERNST, artikel 523 W. Venn. in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (EDS.), *Comm. Venn.* Mechelen, Kluwer, 2000, 38-43; H. LAGA, "Belangenconflicten, aantal bestuurders en schriftelijke besluitvorming in een NV", in Jan Ronse instituut (ed.), *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 180, nr. 7; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 309, nr. 564.

⁴⁴⁵ Art. 524ter §1, lid 1 W. Venn.

⁴⁴⁶ Art. 524ter §2 W. Venn.

(ii) Ontbreken van een wettelijke belangenconflictregering voor het dagelijks bestuur

181. Voor het dagelijks bestuur werd niet in een belangenconflictregering voorzien.⁴⁴⁷ Uit de parlementaire voorbereidingen bij de wet blijkt dat dit een weloverwogen keuze van de wetgever was om de beslissingen door personen aan wie het dagelijks bestuur is opgedragen niet onder de regeling te laten vallen.⁴⁴⁸ De wetgever motiveerde zijn keuze echter niet. Men mag aannemen dat deze ingegeven was door het relatief geringe belang van de handelingen van dagelijks bestuur en het beduidend lagere risico inzake belangenvermenging ten opzichte van de vennootschap en/of derden. Het ontbreken van een belangenconflictregering op het niveau van het dagelijks bestuur moet genuanceerd worden in het licht van het onderscheid dat moet worden gemaakt tussen de afgevaardigd bestuurder en de dagelijks bestuurder.

a. *Eerste tempering: wat de afgevaardigd bestuurder betreft*

182. Voor de afgevaardigd bestuurder geldt dat deze eventuele belangenconflicten, gesteld in zijn hoedanigheid als bestuurder, zal moeten voorleggen aan de raad van bestuur in overeenstemming met artikel 523 W. Venn. De conclusie is m.i. niet anders voor handelingen gesteld door de afgevaardigd bestuurder die moeten worden opgevat als handelingen van dagelijks bestuur. De toepasselijkheid van de belangenconflictregering betreft immers beslissingen of verrichtingen die tot de bevoegdheid horen van de raad van bestuur.⁴⁴⁹ Handelingen van dagelijks bestuur kunnen daarvan niet worden uitgesloten. De delegatie van handelingen aan een orgaan van dagelijks bestuur betreft immers geen overdracht, maar slechts een gedelegeerde bevoegdheid waarvoor ook de raad concurrentieel bevoegd blijft.⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ E. WYMEERSCH, *De belangenconflictregering in de vennootschappen. De regeling voor de NV, bvba en de coöp. V. (artikelen 60, 60bis en 133W W. Venn., Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1996, 42, nr. 25; P. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 1998, 483, nr. 534; Brussel (9ek.) 14 april 2000, JDSC 2002, noot C. BERTSCH; RPS 2000, 362; Gent 20 oktober 2008, TRV 2013, 170, noot D. VAN GERVEN.*

⁴⁴⁸ Verslag namens de commissie, *Parl. St. Kamer*, 1992-1993, nr. 1005/19, p. 100.

⁴⁴⁹ Art. 523§1, eerste lid W. Venn.

⁴⁵⁰ Met dien verstande dat de raad de werking van de vennootschap niet mag verstoren. Zie H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 295, nr. 543; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, p. 392; D. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, IV, Rechtspersonen*, I, Mechelen, Kluwer, 2007, 148; Cass. 21 februari 2000, TRV 2000, 283, JDSC 2001, 149, noot C. BERTSCH.

In alle andere gevallen wordt de belangenconflictregering immers uitgehold.⁴⁵¹ Het ontbreken van een belangenconflictprocedure op het niveau van dagelijks bestuur, zou in hoofde van de afgevaardigd bestuurder dan ook geen risico tot omzeiling van de regeling mogen impliceren. Het gevaar daarvan kan treffend geïllustreerd worden aan de hand van de volgende feiten, die ten grondslag lagen van een arrest van het Hof van Beroep van Gent van 20 oktober 2008:

In de NV houthandel DR, een familiezaak, was er sinds 2002 een conflict gerezen omtrent het toekomstige beleid van de vennootschap. Nadat de Rechtbank van Koophandel eerder al beslist had dat de aandelen in de vennootschap gedwongen moesten worden overgedragen, betichtte de controlerende aandeelhouders de voormalige aandeelhouders, die destijds tevens de afgevaardigd bestuurder (PDR) hadden aangewezen en intussen een nieuwe houthandel waren opgestart, van slecht bestuur. Zij stelden onder andere dat PDR, toen hij afgevaardigd bestuurder was van de NV DR, een bedrijfswagen van het merk Mercedes (bouwjaar 1997) aan zichzelf zou hebben verkocht voor de veel te lage prijs van 5.999,02 euro. Zij beriepen zich op een schending van de belangenconflictregering om een schadevergoeding van 25.000 euro, vermeerderd met de interesten sinds 2004, te bekomen.

Het Hof oordeelde evenwel dat artikel 523 W. Venn. hier niet van toepassing was, omdat de handeling (de aankoop van de bedrijfswagen door de afgevaardigd bestuurder van de vennootschap), gelet op het gering belang ervan, diende te worden beschouwd als een handeling van dagelijks bestuur. De beroepsrechter nam daarbij de jaaromzet van de NV DR, die in 2003 ongeveer 6,5 miljoen euro bedroeg, in aanmerking. Aldus werd hier de belangenconflictregering buiten spel gezet doordat het Hof de aankoop van de wagen beschouwde als een handeling van dagelijks bestuur.

183. Deze uitspraak dient vooreerst opnieuw geëvalueerd te worden, in het licht van de huidige restrictieve benadering van het dagelijks bestuur door het Hof van Cassatie. Het is immers niet zeker dat de betreffende handeling vandaag nog altijd zou gekwalificeerd worden als een handeling van dagelijks bestuur. Dit zal alleszins, bij gebrek aan urgentie, niet meer kunnen onder de tweede categorie van handelingen (urgente handelingen van gering belang

⁴⁵¹ K. GEENS en M. WYCKAERT, "Discretie of transparantie in het vennootschapsbelang: spreken is zilver, zwijgen blijft goud?" in *Van alle markten. Liber amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia 2008, 532, nr. 6; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 309, nr. 564.

die de tussenkomst van de raad van bestuur niet rechtvaardigen). Evenmin is duidelijk of de verkoop van een wagen *in casu* deel was van de normale exploitatie van de vennootschap en in overeenstemming met de beleidslijn van de raad van bestuur (blijkbaar niet).

Een ander punt is dat het Hof hier voorbijgegaan is aan het feit dat PDR naast dagelijks bestuurder ook bestuurder was en dus de beraadslaging over de aankoop en de prijs van de wagen evenzeer op het niveau van de raad van bestuur had kunnen laten plaatsvinden. Dit deed hij niet, vermoedelijk om de wagen ten koste van de vennootschap zo goedkoop mogelijk te kunnen aankopen.⁴⁵² Men kan hieruit afleiden dat het Hof – weliswaar impliciet – heeft geoordeeld dat niet alle handelingen waarvoor de raad van bestuur bevoegd is, onderworpen moeten worden aan de regeling ex artikel 523 W. Venn. Deze beslissing staat in contrast tot een bepaalde strekking in de rechtsleer, die verdedigt dat het de bedoeling van de wetgever was dat alle handelingen waarvoor de raad van bestuur bevoegd is aan de procedure van artikel 523 W. Venn. zouden onderworpen worden, niet enkel deze die hem effectief werden voorgelegd.⁴⁵³ Anders gezegd wanneer een dagelijks bestuurder een tegenstrijdig belang heeft en ook de hoedanigheid van bestuurder heeft, dat de aangelegenheid zou moeten worden voorgelegd aan de raad van bestuur, die dan toepassing maakt van de belangenconflictprocedure.

Voor deze stelling kan steun gevonden worden in de gewijzigde wetteksten en de parlementaire voorbereidingen: tot voor de wijziging van artikel 60 Venn. W. (oud) gold de conflictregeling immers slechts voor *'een verrichting of een beslissing bij de uitvoering waarvan de bestuurder rechtstreeks of onrechtstreeks een persoonlijk belang heeft'*, waar de huidige wettelijke regeling geldt voor *'beslissingen en verrichtingen die tot de bevoegdheid horen van de raad van bestuur'*. Deze wetswijziging bevestigde de eerder in de rechtsleer vertolkte opvatting dat niet alleen handelingen waarbij de vennootschap in het rechtsverkeer optreedt, maar ook interne beslissingen aan de belangenconflictregeling moeten worden onderworpen. Bovendien, zo stelt WYMEERSCH, is voor de toepasselijkheid ervan zelfs niet

⁴⁵² Het hof van beroep besliste evenwel dat de koop tegen normale voorwaarden werd aangegaan, nu de controlerende aandeelhouders er niet in slaagden te bewijzen dat de restwaarde van de Mercedes hoger was dan de effectief door PDR betaalde koopprijs.

⁴⁵³ E. WYMEERSCH, *De belangenconflictregeling in de vennootschappen. De regeling voor de NV, bvba en de coöp. V. (artikelen 60, 60bis en 133W W. Venn.)*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1996, 32, nr. 17; HP LEMAITRE, "La réforme de 1995 du droit des sociétés: l'article 60 et la procession d'Echernach", *DAOR* 1995, 13, nr. 11. Zie ook Contra: P. ERNST, *belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 1998, 486, nr. 537.

vereist dat de handeling in een formele beslissing van de raad van bestuur zou worden gesteld.

454

b. *Tweede tempering: wat de dagelijks bestuurder betreft*

184. Hoewel de handelingen van de 'gewone' dagelijks bestuurder niet onderworpen zijn aan de belangenconflictregering, wil dit niet zeggen dat deze in een juridisch vacuüm opereert en derhalve ongestoord verrichtingen mag stellen waarin hij zelf of de bestuurders een strijdig belang zouden hebben. Ten aanzien van de gewone dagelijks bestuurder kan men, bij ontbreken van een *lex specialis* in het vennootschapsrecht, terugvallen op de algemene beginselen van het recht, waaronder de gemeenrechtelijke principes die gelden bij lastgeving en de wettelijke plicht om overeenkomsten te goeder trouw uit te voeren.⁴⁵⁵

b.1. Algemeen rechtsbeginsel inzake *Selbsteintritt*

185. Wat de lastgeving betreft aanvaardt de Belgische rechtsleer zo goed als unaniem⁴⁵⁶ dat er een algemeen rechtsbeginsel bestaat op grond waarvan het de lastgever niet is toegelaten om zelf als wederpartij op te treden in transacties met zijn lastgever.⁴⁵⁷ In een arrest van 7 december 1978 besliste het Hof van Cassatie immers in de volgende bewoordingen tot de nietigheid van een handeling die de lasthebber verricht had in strijd met het algemeen rechtsbeginsel vervat in artikel 1996 BW:

⁴⁵⁴ E. WYMEERSCH, *De belangenconflictregering in de vennootschappen. De regeling voor de NV, bvba en de coöp. V. (artikelen 60, 60bis en 133W W. Venn.)*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1996, 32, nr. 17. WYMEERSCH verwijst hier naar de gewoonte in kleine vennootschappen om handelingen te stellen zonder formele beslissing.

⁴⁵⁵ E. WYMEERSCH, *De belangenconflictregering in de vennootschappen. De regeling voor de NV, bvba en de coöp. V. (artikelen 60, 60bis en 133W W. Venn.)*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1996, p. 42, nr. 25.

⁴⁵⁶ Sommige auteurs, waaronder VAN GERVEN, zijn van mening dat het wezen van de vertegenwoordiging er zich niet tegen verzet dat de vertegenwoordiger de rechtshandeling, waarvoor hij zelf een volmacht heeft verkregen, met zichzelf sluit. Alleen in bijzondere gevallen, zoals bijvoorbeeld in artikel 1596 BW, acht men dit uitgesloten. W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen/Utrecht, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1973, 480, nr. 147.

⁴⁵⁷ B. TILLEMANS, *Lastgeving*, in *APR*, 1997, 54-55, nr. 91-93; C. DE WULF, *Het opstellen van notariële akten*, III, Mechelen, Kluwer, 2005, 245, nr. 304; C. PAULUS en R. BOES, "De recente cassatierechtspraak in verband met lastgeving" in *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 209, nr. 20; A. WYLLEMAN, "Vertegenwoordigingsperikelen", in *Liber amicorum Hubert Bocken, Dare la luce*, Brugge, Die Keure, 2009, 211-225; B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRYNS, E. TERRYNS, C. HEEB, P. NAEYAERT, [Lastgeving] "Vertegenwoordiging t.o.v. derden", *TPR* 2010, afl. 2, p. 615, nr. 23; Zie evenwel contra deze redenering: V. SIMONART, "Conclusions générales" in *Les conflits d'intérêts*, Brussel, Bruylant, 1997, 314.

*“dat, zo de handeling, gesteld in strijd met het rechtsbeginsel dat er zich tegen verzet dat in een akte de lasthebber van een partij tevens als tegenpartij van zijn lastgever zou optreden, nietig is, deze nietigheid slechts relatief is en kan worden gedekt door de met kennis van zaken handelende lastgever.”*⁴⁵⁸

Het Hof viseert hiermee volgens DE WULF slechts de situatie van *Selbsteintritt (conflict of duty and interest)*, namelijk de situatie waarin de vertegenwoordiger zelf wederpartij wordt van degene die hij vertegenwoordigt met uitsluiting van de situatie waarin een vertegenwoordiger optreedt als vertegenwoordiger van twee partijen bij een transactie zonder daarbij zelf ook partij te zijn (het probleem van twee heren dienen of *conflict of duty*).⁴⁵⁹ Het toepassingsgebied van de aangehaalde gemeenrechtelijke regel is derhalve zeer beperkt en beoogt enkel het geval dat de dagelijks bestuurder in zijn hoedanigheid van vertegenwoordiger van de vennootschap zelf tegenpartij wordt van die opdracht gevende vennootschap (bijvoorbeeld het aankopen van een pand van de (immobiliën)vennootschap door de dagelijks bestuurder).

Het verbod is wel doeltreffend, in die zin dat het voldoende waarborgen biedt aan de vennootschap om nadien – met kennis van zaken – de gestelde handeling te kunnen vernietigen. Anderzijds worden dergelijke transacties ook niet volledig onmogelijk gemaakt: de mogelijkheid bestaat immers dat deze ten volle hun uitwerking behouden in het rechtsverkeer ingeval de dagelijks bestuurder vooraf goedkeuring vraagt en verkrijgt van de (toezichthoudende) raad van bestuur van de vennootschap. De nietigheidssanctie is bovendien relatief en kan enkel door de vennootschap (als lastgever en de persoon voor wie de bescherming bedoeld is) worden ingeroepen.⁴⁶⁰

⁴⁵⁸ Cass. 7 december 1978, Arr. Cass. 1978-79, 407 en Pas. 1979, I, 408. Zie ook L. Fredericq, *HANDBOEK*, II, 1963, p.70, NR. 1038; P. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 1997, p. 334, nr. 365. Het Hof herbevestigde het bestaan van dit algemeen rechtsbeginsel in zijn arrest van 18 maart 2004, waarin het oordeelde dat: “Overwegende dat het een algemeen rechtsbeginsel is dat degene die voor rekening van een ander rechtshandelingen moet stellen, daarbij niet mag optreden als tegenpartij van die andere, dat een dergelijke handeling uit haar aard nietig is.” Cass. 18 maart 2004, Arr.Cass. 2004, afl. 3, 466; <http://www.cass.be> (18 april 2004); Pas. 2004, afl. 3, 452; RW 2004-05, afl. 28, 1101 en <http://www.rw.be> (14 maart 2005), noot M. DE THEIJE.

⁴⁵⁹ H. DE WULF, *Taak en loyaleiteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia 2002, p. 582-583, nrs. 921-926.

⁴⁶⁰ Cass. 7 december 1978, Arr. Cass. 1978-79, 407 en Pas. 1979, I, 408. Zie ook A. WYLLEMAN, “Vertegenwoordigingsperikelen”, in *Liber amicorum Hubert Bocken, Dare la luce*, Brugge, Die Keure, 2009, 217.

b.2. Corporate opportunities

186. Van een bestuurder wordt verwacht dat deze loyaal optreedt en steeds handelt in het belang van de vennootschap (artikel 522 W. Venn.). De bevoegdheden van een bestuurder worden hem/haar immers toegekend voor specifieke doeleinden, met name het dienen van het vennootschapsbelang. Bestuurders moet in alle omstandigheden rekening houden met de eigen belangen van de vennootschap, zelfs wanneer er geen sprake is van een belangenconflict.

Eenzelfde bedenking kan worden gemaakt met betrekking tot de gewone dagelijks bestuurder die zeer duidelijk deel uitmaakt van het uitvoerend bestuur en management van de vennootschap: het mandaat dient te goeder trouw te worden uitgevoerd in het belang van de vennootschap en in het belang van derden die met deze vennootschap handelen.

Uit de toepasselijkheid van de loyauteitsplicht in hoofde van de dagelijks bestuurder volgt dat alle overige handelingen - namelijk alle handelingen waarbij een dagelijks bestuurder een tegenstrijdig belang heeft met de vennootschap die niet gedekt worden door de regel inzake *Selbsteintritt* – derhalve gedekt worden door de in hoofde van de dagelijks bestuurder bestaande plicht om loyaal te handelen ten opzichte van de vennootschap. Uit deze verplichting om loyaal te handelen, vloeit bovendien de plicht voort om elke ondernemingskans waarvan de dagelijks bestuurder uit hoofde van zijn functie kennis krijgt, te melden aan het bevoegde orgaan van de vennootschap, zodat het bevoegde orgaan kan beslissen over de opportuniteit daarvan (*cf.* de ondernemingskansenleer of *corporate opportunities*-leer).⁴⁶¹ Dit leerstuk – ontstaan in de *common law* wereld, later opgepikt door de Belgische rechtsleer – verbiedt leidinggevendenden een kans of een opportuniteit die geacht wordt aan de vennootschap toe te komen persoonlijk te benutten:

*"the doctrine of corporate opportunities provides that corporate fiduciaries cannot, without consent, divert and exploit for their own benefit any opportunity that should be deemed an asset of the corporation."*⁴⁶²

⁴⁶¹ H. DE WULF, *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia 2002, p. 745, nrs. 1189 en verder.

⁴⁶² A. VAN IMPE, M. JANS, "Niemand kan twee heren dienen. Corporate Opportunities: over zakenkansen en loyauteit" noot onder Gent 31 januari 2011, *TRV* 2013, afl. 8, 807.

Of een zakenkans ook effectief moet worden beschouwd als een ondernemingskans kan worden uitgemaakt door toepassing van de in de Amerikaanse rechtspraak daartoe ontwikkelde *lines of business*-test:

"Where a corporation is engaged in a certain business, and an opportunity is presented to it embracing an activity as to which it has fundamental knowledge, practical experience and ability to pursue, which, logically and naturally, is adaptable to its business having regard for its financial position, and is one that consonant with its reasonable needs and aspirations for expansion, it may be properly said that the opportunity is in the line of the corporation's business."⁴⁶³

Het activiteitenterrein van de vennootschap speelt dus een doorslaggevende rol om te bepalen of een zakenkans een ondernemingskans is.⁴⁶⁴ Bij deze analyse moet men dus kijken naar zowel het reële activiteitenterrein als het potentiële terrein, m.a.w. activiteiten waarvan de dagelijks bestuurder weet dat de vennootschap er interesse voor heeft of deze interesse zou moeten hebben. Dit is een feitenkwestie, waarover in voorkomend geval de rechtbank zich zal moeten buigen. De sanctie voor het niet vooraf melden van een ondernemingskans en deze kans zelf te grijpen ten koste van de vennootschap moet worden beschouwd als een onzorgvuldig handelen van de dagelijks bestuurder en brengt bijgevolg diens interne aansprakelijkheid in het gedrang.

§ 2. Extern: regels met betrekking tot de vertegenwoordiging

187. Naast de interne bestuursbevoegdheid beschikt het dagelijks bestuur als orgaan ook over de externe vertegenwoordigingsmacht om de vennootschap te verbinden ten opzichte van derden. Deze macht is beperkt tot rechtshandelingen tot uitoefening van het dagelijks

⁴⁶³ Loft, Inc. v. Guth, 2 A.2d 503, 514, (Del. Ch. 1939).

⁴⁶⁴ Zie ook H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia 2002, p. 748 en 749, nr. 1193; A. VAN IMPE, M. JANS, "Niemand kan twee heren dienen. Corporate Opportunites: over zakenkansen en loyaleit" noot onder Gent 31 januari 2011, *TRV* 2013, afl. 8, 808.

bestuur.⁴⁶⁵ Hoewel dit niet blijkt uit de wet, wordt in de rechtsleer algemeen aangenomen dat de leden van het orgaan in beginsel individueel vertegenwoordigingsbevoegd zijn.⁴⁶⁶ Bij een meerhoofdig orgaan van dagelijks bestuur, zouden de statuten van dit principe kunnen afwijken: de wet bepaalt uitdrukkelijk dat het dagelijks bestuur door verschillende 'gezamenlijk' handelende personen kan worden uitgeoefend.⁴⁶⁷

188. De beperking van de vertegenwoordigingsmacht van de dagelijks bestuurder vloeit voort uit de wet (artikel 525, lid 1 W. Venn.).⁴⁶⁸ Alle rechtshandelingen die door het orgaan van dagelijks bestuur gesteld zouden worden buiten de grenzen van de wettelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid (en dus buiten de grens van diens 'dagelijks bestuur'), kunnen niet aan de rechtspersoon toegerekend worden. De vennootschap is dus niet verbonden voor handelingen van haar dagelijks bestuur buiten die wettelijke grens gesteld. De onbevoegdheid kan zowel worden ingeroepen door de wederpartij waarmee men handelt, als door de vennootschap zelf.⁴⁶⁹

Onderlinge taakverdelingen en bevoegdheidsbeperkingen binnen de vennootschap of het orgaan zelf zijn wel toegestaan. Deze kunnen nochtans - in overeenstemming met de prokuraal - niet aan derden te goeder trouw tegengeworpen worden, zelfs niet als zij bekendgemaakt zouden zijn. De statuten van een immobiliënvennootschap zouden bijvoorbeeld geldig kunnen bepalen dat het dagelijks bestuur, gespecialiseerd in villabouw, bevoegd kan zijn om over te gaan tot de aankoop van een onroerend goed onder de voorwaarde dat iedere aankoop boven één miljoen euro vooraf zou voorgelegd en goedgekeurd worden door de raad van bestuur. Dergelijke statutaire clausule (met interne beperking van bevoegdheid) zal dan intern, binnen de vennootschap nageleefd moeten

⁴⁶⁵ Dit volgt rechtstreeks uit art. 525, lid 1 W. Venn. De beperkte vertegenwoordigingsbevoegdheid van de dagelijks bestuurder staat in contrast met de algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur en de gedelegeerd bestuurder uit art. 522§2 W. Venn.

⁴⁶⁶ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, II, Leuven, Acco, 1970, p. 360; J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973, commentaar van de wet van 6 maart 1973*, Gent-Leuven, Story's rechtskundige uitgaven, 1975, nr. 381; E.E.G. GEPKEN-JAGER, *Vertegenwoordiging bij NV en BV*, Steendam, Deventer, Kluwer, 2000, p. 181.

⁴⁶⁷ Art. 525 lid 1 W. Venn.: "die alleen of gezamenlijk optreden".

⁴⁶⁸ Art. 525, lid 1 W. Venn.; H. LAGA, "De vertegenwoordiging van een NV als zaakvoerster in een VOF" (noot onder *Arbeidsh.* Antwerpen 10 januari 1991), *TRV* 1991, 428, nr. 8; F. CLEEREN, "Het orgaan van dagelijks bestuur", *RW* 1996-97, 215, nr 30.

⁴⁶⁹ J. RONSE, "De vertegenwoordiging van rechtspersonen naar Belgisch recht" in X, *Gebruikt dese mynen arbeit tot uwen beste. Verspreide geschriften Jan Ronse*, Reeks rechtspersonen en vennootschapsrecht, nr. 20, Biblio, Kalmthout, 2009, p. 472; K. GEENS en M. WYCKAERT m.m.v. C. CLOTENS, S. DE DIER en F. PARREIN, *De Vennootschap. Algemeen deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, p. 481, nr. 257; H. BRAECKMANS, "Dagelijks bestuur in de NV" in *CBR Jaarboek*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 166, nr. 2.

worden. Extern, ten opzichte van de betrokken wederpartijen, zal de betreffende handeling (in de mate zij naderhand ook effectief als een handeling van dagelijks bestuur zou weerhouden worden) de immobiliënvennootschap verbinden.

De tegenwerpelijkheid ten opzichte van derden volgt uit het feit dat de beperking van de vertegenwoordigingsmacht van het orgaan een wettelijke, niet een statutaire of interne, begrenzing betreft. Dit komt overeen met artikel 9.1, alinea 2 van de eerste vennootschapsrichtlijn, op grond waarvan de vennootschap ten opzichte van derden niet gebonden is door rechtshandelingen door haar organen met overschrijding van de wettelijk toegekende bevoegdheid verricht.⁴⁷⁰

189. Men kan zich afvragen of de beperking van de vertegenwoordigingsmacht van het orgaan tot het dagelijks bestuur, bij gebreke aan een wettelijke omschrijving van dit begrip, niet in strijd is met de *ratio* van (artikel 10 van) de eerste vennootschapsrichtlijn. Één van de hoofdredenen tot invoering van de richtlijn was immers de bescherming van derden te verzekeren door de bepalingen die de graden van ongeldigheid van de ten name van de vennootschap aangegane verbintenissen zoveel mogelijk te beperken.⁴⁷¹ Op grond van artikel 10 van de richtlijn moet de derde die met de vennootschap handelt zich enkel vergewissen van de bekendmaking van de benoeming van de organen van vertegenwoordiging.⁴⁷² Een verdergaande onderzoeksbevoegdheid kan van hen – net omwille van de rechtszekerheid – niet worden verwacht.⁴⁷³

⁴⁷⁰ De tekst van art. 9.1, alinea 2 luidt: "De vennootschap wordt ten opzichte van derden gebonden door de rechtshandelingen welke door haar organen worden verricht, ook al vallen deze handelingen niet onder het vennootschapsdoel, tenzij door genoemde handelingen de bevoegdheden worden overschreden welke aan deze organen volgens de wet toekomen of kunnen worden toegerekend."; Art. 9 van de eerste richtlijn van de raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van art. 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, thans art. 10 richtlijn 2009/101/EG van 16 september 2009, *Pb. L.* 258, 1 oktober 2009, p. 11

⁴⁷¹ Zie rechtsoverweging vijf bij de richtlijn.

⁴⁷² J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973, commentaar bij de wet van 6 maart 1973*, Gent-Leuven, Story's rechtskundige uitgaven, 1973, p. 148, nr. 285.

⁴⁷³ Dit wordt treffend verwoord door de Nederlandse professor vennootschapsrecht J.M.M. MAEIJER in een artikel over de reikwijdte van art. 9 van de eerste vennootschapsrichtlijn: "Uitgangspunt van art. 9 van de eerste richtlijn is dat van een derde alleen nog maar mag worden verwacht dat hij door raadpleging van het handelsregister nagaat wie vertegenwoordigingsbevoegd is; zie lid 2 en 3 van art. 9. Hij hoeft niet op voorhand statuten of besluiten te onderzoeken." J.M.M. MAEIJER, "De reikwijdte van art. 9 eerste EG-richtlijn met betrekking tot de vertegenwoordiging bij NV en BV" in C.D.J. BULTEN, C.J.H. JANSEN, G. VAN SOLINGE (eds.), *Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer*, Kluwer, 2009, p. 399, nr. 4.

De beperking van de externe vertegenwoordigingsbevoegdheid van de dagelijks bestuurder tot het 'dagelijks bestuur' verlangt echter een grootschalig onderzoek van derden die met de vennootschap een contract willen aangaan. Om de omvang van de vertegenwoordigingsmacht van het orgaan te kennen moet de derde al een zeer concreet onderzoek verrichten naar wat er precies tot het dagelijks beleid van de vennootschap behoort. Dit is bovendien een evolutief gegeven, omdat een vennootschap op vele manieren kan groeien en deze groei allicht een weerslag zal hebben op de bevoegdheid van het dagelijks bestuur. De statuten van de vennootschap raadplegen, biedt geen effectieve uitweg, omdat de rechter nadien niet gebonden zal zijn door de invulling door de vennootschap van welke bevoegdheden zij aan het dagelijks bestuur heeft toevertrouwd.⁴⁷⁴ Het onderzoek van derden om te weten wanneer het dagelijks bestuur de vennootschap kan verbinden, is dus niet min en de resultaten van de eventuele opzoekingen zijn erg onzeker. Zelfs een door de vennootschap op voorhand opgestelde lijst van bevoegdheden, kan nadien door de rechtbank terzijde geschoven worden.

Deze onderzoeksplicht van derden staat inderdaad haaks op de doelstellingen van de richtlijn en heeft ook ernstige gevolgen voor de rechtszekerheid en de bescherming van derden voor onbevoegd handelen van de vennootschap.⁴⁷⁵ Het ontbreken van een wettelijke definitie van het begrip 'dagelijks bestuur' en de casuïstische invulling ervan door de rechtspraak, moet daarbij beschouwd worden als de aanleiding maar niet als de enige oorzaak van de onzekerheid die inherent schijnt te zijn aan de wettekst over het dagelijks bestuur. De notie vatten in een wettelijke definitie is nu eenmaal complex (hoewel dit ook niet onmogelijk is) en kan bovendien nooit honderd procent sluitend zijn. Zelfs als er een verruiming van de wet zou zijn, is het niet ondenkbaar dat sommige handelingen door derden en/of de vennootschap gepercipieerd worden als handelingen van dagelijks bestuur, terwijl een rechtbank hierover nadien alsnog een ander oordeel kan hebben. Eventueel zou er kunnen worden gewerkt met categorieën van handelingen waarvoor dagelijks bestuurders in elk geval niet bevoegd kunnen zijn, waarbij hen daarbuiten ten aanzien van derden een onbeperkte vertegenwoordigingsmacht wordt toegekend met betrekking tot het dagelijks bestuur. Overige bevoegdheidsbeperkingen werken dan alleen maar in de interne verhouding. Extern ligt het risico bij de vennootschap, die verantwoordelijk is voor de keuze van haar dagelijks

⁴⁷⁴ Hoogstens kunnen deze statuten als een leidraad dienen voor de rechter bij zijn beoordeling.

⁴⁷⁵ Zie *infra* randnummers 507 en verder. Zie hierover ook E.E.G. GEPKEN-JAGER, *Vertegenwoordiging bij NV en BV*, Steendam, Deventer, Kluwer, 2000, p. 187-188, die reeds in 2000 concludeerde dat de Belgische wetgeving op dit punt op gespannen voet staat met artikel 10 van de eerste vennootschapsrichtlijn.

bestuurder. Het beperken van de ongeldigheid van het bevoegdheidsoverschrijdend optreden van de dagelijks bestuur, enkel tot die gevallen gevallen van misbruik van bevoegdheid door de betrokken dagelijks bestuurder en onverminderd de persoonlijke aansprakelijkheid van deze laatste tegenover de vennootschap, is in elk geval geen goed alternatief. Artikel 9, lid 1 van de richtlijn schrijft expliciet voor dat de vennootschap ten opzichte van derden niet gebonden kan worden door handelingen die gesteld worden met een overschrijding van de wettelijke bevoegdheid (beperkt tot het dagelijks bestuur).⁴⁷⁶

⁴⁷⁶ Zie *infra* randnummers 26 en verder.

Hoofdstuk III: CONCRETE TOEPASSINGEN : BEVOEGDHEDEN VAN HET DAGELIJKS BESTUUR

190. Na de noodzakelijke duiding over wat positiefrechtelijk verstaan moet worden onder het begrip dagelijks bestuur (hoofdstuk I) en wat de draagwijdte is van de omvang van dit orgaan (hoofdstuk II), kan er in dit hoofdstuk meer concreet nagegaan worden welke categorieën van rechtshandelingen het orgaan van dagelijks bestuur probleemloos kan stellen. Voor het opstellen van dit overzicht werd een analyse gemaakt van de rechtspraak en de rechtsleer uit het verleden, die hier als een leidraad fungeert. Uit het overzicht zal blijken dat de dagelijks bestuurder vele soorten handelingen kan stellen in naam van de vennootschap, gaande van het stellen van administratieve handelingen (§1), financiële handelingen (§2), bewarende acties (§3), handelingen van aan- en verkoop (§4), het aangaan en beëindigen van allerhande overeenkomsten (§5) tot het stellen van proceshandelingen (§6).

§ 1. Administratieve acties

191. Administratieve handelingen behoren zonder twijfel tot het takenpakket van de dagelijks bestuurder. Het in ontvangst nemen van briefwisseling en van kennisgevingen bestemd voor de vennootschap zijn handelingen van administratieve aard, die een dagelijks bestuurder sowieso kan stellen.⁴⁷⁷ Ook het ontvangen en openmaken van een bericht van wijziging afkomstig van de fiscus behoort tot de bevoegdheid van het dagelijks bestuur.⁴⁷⁸ Daarnaast valt ook het opnemen van kortlopende rekeningen (een bank-, post- en/of PC-rekening), het openen en afsluiten ervan hieronder.⁴⁷⁹

⁴⁷⁷ Cass. 20 mei 1969, *Pas.* 1970, I, 858; *RPS* 1971, nr. 5616, p. 54; *Bull. Contr.* 1970, 1381; *Bull. Bel.* 1970, 1419; *Rev. fisc.* 1969, 433; *J. prat. Dr. fisc.* 1969, 186; *RW* 1969-1970, 523, *Arr. Cass.* 1969, 926. In wezen zijn dit passieve handelingen, die door het dagelijks bestuur altijd gesteld kunnen worden.

⁴⁷⁸ Luik 17 juni 1971, *RPS* 1971, nr. 5178, p. 375.

⁴⁷⁹ K. BYTTEBIER en F. CLEEREN, "Bestuur en vertegenwoordiging" in *De NV in de praktijk*, I.42.72; J. RONSE, "Algemeen deel van het vennootschapsrecht", *Acco*, Leuven, 1975, p. 382; B. TILLEMANS, "Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging", nr. 1062, p. 668.

192. Verder is ook het in stand houden van overeenkomsten die namens de vennootschap werden aangegaan een deel van het takenpakket van de dagelijks bestuurder. Het kan dan gaan om een 'standhouden' of 'doen standhouden' van een overeenkomst, die voor en door de vennootschap werd aangegaan, waarmee bedoeld wordt dat het vennootschapscontract zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend aangehouden kan worden. Het verzoek tot hernieuwing van een handelshuur van een onroerend goed, waar de bedrijfszetel van de vennootschap is gevestigd bijvoorbeeld, heeft een essentieel bewarend karakter en kan door het dagelijks bestuur worden gesteld.⁴⁸⁰ De inschrijving en de vernieuwing van een inschrijving op een hypotheek alsook het kantmelden van de aankoop van een onroerend goed strekken eveneens tot het instandhouden van vennootschapscontracten.⁴⁸¹

§ 2. Financiële acties

193. Vanuit de bekommernis dat de vennootschap te allen tijde over liquide middelen dient te beschikken, is het logisch maar ook essentieel dat de dagelijks bestuurder de bevoegdheid heeft om betalingen te aanvaarden ten voordele van de vennootschap. In de mate dat het aanvaarden van een betaling overigens beschouwd moet worden als een zuiver passieve handeling, d.w.z. een handeling die geen enkel rechtsgevolg beoogt of zelfs kan beogen, dient men aan te nemen dat eenieder - zelfs een werknemer van de vennootschap - betalingen kan aannemen. Het onderscheid is in de praktijk echter niet steeds eenvoudig te maken. In de rechtsleer geeft men hier het innen van een niet-betwiste, eisbare schuld als voorbeeld.⁴⁸² Naar analogie zal ook het accepteren van een betaling met chip- en pinkaarten onder deze categorie ressorteren.⁴⁸³ Het komt verder gepast voor dat de dagelijks bestuurder over de bevoegdheid beschikt om debiteuren van de vennootschap uitstel van betaling toe te kennen, afhankelijk van de toegestane termijn en het te ontvangen bedrag.

⁴⁸⁰ Vred. Luik, 28 oktober 1965, *JLMB* 1965-66, 278. (In casu werd overwogen dat de aanvraag tot huurhernieuwing met betrekking tot een onroerend goed, waarin de vennootschap (Innovation) reeds 27 jaar lang een filiaal uitbaatte, een essentieel bewarend karakter heeft. En dat dergelijke aanvraag niet gelijkgesteld kan worden met het aangaan van een nieuwe huurovereenkomst met oog op de expansie van de vennootschap).

⁴⁸¹ J. LEHRER, "La notion de gestion journalière. Recherche d'une methode", *Revue* 1957, nr. 4657, p. 74.

⁴⁸² H. OLIVIER, J.P. BONTE en K. DEBOECK, *Vademecum van de bestuurder van naamloze vennootschappen*, Brussel, Créadif, 1992, p. 152.

⁴⁸³ Betaling met V Pay, Paypal of andere Europese betaalkaarten, waarbij online betalingen geaccepteerd moeten worden.

Hoewel de wissel als betalingsmechanisme in onbruik is geraakt, werd in het verleden ook het aangaan van een wisselverbintenis door de rechtspraak als een daad van dagelijks bestuur beschouwd, op voorwaarde dat het bedrag niet aanzienlijk was en de wissel werd aangegaan met oog op de betaling van een verbintenis die tot het dagelijks bestuur te rekenen was.⁴⁸⁴ Zo werd de aanvaarding van drie wisselbrieven voor een globaal bedrag van 6700 Belgische Frank, voor een vennootschap opgericht met een kapitaal van 2 700 000 Belgische Frank, geacht een handeling van dagelijks bestuur uit te maken, gelet op het gering belang van de wissels.⁴⁸⁵ Het accepteren van een wissel voor een bedrag dat respectievelijk een derde en een vijfde van het maatschappelijk kapitaal te boven gaat, werd echter niet aanvaard omwille van de omvang van de erin vervatte bedragen.⁴⁸⁶ Strijdig met dit (extreme) voorbeeld uit de rechtspraak dient aangenomen te worden dat het accepteren van een wissel in de regel, binnen de grenzen van de redelijkheid, een daad van dagelijks bestuur zal uitmaken. De wissel dient immers tot financiering van de handelsactiviteit en heeft derhalve *an sich* een essentieel bewarend karakter. Indien men de rechtspraak over de wisselverbintenis extrapoleert naar deze tijd, kan men hieruit afleiden dat het de dagelijks bestuurder in elk geval toegelaten is om financiële handelingen te stellen die een essentieel bewarend karakter hebben.

Omgekeerd geldt dat de dagelijks bestuurder betalingen moet kunnen uitvoeren en de groei van vennootschapsschulden moet kunnen tegengaan. De stelling gaat niet enkel op voor de niet-betwiste, opeisbare betaling, maar ook voor de uitbetalingen van lonen en huurgelden.⁴⁸⁷ Dienovereenkomstig werd de ontvangen betaling van een vervallen schuldvordering en ook de ontvangst van verschillende cheques met een totale waarde van twee miljoen Belgische Frank door de rechtspraak gekwalificeerd als een handeling van dagelijks bestuur.⁴⁸⁸ In het verlengde van deze rechtspraak wordt algemeen aanvaard dat de dagelijks bestuurder het

⁴⁸⁴ Gent 19 juni 1936, *RPS* 1938, nr. 3750, p. 279; *Jur. Comm. Fl.* 1936, nr. 5618, p. 91. *In casu* werd geoordeeld dat het accepteren van een wisselbrief voor de financiering van een speculatieve aankoop van grondstoffen, niet beschouwd kon worden als een daad van dagelijks bestuur, gelet op het speculatief karakter van de aankoop en de belangrijkheid van de som.

⁴⁸⁵ Kh. Antwerpen 24 september 1906, *RPS* 1907, nr. 1762, p. 55. De wissel als betaalmiddel is vandaag echter in onbruik geraakt.

⁴⁸⁶ Rb. Gent 13 mei 1936, *RPS* 1938, nr. 3749, p. 271.

⁴⁸⁷ H. OLIVIER, J.P. BONTE en K. DEBOECK, *Vademecum van de bestuurder van naamloze vennootschappen*, Brussel, Creadif, 1992, p. 152. De dagelijks bestuurder heeft geen eigen bevoegdheid tot innen van (betwiste) schuldvorderingen. J. LEHRER, "La gestion journalière. Recherche d'une methode", *RPS* 1957, p. 76.

⁴⁸⁸ Brussel 27 april 1982, *AFT* 1982, 235 en *Rév. gen. dr. fisc.* 1982, 214; Brussel 2 maart 1983, *Rév. prat. soc.* 1983, nr. 6232, p. 249.

recht heeft om ingebrekestellingen te versturen alsook om onjuiste facturen te protesteren. Ook de erkenning van een schuld, die voortvloeit uit een handeling van dagelijks bestuur, werd aanvaard als een daad die het dagelijks bestuur kan stellen.⁴⁸⁹

§ 3. Bewarende acties

194. De dagelijks bestuurder is bevoegd om de kantoren en materialen van de vennootschap te onderhouden. Hij kan bijvoorbeeld opdracht geven om alle machines en toestellen bestemd voor de exploitatie van de onderneming, te laten herstellen.⁴⁹⁰ In het verlengde daarvan kan hij ook onderhoudscontracten sluiten, bijvoorbeeld voor de schoonmaak van de lokalen en voor het onderhoud van de lichtreclames.⁴⁹¹ Ook het sluiten van verzekeringscontracten behoort tot zijn takenpakket, ten minste als deze betrekking hebben op de gewoonlijk te dekken risico's en als hiervoor een aanvaardbare premie tegenover staat.

§ 4. Aan- en verkopen

195. Handelingen van aan- en verkoop betreffen zuivere beschikkingsdaden en kunnen door het dagelijks bestuur gesteld worden, voor zover ze betrekking hebben op producten en hoeveelheden die in de vennootschap gewoonlijk verhandeld worden.⁴⁹² Waar in de vroegere rechtsleer werd voorgehouden dat de verkoop van verouderde machines, kantoormeubelen, onroerende goederen en effecten uitsluitend op initiatief van de bestuurders zelf kon gebeuren (de verkoop van een onroerend goed diende in een eerder stadium zelfs nog voorgelegd te worden aan de algemene vergadering), is vandaag algemeen aanvaard dat alle

⁴⁸⁹ Kh. Brussel, 28 januari 1952, *JT*, 1953, 108, noot J. UYTVANCK. Te meer nu de erkenning van schuld betrekking had op het nazicht en reparatie van een machine die in de vennootschap dagelijks gebruikt werd.

⁴⁹⁰ Kh. Brussel 28 januari 1952, *JT* 1953, 108, noot J. UYTVANCK.

⁴⁹¹ J. LEHRER, "La notion de gestion journalière. Recherche d'une méthode", *RPS* 1957, nr. 4657, p. 77.

⁴⁹² Kh. Brussel 15 december 1933, *JCB* 1934, 384.

aan- en verkopen door het dagelijks bestuur verricht kunnen worden, ten minste indien ze kaderen in de normale exploitatie van de vennootschap.⁴⁹³

A) Van onroerend goed

196. De rechtsleer neemt aan dat de aankoop en verkoop van onroerende goederen een handeling van dagelijks bestuur moet kunnen uitmaken in een immobiliënvennootschap.⁴⁹⁴ De rechtspraak bevestigt deze stelling echter vooralsnog in geen enkel vonnis of arrest.⁴⁹⁵ Werden wel afgewezen in het verleden: de aankoop van een opbrengsthuis met een aanzienlijke waarde als belegging van de reserves van de vennootschap en de verkoop van zes zevenden van alle onroerende goederen van de vennootschap, nu een dergelijke transactie de samenstelling van het actief van de vennootschap substantieel zou gewijzigd hebben.⁴⁹⁶

B) Van grondstoffen en andere materialen bestemd voor de vennootschap

197. Het aankopen van een vrachtwagen is een handeling van dagelijks bestuur in een vennootschap, waarvan het doel de fabricage en de verkoop van meubelen is, die zij zelf tot bij haar cliënteel brengt.⁴⁹⁷ Aanvaard werd ook dat de huur van informaticamateriaal of van rollend materieel, dat verband houdt met de vennootschap actief op het vlak van projectontwikkeling, die op zich geen misbruik vormt en courante bedrijfskosten met zich brengt, een daad van dagelijks bestuur uitmaakt.⁴⁹⁸ De huur van een voertuig met

⁴⁹³ J. LEHRER, "La notion de gestion journalière. Recherche d'une méthode", RPS 1957, nr. 4657, p. 77; Rb. Brussel 10 juli 1951, Rév. pr. Notariat, p. 264; B. TILLEMANN, "Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging", Brugge, die Keure, 2005, nr. 1064, p. 669.

⁴⁹⁴ F. BOUCKAERT, *Notarieel vennootschapsrecht NV en BVBA*, I, Antwerpen, Kluwer, 2000, p. 361, nr. 9.70; B. TILLEMANN, "Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging", Brugge, die Keure, 2005, nr. 1064, p. 670; W. GOOSSENS en B. CAFMEYER, "Bevoegdheden dagelijks bestuurder beperkt door het Hof van Cassatie", RW 2009-10, 1131.

⁴⁹⁵ A contrario: Rb. Brussel 10 juli 1951, Rév. Prat. Notariat, p. 264 Gesteld wordt dat een dagelijks bestuurder onder geen beding kan overgaan tot de aankoop van een onroerend goed.

⁴⁹⁶ Kh. Bergen, 24 mei 2000, JLMB 2000, p. 837.

⁴⁹⁷ Kh. Brussel 16 februari 1966, RPS 1967, nr. 5345, p. 260.

⁴⁹⁸ Brussel (9^{de} kamer), 14 april 2000, RPS 2000, nr. 6824, 362.

vierwielaandrijving, in staat om aanhangwagens te verslepen, kadert in de behoefte van een vennootschap die actief is in de bouwsector.⁴⁹⁹

§ 5. Sluiten en beëindigen van overige overeenkomsten

A) Met betrekking tot het personeel

198. Het dagelijks bestuur is bevoegd om leiding en toezicht uit te oefenen over het personeel van de vennootschap.⁵⁰⁰ In de rechtsleer aanvaardt men tevens dat het orgaan bevoegd is om de lonen te bepalen en uit te betalen.⁵⁰¹ De aanwerving en het ontslaan van personeel kan een bevoegdheid zijn van het dagelijks bestuur, afhankelijk van de functie en de hiërarchische positie van het betrokken personeelslid.⁵⁰²

199. Algemeen wordt aangenomen dat het ontslag van een hoger kaderlid of een directeur geen beslissing kan zijn van het dagelijks bestuur alleen, gelet op het 'belang' van de handeling en het uitzonderlijk karakter ervan.⁵⁰³ Het 'belang' van de te nemen beslissing wordt door de rechtspraak getoetst aan het financieel belang (de kostprijs van het ontslag en de weerslag ervan op het bedrijf), veeleer dan aan de hand van de modaliteiten ervan (opzeggingstermijn, -vergoeding en/of ontslag om dringende reden). Zo werd geoordeeld dat het ontslag van een

⁴⁹⁹ Brussel (9^{de} kamer), 14 april 2000, *RPS* 2000, nr. 6824, p. 362.

⁵⁰⁰ J. LEHRER, "La notion de gestion journalière. Recherche d'une méthode", *Revue* 1957, nr. 4657, p. 74; B. TILLEMANN, "Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging", Brugge, die Keure, 2005, nr. 1072, p. 673; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, p. 382.

⁵⁰¹ T. THEATE, "Du directeur dans les sociétés anonymes", *RPS* 1894, p. 289; J. LEHRER, "La notion de gestion journalière. Recherche d'une méthode", *Revue* 1957, nr. 4657, p. 74.

⁵⁰² J. LEHRER, "La notion de gestion journalière. Recherche d'une méthode", *Revue* 1957, nr. 4657, p. 74; B. TILLEMANN, "Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging", Brugge, die Keure, 2005, nr. 1072, p. 673; I. VAN PUYVELDE, "De voor het ontslag van de personeelsafgevaardigde bevoegde persoon in de NV en de BVBA", *RW* 1998-99, p. 273, nr. 3; Brussel 27 april 1982, *AFT* 1982, 235; *FJF* 1982, 151; *JDF* 1982, 313, waar werd beslist dat een directeur de bevoegdheid heeft om belangrijke beslissingen te nemen inzake prijs, publiciteit, algemene verkooppolitiek, investeringen en in dienst nemen van kaderpersoneel mits uitdrukkelijk akkoord van de raad van bestuur (waarvan de betrokkene geen lid was); Gent 21 juni 1967, *RPS* 1968, nr. 5357, p. 167; Arbh. Brussel 5 mei 1976, *RPS* 1976, nr. 5883, 57, noot J. 'T KINT; Arbh. Luik, 10 maart 1986, *TSR* 1987, 209; K. BYTTEBIER, "Bestuur en vertegenwoordiging in de NV in de praktijk", Antwerpen, Kluwer, Rechtswetenschappen, 1995, I.4.2-37. Voor het aanwerven van personeel zie Arbh. Brussel, 23 augustus 1977, *JTT* 1978, 72.

⁵⁰³ I. VAN PUYVELDE, "De voor het ontslag van de personeelsafgevaardigde bevoegde persoon in de NV en de BVBA", *RW* 1998-99, p. 273, nr. 3. Hierbij moet de bedenking worden gemaakt of de beslissing om een kaderlid te ontslaan vandaag nog wel een uitzonderlijk karakter heeft, gelet op de beweeglijkheid van de hedendaagse arbeidsmarkt.

technisch directeur met een arbeidsovereenkomst van twintig jaar en met een geïndexeerd loon van 35 000 frank per maand, geen handeling was die door een dagelijks bestuurder gesteld kan worden.⁵⁰⁴ Ook het belang van de functie en het totale aantal personeelsleden dat binnen de onderneming te werk gesteld wordt, is cruciaal. De beslissing om hoogopgeleid personeel aan te werven of te ontslaan beschouwt men niet als een handeling van dagelijks bestuur, indien het gaat over het ontslag van een commercieel directeur in een vennootschap die maar weinig personeelsleden telt.⁵⁰⁵ *A contrario* dient hieruit afgeleid te worden dat de dagelijks bestuurder wel bevoegd is om lager opgeleid personeel aan te werven, maar ook personeel met slechts een tijdelijke functie in de vennootschap.⁵⁰⁶ Om na te gaan of een dagelijks bestuurder in een concreet geval de bevoegdheid heeft om een personeelslid aan te werven of te ontslaan dient men dus rekening te houden met criteria als de capaciteit van de vennootschap (totaal aantal personeelsleden), het economisch belang (financiële gevolgen van de beslissing voor de vennootschap) en het organigram (belang van de functie binnen de vennootschap).⁵⁰⁷

200. Een bijzondere problematiek stelt zich in geval van een ontslag om dringende reden op grond van artikel 35 van de Wet op de Arbeidsovereenkomsten.⁵⁰⁸ De vraag rijst of de dagelijks bestuurder in geval van vaststelling van een ernstige tekortkoming, in de zin van artikel 35 WAO, onmiddellijk moet kunnen optreden in het belang van de onderneming.⁵⁰⁹ Op het eerste gezicht is immers één van de twee voorwaarden uit de tweede categorie van handelingen (de urgentie) inherent aan deze beëindigingswijze. Dit is echter niet het geval en het standpunt, waarbij het ontslag om dringende reden, gelet op het dringende karakter

⁵⁰⁴ Gent 21 juni 1967, RPS 1968, nr. 5437, p. 315; Het cassatieberoep werd later verworpen (Cass. 7 maart 1969, TSR 1969, 304).

⁵⁰⁵ Arbh. Luik (9^{de} kamer), 7 december 2009, JLMB 2009 (samenvatting) en <http://www.jlmbi.larcier.be> (21 april 2011), JTT 2010, afl. 1060, 91; JDSC 2011, 169, noot M. COIPEL. *In casu* werd aan de overeenkomst tot aanwerving van de commercieel directeur een bijlage aangehecht, waarin het hoge niveau van de functie omschreven werd (met o.a. het voeren van een commercieel beleid).

⁵⁰⁶ De notie 'tijdelijk' heeft betrekking op het invullen van functies 'ad interim' alsook op de huur van arbeiders.

⁵⁰⁷ Het lijkt niet opportuun om ook effectief rekening te houden met de graad van opleiding van een bepaald personeelslid. Deze manifesteert zich immers normaal gezien in het loon en de hiërarchische status.

⁵⁰⁸ Op grond van art. 35 Arbeidsovereenkomstenwet heeft elke partij het recht om de overeenkomst zonder opzegging of voor het verstrijken van de termijn op te zeggen omwille van een dringende reden die aan de rechter wordt overgelaten. De dringende reden wordt in de wet omschreven als de ernstige tekortkoming die elke professionele samenwerking tussen de werkgever en de werknemer onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt (een klassiek voorbeeld is diefstal of het op grote schaal afwerpen van cliënteel).

⁵⁰⁹ HORSMANS en 'T KINT menen alvast van wel. Zij houden voor dat voor iedere wijze van beëindiging van de arbeidsovereenkomst een andere aanpak vereist is. G. HORSMANS en J.'T KINT, "Chronique Jurisprudence. La société anonyme (1960-1972)", JT 1973, 439-440.

ervan, te allen tijde als een handeling van dagelijks bestuur beschouwd moet worden, is onjuist. Algemeen wordt immers aanvaard dat de termijn van drie werkdagen pas een aanvang neemt nadat de tot ontslag bevoegde instantie kennis heeft genomen van de feiten.⁵¹⁰ Indien het bevoegde orgaan de raad van bestuur is, vormt het inroepen van de korte (verval)termijn geen rechtvaardiging voor het optreden van het dagelijks bestuur.

201. De kennisgeving van de dringende reden zal door het dagelijks bestuur kunnen gebeuren, indien deze binnen de sfeer van het dagelijks bestuur valt.⁵¹¹ De kennisgeving van het voornemen tot ontslag zal derhalve in de regel kunnen gebeuren door het dagelijks bestuur. Zelfs indien de arbeidsrechtbanken de dringende reden niet zouden aannemen, volgt immers niet uit de wet dat de werkgever dan een vergoeding verschuldigd is, maar is het uitsluitende gevolg dat de overeenkomst ongewijzigd zal worden verdergezet.⁵¹² Hetzelfde geldt min of meer in geval van de beschermde werknemer, voor wie een bijzondere ontslagregeling geldt. Op grond van artikel 4§1 van de Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden dient zowel de werknemer als de organisatie die hem heeft voorgebracht (de vakbond) ingelicht te worden, per aangetekend schrijven binnen de drie werkdagen volgend op de dag gedurende welke de werkgever kennis heeft gekregen van het feit dat het ontslag zou rechtvaardigen.⁵¹³ Ook hier zijn het financieel en economisch belang van de te nemen beslissing verwaarloosbaar, maar dient wel rekening gehouden te worden met de sociale verhoudingen binnen de vennootschap. Afhankelijk van de aanwezigheid van sociale spanningen binnen de onderneming, stijgt immers het belang van het correct volgen van de bijzondere ontslagprocedure.⁵¹⁴

⁵¹⁰ Cass. 8 november 1999, *JTT* 2000, p. 210; Cass. 6 september 1999, *JTT* 1999, p. 457; Cass. 22 januari 1990, *JTT* 1990, 89; Cass. 28 oktober 1987, *Pas.* 1988, I, 238; Cass. 28 februari 1983, *Pas.* 1983, I, 723; Cass. 18 februari 1980, *Pas.* 1980, I, 723; Cass. 16 december 1979, *Pas.* 1981, I, p. 35 (De termijn van drie werkdagen om de overeenkomst te beëindigen vanwege een ernstige tekortkoming begint te lopen de dag nadat de persoon, de instantie of het orgaan dat bevoegd is om de overeenkomst te verbreken, voldoende zekerheid heeft over de feiten en de omstandigheden.). M. COIPEL, "Le dépassement de la notion légale de gestion journalière et l'excès de pouvoir" (noot onder *Arbh.* Luik (9^{de} kamer) 7 december 2009), *JDSC* 2011, p. 173.

⁵¹¹ I. VAN PUYVELDE, "De voor het ontslag van een personeelsafgevaardigde bevoegde persoon in een NV en een BVBA", *RW* 1998-99, p. 275; I. VAN PUYVELDE, "De in de NV bevoegde persoon tot kennisgeving van de dringende reden aan een beschermde werknemer" (noot onder *Arbh.* Antwerpen 20 december 2004), *RW* 2005-06, p. 1381.

⁵¹² Alleen de dringende reden waarvan kennis is gegeven binnen de drie werkdagen na het ontslag kan worden aangevoerd ter rechtvaardiging van het ontslag zonder opzegging of voor het verstrijken van de termijn. Art. 35, lid 4 WAO, BS 22 augustus 1978, *err.* BS 30 augustus 1978.

⁵¹³ Art. 4§1 Wet van 19 maart 1991 Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden, BS 29 maart 1991.

⁵¹⁴ I. VAN PUYVELDE, "De voor het ontslag van een personeelsafgevaardigde bevoegde persoon in een NV en een BVBA", *RW* 1998-99, p. 275.

B) Met betrekking tot zekerheden

202. Het verlenen van een borgtocht in naam van de naamloze vennootschap tot zekerheid van een privéschuld, die een persoon aanging en die geen enkel verband hield met het doel van de vennootschap, kan niet worden gekwalificeerd als een handeling die binnen de bevoegdheid valt van het dagelijks bestuur.⁵¹⁵

C) Andere overeenkomsten?

203. Het aangaan van een lening ten behoeve van de vennootschap werd door de rechtsleer traditioneel niet beschouwd als een bevoegdheid van het dagelijks bestuur.⁵¹⁶ Vandaag wordt door de rechtspraak echter aangenomen dat het sluiten van een leningsovereenkomst door de dagelijks bestuurder principieel wel kan, afhankelijk van de omvang van het ontleende bedrag, de bestemming ervan en de relatie van de lening tot het vennootschapsdoel. Zo werd de lening die een gedelegeerd bestuurder afsloot, om de vennootschap in staat te stellen vastgoedtransacties af te ronden (kaderend in haar maatschappelijk doel), beschouwd als een daad van dagelijks bestuur die hoort tot het dagelijks leven van de vennootschap. Beraadslaging door de raad van bestuur was niet vereist.⁵¹⁷ Een lening die anderhalve maal groter is dan het maatschappelijk kapitaal, zal evenwel ook vandaag nog altijd niet aangegaan kunnen worden door de dagelijks bestuurder.⁵¹⁸

204. De opzegging van een huurovereenkomst van een huis aangekocht om de diensten van de vennootschap in onder te brengen, werd aangemerkt als een daad van dagelijks bestuur.⁵¹⁹ Het sluiten van een exclusief bevoorradingscontract dat de vennootschap voor een onbepaalde tijd verbond en waarvoor de leverancier geen enkel voordeel toestond, zou de

⁵¹⁵ Luik 11 december 1969, *J. Liège* 1969-70, 170.

⁵¹⁶ F. BOUCKAERT, *Notarieel vennootschapsrecht NV en BVBA*, I, Antwerpen, Kluwer, 2000, p. 361, nr. 9.70; T. THEATE, "Du directeur dans les sociétés anonymes", *RPS* 1894, p. 289; J. LEHRER, "La notion de gestion journalière. Recherche d'une méthode", *Revue* 1957, nr. 4657, p. 294; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, p. 395;; F. PASSELECQ, *Les Nouvelles – Droit Commercial*, III, nr. 2306, p. 358.

⁵¹⁷ Brussel (9e kamer) 14 april 2000, *RPS* 2000, nr. 6824, p. 362. De lening werd bovendien ook tegen een marktconforme interestvoet gesloten.

⁵¹⁸ Kh. Brussel 8 juni 1980, *BRH* 1981, p. 55, noot.

⁵¹⁹ Cass. 18 juni 1954, *Pas.* 1954, I, 897.

bevoegdheid van het dagelijks bestuur overschrijden.⁵²⁰ De overname van een concessie van bosbouw van 330 ha werd eveneens niet-toelaatbaar geacht.⁵²¹

§ 6. Proceshandelingen

205. De vertegenwoordigingsbevoegdheid van het orgaan dat de vennootschap in rechte kan vertegenwoordigen, wordt bepaald door de wet en de specifieke statutaire bepalingen van de vennootschap. Voor de NV is het, op grond van artikel 522§2 W. Venn., de raad van bestuur die bevoegd is om de vennootschap in rechte te vertegenwoordigen als eiser of als verweerder. Het drukke bedrijfsleven laat evenwel niet toe dat een NV haar volledige raad van bestuur samenroept, telkens wanneer de vennootschap beslist om een procedure te starten of om zich te verweren in een procedure die tegen haar werd gestart.⁵²² De wet voorziet om die reden in een ontsnappingsmogelijkheid door toe te staan dat de bevoegdheid gedelegeerd wordt aan één of meer "gedelegeerd bestuurders", die dan alleen of gezamenlijk optreden (vertegenwoordiging van de vennootschap op grond van een één- of meerhandtekeningsclausule,).⁵²³ Opdat de bevoegdheidsdelegatie zou kunnen worden tegengeworpen aan derden, is het wel vereist dat deze gegevens gepubliceerd worden in overeenstemming met publicatievoorschriften uit het Wetboek van vennootschappen (art. 74 en verder W. Venn.) Zonder bekendmaking zal de vennootschap enkel in rechte kunnen treden krachtens een beslissing van de raad van bestuur, genomen na een collegiale beraadslaging.

206. De vraag is nu of, naast de gedelegeerd bestuurder op basis van een gepubliceerde handtekeningsclausule, ook de dagelijks bestuurder bevoegd kan zijn om proceshandelingen te stellen in naam en voor rekening van de vennootschap. Het antwoord op deze vraag is afhankelijk van de aard van de rechtscolleges waarbij de handeling zal worden gesteld. Er heerst wat dit betreft een andere regeling bij de rechtscolleges van de rechterlijke macht (het

⁵²⁰ Luik 1 februari 1910, RPS 1911, nr. 2126, p. 91. *A contrario* kan men hieruit afleiden dat indien de leverancier wel enig voordeel aan de vennootschap zou toegestaan hebben, het dagelijks bestuur haar bevoegdheden niet overschreden zou hebben.

⁵²¹ Brussel 10 juni 1966, RPS 1967, nr. 5388, p. 238.

⁵²² Zie *infra* randnummer 60.

⁵²³ Artikel 522§2, lid 2 W. Venn. voorziet dat de statuten van de vennootschap in de mogelijkheid kunnen voorzien dat één of meer bestuurders, alleen of gezamenlijk, de vennootschap vertegenwoordigen.

subjectieve contentieux of de gewone colleges) dan bij de administratieve rechtscolleges en het Grondwettelijk Hof (het objectieve contentieux). De gewone rechtscolleges aanvaarden dat het dagelijks bestuur van een NV bevoegd kan zijn om namens de vennootschap in rechte te treden, voor zover kan worden aangenomen dat ook het geschil zelf binnen de grenzen van dat bestuur valt.⁵²⁴ De moeilijkheid is hier dat de vennootschap, op het ogenblik dat de proceshandeling wordt gesteld, er nooit helemaal zeker van kan zijn welke handelingen er binnen de grenzen van dat dagelijks bestuur vallen: het begrip wordt door het Hof van Cassatie restrictief geïnterpreteerd en er is steeds een concreet onderzoek nodig om te weten waar de grens voor een specifieke vennootschap gelegen is. Deze in concreto-benadering van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het dagelijks bestuur brengt rechtsonzekerheid met zich, maar is in feite niet meer of minder dan een toepassing van de wettelijke grens van de macht van het dagelijks bestuur (artikel 525 W. Venn.).

De principiële aanvaarding van het in rechte treden door het orgaan van dagelijks bestuur voor de gewone rechtscolleges staat in contrast met de visie van de Raad van State en het Grondwettelijk Hof. De Raad van State en het Grondwettelijk Hof huldigen immers de regel dat het dagelijks bestuur van een NV nooit autonoom, d.i. zonder over een specifieke volmacht te beschikken, in rechte kan treden voor hun respectieve instellingen.⁵²⁵ Deze discrepantie tussen de rechtspraak van de gewone rechtscolleges versus de rechtspraak van de Raad van State en het Grondwettelijk Hof, zorgt voor bijkomende onduidelijkheid en onzekerheid omtrent de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het orgaan van dagelijks bestuur.

⁵²⁴ Cass. (3^e k.) 9 oktober 2000 (Jericho Management NV/Belgische Staat), <http://www.cass.be> (18 oktober 2001); *Arr. Cass.* 2000, 1529; *Bull.* 2000, 1497; *Bull. Bel.* 2002, afl. 832, 3563; *JDSC* 2003, 206, noot C. BERTSCH; *JLMB* 2002, afl. 5, 180 en <http://jlmbi.larcier.be> (4 februari 2003), *Rév. prat. soc.* 2000, 324; Cass. (1^e k.) 24 oktober 2002 (Publi/Stad Namen), *Arr. Cass.* 2002, afl. 10, 2299; <http://www.cass.be> (26 november 2002); *JLMB* 2003 (verkort), afl. 21, 907 en <http://jlmbi.larcier.be> (3 juni 2003); *pas.* 2002, afl. 9-10; 2056; *JDSC* 2003 (verkort), 204, noot C. BERTSCH; *Rév. prat. soc.* 2003, afl. 2, 209, noot - ; *RW* 2004-05, afl. 42, 1670 en <http://www.rw.be> (22 juni 2005); Cass. (1^e k.) 26 februari 2009 (Gemeente Elsene/ NV Gebroeders Delhaize en Cie 'De Leeuw'), *Arr. Cass.* 2009, afl. 5, 660; *FJF* 2010, afl. 6, 615 en <http://www.monkey.be> (5 augustus 2010), noot; <http://www.cass.be> (20 augustus 2009); *JLMB* 2010, afl. 4, 154, en <http://jlmbi.larcier.be> (30 juni 2010), noot; *LRB* 2009 (samenvatting M. DE JONCKHEERE EN P. GABRIËL), afl. 2, 164; *Pas.* 2009, afl. 2, 592; *JDSC* 2010, 59, noot M. COIPEL, *RGCF* 2010, afl. 2, 156; noot, *Rev. Prat. Soc.* 2010 (samenvatting), afl. 1-2, 298, noot V. SIMONART, *RW* 2009-10, afl. 27, 1129 en <http://www.rw.be> (15 maart 2010), noot W. GOOSSENS EN B. CAFMEYER, *TBH* 2009, afl. 9, 948 en <http://www.rdc-fbh.be> (18 december 2009), noot E. POTTIER EN A. BERTRAND., *TBH* 2010 (weergave Haex, D.), afl. 7, 724 en <http://www.rdc-fbh.be> (10 september 2010); *TRV* 2009, afl. 5, 444, noot, C. CLOTTENS; Daarin gevolgd door de lagere rechtspraak: Brussel 5 december 2002, *FJF* 2003, afl. 6, 560 en <http://www.monkey.be> (1 september 2008), noot - ; *JDSC* 2005, 143; *TFRnet* <http://tfrnet.larcier.be> (14 juli 2003); Brussel 13 november 2003, *FJF* 2004, afl. 7, 692 en <http://www.monkey.be> (1 september 2008); *JDSC* 2005, 1-46; Luik (18^e k.) 15 september 2006, *JDF* 2009, afl. 7-8, 225.

⁵²⁵ Zie *infra* randnummers 211 en verder.

Hierna wordt eerst de actuele visie van de rechtscolleges van de rechterlijke macht geschetst. Daarna komt de regeling in het objectieve contentieux aan bod. Hierbij wordt ingegaan op de veelal conservatieve houding van de Raad van State en het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de vertegenwoordigingsmacht van een vennootschapsorgaan in een NV en het opdragen van deze bevoegdheid aan een advocaat die namens de vennootschap in rechte treedt. Naar aanleiding van deze bespreking wordt aanknopng gezocht bij de recente wijziging van de wetten op de werking van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de belangwekkende gevolgen hiervan op de rechtspraak van de Raad over het mandaat *ad litem* alsook bij de laatste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof hieromtrent.⁵²⁶ Aansluitend wordt ingegaan op een aan te bevelen en te verwachten ommekeer in de rechtspraak van de Raad van State met betrekking tot de aanvaarding van de prokuraleer voor deze rechtbank en, in het verlengde daarvan, de erkenning van het gegeven dat de bevoegdheid van het dagelijks bestuur enkel begrensd kan worden tot diens wettelijke vertegenwoordigingsmacht (evolutie naar een concrete beoordeling van de bevoegdheid van de dagelijks bestuurder).

A) In het subjectieve contentieux: de visie van de rechtscolleges van de rechterlijke macht

207. In een oude opvatting kon de beslissing tot het stellen van een proceshandeling nooit tot de bevoegdheid van het dagelijks bestuur horen.⁵²⁷ De vroegere rechtsleer motiveerde deze onmogelijkheid door te verwijzen naar het exceptionele karakter van het instellen van een rechtsvordering, waardoor een dergelijke handeling nooit als een handeling van dagelijks bestuur beschouwd kon worden. Een enkeling (THÉATE) voegde daar nog aan toe dat de

⁵²⁶ Wet van 20 januari 2014 houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State, BS 3 februari 2014, err. BS 13 februari 2014; GwH 17 september 2014, <http://www.const-court.be> (17 september 2014); BS 5 november 2014 (eerste uitgave) (uittreksel), 84407 en <http://staatsblad.be> (16 november 2014); JLMB 2014, afl. 32, 1508 en <http://jlmblarcier.be/> (16 oktober 2014); RW 2014-15 (samenvatting), afl. 5, 200 en <http://www.rw.be/> (6 oktober 2014); RW 2014-15, afl. 39, 1538 en <http://www.rw.be/> (17 augustus 2015), noot J. THEUNIS., D. BIJNENS; TRV 2014, afl. 8, 773 en <http://www.trv.be/> (15 januari 2015), noot C. CLOTTENS; GwH 30 april 2015, <http://www.const-court.be> (30 april 2015); BS 19 mei 2015 (eerste uitgave) (uittreksel), 26513 en <http://staatsblad.be> (8 juni 2015); RW 2014-15 (samenvatting), afl. 39, 1558 en <http://www.rw.be/> (17 augustus 2015); RW 2015-16 (samenvatting), afl. 12, 459 en <http://www.rw.be/> (7 december 2015); TRV RPS 2016, afl. 2, 162 en <http://www.trv.be/trv/default.aspx?l=NL> (2 augustus 2016), noot C. CLOTTENS.

⁵²⁷ T. THEATE, "Du directeur dans les sociétés anonymes", RPS 1894, p. 294, nr. 12; C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, II, Brussel, Peé, 1933, p. 240, nr. 1107; L. FREDERICQ, V, nr; 459, p. 652; *Traité de droit commercial belge*, V, Gent, Fecheyr, 1950, p. 652-653; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, I, Brussel, Bruylant, 1954, p. 412, nr. 649; J. LEHRER, "La notion de gestion journalière. Recherche d'une methode" RPS 1957, nr. 4657, p. 75.

wetgever deze taak uitdrukkelijk en exclusief had opgedragen aan de raad van bestuur en bijgevolg niet aan diens dagelijks bestuur.⁵²⁸ Deze inzichten zijn vandaag evenwel achterhaald. Het beginnen of het verderzetten van een procedure is al lang geen uitzonderlijke aangelegenheid meer. Verder is het ook voor iedereen duidelijk dat de raad van bestuur weliswaar over de ruimste bevoegdheden beschikt om de vennootschapsbelangen te dienen, maar dat slechts een aantal van die bevoegdheden exclusief door hem kunnen uitgeoefend worden.⁵²⁹ Het in rechte treden is er daar geen van.⁵³⁰ In een modernere benadering (RONSE) wordt er voorkeur gegeven aan de opvatting dat, rekening houdend met het maatschappelijk doel en de omvang van de vennootschap, de beslissing tot het verrichten van een proceshandeling gerekend moet kunnen worden tot de courante en normale exploitatie van de onderneming, zodat zij genomen kan worden door de functionaris aan wie het dagelijks bestuur werd opgedragen overeenkomstig artikel 525 W. Venn (artikel 63 Venn. W. oud).⁵³¹

208. Het Hof van Cassatie sprak zich voor het eerst over de kwestie uit in een arrest van 19 mei 1972.⁵³² In dat arrest besliste het Hof, weliswaar impliciet, dat de NV in rechte ook

⁵²⁸ T. THEATE, "Du directeur dans les sociétés anonymes", *RPS* 1894, p. 294, nr. 12. THÉATE vond voor dit standpunt steun in een beslissing van het hof van beroep van Brussel van 7 augustus 1878, waar het hof oordeelde dat een NV in rechte vertegenwoordigd wordt door diens raad van bestuur, ondanks een clause in de statuten die deze bevoegdheid gedelegeerd had aan een directeur. Brussel 7 augustus 1878, *Belg. jud.* 1878, p. 1266.

⁵²⁹ Art. 522 §1, lid 1 W. Venn.

⁵³⁰ Onder meer het opstellen en het goedkeuren van de jaarrekening, het bijeenroepen van de algemene vergadering en de beslissing om tot een fusie of een splitsing over te gaan behoren tot de exclusieve bevoegdheid van de raad van bestuur.

⁵³¹ J. RONSE, "De vertegenwoordiging van rechtspersonen naar Belgisch recht", in X, *Gebruykt dese mynen arbeit tot uwen besten. Verspreide geschriften Jan Ronse*, Jan Ronse Instituut (ed.), Kalmthout, Biblo, 2009, p. 255. Zie ook P. DEMEUR, "La gestion journalière et les procédures judiciaires ou arbitrales", *RPS* 1961, nr. 4953, p. 65; L. SIMONT en P. VAN OMMESLAGHE, "La notion d'organe statutaire", *RCJB* 1964, p. 75. En meer recent: K. GEENS en H. LAGA, "Overzicht van rechtspraak – Vennootschappen (1986-1991)", *TPR* 1993, 1005, nr. 81; P. DE WOLF, "Le conseil d'administration: répartition, délégation de pouvoirs et mandats spéciaux", *JT* 1998, 223, nr. 34; O. CAPRASSE, "Le délégué à la gestion journalière et les délégations particulières de pouvoirs" in *Commission droit et vie des affaires* (ed.), *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, Brussel, Bruylant, 2004, 103, nr. 36.

⁵³² Eerder liet de lagere rechtspraak zich in dezelfde zin uit. Rb. Tongeren 17 april 1969, *RPS* 1970, 1070, nr. 5577, 173, laatste alinea (waar werd geoordeeld dat een vennootschap met kredietverzekeringen als maatschappelijk doel, het zonder twijfel tot het dagelijks bestuur behoorde om de schuldvorderingen waarvoor zij haar verzekeren had vergoed langs gerechtelijke weg terug te vorderen); Kh. Antwerpen 14 juli 1969, *RPS* 1970, 1070, nr. 5580, 179 ("Le recouvrement de créances pour une société d'assurance crédit est normalement un acte de gestion journalière"). Zie in andere zin Vred. Thuin 23 februari 1970, *RPS* 1970, 1070, nr. 5585, 191, waar nog werd gesteld dat de vertegenwoordiging in rechte niet beschouwd kon worden als een handeling van dagelijks bestuur ongeacht het aantal aanhangig gemaakte zaken ("Attendu tout d'abord que la représentation en justice ne peut être considérée comme un acte de gestion journalière; que la loi a toujours entouré cette activité particulière d'un réseau de restrictions et obligations spéciales résultant précisément du caractère à la fois grave et souvent formaliste de la procédure en justice, ce qui implique bien qu'elle l'a toujours considérée comme un acte exceptionnel où les droits du plaideur devaient trouver un maximum de garanties; sue le caractère

vertegenwoordigd kan worden door haar orgaan van dagelijks bestuur. Het Hof vernietigde een vonnis dat als regel had gesteld dat de NV enkel door de 'raad van beheer' in rechte vertegenwoordigd kon worden en overwoog dat een handelsvennootschap in persoon in rechte kan verschijnen ofwel door een wettelijk orgaan ofwel door een statutair orgaan:

"Overwegende dat, krachtens artikel 728 van het Gerechtelijk Wetboek, de partijen in persoon in rechte kunnen verschijnen; Dat deze bepaling zowel op rechtspersonen als op natuurlijke personen doelt;

Overwegende dat een handelsvennootschap in persoon in rechte verschijnt hetzij door een wettelijk orgaan, hetzij door een statutair orgaan;

*Overwegende dat, door te beslissen dat eiseres, naamloze vennootschap, niet in persoon is verschenen omdat zij niet door haar raad van beheer vertegenwoordigd is, zonder te onderzoeken of eiseres, zoals zij bij conclusie betoogde, niet geldig vertegenwoordigd was door een zaakvoerder met de statutaire opdracht in rechte op te treden voor iedere vordering die binnen het bestek van het dagelijks beheer van de vennootschap valt, het bestreden vonnis zijn beslissing noch wettelijk rechtvaardigt, noch regelmatig met redenen omkleedt."*⁵³³

Eenzelfde standpunt werd door het Hof van Cassatie nadien meer expliciet verduidelijkt in een arrest van 9 oktober 2000. In dat arrest overwoog het Hof dat artikel 378 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (oud), zoals dat op deze zaak van toepassing was, bepaalde dat een voorziening voor het Hof van Beroep inzake inkomstenbelastingen ingesteld diende te worden door een verzoekschrift dat in persoonlijke naam of door een advocaat was opgemaakt.⁵³⁴ Het Hof oordeelde in niet mis te verstane bewoordingen:

"Dat volgens artikel 63 van dezelfde gecoördineerde wetten de vertegenwoordiging van de naamloze vennootschap wat het dagelijks bestuur van de vennootschap

restrictif du droit de comparaître en justice est encore incontestablement et pour ces raisons, renforcés par les décisions du nouveau Code.")

⁵³³ Cass. 19 mei 1972, Arr. Cass. 1972, 876, concl. P. MAHAUX, J. RONSE, K. VAN HULLE, J.M. NELISSEN-GRADE en B. VAN BRUYSTEGEM, "Overzicht van rechtspraak (1968-1977) – Vennootschappen", TPR 1978, nr. 110, 768; Pas. 1972, I, 866; RW 1972-73, 408; BRH 1972, 440; Rév; prat. soc. 1972, 272 en JT 1973, 12. Cassatie vernietigde een arrest dat niet had geantwoord op de conclusies van de eisende vennootschap, waarin werd gesteld dat de vennootschap geldig vertegenwoordigd kon worden "door een zaakvoerder met als statutaire opdracht in rechte op te treden binnen het bestek van het dagelijks bestuur van de vennootschap". Het Hof had enkel gesteld dat de vennootschap niet geldig in persoon was verschenen, omdat zij niet was opgetreden door de raad van bestuur.

⁵³⁴ Art. 378 WIB werd in het kader van vereenvoudiging en hervorming van de fiscale procedure vervangen bij art. 380 Wet 27 december 2004, BS 31 december 2004.

aangaat mag worden opgedragen aan een of meer directeurs, zaakvoerders of andere personen, al dan niet vennoten, die alleen of gezamenlijk optreden;

Dat uit die bepalingen volgt dat het verzoekschrift, om te voldoen aan de vereisten van voornoemd artikel 378 die het optreden van een bijzondere lasthebber uitsluiten, naargelang van het geval moet worden ondertekend door een of meer bestuurders of door een of meer personen waaraan het dagelijks bestuur is opgedragen, in zoverre kan worden aangenomen dat het geschil onder dat bestuur ressorteert.”⁵³⁵

In dit concrete geval bracht de beslissing van het Hof van Cassatie nochtans niets bij voor de eiseres in Cassatie, de NV Jericho Management. Jericho Management had eerder een aanslag in de vennootschapsbelasting ontvangen over de jaren 1991 tot 1994. Zij was het met deze aanslag niet eens en diende daartegen een bezwaar in bij de gewestelijke directeur van de belastingen. De gewestelijke directeur kwam slechts gedeeltelijk tegemoet aan de bezwaren van Jericho Management, waardoor de zaak uiteindelijk werd gebracht voor het Hof van Beroep van Luik.⁵³⁶ Het Hof van Beroep verklaarde de vordering echter niet-ontvankelijk, omdat de procedure ingesteld was door de vroegere gedelegeerd bestuurder van de vennootschap, die niet langer optrad als een orgaan van de vennootschap maar enkel als een bijzonder lasthebber ervan. Artikel 378 Wetboek Inkomstenbelastingen (oud) vervatte effectief de bijzondere voorwaarde dat een voorziening in belastingzaken voor het hof van beroep moest ingesteld worden bij een in persoon zelf of door een advocaat opgemaakt verzoekschrift. De NV Jericho Management stelde tegen deze beslissing een voorziening in Cassatie in, waarna dit Hof besliste dat het bestreden arrest naar recht had beslist dat de door de vennootschap ingestelde voorziening niet-ontvankelijk was. Het Hof verklaarde dat, wat de vennootschap betreft, het verzoekschrift in persoon zou zijn opgemaakt, indien het door een orgaan van die vennootschap was opgemaakt. *In casu* was dat niet het geval: de voorziening werd opgemaakt door een bijzondere lasthebber - de vroegere gedelegeerd bestuurder van de vennootschap - die niet langer over de hoedanigheid van een orgaan beschikte. De voorziening werd verworpen en de beslissing van het Hof van Beroep van Luik hield stand.

In latere uitspraken herhaalde het Hof van Cassatie deze rechtspraak. In een arrest van 24 oktober 2002 werd een arrest van het Hof van Beroep van Luik vernietigd dat de

⁵³⁵ Cass. (3^e k.) 9 oktober 2000 (Jericho Management NV/Belgische Staat), <http://www.cass.be> (18 oktober 2001); Arr. Cass. 2000, 1529; Bull. 2000, 1497; Bull. Bel. 2002, afl. 832, 3563; JDSC 2003, 206, noot C. BERTSCH; JLMB 2002, afl. 5, 180 en <http://jlmbi.larcier.be> (4 februari 2003), Rév. prat. soc. 2000, 324.

⁵³⁶ Luik 4 november 1998, FJF 1999, 211 en <http://www.monkey.be> (1 september 2008).

bezwaarschriften in belastingzaken namens eiseres (de NV Publi) onontvankelijk had verklaard.⁵³⁷ Het Hof overwoog:

*“Attendu qu’un recours fiscal peut être introduit par le délégué à la gestion journalière d’une personne morale dans la mesure où le litige peut être considéré comme relevant de cette gestion. Attendu que l’arrêt qui décide que les réclamations fiscales introduites au nom de la demanderesse par son délégué à la gestion journalière n’étaient pas recevables sans rechercher si, eu égard à leur objet, ces réclamations ressortissaient à la gestion journalière n’est pas légalement justifié. Qu’en cette branche, le moyen est fondé.”*⁵³⁸

209. In het Delhaizearrest bevestigde het Hof van Cassatie deze zienswijze opnieuw: een bezwaarschrift in belastingzaken mag door de persoon aan wie het dagelijks bestuur van een vennootschap is opgedragen, worden ingediend in zoverre er kan worden aangenomen dat het geschil binnen de perken van dat bestuur valt.⁵³⁹ Het Hof van Beroep van Brussel had de gezaghebbende rechtspraak van het Hof van Cassatie nochtans wel degelijk correct toegepast. de beroepsrechter overwoog in zijn arrest dat de vraag of een handeling als een handeling van dagelijks bestuur kan worden beschouwd van geval tot geval onderzocht moet worden, met inachtneming onder meer van de omvang van het geschil en de noodzaak van een snelle reactie.⁵⁴⁰ Het Hof van Cassatie vernietigde de bestreden beslissing echter op grond van een verkeerde toepassing van de omvang en het begrip van het dagelijks bestuur in de zin van artikel 525, lid 1 W. Venn. Het arrest had immers enkel vastgesteld dat het indienen van het bezwaarschrift, gelet op de omvang van de activiteiten van de vennootschap, maar een gering belang had, zonder na te gaan of die handeling een zo snelle oplossing vereiste dat niet op

⁵³⁷ Luik 26 september 2001, *onuitgeg.*

⁵³⁸ Cass. (1^e k.) 24 oktober 2002 (Publi/Stad Namen), *Arr. Cass.* 2002, afl. 10, 2299; <http://www.cass.be> (26 november 2002); *JLMB* 2003 (verkort), afl. 21, 907 en <http://jlm.bi.larcier.be> (3 juni 2003); *pas.* 2002, afl. 9-10; 2056; *JDSC* 2003 (verkort), 204, noot C. BERTSCH; *Rév. prat. soc.* 2003, afl. 2, 209, noot -; *RW* 2004-05, afl. 42, 1670 en <http://www.rw.be> (22 juni 2005).

⁵³⁹ Cass. (1^e k.) 26 februari 2009 (Gemeente Elsene/ NV Gebroeders Delhaize en Cie 'De Leeuw'), *Arr. Cass.* 2009, afl. 5, 660; *FJF* 2010, afl. 6, 615 en <http://www.monkey.be> (5 augustus 2010), noot; <http://www.cass.be> (20 augustus 2009); *JLMB* 2010, afl. 4, 154, en <http://jlm.bi.larcier.be> (30 juni 2010), noot; *LRB* 2009 (samenvatting M. DE JONCKHEERE en P. GABRIËL) afl. 2, 164; *Pas.* 2009, afl. 2, 592; *JDSC* 2010, 59, noot M. COIFEL, *RGCF* 2010, afl. 2, 156; noot, *Rev. Prat. Soc.* 2010 (samenvatting), afl. 1-2, 298, noot V. SIMONART, *RW* 2009-10, afl. 27, 1129 en <http://www.rw.be> (15 maart 2010), noot W. GOOSSENS en B. CAFMEYER, *TBH* 2009, afl. 9, 948 en <http://www.rdc-tbh.be> (18 december 2009), noot E. POTTIER en A. BERTRAND, *TBH* 2010 (weergave D. HAEX), afl. 7, 724 en <http://www.rdc-tbh.be> (10 september 2010); *TRV* 2009, afl. 5, 444, noot, C. CLOTTENS.

⁵⁴⁰ Brussel 5 oktober 2006, *onuitgeg.*

een vergadering van de raad van bestuur kon worden gewacht.⁵⁴¹ Het Hof verwierp daarmee het standpunt van enkele auteurs, die van mening waren dat een rechtsvordering als een handeling van dagelijks bestuur kon worden gekwalificeerd als zij maar een bewarend karakter had, zelfs indien het geschil een materie betrof die niet behoorde tot het dagelijks bestuur, of als ze bij hoogdringendheid diende te worden gesteld.⁵⁴² Ook de lagere rechtspraak is overwegend in dezelfde zin gevestigd en neemt in navolging van het Hof van Cassatie aan dat het concrete voorwerp van de vordering bepalend is voor het optreden in rechte door het dagelijks bestuur van een NV.⁵⁴³

210. De *ratio* van deze rechtspraak lijkt te zijn dat het optreden in rechte zich in principe niet onderscheidt van andere vormen van vertegenwoordiging dan wel het stellen van eenzijdige rechtshandelingen.⁵⁴⁴ De opvatting dat de vertegenwoordiging in rechte nooit als een handeling van dagelijks bestuur kan worden beschouwd, werd - alleszins wat de hoven en rechtbanken van de rechterlijke orde betreft - zeer duidelijk verlaten. Logisch ook: de motivering dat het instellen van een vordering een exceptionele handeling zou zijn, die gekenmerkt wordt door het formalisme van een juridische procedure, overtuigt vandaag al lang niet meer.⁵⁴⁵ De rechtspraak van het Hof van Cassatie, daarin gevolgd door de lagere rechtspraak, is in overeenstemming met de wet en de draagwijdte van het begrip dagelijks

⁵⁴¹ Het Hof stelde inderdaad alleen maar vast dat een bezwaarschrift tegen een gemeentebelasting van 2.500 Belgische frank per m² boven de 75m² grond, die wordt gebruikt als parkeerterrein voor de NV Gebroeders Delhaize en Cie, van gering belang was, gelet op het feit dat verweerster (Delhaize) enerzijds de vennootschap is die instaat voor de distributie van de Delhaize Groep in de Benelux en anderzijds referentieaandeelhouder is van de wereldgroep Delhaize, dat zij op dat moment over 2.444 verkooppunten beschikte verspreid over drie continenten en elf landen, dat zij 146.785 werknemers tewerkstelde met - eind 2001 - een omzetcijfer van 21 miljard 396 miljoen euro. Het hof sprak zich niet uit over de urgentie van de handeling, reden waarom het Hof van Cassatie de beslissing vernietigde. Brussel 5 oktober 2006, *onuitgeg.*

⁵⁴² Zie in die zin: P. DEMEUR, "La gestion journalière et les procédures judiciaires ou arbitrales", *RPS* 1961, nr. 4953, 70; B. TILLEMANS, *Proceshandelingen van en tegen vennootschappen*, Antwerpen, Kluwer, 1997, p. 259, nr. 525; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 677, nr. 1074.

⁵⁴³ Brussel 5 december 2002, *FJF* 2003, afl. 6, 560 en <http://www.monkey.be> (1 september 2008), noot - ; *JDSC* 2005, 143; *TFRnet* <http://tfrnet.larcier.be> (14 juli 2003); Brussel 13 november 2003, *FJF* 2004, afl. 7, 692 en <http://www.monkey.be> (1 september 2008); *JDSC* 2005, 1-46; Luik (18^e k.) 15 september 2006, *JDF* 2009, afl. 7-8, 225. In andere zin: Vred. Gent 12 augustus 1999, *TGR* 2001 (verkort), 45, noot PVC en Luik 16 januari 2002, *FJF* 2002, 466.

⁵⁴⁴ P. DEMEUR, "La gestion journalière et les procédures judiciaires ou arbitrales", *RPS* 1961, nr. 4953, 67; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 675, nr. 1074; C. CLOTTENS, "De omvang van het dagelijks bestuur van de NV bij vertegenwoordiging in rechte" (noot onder Cass. 26 februari 2009), *TRV* 2009, 448.

⁵⁴⁵ T. THEATE, "Du directeur dans les sociétés anonymes", *RPS* 1894, p. 294, nr. 12; C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, II, Brussel, Peé, 1933, p. 240, nr. 1107; L. FREDERICQ, V, nr. 459, p. 652; *Traité de droit commercial belge*, V, Gent, Fecheyr, 1950, p. 652-653; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, I, Brussel, Bruylant, 1954, p. 412, nr. 649; J. LEHRER, "La notion de gestion journalière. Recherche d'une methode", *RPS* 1957, nr. 4657, p. 75; Zie ook: Vred. Thuin, 23 februari 1970, *RPS* 1970, nr. 5585, p. 192.

bestuur. Artikel 522 W. Venn. draagt de bevoegdheid om de NV in rechte te vertegenwoordigen dan wel op aan de raad van bestuur en de gedelegeerd bestuurder(s), maar sluit niet uit dat deze bevoegdheid gedelegeerd kan worden aan het dagelijks bestuur conform artikel 525 W. Venn. De enige (wettelijke) grens is dat de delegatie binnen de perken van dat bestuur blijft. Noch de gemeenrechtelijke, noch de vennootschapsrechtelijke regels staan er aldus aan in de weg dat het dagelijks bestuur - voor geschillen binnen dat bestuur - bevoegd is om in rechte op te treden namens de vennootschap.

B) In het objectieve contentieux: de rechtspraak van de Raad van State en het Grondwettelijk Hof

211. Algemeen kan worden gesteld dat de rechtspraak van de Raad van State, die daarin werd gesteund door het Grondwettelijk Hof⁵⁴⁶, altijd al een bijzonder restrictieve houding heeft aangenomen inzake het optreden in rechte van een NV. Een verklaring kan, zij het gedeeltelijk, worden teruggevonden in de procedureregels die tot voor kort bij deze rechtscollages van kracht waren.⁵⁴⁷ Een analyse van de procedureregels van de Raad van State en het Grondwettelijk Hof, maken duidelijk dat deze colleges, wanneer zij ambtshalve de voorlegging van het bewijs van de beslissing om in rechte te treden van het bevoegde orgaan vroegen, in feite niet meer deden dan zich houden aan de wettelijke voorschriften met betrekking tot de formele vereisten die werden gesteld aan de indiening van een verzoekschrift voor hun zetels.

Artikel 3, sub 4° van het Besluit van de Regent betreffende de regeling van de rechtspleging van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (oud) verplichtte de rechtspersoon als verzoekende partij om, bij zijn verzoekschrift, naast een afschrift van de gecoördineerde versie van de statuten en een akte van aanstelling

⁵⁴⁶ Arbitragehof 22 april 1998 (prejudiciële vraag), A.A. 1998, 517; <http://www.arbitrage.be> (18 oktober 2001); BS 2 juli 1998, 21.732 en <http://staatsblad.be> (2 juli 1998); DAOR 1999, afl. 49, 81; JT 1998, 472 en <http://jt.larcier.be> (1 juli 2008); JDSC 1999, 180; RW 1998-99, 250 en <http://www.rw.be> (12 juli 2006); P&B 1998, 62; TRV 1998, 319, noot -.

⁵⁴⁷ Art. 3, sub 4° Besluit van de Regent van 23 augustus 1948 betreffende de regeling van de rechtspleging van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, B.S., 23-24/0 8/1948, p. 6821; errata B.S., 08/10/1948, p. 8144 en 21/11/1948, p. 9300, vervangen bij art. 4 van KB van 25 april 2007 en artikel 7, lid 3 van de bijzondere wet van 6 januari 1989, zoals gewijzigd bij wet van 21 april 2003, BS 7 januari 1989.

van haar organen, het bewijs te voegen dat het bevoegde orgaan beslist had om in rechte te treden.⁵⁴⁸ De procedurevoorschriften bij het Grondwettelijk Hof kennen een gelijkkluidende bepaling. Artikel 7, lid 3 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof bepaalt dat de rechtspersoon, op eerste verzoek, het bewijs voorlegt van de beslissing van het bevoegde orgaan om een beroep in te stellen of voort te zetten.⁵⁴⁹

Voor het overige dient de verklaring te worden gezocht in de voormalige rechtspraak van deze colleges zelf, waaruit blijkt dat de ratio voor een afwijkende regeling werd gezocht bij de aard en het grote belang van de gestelde proceshandeling.

212. Over de starheid van de Raad van State (en van het Grondwettelijk Hof) werd al zeer lang en zeer vurig gedebatteerd in de rechtsleer.⁵⁵⁰ Sommige auteurs schreven dat de rechtspraak van de Raad van State de kloof tussen theorie en praktijk alleen maar groter maakte⁵⁵¹, anderen kaartten aan dat er op een foutieve wijze geen aansluiting werd gezocht

⁵⁴⁸ De inmiddels gewijzigde bepaling luidde als volgt: "De verzoekende partij voegt bij het verzoekschrift: (...) 4° indien zij een rechtspersoon is, een afschrift van haar geldende statuten en van de akte van aanstelling van haar organen, alsmede het bewijs dat het daartoe bevoegde orgaan beslist heeft in rechte te treden." Art. 3, sub 4° Besluit van de Regent van 23 augustus 1948 betreffende de regeling van de rechtspleging van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, B.S., 23-24 augustus 1948, p. 6821; errata B.S., 08 oktober 1948, p. 8144 en 21 november 1948, p. 9300, vervangen bij art. 4 van KB van 25 april 2007.

⁵⁴⁹ Artikel 7, lid 3 van de bijzondere wet van 6 januari 1989, zoals gewijzigd bij wet van 21 april 2003, luidt: "Indien een rechtspersoon het beroep instelt of in het geding tussenkamt, legt deze partij, op eerste verzoek, het bewijs voor, van de beslissing om het beroep in te stellen of voort te zetten of tussen te komen en, wanneer haar statuten moeten worden bekendgemaakt, in de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad, een kopie van die bekendmaking."

⁵⁵⁰ H. LAGA, "De Raad van State en het annulatieberoep ingesteld door een handelsvennootschap", *TRV* 1988, 173; P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, "Les sociétés commerciales. Examen de jurisprudence (1979-1990)", *RCJB* 1992, 657; B. TILLEMAN, *Proceshandelingen van en tegen vennootschappen*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 267, nr. 539; J. VANANROYE, "Proceshandelingen qualitate qua, de bevoegdheid van de advocaat (art. 440, lid 2 Ger.W.) en de vertegenwoordiging van een rechtspersoon", *TRV* 1998, 520; V. RENARD, "Action et représentation en justice des personnes morales", *JT* 2002, 225; M. DE WULF, "Annulatieberoep, een aangelegenheid van dagelijks bestuur?", *NJW* 2003, afl. 39, 843; C. BERTSCH, "La décision d'introduire un recours au Conseil d'Etat par une société anonyme: gestion journalière" (noot onder R. v. St. 26 maart 2001), *JDSC* 2003, 199; P. MALHERBE, "Réception de la société anonyme au Conseil (d'Etat)", in X., *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruylant, Brussel, 2006, 707 en verder; R. JAFFERALI, "L'auberge espagnole ou la représentation des sociétés devant le Conseil d'Etat" (noot onder R. v. St. 12 december 2005), *CDPK*, 2006, afl. 3, 623; C. CLOTTENS, "Het optreden in rechte van naamloze vennootschappen bij beroepen tot nietigverklaring bij de Raad van State", *TRV* 2007, afl. 3, 182; C. CLOTTENS, "De omvang van het dagelijks bestuur van de NV bij vertegenwoordiging in rechte" (noot onder Cass; 26 februari 2009), *TRV* 2009, 449-450; O. CAPRASSE, "Gestion journalière et recours en annulation devant le Conseil d'Etat", *RPS* 2010, afl. 1-2, 316; R. AYDOGDU en O. CAPRASSE, "La représentation des SA devant le Conseil d'Etat" (noot onder R. v. St. 21 juni 2012), *Rév. prat. soc.* 2012, afl. 2, 241.

⁵⁵¹ O. CAPRASSE, "Gestion journalière et recours en annulation devant le Conseil d'Etat", *RPS* 2010, afl. 1-2, 321, nr. 12; R. AYDOGDU en O. CAPRASSE, "La représentation des SA devant le Conseil d'Etat" (noot onder R. v. St. 21 juni 2012), *Rév. prat. soc.* 2012, afl. 2, 261, nr. 26;

bij de vennootschapsrechtelijke prokurairegeling⁵⁵² en nog anderen wezen op de dichotomie die hierdoor was ontstaan tussen het subjectieve en het objectieve contentieux en de hiermee gepaard gaande rechtsonzekerheid alsook op de polarisatie van de standpunten van de gewone versus de administratieve rechtbanken.⁵⁵³ Ondanks de hevige kritiek, werd er in de rechtspraak geen duimbreed toegegeven. De wet van 20 januari 2014 houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State (de 'Hervormingswet') en de arresten van het Grondwettelijk Hof van 17 september 2014 en 30 april 2015 zijn in die optiek te beschouwen als een belangrijk keerpunt.⁵⁵⁴

Hierna wordt de evolutie in de rechtspraak weergegeven met betrekking tot de bijzondere eisen die worden gesteld aan de indiening van een schorsings- en/of een annulatieverzoek door een rechtspersoon bij de Raad van State. Voor een goed begrip van de impact van de Hervormingswet en het gewijzigde standpunt van het Grondwettelijk Hof, wordt de focus eerst gelegd op de situatie zoals die voor 2014 gold, waarna de nieuwe regeling wordt belicht. Vervolgens wordt ingegaan op het evolutieve standpunt van de Raad van State over het orgaan dat bevoegd is om namens de rechtspersoon in rechte te treden. Aan de hand van dit overzicht, worden aansluitend enkele kritische beschouwingen geformuleerd over het huidige standpunt in het subjectief contentieux met betrekking tot het optreden van het dagelijks bestuur als vertegenwoordigingsbevoegd orgaan.

⁵⁵² C. CLOTTENS, "Het optreden in rechte van naamloze vennootschappen bij beroepen tot nietigverklaring bij de Raad van State", *TRV* 2007, afl. 3, 182;

⁵⁵³ V. RENARD, "Action et représentation en justice des personnes morales", *JT* 2002, 225 (conclusie); P. MALHERBE, "Réception de la société anonyme au Conseil (d'Etat)", in X., *Liber Amicorum JACQUES MALHERBE*, Bruylant, Brussel, 2006, 707 – 708.

⁵⁵⁴ Wet van 20 januari 2014 houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State, *BS* 3 februari 2014, *err. BS* 13 februari 2014; *GwH* 17 september 2014, <http://www.const-court.be> (17 september 2014); *BS* 5 november 2014 (eerste uitgave) (uittreksel), 84407 en <http://staatsblad.be> (16 november 2014); *JLMB* 2014, afl. 32, 1508 en <http://jlbmi.larcier.be/> (16 oktober 2014); *RW* 2014-15 (samenvatting), afl. 5, 200 en <http://www.rw.be/> (6 oktober 2014); *RW* 2014-15, afl. 39, 1538 en <http://www.rw.be/> (17 augustus 2015), noot J. THEUNIS., D. BIJNENS; *TRV* 2014, afl. 8, 773 en <http://www.trv.be/> (15 januari 2015), noot C. CLOTTENS; *GwH* 30 april 2015, <http://www.const-court.be> (30 april 2015); *BS* 19 mei 2015 (eerste uitgave) (uittreksel), 26513 en <http://staatsblad.be> (8 juni 2015); *RW* 2014-15 (samenvatting), afl. 39, 1558 en <http://www.rw.be/> (17 augustus 2015); *RW* 2015-16 (samenvatting), afl. 12, 459 en <http://www.rw.be/> (7 december 2015); *TRV RPS* 2016, afl. 2, 162 en <http://www.trv.be/trv/default.aspx?l=NL> (2 augustus 2016), noot C. CLOTTENS.

(i) Bijzondere vereisten van de Raad van State met betrekking tot het schorsings- en annulatieverzoek

a. *Voor 2014*

213. De rigiditeit van de Raad van State inzake de vertegenwoordiging in rechte van een NV uit zich vooreerst in de bijzondere vereisten die worden gesteld aan het indienen van een schorsings- of een annulatieverzoek bij die Raad.⁵⁵⁵ Op grond van een vaste rechtspraak van de Raad van State werd de rechtsvordering van een NV alleen maar toelaatbaar verklaard, op voorwaarde dat een bewijs voorgelegd werd van een voorafgaand en tijdig - d.w.z. binnen de beroepstermijn⁵⁵⁶ - besluit van het bevoegde vennootschapsorgaan.⁵⁵⁷ De Raad was van mening dat een beroep tot nietigverklaring de openbare orde raakte, aldus dat hij, desnoods ambtshalve, diende na te gaan of de beslissing die bij hem aanhangig werd gemaakt, regelmatig tot stand kwam met tussenkomst van het orgaan dat wettelijk en statutair bevoegd was om dat te doen.⁵⁵⁸

Zelfs wanneer het schorsings- of annulatieverzoek ingediend werd door een advocaat namens een NV, werd geoordeeld dat diens handtekening alleen onvoldoende was en dat het bewijs van de beslissing van het bevoegde orgaan moest worden aangehecht aan het verzoekschrift. Dit bewijs kon onder meer worden geleverd door de overlegging van de

⁵⁵⁵ De Raad van State is als rechtsprekende instelling onder meer bevoegd tot schorsing en/of vernietiging van administratieve rechtshandelingen - zowel individuele rechtshandelingen als reglementen - die strijdig zijn met de geldende rechtsregels (cfr. www.raadvst-consetat.be).

⁵⁵⁶ De beroepstermijn voor het instellen van een vordering tot schorsing resp. een vordering tot vernietiging bedraagt zestig dagen na de schriftelijke kennisgeving van de beslissing of de bekendmaking, betekening dan wel kennisname van de bestreden akte, reglement of besluit. Art. 4 Besluit van de regent tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak voor de Raad van State van 23 augustus 1948, B.S., 23-24/0 8/1948, p. 6821; errata B.S., 08/10/1948, p. 8144 en 21/11/1948, p. 9300. Voor het instellen van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid is geen termijn bepaald, maar wordt aangenomen dat deze – gelet op de bijzondere motiveringsplicht – onmiddellijk na kennisname wordt ingesteld.

⁵⁵⁷ Aanvankelijk hield de Raad van State zelfs aan dat bovendien moest worden aangetoond dat het bestuursorgaan wel degelijk collegiaal beraadslaagd had. Bijzonder restrictief werd bijvoorbeeld geoordeeld dat telefonische contacten en informele contacten tussen de leden van de raad van bestuur hiervoor niet konden doorgaan (R.v. St. 7 maart 1986, Arr. R.v.St. 1986, z.p.; R.A.C.E. 1986, z.p.). Met het arrest "Eikenaar" van 23 november 1992 werd deze stelling verlaten. Sedertdien wordt een vennootschap voor de Raad van State geacht regelmatig in rechte te zijn getreden indien bewezen wordt dat zij werd gelast door het bevoegde orgaan van vertegenwoordiging zonder dat enig bewijs geleverd moet worden op het vlak van de interne bestuursbevoegdheid, namelijk dat geldig beraadslaagd en beslist werd over het aanspannen van het geding. R. v. St. 23 november 1992, Arr. R.v.St. 1992, z.p.; JDSC 1999 (verkort), 158; JDSC 1999 (verkort), 190; R.A.C.E. 1992, z.p.

⁵⁵⁸ RvS (15^e k.) 17 mei 2011, Rév. prat. soc. 2012, afl. 2, 231, noot R. AYDOGDU; O. CAPRASSE; <http://www.raadvst-consetat.be> (19 december 2012).

notulen van de vergadering van de raad van bestuur waarop tot instelling of bekrachtiging van het annulatieberoep besloten werd.⁵⁵⁹

214. In de rechtsleer werd deze rechtspraak zeer fel bekritiseerd, omdat het standpunt van de Raad van State een miskennis inhield van de regel uit artikel 440, lid 2 Ger. W. betreffende het mandaat *ad litem* van de advocaat. Op grond van dit artikel verschijnt de advocaat als een gevolmachtigde van de partij zonder dat hij van enige volmacht moet doen blijken, behoudens indien de wet een bijzondere lastgeving vereist.⁵⁶⁰ Het Hof van Cassatie preciseerde dat uit deze bepaling volgt dat, behalve wanneer de wet inderdaad een bijzondere lastgeving vereist, de advocaat die in een akte van rechtspleging verklaart op te treden voor de judiciële rechtscolleges in naam van een in artikel 703 Ger. W. genoemde geïdentificeerde rechtspersoon, wettelijk vermoed wordt daartoe een regelmatige lastgeving van een bevoegd orgaan van die rechtspersoon te hebben verkregen.⁵⁶¹ Dit vermoeden kan weerlegd worden, maar het is dan aan de partij die de regelmatigheid van de lastgeving betwist om het tegendeel te bewijzen.⁵⁶²

Deze rechtspraak van het Hof van Cassatie houdt een dubbel weerlegbaar vermoeden in op grond waarvan een advocaat die voor de rechtscolleges van de rechterlijke macht een proceshandeling verricht en in die akte verklaart om in naam van de vennootschap op te treden, wettelijk vermoed wordt enerzijds daartoe een lastgeving te hebben ontvangen,

⁵⁵⁹ R. v. St. 18 december 1985, RW 1986-87, 461; R. v. St. (15e k.) nr. 137.702, 26 november 2004 A.P.M. 2004 (samenvatting), afl. 10, 233; *Rev.prat.soc.* 2004, afl. 3, 278, noot -; <http://www.raadvst-consetat.be> (10 december 2005); *TBP* 2006 (verkort), afl. 4, 228. De geldigheid van de genomen beslissing kan ook anders bewezen worden. Hoewel er voor de vennootschap een wettelijke plicht is om te notuleren, gelden de notulen enkel ten behoeve van het bewijs en niet voor de geldigheid van de beslissingen (*ad validatem* en niet *ad probationem*). Niettemin is het opstellen van notulen bijzonder nuttig, wanneer het bewijs van wat er op een vergadering van de raad van bestuur gezegd en beslist is geweest op geen andere manier kan geleverd worden. Met betrekking tot de toelaatbaarheid van het bewijs door getuigen beslist de rechter soeverein (art. 25 W. Kh.). Zie hierover: B. TILLEMANS, "Interne werking van de raad van bestuur" in B. ALLEMEERSCH, V. SAGAERT, VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP (eds.), Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 166-171, nrs. 72 – 82.

⁵⁶⁰ Art. 440, lid 2 Ger. W.

⁵⁶¹ Cass. 9 februari 1978, *Arr. Cass.* 1978, 688; *Pas.* 1978, I, 669; RW 1978-79, 31; Cass. 9 januari 2007, *Arr. Cass.* 2007, afl. 1, 43; *Juristenkrant* (weergave E. BREWAEYS), afl. 148, 11 en <http://www.cass.be> (2 februari 2007); *Pas.* 2007, afl. 1, 44; *JDSC* 2009, 139, noot M. ERNOTTE; *Rév. prat. soc.* 2008, afl. 1, 16, noot A. DECROES; RW 2008-09, (samenvatting), afl. 9, 362 en <http://www.rw.be> (5 november 2008), noot -; *P&B* 2007, afl. 6, 349, noot D. LINDEMANS; *TRV* 2008, afl. 8, 667, noot C. CLOTTENS; Cass. 12 november 2008, <http://www.cass.be> (3 december 2008); *JT* 2009, afl. 6352, 324 en <http://jt.larcier.be> (12 mei 2009); *Pas.* 2008, afl. 11; 2541; *TBP* 2009 (weergave F. MEERSSCHAUT), afl. 8, 498-499.

⁵⁶² Cass. 17 januari 1997, <http://www.cass.be> (18 oktober 2001); *Arr. Cass.* 1997, 456; *Bull.* 1997, 472; *JDSC* 1999, 175, noot C. BERTSCH; *JLMB* 1997, 908 en <http://jlmbi.larcier.be> (15 januari 2003); *P&B* 1998, 5; *Pas.* 1997, I, 472; RW 1997-98 (verkort), 829 en <http://www.rw.be> (12 juli 2006); *Rév. prat. soc.* 1998, 94; *TRV* 1998, 516, noot J. VANANROYE.

anderzijds dat die lastgeving regelmatig gegeven werd door het bevoegde vennootschapsorgaan.⁵⁶³ De koppeling tussen het vermoeden van het bestaan van een mandaat in hoofde van de advocaat en het vermoeden van rechtsgeldigheid van de beslissing van het bevoegde vennootschapsorgaan om in rechte te treden en om aan een advocaat opdracht te geven is evenwel op haar beurt bekritiseerbaar.⁵⁶⁴ De ene beslissing (de beslissing om aan een advocaat het mandaat op te treden in naam van de vennootschap en verdere proceshandelingen te stellen) zal immers in de regel de uitvoering zijn van de andere beslissing (de beslissing van het vennootschapsorgaan om een advocaat aan te stellen), maar dit is niet noodzakelijk zo.⁵⁶⁵

215. De Raad van State volgde deze rechtspraak van het Hof van Cassatie niet. De Raad verantwoordde zijn keuze door te stellen dat het vermoeden van artikel 440, lid 2 Ger. W. gewoonweg niet dienstig was wanneer niet de vraag naar de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de advocaat aan de orde was, maar alleen de vraag of de beslissing om het annulatieberoep in te stellen genomen werd door het daartoe bevoegde orgaan van de vennootschap.⁵⁶⁶ De Raad van State werd hierin slechts door een minderheid van de rechtsleer gevolgd. Gesteld werd dat de beslissing tot het starten van een gerechtelijke procedure en de beslissing om een advocaat aan te stellen frequent genomen wordt door verschillende organen. Zo zou de beslissing om een procedure te starten in de regel genomen worden door de raad van bestuur, maar de (facultatieve) uitvoeringsbeslissing - de beslissing om een advocaat aan te stellen - door het orgaan van dagelijks bestuur.⁵⁶⁷ Deze scheiding tussen de beslissing om in rechte te treden en de latere aanduiding van een advocaat werd door onder meer CLOTTENS afgedaan als 'erg kunstmatig'.⁵⁶⁸ Meer algemeen concludeerde hij dat de verplichte overlegging van bewijs in menig opzicht - en voornamelijk vanuit

⁵⁶³ D. LINDEMANS, "Het mandaat ad litem van rechtspersonen en de regelmatigheid van de beslissing van de rechtspersoon om in rechte te treden" (noot onder Cass. 9 januari 2007), *P&B* 2007, afl. 6, 351.

⁵⁶⁴ D. LINDEMANS, "Het mandaat ad litem van rechtspersonen en de regelmatigheid van de beslissing van de rechtspersoon om in rechte te treden" (noot onder Cass. 9 januari 2007), *P&B* 2007, afl. 6, 351; A. DECROES, "La représentation en justice de personnes morales et l'article 440, alinéa 2 du code judiciaire" (noot onder Cass. 9 januari 2007), *Rév. prat. soc.* 2008, afl. 1, 79-84; T. DELVAUX, "Représentation et comparution des sociétés devant les juridictions de l'ordre judiciaire", *Act. dr.* 2002, afl. 4, 463.

⁵⁶⁵ D. LINDEMANS, "Het mandaat ad litem van rechtspersonen en de regelmatigheid van de beslissing van de rechtspersoon om in rechte te treden" (noot onder Cass. 9 januari 2007), *P&B* 2007, afl. 6, 351.

⁵⁶⁶ R. v. St. (9^e k.) 12 december 2005, *CDPK* 2006, afl. 3, 739, noot R. JAFFERALI; <http://www.raadvst-consetat.be> (11 mei 2005); *TRV* 2006, afl. 1, 50, noot C. CLOTTENS.

⁵⁶⁷ J. VAN COMPERNOLLE, "L'action en justice des groupements et sociétés", *TPR* 1980, 107-108.

⁵⁶⁸ C. CLOTTENS, "De (niet)-ontvankelijkheid van het annulatieberoep bij de Raad van State ingesteld lastens de gedelegeerd bestuurder van een NV" (noot onder R. v. St. 12 december 2005), *TRV* 2006, 55.

vennootschapsrechtelijk oogpunt - te betreuren valt, omdat het afbreuk zou doen aan een correcte en consequente toepassing van het prokurasysteem.⁵⁶⁹

Het principe van organieke vertegenwoordiging, ingevoerd door de eerste vennootschapsrichtlijn in 1968, lijkt er zich inderdaad tegen te verzetten dat het orgaan van de NV een beslissing dient over te leggen om zijn bevoegdheid te bewijzen. Ingevolge het prokurasysteem wordt diens bevoegdheid bij rechtshandelingen (vertegenwoordiging ten opzichte van derden), anders dan bij de gevolmachtigde of de ondergeschikte, immers bewezen door de bekendmaking van zijn benoeming in overeenstemming met de vennootschapswet, als gevolg waarvan hij de vennootschap vertegenwoordigt op een rechtstreekse wijze.⁵⁷⁰ Voor proceshandelingen (vertegenwoordiging in rechte) – die in wezen niet verschillen van andere rechtshandelingen, zij het dan dat deze een eenzijdig karakter hebben – geldt hetzelfde, wat ook expliciet bepaald werd in het Gerechtelijk Wetboek: de rechtspersonen treden in rechte door hun organen en de partijen verschijnen in de regel op het ogenblik van de rechtsingang en later in persoon of vertegenwoordigd door een advocaat.⁵⁷¹ Nergens in het Gerechtelijk Wetboek wordt gesteld dat een orgaan de rechtsgeldigheid van zijn besluiten zou moeten bewijzen als een bijkomende voorwaarde ter vertegenwoordiging van de vennootschap in rechte. Het Gerechtelijk Wetboek, voor zover dat hier van toepassing is, verbiedt een dergelijke praktijk evenmin.

Wat daarentegen wel vaststaat is dat de eerste vennootschapsrichtlijn er kwam ter bescherming van derden en dat deze in feite niets te zien heeft met de vertegenwoordiging in rechte.⁵⁷² Derden zijn volgens het Hof van Cassatie, diegenen die met de vennootschap of met haar vertegenwoordigers als zodanig hebben

⁵⁶⁹ C. CLOTTENS, "De (niet)-ontvankelijkheid van het annulatieberoep bij de Raad van State ingesteld lastens de gedelegeerd bestuurder van een NV" (noot onder R. v. St. 12 december 2005), *TRV* 2006, 60.

⁵⁷⁰ J. RONSE, *De Vennootschapswetgeving 1973. Commentaar van de wet van 6 maart 1973 tot aanpassing aan de eerste E.E.G.-Richtlijn van 9 maart 1968*, Gent-Leuven, Story's rechtskundige uitgaven, 1973, 153, nr. 293.

⁵⁷¹ Art. 703 en 728 Ger. W.

⁵⁷² Rechtsoverweging 2 bij de eerste vennootschapsrichtlijn stelt uitdrukkelijk dat de coördinatie van de nationale bepalingen van bijzonder belang zijn met oog op de bescherming van de belangen van derden. RO 2, Eerste richtlijn van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de Lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van art. 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks ten einde die waarborgen gelijk te maken, *PB L* 1968, p. 8.

gehandeld.⁵⁷³ De Raad van State kan alleszins niet beschouwd worden als een derde wat de vertegenwoordiging in rechte ten opzichte van de vennootschap betreft, zodat zijn rechtspraak wat dat betreft niet strijdig is met de eerste vennootschapsrichtlijn.⁵⁷⁴ De Raad motiveerde de door hem ingevoerde toelaatbaarheidseis recent dan ook als volgt:

“Artikel 522 W. Venn. en artikel 9 van de eerste Europese richtlijn vennootschapsrecht maken een onderscheid tussen de vertegenwoordiging ten aanzien van derden en de vertegenwoordiging in rechte. Het is slechts ten aanzien van derden dat de beperkende bedingen die aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid kunnen worden aangebracht, niet tegenwerpelijk zijn, maar niet wat de vertegenwoordiging in rechte betreft. Door te trachten de Raad van State gelijk te stellen met een derde, miskent verzoekster de draagwijdte van artikel 522 W. Venn. en van artikel 9 van de eerste Europese richtlijn vennootschapsrecht.”⁵⁷⁵

216. De verschillende interpretaties van de Raad van State en het Hof van Cassatie met betrekking tot artikel 440, lid 2 Ger. W. leidde tot een prejudiciële vraagstelling van de Raad van State aan het Grondwettelijk Hof (het toenmalige ‘Arbitragehof’).⁵⁷⁶ De vraag werd gesteld of de artikelen 10 en 11 van de Grondwet geschonden werden door het tweede lid van artikel 440 Ger. W. zo te interpreteren dat het voor de ontvankelijkheid van een beroep bij de Raad van State niet voldoende was dat het tijdig ingediend verzoekschrift tot nietigverklaring ondertekend werd door een advocaat die voor rekening van een vennootschap handelt, als niet het bewijs wordt geleverd dat de beslissing daartoe is genomen door het bevoegde orgaan of de bevoegde personen die de vennootschap vertegenwoordigen, terwijl het voor de ontvankelijkheid van een namens een natuurlijke persoon ingesteld beroep wel voldoende is dat het verzoekschrift door een advocaat namens die persoon ondertekend werd en daarbij niet het bewijs geleverd moet worden dat die persoon de beslissing daartoe nam. Het Grondwettelijk Hof diende m.a.w. te antwoorden op

⁵⁷³ Cass. 17 september 1965, Pas. 1966, I, 78; RW 1965-66, 989.

⁵⁷⁴ R. v. St. 4 november 2010, TBP 2011, 224; R. v. St. 17 mei 2011, Rév. prat. soc. 2012, afl. 2, 231; noot R. AYDOGDU, O. CAPRASSE; <http://www.raadvst-consetat.be> (19 december 2012).

⁵⁷⁵ R. v. St. (15^e K.) 17 mei 2011, Rév. prat. soc. 2012, afl. 2, 231; noot R. AYDOGDU, O. CAPRASSE; <http://www.raadvst-consetat.be> (19 december 2012).

⁵⁷⁶ De vraag werd gesteld in het arrest van de Raad van State van 22 november 1996 (G.C.V. Madibel/E. Peeters), arrest nr. 63.274.

de vraag of het onderscheid in behandeling door de Raad van State tussen de advocaat die een natuurlijke persoon vertegenwoordigt en de advocaat die een rechtspersoon vertegenwoordigt, gerechtvaardigd was.

217. Het Grondwettelijk Hof antwoordde - enigszins verrassend - dat het verschil in behandeling niet zonder redelijke verantwoording was, omdat de rechtspersoon optreedt door het orgaan dat bij wet of door de statuten werd aangewezen en de natuurlijke persoon op eigen beslissing, zonder tussenkomst van enig orgaan.⁵⁷⁷ In die optiek overwoog het Hof dat het niet onredelijk was dat het bewijs werd geëist dat dit orgaan regelmatig en binnen de wettelijke termijn de beslissing nam om voor de Raad van State in rechte te treden. Het Hof huldigde dienvolgens het in de rechtsleer kunstmatig bevonden standpunt dat een onderscheid gemaakt moet worden tussen het mandaat *ad litem* van de advocaat en de wettigheid van de beslissing van de rechtspersoon. Ook het verschil in behandeling van artikel 440, lid 2 Ger. W. tussen het Hof van Cassatie en de Raad van State achtte het Grondwettelijk Hof verantwoord. Meer zelfs, het Hof sloot zich volledig aan bij het standpunt van de Raad van State onder verwijzing naar de verschillen tussen het objectieve en het subjectieve contentieux. Het Hof poneerde onder punt B.2. 4 van het arrest :

“Het verschil van interpretatie vindt een verklaring in de specifieke kenmerken van de objectieve geschillenbeslechting die aan de Raad van State is toevertrouwd: de Raad van State past een inquisitoriale procedure toe; hij ontvangt de beroepen die zijn ingesteld ter verdediging van collectieve belangen; hij kan, bij arresten die een absoluut gezag van gewijsde hebben, met terugwerkende kracht akten en reglementen van administratieve overheden vernietigen. Die eigen kenmerken van de aan de Raad van State toevertrouwde geschillen verantwoorden dat hij artikel 440, tweede lid Ger. W. anders interpreteert en dat hij nagaat of het bevoegde orgaan van de rechtspersoon, zelfs als die persoon door een advocaat wordt vertegenwoordigd binnen de voorgeschreven termijn en met inachtneming van de regelen van vertegenwoordiging die erop betrekking hebben, de beslissing heeft genomen om het beroep in te stellen.”

⁵⁷⁷ Arbitragehof 22 april 1998 (prejudiciële vraag), A.A. 1998, 517; <http://www.arbitrage.be> (18 oktober 2001); BS 2 juli 1998, 21.732 en <http://staatsblad.be> (2 juli 1998); DAOR 1999, afl. 49, 81; JT 1998, 472 en <http://jt.larcier.be> (1 juli 2008); JDSC 1999, 180; RW 1998-99, 250 en <http://www.rw.be> (12 juli 2006); P&B 1998, 62; TRV 1998, 319, noot -.

Het Hof besloot dus dat artikel 440, lid 2 Ger. W. door de Raad van State in die zin geïnterpreteerd kon worden dat het een verschil in behandeling invoert naargelang de advocaat een natuurlijke persoon of een rechtspersoon vertegenwoordigt en bijgevolg dat het de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet had geschonden.

b. Na 2014

218. Met de Hervormingswet wilde de wetgever inzetten op een kwalitatieve verbetering van de werking van de Raad van State, onder meer door maatregelen te nemen om de procedures bij de Raad van State te verbeteren en de toegang tot dit rechtscollege te vergemakkelijken, wanneer een dergelijk beroep noodzakelijk is om de belangen van de rechtszoekende te beschermen.⁵⁷⁸ Één van de genomen maatregelen betreft het vereenvoudigen van de toegang tot de rechter voor rechtspersonen die optreden door middel van een advocaat. Aan artikel 19 van de wetten op de Raad van State werd daarom een vijfde lid toegevoegd dat bepaalt dat, behalve in geval van bewijs van het tegendeel, de advocaat verondersteld wordt om gemandateerd te zijn door de handelingsbekwame persoon die hij beweert te vertegenwoordigen.⁵⁷⁹ Artikel 3.4° van de RvS-wet werd in dezelfde zin gewijzigd en bepaalt nu dat de verzoekende partij, als zij een rechtspersoon is, bij haar verzoekschrift niet langer een afschrift van de akte van aanstelling van haar organen noch een bewijs dat het daartoe bevoegde orgaan beslist heeft in rechte te treden, dient te voegen.⁵⁸⁰ De nieuwe regelgeving betekent concreet dat de Raad van State wettelijk verplicht wordt om het mandaat *ad litem* van de advocaat te aanvaarden.

219. In de memorie van toelichting bij de Hervormingswet verduidelijkte de wetgever dat de afwijkende interpretatie van artikel 440 lid 2 Ger. W. door de Raad van State in de loop der jaren de oorzaak was gebleken van vrij nutteloze complicaties en dus dat de kritieken uit de rechtsleer terecht waren. De verplichting om als advocaat in naam van een rechtspersoon het

⁵⁷⁸ MVT bij het wetsontwerp houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State, *Parl. St. Senaat* 2012-13, nr. 5-2277/1, p. 2-3.

⁵⁷⁹ Artikel 19, lid 3 RvS wet bepaalt vanaf nu: "Behoudens bewijs van het tegendeel, wordt de advocaat verondersteld gemandateerd te zijn door de handelingsbekwame persoon die hij beweert te verdedigen." Besluit van de Regent van 23 augustus 1943 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, *BS* 3 februari 2014, *err. BS* 13 februari 2014.

⁵⁸⁰ Artikel 3.4° Besluit van de Regent van 23 augustus 1943 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, zoals gewijzigd bij KB van 28 januari 2014 en in werking getreden op 1 maart 2014.

bewijs te leveren dat het bevoegde orgaan van deze rechtspersoon rechtsgeldig beslist had om in rechte te treden, zou hem onnodig blootstellen aan procedurele beslommingen "*die zijn tegenstanders zeker zullen uitbuiten*".⁵⁸¹ De wetgever besliste dan ook dat het wenselijk leek om terug te keren naar een interpretatie van artikel 440 Ger. W. die gedeeld wordt door het Hof van Cassatie en de Raad van State.⁵⁸² De recente rechtspraak van de Raad van State is alvast veelbelovend.⁵⁸³

In overeenstemming met de rechtspraak van het Hof van Cassatie, dekt het vermoeden van een geldige procesvolmacht van de advocaat van een rechtspersoon die verschijnt in een procedure bij de Raad van State niet alleen de vertegenwoordigings-, maar ook de bestuursbevoegdheid van het orgaan dat tot de volmachtverlening aan de advocaat heeft beslist.⁵⁸⁴ Dit vermoeden is niet onweerlegbaar en het staat de tegenpartij dus vrij om de regelmatigheid van deze volmacht in twijfel te trekken. Vereist is dan wel dat zij haar opwerping aannemelijk maakt.⁵⁸⁵ De nieuwe regeling heeft echter geen weerslag op de situatie waarin de rechtspersoon vertegenwoordigd wordt door een advocaat. Indien de rechtspersoon optreedt zonder advocaat, zal deze alsnog het bewijs moeten bijbrengen dat het bevoegde orgaan tijdig en regelmatig beslist heeft om in rechte te treden. De voorlegging

⁵⁸¹ Uit de memorie van toelichting bij de wet blijkt dat de wetgever van mening is dat de verantwoordelijkheid over de geldigheid van het mandaat van de advocaat moet worden gelegd bij de advocaat zelf, van wie hij verwacht dat deze hierbij zorgvuldig te werk gaat. MvT bij het wetsontwerp houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State, *Parl. St. Senaat 2012-13*, nr. 5-2277/1, p. 18.

⁵⁸² MvT bij het wetsontwerp houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State, *Parl. St. Senaat 2012-13*, nr. 5-2277/1, p. 18 -19.

⁵⁸³ RVS 17 maart 2015, *Amén*. 2015 (weergave D. LAGASSE), afl. 4, 263; APT 2015 (samenvatting), afl. 3, 491; *Rev.dr.commun.* 2016 (samenvatting J. VANHAEVERBEEK, D. DEOM), afl. 1, 44; <http://www.raadvst-consetat.be> (23 januari 2016), waar de Raad van State bevestigde dat: "*Als gevolg van de wijziging van artikel 19, zesde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, ingevoegd bij de wet van 20 januari 2014 houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State, en overeenkomstig de bedoeling van de wetgever, is artikel 3, 4° van het procedurereglement R.v.St. gewijzigd bij koninklijk besluit van 28 januari 2014 tot wijziging van diverse besluiten betreffende de procedure voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en legt het de verzoekende rechtspersonen, wanneer ze worden vertegenwoordigd door een advocaat, niet meer op de aanwijzingsakte van hun organen bij het verzoekschrift te voegen, noch het bewijs dat het gemachtigde orgaan heeft beslist om in rechte op te treden. Zowel de wet van 20 januari 2014 als het uitvoeringsbesluit ervan strekken er dus toe de verplichtingen van de verzoekende rechtspersonen te verlichten. De tegenpartij kan van deze laatste niet eisen dat te doen waarvan de wetgever hen juist heeft willen vrijstellen bij het instellen van een beroep, en wel des te meer daar geen enkel teken of element wordt aangevoerd dat zelfs maar een begin van bewijs van het tegendeel zou kunnen vormen of zou kunnen opleggen de zaak meer te onderzoeken.*"

⁵⁸⁴ G. DEBERSAQUES en F. EGGERMONT, "De hervorming van de Raad van State 2014: een eerste analyse van de voornaamste nieuwigheden", *RW 2013-14*, nr. 36, p. 1420.

⁵⁸⁵ Cass. 2 oktober 2015, <http://www.cass.be> (1 november 2015); Cass. 9 januari 2007, *Arr. Cass.* 2007 43, *JDSC* 2009, 139, noot M. ERNOTTE; *RPS* 2008, 76, noot, A. DECROES, *RW* 2008-09, 362, noot, *P&B* 2007, noot D. LINDEMANS, *TRV* 2008, 667, noot C. CLOTTENS; G. DEBERSAQUES en F. EGGERMONT, "De hervorming van de Raad van State 2014: een eerste analyse van de voornaamste nieuwigheden", *RW 2013-14*, nr. 36, p. 1420.

van de statuten van de rechtspersoon blijft steeds vereist en dit op straffe van de niet-toelaatbaarheid van de eis.⁵⁸⁶

220. De toepassing van het mandaat *ad litem* bij de Raad van State heeft ook het Grondwettelijk Hof gestimuleerd om haar rechtspraak betreffende de interpretatie en de toepassing van artikel 7, lid 3 van de bijzondere wet aan te passen. In het arrest van 17 september 2014 besliste het Hof dat de formulering van artikel 7, lid 3 van de bijzondere wet haar toelaat om af te zien van het verzoek tot voorlegging van het bewijs van de beslissing van het bevoegde orgaan om in rechte te treden, wanneer aan rechtspersoon door een advocaat vertegenwoordigd wordt. Het Hof voegde daaraan, naar analogie met de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie, toe dat deze interpretatie niet belet dat een partij gerechtigd is om op te werpen dat de beslissing om in rechte te treden niet geldig werd genomen, maar dat zij dan haar opwerping aannemelijk moet maken met alle middelen van het recht.⁵⁸⁷ In dit arrest kondigde het Hof in feite aan dat zij, in het kader van het onderzoek van de ontvankelijkheid van procedures die worden ingeleid voor het Grondwettelijk Hof namens een rechtspersoon, niet langer ambtshalve zou verzoeken om de voorlegging van de beslissing van het bevoegde orgaan om in rechte te treden en aanvaardt het dus – naar analogie met de Raad van State en het Hof van Cassatie – het mandaat *ad litem* van de advocaat.⁵⁸⁸

221. In het arrest van 30 april 2015 ging het Grondwettelijk Hof nog een stap verder. Nadat zij eerst de gewijzigde rechtspraak met betrekking tot het mandaat *ad litem* herhaald had, nam het Hof aan dat artikel 7, lid 3 van de bijzondere wet moet worden samengelezen met artikel 522 W. Venn., op grond waarvan het door een vertegenwoordigingsbevoegde orgaan aan een raadsman verleende mandaat moet worden geacht de vennootschap te verbinden

⁵⁸⁶ Artikel 3bis, 1° van het Besluit van de Regent van 23 augustus 1943 bepaalt dat het verzoekschrift waarbij de statuten van de rechtspersoon niet werden gevoegd, niet op de rol wordt ingeschreven en geacht wordt nooit te zijn ingediend, indien de stukken niet binnen de 15 dagen na de mededeling door de griffie worden bijgebracht.

⁵⁸⁷ GwH 17 september 2014, <http://www.const-court.be> (17 september 2014); BS 5 november 2014 (eerste uitgave) (uittreksel), 84407 en <http://staatsblad.be> (16 november 2014); JLMB 2014, afl. 32, 1508 en <http://jlmbi.larcier.be/> (16 oktober 2014); RW 2014-15 (samenvatting), afl. 5, 200 en <http://www.rw.be/> (6 oktober 2014); RW 2014-15, afl. 39, 1538 en <http://www.rw.be/> (17 augustus 2015), noot J. THEUNIS., D. BIJNENS; TRV 2014, afl. 8, 773 en <http://www.trv.be/> (15 januari 2015), noot C. CLOTTENS.

⁵⁸⁸ C. CLOTTENS, "Het Grondwettelijk Hof aanvaardt het mandaat *ad litem* zoals toegepast door het Hof van Cassatie en de Raad van State" (noot onder GwH 17 september 2014), TRV 2014, 784-786; J. THEUNIS en D. BIJNENS, "Het mandaat *ad litem* voor het Grondwettelijk Hof" (noot onder GwH 17 september 2014), RW 2014-15, 1540-1542; C. CLOTTENS, "Na het mandaat *ad litem* aanvaardt het Grondwettelijk Hof eindelijk ook de prokura-leer" (noot onder GwH 30 april 2015), TRV RPS, 2016, p. 173.

zoals een beslissing van het procesbevoegde orgaan.⁵⁸⁹ Het Hof aanvaardt hiermee, naast de toepassing van het mandaat *ad litem*, de toepassing van de prokuraal en erkent bijgevolg dat er, wat de vertegenwoordiging van een rechtspersoon betreft, een onderscheid moet worden gemaakt tussen de interne bestuursbevoegdheid en de externe vertegenwoordigingsmacht van het orgaan.

Een korte schets van de feiten die de aanleiding waren voor dit arrest, verduidelijkt de beslissing van het Hof. De NV G. had beroep ingesteld tot een gedeeltelijke vernietiging van bepaalde bepalingen uit een decreet van de Vlaamse Regering inzake woonkwaliteitsbewaking. Hoewel het beroep tijdig werd ingesteld door de advocaat van de NV G., beriep de Vlaamse Regering zich op de voormalige rechtspraak van het Hof op grond waarvan de verzoekende partij als rechtspersoon diende te bewijzen dat het bevoegde orgaan op regelmatige wijze beslist had om in rechte te treden. Meer concreet voerde de Vlaamse Regering aan dat niet kon worden uitgemaakt of door het bevoegde orgaan, en in een regelmatige samenstelling, beslist werd tot het instellen van het beroep. Het voorleggen van een uittreksel uit de notulen van de raad van bestuur door de NV G., zou geen bewijs zijn van een regelmatige beslissing van de raad van bestuur.

Bovendien had men vastgesteld, dat op het ogenblik dat de beslissing om beroep in te stellen genomen werd, één van de vier bestuurders van de NV G. overleden was en dat van twee van hen het mandaat niet vernieuwd was. Op basis van deze feiten was de Vlaamse Regering van mening dat de raad van bestuur van de NV G., om een geldig besluit te kunnen nemen, in voltallige vergadering had moeten beslissen.

Het Hof beantwoordde deze argumentatie echter zeer bondig door te wijzen op het feit dat de NV G. een uittreksel uit de notulen van haar raad van bestuur had voorgelegd, waaruit bleek dat er een raadsman was aangesteld. Vervolgens oordeelde het Hof dat, in weerwil van wat de Vlaamse Regering had aangevoerd, dat uittreksel volstond als bewijs dat de vordering op een rechtsgeldige wijze werd ingesteld:

⁵⁸⁹ GwH 30 april 2015, <http://www.const-court.be> (30 april 2015); BS 19 mei 2015 (eerste uitgave) (uittreksel), 26513 en <http://staatsblad.be> (8 juni 2015); RW 2014-15 (samenvatting), afl. 39, 1558 en <http://www.rw.be/> (17 augustus 2015); RW 2015-16 (samenvatting), afl. 12, 459 en <http://www.rw.be/> (7 december 2015); TRV RPS 2016, afl. 2, 162 en <http://www.trv.be/trv/default.aspx?l=NL> (2 augustus 2016), noot C. CLOTTENS.

"B.1.1 De Vlaamse Regering voert aan dat niet blijkt dat het daartoe bevoegde orgaan van de nv 'Group Globiss', en in een regelmatige samenstelling, is beslist tot het instellen van het beroep.

B.1.2 Artikel 7, lid 3 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof voorziet erin dat het bewijs van de beslissing van het bevoegde orgaan van de rechtspersoon om in rechte te treden 'op het eerste verzoek' moet worden voorgelegd. Die formulering laat het Hof toe, zoals het heeft geoordeeld bij zijn arrest nr. 120/2014 van 17 september 2014, om af te zien van een dergelijk verzoek, met name wanneer de rechtspersoon door een advocaat wordt vertegenwoordigd, zoals ten dezen.

Die interpretatie belet niet dat een partij gerechtigd is op te werpen dat de beslissing om in rechte op te treden niet is genomen door de bevoegde organen van de rechtspersoon, maar zij moet haar opwerping aannemelijk maken, wat kan met alle middelen van recht.

Wat betreft beroepen ingesteld door een naamloze vennootschap, moet het vermelde artikel 7 in samenhang worden gelezen met artikel 522 van het Wetboek van vennootschappen, op grond waarvan het door het vertegenwoordigingsbevoegde orgaan aan een raadsman verleende mandaat moet worden geacht de vennootschap te verbinden zoals een beslissing van het procesbevoegde orgaan.

B.1.3 In weerwil van wat de Vlaamse Regering aanvoert, volstaat dat uittreksel als bewijs dat de vordering op rechtsgeldige wijze is ingesteld.

B.1.5 De exceptie wordt verworpen."⁵⁹⁰

⁵⁹⁰ GwH 30 april 2015, <http://www.const-court.be> (30 april 2015); BS 19 mei 2015 (eerste uitgave) (uittreksel), 26513 en <http://staatsblad.be> (8 juni 2015); RW 2014-15 (samenvatting), afl. 39, 1558 en <http://www.rw.be/> (17 augustus 2015); RW 2015-16 (samenvatting), afl. 12, 459 en <http://www.rw.be/> (7 december 2015); TRV RPS 2016, afl. 2, 162 en <http://www.trv.be/trv/default.aspx?l=NL> (2 augustus 2016), noot C. CLOTTENS.

222. In een belangwekkende noot onder dit arrest, illustreert CLOTTENS de draagwijdte van de gewijzigde rechtspraak van het Grondwettelijk Hof voor de praktijk. Allereerst brengt CLOTTENS onder de aandacht dat het vermoeden van het mandaat *ad litem* niet langer speelt voor de gewone hoven en rechtbanken, wanneer de advocaat er niet mee volstaat te affirmeren dat hij optreedt namens een nader geïdentificeerde rechtspersoon, maar – spontaan of op vraag van de tegenpartij of de rechter – vermeldt welk orgaan of welke persoon hem de opdracht heeft gegeven. In dat geval, waarschuwt CLOTTENS, speelt het vermoeden enkel in de verhouding tussen de advocaat en het orgaan en speelt, wat de bevoegdheid van het orgaan betreft, opnieuw het gemeen recht.⁵⁹¹ Dit betekent dat de tegenpartij of de rechter om legitimatie van de bevoegdheid kan vragen en dat de rechtspersoon desgevallend het bewijs moet leveren dat de bewuste opdracht kan worden toegerekend aan de rechtspersoon.⁵⁹² Als een rechtspersoon dus haar notulen voorlegt om te bewijzen dat zij de beslissing om in rechte te treden geldig nam, neemt zij een onnodig risico.

223. CLOTTENS herneemt verder de regel die door het Grondwettelijk Hof in de arresten van 17 september 2014 en 30 april 2015 wordt gehuldigd, namelijk dat wanneer het mandaat *ad litem* speelt, maar de tegenpartij het daaraan verbonden vermoeden probeert te weerleggen, de prokuraal nog steeds onverkort geldt. Deze erkenning leidt tot de beperking van de mogelijkheid om het mandaat *ad litem* te weerleggen in rechtspersonen die onderworpen zijn aan de *prokuraal* en verdient volgens CLOTTENS navolging, omdat hierdoor het optreden in rechte van de rechtspersoon aanzienlijk wordt vergemakkelijkt.⁵⁹³ Het Hof aanvaardt immers dat het volstaat dat een orgaan van vertegenwoordiging in die hoedanigheid optreedt en binnen de grenzen van de wettelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid blijft opdat de

⁵⁹¹ Hoewel de bevoegdheidsverdeling en de vraag of proceshandelingen geldig werden gesteld niet van openbare orde is, belet niets dat de rechter deze vraag ambtshalve opwerpt. C. CLOTTENS, "Na het mandaat *ad litem* aanvaardt het Grondwettelijk Hof eindelijk ook de prokuraal-leer" (noot onder GwH 30 april 2015), *TRV RPS*, 2016, p. 174; J. VANANROYE, "Proceshandelingen *qualitate qua*, de bevoegdheid van de advocaat (art. 440, al. 2 Ger. W.) en de vertegenwoordiging van een rechtspersoon", *TRV* 1998, 518 - 519; B. ALLEMEERSCH en J. VANANROYE, "Het optreden in rechte van vennootschappen: enkele actuele aandachtspunten voor advocaten.", in B. ALLEMEERSCH, V. SAGAERT en VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 259, nr. 12; Zie ook GwH 5 februari 2015, <http://www.const-court.be> (5 februari 2015); BS 27 februari 2015 (eerste uitgave) (uittreksel), 14623 en <http://staatsblad.be> (3 mei 2015); *Dr.pén.entr.* 2015, afl. 3, 255, noot A. LECOCQ.; *FJF* 2015 (samenvatting), afl. 6, 175 en <http://www.monkey.be/> (15 september 2015); *NJW* 2015, afl. 321, 312, noot J. RAEYMAEKERS; *RW* 2014-15 (samenvatting), afl. 28, 1119 en <http://www.rw.be/> (1 april 2015); *RW* 2014-15 (samenvatting), afl. 36, 1414 en <http://www.rw.be/> (11 augustus 2015), noot -; *TFR* 2015, afl. 482, 479 en <http://ftrnet.larcier.be/> (17 augustus 2015), noot J. VAN EYNDHOVEN.

⁵⁹² C. CLOTTENS, "Na het mandaat *ad litem* aanvaardt het Grondwettelijk Hof eindelijk ook de prokuraal-leer" (noot onder GwH 30 april 2015), *TRV RPS*, 2016, p. 174.

⁵⁹³ C. CLOTTENS, "Na het mandaat *ad litem* aanvaardt het Grondwettelijk Hof eindelijk ook de prokuraal-leer" (noot onder GwH 30 april 2015), *TRV RPS*, 2016, p. 176.

rechtspersoon ook geldig vertegenwoordigd is op het externe vlak, los van het feit of er een rechtsgeldige beslissing genomen werd door het beslissingsbevoegde orgaan.⁵⁹⁴

(ii) Evolutief standpunt van de Raad van State met betrekking tot het bevoegde orgaan

a. *Eerste fase: van de raad van bestuur naar de gedelegeerd bestuurder als bevoegd orgaan*

224. Het is de vaste rechtspraak van de Raad van State dat het besluit tot instellen van het schorsings- of annulatieberoep moet worden genomen door het daartoe bevoegde vennootschapsorgaan. Op dit punt houdt de Raad van State er dus nog steeds, hoewel zijn rechtspraak ook hier reeds een felle evolutie onderging, een ander standpunt op na.⁵⁹⁵

De terughoudendheid van de Raad van State gaat ver terug. Aanvankelijk (en dit gedurende meer dan tien jaar) hield de Raad immers vol dat op grond van artikel 54, lid 1 Venn. W. oud (huidig artikel 522 W. Venn.) uitsluitend de raad van bestuur bevoegd was om tijdig en geldig in rechte te treden namens de vennootschap.⁵⁹⁶ Op grond van dit artikel is het inderdaad de raad van bestuur die bevoegd is om alle handelingen te verrichten die nodig of dienstig zijn ter verwezenlijking van het vennootschapsdoel en vertegenwoordigt de raad van bestuur de vennootschap tegenover derden in rechte als eiser of als verweerder.⁵⁹⁷ Hieruit blijkt dat de raad van bestuur alleszins bevoegd is om een geding in te leiden en om de vennootschap in rechte te vertegenwoordigen.

In de praktijk is het evenwel niet werkbaar dat de voltallige raad moet samenkomen, telkens als de beslissing moet worden genomen om in rechte te treden. Precies daarom laat de

⁵⁹⁴ C. CLOTTENS, "Na het mandaat *ad litem* aanvaardt het Grondwettelijk Hof eindelijk ook de prokura-leer" (noot onder GwH 30 april 2015), *TRV RPS*, 2016, p. 175.

⁵⁹⁵ RvS 12 december 2005, CDPK 2006, afl. 3, 739, noot R. JAFFERALI; <http://www.raadvst-consetat.be> (11 mei 2006); *TRV* 2006, afl. 1, 50, noot C. CLOTTENS; RvS 6 mei 2002, <http://www.raadvst-consetat.be> (16 maart 2004); *JDSC* 2005, 148, noot C. BERTSCH, TBP 2003 (verkort), afl. 5, 360.

⁵⁹⁶ J. BAERT EN G. DEBERSAQUES, "Raad van State. Ontvankelijkheid" in *Administratieve rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 1996, 165, nr. 161 en de verwijzingen naar de vroegere rechtspraak daar.

⁵⁹⁷ Art. 522 W. Venn.

vennootschapswet toe dat statutair aan één of meer bestuurders (de 'bestuurder') de bevoegdheid kan worden verleend om alleen of gezamenlijk de vennootschap te vertegenwoordigen.⁵⁹⁸ Dergelijke bepaling kan aan derden worden tegengeworpen op voorwaarde dat de publiciteitsvoorschriften uit artikel 76 W. Venn. gerespecteerd werden. De gedelegeerde bevoegdheid betreft wel een algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid: interne bevoegdheidsbeperkingen en/of taakverdelingen zijn niet-tegenwerpelijk aan derden.

225. De Raad van State aanvaardde deze delegatiemogelijkheid aan een gedelegeerd bestuurder initieel echter niet. Tegen deze rechtspraak - want *contra legem* - werd in de rechtsleer dan ook terecht hevig opgekomen.⁵⁹⁹ In het Solvay-arrest van 10 december 1986 verliet de Raad van State eindelijk dit standpunt: de Raad besliste dat een annulatieberoep, dat ingesteld was op initiatief van een vennootschap die vertegenwoordigd werd door een voorzitter en een ander lid van de raad van bestuur van een NV en die handelde krachtens een regelmatig openbaargemaakte statutaire handtekeningsclausule, toelaatbaar was zonder dat daaraan voorafgaand een besluit van de raad van bestuur moet voorgelegd worden.⁶⁰⁰ De Raad kon toen overigens, gelet op de inhoud van artikel 522§2 (artikel 54, lid 4 Venn. W. oud) en artikel 10, lid 3 van de eerste vennootschapsrichtlijn, niet anders dan zijn mening herzien.⁶⁰¹

226. Hoewel deze rechtspraak inmiddels verworven is en door de Raad van State talloze keren herhaald werd⁶⁰², stelt de Raad zich tot op vandaag nog erg terughoudend op wat betreft de statutaire clausule op grond waarvan de bevoegdheid gedelegeerd wordt. De Raad is van mening dat elke delegatie die betrekking heeft op de vertegenwoordiging in rechte een afwijking vormt op de principiële bevoegdheid van de raad van bestuur van de NV zoals die voortvloeit uit artikel 522 §2 W. Venn., zodat deze restrictief geïnterpreteerd moet worden.⁶⁰³

⁵⁹⁸ Art. 522§2 W. Venn.

⁵⁹⁹ Zie voor een overzicht van deze kritieken: J.M. NELISSEN-GRADE, "De vertegenwoordiging van de nv en de bvba bij het instellen van een annulatieberoep voor de raad van state", noot onder R. v. St. 10 december 1986, *TBH* 1987, 203.

⁶⁰⁰ R. v. St. 10 december 1986, *APM* 1987 (verkort), 4; *Arr. R. v. St.* 1986, z.p.; *Pas.* 1990, IV, 47; *Rév. prat. soc.* 1987, noot A. BENOÎT-MOURY; *T. Aann.* 1990 (verkort), 166, noot A. DELVAUX; *TBH* 1987, 201, noot J.M. NELISSEN-GRADE; *TBP* 1987, 705.

⁶⁰¹ Art. 522 §2 W. Venn. voorziet uitdrukkelijk in de mogelijkheid dat een of meer bestuurders de raad van bestuur in rechte vertegenwoordigen.

⁶⁰² R. v. St. 13 mei 1987; R. v. St. 26 juni 1987; R. v. St. 27 april 1990; R. v. St. 24 september 1992; R.v. St. 31 mei 1995;

⁶⁰³ R. v. St. 17 mei 2011, *Rév. prat. soc.* 2012, afl. 2, 231; noot R. AYDOGDU, O. CAPRASSE; <http://www.raadvst-consetat.be> (19 december 2012).

Dit betekent in de eerste plaats dat indien in de statuten niet wordt voorzien in een dergelijk beding, dat dan alleen de raad van bestuur bevoegd is om een verzoekschrift bij de Raad van State in te dienen.⁶⁰⁴ Dit betekent verder bij uitstek dat alleen de raad van bestuur bevoegd is, indien in de statuten een clausule zou opgenomen zijn waarin wordt voorzien dat procedures in naam van de vennootschap door de raad van bestuur met medewerking van een gedelegeerd bestuurder of een door de raad aangestelde lasthebber worden gevoerd. Krachtens dergelijk beding is de gedelegeerd bestuurder alleen maar bevoegd om maatregelen te nemen ter uitvoering van de beslissingen van de raad van bestuur.⁶⁰⁵ De statutaire delegatie van de vertegenwoordigingsbevoegdheid ten opzichte van derden omvat ook niet de vertegenwoordigingsbevoegdheid in rechte, zoals de Raad van State besliste in zijn arrest van 29 juni 2011:

“Uit de statutaire clausule waarin wordt bepaald dat, onverminderd de algemene vertegenwoordigingsmacht van de raad van bestuur, “zowel voor alle handelingen van dagelijks bestuur als deze die er buiten vallen, waaronder begrepen zijn zowel elk optreden in en buiten rechte als alle handelingen waarbij een openbaar of ministerieel ambtenaar tussenkomt, de vennootschap tegenover derden geldig vertegenwoordigd en verbonden zijn door hetzij één afgevaardigd bestuurder, hetzij twee bestuurders samen” blijkt volgens de Raad dat de statuten van verzoekster de delegatie van vertegenwoordigingsbevoegdheid enkel toestaan “tegenover derden”. De Raad van State, aan wie het objectief vernietigings-contentieux is toevertrouwd, kan echter niet worden beschouwd als een “derde”, ten aanzien van wie de vennootschap door het instellen van een annulatieberoep wordt “verbonden”.”⁶⁰⁶

⁶⁰⁴ R. v. St. 12 december 2005, CDPK 2006, afl. 3, 739, noot R. JAFFERALI; <http://www.raadvst-consetat.be> (11 mei 2005); TRV 2006, afl. 1, 50, noot C. CLOTTENS; R. v. St. 3 november 2010, JDSC 2012 (samenvatting), 133, noot W. DAVID; <http://www.raadvst-consetat.be> (29 april 2011), TBP 2011, afl. 4, 223.

⁶⁰⁵ J. BAERT en G. DEBERSAQUES, "Raad van State. Ontvankelijkheid" in *Administratieve rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 1996, 166, nr. 161.

⁶⁰⁶ R. v. St. 29 juni 2011, OOO 2011, afl. 3, 360; <http://www.raadvst-consetat.be>; (1 maart 2012).

b. *Tweede fase: van de gedelegeerd bestuurder naar de dagelijks bestuurder als bevoegd orgaan?*

227. Het is een klassiek standpunt van de Raad van State dat een dagelijks bestuurder niet bevoegd is om de beslissing te nemen om een annulatieberoep in te stellen, tenzij hij tevens bestuurder is en de individuele algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid verkregen heeft overeenkomstig artikel 522§2 W. Venn.⁶⁰⁷ De Raad van State is van mening dat een beroep tot nietigverklaring van een bestuurshandeling de openbare orde raakt⁶⁰⁸ en dat de beslissing om een annulatieberoep van een bestuurshandeling in te stellen niet kan worden beschouwd als een handeling die onder het begrip dagelijks bestuur valt.

De Raad motiveert deze zienswijze onder verwijzing naar het begrip dagelijks bestuur zoals aangegeven door het Hof van Cassatie. Volgens de Raad overstijgt het doel van een annulatieberoep de behoeften van het dagelijks leven van de vennootschap en kan het ook geenszins om een handeling van 'gering belang' gaan gelet op het doel ervan: een uitvoerbare handeling van een overheidsinstantie met terugwerkende kracht en definitief uit de rechtsorde laten verdwijnen.⁶⁰⁹

⁶⁰⁷ J. BAERT en G. DEBERSAQUES, "Raad van State. Ontvankelijkheid" in *Administratieve rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 1996, 165, nr. 162 en de verwijzingen naar historische rechtspraak daar. Zie ook R. v. St. 26 juni 1987, Arr. R. v. St. 1987, zp; TBP 1988 (weergave), 495; R. v. St. 26 maart 2001, <http://www.raadvst-consetat.be> (28 januari 2002), APM 2001 (samenvatting), 88; JDSC 2003, 198, noot C. BERTSCH; R. v. St. (algemene vergadering) 10 december 2002, APM 2003 (samenvatting), afl. 1, 5; NJW 2003, afl. 39, 842, noot M. DE WULF; Rév. prat. soc. 2003,, afl. 2, 214, noot -; Rév. prat. soc. 2010 (samenvatting), afl. 1-2, 315, noot O. CAPRASSE; <http://www.raadvst-consetat.be> (14 april 2003), RW 2002-03, afl. 31, 1221 en <http://www.rw.be> (14 april 2003), noot; TBP 2004 (verkort), afl. 2, 116; R. v. St. 7 juli 2003, APM 2003 (samenvatting), afl. 7, 144; JDSC 2006, 59, noot M. ERNOTTE; <http://www.raadvst-consetat.be> (28 januari 2005); R. v. St. 26 november 2004, APM 2004 (samenvatting), afl. 10, 233; Rév. prat. soc. 2004, afl. 3, 278, noot -; <http://www.raadvst-consetat.be> (10 december 2005), TBP 2006 (verkort), afl. 4, 228; R. v. St. 8 juni 2006, APM 2006 (samenvatting), afl. 7, 136; <http://www.raadvst-consetat.be> (3 maart 2008); R. v. St. 12 januari 2010, JDSC 2012, afl. 11, 131, noot W. DAVID; <http://www.raadvst-consetat.be> (30 juni 2010); TBP 2010, afl. 6, 339; R. v. St. 29 maart 2011, OOO 2011 (samenvatting), afl. 2, 237; <http://www.raadvst-consetat.be> (21 september 2011); R. v. St. 29 juni 2011, OOO 2011, afl. 3, 360; <http://www.raadvst-consetat.be> (1 maart 2012); R. v. St. 21 juni 2012, Rév. prat. soc. 2012, afl. 2, 263; noot O. CAPRASSE en R. AYDOGDU; <http://www.raadvst-consetat.be> (19 december 2012); C. CLOTTENS, "Na het mandaat *ad litem* aanvaardt het Grondwettelijk Hof eindelijk ook de prokura-leer" (noot onder GwH 30 april 2015), TRV RPS, 2016, p. 176.

⁶⁰⁸ R. v. St. 17 mei 2011 Rév. prat. soc. 2012, afl. 2, 231; noot R. AYDOGDU, O. CAPRASSE; <http://www.raadvst-consetat.be> (19 december 2012).

⁶⁰⁹ R. v. St. (alg. verg.) nr. 113 490 (Belgacom Directory Services NV/stad Saint-Hubert) 10 december 2002, APM 2003 (samenvatting), afl. 1, 5, NJW 2003, afl. 39, 842, noot M. DE WULF, Rév. Prat. Soc. 2003, afl. 2, 214, noot; Rév. Prat. Soc. 2010 (samenvatting), afl. 1-2, 355, noot O. CAPRASSE; <http://www.raadvst-consetat.be> (14 april 2003); RW 2002-03, afl. 31, 1221 en <http://www.rw.be> (14 april 2003), noot; TBP 2004 (verkort), afl. 2, 116. Rév. prat. soc. 2003, 209; R. v. St. 12 december 2005; CDPK 2006, afl. 3, 739, noot R. JAFFERALI; <http://www.raadvst-consetat.be> (11 mei 2005); TRV 2006, afl. 1, 50, noot C. CLOTTENS

228. In een uniek geval sprak de Raad van State zich anders uit en zocht hij, door uitzonderlijk toch een *in concreto*-beoordeling te maken, toenadering tot de rechtspraak van de gewone rechtscollèges. In het arrest van 23 oktober 2001 besliste de Raad dat een annulatieberoep tot het dagelijks bestuur hoorde voor zover het beroep betrekking heeft op een aangelegenheid die hoort tot het dagelijks bestuur.⁶¹⁰ De Raad overwoog toen dat moest worden aangenomen dat het indienen van een verzoek tot nietigverklaring bij de Raad van State binnen de grenzen viel van het dagelijks bestuur van de betrokken vennootschap (de NV Belgacom Mobile, een Belgacomdochter), zowel wegens de relatief geringe aard van de belasting, vastgesteld door het aangevochten taxatiereglement, als wegens de moeilijkheid om een raad van bestuur – die een aantal buitenlandse bestuurders omvat – samen te roepen telkens de vennootschap het wenselijk zou achten om een nieuwe taks te betwisten, wegens het hoge aantal gelijkaardige taxatiereglementen die zijn aangenomen of van die aard zijn om aangenomen te worden in het hele land en de stipte aard van de termijn waarbinnen de verzoeken moeten worden ingediend bij de Raad van State.

In een verzoekschrift van 19 december 1997 had Belgacom Mobile inderdaad om de vernietiging gevraagd van een taxatiereglement op antennes, dat eerder aangenomen werd door de gemeenteraad van Schaarbeek. Het verzoek werd ingeleid door de dagelijks bestuurder van de vennootschap, maar werd toch ontvankelijk verklaard, nu de Raad van State, anders dan voorheen, besliste dat men een concreet onderzoek moest verrichten en daarbij oog moest hebben voor het maatschappelijk doel van de vennootschap en de aard van de handelingen die van aard zijn te behoren tot het dagelijks bestuur van de verzoekende vennootschap.

229. Deze omwenteling was echter maar van korte duur. In een principearrest van 10 december 2002 keerde de Raad van State immers terug naar zijn eerdere rechtspraak:

“Onder handelingen of verrichtingen betreffende het dagelijks bestuur van de vennootschap moet worden verstaan die welke door het dagelijks leven van de vennootschap vereist worden of die welke zowel wegens hun gering belang als wegens de noodzaak van een snelle oplossing de tussenkomst van de raad van bestuur zelf niet

⁶¹⁰ R. v. St. 23 oktober 2001, <http://www.raadvst-consetat.be> (28 mei 2002), APM 2001 (samenvatting), afl. 8-9, 207; JDSC 2003, 202; RRD 2001, afl. 100, 364, advies P. BOUVIER; noot B. JADOT; Rév. prat. soc. 2001, afl. 4, 385, advies P. BOUVIER; TBH 2002, afl. 3, 233; noot; TBP 2003 (samenvatting), afl. 2, 141.

rechtvaardigen. Een beslissing om een beroep tot nietigverklaring van een bestuurshandeling in te stellen bij de Raad van State mag vanuit dat oogpunt niet worden beschouwd als een handeling die onder het begrip "dagelijks bestuur" valt.⁶¹¹

De kwestie betrof een verzoek tot vernietiging van een belastingverordening van de gemeenteraad van Saint-Hubert, waarbij een jaarlijkse belasting werd geheven op de verspreiding van telefoongidsen. De belasting bedroeg 25 frank per telefoongids en bedroeg voor de verzoekende vennootschap, de NV B.D.S., als uitgever van telefoongidsen voor het aanslagjaar 1997 slechts 60.225,00 frank. Het annulatieverzoek werd ingeleid door de gedelegeerd bestuurder van B.D.S. aan wie, in overeenstemming met de statuten van de vennootschap, enkel het dagelijks bestuur met inbegrip van de vertegenwoordiging in rechte op dat punt, was opgedragen.

Opmerkelijk is dat het arrest werd uitgesproken door de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak, wat enkel gebeurt, indien dit nodig is om de eenheid van de rechtspraak van de Raad van State te verzekeren.⁶¹² Een gebrek aan consistentie kan de Raad alleszins niet verweten worden.

230. Uit een meer recent arrest van 17 mei 2011 blijkt dat de Raad - ondanks de aanhoudende kritiek - geen duimbreed toegeeft, maar integendeel zijn conservatieve standpunt blijft herhalen.

In het voorliggende geval werd de NV Belgium Television door de Waalse regulator van de audiovisuele media veroordeeld tot betaling van een administratieve boete van 40.000 euro. Het annulatieberoep tegen de beslissing werd tijdig - binnen de beroepstermijn van 60 dagen - ingesteld door de gedelegeerd bestuurder van Belgium Television. De gedelegeerd bestuurder was krachtens de statuten van de vennootschap slechts bevoegd als dagelijks bestuurder, zodat de Raad het verzoek – traditiegetrouw – ontoelaatbaar verklaarde. Opmerkelijk aan deze uitspraak was dat de Raad zijn eerdere motivering slechts gedeeltelijk

⁶¹¹ R.v.St. (alg. verg.) nr. 113 490 (Belgacom Directory Services NV/stad Saint-Hubert) 10 december 2002, APM 2003 (samenvatting), afl. 1, 5, NJW 2003, afl. 39, 842, noot M. DE WULF, Rév. Prat. Soc. 2003, afl. 2, 214, noot; Rév. Prat. Soc. 2010 (samenvatting), afl. 1-2, 355, noot O. CAPRASSE; <http://www.raadvst-consetat.be> (14 april 2003); RW 2002-03, afl. 31, 1221 en <http://www.rw.be> (14 april 2003), noot; TBP 2004 (verkort), afl. 2, 116. Rév. prat. soc. 2003, 209.

⁶¹² Art. 92 van de wetten van de Raad van State, zoals gecoördineerd op 12 januari 1973, BS 21 maart 1973.

hernam – ‘een annulatieberoep bij de Raad van State kan niet worden beschouwd als een handeling van dagelijks bestuur’ - en er in strijd met een goed begrip van de notie dagelijks bestuur aan toevoegde dat het exceptionele karakter van de bestuurshandeling alsook de betwisting ervan een verzwarende omstandigheid uitmaakte.⁶¹³ De Raad overwoog letterlijk :

“dat een annulatieberoep, dat bij de Raad van State tegen een administratieve beslissing wordt ingesteld die een administratieve sanctie oplegt, niet kan worden beschouwd als een handeling van dagelijks bestuur, niet in het minst omdat een dergelijke sanctie op zich een uitzonderlijke beslissing is, die slechts genomen kan worden indien inbreuken werden begaan en de betwisting van een sanctie van eenzelfde aard is.”

De Raad van State hecht kennelijk - zo blijkt uit zijn rechtspraak - een uitzonderlijk belang aan het instellen van een annulatieberoep, in die mate dat een concrete beoordeling van elk beroep overbodig wordt geacht. De Raad oordeelt, in tegenstelling tot het Hof van Cassatie, *in abstracto* dat het instellen van een annulatieberoep nooit een handeling van dagelijks bestuur kan uitmaken, los van de concrete omstandigheden eigen aan de zaak. Deze rechtspraak wordt door de rechtsleer – niet in het minst door de beoefenaars van het vennootschapsrecht – uitvoerig bekritiseerd.⁶¹⁴

231. Ook wat een vordering tot schorsing betreft, meent de Raad van State dat het dagelijks bestuur daarvoor nooit bevoegd kan zijn.⁶¹⁵ De beslissing om een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in te dienen, kan evenmin ooit een handeling van dagelijks bestuur uitmaken en wordt om die reden ontoelaatbaar geacht.⁶¹⁶ De Raad van State keert

⁶¹³ R. v. St. 17 mei 2011, *Rév. prat. soc.* 2012, afl. 2, 231, noot R. AYDOGDU ; O. CAPRASSE; <http://www.raadvst-consetat.be> (19 december 2012).

⁶¹⁴ P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, "Examen de jurisprudence (1979-1990) – Les sociétés commerciales", *RCJB* 1993, 655; K. GEENS en H. LAGA, "Overzicht van rechtspraak 1986-1991 – vennootschappen", *TPR* 1994, nr. 132 1050; B. TILLEMANS, *Proceshandelingen van en tegen vennootschappen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 260, nr. 526; C. CLOTTENS, "De (niet)-ontvankelijkheid van het annulatieberoep bij de Raad van State ingesteld lastens de gedelegeerd bestuurder van een NV" (noot onder R. v. St. 12 december 2005), *TRV* 2006, 57.

⁶¹⁵ R. v. St. nr. 51.568 7 februari 1995; R. v. St. 20 december 2007, <http://www.raadvst-consetat.be> (26 augustus 2008); R. v. St. 28 november 2008, <http://www.raadvst-consetat.be> (4 mei 2009); R. v. ST. 7 januari 2011; R. v. St. 22 juni 2011.

⁶¹⁶ R. v. St. 22 juni 2011, *OOO* 2011, afl. 3, 357; <http://www.raadvst-consetat.be> (1 maart 2012). "De beslissing om een vordering tot schorsing wegens uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Raad van State in te dienen is geen handeling van dagelijks bestuur. De bewoordingen van het proces-verbaal: 'met inbegrip' van vertegenwoordiging in rechte' kunnen geen aanleiding tot verwarring geven. De

hier zelfs op zijn stappen terug. Eerder oordeelde hij nog dat een dergelijke vordering wel kon worden ingesteld door of op instructie van het orgaan van dagelijks bestuur op voorwaarde dat het volgens de statuten bevoegd orgaan de handeling van deze persoon zo snel mogelijk bekrachtigde én dat uit de concrete omstandigheden bleek dat de raad van bestuur onmogelijk vooraf tijdig kon worden samengeroepen.⁶¹⁷

232. De gevolgen van een onbevoegd handelen door de dagelijks bestuurder kunnen desastreus zijn. Gelet op het openbare orde-karakter van het schorsings- en of annulatieberoep, zal de Raad van State ambtshalve vaststellen dat het beroep niet ontvankelijk was, oordelend dat er geen enkele wil tot inleiding van de zaak geldig werd uitgedrukt. De administratieve beslissing is definitief, tenzij de beslissing tot instelling van het beroep nog binnen de wettelijke beroepstermijn van zestig dagen bekrachtigd kan worden door het bevoegde vennootschapsorgaan: de raad van bestuur of de gedelegeerd bestuurder met algemene vertegenwoordigingsmacht. Ook dit principe wordt door de rechtspraak van de Raad van State algemeen aangenomen.⁶¹⁸

bevoegdheid om een vennootschap in rechte te vertegenwoordigen komt krachtens artikel 522 W. Venn. immers alleen de raad van bestuur toe of krachtens §2 van dit artikel diegene of diegenen die van de raad van bestuur een bijzondere machtiging hebben gekregen om hem in rechte te vertegenwoordigen. In casu werd geen dergelijke bijzondere machtiging voorgelegd."

⁶¹⁷ R. v. St. 1 februari 1999, <http://www.raadvst-consetat.be> (7 december 1999); APM 1999 (samenvatting), 27; CDPK 2000 (samenvatting), 235, 252 en 255; JRS 2000, 38; T. Gem. 1999, 230.

⁶¹⁸ R. v. St. 11 februari 1977, Adm. Publ. 1976-77, 243; R.v. St. 5 mei 1983, R. v. St. 9 november 1989; R. v. St. 26 november 1997

C) Evaluatie

233. De conservatieve stellingen van de Raad van State en het Grondwettelijk Hof inzake de vertegenwoordiging in rechte namens een NV zijn in de rechtsleer meedogenloos op de korrel genomen.⁶¹⁹ Niettegenstaande deze felle kritiek op de miskening van het mandaat *ad litem* en de prokuraal, was het wachten op een wetgevend ingrijpen om de rechtspraak van de vermelde rechtscolleges op elkaar af te stemmen. Met de Hervormingswet op de Raad van State heeft de wetgever enerzijds de toegang tot de Raad van State willen vereenvoudigen en anderzijds willen breken met het onnodig formalisme dat inherent was aan de bijzondere voorwaarden die door de Raad van State (en het Grondwettelijk Hof) werden gehandhaafd voor het instellen van een beroep bij die rechtscolleges.⁶²⁰ In navolging van deze wetgeving heeft het Grondwettelijk Hof niet alleen het mandaat *ad litem*, maar ook de prokuraal spontaan gevolgd.⁶²¹ De Raad van State heeft zich tot vandaag nog niet in dezelfde zin uitgesproken. Er kan evenwel worden verwacht dat het niet zeer lang zal duren vooraleer de prokuraal ook door dit rechtscollege zal worden aanvaard.

234. Deze tendens van versoepeling en uniformiteit met de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie m.b.t. het mandaat *ad litem* dient, net als de erkenning van de prokuraal bij het Grondwettelijk Hof, te worden aangemoedigd. Het verplicht overleggen van het bewijs dat het bevoegde orgaan rechtsgeldig besliste om beroep in te stellen, houdt een miskening

⁶¹⁹ P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, "Examen de jurisprudence (1979-1990)", *RCJB* 1992, p. 655, nr. 34; K. GEENS en H. LAGA, "Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen", *TPR* 1993, p. 1005, 1006, nr. 81 en p. 1050, nr. 132; V. RENARD, "Action et représentation en justice des personnes morales", *JT* 2002, 225; M. DE WULF, "Annulatieberoep, een aangelegenheid van dagelijks bestuur?", *NJW* 2003, afl. 39, 843; C. BERTSCH, "La décision d'introduire un recours au Conseil d'Etat par une société anonyme: gestion journalière" (noot onder R. v. St. 26 maart 2001), *JDSC* 2003, 199; P. MALHERBE, "Réception de la société anonyme au Conseil (d'Etat)", in X., *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruylant, Brussel, 2006, 707 en verder; C. CLOTTENS, "De (niet)-ontvankelijkheid van het annulatieberoep bij de Raad van State ingesteld lastens de gedelegeerd bestuurder van een NV" (noot onder R. v. St. 12 december 2005), *TRV* 2006, 52; R. JAFFERALI, "L'auberge espagnole ou la représentation des sociétés devant le Conseil d'Etat", *CDPK* 2006, 634-636; C. CLOTTENS, "De omvang van het dagelijks bestuur van de NV bij vertegenwoordiging in rechte" (noot onder Cass; 26 februari 2009), *TRV* 2009, 449-450; K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, F. PARREIN, S. DE DIER, S. COOLS, "Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1999-2010", *TPR* 2012, afl. 1, p. 278, nr. 210.

⁶²⁰ Wet van 20 januari 2014 houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State, *BS* 3 februari 2014, *err. BS* 13 februari 2014.

⁶²¹ GwH 17 september 2014, GwH 17 september 2014, <http://www.const-court.be> (17 september 2014); *BS* 5 november 2014 (eerste uitgave) (uittreksel), 84407 en <http://staatsblad.be> (16 november 2014); *JLMB* 2014, afl. 32, 1508 en <http://jmbi.larcier.be/> (16 oktober 2014); *RW* 2014-15 (samenvatting), afl. 5, 200 en <http://www.rw.be/> (6 oktober 2014); *RW* 2014-15, afl. 39, 1538 en <http://www.rw.be/> (17 augustus 2015), noot J. THEUNIS., D. BIJNENS; *TRV* 2014, afl. 8, 773 en <http://www.trv.be/> (15 januari 2015), noot C. CLOTTENS; GwH 30 april 2015, <http://www.const-court.be> (30 april 2015); *BS* 19 mei 2015 (eerste uitgave) (uittreksel), 26513 en <http://staatsblad.be> (8 juni 2015); *RW* 2014-15 (samenvatting), afl. 39, 1558 en <http://www.rw.be/> (17 augustus 2015); *RW* 2015-16 (samenvatting), afl. 12, 459 en <http://www.rw.be/> (7 december 2015); *TRV* *RPS* 2016, afl. 2, 162 en <http://www.trv.be/trv/default.aspx?l=NL> (2 augustus 2016), noot C. CLOTTENS.

in van het principe van organieke vertegenwoordiging uit artikel 9 van de eerste vennootschapsrichtlijn van 1968.⁶²² Op grond van deze regel is het voldoende dat een beslissing genomen wordt door het vertegenwoordigingsbevoegde orgaan dat binnen de grenzen van zijn wettelijke vertegenwoordigingsmacht heeft opgetreden, ongeacht de geldigheid van de interne bestuursbeslissing. De regel is ingegeven omwille van de bescherming van derden te goeder trouw, ten aanzien van wie nietige beslissingen zoveel mogelijk vermeden moeten worden. Tot vandaag heeft de Raad van State steeds volgehouden dat de prokuraleer niet op haar van toepassing is, omdat zij niet te beschouwen is als een derde in de zin van de eerste vennootschapsrichtlijn.⁶²³ Het lijkt erop dat de Raad dit kunstmatige onderscheid, mede onder invloed van de vereenvoudiging en modernisering van haar procedureregels, niet zal kunnen behouden. De rangorde die de Raad van State doorvoert, met name het verbod om zichzelf gelijk te stellen met een derde – voelt eerder fictief aan en druist willens nillens in tegen de vennootschapsrechtelijke stelregel, dat het orgaan de vennootschap vertegenwoordigt op een rechtstreekse wijze en dat het – anders dan bij vertegenwoordiging bij volmacht – daarvan geen bewijs moet voorleggen.⁶²⁴

235. Eenzelfde besluit dringt zich op voor de afwijkende interpretatie van artikel 525 W. Venn. door de Raad van State. De Raad van State en het Grondwettelijk Hof ontleen enerzijds wel de interpretatie van het begrip dagelijks bestuur aan de rechtspraak van het Hof van Cassatie, maar wagen zich anderzijds niet aan een verdere *in concreto*-beoordeling. Het orgaan van dagelijks bestuur, zo stellen zij, kan nooit het bevoegde orgaan zijn om een beroep in te stellen: een vernietigingsberoep hoort nooit tot het dagelijks leven van de vennootschap en is ook niet van gering belang gelet op de eigen kenmerken van het objectieve contentieux: de waarneming van de collectieve belangen en het definitief doen verdwijnen van een uitvoerbare overheidsbeslissing uit de Belgische rechtsorde.

Deze motivering moet minstens in twee opzichten verfijnd worden: in de eerste plaats dient een beslissing van de Raad van State immers niet steeds enkel de collectieve belangen, maar

⁶²² Art. 9 van de eerste richtlijn van de raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, thans art. 10 Richtlijn 2009/101/EG van 16 september 2009, *Pb. L.* 258, 1 oktober 2009, p. 11.

⁶²³ R. v. St. 17 mei 2011, *Rév. prat. soc.* 2012, afl. 2, 231; noot R. AYDOGDU, O. CAPRASSE; <http://www.raadvst-consetat.be> (19 december 2012).

⁶²⁴ J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973. Commentaar van de wet van 6 maart 1973*, Gent-Leuven, Story's Rechtskundige uitgaven, 1973, p. 153, nr. 293.

doet hij ook uitspraak over individuele geschillen tussen personen en de overheid. In de tweede plaats doet niet elke beslissing de bestreden akte definitief uit de rechtsorde verdwijnen (*cfr.* de schorsing en de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid). Daarenboven dient men zich ook af te vragen wat het verschil is tussen een absolute vernietiging van administratieve aktes ten opzichte van een absolute vernietiging van aktes door de rechterlijke macht?⁶²⁵ Verder rijst de vraag: en wat dan nog als er een verschil zou zijn? Rechtvaardigt dit verschil dan een afwijkende interpretatie van de vennootschapsrechtelijke regels of niet? De rechtszekerheid is er immers in elk geval niet mee gediend dat de hoogste rechtscolleges van ons land er niet in slagen om de wet op een uniforme wijze te interpreteren. In de praktijk leidt dergelijke verwarring tot een ernstige en niet toe te laten onduidelijkheid: voor de hoven en rechtbanken kan de dagelijks bestuurder van een NV wel optreden in rechte, ten minste voor zover het geschil binnen de perken van dat bestuur valt; voor de Raad van State, daarin gevolgd door het Grondwettelijk Hof, is het orgaan van dagelijks bestuur absoluut niet bevoegd. Uit de vele aangehaalde voorbeelden uit de rechtspraak van de Raad van State blijkt overigens dat het frequent voorkomt dat een beroep onontvankelijk moet worden verklaard, net omdat het werd ingediend door een dagelijks bestuurder en – gelet op de vervaltermijn van 60 dagen voor de indiening van een verzoekschrift – niet meer tijdig bekrachtigd kon worden. Dit is niet werkbaar en leunt niet aan bij de economische realiteit.

236. Verder moet worden vastgesteld dat de actuele rechtspraak van de Raad van State een miskenning inhoudt van de prokuraleer en van artikel 525 W. Venn. Opdat het dagelijks bestuur het vertegenwoordigingsbevoegde orgaan zou kunnen zijn om in rechte te treden bij de Raad van State, dient immers enkel te worden gekeken naar de wettelijke vertegenwoordigingsmacht van dit orgaan. Op grond van artikel 525 W. Venn. is het dagelijks bestuur de wettelijke grens, die door de dagelijks bestuurder niet overschreden mag worden. Bij gebreke aan een wettelijke omschrijving, definieerde het Hof van Cassatie het dagelijks bestuur als alle handelingen die door het dagelijks leven van de vennootschap vereist worden of die zowel wegens hun gering belang als wegens de noodzakelijkheid van een snelle oplossing de tussenkomst van de raad zelf niet rechtvaardigen.⁶²⁶ In datzelfde arrest

⁶²⁵ P. MALHERBE, "Réception de la société anonyme au Conseil (d'Etat)", in X., *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruylant, Brussel, 2006, 708.

⁶²⁶ Cass. 26 februari 2009, TRV 2009, 444, noot C. CLOTTENS; TBH 2009, afl. 9, 948, noot E. POTTIER en A. BERTRAND; RW 2009-10, 1129; noot W. GOOSSENS en B. CAFMEYER; FJF 2010, afl. 6, 615; JLMB 2010, afl. 4, 154; Pas. 2009, afl. 2, 592; JDSC 2010, 59, noot M. COIPEL; RGCF 2010, afl. 2, 156, noot.

oordeelde het Hof van Cassatie dat een bezwaarschrift in belastingzaken kon worden ingesteld door de dagelijks bestuurder van een NV voor zover het geschil binnen de perken van dat bestuur valt. Het Hof is aldus van mening dat, ook bij vertegenwoordiging in rechte, een concrete beoordeling zich opdringt, derhalve dat een handeling nooit *a priori* kan worden uitgesloten een handeling van dagelijks bestuur te zijn. Een concreet onderzoek, zelfs al vindt dit onderzoek na de feiten en door de rechtbank plaats, dringt zich steeds op om te weten wat de exacte vertegenwoordigingsmacht is van dit orgaan, van wie de grenzen van de bevoegdheid exclusief door de wetgever worden bepaald. Alleszins is het m.i. niet aan de Raad van State om de vertegenwoordigingsbevoegdheid meer te beperken dan wettelijk werd voorzien.

237. Het feit dat een dagelijks bestuurder nooit bevoegd kan zijn om een beroep in te stellen bij het hoogste administratieve rechtscollege van ons land is conservatief, weinig pragmatisch en het leidt - rekening houdend met het tegenovergestelde standpunt van de rechtscollages van de rechterlijke macht – tot een niet toe te laten rechtsonzekerheid. Minstens dient geconstateerd te worden dat deze rechtspraak niet mee geëvolueerd is met de rechtspraak van het Hof van Cassatie. Deze terughoudende houding wordt niet gerechtvaardigd door de autonomie van de verschillende rechtsgebieden: rechtstakken staan nooit helemaal los van elkaar en beïnvloeden elkaar noodzakelijkerwijs. Toegepast op deze, veeleer theoretische discussie, is het dan ook - voor zover dit in het licht van een vooropgestelde afschaffing van het orgaan van dagelijks bestuur nog nodig zou zijn - wenselijk dat het objectieve contentieux de eigenheid van het vennootschapsrecht erkent en gevolg geeft aan de verzuchtingen uit de praktijk.

De gewijzigde wetten op de Raad van State en de recente rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, zijn alvast veelbelovend. Door o.a. de prokuraal te aanvaarden, wordt de indruk gewekt dat het Grondwettelijk Hof de te transponeren boodschap uit haar arrest van 22 april 1998⁶²⁷ – dit is dat het subjectieve en het objectieve contentieux niet met elkaar vergeleken kunnen worden, in die mate dat de verschillende instanties de toepasselijke wetgeving anders mogen/kunnen interpreteren zonder dat zij daarbij de artikelen 10 en 11 van de Grondwet

⁶²⁷ Arbitragehof 22 april 1998 (prejudiciële vraag), A.A. 1998, 517; <http://www.arbitrage.be> (18 oktober 2001); BS 2 juli 1998, 21.732 en <http://staatsblad.be> (2 juli 1998); DAOR 1999, afl. 49, 81; JT 1998, 472 en <http://jt.larcier.be> (1 juli 2008); JDSC 1999, 180; RW 1998-99, 250 en <http://www.rw.be> (12 juli 2006); P&B 1998, 62; TRV 1998, 319, noot -.

zouden schenden - niet meer zal aanwenden en bijgevolg dat zij een ongelijke behandeling zal weerhouden in het geval dat zij hierover een prejudiciële vraag zou krijgen. In het licht van de hoger geschetste evolutie, is te verwachten dat het Grondwettelijk Hof de volgende vraag positief zal beantwoorden en dat de Raad van State, voor zover zij dit niet spontaan zou doen, verplicht wordt om haar rechtspraak aan te passen.

“Worden de artikelen 10 en 11 van de Grondwet geschonden door artikel 525 W. Venn., voor zover dat artikel wordt geïnterpreteerd dat het voor de ontvankelijkheid van een beroep ingesteld bij de Raad van State namens een naamloze vennootschap nooit toelaatbaar is dat deze beslissing werd genomen door de dagelijks bestuurder van de vennootschap zelfs niet wanneer in de statuten wordt voorzien dat deze over de bevoegdheid beschikt om de vennootschap in rechte te vertegenwoordigen, terwijl de ontvankelijkheid van een beroep ingesteld bij de rechtscolleges van de rechterlijke macht door de dagelijks bestuurder wel toelaatbaar kan zijn voor zover dit beroep betrekking heeft op een aangelegenheid die tot het dagelijks bestuur behoort.”

Hoofdstuk IV: OPLOSSINGEN VOOR BEVOEGDHEIDSOVERSCHRIJDEND HANDELEN VAN HET DAGELIJKS BESTUUR

Afdeling I Preventief: de niet-organieke vertegenwoordiging bij volmacht

238. In eerste instantie kan de raad van bestuur de vennootschap vertegenwoordigen op grond van artikel 522 W. Venn. In functie van een goed bestuur kan de raad daarnaast een bevoegdheidsverdeling organiseren, waarbij hij gebruik maakt van de organen die de wetgever heeft voorzien in het W. Venn., zoals o.a. het directiecomité (artikel 524bis W. Venn.) en het orgaan van dagelijks bestuur (artikel 525 W. Venn.). De oprichting van statutaire organen, naast de gekende wettelijke organen is in beginsel niet toegelaten. De structuur van de vennootschap en de organisatie ervan worden uitsluitend door de wetgever geregeld en partijen kunnen hieraan geen contractuele wijzigingen aanbrengen.⁶²⁸ Niettegenstaande dit algemene verbod om statutaire organen op te richten, bestaan er heel wat vennootschappen, die een in de praktijk gegroeid bestuursmodel kennen zoals bijvoorbeeld een *executive committee* of (een) managementcomité('s).⁶²⁹

239. De vennootschap kan daarnaast nog op een andere manier vertegenwoordigd worden tegenover derden, namelijk op een niet-organieke wijze door middel van een regeling van de vertegenwoordiging bij volmacht (i.e. de *ad hoc*-lastgeving). Het systeem van volmachten wordt in de Belgische NV frequent ingezet om het risico op een eventuele bevoegdheidsoverschrijdende handeling van het dagelijks bestuur te verminderen, maar ook elders om vertegenwoordigingsbevoegdheid toe te kennen aan het management. De enge interpretatie door het Hof van Cassatie van het begrip - en dus de bevoegdheid van het dagelijks bestuur - in zijn arrest van 26 februari 2009 draagt bij tot het succes van de bevoegdheidsdelegatie bij volmachten.⁶³⁰ De actuele inperking van de bevoegdheden van het

⁶²⁸ H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, 225.

⁶²⁹ CH. E. HONÉE, "Het executive committee, haken en ogen aan een nieuwe trend", *Ondernemingsrecht*, 2014, nr. 23, 1.

⁶³⁰ Cass. 26 februari 2009, *TRV* 2009, 444, noot C. CLOTTENS; *TBH* 2009, afl. 9, 948, noot E. POTTIER en A. BERTRAND; *RW* 2009-10, 1129; noot W. GOOSSENS en B. CAFMEYER; *FJF* 2010, afl. 6, 615; *JLMB* 2010, afl. 4, 154; *Pas.* 2009, afl. 2, 592; *JDSC* 2010, 59, noot M. COIPEL; *RGCF* 2010, afl. 2, 156, noot.

dagelijks bestuur contrasteert immers zeer sterk met de verantwoordelijkheden die het management in realiteit op zich neemt.

De bevoegdheid om de vennootschap bij volmacht te vertegenwoordigen, brengt evenwel niet dezelfde rechtsgevolgen met zich mee dan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de wettelijke organen, zowel met betrekking tot de aard van de bevoegdheidsverdeling (algemeen of bijzonder), de omvang van deze vertegenwoordigingsbevoegdheid tegenover derden als het bewijs van de omvang ervan.⁶³¹ Het onderscheid tussen beide vormen van vertegenwoordiging komt hierna aan bod, nadat er eerst wordt nagegaan met welke personen de vennootschap kan werken via een volmachtregeling.

A) Toekenning van een volmacht *ratione personae*

De vennootschap kiest zelf aan wie zij een volmacht toekent om haar t.a.v. derden te vertegenwoordigen. Het Wetboek van Vennootschappen noch de gemeenrechtelijke regels van de lastgeving stellen enige eisen m.b.t. de hoedanigheid van de persoon van de gevolmachtigde. Het is bovendien geen verseiste dat een volmacht gegeven wordt aan een orgaan van de vennootschap, zoals bijvoorbeeld aan een bestuurder of een dagelijks bestuurder. De Europese vennootschapswetgeving, meer bepaald artikel 10, lid 3 van richtlijn 2009/101/EG, laat toe dat de statuten kunnen voorzien dat de bevoegdheid om de vennootschap te vertegenwoordigen kan worden toegekend aan 'één enkele *persoon* of aan meerdere, gezamenlijk handelende *personen*'.⁶³²

De vertegenwoordigingsbevoegdheid kan derhalve ook aan andere personen dan aan bestuurders worden verleend.⁶³³ Een statutaire toestemming is naar Belgisch recht geen

⁶³¹ H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheid Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, p. 223 en verder.

⁶³² Een delegatie van vertegenwoordigingsbevoegdheid op grond van dit artikel vereist weliswaar een statutaire machtiging. Richtlijn 2009/101/EG 16 september 2009 van het Europees Parlement en de Raad strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 48 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken, *Pb. L.* 258, 1 oktober 2009, artikel 10, lid 3.

⁶³³ De gevolmachtigde van de vennootschap kan dus o.a. een bestuurder, een dagelijks bestuurder, een lid van het directiecomité, een lid van het management en/of een derde zijn.

noodzakelijke voorwaarde, zonder dewelke de vennootschap een gevolmachtigde zou kunnen aanstellen.⁶³⁴

B) Karakteristieken van de niet-organieke vertegenwoordiging

(i) Verbod op een algemene delegatie

a. *Algemene vs. bijzondere bevoegdheidsdelegatie*

240. In de mate dat de vennootschap, al dan niet statutair, een gevolmachtigde wenst aan te stellen, dient deze er rekening mee te houden dat zij de volmacht niet te algemeen omschrijft. Rechtsleer en rechtspraak nemen aan dat vennootschappen met rechtspersoonlijkheid geen algemene volmachten kunnen verstrekken.⁶³⁵ De delegatie aan een lasthebber moet dus steeds bijzonder zijn. Een bijzondere delegatie kan zeer ruim zijn: het is voldoende dat deze beperkt is tot een bepaalde rechtshandeling of tot een bepaalde categorie van rechtshandelingen, maar niet genoeg dat een minieme uitzondering wordt gemaakt op een allesomvattende delegatie.⁶³⁶

⁶³⁴ H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, p. 231.

⁶³⁵ J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873 sur les sociétés commerciales en Belgique*, Brussel, Bruylant, 1878, 128; C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, II, Brussel, Polydore Pée, 1933, 238-239; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, Gent, Fecheyr, 1950, 615; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, I, 385, nr. 583; J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973 Commentaar van de wet van 6 maart 1973 tot aanpassing aan de eerste E.E.G.-Richtlijn van 9 maart 1968.*, Gent-Leuven, Story's rechtskundige uitgaven, 1973, 166, nr. 316; P. DE WOLF, "Le conseil d'administration: répartition, délégation de pouvoirs et mandats spéciaux", *JT* 1988, 224 en <http://jt.larcier.be> (1 JULI 2008); H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, afl. 8-9, p. 237, nrs. 61 en verder; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 684 nr. 1082; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 293, nr. 540; S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta media group, 2015, p. 254 en verder; Gent 19 juni 1936, *RPS* 1936, 350; Kh. Gent 20 november 1933, *Jur. Comm. Fl.* 1933, 263; Kh. Gent 7 oktober 1950, *RW* 1950-51, 758; *JDSC* 1999, 167.

⁶³⁶ Art. 1987 BW staat toe dat een volmacht algemeen is en dan alle zaken van de lastgever betreft, de bijzondere lastgeving slaat op een bepaalde zaak of bepaalde zaken. H. DE WULF, *Taak en loyaleitplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 308; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 684; S.

241. De grens tussen een algemene en een bijzondere bevoegdheidsdelegatie is een erg fijne lijn, die moeilijk te trekken is. De vraag of de volmacht een algemeen of een bijzonder karakter heeft, is in elk geval een feitenkwestie, waarover de rechter soeverein beslist.⁶³⁷ De delegatie van de bevoegdheid om personeel aan te werven en te ontslaan, heeft een bijzonder karakter.⁶³⁸ De rechtsleer aanvaardt delegaties met een zeer breed spectrum en waarbij de beperking enkel horizontaal (bijvoorbeeld de delegatie van de leiding aan een bijkantoor, een exploitatiezetel) dan wel verticaal (delegatie van de leiding over de commerciële, financiële of industriële aangelegenheden) van aard is.⁶³⁹

242. In elk geval wordt de toekenning van het dagelijks bestuur door de rechtsleer als een algemene bevoegdheidsdelegatie beschouwd. ⁶⁴⁰ Algemeen neemt men aan dat de bevoegdheid over het dagelijks bestuur kwalitatief beperkt is, maar toch een algemeen karakter heeft, aangezien deze het volledige vennootschapsvermogen kan uitmaken.⁶⁴¹

Men kan zich echter afvragen of deze motivering na het arrest van het Hof van Cassatie van 26 februari 2009 nog wel standhoudt.⁶⁴² Het begrip dagelijks bestuur wordt sindsdien zo eng geïnterpreteerd dat het ondenkbaar is geworden dat een beslissing van dagelijks bestuur het volledige vennootschapsvermogen tot voorwerp heeft. Handelingen van dagelijks bestuur zijn slechts de recurrente handelingen of de handelingen die de tussenkomst van de raad niet vereisen omdat ze én van gering belang én ook dringend zijn.

COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta media group, 2015, 254-255.

⁶³⁷ SIMONT maakt de vergelijking met een zandkorrel en een zak zand : "A partir de combien de grains de sable, avez-vous un tas de sable ? " L. SIMONT, *Ann. Fac. Dr. Liège* 1976, 310 ; A. BENOIT-MOURY en P. PELTZER, "Représentation de la société anonyme depuis la première directive européenne de coordination du droit des sociétés", *Rév. prat. soc.* 1977, nr. 43, 95; J. HEENEN, "La représentation de la société anonyme et de la société de personnes à la responsabilité limitée", *Services interbancaires*, 1976, 1-27; H. VAN DRIESSCHE; "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, afl. 8-9, 241, nr. 75; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 686 nr. 1084.

⁶³⁸ H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, afl. 8-9, 241, nr. 77.

⁶³⁹ H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, afl. 8-9, 241, nr. 77

⁶⁴⁰ H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, afl. 8-9, 238.

⁶⁴¹ H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, afl. 8-9, 241; S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta media group, 2015, 255.

⁶⁴² Cass. 26 februari 2009, *TRV* 2009, 444, noot C. CLOTTENS; *TBH* 2009, afl. 9, 948, noot E. POTTIER en A. BERTRAND; *RW* 2009-10, 1129; noot W. GOOSSENS en B. CAFMEYER; *FJF* 2010, afl. 6, 615; *JLMB* 2010, afl. 4, 154; *Pas.* 2009, afl. 2, 592; *JDSC* 2010, 59, noot M. COIPEL; *RGCF* 2010, afl. 2, 156, noot.

Wel kunnen de handelingen van de dagelijks bestuurder betrekking hebben op verschillende, wisselende aspecten van de vennootschap. Zo kan het zijn dat het in een vennootschap die zich bezighoudt met de ontwikkeling van software tot de normale, dagelijkse bedrijfsvoering hoort dat de dagelijkse leider inbreuken op de intellectuele eigendomsrechten van de vennootschap opspoort en in die optiek de vennootschap ook kan vertegenwoordigen wanneer hierover dadingsovereenkomsten moeten worden gesloten. Tegelijkertijd zal het dezelfde dagelijks bestuurder ook toegestaan zijn om nieuwe computers en/of bepaalde softwarelicenties aan te kopen voor het personeel van de vennootschap en bestaat er m.i. ook geen enkel bezwaar tegen dat, bij een sterke en plotse groei van de vennootschap, eenzelfde persoon de dagelijkse leiding voert in verschillende filialen van de vennootschap. De bevoegdheid van de dagelijkse bestuurder is in het aangehaalde voorbeeld erg uiteenlopend en kan betrekking hebben op heel wat afdelingen en situaties die zich binnen de vennootschap voordoen. In die optiek is de bevoegdheid dan ook eerder algemeen, zij het steeds van een beperkte omvang.

b. *Ratio van het verbod op een algemene delegatie*

243. De *ratio* van het verbod een algemene volmacht te verlenen zou gelegen zijn in de wettelijke organisatie van de vennootschappen en de bevoegdheden die in het W. Venn. op dwingende wijze worden toebedeeld aan de organen.⁶⁴³ Via een volmacht mag een bestuurder zich niet ontdoen van zijn essentiële bevoegdheden.⁶⁴⁴ Het feit dat de organieke hoedanigheid enkel door de wetgever wordt verleend alsook de bijhorende bepalingen

⁶⁴³ F. BOUCKAERT, *Notarieel vennootschapsrecht NV en BVBA*, I, Antwerpen, Kluwer, 2000, p. 367; H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, afl. 8-9, 238, nr. 65; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 684 nr. 1082. Zie voor een omstandige uiteenzetting van de ratio van het verbod tot een algemene bevoegdheidsdelegatie: S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta media group, 2015, p. 254 en verder.

⁶⁴⁴ C. STAUDT en P. KILESTE, "Le statut des administrateurs et les pactes d'actionnaires", 72; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 684 nr. 1082; B. SAMYN, "Raad van bestuur – vennootschap", in X, *Bestendig handboek vennootschap & aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 261.

zouden, zo meent een bepaalde strekking uit de rechtsleer, van openbare orde zijn, ter bescherming van aandeelhouders en derden.⁶⁴⁵

Een andere reden die men gewoonlijk geeft, is het persoonlijke karakter van het bestuurdersmandaat, op grond waarvan van een bestuurder wordt verwacht zijn mandaat zelf uit te oefenen en dit gelet op zijn persoonlijke en intrinsieke kwaliteiten als basis voor het vertrouwen van de algemene vergadering.⁶⁴⁶ Dit *intuitu personae*-karakter van het mandaat kan evenwel niet de doorslaggevende reden zijn voor een verboden algemene bevoegdheidsdelegatie. Het persoonlijke karakter van het bestuurdersmandaat is in de eerste plaats niet van dwingend recht, zodat dit alleszins niet dé grondslag kan vormen voor het verbod van algemene delegatie.⁶⁴⁷ Verder dient hier de stelling van DE WULF te worden gevolgd, namelijk dat het *intuitu personae*-karakter in feite irrelevant is, omdat het allerminst tot de juridische taak van de raad hoort om ook al zijn taken effectief zelf uit te oefenen.⁶⁴⁸ COOLS bevestigt dat het persoonlijk karakter van het bestuurdersmandaat niet in de weg staat aan bijzondere of wettelijk toegestane delegaties.⁶⁴⁹ Het meest essentiële bezwaar is volgens COOLS evenwel dat het verbod van algemene lastgeving geldt voor alle organen en niet alleen voor het bestuursorgaan.⁶⁵⁰

Tenslotte werpt men nog op dat het verbod op een algemene volmacht voortvloeit uit het wettelijk systeem van vertegenwoordiging, ingericht ter bescherming van derden te goeder trouw. Indien een algemene volmacht mogelijk zou zijn, zou daardoor het wettelijk systeem

⁶⁴⁵ V. SIMONART, "Le contrat de management. Aspects de droit des obligations et de droit des sociétés.", *TBH* 1991, 1051; H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, afl. 8-9, 238, nr. 65.

⁶⁴⁶ H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, afl. 8-9, p. 240, nr. 71; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 684 nr. 1082; *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta media group, 2015, 255, nr. 302.

⁶⁴⁷ I. CORBISIER, "Quelques réflexions en filigrance des développements récents qu'a connus le droit de responsabilité des administrateurs d'une personne morale", *RPS* 1994, 87-88; H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, afl. 8-9, p. 237, nrs. 61 en verder; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 684 nr. 1082; S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta media group, 2015, p. 255, nr. 302.

⁶⁴⁸ H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 225, NR. 528.

⁶⁴⁹ S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta media group, 2015, 256, 302.

⁶⁵⁰ S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta media group, 2015, 256, 302.

van vertegenwoordiging volledig uitgehold worden. Om die reden zou er gepleit moeten worden voor een restrictieve interpretatie van het begrip bijzonder mandaat.⁶⁵¹

c. Sanctie

c.1. Absolute nietigheid van de handeling

244. Het rechtsgevolg van het verlenen van een (te) algemene volmacht is dat elke belanghebbende, met inbegrip van de vennootschap zelf, kan vragen dat de gestelde handeling nietig wordt verklaard. De nietigheid heeft in beginsel een absoluut karakter.⁶⁵² In vele gevallen zal echter aan de nietigheid geredieerd kunnen worden bij toepassing van de schijnleer of door middel van een retroactieve bekrachtiging door het bevoegde vennootschapsorgaan. Een andere benadering is dat het verbod tot het verlenen van een algemene volmacht enkel beschouwd moet worden als een beperking van de interne bestuursbevoegdheid, waardoor de vennootschap toch verbonden zal zijn ten opzichte van derden, maar haar bestuurders wel aansprakelijk zullen zijn voor het verlenen van een overdreven volmacht.⁶⁵³

c.2. Afwijkende regeling voor het dagelijks bestuur

245. De sanctie van de absolute nietigheid vindt geen toepassing in geval van een te algemene delegatie aan de dagelijks bestuurder van de vennootschap.⁶⁵⁴ Het verlenen van bijkomende volmachten bovenop de bevoegdheid van het dagelijks bestuur is gebruikelijk in vennootschappen waar de bevoegdheid van de dagelijks bestuurder haaks staat op het takenpakket van het management in de realiteit. Dit zal in de praktijk zeer vaak het geval zijn.

⁶⁵¹ B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 685 nr. 1082 en de verwijzingen daar.

⁶⁵² T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, nr. 983, 742.

⁶⁵³ J. RONSE, "Rechtspersoon en vertegenwoordiging" in J.M.M. MAEIJER en J. RONSE, *De vertegenwoordiging van rechtspersonen naar Nederlands en Belgisch recht*, Deventer, Kluwer, 1978, 80; I. VAN PUYVELDE, "De voor het ontslag van de personeelsafgevaardigde bevoegde persoon in de NV en de BVBA", *RW* 1998-99, p. 281, nr. 34. H. VAN DRIESSCHE; "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, afl. 8-9, 244, nr. 84; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 687, nr. 1084.

⁶⁵⁴ H. VAN DRIESSCHE; "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, afl. 8-9, 243, nr. 81.

In de mate dat de gestelde handeling binnen de bevoegdheid valt van het dagelijks bestuur van de betrokken vennootschap, zal deze toch geldig zijn, ondanks het algemene karakter van de delegatie. Indien de handeling de bevoegdheid van dagelijks bestuur overschrijdt, is ze nietig en kan deze, behoudens schijnvertegenwoordiging en een tijdige bekrachtiging, noch aan de vennootschap noch aan derden worden tegengeworpen.

(ii) De vennootschapsrechtelijke prokuraregeling is niet van toepassing

a. *Tegenwerpelijkheid van de interne restricties van de volmacht*

246. Op grond van artikel 9 van de eerste vennootschapsrichtlijn is de omvang van de organieke vertegenwoordigingsbevoegdheid onvoorwaardelijk en onbeperkt binnen de wettelijk gestelde grenzen. Kwantitatieve en kwalitatieve bevoegdheidsbeperkingen hebben geen invloed op de geldigheid van de rechtshandelingen die door de organen in het handelsverkeer werden gesteld (prokura). De prokuraregeling is evenwel niet van toepassing op de volmacht die op grond van de gemeenrechtelijke regels van de lastgeving wordt verleend aan een vertegenwoordiger van de vennootschap. Anders dan in Duitsland kent België, net als Frankrijk, geen specifiek voor het handelsverkeer ontwikkelde volmacht, zodat de privaatrechtelijke regels van lastgeving van toepassing zijn op de volmachtregeling.⁶⁵⁵ Hieruit volgt dat interne restricties aan de volmacht, van kwalitatieve of kwantitatieve aard, tegenwerpeijk zijn aan derden die met de gevolmachtigde van de vennootschap handelen. De basisregel is dat de vennootschap niet gehouden is om de verbintenissen na te komen die de gevolmachtigde buiten de hem verleende macht gesteld heeft (artikel 1998, lid 2 BW).⁶⁵⁶

⁶⁵⁵ Art. 1984 – 2010 BW. Vergelijk met de Duitse regeling, waar dergelijke speciaal voor de economie ontwikkelde "kaufmannischen Vollmachten" er wel zijn. Deze zijn een afgeleide van de volmacht naar burgerlijk recht en kunnen worden onderscheiden in de "Prokura" en de "Handlungsvollmacht". Hiervoor gelden dan de bijzondere regels uit het Handelsgesetzbuch (§§ 48-55 HGB). De regels uit het BGB hebben slechts aanvullende werking (§§ 164 en verder BGB). Zodra er sprake is van Kaufmannschap is bovendien het HGB van toepassing en op grond van § 6, 1 HGB is de Aktiengesellschaft van rechtswege Kaufmann ("Die in betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften finden auch auf die Handelsgesellschaften Anwendung"). Het Engelse recht kent een gelijkaardige regeling: indien een volmacht is verleend door de board of directors is de privaatrechtelijke volmachtregeling (agency) niet van toepassing (Section 40 Companies Act 2006, Section 35A Companies Act 1985 – "In favour of a person dealing with a company in good faith, the power of the directors to bind the company, or authorise others to do so, is deemed free of any limitation under the company's constitution").

⁶⁵⁶ "De lastgever is gehouden de verbintenissen na te komen, die de lasthebben overeenkomstig de hem verleende macht heeft aangegaan. Hij is niet gehouden tot hetgeen daarbuiten mocht zijn gedaan, dan voor zover hij zulks uitdrukkelijk of stilzwijgend bekrachtigd heeft." B. TILLEMANS, Bestuur van

In de hypothese dat de bevoegdheid van de gevolmachtigde statutair beperkt zou zijn tot een bedrag van 25.000 euro en de gevolmachtigde een handeling stelt die deze kwantitatieve bevoegdheidsgrens overschrijdt, is de vennootschap niet verbonden.

247. Derden worden derhalve geacht om enig onderzoek te verrichten naar het bestaan en de omvang van de volmacht en worden als het ware verplicht om de overlegging van de volmacht te vragen. Indien zij dit niet doen, riskeren zij met een niet-afdwingbare rechtshandeling te worden geconfronteerd. Één en ander is problematisch bij een wederkerig contract, waarbij de derde reeds aan zijn contractuele verplichtingen heeft voldaan, maar de vennootschap niet verplicht kan worden om haar tegenprestatie te leveren. Het feit dat de gevolmachtigde voldoende kennis van zijn volmacht heeft gegeven, heeft invloed op de beoordeling van zijn aansprakelijkheid. De gevolmachtigde die zijn wederpartij naar behoren informeert over de omvang van zijn volmacht, kan niet aansprakelijk worden gesteld voor al hetgeen daarbuiten werd gesteld, tenzij hij zich daartoe persoonlijk zou hebben verbonden (artikel 1997 BW). De volmacht kan zowel schriftelijk als mondeling verleend worden, maar het bewijs ervan door getuigen wordt alleen toegelaten overeenkomstig de gemeenrechtelijke bewijsregels uit het Burgerlijk Wetboek.⁶⁵⁷

b. Conformiteitstoets met de Europese vertegenwoordigingsregels

b.1. Vergelijking met de Nederlandse volmachtregeling

248. De Nederlandse niet-organieke volmachtregeling kan min of meer worden vergeleken met de Belgische regeling. In beginsel wordt de Nederlandse NV vertegenwoordigd door haar bestuursorgaan én door iedere bestuurder afzonderlijk (artikel 2:130 lid 1 en 2 NBW).⁶⁵⁸ Daarnaast kunnen ook gevolmachtigden de vennootschap vertegenwoordigen ofwel op grond van een gemeenrechtelijke volmacht (artikel 3:60 NBW) ofwel mits een statutaire bepaling die

vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging, Brugge, die Keure, 2005, p. 687 nr. 1086; B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRYIN, C. HEEB, P. NAEYAERT, [Lastgeving] "Vertegenwoordiging t.o.v. derden", *TPR* 2010, afl. 2, 676, nr. 88.

⁶⁵⁷ Art. 1985 BW *juncto* art. 1341 en verder BW.

⁶⁵⁸ Artikel 2:130, lid 1 en 2 BW, W.J. SLAGTER, *Compendium Ondernemingsrecht 9^{de} druk*, Deventer, Kluwer, 2013, p. 927.

een volmacht impliceert (artikel 2:130, lid 4 NBW).⁶⁵⁹ Op de vertegenwoordiging van de vennootschap door niet-bestuurders en op grond van artikel 2:130, lid 4 zijn in beginsel de privaatrechtelijke volmachtregels van toepassing.⁶⁶⁰ Hieruit volgt dat de in het handelsregister ingeschreven beperkingen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid in beginsel aan derden kunnen worden tegengeworpen. De inschrijving in het handelsregister heeft naar Nederlands recht een verplicht karakter, zonder dewelke de restricties - behoudens de toepassing van correctiemechanismen zoals de schijnbare vertegenwoordiging of een beperking die dermate ongebruikelijk is dat de derde deze niet hoefde te verwachten - niet aan derden kunnen worden tegengeworpen.⁶⁶¹ Voor derden is het derhalve noodzakelijk dat zij niet alleen de statuten maar ook het handelsregister raadplegen vooraleer zij een contract sluiten met de vennootschap.

b.2. GEPKEN-JAGER

249. De Nederlandse professor vennootschapsrecht GEPKEN-JAGER is al langer een groot voorstander van de toepasselijkheid van de vertegenwoordigingsregels uit het richtlijnstelsel (art. 10, lid 3 van de richtlijn) voor alle soorten van vertegenwoordigers, met inbegrip van de gevolmachtigden.⁶⁶² Volgens GEPKEN-JAGER is de beperking van de volmacht van de niet-organieke vertegenwoordiger van de vennootschap en de bijhorende onderzoeksplicht in hoofde van derden strijdig met artikel 10, lid 3 van de eerste vennootschapsrichtlijn. Zij vestigt er de aandacht op dat de regel uit artikel 10, lid 3 naar de persoon niet beperkt is tot de bestuurders van de vennootschap, maar integendeel bepaalt dat de statuten aan één enkele *persoon* of aan verscheiden gezamenlijk handelende *personen* vertegenwoordigingsbevoegdheid kunnen toekennen.⁶⁶³ Onder die 'personen' moeten dan alle vertegenwoordigers, die hun bevoegdheid aan de statuten ontleen, worden verstaan.

⁶⁵⁹De tekst van artikel 2:130, lid 4 NBW luidt "De statuten kunnen ook aan andere personen dan bestuurders bevoegdheid tot vertegenwoordiging toekennen" Zie ook H.E. BOSCHMA en E. GEPKEN-JAGER, "Ontwikkelingen op het terrein van vertegenwoordiging van NV's en BV's", *Rechtsgelerd Magazijn Themis* 2010/3, 118; E. GEPKEN-JAGER, "Vertegenwoordiging en volmacht", *O&F* 2003, nr. 57, 7.

⁶⁶⁰De persoon aan wie een doorlopende volmacht wordt verleend wordt over het algemeen aangeduid met de term procuratiehouder of onderdirecteur, algemeen directeur of adjunct-directeur of iets dergelijks. P. VAN SCHILFGAARDE, *Van de NV en de BV* (16^{de} druk), Deventer, Kluwer, 2013, p. 204, nr. 55; E.E.G. GEPKEN-JAGER, "Vertegenwoordiging en volmacht", *O&F* 2003, nr. 57, 7.

⁶⁶¹Art. 18 en 21, lid 2 H.regb. Tenzij de openbaar gemaakte volmacht beperkingen bevat, die zo ongebruikelijk zijn dat de wederpartij ze niet hoefde te verwachten (Boek 3: art. 61, lid 3 NBW). P. VAN SCHILFGAARDE, *Van de NV en de BV* (16^{de} druk), Deventer, Kluwer, 2013, p. 204, nr. 55.

⁶⁶²E.E.G. GEPKEN-JAGER, "Vertegenwoordiging en volmacht", *O&F* 2003, nr. 57, 8; E.E.G. GEPKEN-JAGER, *Vertegenwoordiging bij NV en BV*, Steendam, Kluwer, 2000, 303.

⁶⁶³E.E.G. GEPKEN-JAGER, "Vertegenwoordiging en volmacht", *O&F* 2003, nr. 57, 8.

Artikel 10, lid 3 vereist bovendien dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid die statutair verleend wordt algemeen is. Daaruit volgt – zo stelt zij – dat de aan een niet-bestuurder op basis van artikel 2:130 lid 4 BW verleende statutaire vertegenwoordigingsbevoegdheid tegenover derden van algemene omvang zou moeten zijn en dat de Nederlandse rechter dit artikel ook zo, in overeenstemming met de richtlijn, dient te interpreteren.⁶⁶⁴

250. In de Nederlandse rechtsleer bestaat er wel wat verdeeldheid over de kwestie.⁶⁶⁵ De discussie gaat er evenwel niet alleen over de beperking in de omvang van de volmacht van de gevolmachtigde niet-bestuurder, maar tevens in hoofde van de individuele bestuurder.⁶⁶⁶ VAN SCHILFGAARDE verdedigde, in navolging van de zienswijze van GEPKEN-JAGER, dat een doorlopende volmacht aan een statutair directeur (een procuratiehouder) wel degelijk een algemene vertegenwoordigingsmacht met zich meebrengt, wat hij afleidt uit de geest van het richtlijnstelsel.⁶⁶⁷

b.3. Standpunt

251. Door de beperkte volmacht voor alle vertegenwoordigers van de vennootschap uit te sluiten, pleiten GEPKEN-JAGER en VAN SCHILFGAARDE voor de ruimste bescherming van derden die

⁶⁶⁴ GEPKEN-JAGER leidt dit gegeven af uit het feit dat de nationale rechter verplicht is om het nationale recht richtlijnconform te interpreteren en dat voor het vennootschapsrecht deze verplichting neergelegd is in het Marleasing-arrest van het HvJ van 13 november 1990 : "Bij de toepassing van het nationale recht, ongeacht of het daarbij gaat om bepalingen die dateren van eerdere of latere datum dan de richtlijn, moet de nationale rechter dit zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, ten einde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan atikel 189, derde alinea van het EEG-verdrag te voldoen." E. GEPKEN-JAGER, *Vertegenwoordiging bij NV en BV*, Steendam, Kluwer, 2000, p. 303; HvJ 13 november 1990, *Jur.* 1990, I-4135.

⁶⁶⁵ Pro: P. VAN SCHILFGAARDE, "Vertegenwoordiging van rechtspersonen", *WPNR* 1979, 5472, 197-202; P. VAN SCHILFGAARDE, *Van de NV en de BV*, Deventer, Kluwer, 2009, nr. 55; J.B. HUIZINK, *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming*, Deventer, Kluwer, 2009, p. 195; Contra: J.M.M. MAEIJER EN J. RONSE, *De vertegenwoordiging van rechtspersonen naar Nederlands en Belgisch recht*, Deventer, Kluwer, 1978, 37-39; J.M.M. MAEIJER, *Verspreide geschriften van J.M.M. MAEIJER*, Deventer, Kluwer, 2009, 400; ASSER, MAEIJER, VAN SOLINGE & NIEUWE WEME 2-II, Deventer, Kluwer, 2009, nr. 396; P.H.N. QUIST, "Procuratieperikelen" II(slot), *WPNR* 2005, 6628, p. 564; W.C.L. VAN DER GRINTEN, Asser 2 I, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De rechtspersoon*, Zwolle: WEJ Tjeenk Willink 1990, nr. 93; H.J. PORTINGEN EN Q. YEE, "De (beperkte) volmacht aan de statutair directeur revisited", *V&O* 2010, nr. 9, p. 155.

⁶⁶⁶ H.J. PORTINGEN EN Q. YEE, "De (beperkte) volmacht aan de statutair directeur revisited", *V&O* 2010, nr. 9, p. 153. Sommige auteurs, waaronder MAEIJER, VAN DER GRINTEN EN VAN SOLINGE & NIEUWE WEME zijn van mening dat zelfs aan een bestuurder een doorlopende beperkte volmacht moet kunnen gegeven worden en dus dat uit artikel 10 van de eerste vennootschapsrichtlijn niet kan worden afgeleid dat alle aan bestuurders verleende volmachten een algemene omvang dienen te hebben.

⁶⁶⁷ P. VAN SCHILFGAARDE, *Van de NV en de BV* (16^{de} druk), Deventer, Kluwer, 2013, p. 204, nr. 55: "De bevoegdheid van de statutair vertegenwoordiger wordt mede bestreken door art. 10 lid 3 Richtlijn 2009/101/EG, hetgeen wil zeggen dat voor hem hetzelfde regiem geldt als voor bestuurders." P. VAN SCHILFGAARDE, "Vertegenwoordiging van rechtspersonen", *WPNR* 1979, 197-202.

met de vennootschap handelen. GEPKEN-JAGER en VAN SCHILFGAARDE zijn van mening dat de richtlijnconforme interpretatie van de nationale volmachtregeling dient te primeren op een wetshistorische interpretatie van het nationale recht van de Europese lidstaten. Voor deze visie vinden zij steun in de uitspraak van de Europese rechter in het arrest *Marleasing*.⁶⁶⁸

252. Juridisch-technisch verdient het standpunt van de vermelde auteurs alleszins navolging. Artikel 10, lid 3 van de eerste vennootschapsrichtlijn maakt inderdaad geen onderscheid naargelang de hoedanigheid van de vertegenwoordiger die voor de vennootschap optreedt en de gevolmachtigde niet-bestuurder kan dus niet zomaar van het toepassingsgebied worden uitgesloten.⁶⁶⁹ Wanneer men de geest van de richtlijn in acht neemt, dit is de belangen van de deelnemers in de vennootschappen en derden zoveel mogelijk beschermen en de gronden van ongeldigheid zoveel mogelijk beperken, kan men er - zeker in combinatie met het principe van de richtlijnconforme interpretatie - niet omheen dat de Europese vertegenwoordigingsregels (i.e. het richtlijnstelsel) van de nationale lidstaten verwachten dat zijn hun eigen, nationale vertegenwoordigingsregels zoveel mogelijk aanpassen aan de doelstellingen van de richtlijn. De overwegingen die aan de tekst van de richtlijn voorafgaan, bevestigen de focus op derdenbescherming en rechtszekerheid:

“(9) Overwegende dat de bescherming van derden moet worden verzekerd door middel van bepalingen die de gronden van ongeldigheid van de ten name van de vennootschap aangegane verbintenissen zoveel mogelijk beperken.

(10) De beperking van de gevallen van nietigheid en van de terugwerkende kracht van de nietigverklaring, alsmede het vaststellen van een korte termijn voor het derdenverzet tegen deze nietigverklaring zijn noodzakelijk om de rechtszekerheid te waarborgen in de betrekkingen tussen de vennootschap en derden alsmede tussen de deelnemers in de vennootschap.”⁶⁷⁰

253. Voor zover het inderdaad de bedoeling was van artikel 10, lid 3 van de richtlijn om geen ruimte te laten voor een systeem van voorwaardelijke en beperkte *ad hoc*-lastgevingen aan

⁶⁶⁸ H.v.J. nr. C-106/89, 13 november 1990 (*Marleasing / La Comercial Internacional de Alimentacion*) *NJB* (NL) 1991, 1064; *JDSC* 1999 (verkort), 29, noot S. GILCART; *Rev.prat.soc.* 1992, 46; *SEW* 1992 (weergave), 816, noot C. TIMMERMANS; *TBH* 1991, 875; *T.Nof.* 1991 (verkort), 110, noot F. BOUCKAERT; *TRV* 1991, 36, advies W. VAN GERVEN., noot F. BOUCKAERT, J. BOUCKAERT.

⁶⁶⁹ Artikel 10 lid 3 richtlijn 2009/101/EG van 16 september 2009, *Pb. L.* 258, 1 oktober 2009.

⁶⁷⁰ Rechtsoverweging 9 en 10 bij de richtlijn 2009/101/EG van 16 september 2009, *Pb. L.* 258, 1 oktober 2009.

vertegenwoordigers van de vennootschap met een externe werking ten aanzien van derden, moet worden vastgesteld dat de huidige Belgische volmachtregeling effectief haaks staat op het vigerende Europese recht. Of de Europese wetgever dit gewild geeft is niet duidelijk. Het is niet uitgesloten dat de regeling uit artikel 10 lid 3 van de richtlijn slechts doelt op de situatie van de gedelegeerd bestuurder van artikel 522§2 W. Venn. en dus op de mogelijkheid om onder de leden van de raad, eventueel samen met een niet-bestuurder⁶⁷¹, een taakverdeling te organiseren wat de externe vertegenwoordiging van de vennootschap betreft, dit onverminderd de mogelijkheid om daarnaast andere gevolmachtigden aan te duiden die dan handelen krachtens een privaatrechtelijke volmacht.

Of de privaatrechtelijke volmachtregeling, wanneer deze gebruikt wordt in het kader van het vennootschapsrecht, nu wel of niet geïndiceerd wordt door de Europese wetgever is niet duidelijk. Eventueel kan een Europees wetgevend initiatief of het antwoord op een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie hierover duidelijkheid brengen. Wel kan men m.i. niet anders dan minstens besluiten dat er vandaag een strijdigheid is met de doelstellingen *c.q.* de geest van de richtlijn. Naar Belgisch recht blijven derden het grootste slachtoffer van de niet-toepasselijkheid van het prokurairegime op de buitenorganieke volmachtregeling, omdat de vennootschap niet gebonden zal zijn door een eventuele bevoegdheidsoverschrijdende handeling van zijn gevolmachtigde. Op derden rust een verregaande onderzoeksplicht die onverenigbaar is met het principe van derdenbescherming en rechtszekerheid. Bovendien is de sanctie, de nietigverklaring, bij gebreke aan de mogelijkheid om deze te bekrachtigen, ook nog eens onomkeerbaar. Niet de vennootschap, maar wel zij die met de vennootschap handelen, lopen hier dus de grootste risico's, wat ingaat tegen de doelstellingen van de richtlijn.

254. De vraag rijst of het naar Belgisch recht opportuun is om een vennootschapsrechtelijke volmachtregeling in het leven te roepen met een algemene uitwerking tegenover derden die met de vennootschap handelen. Enige tegenkanting kan worden verwacht van de vennootschap om zo een algemene volmacht te verlenen. Bestuurders houden er niet van om hun eigen bevoegdheden te delegeren op een onomkeerbare wijze. In een systeem van

⁶⁷¹ Aangezien het Wetboek van vennootschappen toelaat dat de bevoegdheid om de vennootschap te vertegenwoordigen wordt toevertrouwd aan één enkele bestuurder, staat niets eraan in de weg dat in de statuten van de vennootschap bepaald wordt dat deze vertegenwoordiging aan een bijkomende waarborg wordt onderworpen die bestaat uit de handtekening van een werknemer, zoals van een directeur. Cass. 22 december 1977, Arr. Cass. 1978, 501; RW 1977-78, 2199, not P. CRAB, *Rév. prat. soc.* 1978, 191, *Mouv. Comm.* 1979, 389 en *Pas.* 1978, 472, noot AC.

algemene volmachten, waarbij men het risico loopt om gebonden te zijn aan een bevoegdheidsoverschrijdende handeling van o.a. een manager of een andere vertegenwoordiger, dient men ontegensprekelijk een deel van de controle prijs te geven. Extern zijn er dan immers geen gevolgen meer voor een bevoegdheidsoverschrijdend handelen van de gevolmachtigde. Intern, ten opzichte van de vennootschap, zijn die er wel nog: de gevolmachtigde is aansprakelijk voor iedere overschrijding van zijn volmacht.⁶⁷² Het kwaad is dan wel al geschied.

255. De te verwachten bezorgdheid van de Belgische bestuurder lijkt niet terecht, wanneer men de vergelijking maakt met andere rechtstelsels die het systeem wel kennen, zoals het Verenigd Koninkrijk en Duitsland. Het Engelse vennootschapsrecht kent de "*internal management rule*", op grond waarvan elke volmacht, die door een *board of directors* is verleend, een algemene omvang heeft ten opzichte van derden.⁶⁷³

Section 40 van de Companies Act 2006 bepaalt:

"In favour of a person dealing with a company in good faith, the power of the directors to bind the company, or authorise others to do so, is deemed free of any limitation under the company's constitution."

De Engelse vennootschap is derhalve gebonden aan alle rechtshandelingen die door zijn gevolmachtigde(n) worden verricht, zelfs als deze volmachthouders kwalitatieve en/of kwantitatieve restricties overschreden zouden hebben. De bescherming in hoofde van derden die met de vennootschap handelen is enorm, aangezien zij er als wederpartij van de vennootschap van mogen uitgaan dat eventuele interne goedkeuringen en beperkingen werden nageleefd.

Naar Duits recht kent men de speciaal voor het handelsrecht ontwikkelde *kaufmännischen Vollmachten*, met name de *Prokura* en de *Handlungsvollmacht*.⁶⁷⁴ De omvang en de werkingssfeer van de Prokura is wettelijk bepaald in de artikel §§48 tot en met 55 HGB. Op basis van §49 HGB is de *Prokura* vertegenwoordigingsbevoegd voor alle soorten handelingen,

⁶⁷³ Section 40 Companies Act 2006, Section 35A Companies Act 1985).

⁶⁷⁴ Zie *infra* randnummers 48 en 49.

zowel gerechtelijke als buitengerechtelijke handelingen, die het uitbaten van een onderneming met zich brengt.⁶⁷⁵ De bevoegdheden van de Duitse Prokurist zijn zeer groot en zelfs niet begrensd tot de eigen werkingssfeer: een aannemer kan er ook kredieten sluiten.⁶⁷⁶ De enige wettelijke beperking is de vervreemding en de bezwaring van gronden: voor deze handelingen is de Prokurist alleen maar bevoegd, wanneer deze bevoegdheid hem uitdrukkelijk verleend werd.⁶⁷⁷ Beperkingen zijn niet tegenwerpelijk aan derden.⁶⁷⁸ De derde die met een Prokurist handelt kan erop vertrouwen dat hij in dezelfde mate wordt beschermd als wanneer hij handelt met de *Kaufmann* zelf, wat zorgt voor een grote rechtszekerheid in het handelsverkeer.⁶⁷⁹

Het is evenwel niet ondenkbaar dat het verlenen van een algemene volmacht tot misbruik zou leiden. Zo zou het kunnen dat de gevolmachtigde te kwader trouw is en de vennootschap die hij vertegenwoordigt opzettelijk schade wil berokkenen. Naar Duits recht werd deze situatie van misbruik wettelijk geregeld. Op basis van de regels voor "*Mißbrauch der Vertretungsmacht*" zijn alle handelingen die met misbruik van de vertegenwoordigingsmacht van door de gevolmachtigde werden gesteld "*schwebend unwirksam*" (i.e. voorlopig ongeldig). Indien er dan bovendien ook sprake is van "*Kollusion*" van de derde te kwader trouw kan de overeenkomst nietig verklaard worden (§138 BGB). Dit is m.i. een werkbare oplossing, die ook voor het Belgisch recht kan worden bepleit. Derden zijn meer gebaat bij een rechtszekerder systeem, waar interne kwantitatieve, kwalitatieve en andere restricties hen nooit tegengeworpen kunnen worden, behoudens indien hun kwade trouw vaststaat.

(iii) Bewijs van volmacht

a. *Algemeen*

256. Gevolmachtigden dienen het bestaan en de omvang van hun bevoegdheid te legitimeren ten aanzien van derden. Eenzelfde verplichting geldt niet in hoofde van organen

⁶⁷⁵ §49 (1) HGB "Die Prokura ermächtigt zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt"

⁶⁷⁶ E.E.G. GEPKEN-JAGER, *Vertegenwoordiging bij NV en BV*, Steendam, Kluwer, 2000, p. 115.

⁶⁷⁷ §49 (2) HGB "Zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken ist der Prokurist nur ermächtigt, wenn ihm diese Befugnis besonders erteilt ist."

⁶⁷⁸ §50 (1) HGB "Eine Beschränkung des Umfangs der Prokura ist Dritten gegenüber unwirksam."

⁶⁷⁹ E.E.G. GEPKEN-JAGER, *Vertegenwoordiging bij NV en BV*, Steendam, Kluwer, 2000, p. 116.

die hun bevoegdheid, als gevolg van de organieke vertegenwoordiging, ontleen aan de wet en waarvan het bewijs geregeld wordt door de bekendmaking van de benoeming zoals voorgeschreven door het W. Venn.⁶⁸⁰ Derden hebben inderdaad het recht om, nog voordat zij met een lasthebber handelen, de voorlegging van een volmacht te eisen. Derden die de vraag niet stellen, kunnen daarna geen betwisting meer voeren over het bestaan van de volmacht.⁶⁸¹ De mogelijkheid tot delegatie door het vennootschapsorgaan aan de gevolmachtigde hoeft overigens niet statutair te worden voorzien. De reden hiervoor is dat de vennootschapsorganen zelf geen rechtspersoonlijkheid hebben, waardoor bij het verlenen van een volmacht niet de raad van bestuur als lastgever optreedt maar de vennootschap zelf, zodat er geen sprake is van een onderlastgeving die statutair zou moeten worden voorzien.⁶⁸²

b. Geen andere regeling i.g.v. delegatie van proceshandelingen

257. Hoewel artikel 703 Ger. W. bepaalt dat rechtspersonen in rechte optreden door tussenkomst van hun bevoegde organen, kan hieruit geen delegatieverbod worden afgeleid.⁶⁸³ De tekst van artikel 703 Ger.W. bepaalt niet dat het om een exclusieve bevoegdheid zou gaan - er staat nergens dat 'enkel' de organen bevoegd zijn - zodat algemeen aangenomen wordt dat de bevoegdheid om namens de vennootschap een vordering in te stellen en daartoe een advocaat aan te stellen door de raad kan opgedragen worden aan een gevolmachtigde.⁶⁸⁴ Voor zover de wederpartij de aanstelling van de gevolmachtigde zou

⁶⁸⁰ H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, afl. 8-9, p. 225.

⁶⁸¹ B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRYNS, E. TERRYNS, C. HEEB, P. NAEYAERT, [Lastgeving] "Vertegenwoordiging t.o.v. derden", *TPR* 2010, afl. 2, 636, nr. 44; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 543, nr. 885. De lastgever kan wel nog terugkomen op de omvang van de volmacht. Indien de lastgever bijvoorbeeld opdracht gaf om een overeenkomst aan te gaan met een bovengrens van 50.000 euro en de gevolmachtigde sluit een overeenkomst namens de vennootschap voor een bedrag van 75.000 euro, kan de vennootschap – in haar hoedanigheid van lastgever – met alle middelen van het recht deze bovengrens aantonen. Het gevolg van de overschrijding van de bevoegdheid van de gevolmachtigde is dan, dat de vennootschap niet verbonden zal zijn om de aangegane verbintenissen uit te voeren. Overeenkomstig artikel 1998 BW is de lastgever er enkel toe gehouden om de verbintenissen na te komen die overeenkomstig de hem verleende macht werden aangegaan, tenzij hij deze verbintenissen uitdrukkelijk of stilzwijgend zou bekrachtigd hebben. Omgekeerd wordt de volmachthouder, die op voldoende wijze van zijn volmacht laat blijken, vrijgesteld van aansprakelijkheid, tenzij hij zich persoonlijk verbonden zou hebben (artikelen 1997 en 1998 BW). De gevolmachtigde heeft er dus zelf alle belang bij om zijn volmacht kenbaar te maken aan de derden waarmee hij handelt.

⁶⁸² H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, afl. 8-9, p. 231.

⁶⁸³ Art. 703 Ger. W.

⁶⁸⁴ J. RONSE, "De vertegenwoordiging van rechtspersonen naar Belgisch recht", in X, *Gebruikt dese mynen arbeit tot uwen beste. Verspreide geschriften Jan Ronse*, Reeks rechtspersonen en vennootschapsrecht, nr. 20, Biblo, Kalmthout, 2009, p. 258; V. RENARD, "Action et représentation en justice des personnes

betwisten, dient deze laatste wel het bewijs van zijn volmacht te leveren. Dat werd door het Hof van Cassatie beslist in een arrest van 7 januari 1960.⁶⁸⁵

Het feit dat de volmacht gegeven werd, kan blijken uit de notulen van een vergadering van de raad van bestuur.⁶⁸⁶ Het bewijs van dit bijzonder mandaat kan overigens in elke stand van de procedure nog geleverd worden, zelfs tijdens in hoger beroep en uiterlijk tot aan de sluiting van de debatten.⁶⁸⁷

c. Geen plicht tot publicatie

258. Geen enkele wettelijke bepaling vereist dat een mandaat dat door de raad van bestuur van een NV gegeven wordt, gepubliceerd zou moeten worden in het Staatsblad of een handelsregister, opdat de vennootschap zich hierop zou kunnen beroepen.⁶⁸⁸ De rechtspraak bevestigt dat het bestaan en de omvang van de lastgeving gelegitimeerd worden door de overlegging van de volmacht.⁶⁸⁹ Hoewel een publicatie in het Staatsblad niet wettelijk verplicht is, verdient het toch aanbeveling om dit te doen ter vergemakkelijking van het bewijs van het bestaan en de omvang van de volmacht ten opzichte van derden. In de praktijk is dit

morales", *JT* 2002, 227; B. TILLEMANS, *Proceshandelingen van en tegen vennootschappen*, Antwerpen, Kluwer, 1997, p. 256; *A contrario*: Rb. Leuven 3 november 2006, *Fisc.Koer.* 2007 (weergave S. VERTOMMEN afl. 8, 431 en <http://www.monkey.be> (1 september 2008), noot S.VERTOMMEN; *FJF* 2007, afl. 8, 675 en <http://www.monkey.be> (1 september 2008). De Leuvense rechtbank besliste tot de onontvankelijkheid van een bezwaarschrift in belastingzaken, dat ingediend was door een bestuurder van de vennootschap in opdracht van een gevolmachtigde. De rechtbank was van mening dat een rechtspersoon *uitsluitend* in rechte kon treden door tussenkomst van zijn bevoegde organen en dat een gevolmachtigde hiertoe - bij ontbreken van een wettelijke en statutaire delegatiemogelijkheid - niet bevoegd was. Dit vonnis werd later hervormd door het Hof van Beroep van Brussel. Brussel 1 maart 2007, *Fisc. Koer.* 2007, afl. 8, 431 (weergave S. VERTOMMEN).

⁶⁸⁵ Cass. 7 januari 1960, *JDSC* 1999, 165 ("Geen enkele wettelijke bepaling vereist dat een mandaat door de raad van bestuur van een N.V. gegeven op grond van de bevoegdheden waarover deze raad beschikt krachtens het sociaal pact moet worden gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad opdat de vennootschap zich hierop zou kunnen beroepen tegenover derden. Aangezien hij zijn bevoegdheden haalt uit een wettelijk orgaan van de vennootschap, in overeenstemming met de statuten, heeft de lasthebber geen enkel ander bewijsstuk voor te leggen dan zijn mandaat, indien het bestaan hiervan wordt betwist").

⁶⁸⁶ Cass. 22 oktober 1971, *Arr. Cass.* 1972, 197, concl. P. MAHAUX, *Pas.* 1972, I, 182; *Rév. prat. soc.* 1972, 361.

⁶⁸⁷ Brussel 5 december 2002, *FJF* 2003, afl. 6, 560 en <http://www.monkey.be> (1 september 2008), noot -; *JDSC* 2005, 143; TFRnet <http://tfrnet.larcier.be> (14 juli 2003); Brussel 13 november 2003, *FJF* 2004, afl. 7, 692 en <http://www.monkey.be> (1 september 2008); *JDSC* 2005, 146.

⁶⁸⁸ Cass. 7 januari 1960, *JDSC* 1999, 165; Rb. Brussel, 23 juni 2002, *FJF* 2003, 480.

⁶⁸⁹ F. GODDEERIS, "Over vertegenwoordiging bij volmacht van een bestuurder in de NV" in C. CASTELEIN, A. VERBEKE en L. WEYTS (eds.), *Notariële Clausules. Liber Amicorum Professor Johan Verstraete*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 386; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 683, nr. 1081.

overigens gebruikelijk, zeker in bepaalde sectoren zoals de bank- en de verzekeringswereld.⁶⁹⁰ Bovendien is het aangeraden om wanneer men de volmacht publiceert, tevens de latere wijzigingen te publiceren om een eventuele toepassing van de schijnleer te vermijden.⁶⁹¹

Afdeling II Curatief: de laatste redmiddelen

259. Indien de dagelijks bestuurder buiten de grenzen van zijn bevoegdheid getreden zou zijn en hem ook geen ruimere volmacht verleend werd, kan de vennootschap best zo snel mogelijk remediërend te werk gaan door de onbevoegd gestelde handeling achteraf te bekrachtigen. Aan een dergelijk curatief optreden door de vennootschap zijn weliswaar voorwaarden verbonden. Deze voorwaarden worden besproken onder §1.

Wanneer de vennootschap zelf de bevoegdheidsoverschrijding van haar eigen dagelijks bestuurder zou inroepen, kan de derde-medcontractant zich in uitzonderlijke gevallen beroepen op de schijn van vertegenwoordiging, op voorwaarde dat deze schijn toerekenbaar is aan de betrokken vennootschap. Er moet dan sprake zijn van een door de vennootschap gewekte schijn op grond waarvan de dagelijks bestuurder toch de bevoegdheid had om de omstreden handeling in haar naam en voor haar rekening te stellen. De betrokken derde moet bovendien in elk geval als een normaal en zorgvuldig persoon (criterium van de 'goede huisvader') gehandeld hebben (§2).

§ 1. Bekrachtiging

260. Een handeling die door een dagelijks bestuurder gesteld werd met overschrijding van de bevoegdheid van het dagelijks bestuur van de betrokken NV kan later nog bekrachtigd worden door het orgaan dat zelf *ab initio* bekwaam was om de betreffende rechtshandeling

⁶⁹⁰ B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 683, nr. 1081. TILLEMANS spreekt van een praktijk *contra legem* ter vergemakkelijking van het bewijs.

⁶⁹¹ H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, afl. 8-9, p. 231.

te verrichten of daarmee kon instemmen.⁶⁹² In de NV is dit bevoegde orgaan de raad van bestuur of, in voorkomend geval, het directiecomité.⁶⁹³ Hoewel de wet enkel spreekt over de mogelijkheid van bekrachtiging van een handeling die door een gevolmachtigde buiten zijn bevoegdheid werd gesteld, neemt de rechtspraak aan dat bekrachtiging ook mogelijk is wanneer de gevolmachtigde geen mandaat had of over een nietig mandaat beschikte. Het Hof van Cassatie erkende deze mogelijkheid tot bekrachtiging van een lastgeving zonder mandaat uitdrukkelijk in zijn arrest van 29 september 2008.⁶⁹⁴

De mogelijkheid om een gestelde handeling te bekrachtigen vloeit rechtstreeks voort uit artikel 1998, lid 2 BW dat analogisch toegepast wordt bij de organieke vertegenwoordiging.⁶⁹⁵ De bekrachtiging is een eenzijdige, onherroepelijke, vormvrije en niet-mededelingsplichtige rechtshandeling, die niet aanvaard moet worden door de derde met wie men zonder de vereiste vertegenwoordigingsmacht gehandeld heeft.⁶⁹⁶ De derde-medecontractant ondergaat de bekrachtiging, behoudens het geval van eerder verworven rechten. De bekrachtiging door de raad van bestuur (of het directiecomité) van een handeling die werd verricht door de dagelijks bestuurder buiten de wettelijke sfeer van het dagelijks bestuur, kan immers geen nadeel toebrengen aan de rechten die derden te goeder trouw inmiddels hebben

⁶⁹² Gent 12 september 2011, *TRV* 2012, afl. 2, 137 en <http://www.trv.be> (24 april 2012), noot X; Brussel 13 november 2003, *FJF* 2004, afl. 7, 692 en <http://www.monkey.be> (1 september 2008); *JDSC* 2005, 146; Kh. Charleroi, 15 mei 2006, *Juristenkrant* 2006, (weergave G. GEUDENS), afl. 132, 16; *JLMB* 2006, afl. 25, 1092 en <http://jlmbi.larcier.be> (24 juni 2006), *JDSC* 2007, 47, noot M. ERNOTTE; Rb. Gent 1 december 2004, *TFR* 2006, 286; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, p. 399; J. RONSE, "De vertegenwoordiging van rechtspersonen naar Belgisch recht", in *Gebruykt deze mynen arbeit tot uwen besten. Verspreide geschriften Jan Ronse*, Jan Ronse Instituut (ed.) Kalmthout, Biblo, 2009, p. 260; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 709, nr. 1114; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 297, nr. 545.

⁶⁹³ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 297, nr. 545; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 707, nr. 1113.

⁶⁹⁴ Cass. 29 september 2008, <http://www.cass.be> (23 oktober 2008), concl. J. GENICOT.; *JT* 2008, afl. 6330, 699 en <http://jt.larcier.be> (3 december 2008), concl. J. GENICOT.; *JLMB* 2009, afl. 24, 1100 en <http://jlmbi.larcier.be> (19 juni 2009); *JTT* 2008, afl. 1023, 464, noot M. WANTIEZ.; *Pas*. 2008 (samenvatting), afl. 9, 2076, concl. J. GENICOT. Zie voor een meer diepgaande analyse hierover ook B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRYNS, E. TERRYNS, C. HEEB, P. NAEYAERT, [Lastgeving] "Vertegenwoordiging t.o.v. derden", *TPR* 2010, afl. 2, 703, nr. 123.

⁶⁹⁵ Art. 1998, lid 2 BW bepaalt dat de lastgever er in beginsel alleen maar toe gehouden is om de verbintenissen na te komen die overeenstemmen met de door hem verleende volmacht, tenzij hij deze verbintenissen impliciet of expliciet zou hebben bekrachtigd. "Hij is niet gehouden tot hetgeen daarbuiten mocht zijn gedaan, dan voor zover hij zulks uitdrukkelijk of stilzwijgend bekrachtigd heeft." B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 708, nr. 1113; B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRYNS, C. HEEB, P. NAEYAERT, [Lastgeving] "Vertegenwoordiging t.o.v. derden", *TPR* 2010, afl. 2, 708, nr. 126.

⁶⁹⁶ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, p. 399; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 708, nr. 1113

verworven.⁶⁹⁷ Een bekrachtiging buiten een wettelijke vervaltermijn of een verjaringstermijn bijvoorbeeld, doet afbreuk aan het reeds verworven recht van derden te goeder trouw, namelijk dat de vordering niet meer wettig kon worden ingesteld door de betrokken vennootschap dan wel dat geen beroep meer kon worden ingesteld tegen een beslissing van de rechtbank. De gestelde handeling is bijgevolg ongeldig.

Het Hof van Cassatie besliste in dit verband dat de bekrachtiging van de opzegging die ter kennis werd gebracht door de dagelijks bestuurder aan de huurder van de vennootschap geen uitwerking kon hebben, wanneer het bevoegde orgaan tussenkomt buiten de termijn waarin de opzegging wettelijk had moeten gebeuren. De benadeelde huurder kon van de vennootschap een vergoeding eisen voor de eventueel geleden schade én mocht de nietigheid van de gestelde handeling inroepen.⁶⁹⁸ Ook de dwingende termijnen uit het arbeidsrecht moeten steeds gerespecteerd worden, indien de vennootschap zich *post factum* een bepaalde handeling eigen wil maken. Zo zal de bekrachtiging van een ontslag om dringende reden van een kaderlid door het daartoe bevoegde orgaan, altijd moeten gebeuren voor het verstrijken van de vervaltermijn van drie dagen zoals deze wordt voorgeschreven in artikel 35, lid 3 WAO. Het vereiste van een tijdige bekrachtiging geldt evenzeer wanneer de ontslagen werknemer zijn ontslag niet onmiddellijk zou hebben geprotesteerd.⁶⁹⁹ De bekrachtiging die blijkt uit de notulen van de vergadering van de raad van bestuur die één dag na de verzending van een ongeldig gedane kennisgeving gehouden werd, doet daarentegen geen afbreuk aan de rechten van een ontslagen personeelsafgevaardigde en heeft wel degelijk terugwerkende kracht. Een dergelijke kennisgeving werd bijgevolg op een regelmatige wijze verricht.⁷⁰⁰

⁶⁹⁷ Cass. 6 februari 1953, Arr. Cass. 1953, 390; Pas. 1953, I, 436; JDSC 1999, 145.

⁶⁹⁸ Cass. 6 februari 1953, Arr. Cass. 1953, 390; Pas. 1953, I, 436; JDSC 1999, 145.

⁶⁹⁹ Arbh. Luik 7 december 2009, JLMB 2011 (samenvatting), afl. 15, 730 en <http://jlmbl.larcier.be> (21 april 2011); JTT 2010, afl. 1060, 91; JDSC 2011, 169, noot M. Coipel; Arbh. Brussel 20 februari 2013, JTT 2013, afl. 1161, 275; Arbrb. Leuven, 8 mei 2003, RW 2004-2005, 69-73, noot J. PEETERS.

⁷⁰⁰ Arbh. Antwerpen 20 december 2004, RW 2005-2006, 1379, noot I. VAN PUYVELDE. *In casu* bekrachtigde de raad van bestuur van de naamloze vennootschap SKM de intentie om tot het ontslag van mevrouw G., personeelsafgevaardigde, over te gaan al op 6 augustus, dit was één dag nadat de brief met daarin de kennisgeving van het voornemen tot ontslag om dringende reden verzonden werd door de heer S., parkdirecteur van SKM; I. VAN PUYVELDE, "De in de NV bevoegde persoon tot kennisgeving van de dringende reden aan een beschermde werknemer" (noot onder Arbh. Antwerpen 20 december 2004), RW 2005-06, p. 1381. De auteur stelt zich hier de vraag of de bekrachtiging van de kennisgeving wel verenigbaar is met de voorschriften van art. 4 Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden dat hierop van toepassing is.

De bekrachtiging is principieel een vormvrije rechtshandeling⁷⁰¹ en kan zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend gebeuren.⁷⁰² De bekrachtiging is uitdrukkelijk wanneer zij blijkt uit een formele verklaring, zonder dat een geschrift vereist is. Opdat een stilzwijgende bekrachtiging zou worden aangenomen, is vereist dat deze wordt afgeleid uit handelingen die, bij diegenen die ze stellen, met zekerheid erop wijzen om de handeling, die buiten of zonder vertegenwoordigingsmacht werd gesteld, te bekrachtigen.⁷⁰³ Uit een zuiver niet-afkeuren van een handeling kan geen bekrachtiging worden afgeleid: er dienen bijkomende omstandigheden aanwezig te zijn. De meest voorkomende vorm van stilzwijgende bekrachtiging is de spontane uitvoering van de overeenkomst.⁷⁰⁴ Het gebrek aan een tijdig protest van een factuur impliceert de stilzwijgende bekrachtiging van wat de lasthebber buiten de grenzen van zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft gedaan. Datzelfde geldt voor de inschrijving van een factuur in de boekhouding van de vennootschap.⁷⁰⁵

⁷⁰¹ Het vormvrije karakter van de bekrachtiging geldt voor zover de te bekrachtigen rechtshandeling zelf niet aan enige specifieke vormvereisten dient te voldoen. In de rechtsleer geeft men het voorbeeld van de ongeldige hypothecaire volmacht die nadien bij onderhandse akte bekrachtigd wordt. Dit kan echter niet, aangezien een hypothecaire volmacht slechts kan worden verleend bij authentieke akte of een in rechte voor de notaris erkende onderhandse akte (artikel 76 Hyp. W.). Aangehaald in B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRYNS, E. TERRYNS, C. HEEB, P. NAEYAERT, [Lastgeving] "Vertegenwoordiging t.o.v. derden", *TPR* 2010, afl. 2, 709, nr. 127.

⁷⁰² Artikel 1998, lid 2 BW; B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRYNS, E. TERRYNS, C. HEEB, P. NAEYAERT, [Lastgeving] "Vertegenwoordiging t.o.v. derden", *TPR* 2010, afl. 2, 708, nr. 126 en 709, nr. 127; I. SAMOY, Commentaar bij artikel 1998 BW, in X, Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, I, Benoemde overeenkomsten, Titel VIII, Hoofdstuk III, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2015, losbl., z.p.

⁷⁰³ Cass. 6 juni 2011, *Bank. Fin. R.* 2011, afl. 4-5, 278 en <http://ff.larcier.be> (24 november 2011); <http://www.cass.be> (22 juni 2011); *Pas.* 2011, afl. 6-8, 1610; *TBH* 2011 (samenvatting), afl. 9, 947 en <http://www.rdc-tbh.be> (6 december 2011). Het Hof van Cassatie besliste dat het bestreden arrest het bestaan van een stilzwijgende bekrachtiging wettelijk had kunnen afleiden uit het omstandig stilzwijgen van de eisende partij (een klant van Fortis) en dat de bekrachtiging van verrichtingen in financiële instrumenten het gevolg kon zijn van een omstandig stilzwijgen van die klant; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 709, nr. 1115; B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRYNS, E. TERRYNS, C. HEEB, P. NAEYAERT, [Lastgeving] "Vertegenwoordiging t.o.v. derden", *TPR* 2010, afl. 2, 708, nr. 126 en 709, nr. 128.

⁷⁰⁴ B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRYNS, E. TERRYNS, C. HEEB, P. NAEYAERT, [Lastgeving] "Vertegenwoordiging t.o.v. derden", *TPR* 2010, afl. 2, 708, nr. 126 en 709, nr. 130; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 710, nr. 1116.

⁷⁰⁵ Cass. 10 maart 2008, *DAOR* 2008, afl. 87, 221, noot F. PARREIN; *JDSC* 2009, 152, noot M. ERNOTTE.

§ 2. Schijnmandaat

A) Principe en toepassingsvoorwaarden

(i) De rechtsschijn als een autonome rechtsgrond

261. Het schijnmandaat is een bijzondere toepassing van de rechtsschijn, waarbij aan een uiterlijk waarneembare toestand, die niet beantwoordt aan de werkelijkheid, dezelfde rechtsgevolgen worden vastgeknoopt alsof deze schijnbare toestand werkelijkheid was.⁷⁰⁶ Het schijnmandaat werd door het Hof van Cassatie erkend als een autonome rechtsgrond in het principearrest Cuivre-Zinc van 20 juni 1988. Het Hof besliste toen dat een lastgever op basis van een schijnmandaat verbonden kan zijn wanneer hij door zijn schuld de schijn heeft doen ontstaan, maar ook wanneer hem geen fout kan worden verweten, als een derde rechtmatig geloof kon hechten aan de omvang van de bevoegdheid van de lasthebber.⁷⁰⁷ In het Argenta-arrest van 20 januari 2000 voegde het Hof hieraan als voorwaarde toe dat de schijn toerekenbaar dient te zijn aan de lastgever.⁷⁰⁸ Er is bijgevolg sprake van schijnvertegenwoordiging (rechtsschijn) als een persoon zich tegenover de persoon aan wie hij een contractaanbod doet of een aanvaarding afgeeft, als andermans vertegenwoordiger voordoet, hoewel hij geen vertegenwoordigingsbevoegdheid voor die ander heeft of buiten de aan hem verleende bevoegdheid optreedt. Bij de schijnvertegenwoordiging zijn drie verschillende personen betrokken: de persoon die een contractaanbod doet of een

⁷⁰⁶ B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRYNS, E. TERRYNS, C. HEEB, P. NAEYAERT, [Lastgeving] "Vertegenwoordiging t.o.v. derden", *TPR* 2010, afl. 2, 718, nr. 134.

⁷⁰⁷ Cass. 20 juni 1988 (De Greef / N.V. U.) *Arr.Cass.* 1987-88, 1365; *Bull.* 1988, 1258; *JT* 1989, 547, noot P. FORIERS; *Pas.* 1988, 1, 1258; *RCJB* 1991, 45, noot R. KRUIHOF; *RW* 1989-90, 1425, noot A. VAN OEVELEN; *TRV* 1989, 540, noot P. CALLENS, S. STIJNS; Bevestigd in Cass. 26 oktober 2012, <http://www.cass.be> (30 november 2012); *Pas.* 2012, afl. 10, 2052; *RW* 2014-15 (samenvatting), afl. 13, 498 en <http://www.rw.be/> (2 december 2014), noot. "Een lastgever kan op grond van een schijnbare lastgeving verbonden zijn niet alleen wanneer hij die schijn op een foutieve wijze heeft gewekt, maar ook bij ontstentenis van enige fout die hem ten laste kan worden gelegd, als het geloof van de derde in de omvang van de machten van de lasthebber terecht is."

⁷⁰⁸ "Een persoon kan ten aanzien van een derde verbonden zijn voor daden gesteld door iemand die, wat die daden betreft, de schijn wekt de lasthebber te zijn van die persoon, in zoverre die schijn aan laatstgenoemde kan worden toegerekend." Cass. 20 januari 2000 (Argenta Spaarbank/Buysschaert), *Arr.Cass.* 2000, afl. 2, 163; *Bull.* 2000, afl. 1, 160; <http://www.cass.be> (18 oktober 2001); *RW* 2001-02 (verkort), 501 en <http://www.rw.be> (11 december 2001), noot -; *err. RW* 2001-02, 792 en <http://www.rw.be> (2 december 2002); *TBBR* 2001, 407; *TBH* 2000, 483, noot P. FORIERS.

aanvaarding afgeeft (de schijnvertegenwoordiger), de persoon voor wie de schijnvertegenwoordiger een contractaanbod doet of een aanvaarding afgeeft (de schijnvertegenwoordigde) en de persoon aan wie de schijnvertegenwoordiger een contractaanbod doet of een aanvaarding afgeeft (de derde).⁷⁰⁹

In een klassieke opvatting werd de leer van het schijnmandaat gegrond op de beginselen van de buitencontractuele aansprakelijkheid (artikel 1382-1383 BW). Traditioneel was de lastgever dan ook alleen maar verbonden door de rechtshandelingen die zijn lasthebber op grond van een schijnbare vertegenwoordigingsbevoegdheid had verricht, indien hij op een foutieve wijze - dit is door nalatigheid of onzorgvuldigheid - deze schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid in het leven had geroepen of had laten roepen en indien een derde, met wie de schijnbare lasthebber heeft gehandeld, in een rechtmatig vertrouwen op deze schijn was afgegaan.⁷¹⁰ Het aangehaalde principearrest van het Hof van Cassatie van 20 juni 1988 (Cuivre-Zinc) verruimde evenwel, in navolging van het Franse recht en daartoe aangespoord door de Belgische rechtsleer, het toepassingsgebied van het schijnmandaat. Het Hof van Cassatie verliet de klassieke piste en bevestigde dat een lastgever op basis van een schijnmandaat verbonden kan zijn, niet enkel als hij door zijn schuld de schijn heeft doen ontstaan, maar ook, wanneer hem geen fout kan worden verweten, als een derde rechtmatig geloof kon hechten aan de omvang van de bevoegdheid van de lasthebber.⁷¹¹

De schade die door deze gewekte schijn aan de derde(n) veroorzaakt zou zijn, wordt op de meest passende wijze vergoed door een herstel in de meest specifieke vorm, die erin bestaat

⁷⁰⁹ A. VAN OEVELEN, "De juridische grondslag en de toepassingsvoorwaarden van de verbondenheid van de lastgever bij een schijnmandaat", *RW* 1989-1990, 1426-1430; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001, p. 98; Y. STOX, "Niets is wat het lijkt. Over schijnvertegenwoordiging in het Belgische en het Nederlandse recht.", *Jura Falc.* 2002-2003, afl. 4, 525; L. Cornelis, "Allesbehalve kinderspel", in X (ed.), *Liber amicorum H. Bocken. Dare la luce*, Brugge, die Keure, 2009, 187, nr. 16.

⁷¹⁰ Cass. 13 januari 1972, *Arr. Cass.* 1972, 473; *Pas.* 1972, I, 472; Cass. 30 mei 1979, *Arr. cass.* 1978-79, 1145; *Pas.* 1979, I, 1123; Antwerpen 13 juni 1984, *RW* 1985-86, 116; A. VAN OEVELEN, "De juridische grondslag en de toepassingsvoorwaarden van de verbondenheid van de lastgever bij een schijnmandaat", *RW* 1989-1990, 1427.

⁷¹¹ Cass. AR 7851, 7934, 20 juni 1988 (De Greef / N.V. U.), *Arr. Cass.* 1987-88, 1365; *Bull.* 1988, 1258; *JT* 1989, 547, noot P. Forriers.; *Pas.* 1988, I, 1258; *RCJB* 1991, 45, noot R. KRUIHOF.; *RW* 1989-90, 1425, noot A. VAN OEVELEN; *TRV* 1989, 540, noot P. CALLENS, S. STIJNS.

om de lastgever verbonden te achten door de rechtshandelingen die de lasthebber op grond van een schijnbare vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft verricht.⁷¹²

(ii) Vier cumulatieve toepassingsvoorwaarden

262. Een derde die zich met succes wil beroepen op een overeenkomst die met een schijnbare vertegenwoordigingsmacht gesloten werd, dient vier cumulatieve voorwaarden te bewijzen.⁷¹³

a. *Schijnbare vertegenwoordigingsbevoegdheid*

263. De eerste voorwaarde is dat er in hoofde van de schijnvertegenwoordiger sprake moet zijn van een schijnbare vertegenwoordigingsbevoegdheid, in die zin dat deze laatstgenoemde persoon in realiteit over geen enkele of een beperktere vertegenwoordigingsbevoegdheid namens de schijnvertegenwoordigde beschikte op het ogenblik dat de rechtshandeling werd aangegaan.⁷¹⁴ Het ontbreken van vertegenwoordigingsmacht kan zowel zijn oorsprong vinden in bevoegdheidsoverschrijding als in bevoegdheidsafwendings.⁷¹⁵

b. *Toerekenbare schijn van de schijnvertegenwoordigde*

264. In de tweede plaats geldt als constitutieve voorwaarde dat de gewekte schijntoestand moet kunnen worden toegerekend aan de schijnvertegenwoordigde. Hiermee wordt bedoeld dat bij de persoon die de gevolgen van de schijn dient te ondergaan, door het gedrag van de schijnvertegenwoordiger op actieve of passieve wijze een bepaalde schijn werd opgewekt,

⁷¹² A. VAN OEVELEN, "De juridische grondslag en de toepassingsvoorwaarden van de verbondenheid van de lastgever bij een schijnmandaat", *RW* 1989-1990, 1427.

⁷¹³ A. DE BOECK, "Wilsuiting, werkelijke wil – uitgedrukte wil, veinzing" in X, *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Commentaar verbintenissenrecht, Titel II, Contractenrecht, Hfdst 2.1-17*, 7.

⁷¹⁴ A. VAN OEVELEN, "De juridische grondslag en de toepassingsvoorwaarden van de verbondenheid van de lastgever bij een schijnmandaat", *RW* 1989-1990, 1429; B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRYNS, C. HEEB, P. NAEYAERT, [Lastgeving] "Vertegenwoordiging t.o.v. derden", *TPR* 2010, afl. 2, 719, nr. 137; C. CAUFFMAN, "De vertrouwensleer", in X, *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. IV. Commentaar verbintenissenrecht. Titel I, Hfdst. 1, Afd. 3*, 15; C. VANACKERE, K. SWERTS en N. PEETERS, "De vertrouwensleer", in X, *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, II.3-1 – II.3-8, 5.

⁷¹⁵ B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRYNS, C. HEEB, P. NAEYAERT, [Lastgeving] "Vertegenwoordiging t.o.v. derden", *TPR* 2010, afl. 2, 719, nr. 137.

zonder dat deze houding noodzakelijk als foutief moet worden beschouwd.⁷¹⁶ De ratio van het vereiste van de toerekenbaarheid is de billijkheid. Een rechtstreekse toerekening van de door de schijnvertegenwoordiger gestelde handeling aan de schijnvertegenwoordigde, is slechts billijk als deze laatste op één of andere manier heeft bijgedragen tot het verwekken van de schijn van vertegenwoordigingsmacht.⁷¹⁷

c. *Goede trouw van de derde die zich op de schijntoestand beroept*

265. Ten derde is vereist dat de derde, de persoon die zich op de schijnbare vertegenwoordigingsbevoegdheid beroept om hieraan in zijn voordeel rechtsgevolgen te verbinden, te goeder trouw is.⁷¹⁸ Dit betekent dat de derde niet wist of niet redelijkerwijze kon weten dat de schijnbare vertegenwoordigingsmacht niet beantwoordde aan de realiteit.⁷¹⁹ Op de derde rust derhalve een redelijke onderzoeksplicht, waarvan de omvang en de gegrondheid steeds concreet beoordeeld moet worden.⁷²⁰

⁷¹⁶ Cass. 20 januari 2000, *Arr.Cass.* 2000, afl. 2, 163; *Bull.* 2000, afl. 1, 160; <http://www.cass.be> (18 oktober 2001); *RW* 2001-02 (verkort), 501 en <http://www.rw.be> (11 december 2001), noot -; *err. RW* 2001-02, 792 en <http://www.rw.be> (2 december 2002); *TBBR* 2001, 407; *TBH* 2000, 483, noot P. FORRIERS; Cass. 25 juni 2004, *Pas.* 2004, 1162; *TBBR* 2004, 457; A. VAN OEVELEN, "De juridische grondslag en de toepassingsvoorwaarden van de verbondenheid van de lastgever bij een schijnmandaat", *RW* 1989-1990, 1427 en 1428; F. PARREIN, "Het schijnmandaat: de toerekenbaarheid van de schijn aan de schijnlastgever", *TRV* 2007, 390-403; F. PARREIN, "De vermindering van het verzekerde kapitaal, de tweehandtekeningsclausule in een NV en de schijnvertegenwoordiging", *TRV* 2008, afl. 9, 788.

⁷¹⁷ B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRYNS, C. HEEB, P. NAEYAERT, [Lastgeving] "Vertegenwoordiging t.o.v. derden", *TPR* 2010, afl. 2, 735, nr. 165; C. CAUFFMAN, "De vertrouwensleer", in X, *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. IV. Commentaar verbintenissenrecht. Titel I, Hfdst.1, Afd. 3*, 15; C. VANACKERE, K. SWERTS en N. PEETERS, "De vertrouwensleer", in X, *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, II.3-1 – II.3-8, 5.

⁷¹⁸ De bescherming van de derde is dus niet absoluut en beperkt tot de gevallen waarin deze geloofde en ook mocht geloven dat de vertegenwoordiger binnen de bevoegdheidssfeer handelde. In het Duitse recht, dat wordt gekenmerkt door een hogere mate van bescherming ten aanzien van derden, is deze bescherming absoluut. Behoudens de gevallen van *Mißbrauch der Vertretungsmacht* wordt ook aan derden te kwader trouw bescherming verleend en is de vertegenwoordigde dus verbonden. Derden hebben geen onderzoeksplicht (§89 AktG).

⁷¹⁹ B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRYNS, C. HEEB, P. NAEYAERT, [Lastgeving] "Vertegenwoordiging t.o.v. derden", *TPR* 2010, afl. 2, p. 719 en 721, nr. 137 en 139; C. CAUFFMAN, "De vertrouwensleer", in X, *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. IV. Commentaar verbintenissenrecht. Titel I, Hfdst.1, Afd. 3*, 18; C. VANACKERE, K. SWERTS en N. PEETERS, "De vertrouwensleer", in X, *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, II.3-1 – II.3-8, 7.

⁷²⁰ Antwerpen 18 februari 2008, *Limb. Rechtsl.* 2009, afl. 1, 32.

Rechtspraak en rechtsleer werkten een aantal criteria uit, die als een maatstaf kunnen dienen om uit te maken of een derde in een bepaald geval als een goede huisvader heeft gehandeld en bijgevolg rechtmatig kon vertrouwen op de schijnbare vertegenwoordiging.⁷²¹

Een eerste element aan de hand waarvan de onderzoeksplicht van de derde kan worden bepaald, is de aard van de handeling die door de schijnvertegenwoordiger werd gesteld. Van derden wordt een grotere waakzaamheid verwacht bij belangrijke transacties dan bij courante transacties, waarvan de financiële impact veel kleiner is.⁷²² Een bijzondere onderzoeksplicht kan verder ook voortvloeien uit het feit dat uit het contract voor de medecontractant zeer duidelijk nadelige verbintenissen voortvloeien en/of wanneer de handeling die werd gesteld een onwettig karakter vertoonde.⁷²³

Een tweede element is de houding en de hoedanigheid van de pseudo-lasthebber.⁷²⁴ Zo wordt bijvoorbeeld van derden een minder verregaand onderzoek verwacht, wanneer de pseudo-lasthebber een schijnbaar eerbiedwaardige functie bekleedt in naam van de vertegenwoordigde.⁷²⁵ Daarnaast wordt ook rekening gehouden met de concrete omstandigheden, waarin een handeling werd gesteld.⁷²⁶ Het Hof van Beroep van Brussel bijvoorbeeld, nam aan dat een derde-medecontractant mocht uitgaan van een schijn van vertegenwoordiging voor het sluiten van een contract met de *general manager* van de vennootschap. Hoewel de *general manager in casu* niet bevoegd was om de vennootschap te vertegenwoordigen voor financiële zaken, had de vennootschap hiertoe wel de schijn gecreëerd doordat de betrokkene over adreskaartjes beschikte met daarop de functie van *general manager*, de briefwisseling steeds naar de maatschappelijke zetel van de vennootschap werd gestuurd en er ook steeds gebruik gemaakt werd van het briefpapier van

⁷²¹ B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRY, C. HEEB, P. NAEYAERT, [Lastgeving] "Vertegenwoordiging t.o.v. derden", *TPR* 2010, afl. 2, p. 721 en verder. Men dient te kijken naar de aard van de handeling, de hoedanigheid van de schijnlasthebber, de omstandigheden waarin de handeling gesteld werd en de hoedanigheid van de derde (particulier of professioneel).

⁷²² B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRY, C. HEEB, P. NAEYAERT, [Lastgeving] "Vertegenwoordiging t.o.v. derden", *TPR* 2010, afl. 2, 722, 142.

⁷²³ B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRY, C. HEEB, P. NAEYAERT, [Lastgeving] "Vertegenwoordiging t.o.v. derden", *TPR* 2010, afl. 2, 723, nrs. 144 en 145.

⁷²⁴ C. CAUFFMAN, "De vertrouwensleer", in X, *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. IV. Commentaar verbintenissenrecht. Titel I, Hfdst. 1, Afd. 3*, 21.

⁷²⁵ B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRY, C. HEEB, P. NAEYAERT, [Lastgeving] "Vertegenwoordiging t.o.v. derden", *TPR* 2010, afl. 2, 723, nrs. 146 en 147; C. CAUFFMAN, "De vertrouwensleer", in X, *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. IV. Commentaar verbintenissenrecht. Titel I, Hfdst. 1, Afd. 3*, 22.

⁷²⁶ B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRY, C. HEEB, P. NAEYAERT, [Lastgeving] "Vertegenwoordiging t.o.v. derden", *TPR* 2010, afl. 2, 733, nr. 160.

de vennootschap.⁷²⁷ Bij de beoordeling van het schijnmandaat werd door het Hof duidelijk rekening gehouden met de hoedanigheid van de pseudo-lasthebber die hier als een *general manager* van de vennootschap fungeerde én met de bijzondere omstandigheden eigen aan het geval, i.e. het feit dat de betrokkene over naamkaartjes van de vennootschap beschikte.

Tenslotte is ook de hoedanigheid van de derde die zich op de schijntoestand beroept, een relevant criterium om de omvang van de onderzoeksplicht van de betrokken derde te bepalen.⁷²⁸ De rechtspraak stelt strengere voorwaarden bij professionelen dan bij particulieren.⁷²⁹ Van een doctor in de rechten bijvoorbeeld wordt verwacht dat hij wist, minstens hoorde te weten, dat een opdracht van de eigenaars aan de bediende van de notaris om een koper te zoeken waarbij zij zich de vrijheid behielden om zelf kopers te zoeken, geen mandaat inhield om in naam van de eigenaars te verkopen, te meer aangezien de opdracht geen enkele indicatie bevatte van de prijs waartegen het onroerend goed moest worden verkocht.⁷³⁰

d. *Belang in hoofde van de derde te goeder trouw*

266. Sommige auteurs voegen hieraan nog toe dat de te goeder trouw zijnde derde schade dient te lijden als de schijntoestand niet wordt gehonoreerd door diegene aan wie de schijn is toe te rekenen. Deze laatste voorwaarde houdt in dat de derde er belang bij moet hebben om zich op de schijntoestand te beroepen en daaruit zijn voordeel te halen.⁷³¹ Andere rechtsleer stelt evenwel dat het volstaat dat de derde een belang heeft bij het eerbiedigen van de schijntoestand, zonder dat ook enig concreet bewijs van schade vereist zou zijn.⁷³² Het is m.i. deze laatste visie die moet worden gevolgd.

⁷²⁷ Brussel 19 november 1999, *JDSC* 2003, 196, noot C. BERTSCH, *Rev.prat.soc.* 2001, afl. 4, 394, noot.

⁷²⁸ B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRYIN, C. HEEB, P. NAEYAERT, [Lastgeving] "Vertegenwoordiging t.o.v. derden", *TPR* 2010, afl. 2, 735, nrs. 64; C. CAUFFMAN, "De vertrouwensleer", in X, *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. IV. Commentaar verbintenissenrecht. Titel I, Hfdst.1, Afd. 3*, p. 22.

⁷²⁹ C. CAUFFMAN, "De vertrouwensleer", in X, *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. IV. Commentaar verbintenissenrecht. Titel I, Hfdst.1, Afd. 3*, p. 22.

⁷³⁰ Brussel 23 oktober 2003, *Rev. Not. B.* 2004, 260. "De omstandigheid dat de tussenpersoon een notaris is, stelt de kandidaat-koper, doctor in de rechten, niet vrij om niet de gebruikelijke voorzorgen te nemen om de hoedanigheid van lasthebber van de persoon waarmee hij onderhandelt, na te gaan. De kandidaat-koper kan zich dus niet beroepen op een schijnmandaat in hoofde van de notaris." "

⁷³¹ A. VAN OEVELEN, "De juridische grondslag en de toepassingsvoorwaarden van de verbondenheid van de lastgever bij een schijnmandaat", *RW* 1989-1990, 1430; B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRYIN, C. HEEB, P. NAEYAERT, [Lastgeving] "Vertegenwoordiging t.o.v. derden", *TPR* 2010, afl. 2, p. 743.

⁷³² P. WERY, *Le mandat*, Larcier, Brussel, 2000, p. 249.

B) Specifiek m.b.t. het orgaan van dagelijks bestuur

267. Op basis van de leer van de schijnvertegenwoordiging of schijnlastgeving kan een vennootschap ertoe gehouden zijn om een onbevoegd gesloten overeenkomst gesloten tussen een dagelijks bestuurder en een derde uit te voeren. Het hebben van een terecht geloof in de omvang van de machten van de lastgever ligt evenwel enigszins moeilijk voor de derde die een overeenkomst sluit met de dagelijks bestuurder van een NV. Algemeen neemt men immers aan dat het voor derden die met vennootschapsorganen handelen heel moeilijk is om zich op de schijntoestand te beroepen. De prokuraleer, op grond waarvan de vertegenwoordigingsmacht van organen wettelijk geregeld en openbaar gemaakt is, laat niet toe dat derden zich verschuilen achter een zogenaamd 'niet weten'. De vertegenwoordigingsmacht van het orgaan van dagelijks bestuur vloeit rechtstreeks voort uit de wet en is wettelijk begrensd tot handelingen van dagelijks bestuur.⁷³³ Derden worden verder geacht om de wet te kennen en worden, gelet op het wettelijk systeem van openbaarmaking ⁷³⁴, verondersteld kennis te hebben van de omvang van de vertegenwoordigingsmacht van de persoon met wie zij handelen.⁷³⁵

Anderzijds kan men zich afvragen in welke mate van derden kan worden verwacht dat zij de vertegenwoordigingsmacht van de tussenpersoon, die zich voordoet als de dagelijks bestuurder van de vennootschap, verder onderzoeken. Er zijn inderdaad uitzonderlijke gevallen waarin de rechtspraak aanvaardt dat een derde het uittreksel van de benoemingsakte, die verplicht moet worden gepubliceerd in het Staatsblad, niet opvraagt of consulteert.

268. Een concreet voorbeeld betreft een beslissing van het Brusselse Arbeidshof, waarbij dit Hof toepassing maakte van de leer van het schijnmandaat om uitwerking te verlenen aan een arbeidsovereenkomst. Het Hof besliste hier dat een werknemer, die gecontacteerd werd

⁷³³ Art. 525 W. venn. Zie ook B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRYIN, C. HEEB, P. NAEYAERT, [Lastgeving] "Vertegenwoordiging t.o.v. derden", *TPR* 2010, afl. 2, p. 726.

⁷³⁴ Cfr. artikel 74, 2° a) W. Venn.

⁷³⁵ J. RONSE, "De vertegenwoordiging van rechtspersonen naar Belgisch recht", in *De vertegenwoordiging van rechtspersonen naar Nederlands en naar Belgisch recht*, Deventer, Kluwer, 1978, 68; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 723, nr. 1138.

door een headhunterskantoor voor een positie als directeur-generaal bij een Belgische dochter van een Duitse moedervenootschap en die op de hoofdzetel in Duitsland werd ontvangen door twee belangrijke bestuurders van die Duitse vennootschap en twee bestuurders van Oostenrijkse zustervenootschappen, niet geacht werd om bijkomend onderzoek te verrichten naar de vertegenwoordigingsmacht van de directeur en de bestuurder waarmee hij zijn arbeidsovereenkomst ondertekende.

Ondanks het feit dat de aanwerving van een directeur-generaal buiten de bevoegdheid van het dagelijks bestuur viel, werd de vennootschap geacht gebonden te zijn op grond van schijnvertegenwoordiging.⁷³⁶ Het Arbeidshof dat zich over de zaak diende uit te spreken hield - naast met de hoedanigheid van de werknemer - ook rekening met de ontvangst op de zetel van de Duitse moeder om tot de schijnvertegenwoordiging te besluiten.

269. In een andere zaak, die werd behandeld door het Hof van Beroep van Gent, werd eveneens aangenomen dat de vennootschap gehouden was om de factuur van een consultancyvennootschap te betalen op basis van een schijnmandaat. De feiten die aan de basis lagen van dit arrest worden hierna kort samengevat. Tijdens een eerste vergadering, die was doorgestaan op de maatschappelijke zetel van de vennootschap, had een consultancyvennootschap fiscaal advies gegeven over een aantal privéaangelegenheden (echtscheiding, successie e.d.) van één van de bestuurders van de vennootschap. De afgevaardigd bestuurder van de vennootschap was aanwezig op deze eerste meeting. Op een tweede vergadering, die diezelfde dag nog werd gehouden, werd tevens advies gegeven over de herstructurering en investeringsplannen van de vennootschap. De vennootschap betaalde alleen de laatste factuur, maar weigerde de eerste factuur te betalen aangezien deze volgens haar alleen betrekking had op een privéproblematiek van één van haar bestuurders. Om betaling van de factuur te verkrijgen, dagvaardde de consultancyvennootschap naast de betrokken bestuurder ook de vennootschap. Het Hof besliste dat de vennootschap de prestaties van de consultancyvennootschap diende te betalen, omdat in de omstandigheden dat het advies werd gegeven, de schijn werd gewekt dat de betrokken bestuurder de toestemming van de vennootschap had verkregen om deze opdracht aan de consultancyvennootschap te geven. Deze bijzondere omstandigheden waren dat de afgevaardigd bestuurder aanwezig was bij de vergadering, dat zowel de betrokken bestuurder

⁷³⁶ Arbh. Brussel 23 augustus 1977, *JIT* 1978, 72 noot P. WILHELM.

als de afgevaardigd bestuurder op dat ogenblik in functie waren en dat de vergadering op de vennootschapszettel werd gehouden alsook dat dezelfde dag nog een tweede advies werd verstrekt door de consultancyvennootschap aan de vennootschap en met betrekking tot de activiteiten van deze laatste. Aanvullend stelde het Hof nog vast dat de vennootschap in haar conclusies erkend had dat minstens een gedeelte van het advies betrekking had op haar eigen activiteiten.⁷³⁷

270. In een noot onder dit arrest levert PARREIN kritiek op de mogelijke toepassing van de schijnleer bij miskennis van een tweehandtekeningsclausule. *In casu* kon de betrokken vennootschap immers niet vertegenwoordigd worden door één bestuurder alleen, maar was het contract met de consultancyvennootschap wel aangegaan door één enkele bestuurder. PARREIN stelt zich dan ook de vraag of een derde zich wel op de schijnvertegenwoordiging kan beroepen, wanneer een miskende tweehandtekeningsclausule gepubliceerd werd in het Belgisch Staatsblad. Hij besluit dat het Hof nu in dit concrete geval had aangenomen dat er omstandigheden waren die rechtvaardigden dat de consultant geen bijkomend onderzoek verrichte, maar dat met deze omstandigheden niet al te lichtzinnig mag worden omgegaan, omdat de theorie van het schijnmandaat een gunst is die niet mag resulteren in een vrijbrief voor derden om slordig te worden door het wettelijk systeem van openbaarmaking te miskennen.⁷³⁸

De analyse van PARREIN heeft betrekking op de mogelijke toepassing van de schijnleer bij het optreden van vennootschapsorganen en is m.i. zeer juist. Hoewel derden de omvang van de vertegenwoordigingsmacht van het orgaan waarmee zij handelen niet hoeven te onderzoeken - want deze macht vloeit voort uit de wet - kunnen zij niet van de verplichting ontslaan worden om een eenvoudige opzoeking te doen rond de effectieve vertegenwoordigingsmacht van de personen die de vennootschap vertegenwoordigen.⁷³⁹ Met afwijkingen van dit principe moet

⁷³⁷ Gent 10 maart 2008, DAOR 2008, afl. 87, 221, noot F. PARREIN, JDSC 2009, 152, noot M. ERNOTTE.

⁷³⁸ PARREIN verwijst naar een citaat van DERIJCKE: "*La faveur de la théorie de l'apparence, car c'est bien une faveur, ne doit pas dégénérer en un antidote à la crédibilité et à la nonchalance.*" F. PARREIN, "De tweehandtekeningsclausule in een nv, de stilzwijgende aanvaarding van een factuur en de schijnvertegenwoordiging" (noot onder Gent 10 maart 2008), DAOR 2008, afl. 87, 228.

⁷³⁹ Derden kunnen hiertoe het register van de vennootschap consulteren bij de griffie van de rechtbank. Nog eenvoudiger is het evenwel om gebruik te maken van de website van het Belgisch Staatsblad (www.staatsblad.be) en dan door te klikken naar de bijlage van de rechtspersonen. Van een derde die het Staatsblad raadpleegt, kan worden aangenomen dat hij aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan. Er is nochtans een problematiek rond het bewijs, nl. hoe kan een derde aantonen dat hij de betreffende informatie werkelijk heeft geverifieerd. Om vergissingen uit te sluiten kan worden aangeraden om naast de site van het Staatsblad eveneens gebruik te maken van de KBO Public Search, waarvoor ondernemingen verplicht een inschrijving dienen te nemen (<http://kbopub.economie.fgov.be/kbopub/zoeknummerform.html;jsessionid=E73E8F40B1339BE9CE5CE103DD067C67.worker4b>).

men erg voorzichtig zijn in die zin dat men ze op een terughoudende wijze dient toe te passen. Men moet steeds de concrete omstandigheden van het geval in rekening brengen. De graad van voorzichtigheid varieert wel naargelang de hoedanigheid van het optredende orgaan. Nagaan of de vennootschap in een bepaald geval verbonden kan worden door een tweehandtekeningsclausule, ligt meer voor de hand dan concreet beoordelen voor welke handelingen de afgevaardigd bestuurder nu precies bevoegd zal worden geacht. Rechtbanken dienen hiermee rekening te houden bij de beoordeling en aan derden een ruimere appreciatiemarge toegekennen in het geval dat zij handelen met een dagelijks of een afgevaardigd bestuurder van de vennootschap.

DEEL III: RECHTSPOSITIE VAN DE DAGELIJKS BESTUURDER TEGENOVER DE VENNOOTSCHAP

271. In dit deel III wordt de rechtspositie van de dagelijks bestuurder tegenover de vennootschap geanalyseerd. Het onderzoek naar het antwoord op deze vraag kan benaderd worden vanuit twee verschillende invalshoeken, namelijk aan de ene kant vanuit een sociaalrechtelijk perspectief (is de dagelijks bestuurder een werknemer of een zelfstandige?) en aan de andere kant vanuit een verbintenisrechtelijk perspectief (is de dagelijks bestuurder wel of niet met een overeenkomst verbonden met de vennootschap en wat zijn juridische de gevolgen?).

272. Vanuit een sociaalrechtelijk perspectief rijst de vraag naar de concrete arbeidsrelatie⁷⁴⁰ tussen dagelijks/afgevaardigd bestuurder en de vennootschap.

Voor een bestuurder geldt dat hij zijn mandaat niet anders dan als een zelfstandige kan opnemen. Gelet op het belang van zijn taak en de autonomie die met besturen gepaard gaat, wordt hij verondersteld om deze taak onafhankelijk en dus niet in een ondergeschikt verband uit te voeren. Men kan zich afvragen of het mandaat van bestuurder in dat opzicht te vergelijken is met het mandaat dat een persoon als dagelijks bestuurder opneemt. Moet de dagelijks bestuurder m.a.w. noodzakelijk opgevat worden als een zelfstandige of bestaat daarnaast ook de mogelijkheid voor de dagelijks bestuurder om zijn prestaties uit te voeren in een ondergeschikt verband ten aanzien van de vennootschap? Is het verder *überhaupt* wel mogelijk om een lid van het dagelijks bestuur als een werknemer te beschouwen? De dagelijks bestuurder dient immers in elk geval opgevat te worden als een vennootschapsmandataris, van wie in een klassieke opvatting wordt aangenomen dat deze niet aan de sociale zekerheid voor werknemers onderworpen kan worden.

273. Na een voorafgaande opfrissing van de juridische betekenis van de begrippen werknemer en zelfstandige, volgt de weergave van het sociaalzekerheidsrechtelijk en het arbeidsrechtelijk standpunt met betrekking tot de aard van de relatie. Vervolgens wordt de

⁷⁴⁰ Art. 328, 5° van de programmawet van 27 december 2006, BS 28 december 2006 (de "arbeidsrelatiewet") defineert de arbeidsrelatie als 'de professionele samenwerking betreffende het presteren van arbeid door een partij in de hoedanigheid van hetzij werknemer hetzij zelfstandige'.

evolutie van de rechtspraak van het Hof van Cassatie weergegeven gaande van de principiële onmogelijkheid tot de mogelijkheid voor de dagelijks bestuurder om zijn opdracht uit te voeren als een werknemer, voor zover de voor de arbeidsovereenkomst zo kenmerkende gezagsverhouding aanwezig is. Daarbij kan de vraag worden gesteld of dit gezag al dan niet noodzakelijk door een orgaan van de vennootschap moet worden waargenomen en, als dit het geval is, door welk orgaan dit gezag het best kan worden uitgeoefend. Terloops wordt er gewezen op het principe van de vrije keuze van de arbeidsrelatie, maar ook op het bijhorende risico tot herkwalificatie van de samenwerking door de feitenrechter nadien.

Daaropvolgend wordt nagegaan of er een methode bestaat om de aard van de arbeidsrelatie vooraf te bepalen en of daartoe bepaalde determinerende criteria uit de rechtspraak en rechtsleer kunnen weerhouden worden aan de hand waarvan dit risico op herkwalificatie zoveel mogelijk kan worden uitgesloten. Bij wijze van besluit bij dit eerste hoofdstuk wordt een kritiek geformuleerd met betrekking tot de sociaalrechtelijke positie van de dagelijks bestuurder in de NV in het licht van de thans geldende restrictieve rechtspraak van het Hof van Cassatie met betrekking tot de bevoegdheid van dit orgaan.

274. Zodra de aard van de arbeidsrelatie duidelijk is, kan worden uitgemaakt hoe en in welke mate deze gecontractualiseerd kan/moet worden. Dit aspect wordt behandeld in het tweede hoofdstuk van dit deel III.⁷⁴¹ Als de dagelijks bestuurder fungeert als een werknemer, zijn de partijen inderdaad wettelijk verplicht om een geschreven overeenkomst – een arbeidsovereenkomst – te sluiten. Als de dagelijks bestuurder daarentegen zal fungeren als een zelfstandige, is men daarentegen niet wettelijk verplicht om een geschreven overeenkomst – veelal een managementovereenkomst – aan te gaan, maar dient dit vanuit een praktisch oogpunt toch te worden aangeraden.

Specifiek wat de contractualisering van de overeenkomst met de dagelijks bestuurder als een manager betreft, zal hierna vooreerst onderzocht worden hoe de notie managementovereenkomst naar huidig recht moet worden opgevat. Daarna wordt de principiële mogelijkheid tot contractualisering van de verhouding belicht en wordt verder ingegaan op de problematiek omtrent de contractualisering van de verhouding tussen de vennootschap en haar dagelijks bestuurder-manager, die tegelijk bestuurder is. Voor het

⁷⁴¹ Zie *infra* randnummers 310 en verder.

overige komt het pertinent voor om te focussen op de praktische aspecten van de managementovereenkomst. Hierbij wordt onderzocht welke clausules gebruikelijk en noodzakelijk zijn voor een goed functioneren van de samenwerking tussen de dagelijks bestuurder-manager en de vennootschap en dit zowel tijdens de duurtijd van de managementovereenkomst als na de beëindiging ervan. Meer concreet zullen de contractuele bepalingen en de juridische gevolgen worden belicht met betrekking tot o.a. het voorwerp van de overeenkomst, de managementvergoeding (zowel voor genoteerde als voor niet-genoteerde vennootschappen), de duur van de overeenkomst, de verdere delegatiebevoegdheid van de betrokken manager, de beëindiging en de ontbinding ervan, de geheimhoudings- en discretieplicht van de manager alsook de problematiek inzake intellectuele rechten en de exoneratie en vrijwaring van de manager. Aansluitend volgt een korte weergave van de karakteristieken van de arbeidsovereenkomst en de principiële mogelijkheid (zelfs de plicht) tot contractsluiting.

275. Bij wijze van besluit bij dit deel wordt er in het derde hoofdstuk gereflecteerd over de voor- en nadelen die verbonden zijn aan de keuze voor de ene of de andere samenwerkingsvorm. Die gevolgen zijn uiteenlopend en kunnen enerzijds betrekking hebben op het financiële vlak en op de gradatie van sociale bescherming van de betrokken dagelijks bestuurder. Anderzijds kunnen er verschillende gevolgen zijn voor de vrijheid van de dagelijks bestuurder met betrekking tot het voeren van concurrentie en het vrijwaren van de bedrijfsgeheimen van de vennootschap, zowel tijdens als na het einde van de overeenkomst. Tenslotte wordt reeds kort ingegaan op het belangrijke onderscheid tussen het aansprakelijkheidsregime van de dagelijks bestuurder-werknemer versus de dagelijks bestuurder-zelfstandige, dat in deel V meer uitgebreid aan bod komt.

Hoofdstuk I: ARBEIDSRELATIE TUSSEN VENNOOTSCHAP EN DAGELIJKS BESTUURDER

Afdeling I Begrippenkader: werknemer vs. zelfstandige

276. De wet omschrijft een werknemer consequent als een opdrachthouder van wie de opdracht de vorm aanneemt van een arbeidsovereenkomst, dit is de overeenkomst waarbij een werknemer zich verbindt om, tegen de betaling van een loon en onder het gezag van een werkgever, arbeid te verrichten.⁷⁴² De vier constitutieve bestanddelen van een arbeidsovereenkomst blijken reeds uit de omschrijving van het begrip zelf. Er is een arbeidsovereenkomst telkens wanneer deze vier elementen zich verenigen: een overeenkomst, arbeid, loon en een gezagsverhouding tussen personen.

Zelfstandig is iedere natuurlijke persoon die een beroepsbezigheid uitoefent uit hoofde waarvan hij niet door een arbeidsovereenkomst of door een statuut verbonden is.⁷⁴³ Dit is de wettelijke definitie. Beide actoren, zowel een werknemer als een zelfstandige, leveren dus prestaties tegen de betaling van een 'vergoeding', die al dan niet omschreven wordt als een 'loon'. Het belangrijkste verschil tussen beide types arbeidsrelaties is dan ook in essentie terug te brengen tot het wel of niet aanwezig zijn van enige gezagsverhouding.⁷⁴⁴

⁷⁴² Deze omschrijving is terug te vinden in de Arbeidsovereenkomsten wet van 3 juli 1978. Een onderscheid wordt gemaakt naargelang het gaat over werklieden (art. 2), bedienden (art. 3), handelsvertegenwoordigers (art. 4) of dienstboden (art. 5).

⁷⁴³ Art. 3 §1, lid 1 KB nr. 38 van 27 juli 1967 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen, BS 29 juli 1967, *err. BS*, 2 december 1967.

⁷⁴⁴ De gezagsverhouding is het ondergeschikte verband waaronder de werknemer zijn prestaties levert ten opzichte van de werkgever en die gekenmerkt wordt door het geven van leiding en het bestaan van (ten minste) de juridische mogelijkheid om controle uit te oefenen. Er moet m.a.w. dus niet effectief gezag worden uitgeoefend, de mogelijkheid daartoe volstaat. C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1989, 25 en verder; Zie hierover ook de memorie van toelichting bij de arbeidsrelatiewet: 'Het vloeit immers voort uit de wettelijke definities van de loontrekkende en van de zelfstandige dat hetgeen hen fundamenteel van elkaar onderscheidt het al dan niet bestaan van een band van ondergeschiktheid binnen de uitoefening van hun beroep is. Indien arbeid wordt verricht onder het gezag van een persoon, is er sprake van een arbeidsovereenkomst en zeker niet van een aannemingsovereenkomst.' Mvt Parl. St. Kamer 2006-2007, 51-2773/01, 201.

Afdeling II Socialezekerheidsrechtelijk standpunt

277. Voor de toepassing van de socialezekerheidswetgeving wordt de actieve bevolking onderverdeeld in drie categorieën: werknemers, zelfstandigen en overheidspersoneel. De beroepswerkzaamheid in een welbepaalde hoedanigheid opent de toegang tot de sociale zekerheid voor een betrokken beroepscategorie en geeft recht op socialezekerheidsvoordelen in wettelijke periodes van inactiviteit die met de uitoefening van een beroepsactiviteit worden gelijkgesteld alsook op sociale zekerheid na de uitoefening van een beroepsactiviteit (overlevings- en/of rustpensioen).⁷⁴⁵

278. Traditioneel worden personen die een mandaat opnemen in een vennootschap beschouwd als zelfstandigen.⁷⁴⁶ Op basis van een regel uit het socialezekerheidsrecht wordt een persoon inderdaad vermoed een zelfstandig beroep uit te oefenen, wanneer hij in België benoemd wordt tot mandataris in een vennootschap of er een mandaat in opneemt (artikel 2 KB 38 19 december 1967).⁷⁴⁷

Als zelfstandige is hij dan verplicht om zich aan te sluiten bij een sociaal verzekerings- en ziekenfonds alsook om sociale bijdragen te betalen.⁷⁴⁸ Dit vermoeden is weerlegbaar en de wijze waarop dit vermoeden moet weerlegd worden, is wettelijk geregeld.⁷⁴⁹ De mandataris die aan de verzekeringsplicht in het sociaal statuut wenst te ontsnappen moet zowel de feitelijke als de juridische kosteloosheid van zijn mandaat bewijzen. Dit bewijs kan uitsluitend geleverd worden door ofwel de publicatie in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad voor te leggen, ofwel de statutaire bepaling of de beslissing van het orgaan dat bevoegd is om de

⁷⁴⁵ V. DOOMS en T. MESSIAEN, *Schijnzelfstandigheid*, Brussel, Larcier, 2008, p. 75, nr. 258.

⁷⁴⁶ J.F. FUNCK, *Droit de la sécurité sociale*, Larcier, 2006, 431; L. DEAR, "Le statut social du dirigeant d'entreprise", *JTT* 2013, afl. 1167, 373.

⁷⁴⁷ Art 2 KB 38 van 19 december 1967 houdende algemeen reglement in uitvoering van het KB nr. 38, houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen, *BS* 28 december 1967: 'Personen die aangesteld zijn tot mandataris in een vereniging of vennootschap naar rechte of in feite die zich met een exploitatie of met verrichtingen van winstgevend aard bezighoudt, of die, zonder aangesteld te zijn, een mandaat uitoefenen in een dergelijke vereniging of vennootschap, worden op weerlegbare wijze geacht om een zelfstandige beroepsbezigheid uit te oefenen'.

⁷⁴⁸ http://www.rsvz-inasti.fgov.be/nl/tools/publications/rights_obligations_nl.pdf .

⁷⁴⁹ Het vermoeden was een tijd lang onweerlegbaar, wat door de rechtspraak om technisch-juridische redenen fel bekritiseerd werd. P. BRICOUT, "Het weerlegbaar onweerlegbaar vermoeden van onderwerping aan het sociaal statuut der zelfstandigen. Uitoefening van mandaten in vennootschappen en verenigingen", *RW* 2010-11, afl. 27, 1114.

vergoedingen van mandatarissen vast te stellen, mee te delen aan het socialeverzekeringsfonds of het RSVZ.⁷⁵⁰

Het toepassingsgebied van artikel 2 van het KB van 19 december 1967 is zeer ruim: het geldt zowel voor alle vennootschapsmandatarissen (zaakvoerders, bestuurders, werkende vennoten, etc.) als voor bestuurders van burgerlijke vennootschappen.⁷⁵¹ Er bestaat dan ook geen twijfel over de toepasselijkheid van deze regel voor de dagelijks van de vennootschap.⁷⁵² Minder duidelijkheid bestaat er evenwel m.b.t. de toepasselijkheid van artikel 2 van het KB voor leden van het directiecomité die niet eveneens bestuurder van de vennootschap zijn. Hierover wordt in de rechtsleer een parallelle discussie gevoerd tussen auteurs die schrijven vanuit een sociaalrechtelijke dan wel een vennootschapsrechtelijke invalshoek.⁷⁵³ Het RSVZ⁷⁵⁴ beslechtte deze discussie door het standpunt in te nemen dat de leden van het directiecomité, zelfs als zij niet tevens bestuurder zijn, moeten beschouwd worden als zelfstandigen. Het RSVZ neemt bij deze beslissing in aanmerking dat aan het directiecomité belangrijke operationele bevoegdheden kunnen gedelegeerd worden, die bovendien gelijkaardig zijn aan die van de raad van bestuur.⁷⁵⁵

279. Vanuit een sociaalzekerheidsrechtelijk oogpunt wordt de dagelijks bestuurder als een vennootschapsmandataris dus onderworpen aan het sociaal statuut van zelfstandigen. De reden hiervoor is gelegen in de klassieke regel op grond waarvan

⁷⁵⁰ Art. 2 KB tot wijziging van het koninklijk besluit van 19 december 1967 houdende algemeen reglement in uitvoering van het koninklijk besluit nr. 38 van 27 juli 1967 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen, BS 16 juni 2014 (in werking sinds 1 juli 2014).

⁷⁵¹ P. BRICOUT, "Het weerlegbaar onweerlegbaar vermoeden van onderwerping aan het sociaal statuut der zelfstandigen. Uitoefening van mandaten in vennootschappen en verenigingen.", RW 2010-11, afl. 27, 1116. Zelfs een werknemer die geen mandataris is in een vennootschap, maar wel met een lastgevingsovereenkomst belast wordt kan als een mandataris in de zin van artikel 2 van het KB van 19 december 1967 worden beschouwd.

⁷⁵² V. FRANQUET, "Mandats de la gestion journalière, de la représentation permanente et de la représentation légale: quelle conséquence pour l'assujettissement au statut social des travailleurs indépendants?", Or. 2013, afl. 8, p. 5.

⁷⁵³ L. ELIAERTS, "De arbeidsrelatiewet, vennootschapsmandatarissen en vennoten", TRV 2008, afl. 2, 108, nr. 58; W. VAN EECKHOUTTE, "Corporate governance en arbeidsovereenkomstenrecht", TPR 2004, 864, nr. 11; C. GOEMAN en T. BAART, "Sociaalrechtelijke aspecten van de corporate-governancewetgeving", Or. 2003, afl. 5, 126; JM. NELISSEN GRADE, "Het nieuwe directiecomité, in X., *Nieuw Vennootschapsrecht 2002: Wet Corporate Governance*, Biblo, Kalmthout, 2003, 129, nr. 38. Uit deze teksten blijkt een polarisatie van standpunten tussen de specialisten vennootschapsrecht en sociaal recht. Waar de sociaalrechtelijke auteurs overwegend van mening zijn dat de leden van het directiecomité niet aan het vermoeden van artikel 2 van het KB onderhevig zijn, menen de vennootschapsrechtelijke auteurs dat dit wel het geval is. Zie ook S. DE DIER en A. VAN BEVER, "Standpunt: het arbeidsrechtelijke statuut van een lid van het directiecomité van een NV (art. 524bis W. Venn.)", TRV 2011, afl. 4, 218.

⁷⁵⁴ 'Rijksinstituut voor Sociale Verzekeringen der Zelfstandigen'

⁷⁵⁵ http://www.rsvz-inasti.fgov.be/nl/companies/member_board_directors.htm

vennootschapsmandatarissen als zelfstandigen beschouwd moeten worden. Het RSVZ neemt evenwel geen specifiek standpunt in over de arbeidsrelatie van de dagelijks bestuurder zoals men dat voor de leden van de raad en het directiecomité wel doet. Impliciet wordt van hem aangenomen dat zijn takenpakket heel anders - want veel kleiner - is dan dat van de raad en de leden van het directiecomité. Een eventuele beslissing tot onderwerping aan de regels van het RSVZ, gevolgd door een verplichte aansluiting bij een sociale verzekeringsfonds naar keuze, kan dan ook met kans van slagen aangevochten worden bij de arbeidsrechtbanken op voorwaarde dat de dagelijks bestuurder kan bewijzen dat hij zijn opdracht in werkelijkheid uitoefent als een werknemer van de vennootschap of wanneer hij kan aantonen dat hij geen enkele beroepsactiviteit uitoefent noch een vergoeding ontvangt.

Afdeling III Arbeidsrechtelijk standpunt: de dagelijks bestuurder als werknemer van de vennootschap

§ 1. Klassieke opvatting

280. Lange tijd namen rechtspraak en rechtsleer unaniem aan dat de functie van dagelijks bestuurder op zichzelf niet kon worden waargenomen in het kader van een arbeidsovereenkomst.⁷⁵⁶ De algemene opvatting was dat personen belast met het dagelijks bestuur van de vennootschap dat bestuur waarnamen in het kader van een mandaat (lastgeving) en niet in het kader van een arbeidsovereenkomst.⁷⁵⁷ De oude cassatierechtspraak bevestigde inderdaad dat de dagelijks bestuurder moet worden beschouwd als een lasthebber en niet als een ondergeschikte, zelfs niet als hij van de

⁷⁵⁶ J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T.I, Brussel, Bruylant, 1954, p. 408, nr. nr. 652; J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973. Commentaar van de wet van 6 maart 1973*, Gent-Leuven, Story's rechtskundige uitgaven, 1973, nr. 371; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, p. 391; S. DAVID, "De la responsabilité de l'administrateur délégué d'une société anonyme en matière d'accident de travail", *RCJB* 1955, 299; A. LAGASSE, "Observations sur Cass. 4 juin 1957", *RPS* 1958, 9 e.v.; S.J. NUDELHOLE, "Délégation à la gestion journalière de la société anonyme et contrat d'emploi", noot onder Cass. 22 januari 1981, *RCJB* 1981, 510, nr. 11; C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1989, 395; Brussel 28 maart 1962, *Pas.* 1964 II, 1; Luik 11 juni 1968, *RPS* 1969, nr. 5483, 115; *JT* 1960, 595; *Pas.* 1968, II, 258; *JL* 1968-69, 185; *Arbh.* Antwerpen 21 februari 1977, *RW* 1976-77, 2415.

⁷⁵⁷ Kh. Luik 6 februari 1979, *RPS* 1980, 136.

vennootschap een vaste, maandelijkse vergoeding ontvangt.⁷⁵⁸ Voor de motivering van dit verbod werd aansluiting gezocht bij de wettelijke bepaling van artikel 63 Venn. W. (oud), dat destijds voorschreef dat de aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder bepaald werd conform de regels van lastgeving.⁷⁵⁹ Uit deze zinsnede leidde de rechtsleer af dat de opdracht van het dagelijks bestuur noodzakelijk in het kader van een zelfstandig mandaat moest worden uitgeoefend.⁷⁶⁰

De rechtspraak van het Hof maakte daarbij geen onderscheid tussen een 'gewone' dagelijks bestuurder en een dagelijks bestuurders die tevens lid was van de raad van bestuur, waardoor het ook ten aanzien van deze laatste principieel onmogelijk werd geacht om de functie van dagelijks bestuurder waar te nemen in een ondergeschikt verband. De afgevaardigd bestuurder werd aanzien als een vennootschapsorgaan met de bevoegdheid om de leiding en het beheer van de lopende zaken uit te oefenen, die in dat opzicht niet ondergeschikt kon zijn aan zichzelf.⁷⁶¹ Wel accepteerde men dat de dagelijks bestuurder daarnaast nog door een arbeidsovereenkomst met de vennootschap verbonden kon zijn. Een dergelijke cumul werd echter alleen maar mogelijk geacht onder de strikte voorwaarde van onderscheiden functies en de aanwezigheid van een band van ondergeschiktheid.⁷⁶²

281. In feite paste men de principes, die vandaag overigens nog altijd gelden ten aanzien van de bestuurder, op een analogische wijze toe op de dagelijks bestuurder. Naar Belgisch recht geldt immers dat een bestuurder in zijn hoedanigheid van bestuurder alleen nooit door een arbeidsovereenkomst met de vennootschap verbonden kan zijn.⁷⁶³ De bestaande

⁷⁵⁸ Cass. 7 september 1950, *Pas.* 1950, I, 846; *RPS* 1951, nr. 4207, p. 114.

⁷⁵⁹ "De aansprakelijkheid uit hoofde van het dagelijks bestuur, ten aanzien van hen aan wie het is opgedragen, wordt bepaald overeenkomstig de algemene regels van de lastgeving." Deze bepaling werd niet meer overgenomen bij de wetwijziging in van 6 maart 1973, *BS* 23 juni 1973.

⁷⁶⁰ S.J. NUDELHOLE, "Délégation à la gestion journalière de la société anonyme et contrat d'emploi", noot onder Cass. 22 januari 1981, *RCJB* 1981, 509, nr. 10.

⁷⁶¹ Rb. Brussel 23 juni 1960, *TSR* 1961, 103.

⁷⁶² J. RONSE, K. VAN HULLE, J.M. NELISSEN-GRADE en B. VAN BRUYSTEGEM, "Overzicht van rechtspraak (1968-1977) - Vennootschappen", *TPR* 1978, nr. 213; C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1989, 398; Arbh. Bergen 27 februari 1984, *JTT* 1983, 389, noot, waar het Hof van oordeel was dat het feit dat de betrokkene tevens afgevaardigd-beheerder van een NV was, niet wegnam dat deze in zijn functie van commercieel directeur van dezelfde vennootschap in ondergeschikt verband arbeid zou kunnen verrichten in het kader van een arbeidsovereenkomst. Het Hof nam daarbij in aanmerking dat hij in de onderneming geen overheersende positie bekleedde, gelet op het feit dat hij slechts 10% van het kapitaal bezat.

⁷⁶³ S.J. NUDELHOLE, "Délégation à la gestion journalière de la société anonyme et contrat d'emploi", noot onder Cass. 22 januari 1981, *RCJB* 1981, 521, nr. 21; C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1989, 336; B. ADRIAENS en D. DEJONGHE, "De vennootschapsmandataris en het sociaal recht", *Or.* 2002, p. 26; W. VAN EECKHOUTE, "Bestuurders van vennootschappen: sociaalrechtelijke aspecten" in M. GOIRIS (ed.), *Bestuurder en besturen is twee. De uitdaging en invulling*

onmogelijkheid wordt gemotiveerd door het feit dat een bestuurder zijn functie autonoom moet kunnen uitoefenen ter vrijwaring van het vennootschapsbelang.⁷⁶⁴ Deze regel vloeit voort uit de cassatiearresten over de cumulatie van het bestuurdersmandaat met een arbeidsovereenkomst, waarin het Hof bij herhaling gesteld heeft dat het bekleden van een mandaat als bestuurder van een naamloze vennootschap de uitoefening van een andere functie onder het gezag van een orgaan of een aangestelde van de vennootschap niet uitsluit.⁷⁶⁵

Cumulatie van beiden is slechts dan mogelijk wanneer er een onderscheid bestaat tussen de functie die wordt uitgeoefend als bestuurder en de functie die als werknemer wordt uitgeoefend én wanneer er een band van ondergeschiktheid bestaat tussen de werknemer en de vennootschap. Wat de dualiteit van functies betreft, is bovendien vereist dat de activiteit die het voorwerp van de arbeidsovereenkomst uitmaakt voldoende onderscheiden is van de bestuurstaak, in die zin dat het moet gaan om functies die geen rechtstreeks verband houden met de uitoefening van het bestuurdersmandaat en daarvan duidelijk onderscheiden kunnen worden.⁷⁶⁶ Dit kunnen uitvoeringstaken zijn van commerciële, administratieve, technische en/of van boekhoudkundige aard.⁷⁶⁷

Bovendien moet de tweede functie alleszins in een ondergeschikt verband uitgeoefend worden. Immers, de aanwezigheid van een band van ondergeschiktheid is een constitutieve voorwaarde voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Of een dergelijke gezagsverhouding wel degelijk voorhanden is, wordt door de feitenrechter op een

van het bestuurdersmandaat, Brussel, De Boeck & Larcier, 2003, 98; W. VAN EECKHOUTTE, Corporate governance en arbeidsovereenkomstenrecht, *TPR* 2004, 860; L. ELIAERTS, "De arbeidsrelatiewet, vennootschapsmandatarissen en vennoten", *TRV* 2008, afl. 2, 88, nr. 17; S. DE DIER en A. VAN BEVER, "Standpunt: het arbeidsrechtelijke statuut van een lid van het directiecomité van een NV (art. 524bis W. Venn.)", *TRV* 2011, afl. 4, 218.

⁷⁶⁴ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, 362; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 533; W. VAN EECKHOUTTE, Corporate governance en arbeidsovereenkomstenrecht, *TPR* 2004, 860.

⁷⁶⁵ Cass. 11 september 1959, *Pas.* 1960, I, 36; Cass. 24 december 1964, *Pas.* 1965, I, 418; Cass. 28 mei 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 1252, concl. H. LENAERTS; *Bull.* 1984, 1172; *JDSC* 1999 (verkort) 90, noot P. KILESTE, C. BERTSCH; *Pas.* 1984, I, 1172; *RW* 1984-85, 333, concl. H. LENAERTS; *Arbh.* Antwerpen 25 september 2000, *JDSC* 2002 (samenvatting), 118, noot P. KILESTE en C. BERTSCH; *Or.* 2001, afl. 4, 2; *Arbrb.* Gent 24 oktober 2005, *TGR-TWVR* 2005, 383.

⁷⁶⁶ C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1989, 347; G. POPPE en W. VAN ROEYEN, "Kunnen vennootschapsmandatarissen ook werknemer zijn in dezelfde vennootschap?", *Or.* 1992, 184. B. ADRIAENS en D. DEJONGHE, "De vennootschapsmandataris en het sociaal recht", *Or.* 2002, 27.

⁷⁶⁷ In de rechtspraak werden o.a. de volgende functies als voldoende onderscheiden beschouwd: commercieel directeur, magazijnier, vertaler-tolk, werfleider, veearts, publiciteitsagent, adviserend bediende, verantwoordelijke voor de veiligheid etc.

onaantastbare wijze beoordeeld, daarbij rekening houdend met alle feitelijke omstandigheden van het concrete dossier dat aan hem wordt voorgelegd.⁷⁶⁸

§ 2. De mijlpalarresten van het Hof van Cassatie

A) Met betrekking tot de dagelijks bestuurder

282. In zijn arrest van 22 januari 1981 nam het Hof van Cassatie afstand van zijn opvatting dat een dagelijks bestuurder nooit door een arbeidsovereenkomst verbonden kon zijn met de vennootschap. In eerdere arresten had het Hof zich hierover al op een impliciete wijze uitgelaten, maar het Hof deed dit nu voor het eerst op een expliciete wijze.⁷⁶⁹

Het Hof overwoog:

“dat het arrest, na erop gewezen te hebben dat eiser geen andere functies uitoefende dan het dagelijks bestuur, beslist dat het tussen partijen gesloten contract ‘moet worden beschouwd als een lastgevingsovereenkomst met als voorwerp het dagelijks bestuur van de vennootschap en niet als een arbeidsovereenkomst, in tegenstelling met hetgeen partijen dachten voor de verbreking ervan, en dat de wetten betreffende het eerste contract en niet het tweede moeten worden toegepast’.

⁷⁶⁸ Cass. 11 januari 1978, Arr. Cass. 1978, 558; Cass. 14 maart 1978, Arr. Cass. 1978, 825; Cass. 7 september 1992, Soc. Kron. 1993, 13.

⁷⁶⁹ Cass. 31 oktober 1946, Pas. 1946, I, 359, waar het Hof impliciet de noodzaak van onderscheiden functies verwierp; Cass. 24 december 1964, Pas. 1965, I, 418; T.S.R. 1965, 329 (Een directeur-generaal van een vennootschap, die zijn functie uitoefent onder het toezicht en de controle van de organen van de vennootschap, is verbonden door een arbeidsovereenkomst.); Cass. 18 april 1967, Arr. Cass. 1967, 1009; Pas. 1967, I, 981. (Door het cumuleren van de functies van administrateur en directeur, is de persoon die deze dubbele hoedanigheid bekleedt niet onttrokken aan het gezag dat de Raad van Bestuur, orgaan van de vennootschap, collegiaal op die persoon uitoefent met betrekking tot zijn bedrijvigheid van directeur.); Cass. 20 oktober 1976, Arr. Cass. 1977, 222; Pas. 1977, I, 223; R.W. 1976-77, 2483; T.S.R. 1977, 18 en 76 (Noch het feit dat hij bij de R.S.Z. aangesloten bleef nocht de mogelijkheid van een niet nader genoemde controle door de andere leden van de raad van bestuur en door de algemene vergadering volstaat wettelijk om af te leiden dat een afgevaardigde-bestuurder voor bepaalde taken ten opzichte van de vennootschap in een band van ondergeschiktheid stond.)

Overwegende dat het arrest, om te beslissen dat tussen partijen geen arbeidsovereenkomst bestond, aldus uitsluitend steunt op de aard van de werkzaamheden als gemachtigde voor het dagelijks bestuur die het voorwerp uitmaakten van het contract; dat, hoewel het arrest zegt dat de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen moet prevaleren boven de door hen aan de overeenkomst gegeven benaming, het, om te verklaren dat die benaming verkeerd is, alleen maar spreekt van de werkzaamheden van de eiser, zonder aan de hand van de specifieke elementen van de zaak te onderzoeken wat de bedoeling is van de partijen.

Overwegende dat uit de enkele omstandigheid dat de directeur van een vennootschap, die daarvan geen beheerder is, geen andere werkzaamheid uitoefent dan die van gemachtigde voor het dagelijks bestuur, niet kan worden afgeleid dat het contract tussen hem en de vennootschap geen arbeidsovereenkomst voor bedienden is. Dat hoewel, wat de beheerders van vennootschappen betreft, de regel van openbare orde in de artikelen 53 en 55 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen, volgens welke de beheerders te allen tijde kunnen worden afgezet, zich ertegen kan verzetten dat zij, in functie van beheerder of afgevaardigd beheerder, onderworpen zijn aan een arbeidsovereenkomst voor bedienden, zulks niet het geval is voor personen die geen beheerder zijn en aan wie het dagelijks bestuur van de zaken van de vennootschap is opgedragen overeenkomstig artikel 63 van die wetten.

Dat het eventuele bestaan van een arbeidsovereenkomst de vennootschap niet verhindert om een einde te maken aan de functies als dagelijks bestuurder en vooral niet als lasthebber van de vennootschap, maar deze enkel verplicht om ingeval van beëindiging een opzeggingstermijn of een opzeggingsvergoeding in acht te nemen.”⁷⁷⁰

283. Het Hof stelde dus uitdrukkelijk dat het uitoefenen van een andere functie binnen de vennootschap niet langer een vereiste was om als dagelijks bestuurder krachtens een arbeidsovereenkomst met die vennootschap verbonden te kunnen zijn en ging daarmee diametraal in tegen de in de rechtsleer en de tot dan toe in de lagere rechtspraak heersende

⁷⁷⁰ Cass. 22 januari 1981, Arr. Cass. 1980-81, 559; Bull. 1981, 543; BRH 1981, 338, noot -; JT 1981, 342; Pas. 1981; I, 543; JDSC 1999 (verkort), 88, RCJB 1881, 495, noot S. NUDELHOLE, RPS 1981, 285, noot PC.

opvatting die een dergelijke cumul wel nog vereiste om te kunnen spreken over een arbeidsovereenkomst.

Bovendien voegde het Hof aan deze beslissing nog de overweging toe dat de regel van de *ad nutum*-herroepbaarheid, op grond waarvan een bestuurder op elk moment ontslagen moet kunnen worden, een arbeidsovereenkomst slechts in de weg staat ten aanzien van de bestuurder (en ten aanzien van de afgevaardigd bestuurder, maar dan eveneens in diens hoedanigheid van bestuurder), maar dus niet ten aanzien van de dagelijks bestuurder. Ook hiermee zette het Hof zich af tegen een toen geldende meerderheidsopvatting uit de rechtsleer op basis waarvan werd aangenomen dat de essentiële herroepbaarheid op elk ogenblik van het ambt van de dagelijks bestuurder eraan in de weg zou staan dat deze functies in het kader van een arbeidsovereenkomst werden waargenomen.⁷⁷¹

Slechts een aantal auteurs, waaronder RESTEAU en NUDELHOLE, spraken deze stelling tegen vanuit de redenering dat de opdracht van de dagelijks bestuurder niet uitsluitend bestond uit het stellen van rechtshandelingen maar evenzeer materiële handelingen omvatte.⁷⁷² Volgens hen kon uit de wettelijke bepaling zelf worden afgeleid dat de bevoegdheid van de dagelijks bestuurder zich niet beperkte tot het stellen van rechtshandelingen in naam en voor rekening van de vennootschap alleen, maar evenzeer een interne bestuursbevoegdheid toekende, zodat de dagelijks bestuurder in dat opzicht tegelijkertijd als een lasthebber én als een beheerder beschouwd moest worden. Het stellen van rechtshandelingen is inderdaad niet enkel kenmerkend voor de lastgevingsovereenkomst, maar kan evenzeer tot het voorwerp van een arbeidsovereenkomst behoren.

⁷⁷¹ Een stelling die ook door de rechtspraak werd overgenomen: Brussel 28 maart 1962, *Pas.* 1964 II, 1; Brussel 23 juli 1963, *Pas.* 1963, III, 31; Luik 11 juni 1968, *RPS* 1969, nr. 5483, 115; *JT* 1960, 595; *Pas.* 1968, II, 258; *JL* 1968-69, 185; *Arbh.* Antwerpen 21 februari 1977, *RW* 1976-77, 2415. In de klassieke rechtsleer nam men aan dat bestuur en dagelijks bestuur niet van elkaar onderscheiden konden worden, wanneer het dagelijks bestuur door een bestuurder werd waargenomen (L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial Belge*, V, Editions Fecheyr, 1950, nr. 457; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, I, Brussel, Bruylant, 1954, nrs. 646 en 648, L. SIMONT en P. VAN OMMESLAGHE, "La notion de l'organe statutaire et la répartition des pouvoirs par le conseil d'administration des sociétés anonymes", *RCJB* 1964, 74; J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973. Commentaar van de wet van 6 maart 1973*, Gent-Leuven, Story's rechtskundige uitgaven, 1973, p. 152-153, nr. 369).

⁷⁷² Volgens RESTEAU is de dagelijks bestuurder: "(...) pas seulement un mandataire mais qu'il est presque toujours également un employé, lié à la société par un contrat de louage de services." ... "Quand le directeur représente la société et accomplit en son nom certains actes il est, avons-nous dit, un mandataire. Mais quand il travaille pour la société, quand il lui preste d'une manière permanente ses services et ses soins, il est un employé." Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, II, nr. 1090 en nrs. 1096-1103.

284. Het Hof erkende tegelijkertijd ook de afwijkende aard van de herroepbaarheid van het bestuurdersmandaat tegenover die van het dagelijks bestuur. Anders dan voor het bestuur van de NV wordt de regel van de *ad nutum*-herroepbaarheid bij de dagelijks bestuurder immers niet van openbare orde geacht, maar heeft deze slechts een suppletief karakter.⁷⁷³ De wettelijke grondslag voor het suppletief karakter van de onmiddellijke herroepbaarheid van de opdracht van de dagelijks bestuurder blijkt uit de gemeenrechtelijke regels van de lastgeving en meer bepaald uit artikel 2004 BW. Op grond van deze bepaling kan de lastgever zijn volmacht herroepen wanneer hij maar wil en hem vragen om het (het schriftelijke bewijs) van zijn volmacht terug te geven.⁷⁷⁴

Aangezien er geen enkele wettelijke bepaling is die de lastgever verbiedt om afstand te doen van zijn recht om de volmacht te herroepen wanneer hij maar wil, staat het principe van de herroepbaarheid van de lastgeving - en dus van de opdracht van het dagelijks bestuur - het sluiten van een arbeidscontract niet in de weg. Dit recht behoort helemaal niet tot het wezen van de lastgeving.⁷⁷⁵ Een andersluidende overeenkomst kan van deze regeling dus perfect afwijken en voorzien dat opzeggingstermijnen en/of opzeggingsvergoedingen in acht genomen moeten worden bij een eventuele beëindiging van de samenwerking. Gelet op het (voorlopige) openbare orde-karakter van de herroepbaarheid van het mandaat van de bestuurder, geldt dat deze regeling niet kan worden doorgetrokken tot de leden van de raad van bestuur. Ten aanzien van hen moet het herroepingsrecht op elk ogenblik door de algemene vergadering uitgeoefend kunnen worden, wat niet verzoenbaar is met de dwingende bepalingen uit het arbeidsovereenkomstenrecht op basis waarvan de dwingend voorgeschreven beëindigingswijzen moeten worden gerespecteerd.⁷⁷⁶

285. In het arrest van het Hof van Cassatie van 22 januari 1981 was de dagelijks bestuurder overigens niet tegelijk ook een lid van de raad van bestuur, zodat het Hof vooralsnog geen standpunt hoefde in te nemen over de mogelijkheid voor een "afgevaardigd bestuurder" om verbonden te zijn met een arbeidsovereenkomst. Tot op dat ogenblik was het de overheersende mening in de rechtspraak en rechtsleer dat dit niet kon, gelet op de ondeelbaarheid van beide functies. Algemeen nam men immers aan dat wanneer het

⁷⁷³ Art. 518§3 W. Venn.

⁷⁷⁴ Artikel 2004 BW.

⁷⁷⁵ Cass. 26 februari 1885, *Pas.* 1885, I, 85; Cass. 13 januari 1938, *Pas.* 1938, I, 6.

⁷⁷⁶ Artikel 37 en verder Wet Arbeidsovereenkomsten.

dagelijks bestuur van een NV toevertrouwd werd aan een bestuurder, deze beide functies elkaar opsloopten, op die manier dat het verlies van het mandaat als bestuurder noodzakelijk het verlies van het mandaat als dagelijks bestuurder teweegbracht.⁷⁷⁷

Het cassatiearrest van 22 januari 1981 maakte deze interpretatie inderdaad mogelijk, zeggende dat ook ten aanzien van de afgevaardigd beheerder gold dat de regel van de *ad nutum*-herroepbaarheid er zich tegen verzette dat deze aan een arbeidsovereenkomst onderworpen zou worden.⁷⁷⁸ Ten aanzien van de bestuurder die ook een lid is van de raad van bestuur zocht men derhalve nog steeds aansluiting bij de regel van de cumul van onderscheiden functies in ondergeschikt verband.⁷⁷⁹

B) Met betrekking tot de dagelijks bestuurder die tegelijk ook lid is van de raad van bestuur

286. De knoop werd doorgehakt in het arrest van het Hof van Cassatie van 28 mei 1984, waarin door het Hof beslist werd dat ook een bestuurder van een naamloze vennootschap het dagelijks bestuur kon waarnemen onder het gezag van een orgaan van de vennootschap:

“Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiser afgevaardigd bestuurder van de naamloze vennootschappen N. en N.S. was en in die hoedanigheid met het dagelijks bestuur van beide vennootschappen was belast; dat het Arbeidshof het niet bewezen acht dat eiser in de periode dat hij die functie waarnam, ‘enige activiteit in dienstverband ten overstaan van die vennootschappen heeft uitgevoerd’; dat het deze beslissing grondt op de overweging dat, aangezien eiser ‘bekleed was met het dagelijks

⁷⁷⁷ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, Gent, Fechey, nr. 457; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T.I, Brussel, Bruylant, 1954, p. 408, nr. nrs. 646 en 648, L. SIMONT en P. VAN OMMESLAGHE, “La notion de l'organe statutaire et la répartition des pouvoirs par le conseil d'administration des sociétés anonymes”, *RCJB* 1964, 74; J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973. Commentaar van de wet van 6 maart 1973*, Gent-Leuven, Story's rechtskundige uitgaven, 1973, p. 152-153, nr. 369; Cass. 22 oktober 1902, *Pas.* 1903, II, 56.

⁷⁷⁸ Men duidt op de hierna geciteerde overweging uit het arrest: “dat hoewel, wat de beheerders van vennootschappen betreft, de regel van openbare orde in de artikelen 53 en 55 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen, volgens welke de beheerders te allen tijde kunnen worden afgezet, zich ertegen kan verzetten dat zij, in functie van beheerder of afgevaardigd beheerder, onderworpen zijn aan een arbeidsovereenkomst voor bedienden” Cass. 22 januari 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 559; *Pas.* 1981, I, 543; *Rév. Prat. Soc.* 1981, 285; *RCJB* 1981, 495, noot S.J. NUDELHOLE.

⁷⁷⁹ *Arbrb.* Brussel 12 februari 1982, *JT* 1983, 11; *Arbrb.* Brussel 19 januari 1983, *JT* 1983, 351; *Arbrb.* Brussel 24 oktober 1983, *JT* 1984, 62.

beheer, er in die vennootschappen niemand was die, zoals in dienstverband, tegenover hem, gezag kon uitoefenen’;

Overwegende dat een bestuurder van een naamloze vennootschap het dagelijks bestuur kan waarnemen onder het gezag van een orgaan van de vennootschap (...)."⁷⁸⁰

De aanleiding tot dit geschil was de vordering tot betaling van o.a. een opzeggingsvergoeding en vakantiegeld van een voormalige afgevaardigd bestuurder tegen de inmiddels reeds gefailleerde naamloze vennootschappen N. en N.S.

De betrokken afgevaardigd bestuurder was aanvankelijk actief geweest als verkoopdirecteur in dienstverband in beide vennootschappen, maar werd twee jaar voor zijn ontslag benoemd tot afgevaardigd bestuurder. Zijn bevoegdheden als verkoopdirecteur liepen evenwel door. Daarnaast bleek de vennootschap nooit gestopt te zijn met het betalen van de bijdragen voor de sociale zekerheid op zijn loon, bleek dat aan hem een opzegging voor een arbeidsovereenkomst voor bedienden werd betekend en dat, ter rechtvaardiging van zijn ontslag door de vennootschap, dringende redenen werden ingeroepen. Het Arbeidshof van Gent verklaarde de vorderingen van de afgevaardigd bestuurder niettemin ongegrond, zonder rekening te houden met een aantal belangrijke feitelijke elementen. Het Hof borduurde derhalve voort op de principiële, maar verouderde stelling dat er onmogelijk een gezagsband kon bestaan tussen een afgevaardigd bestuurder en de vennootschap, waarmee het bedoelde dat het uitgesloten was dat er enig gezag werd uitgeoefend omdat er sprake was van een bestuursfunctie.

287. Tegen dit arrest werd door de voormalige afgevaardigd bestuurder een voorziening in Cassatie ingesteld, als gevolg waarvan het arrest van het Arbeidshof vernietigd werd. In zijn arrest ging het Hof regelrecht in tegen het standpunt van de feitenrechter en besliste het, in lijn met de rechtspraak met betrekking tot de gewone dagelijks bestuurder, dat er in de vennootschap wel degelijk gezag kon worden uitgeoefend ten aanzien van een afgevaardigd bestuurder.

⁷⁸⁰ Cass. 28 mei 1984, Arr. Cass. 1983-84, 1252; Pas. 1984, I, 1172 en RW 1984-85, 333, concl. Adv. Gen. LENAERTS.

Impliciet maakte het Hof hiermee komaf met de stelling op basis waarvan het onmogelijk werd geacht dat de functies van dagelijks bestuurder en bestuurder los van elkaar beëindigd kunnen worden en nam het bijgevolg ook afstand van het door de rechtsleer aangenomen fictieve beginsel van de ondeelbaarheid van beide functies.

288. Het Hof gaf daarmee gevolg aan het standpunt van advocaat-generaal LENAERTS, die in een voorafgaandelijke conclusie bij het arrest had opgeroepen om de rechtspraak die het Hof in 1981 gevestigd had ten aanzien van de niet-bestuurder consequent door te trekken tot de bestuurder. LENAERTS was van mening dat als de niet-bestuurder het dagelijks bestuur in dienstverband kon waarnemen, er geen reden was dat ook een bestuurder dit kon. Het beginsel van de ondeelbaarheid van de functies van dagelijks bestuurder en bestuurder werd door hem – net als door NUDELHOLE – fel bekritiseerd. Volgens LENAERTS maakte de wet zelf het onderscheid tussen beide functies en neemt het feit dat deze in de praktijk door elkaar lopen niet weg dat zij juridisch van elkaar onderscheiden kunnen worden.⁷⁸¹ Hij nam terecht aan dat bestuurder en dagelijks bestuurder van elkaar te onderscheiden functies zijn, zodat beiden niet noodzakelijk tegelijkertijd dienen te eindigen.

⁷⁸¹ Zeer terecht stelde hij zich daarbij de volgende vraag: "Een bestuurder kan in de loop van zijn mandaat met het dagelijks bestuur worden belast. Waarom zou hem dan het dagelijks bestuur niet kunnen worden ontnomen zonder dat hij zijn mandaat van bestuurder verliest?"

§ 3. Huidige opvatting

A) Juridische mogelijkheid en vrije keuze

289. Na de tussenkomst van de cassatiearresten uit '81 en '84 bestaat de juridische mogelijkheid voor de dagelijks bestuurder om door een arbeidsovereenkomst met de vennootschap verbonden te zijn.⁷⁸² Er is echter geen verplichting om de opdracht in een ondergeschikt verband uit te voeren. Partijen kunnen vrij kiezen hoe zij zichzelf tot elkaar zullen verhouden en bepalen welke afspraken zij wensen te maken, o.a. met betrekking tot het einde van hun samenwerking. De keuze voor de aard van de arbeidsrelatie is principieel vrij, abstractie makend van de mogelijkheid tot herkwalificatie door een feitenrechter. Partijen zullen in elk geval enkel met een arbeidsovereenkomst verbonden zijn wanneer de dagelijks of de afgevaardigd bestuurder het gezag ondergaat of kan ondergaan van een orgaan of een andere persoon die handelt voor rekening van de vennootschap (bijvoorbeeld van een manager zoals een CEO, een COO etc.). Eén van de basisvereisten blijft dus, ook in de context van de afgevaardigd bestuurder, dat er een feitelijke gezagsverhouding voorhanden is.

290. Hoe dit begrip 'gezagsverhouding' moet worden opgevat, werd door het Hof van Cassatie duidelijk gesteld in een arrest van 30 januari 1988. Hierin overwoog het Hof dat voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen een bestuurder van een naamloze vennootschap en de vennootschap waarvan hij het dagelijks bestuur waarneemt, een gezagsverhouding vereist is, wat betekent dat de bestuurder het dagelijks bestuur waarneemt onder het gezag van een orgaan, een andere bestuurder of een aangestelde van de vennootschap.⁷⁸³

⁷⁸² Cass. 22 januari 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 559; *Pas.* 1981, I, 543; *Rév. Prat. Soc.* 1981, 285; *RCJB* 1981, 495, noot S.J. NUDELHOLE; *Cass.* 28 mei 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 1252; *Pas.* 1984, I, 1172 en *RW* 1984-85, 333, concl. Adv. Gen. LENAERTS; *Cass.* 30 mei 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 1260 en *Pas.* 1988, I, 1169; *Arbh.* Brussel 29 april 1992, *Bull. VBO* 1992, afl. 10, 100; Zie ook: *Arbh.* Bergen 26 maart 2001, *JDSC* 2003 (verkort), 168, noot P. KILESTE, C. BERTSCH, C. STAUDT; *JLMB* 2003, afl. 3, 93 en <http://lmbi.larcier.be> (24 januari 2003); *Kh.* Brussel 8 februari 2002, *TBH* 2005, 425, noot E. DESMET en *JDSC* 2006, 38, noot P. KILESTE en C. STAUDT; *Kh.* Tongeren 30 januari 2007, *TBH* 2007, 916; K. GEENS., M. WYKAERT, C., CLOTTENS, F. PARREIN., S. DE DIER., S. COOLS., "Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1999-2010", *TPR* 2012, afl. 1, p. 275, nr. 206.

⁷⁸³ *Cass.* 30 mei 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 1260; *Bull.* 1988, 1169; *Inf. Soc. Secr.* 1988, afl. 17, z.p.; *JTT* 1989, 126, noot; *Pas.* 1988, I, 1169; *RW* 1988-89, 539; *TBH* 1989, 156; *TSR* 1988, 293.

In deze omschrijving vindt men een bevestiging van het feit dat het gezag dus evengoed kan worden uitgeoefend door een fysieke persoon (een aangestelde zoals een manager of zelfs een lid van het personeel) als door een orgaan van de vennootschap. De gezagsuitoefening kan in deze laatste hypothese uitgaan van de raad van bestuur, de voorzitter van de raad van bestuur, één of meerdere leden van de raad van bestuur, een directiecomité of een aangestelde, (bijvoorbeeld een directeur).⁷⁸⁴

De algemene vergadering wordt traditioneel niet aanvaard als een mogelijk gezagsorgaan omwille van het feit dat er door dit orgaan slechts algemene richtlijnen en geen precieze instructies gegeven kunnen worden.⁷⁸⁵ Rechtsleer en rechtspraak nemen daarbij in aanmerking dat de algemene vergadering vaak maar één maal per jaar samenkomt – om de jaarrekening goed te keuren – en dat dit onvoldoende is om effectief leiding te geven, toezicht te houden en eventueel de nodige sancties te treffen.⁷⁸⁶

De motivering op grond waarvan de algemene vergadering het toezicht niet zou kunnen uitoefenen, lijkt mij een juiste analyse te zijn. De redenering is evenwel niet volledig. M.i. kan de argumentatie niet herleid worden tot een gebrek aan vergaderingen en de afwezigheid van een effectieve leiding - opdat een gezagsband voorhanden zou zijn, is het overigens noodzakelijk, maar voldoende dat men gezag kan uitoefenen - maar is de voornaamste reden het principe van subsidiariteit op grond waarvan de algemene vergadering niet het best geplaatste orgaan zal zijn om het toezicht over de dagelijkse leiding uit te oefenen. In het kader van een goed bestuur hebben vennootschappen immers baat bij een strikte scheiding tussen *ownership* en *control*. Het gevolg van deze scheiding maakt dat de algemene vergadering zich veel beter concentreert op de taken die de wetgever haar exclusief heeft

⁷⁸⁴ C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1989, 361-376; B. ADRIAENS en D. DEJONGHE, "De vennootschapsmandataris en het sociaal recht", *Or.* 2002, 28. Zie ook Arbh. Brussel 30 juli 2009, *JTT* 2009, afl. 1053, 457, waar het Hof besliste dat 'De omstandigheid dat één van de vier bestuurders aan een andere bestuurder, die het dagelijks beheer voert en, als werknemer, de functie van directeur van bedrijfstechnische en commerciële aangelegenheden uitoefent, volmacht heeft gegeven om hem binnen de raad van bestuur te vertegenwoordigen, niet betekent dat deze raad geen gezag kan uitoefenen.'

⁷⁸⁵ Arbr. Brussel 16 november 1976, *JTT* 1977, 224, noot T. CLAEYS; Arbrb. Tongeren 24 maart 1997, *JTT* 1997, 412, noot. Het is het standpunt van de annotator dat de algemene vergadering niet in aanmerking komt als een gezagsorgaan, aangezien zij slechts algemene richtlijnen geeft en geen precieze instructies.

⁷⁸⁶ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, 347; C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1989, 370; B. ADRIAENS en D. DEJONGHE, "De vennootschapsmandataris en het sociaal recht", *Or.* 2002, 28; Arbh. Brussel 10 september 2009, *Soc. Kron* 2011, afl. 7, 325.

toegewezen, dit is het beheren van het kapitaal en het opvolgen en zo nodig ter verantwoording roepen van het bestuur van de vennootschap.

291. Volledig in lijn met deze argumentatie en het subsidiariteitsbeginsel kan het toezicht in vennootschappen waar een directiecomité werd ingesteld of waar er geen directiecomité is, maar wel een CEO of een COO (of wanneer er een andere gelijkaardige functie bestaat), ook beter uitgeoefend worden door de laatstgenoemden en niet door het bestuur zelf. Het bestuur kan zich dan beter concentreren op de taken die het werd voorbehouden en de rol als klankbord beter vervullen. In het geval de vennootschap tegelijk een directiecomité en een CEO heeft, komt het mij voor dat het directiecomité de toezichtstaak vervult, aangezien het directiecomité in die hypothese ook bevoegd is om de dagelijks bestuurder te benoemen en te ontslaan.⁷⁸⁷

Het feit dat de werknemer als bestuurder zelf ook een lid is van de raad van bestuur, belet de gezagsuitoefening door deze raad trouwens niet.⁷⁸⁸ Ook een andere afgevaardigd bestuurder zou het gezag kunnen uitoefenen in een team van dagelijks bestuurders. De afgevaardigd bestuurder is vaak een belangrijke persoon in de vennootschap, die in staat is het voor de arbeidsovereenkomst kenmerkende gezag uit te oefenen over werknemers.⁷⁸⁹ Het bewijs van ondergeschiktheid moet geleverd worden door de dagelijks bestuurder die zich erop beroept.⁷⁹⁰

⁷⁸⁷ Voor zover de door de raad van bestuur overgedragen bevoegdheden ook het dagelijks bestuur omvatten. Indien de raad van bestuur het dagelijks bestuur niet overdraagt aan het directiecomité, blijft de raad van bestuur bevoegd.

⁷⁸⁸ Cass. 4 maart 1965, *Pas.* I, 675.

⁷⁸⁹ C. ENGELS, *het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1989, 414.

⁷⁹⁰ Arbh. Brussel 29 april 1992, *Bull. VBO* 1992, afl. 10, 100; Zie ook: Arbh. Bergen 26 maart 2001, *JDSC* 2003 (verkort), 168, noot P. KILESTE, C. BERTSCH, C. STAUDT; *JLMB* 2003, afl. 3, 93 en <http://jlm.bi.larcier.be> (24 januari 2003) ("De bestuurder die aanspraak maakt op het bestaan van een arbeidsovereenkomst moet, bewijzen dat hij zijn functies van dagelijks bestuurder heeft uitgeoefend onder het gezag van de vennootschap wat impliceert dat de vennootschap ten aanzien van hem het juridische gezag heeft uitgeoefend dat een arbeidsovereenkomst uitmaakt. De band van ondergeschiktheid, die een kenmerk is van een arbeidsovereenkomst, bestaat zodra een persoon in feite zijn gezag kan uitoefenen op de handelingen van een andere persoon.") Zie ook: Arbh. Bergen 20 november 1998, *JLMB* 1999, 1570 en <http://jlm.bi.larcier.be> (15 januari 2003). Indien het bestaan van een arbeidsovereenkomst wordt ingeroepen door de RSZ is het aan de RSZ om het bewijs van een band van ondergeschiktheid te leveren.

B) Tempering op de vrije keuze van partijen: herkwalificatie

292. Het principe op basis waarvan partijen in alle vrijheid de aard van hun arbeidsrelatie kunnen kiezen, wordt verzacht door de mogelijkheid tot herkwalificatie van de samenwerking door de feitenrechter.⁷⁹¹ Dit kan echter niet zomaar. In een arrest van 23 december 2002 besliste het Hof van Cassatie voor het eerst dat wanneer partijen hun overeenkomst benoemd hebben, de rechter deze kwalificatie niet mag wijzigen indien de elementen die aan zijn beoordeling onderworpen worden de overeengekomen kwalificering niet uitsluiten.⁷⁹² Nadien heeft het Hof van Cassatie deze rechtspraak nog regelmatig bevestigd.⁷⁹³ Sindsdien wordt de kwalificatie die partijen aan hun overeenkomst hebben gegeven als hét uitgangspunt genomen voor de bepaling van de aard van de arbeidsrelatie van de dagelijks bestuurder en geldt deze kwalificatie tevens als de basis voor de gevolgen die hieraan gekoppeld moeten worden.

⁷⁹¹ De herkwalificatie kan daarnaast ook op initiatief van de betrokken partijen gebeuren. Wanneer een arbeidsrelatie niet duidelijk is, kan men een aanvraag indienden bij de Administratieve Commissie ter Regeling van de Arbeidsrelatie, die deel uitmaakt van de FOD Sociale Zekerheid (sociale ruling).

⁷⁹² Cass. 23 december 2002, <http://www.cass.be> (4 februari 2003); *JTT* 2003, afl. 860, 271, noot; Or. (Katern) 2003 (weergave B. PATERNOSTRE), afl. 4, 2; Ors. 2003 (weergave B. PATERNOSTRE), afl. 4, 28; *Pas.* 2002, afl. 12, 2469; *RW* 2005-06 (verkort), afl. 1, 24 en <http://www.rw.be> (3 november 2005).

⁷⁹³ In de rechtsleer spreekt men over de 'kwalificatiearresten': Cass. 23 december 2002, <http://www.cass.be> (4 februari 2003); *JTT* 2003, afl. 860, 271, noot; Or. (Katern) 2003 (weergave B. PATERNOSTRE), afl. 4, 2; Ors. 2003 (weergave B. PATERNOSTRE), afl. 4, 28; *Pas.* 2002, afl. 12, 2469; *RW* 2005-06 (verkort), afl. 1, 24 en <http://www.rw.be> (3 november 2005); Cass. 28 april 2003, *Arr.Cass.* 2003, afl. 4, 1050; <http://www.cass.be> (11 juli 2003); *JTT* 2003, afl. 860, 261, noot -; *NJW* 2003 (verkort), afl. 40, 886; *Pas.* 2003, afl. 4, 880; *RABG* 2003, afl. 19, 1093, noot M. DEMEDTS; *Soc.Kron.* 2003 (verkort), afl. 9, 450; Cass. 3 mei 2004, *Arr.Cass.* 2004, afl. 5, 771; <http://www.cass.be> (9 juni 2004); *NJW* 2005, afl. 95, 18, noot W. VAN EECKHOUTTE; *Pas.* 2004, afl. 5-6, 755; *RW* 2004-05, afl. 31, 1220 en <http://www.rw.be> (6 april 2005), noot K. NEVENS, *TBBR* 2005, afl. 5, 271, noot F. VAN REMOORTEL; Cass. 6 december 2004, *Arr.Cass.* 2004, afl. 12, 1955; <http://www.cass.be> (14 januari 2005); *NJW* 2005, afl. 95, 21, noot W. VAN EECKHOUTTE; *Pas.* 2004, afl. 12, 1922; Cass. 20 maart 2006, *Arr.Cass.* 2006, afl. 3, 649; <http://www.cass.be> (19 mei 2006); *JTT* 2006, afl. 951, 276; Or. (Katern) 2006 (weergave I. PLETS), afl. 6, 1; *Pas.* 2006, afl. 3, 634; *RW* 2006-07, afl. 32, 1317 en <http://www.rw.be> (13 april 2007), noot; Cass. 27 november 2006, *Arr.Cass.* 2006, afl. 11, 2433; <http://www.cass.be> (26 januari 2007); *JTT* 2007, afl. 974, 156; *NJW* 2007, afl. 162, 413, noot K. VAN VLASSELAER; Ors. 2007 (weergave I. Plets) afl. 3, 26; Or. (Katern) 2007 (weergave I. Plets), afl. 2, 3; *Pas.* 2006, afl. 11, 2492; *Soc.Kron.* 2008, afl. 7, 408; Cass. 5 februari 2007, *Arr.Cass.* 2007, afl. 2, 285; <http://www.cass.be> (23 maart 2007); Ors. 2007 (weergave I. Plets) afl. 6, 24; *Pas.* 2007, afl. 2, 247; *RW* 2007-08, afl. 19, 781 en <http://www.rw.be> (9 januari 2008), noot K. NEVENS; Cass. 23 maart 2009, *Arr.Cass.* 2009, afl. 3, 854; <http://www.cass.be> (11 mei 2009); *JTT* 2009, afl. 1048, 370; *Pas.* 2009, afl. 3, 784; *Soc. Kron.* 2010 (samenvatting), afl. 1, 52; Cass. 25 mei 2009, *Arr.Cass.* 2009, afl. 5, 1370; <http://www.cass.be> (29 juni 2009); *JT* 2009, afl. 6378, 28 en <http://jt.larcier.be> (22 januari 2010), noot -; *JTT* 2009, afl. 1048, 369; *Pas.* 2009, afl. 5, 1263; *Soc.Kron.* 2009 (samenvatting), afl. 10, 555; Cass. 23 mei 2011, *JTT* 2011, afl. 1108, 392; Cass. 10 oktober 2011, *JTT* 2012, 21, concl. J.M. GENICOT, noot; Cass. 10 juni 2013, *JTT* 2013, afl. 1164, 320; *Arbh.* Brussel 4 september 2013, *JLMB* 2014, afl. 14, 675; *Arbh.* 12 februari 2014, *JTT* 2014, afl. 1185, 171.

293. Dit principe van primauteit van de feitelijke uitvoering boven de partijkeuze werd inmiddels ook wettelijk vastgelegd in de Programmawet (I) van 27 december 2006 (de 'arbeidsrelatiewet'): herkwalificatie is alleen dan mogelijk wanneer de feitelijke uitvoering voldoende elementen naar voren brengt die 'onverenigbaar' zijn met de kwalificatie die partijen aan hun arbeidsrelatie gaven.⁷⁹⁴ Artikel 333 van de arbeidsrelatiewet legt de algemene criteria vast om de juiste aard van de arbeidsrelatie te bepalen en voorziet zo in een wettelijk toetsingsmechanisme voor de rechter.⁷⁹⁵

De vier criteria die het mogelijk maken om het bestaan of de afwezigheid van een gezagsband te beoordelen zijn de volgende:

- de wil der partijen zoals die in hun overeenkomst werd uitgedrukt, voor zover deze laatste overeenkomstig de bepalingen van artikel 331 van de arbeidsrelatiewet wordt uitgevoerd;
- de vrijheid van organisatie van de werktijd, waarbij moet nagegaan worden of de persoon die de prestaties levert over de vrijheid beschikt om te beslissen wanneer hij het werk uitvoert dan wel of deze moet werken volgens een opgelegde werktijdregeling⁷⁹⁶;

⁷⁹⁴ Art 331, lid 2 van de arbeidsrelatiewet bepaalt dat voorrang moet gegeven worden aan de kwalificatie die uit de feitelijke uitvoering blijkt, indien deze de door partijen gekozen juridische kwalificatie uitsluit. Voorheen herkwalificeerde men aan de hand van de indicatiemethode, waarbij de aard van de arbeidsrelatie bepaald werd aan de hand van een onderzoek naar de concrete feitelijke elementen, los van de titel die de partijen aan hun samenwerking gaven. Zie ook art. 332 arbeidsrelatiewet.

⁷⁹⁵ Art. 333§1 arbeidsrelatiewet; Cass. 6 december 2010, <http://www.cass.be> (23 december 2010); Pas. 2010, afl. 12, 3097; RABG 2011, afl. 15, 1024, noot -; K. NEVENS RW 2011-12 (samenvatting), afl. 13, 614 en <http://www.rw.be/> (25 november 2011), noot -; Soc.Kron. 2013 (samenvatting), afl. 1, 52; Cass. 7 maart 2011, <http://www.cass.be> (21 maart 2011); JT 2012, afl. 6482, 489 en <http://jt.larcier.be/> (12 juni 2012), noot -; Pas. 2011, afl. 3, 739; RW 2011-12 (samenvatting), afl. 41, 1808 en <http://www.rw.be/> (12 juni 2012); RW 2012-13 (samenvatting), afl. 41, 1624 en <http://www.rw.be/> (10 juli 2013); Soc.Kron. 2012 (samenvatting), afl. 9, 494.

⁷⁹⁶ Cass. 18 oktober 2010, RABG 2011, 1019 (De vrijheid van organisatie van de werktijd betreft de al dan niet bestaande onafhankelijkheid qua tijdsbesteding binnen de ruimere periode waarin volgens de tussen de partijen gesloten overeenkomst arbeid dient te worden verricht of de uitvoerder van het werk ter beschikking dient te staan. De omstandigheid dat de uitvoerder van het werk over de vrijheid beschikt al dan niet in te gaan op een werkaanbod en degevallend opdrachten kan weigeren, verhindert niet dat, van zodra hij het werk heeft aanvaard, de werkgever kan beschikken over de arbeid van zijn werknemer en deze arbeid volgens de bepalingen van de overeenkomst kan regelen.); H. VAN HOOGENBEMT, "Zelfstandigheid en schijnzelfstandigheid na de Programmawet (I) van 27 december 2006", Or. 2007, 57.

- de vrijheid van de organisatie van het werk, waarbij het geven van precieze onderrichtingen en het nemen van beslissingen door een hiërarchische meerdere alsook het aanwezig zijn van een precieze taakomschrijving aanwijzingen zijn voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, maar het bestaan van algemene onderrichtingen, verplichtingen en richtlijnen niet.⁷⁹⁷
- de mogelijkheid een hiërarchische controle uit te oefenen, waarbij nagegaan moet worden of er een juridische mogelijkheid bestaat tot gezagsuitoefening, wat kan blijken uit een eventuele onderwerping aan een hiërarchische controle en een mogelijke blootstelling aan interne sancties.⁷⁹⁸

De wet bepaalt verder ook uitdrukkelijk dat de verplichtingen die inherent zijn aan de uitoefening van een beroep en die door of krachtens een wet zijn opgelegd niet in overweging genomen worden om de aard van een arbeidsrelatie te beoordelen.⁷⁹⁹ Abstractie moet derhalve gemaakt worden van de kenmerken die eigen zijn aan de functie zelf.⁸⁰⁰ Tussen de vier genoemde criteria bestaat er bovendien geen hiërarchie en uit de praktijk blijkt dat de toetsing door de meerderheid van de rechters gebeurt aan de hand van alle criteria - soms zelfs nog rekening houdend met andere criteria - , maar dat niet aan alle criteria op cumulatieve wijze voldaan moet worden om de samenwerking te kunnen herkwalificeren.⁸⁰¹ Deze opvatting strookt overigens met de memorie van toelichting bij de arbeidsrelatiewet die zich verzet tegen een rigide, mathematische toepassing van de algemene criteria en een concrete beoordeling van het geheel van de feiten uitdraagt.⁸⁰²

⁷⁹⁷ MvT Parl. St. Kamer 2006-07, nr. 51 2773/001, 217; Cass. 6 december 2010, <http://www.cass.be> (23 december 2010); *Pas.* 2010, afl. 12, 3097; RABG 2011, afl. 15, 1024, noot; K. NEVENS RW 2011-12 (samenvatting), afl. 13, 614 en <http://www.rw.be/> (25 november 2011), noot -; *Soc.Kron.* 2013 (samenvatting), afl. 1, 52.

⁷⁹⁸ MvT, Parl. St. Kamer, 2006-07, nr. 51 2773/001, 218; Cass. 13 juni 1968,

⁷⁹⁹ Artikel 333§2 arbeidsrelatiewet; *Arbh.* Gent 14 juni 2004, *NJW* 2004, afl. 86, 1140, noot M. DE Vos; *Soc.Kron.* 2005, afl. 2, 98.

⁸⁰⁰ Art. 333§2 arbeidsrelatiewet

⁸⁰¹ P. DE WULF, S. DIELS en M.-A. STAAR, "De arbeidsrelatiewet: 5 jaar rechtspraak", *Or.* 2012, afl. 7, 184.

⁸⁰² 'De beoordeling van de aard van de arbeidsrelatie moet concreet gebeuren, zonder dat de lijst met passende criteria (algemene criteria en, in voorkomend geval, specifieke criteria) op een dichotomische (al dan niet gewogen) wiskundige manier wordt toegepast. Deze lijst is immers slechts een geheel van aanwijzingen om de werkelijke aard van een arbeidsrelatie op een passende manier te kunnen beoordelen. De relevantie van elk element, en bijgevolg, de waarde die daaraan moet worden toegekend zal worden beoordeeld in functie van de concrete arbeidssituatie.' MvT Parl. St. Kamer, 2006-2007, 51-2773/001, 212.

De titel van de overeenkomst, de inschrijving bij een instelling van sociale zekerheid, de inschrijving bij de Kruispuntbank voor Ondernemingen, de inschrijving bij de administratie van de BTW en de wijze waarom de inkomsten bij de fiscale administratie worden aangegeven tenslotte, zijn volgens de derde paragraaf van artikel 333 van de arbeidsrelatiewet elementen die op zich genomen niet bij machte zijn om de arbeidsrelatiewet adequaat te kwalificeren.⁸⁰³

C) Methodie om de aard van de arbeidsrelatie te bepalen

(i) Probleemstelling

294. In de praktijk bestaat de neiging om aan een dagelijks bestuurder, net als aan een vennootschapsmandataris, een zelfstandig statuut toe te kennen. In de rechtsleer klinkt het, weliswaar vanuit een sociaalrechtelijke invalshoek dat: *'wanneer partijen samenwerken in het kader van een vennootschap en er geen expliciete keuze wordt gemaakt omtrent de aard van de samenwerking, het vennootschapscontract als basis van de samenwerking eerder een aanwijzing is van het zelfstandig karakter'*. Men spreekt over een impliciete keuze of een kwalificatie als zelfstandige samenwerking.⁸⁰⁴

Specifiek met betrekking tot de dagelijks bestuurder wordt deze impliciete keuze afgeleid uit het feit dat de overeenkomst met de vennootschap kan worden gekwalificeerd als een lastgevingsovereenkomst en dat de rekenschap, die de dagelijks bestuurder moet geven aan de raad van bestuur, inherent is aan de uitoefening van diens functie, zodat dit element - onder verwijzing naar artikel 333§2 van de arbeidsrelatiewet - niet mee in overweging kan worden genomen om de aard van een arbeidsrelatie te beoordelen.⁸⁰⁵ Deze argumentatie wordt enerzijds gesteund op de sociaalzekerheidsrechtelijke regel op grond waarvan een vermoeden bestaat van het zelfstandig karakter van de uitoefening van een mandaat in een vennootschap, anderzijds op de rechtspraak uit de jaren '90, die het vermoeden van

⁸⁰³ Artikel 333§3 arbeidsrelatiewet.

⁸⁰⁴ B. ADRIAENS en D. DEJONGHE, "De vennootschapsmandataris en het sociaal recht", *Or.* 2002, 26; L. ELIAERTS, "De arbeidsrelatiewet, vennootschapsmandatarissen en vennoten", *TRV* 2008, afl. 2, p. 86, nr. 9.

⁸⁰⁵ Volgens artikel 1993 BW is iedere lastgever gehouden om rekenschap te geven van de uitvoering van zijn opdracht en aan de lastgever verantwoording te doen van al hetgeen hij ontvangen heeft. Zie ook L. ELIAERTS, "De arbeidsrelatiewet, vennootschapsmandatarissen en vennoten", *TRV* 2008, afl. 2, 93, nr. 28.

afwezigheid van een band van ondergeschiktheid bevestigt voor het uitoefenen van een mandaat van dagelijks bestuurder en ook met zoveel woorden oordeelt dat het feit rekenschap te moeten geven aan de raad van bestuur en de algemene vergadering valt onder de goede werking van de onderneming.⁸⁰⁶ Voortgaand op deze veronderstelling poneert men de stelling dat de dagelijks bestuurder die beweert met een arbeidsovereenkomst verbonden te zijn voor wat de uitoefening van het dagelijks bestuur betreft, moet aantonen dat hij deze functie uitoefent onder gezag en tegen loon.⁸⁰⁷

295. Dit criterium van de expliciete of impliciete kwalificatie van de keuze door partijen staat m.i. nochtans onder druk onder invloed van de doorgevoerde wetswijzigingen en de evolutie in de rechtspraak. Uit een constante cassatierechtspraak én de arbeidsrelatiewet vloeit immers voort dat de kwalificatie van partijen bepalend is, tenzij de feitelijke elementen van de uitvoering van de professionele samenwerking onverenigbaar zouden zijn met de gekozen juridische kwalificatie. Deze kwalificatie kan blijken uit een geschrift, maar indien er geen geschreven stuk aanwezig is of kan worden voorgelegd, zal de feitenrechter, aan de hand van de wettelijk voorgeschreven algemene criteria en met respect voor de feitelijke uitvoeringsmodaliteiten, moeten nagaan hoe partijen hun samenwerking dan wel wensten te organiseren.⁸⁰⁸

Dit onderzoek naar de effectieve aanwezigheid van een band van ondergeschiktheid moet *in concreto* gebeuren, aan de hand van de voorgelegde stukken en de verstrekte gegevens. Het impliciete of expliciete karakter van de kwalificatie door partijen is in die optiek dan ook helemaal geen relevant criterium om te oordelen over de aard van de arbeidsrelatie en creëert bovendien ook geen enkel vermoeden ten voordele van de ene of de andere samenwerkingsvorm. De vraag op wie de bewijslast rust, geldt evenmin als een determinerend criterium. In geval over de aard van de arbeidsrelatie betwisting ontstaat, wat goed mogelijk is op initiatief van de RSZ of op initiatief van één van de partijen zelf, is het aan

⁸⁰⁶ Art. 2 KB tot wijziging van het koninklijk besluit van 19 december 1967 houdende algemeen reglement in uitvoering van het koninklijk besluit nr. 38 van 27 juli 1967 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen, BS 16 juni 2014 (in werking sinds 1 juli 2014), Arbh. Brussel 29 april 1992, Bull. V.B.O. 1992 (weergave), afl. 10, 100; Arbh. Luik 2 augustus 2004, Soc. Kron. 2005, afl. 2, 104; Arbrb. Brussel 13 januari 2004, T. Verz. 2005, afl. 2, 282, noot M. STOKARD.

⁸⁰⁷ B. ADRIAENS en D. DEJONGHE, "De vennootschapsmandataris en het sociaal recht", Or. 2002, 31.

⁸⁰⁸ 'Indien het gaat om een mondelinge arbeidsovereenkomst, zal alleen de analyse van de feitelijke contractuele relatie op basis van de andere algemene criteria het mogelijk maken het bestaan van de band van ondergeschiktheid na te gaan.' MvT Parl St. Kamer, 2006-2007, 51-2773/001, 215; Zie in die zin ook: P. DE WULF, S. DIELS en M.-A. STAAR, "De Arbeidsrelatiewet: 5 jaar rechtspraak", Or. 2012, afl. 7, 183.

de partij die zich beroept op het bestaan van een bepaald type overeenkomst (arbeidsovereenkomst of zelfstandige overeenkomst) om het bestaan van de constitutieve elementen daarvan te bewijzen. Dit vloeit voort uit een zuiver procesrechtelijke regel die voorschrijft dat partijen de feiten moeten bewijzen die zij aanvoeren (*actori incumbit probatio*, artikel 870 Ger. W.).

(ii) Criteria

296. Rechtsleer en rechtspraak reiken uiteenlopende criteria aan op grond waarvan de precieze aard van de professionele samenwerking tussen de vennootschap en de dagelijks bestuurder kan vastgesteld worden. Hieruit kunnen een aantal stelregels worden afgeleid, die een invloed uitoefenen op de aard van de arbeidsrelatie. Sommige criteria zijn 'neutraal', dit wil zeggen dat zij op zichzelf geen indicatie vormen voor een kwalificatie pro of contra de dagelijks bestuurder als werknemer of als een zelfstandige. Alvorens men overgaat tot een herkwalificatie dient men steeds de basisregel goed voor ogen te houden: partijen kiezen vrij de aard van hun arbeidsrelatie. Een rechter kan maar in uitzonderlijke omstandigheden overgaan tot een herkwalificatie, namelijk wanneer de reële, feitelijke uitoefening de gekozen kwalificatie uitsluit. Het bestaan van een discrepantie tussen de theorie (gekozen kwalificatie) en de praktijk (feitelijke uitoefening) is het startpunt voor een onderzoek naar de concrete feitelijke elementen die het bestaan van een band van ondergeschiktheid tussen partijen kunnen ontmaskeren.

a. *Aard en omvang van het takenpakket binnen de vennootschap*

297. Het takenpakket van de dagelijks bestuurder kan bestaan uit zowel louter uitvoerende taken als uit leidinggevende taken.⁸⁰⁹ Indien de dagelijks bestuurder zuiver uitvoerende taken waarneemt, dan wijst dit op het bestaan van een arbeidsovereenkomst.⁸¹⁰ In de omgekeerde

⁸⁰⁹ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975,393: 'Het dagelijks bestuur moet niet louter tot uitvoering van beslissingen of richtlijnen van de raad van bestuur beperkt blijven.'

⁸¹⁰ P. DE WULF, S. DIELS en M.-A. STAAR, "De Arbeidsrelatiewet: 5 jaar rechtspraak", *Or.* 2012, afl. 7, 184; Zie ook Arbrb. Antwerpen, 22 juni 2010, *onuitgeg.*, waarin het hof oordeelde dat het feit dat Bulgaarse zaakvoerders enkel uitvoerend werk verrichten en geen zicht hadden op er winst of verlies werd gemaakt aangezien ze geen inzage hadden in de boekhouding en geen volmacht op de financiële rekening kregen, elementen waren die wezen op het bestaan van een arbeidsovereenkomst.

richting is het feit dat men daarnaast ook optreedt als een leider, coördineert en dirigeert een belangrijke indicatie voor de afwezigheid van een gezagsverhouding.

Ook de omvang van de bevoegdheden die in realiteit aan de betrokken persoon werden toegekend zal bepalend zijn om uit te maken of er sprake kan zijn van een ondergeschikte band. Wanneer slechts beperkte, gelimiteerde bevoegdheden gegeven werden, kan dit aanzien worden als een aanwijzing voor het bestaan van een gezagsverhouding.

b. *Werkelijke beslissingsmacht*

298. Het beschikken over werkelijke beslissingsmacht in de vennootschap is een feitelijk element dat pleit voor de kwalificatie van de arbeidsrelatie als een zelfstandige samenwerking. Een reële beslissingsmacht kan o.a. blijken uit het feit dat men zelf alle grote beleidsbeslissingen neemt of dat men deze beslissingen neemt samen met andere vennootschapsmandatarissen op voet van gelijkheid.⁸¹¹

Belangrijke indicatoren zijn verder ook de effectieve betrokkenheid die men heeft ten opzichte van het personeel en de bevoegdheid om al dan niet contracten te sluiten namens de vennootschap. Zo besliste het Arbeidshof van Bergen in een arrest van 26 maart 2002 dat er geen band van ondergeschiktheid had bestaan tussen de vennootschap (NV C.) en haar afgevaardigd bestuurder, omdat deze het ontslag had gevraagd van één van de bestuurders, de maandelijkse brutovergoeding had vastgesteld voor het personeel, hen een veertiende maand had toegekend hoewel dit niet voorzien was in hun individuele arbeidsovereenkomsten en ook nog een lening had toegestaan aan één van hen die nooit werd terugbetaald. Daarenboven had hij tijdens de uitvoering van zijn opdracht alleen en zonder dat een voorafgaande goedkeuring vereist was door de raad van bestuur meerdere overeenkomsten getekend met betrekking tot zowel het administratief als het financieel beheer van de NV C. Hij tekende onder meer een onderhoudsovereenkomst, besteedde een topografische studie uit en tekende ook een leasingovereenkomst voor een bedrijfswagen.⁸¹²

⁸¹¹ Arbh. Brussel 8 mei 2008, *JTT* 2008, afl. 1012, 289.

⁸¹² Arbh. Bergen 26 maart 2001, *JDSC* 2003 (verkort), 168, noot P. KILESTE, C. BERTSCH en C. STAUDT; *JLMB* 2003, afl. 3, 93 en <http://jlmibi.larcier.be> (24 januari 2003).

c. *Het bekleden van een dominante positie in de vennootschap*

299. Indien de dagelijks bestuurder in de vennootschap een dominante positie inneemt kan deze in dezelfde onderneming niet meer als een ondergeschikte presteren, omdat hijzelf het gezagvoerende element in de onderneming is.⁸¹³ Gezagsuitoefening is inderdaad niet mogelijk wanneer men zelf een dominante positie aanneemt in de vennootschap: de ondergeschiktheid ontbreekt wanneer de bestuurder zelf over de "grootste zeggingsmacht" in de vennootschap beschikt.

300. De beoordeling van de reële machtspositie die de dagelijks bestuurder in de onderneming inneemt, moet gebeuren in functie van de concrete realiteit, die kan worden afgeleid uit een geheel van aanwijzingen. Een belangrijke aanwijzing tegen het voorhanden zijn van een arbeidsovereenkomst is het bezitten van aandelen van de vennootschap.⁸¹⁴ De rechtspraak sluit uit dat een meerderheidsaandeelhouder tegelijkertijd ook werknemer is van de vennootschap. Als enige aandeelhouder die *de facto* de bevoegdheden uitoefent van de algemene vergadering, kan deze persoon immers op ieder ogenblik een algemene vergadering samenroepen en een einde stellen aan het mandaat van de bestuurder die het feitelijk werkgeversgezag zou uitoefenen. Aldus zou hij iedere instructie die hem door de bestuurder zou gegeven zijn, teniet kunnen doen.⁸¹⁵ Wanneer de dagelijks bestuurder slechts een minderheid van de aandelen bezit is een oordeel ten gunste of ten nadele van de potentiële aanwezigheid van een gezagsverhouding moeilijker te beoordelen. Er moet dan gekeken worden naar andere feitelijke elementen die, in combinatie met het aandelenbezit, het leveren van prestaties als een ondergeschikte kunnen uitsluiten. De statuten van de vennootschap fungeren hierbij als indicatief beoordelingselement: wanneer daaruit immers blijkt dat de dagelijks bestuurder met de meest uitgebreide machten van de vennootschap bekleed is, impliceert dit dat de mogelijkheid tot gezagsuitoefening onbestaande zal zijn.⁸¹⁶

⁸¹³ C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1989, 445.

⁸¹⁴ C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1989, 389: Volgens ENGELS is de omvang van het aandelenbezit één van de belangrijkste, zoniet de belangrijkste aanduiding bij de beoordeling van de vraag naar de aan-of aanwezigheid van een band van ondergeschiktheid.

⁸¹⁵ Arbh. Luik 19 maart 1992, *JTT* 1992, 351 (De afgevaardigd bestuurders van een NV die er meerderheidsaandeelhouders van zijn, kunnen niet met deze NV verbonden zijn door een arbeidsovereenkomst); Arbh. Brussel 21 juni 2012, *Soc.Kron.* 2013 (samenvatting), afl. 1, 50.

⁸¹⁶ C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1989, 445; Arbrb. Antwerpen 24 oktober 1995, *Soc. Kron.* 1996, 295.

d. *Cumul van functies*

301. In sommige gevallen is het enkele feit dat men bepaalde functies cumuleert onverenigbaar met het voorhanden zijn van een band van ondergeschiktheid. Wie zowel bestuurder is als dagelijks bestuurder kan vanuit de ene functie geen gezag uitoefenen ten aanzien van zichzelf in de andere functie.⁸¹⁷ Het is daarentegen wel mogelijk dat een andere persoon in de vennootschap dit gezag waarneemt: een bestuurder kan door een arbeidsovereenkomst met de vennootschap verbonden zijn, indien er sprake is van onderscheiden functies en een ondergeschikt verband. Deze afzonderlijke functie zou ook de uitoefening van het dagelijks bestuur van de vennootschap kunnen zijn.⁸¹⁸

De uitoefening van een functie in ondergeschikt verband voorafgaand aan de opname van een mandaat als dagelijks bestuurder en de verdere uitoefening ervan volstaat niet om het verder bestaan van de arbeidsovereenkomst aan te tonen.⁸¹⁹ Een onderzoek naar de reële machtspositie van de betrokkene is steeds vereist, waarbij moet nagegaan worden of de latere benoeming als dagelijks bestuurder niet veeleer als een theoretische benoeming beschouwd moet worden ('papieren mandaat'). Een voorkomend fenomeen uit de praktijk is bijvoorbeeld de benoeming van de boekhouder tot dagelijks bestuurder, die hetzelfde werk blijft doen als voordien, geen nieuwe taken toebedeeld krijgt en ook onder toezicht blijft staan van dezelfde vennootschapsmandatarissen. Omgekeerd is het ook mogelijk dat een voormalige werknemer opklimt in de rangen van de vennootschap door er meerderheidsaandeelhouder te worden of er *de facto* een belangrijke bestuursfunctie uit te oefenen.⁸²⁰

⁸¹⁷ Arbh. Gent 3 februari 2012, AR 2010/1G/396, *onuitgeg.*

⁸¹⁸ B. ADRIAENS en D. DEJONGHE, "De vennootschapsmandataris en het sociaal recht", *Or.* 2002, 27.

⁸¹⁹ Cass. 20 oktober 1976, *Arr. Cass.* 1977, 222; *Pas.* 1977, I, 223; *RW* 1976-77, 2483; *T.S.R.* 1977, 18 en 76 (Noch het feit dat hij bij de R.S.Z. aangesloten bleef nocht de mogelijkheid van een niet nader genoemde controle door de andere leden van de raad van bestuur en door de algemene vergadering volstaat wettelijk om af te leiden dat een afgevaardigd bestuurder voor bepaalde taken ten opzichte van de vennootschap in een band van ondergeschiktheid stond); Arbh. Bergen 26 maart 2001, *JLMB* 2003, 93-99, *JDSC*, 2003, 168-169, met noot P. KILESTE, C. BERTSCH en C. STAUDI, "Exercice des fonctions de gestion journalière par un administrateur dans le cadre d'un contrat de travail"; Kh. Antwerpen 14 november 1979, *RW* 1979-80, 1936; C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1989, 419.

⁸²⁰ Arbh. Bergen 26 maart 2001, *JLMB* 2003, 93-99, *JDSC*, 2003, 168-169, met noot P. KILESTE, C. BERTSCH en C. STAUDI, "Exercice des fonctions de gestion journalière par un administrateur dans le cadre d'un contrat de travail"; C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1989, 419, waarbij het voorbeeld wordt gegeven van de directeur van de familieonderneming die 70% van de aandelen verwerft bij zijn benoeming, maar daarvoor met een arbeidsovereenkomst verbonden was met de vennootschap.

e. *Toezicht en periodieke rapportering ten opzichte van het controlerend orgaan*

302. De verantwoording die de dagelijks bestuurder moet afleggen ten aanzien van het controlerend orgaan - dit kan zijn de algemene vergadering, de raad van bestuur en/of directiecomité - alsook de verplichting tot periodieke rapportering ten aanzien van dat orgaan, kan in beginsel niet mee in overweging worden genomen om de aard van de arbeidsrelatie te bepalen. De uitsluiting van verplichtingen die inherent zijn aan een beroep én door of krachtens een wet zijn opgelegd, worden wettelijk verankerd in de arbeidsrelatiewet.⁸²¹ Deze bepaling heeft ook gevolgen voor de kwalificatie van de arbeidsrelatie van de leden van het orgaan van dagelijks bestuur.⁸²²

Traditioneel wordt de dagelijks/afgevaardigd bestuurder immers opgevat als een lasthebber, die op grond van artikel 1993 BW gehouden is om rekenschap te geven van de uitvoering van zijn opdracht.⁸²³ Onder verwijzing naar deze wettelijke bepalingen accepteren enkele auteurs dat de rekenschap die de dagelijks/afgevaardigd bestuurder moet geven aan het controlerend orgaan inherent is aan diens functie en dat er daarom dan ook geen gezagsverhouding aanwezig is⁸²⁴

Om neutraal te kunnen blijven ten aanzien van het kwalificatievraagstuk moet de rekenschap ten aanzien van het betreffende controlerende orgaan alsook de vereiste rapportering nochtans wel beperkt blijven tot de verantwoording die moet worden afgelegd in de verhouding tussen de dagelijks/afgevaardigd bestuurder en de vennootschap. Ook de rapportering moet binnen deze grens blijven. Een verslag dat jaarlijks moet worden voorgebracht op de algemene vergadering om rekenschap te geven over het gevoerde dagelijks beleid werd in de oude rechtspraak niet weerhouden als een aanwijzing voor het bestaan van een band van ondergeschiktheid.⁸²⁵

⁸²¹ Artikel 333§3 arbeidsrelatiewet. Cass. 20 oktober 1976, Arr. cass. 1977, 222.

⁸²² Dit geldt ook voor het directiecomité, waarvoor het toezicht van de raad van bestuur bepaald werd in art. 525bis W. Venn. ('Wanneer een directiecomité wordt ingesteld is de raad van bestuur belast met het toezicht op dat comité'). Zie ook S. DE DIER en A. VAN BEVER, "Standpunt: het arbeidsrechtelijke statuut van een lid van het directiecomité van een NV (art. 524bis W. Venn.)", TRV 2011, afl. 4, 217 en verder.

⁸²³ Artikel 1993 BW.

⁸²⁴ L. ELIAERTS, De arbeidsrelatiewet, vennootschapsmandatarissen en vennoten", TRV 2008, afl. 2, 93, nr. 28.

⁸²⁵ Kh. Luik 6 februari 1979, RPS 1980, 136. Deze stelling is juist in de mate dat de bestuurdersovereenkomst inderdaad kwalificeert als een zuivere lastgevingsovereenkomst: krachtens artikel 333§2 van de

f. *Al dan niet kosteloos karakter van het mandaat*

303. Volledig neutraal voor de beoordeling van de aan- of afwezigheid van een band van ondergeschiktheid is de al dan niet kosteloze uitoefening van het mandaat.⁸²⁶ Abstractie moet daarbij gemaakt worden van die regel uit het sociale zekerheidsrecht, die het bewijs van kosteloosheid wél vereist.

g. *Familiale relaties*

304. Het bestaan van een verwantschapsband tussen de dagelijks bestuurder en andere leden van de vennootschap sluit het bestaan van een gezagsband niet uit. Een vader kan bijvoorbeeld een dienstbetrekking uitoefenen onder het gezag van zijn zoon.⁸²⁷ Anderzijds neemt het bestaan van een band van ouderlijk gezag tussen een ouder en een kind niet weg dat deze op een zelfstandige manier met elkaar samenwerken. Niet de familieband is een determinerend criterium, maar wel het al dan niet voorhanden zijn van een concrete gezagsuitoefening.

Eenzelfde vaststelling geldt ten aanzien van gehuwden en/of feitelijk/wettelijk samenwonenden: uit de familiale samenstelling van de raad van bestuur van een vennootschap en de feitelijke machtspositie die een persoon in de vennootschap uitoefent, kan blijken dat de raad van bestuur in feite geen gezag kan uitoefenen.⁸²⁸ Om na te gaan of de betrokken dagelijks bestuurder wel degelijk een werknemer is van de vennootschap moet naar zijn concrete positie in de vennootschap worden gekeken.⁸²⁹

arbeidsrelatiewet moeten de voorwaarden van eigenheid aan het beroep en het voorhanden zijn van een wettelijke bepaling immers cumulatief vervuld zijn. Dit is bij lastgeving het geval.

⁸²⁶ C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1989, 436; Cass. 5 december 1983, RPS 1984, 140; Arbh. Bergen 26 maart 2001, JLMB 2003, 93-99, JDSC, 2003, 168-169, met noot P. KILESTE, C. BERTSCH en C. STAUDT, "Exercice des fonctions de gestion journalière par un administrateur dans le cadre d'un contrat de travail".

⁸²⁷ Cass. 28 mei 1984, Arr. Cass. 1983-84, 1252; Pas. 1984, I, 1172 en RW 1984-85, 333, concl. Adv. Gen. LENAERTS.

⁸²⁸ Arbh. Gent 6 februari 2003, RABG 2003, afl. 19, 1115, noot D. VAN STRIJTHEM. *In casu* nam het Hof aan dat het ondenkbaar was dat de echtgenoot (stichter, aandeelhouder en gedelegeerd bestuurder) en de twee zonen van de betrokkene, als leden van de raad van bestuur zouden beslissen de betrokkene, tegen haar wil in, te ontslaan, behoudens ingeval van een zeer zwaar echtelijk conflict waarbij de zonen partij kiezen voor de vader, hetgeen haast onvermijdelijk tot de ondergang van de onderneming zou leiden, aangezien de betrokkene bij echtscheiding de controle kan verwerven over een belangrijk aandelenpakket (44%) gelet op het toepasselijke huwelijksstelsel.

⁸²⁹ C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1989, 383; zie ook Arbh. Brussel 24 juni 2010, RABG 2011 afl. 3, 197, noot V. DOOMS, waar aangenomen werd dat vader en zoon - beide gedelegeerd bestuurders in een vennootschap en statutair zaakvoerders in een andere

D) Kritiek

305. De juridische mogelijkheid dat een dagelijks bestuurder een werknemer kan zijn van de vennootschap werd in de rechtsleer algemeen positief onthaald. De overgrote meerderheid van de auteurs accepteerde dat de leden van het dagelijks bestuur door middel van een arbeidsovereenkomst met de vennootschap verbonden kunnen zijn.⁸³⁰ Slechts een aantal auteurs, waaronder VAN OMMESLAGHE en DIEUX, bekritiseerden deze evolutie in de cassatierechtspraak. De dagelijks bestuurder moest, naar hun mening, immers beschouwd worden als een orgaan van de vennootschap, dat bijgevolg niet in een ondergeschikte band kon staan ten opzichte van de rechtspersoon waarmee het zich identificeerde en waarvoor het de toegewezen bevoegdheden uitoefende. Bovendien achtten zij het beperkte aansprakelijkheidsregime waaraan de dagelijks bestuurder-werknemer onderworpen wordt krachtens artikel 18 WAO onverenigbaar met de aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder op basis van artikel 527 W. Venn., op grond waarvan dagelijks bestuurders in overeenstemming met het gemeen recht verantwoordelijk zijn voor de vervulling van hun taak en aansprakelijk zijn voor de tekortkomingen in hun bestuur.⁸³¹ Deze opvatting tegen de dagelijks bestuurder als werknemer moet geplaagd worden in het licht van de onderliggende opvattingen van de vermelde auteurs, namelijk dat de dagelijks bestuurder gezien moet worden als niet zomaar een persoon die uitvoering geeft aan de beslissingen van de raad van bestuur, maar dat hij mee impuls geeft aan het algemeen beleid van de vennootschap.⁸³²

Een soortgelijke aversie voor de dagelijks bestuurder-werknemer vinden we ook terug bij FRANQUET, die de aandacht vestigt op de economische realiteit van de vennootschap en de bijhorende ondernemende rol die daarin is weggelegd voor de

vennootschap en ook beide bedienden in deze twee vennootschappen – niet tegelijkertijd werkgever en werknemer van elkaar konden zijn.

⁸³⁰ C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1989, p. 393 en verder; B. ADRIAENS en D. DEJONGHE, "De vennootschapsmandataris en het sociaal recht", *Or.* 2002, p. 31; L. ELIAERTS, "De arbeidsrelatiewet, vennootschapsmandatarissen en vennoten", *TRV* 2008, afl. 2, p. 93; A. GILLET en M. MICHAUD-NERARD, "Le statut social du dirigeant d'entreprise: un point sur la question", *Or.* 2010, afl. 10, 3; S. DE DIER en A. VAN BEVER, "Standpunt: het arbeidsrechtelijke statuut van een lid van het directiecomité van een NV (art. 524bis W. Venn.)", *TRV* 2011, afl. 4, 223.

⁸³¹ P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, *Examen de jurisprudence: les sociétés commerciales*, *RCJB* 1993, 751, nr. 119.

⁸³² P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, *Examen de jurisprudence: les sociétés commerciales*, *RCJB* 1993, 781, nr. 127. "L'administrateur-délégué n'est pas un simple exécutant des délibérations du conseil d'administration, ni un gestionnaire du quotidien. C'est lui qui, en réalité donne l'impulsion à la politique générale de la société (...)" Vrij vertaald: "De afgevaardigd bestuurder is niet een simpele uitvoerder van de beslissingen van de raad van bestuur (...). Hij is het die impuls geeft aan het algemeen beleid van de vennootschap (...)"

vennootschapsmandatarissen.⁸³³ Die rol is volgens hem voor de dagelijks bestuurder niet beperkt tot de loutere uitvoering van taken in functie van het maatschappelijk doel van de vennootschap, maar bestaat er ook in om leiding te geven en te controleren op efficiëntie met oog op een maximalisatie van de winst. Vanuit die optiek dat de dagelijks bestuurder – net als de bestuurder en de leden van het directiecomité – de geest van de onderneming belichaamt en evengoed een stuwende kracht is van de vennootschap, besluit hij dat de aard van dat contract een band van ondergeschiktheid onmogelijk maakt.⁸³⁴ Een meer genuanceerd standpunt vinden we terug in de teksten van VANNES, die de evolutie in de rechtspraak als verrassend bestempeld, onder verwijzing naar het feit dat de gezagsuitoefening door de (andere) leden van de raad van bestuur vaak zeer beperkt is of zelfs volledig afwezig is.⁸³⁵

306. De bovenstaande standpunten kunnen vandaag gelet op de ratio ervan, in het licht van het arrest van het Hof van Cassatie van 26 februari 2009, nog moeilijk verdedigd worden. Minstens vormen zij de aanleiding voor een ruimer debat rond de werkelijke positie van de dagelijks bestuurder in de NV. Het Hof van Cassatie besliste in zijn arrest van 2009 zeer duidelijk dat het takenpakket van de dagelijks bestuurder erg beperkt is, als gevolg waarvan de stelling dat de dagelijks bestuurder de motor is van de vennootschap die een algemene impuls geeft aan het beleid, niet langer kan worden volgehouden. Zonder een wetgevend ingrijpen is er m.a.w. geen plaats meer voor een vooraanstaande rol voor het orgaan van dagelijks bestuur in de NV.⁸³⁶ Wanneer men deze beschouwingen in rekening brengt, valt het beletsel om de aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder te beperken zoals de aansprakelijkheid van een werknemer voor een groot stuk weg. Minder bevoegdheden brengen met zich mee dat er een kleinere noodzaak bestaat om de betrokkene ter verantwoording te roepen. Bovendien impliceert het verplichte toezicht van een werknemer

⁸³³ V. FRANQUET, "Mandats de la gestion journalière, de la représentation permanente et de la représentation légale: quelle consequence pour l'assujettissement au statut social des travailleurs indépendants?", Or. 2013, afl. 8, p. 4. FRANQUET spreekt over 'leadership entrepreneurial'.

⁸³⁴ V. FRANQUET, "Mandats de la gestion journalière, de la représentation permanente et de la représentation légale: quelle consequence pour l'assujettissement au statut social des travailleurs indépendants?", Or. 2013, afl. 8, p. 4.

⁸³⁵ V. VANNES, *Le contrat de travail: aspect théoriques et pratiques*, 3^{de} ed., Brussel, Bruylant, 2011, 77.

⁸³⁶ Het ziet er niet naar uit dat een eventueel wetgevend ingrijpen voordelig zou zijn voor de figuur van de dagelijks bestuurder in de NV. Integendeel, in de ruimere context van de modernisering en vereenvoudiging van het vennootschapsrecht gaan er steeds meer stemmen op om het dagelijks bestuur in de NV volledig te laten verdwijnen door het af te schaffen. Zelfs als het dagelijks bestuur zou blijven bestaan, is het hoogst ondenkbaar dat haar rol zou worden vergroot en het bevoegdheidspakket ervan zou worden uitgebreid in overeenstemming met het verzoek uit de bedrijfswereld.

dat de verantwoording kan worden verlegd naar de voor het toezicht verantwoordelijke persoon of orgaan.

307. De mogelijkheid om het dagelijks bestuur van de vennootschap waar te nemen als een werknemer van de vennootschap moet m.i. afgetoetst worden aan de omvang en de aard van het reële bevoegdheidspakket van de betrokken dagelijks bestuurder. In de uitvoering van een opdracht als dagelijks bestuurder kan men immers zowel handelingen stellen op instructie van een ander vennootschapsorgaan, als autonoom - op eigen initiatief - een eigen invulling geven aan het dagelijks beleid.

In de mate dat een dagelijks bestuurder binnen een bepaalde vennootschapsstructuur alleen maar geldt als een verlengstuk van de raad van bestuur en/of het directiecomité, betekent dit dat er enerzijds een gezagsrelatie voorhanden is en anderzijds dat de dagelijks bestuurder zich kan verschuilen achter de bevelen die hij van hogerhand heeft ontvangen. In die gevallen moet het mogelijk zijn dat ook een dagelijks bestuurder, net als elke andere werknemer van de vennootschap, geniet van de beschermingsregels van het arbeidsrecht. Indien het dagelijks bestuur echter in realiteit ook, zelfs is het maar af en toe, autonoom optreedt en, los van een ander vennootschapsorgaan, beslissingen kan nemen die een impact hebben op het beleid van de vennootschap, moet hieruit worden afgeleid dat het gezag dat nodig is voor een arbeidsrechtelijke relatie ontbreekt en dat – zelfs al werd er tussen partijen een arbeidsovereenkomst gesloten – een dergelijk dagelijks bestuurder beter niet als een werknemer kan worden beschouwd.

308. De rechtspositie van de dagelijks bestuurder hoeft wat mij betreft dus niet uit het arbeidsrecht te worden gelicht. Wel ben ik er voorstander van dat, van zodra uit de concrete omstandigheden blijkt dat de dagelijks bestuurder zelfstandig (i.e. in alle vrijheid) beslissingen nam en kon nemen, er geen ruimte is voor een status als werknemer. Een dagelijks bestuurder die werkelijke beslissingsbevoegdheid heeft, kan niet vergeleken worden met een gewone werknemer. Een vennootschapsmandataris die autonoom beslist, moet in lijn met de verkregen autonomie verantwoordelijk gesteld kunnen worden voor zijn handelingen. Bevoegdheid en aansprakelijkheid gaan hier hand in hand.

Enkel wanneer uit een feitenonderzoek zou blijken dat de dagelijks bestuurder in werkelijkheid geen feitelijke, autonome beslissingsmacht heeft gehad - zelfs niet over het

dagelijks beleid - maar enkel handelde op instructie van een ander vennootschapsorgaan, is het wenselijk dat deze persoon behandeld wordt als elke andere gewone werknemer en bijgevolg geniet van de voordelen van het arbeidsrecht. In de praktijk zullen deze gevallen schaars zijn, omdat heel vaak aan het dagelijks bestuur eerder meer dan minder bevoegdheden worden toegekend dan wettelijk voorzien.

Hoofdstuk II: CONTRACTUALISERING VAN DE VERHOUDING TUSSEN VENNOOTSCHAP EN DAGELIJKS BESTUURDER

309. De opdracht van het dagelijks bestuur kan in het kader van verschillende types van overeenkomsten worden vervuld. Enerzijds bestaat er de mogelijkheid tot contractualisering van het mandaat door een arbeidsovereenkomst te sluiten, anderzijds bestaat er de mogelijkheid tot contractualisering op basis van een geschreven overeenkomst, waarvan de inhoud op basis van het principe van wilsautonomie door partijen vrij kan worden bepaald (in de regel de managementovereenkomst genoemd, hierna 'management-' of 'aannemingsovereenkomst').⁸³⁷

Wat de managementovereenkomst betreft, dient vooreerst te worden nagegaan wat onder dit begrip moet worden verstaan en aan welke voorwaarden een overeenkomst moet voldoen om als een managementovereenkomst beschouwd te worden. Vervolgens wordt dan onderzocht hoe de managementovereenkomst juridisch gekwalificeerd moet worden. Een juridische kwalificatie dringt zich op, omdat de gemeenrechtelijke bepalingen van de ene of de andere rechtsfiguur, als basis en in sommige gevallen als een aanvulling zullen dienen van de contractuele bepalingen die partijen in hun contract hebben voorzien. In die optiek is het relevant om te analyseren of de managementovereenkomst een aannemingsovereenkomst, een lastgevingsovereenkomst, een gemengde overeenkomst dan wel een overeenkomst *sui generis* is.

Bijkomend worden de praktische aspecten en de belangrijkste bepalingen onderzocht die in de managementovereenkomst met een dagelijks bestuurder aan bod komen. Welke clausules

⁸³⁷ Een derde mogelijkheid, waarbij een dagelijks bestuurder als rechtspersoon wordt aangeduid en een natuurlijke persoon *de facto* over een bestuursmandaat beschikt buiten het kader van de managementovereenkomst, wordt hier niet behandeld.

dient men in het contract zeker op te nemen en welke niet? Tot slot wordt in dit hoofdstuk ook aandacht besteed aan de gevolgen die het maken van een keuze voor de ene of de andere samenwerkingsvorm met zich brengen. Deze manifesteren zich immers niet alleen op financieel vlak, maar hebben evengoed betrekking op het aansprakelijkheidsregime waaraan de dagelijks bestuurder onderworpen wordt en de sociale bescherming waarop hij kan terugvallen bij de beëindiging van zijn mandaat.

§ 1. De managementovereenkomst

A) Definitie

310. Bij ontstentenis van een wettelijke omschrijving van het begrip wordt de managementovereenkomst in de rechtsleer omschreven als *'een overeenkomst waarbij het beheer van een vennootschap geheel of gedeeltelijk wordt toegekend aan een persoon en dat tegen de betaling van een vergoeding'*.⁸³⁸

Het moet daarbij gaan om een gedeeltelijke delegatie van het beleid van de vennootschap met respect voor de grenzen die door de wet worden gesteld, waaronder het uitdrukkelijk verbod tot een algemene bevoegdheidsdelegatie en specifiek met betrekking tot de dagelijks bestuurder, de maximale delegatie van het dagelijks beleid.⁸³⁹ VAN CROMBRUGGE stelt hierbij als een bijkomende voorwaarde dat het moet gaan over de delegatie van de operationele leiding, waaronder bijvoorbeeld de uitbouw van de administratieve organisatie of de invoering van nieuwe productiemethoden.⁸⁴⁰ Deze zienswijze van VAN CROMBRUGGE wordt

⁸³⁸ 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, 212; S. BEYAERT, "De managementovereenkomst", in X, *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, p. 21. B. DEGROOF, "Contractualisering van de verhouding dagelijks bestuurder en vennootschap: arbeidsovereenkomst of managementovereenkomst", *Jura Falc.* 2009-2010, Nr. 3, p. 489; E. JANSSENS, "Enkele praktische aspecten van de managementovereenkomst", in R. FELTKAMP EN E. JANSSENS (eds.), *Ondernemingscontracten stap voor stap (2^{de} editie)*, Brussel, Larcier, 2013, p. 130.

⁸³⁹ Art. 522 en 525 W. Venn.

⁸⁴⁰ S. VAN CROMBRUGGE, *Ondernemingscoöperatie. De nationale en internationale aspecten van samenwerkingsovereenkomsten*, Deurne, Kluwer, 1994, p. 93, nr. 124. Van Crombrugge definieert de managementovereenkomst als *'een overeenkomst waardoor een onderneming zich verbindt, tegen*

door de meerderheid van de rechtsleer niet gevolgd omdat deze veel te beperkend zou zijn.⁸⁴¹ Het uitsluiten van andere vormen van delegatie maakt de managementovereenkomst volgens o.a. BEYAERT een praktisch moeilijk hanteerbaar instrument.⁸⁴² De bevoegdheidsdelegatie dient immers niet noodzakelijk betrekking te hebben op het resultaatgericht aansturen van een concreet werkproces, de operationele leiding, maar kan evenzeer van functionele of hiërarchische aard zijn. Om die reden verdient het uitgangspunt van VAN CROMBRUGGE dan ook geen navolging.

De betrokkenheid van de manager bij het bestuur van de vennootschap impliceert bovendien dat hij over een zekere beslissingsbevoegdheid beschikt.⁸⁴³ Dit aspect onderscheidt de managementovereenkomst van de adviesverleningsovereenkomst of consultancyovereenkomst, waarbij de adviseur of consultant eveneens (beleids)advies verstrekt tegen de betaling van een vergoeding, maar verder geen zeggenschap heeft in de betrokken onderneming.

311. Samenvattend kan worden gesteld dat er kan worden gesproken van een managementovereenkomst wanneer de volgende vier constitutieve elementen voorhanden zijn.

Er moet vooreerst een overeenkomst voorhanden zijn (1). Een geschrift is niet vereist voor de geldigheid van de overeenkomst, maar is wel aanbevolen ten behoeve van het bewijs, in geval er in een later stadium enige discussie zou ontstaan over de uitvoering van de managementovereenkomst.

vergoeding, de operationele leiding over een andere onderneming geheel of gedeeltelijk op zich te nemen'.

⁸⁴¹ 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, 212; S. BEYAERT, "De managementovereenkomst", in X, *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, p. 22; E. JANSSENS, "Enkele praktische aspecten van de managementovereenkomst", in R. FELTKAMP EN E. JANSSENS (eds.), *Ondernemingscontracten stap voor stap (2^{de} editie)*, Brussel, Larcier, 2013, p. 130.

⁸⁴² S. BEYAERT, "De managementovereenkomst", in X, *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, p. 22.

⁸⁴³ S. BEYAERT, "De managementovereenkomst", in X, *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, p. 21; E. JANSSENS, "Enkele praktische aspecten van de managementovereenkomst", in R. FELTKAMP EN E. JANSSENS (eds.), *Ondernemingscontracten stap voor stap (2^{de} editie)*, Brussel, Larcier, 2013, p. 130.

Ten tweede is het vereist dat de overeenkomst ertoe strekt dat een gedeelte van het beleid van de vennootschap wordt toegewezen aan een bepaalde persoon (2). Dit kan een natuurlijke of een rechtspersoon zijn (een managementvennootschap).

In de praktijk worden managementovereenkomsten frequent gesloten met een managementvennootschap. Dit is een vennootschap waarvan de manager de meerderheidsaandeelhouder is. Deze vennootschap wordt aangewend voor het uitoefenen van leidinggevende functies (managementadvies –en prestaties) binnen een onderneming.⁸⁴⁴ De toewijzing van (een deel van) de leiding van de vennootschap betreft het voorwerp van de overeenkomst. De delegatie hoeft zoals gezegd niet noodzakelijk betrekking te hebben op de operationele aspecten van de vennootschap, al zal dit in de meeste gevallen wel zo zijn.

Vervolgens dient door middel van de managementovereenkomst beslissingsbevoegdheid overgedragen te worden aan de manager (3). Bij delegatie van beslissingsbevoegdheid wordt aan de manager de bevoegdheid gegeven om autonoom over een deelaspect inzake het beleid over de vennootschap te beslissen. Dit aspect van de managementovereenkomst is wat de overeenkomst onderscheidt van de consultancyovereenkomst.⁸⁴⁵

Een laatste constitutieve voorwaarde is de vergoeding of de prijs die de manager ontvangt voor de door hem uitgevoerde opdrachten, de managementvergoeding (4). Deze vergoeding kan zeer veel vormen aannemen en kan in beginsel vrij door partijen bepaald worden.⁸⁴⁶

⁸⁴⁴ S. BEYAERT, "De managementovereenkomst", in X, *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, p. 22.

⁸⁴⁵ B. GILIS, F. JENNE, PH. MULLIEZ, V. PEDE, V. PERTRY, K. SPAGNOLI en M. WAUTERS, *De managementovereenkomst: een praktisch antwoord op 20 prangende vragen. Reeks dossiers voor bedrijfsjuristen*, Gent, Larcier, 2011, p. 5.

⁸⁴⁶ Er zijn dwingende regels voor de leiders van beursgenoteerde vennootschappen, maar dan vooral m.b.t. de omvang van de vertrekvergoedingen (cfr. artikel 554 W. Venn., zie *supra* randnummers 64 en verder).

B) Kwalificatie

312. Een relevante vraag is hoe de managementovereenkomst tussen de manager en de vennootschap contractueel moet gekwalificeerd worden. Het antwoord op deze vraag is van belang om de managementovereenkomst te kunnen onderbrengen bij een bepaalde categorie van overeenkomsten waaraan telkens een geheel van regels worden toegeschreven. Van de bestuurdersovereenkomst bijvoorbeeld is bekend dat het om een lastgevingsovereenkomst gaat, waardoor de regels van de lastgeving, wanneer partijen niet van het suppletief recht hebben afgeweken, aanvullend van toepassing zullen zijn op het bestuurderscontract.⁸⁴⁷ Tevens zal het contract in overeenstemming met de lastgevingsregels geïnterpreteerd worden. Het bepalen van een categorie leidt dus tot een functionele toepassing van de regels die voor een bepaalde typeovereenkomst gelden, op voorwaarde dat partijen niet van de gemeenrechtelijke regelgeving zijn afgeweken door contractueel een andere regeling op te nemen.

313. De eerste vraag die zich opdringt, is of de managementovereenkomst al dan niet kan worden beschouwd als een benoemde overeenkomst, dit is een overeenkomst die uitdrukkelijk, al is het vaak door suppletieve voorschriften, in de wet geregeld is. Bijgevolg zijn de onbenoemde contracten diegene die door de wet aan geen specifieke regeling werden onderworpen (artikel 1177 BW). De benoemde overeenkomsten worden in ons Burgerlijk Wetboek ingedeeld in twee soorten overeenkomsten, namelijk aan de ene kant de overeenkomsten die een bepaald zakelijk recht op een bepaalde zaak wensen over te dragen (schenking, verkoop, pand e.a.) en aan de andere kant de overeenkomsten die het verstrekken van een bepaalde dienst tot voorwerp hebben.⁸⁴⁸ De overeenkomst tussen een manager en vennootschap is in elk geval een dienstenovereenkomst, aangezien deze niet de overdracht van een bepaalde zaak maar wel het leveren van prestaties tot voorwerp heeft. De categorie van de dienstenovereenkomsten is op haar beurt onderverdeeld in vier subcategorieën: de

⁸⁴⁷ Door BRAECKMANS en HOUBEN wordt de bestuurdersovereenkomst terecht als een gemengde overeenkomst gekwalificeerd, gelet op de verschillen die er bestaan tussen de interne verhouding vennootschap-bestuurder en de interne verhouding lasthebber-lastgever. H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, Handboek Vennootschapsrecht, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 247, nr. 455.

⁸⁴⁸ B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, die Keure, Brugge 2005, p. 3, nr. 2.

arbeidsovereenkomst, de lastgevingsovereenkomst, de aannemingsovereenkomst en de bewaargeving.

Daarnaast is het ook nog mogelijk dat de managementovereenkomst als geen van de voormelde overeenkomsten kan worden gekwalificeerd en dat de managementovereenkomst dus in feite een overeenkomst *sui generis* is, waarbij niet zomaar kan worden teruggevallen op de gemeenrechtelijke regels die verbonden zijn aan een bepaalde, benoemde overeenkomst.

De vraag hoe de managementovereenkomst precies moet worden gekwalificeerd, wordt uitgebreid beantwoord in het tweede hoofdstuk van het derde deel van dit proefschrift.⁸⁴⁹

C) Principiële mogelijkheid tot contractualisering en de voorwaarde daartoe

(i) Algemeen

314. Algemeen wordt aangenomen dat de contractualisering van het mandaat van de dagelijks bestuurder in het kader van een managementovereenkomst met de vennootschap mogelijk is.⁸⁵⁰ Dit wordt door de rechtsleer aangenomen op grond van de rechtspraak van het Hof van Cassatie waarin wordt gesteld dat het dagelijks bestuur in het kader van een arbeidsovereenkomst kan worden uitgeoefend.⁸⁵¹ Indien men aanvaardt dat men de positie van dagelijks bestuurder kan bekleden als een werknemer, op grond van een arbeidsovereenkomst, zou het niet logisch zijn om partijen het verbod op te leggen om hun zelfstandige samenwerking te formaliseren zoals zij het wensen.

⁸⁴⁹ Zie *infra* randnummer 312 en verder.

⁸⁵⁰ K. GEENS., M. WYKAERT, C., CLOTTENS, F. PARREIN., S. DE DIER., S. COOLS., "Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1999-2010", *TPR* 2012, afl. 1, p. 275, nr. 275.

⁸⁵¹ Cass. 22 januari 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 559; *Pas.* 1981, I, 543; *Rév. Prat. Soc.* 1981, 285; *RCJB* 1981, 495, noot S.J. NUDELHOLE; *Cass.* 28 mei 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 1252; *Pas.* 1984, I, 1172 en *RW* 1984-85, 333, concl. Adv. Gen. LENAERTS; L. ELIAERTS, "De arbeidsrelatiewet, vennootschapsmandatarissen en vennoten", *TRV* 2008, afl. 2, 93. Zie *infra* randnummers 280 en verder.

(ii) Specifiek m.b.t. de dagelijks bestuurder die ook bestuurder is

315. De vraag rijst hoe men moet omgaan met de afgevaardigd bestuurder die zijn samenwerking met de vennootschap wenst te contractualiseren, los van zijn bestuurdersmandaat.

Principieel bestaat er geen bezwaar voor een bestuurder om zijn bestuurderstaak in de vennootschap te cumuleren met een functie als verantwoordelijke over het dagelijks beleid van de onderneming. In het kader van de uitoefening van zijn taak als dagelijks bestuurder kan hij perfect een managementovereenkomst aangaan waarvan de geldigheid weliswaar onderworpen is aan één esentiële voorwaarde, namelijk dat de functies van manager en bestuurder van elkaar zijn afgescheiden en dus dat er sprake is van een dualiteit van functies.⁸⁵² Een opdracht als bestuurder kan immers, naar analogie met de redenering inzake de arbeidsovereenkomst, op zichzelf niet in het kader van een managementovereenkomst worden vervuld. De regel van de *ad nutum*-herroepbaarheid staat eraan in de weg dat opzeggingstermijnen en opzeggingsvergoedingen in acht genomen moeten worden naar aanleiding van de beëindiging van het mandaat van de bestuurder.⁸⁵³ De regel wordt geacht van openbare orde te zijn, minstens van dwingend recht en elke hiermee strijdige contractuele bepaling is bijgevolg nietig.⁸⁵⁴ Om toch nog aanspraak te maken op een beëindigingsvergoeding wordt deze regel in de praktijk vaak omzeild door een afzonderlijke managementovereenkomst te sluiten waarin dan contractueel een beëindigingsvergoeding wordt bedongen. Het bewijs van onderscheiden functies dient dan, om gerechtigd te kunnen zijn op betaling, wel effectief door de betrokken bestuurder geleverd te kunnen worden.

316. Indien een bestuurder tegelijk ook een 'managementovereenkomst' heeft met de NV, maar op geen enkele wijze kan bewijzen dat hij in de uitvoering van deze overeenkomst ook maar één commerciële opdracht heeft ontvangen of uitgevoerd, is aan deze voorwaarde niet voldaan.⁸⁵⁵ De dualiteitsvoorwaarde wordt evenwel door sommige rechtsleer impliciet als

⁸⁵² Zie *infra* randnummer 81 en verder.

⁸⁵³ Art. 518§3 W. Venn.

⁸⁵⁴ Cass. 13 april 1989, TRV 1989, 321, noten M. WYCKAERT en F. BOUCKAERT.

⁸⁵⁵ Gent 2 juni 2003, JDSC 2005, 128, noot P. KILESTE, C. STAUDT.; TRV 2003, afl. 7, 595, noot J. VANANROYE, waar het Hof bij ontstentenis van enig bewijs besliste dat de bestuurder niet gerechtigd was tot een vergoeding voor de verbreking van de 'managementovereenkomst'.

vervuld beschouwd door het enkele feit dat de betrokkene de functie van afgevaardigd bestuurder uitoefent.⁸⁵⁶ Een bevestiging van dit standpunt kan men in de schaarse rechtspraak over dit onderwerp niet terugvinden, maar m.i. kan deze stelling worden bijgetreden in de mate dat het dagelijks bestuur door de bestuurder ook effectief wordt uitgeoefend.

317. Het feit dat de dualiteitsvoorwaarde vervuld werd, heeft niet noodzakelijk tot gevolg dat er zonder meer sprake is van het bestaan van een afzonderlijke managementovereenkomst. De vereiste dualiteit van functies is in die optiek slechts een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde. Dat is althans het standpunt dat de Rechtbank van Koophandel van Hasselt innam in haar vonnis van 10 juni 2008. De rechtsvraag die hier centraal stond was de volgende:

“was Debeca buiten haar mandaat als bestuurder tevens met de vennootschap verbonden door een managementovereenkomst/dienstverleningsovereenkomst van onbepaalde duur waaraan Belfort International enkel een einde kon stellen mits naleving van een redelijke opzegtermijn of betaling van een vervangende opzegvergoeding.”

De Rechtbank besliste uiteindelijk om geen opzegvergoeding toe te kennen, omdat er geen geschreven managementovereenkomst voorlag en het bestaan ervan ook niet kon afgeleid worden uit de door Debeca aangehaalde elementen. Bij gebreke aan bewijs wees de Rechtbank de vordering van Debeca op dit punt af.⁸⁵⁷

318. In een noot onder het vonnis stelt DE DIER zich de terechte vraag of dit uitgangspunt niet al te formalistisch is en of men niet kan spreken over een stilzwijgende, automatische managementovereenkomst van zodra een manager met het dagelijks bestuur van een vennootschap wordt belast en dat geschiedt tegen de betaling van een vergoeding. DE DIER motiveert zijn stellingname onder verwijzing naar de definitie van de managementovereenkomst – *‘een overeenkomst waarbij het beheer van een vennootschap geheel of gedeeltelijk aan een bepaald persoon wordt toegekend en dat tegen een vergoeding’*

⁸⁵⁶ C. ALLATA, "Le statut social et fiscal de l'administrateur comme dirigeant d'entreprise" in L. VAN DEN BERGHE, T. BAELDEN en BELGIAN GOVERNANCE INSTITUUT (eds.), *Vademecum van de bestuurder*, Mechelen, Kluwer, 2007, p. 209.

⁸⁵⁷ Kh. Hasselt 10 juni 2008, *TRV* 2009, afl. 7, p.650, noot S. DE DIER.

- en naar de vennootschapsrechtelijke kwalificatie van de managementovereenkomst als een lastgeving, zodat indien de managementovereenkomst op het vlak van beëindiging het stilzwijgen bewaart, er geen substantieel verschil bestaat met betrekking tot de rechtspositie van de reguliere dagelijks bestuurder.⁸⁵⁸

Het resultaat zou dan in het aangehaalde vonnis niet anders zijn - Debeca zou evenmin gerechtigd zijn op de betaling van enige opzeggingsvergoeding - maar de motivering is anders.

Deze zienswijze van DE DIER verdient navolging.⁸⁵⁹ Het Belgische contractenrecht huldigt het principe van consensualisme, zodat de bewijsvoering niet staat of valt met de voorlegging van een geschreven stuk. De herroeping van de opdracht van de dagelijks bestuurder wordt bovendien beheerst door de regels van lastgeving, op grond waarvan het mandaat van de dagelijks bestuurder *ad nutum*-herroepbaar is bij gebreke aan een andersluidende contractuele regeling.⁸⁶⁰ De betaling van een beëindigingsvergoeding is dan ook alleen maar vereist wanneer partijen in een dergelijke clausule en een bepaalbare berekeningswijze voorzien. Strikt genomen is het dat bewijs dat Debeca aanvullend had moeten leveren voor de rechtbank van koophandel.

D) Praktische aspecten

319. In de hypothese dat vennootschap en dagelijks bestuurder ervoor zouden kiezen om hun samenwerking te organiseren in het kader van een managementovereenkomst doen zij er goed aan om een sluitende tekst op te stellen. Een geschreven tekst is nochtans geen vereiste voor het bestaan van een managementovereenkomst: er hoeft geen tekst opgesteld te worden ten behoeve van het bestaan op zich van de samenwerking, maar wel ten behoeve van het bewijs ervan (*ad probationem*). In het arbeidsrecht geldt op dit punt een andere

⁸⁵⁸ S. DE DIER, "Over de dualiteitsvoorwaarde bij cumulatie van managementovereenkomst met bestuursmandaat", *TRV* 2009, p. 655, nr. 3 *in fine*.

⁸⁵⁹ Zie in die zin ook B. DE GROOF, "De invloed van de cumulatie van het bestuursmandaat met een arbeids- of managementovereenkomst op de *ad nutum*-herroepbaarheid van de bestuurder in de NV", *Jura Falc.* 2012-2013, nr. 2, p. 316 en B. DE GROOF, "Contractualisering van de verhouding dagelijks bestuurder en vennootschap: arbeidsovereenkomst of managementovereenkomst?", *Jura Falc.* 2009-2010, nr. 3, 502.

⁸⁶⁰ Art. 2004 BW

regeling. De aanwezigheid van een geschrift wordt er in sommige gevallen op een dwingende wijze voorgeschreven door de wet.⁸⁶¹

Het opstellen van een geschreven overeenkomst tussen de opdrachtgevende vennootschap en de betrokken dagelijks bestuurder-manager biedt heel wat voordelen. In een dergelijk geschrift kunnen immers niet alleen de krachtlijnen van de samenwerking worden opgenomen, maar kan tegelijkertijd geanticipeerd worden op conflictsituaties die zich in de toekomst zouden kunnen voordoen naar aanleiding van de beëindiging of zelfs nog tijdens de duur van de overeenkomst.

320. In het onderstaande overzicht worden de voornaamste clausules besproken die in een managementovereenkomst met een dagelijks bestuurder best aan bod komen, waaronder het voorwerp van de overeenkomst, de managementvergoeding, de duur, de delegatiebevoegdheid van de betrokken manager en de beëindiging en ontbinding van de overeenkomst. Het overzicht wordt verder aangevuld met nuttige clausules omtrent de concurrentie en afwerving van de dagelijks bestuurder-manager ten opzichte van de (voormalige) opdrachtgevende vennootschap, de intellectuele eigendomsrechten die de dagelijks bestuurder-manager eventueel kan hebben op zijn uitvindingen en creaties, een verplichting tot geheimhouding en discretie en tenslotte ook de mogelijkheden tot vrijwaring en exoneratie van de aansprakelijkheidsrisico's in hoofde van deze laatste.

(i) Voorwerp

321. Partijen zijn in beginsel vrij om de inhoud van hun overeenkomst te bepalen. Deze vrijheid is niet onbeperkt, aangezien in elk geval de verbintenisrechtelijke geldigheidsvereisten van een overeenkomst (toestemming, bepaalbaarheid van het voorwerp, etc.) in acht genomen moeten worden alsook de regels uit het vennootschapsrecht die op een dwingende wijze voorgeschreven zijn.

⁸⁶¹ De wet eist een geschrift bij arbeidsovereenkomsten van bepaalde duur of voor een duidelijk omschreven werk alsook voor de arbeidsovereenkomst gesloten voor deeltijdse arbeid (art. 9 en 11bis WAO).

322. Inzake het voorwerp van de overeenkomst moet ten aanzien van de dagelijks bestuurder rekening gehouden worden met de wettelijke grens uit artikel 525 W. Venn. op grond waarvan dagelijks bestuurders maximaal bevoegd kunnen zijn over het 'dagelijks bestuur' van de onderneming. De bevoegdheidsdelegatie kan m.a.w. nooit verder reiken dan de delegatie van zaken die tot het algemeen beleid horen van de vennootschap waarin de opdracht zal worden uitgevoerd.⁸⁶² Aangezien het Hof van Cassatie het dagelijks bestuur erg strikt interpreteert, heeft dit tot gevolg dat bij de redactie van het contract met een strenge grens rekening gehouden moet worden. De dagelijks bestuurder is na 2009 immers alleen nog bevoegd om de recurrente zaken van de vennootschap te beheren samen met die zaken die de tussenkomst van de raad niet vereisen omwille van hun gering belang én de urgentie waarmee moet opgetreden worden.⁸⁶³ Deze wettelijke beperking geldt zowel voor de interne beslissingsbevoegdheid als voor de externe vertegenwoordigingsmacht.

Aangenomen wordt dat de omschrijving van het bevoegdheidspakket van de dagelijks bestuurder in zeer vage bewoordingen kan gebeuren, aangezien de opname van een gedetailleerde takenlijst niet kan worden afgedwongen bij een rechtbank die een beslissing neemt op basis van o.a. de aard en de omvang van de activiteiten van de vennootschap. Een dergelijke lijst vervult nochtans hoogstens een adviserende rol en werpt een licht op wat de vennootschap en de betrokken dagelijks bestuurder zelf aanzien als een aangelegenheid die tot het dagelijks beleid ervan behoort. Het biedt evenwel geen enkele houvast ten aanzien van derden. Wel is het gebruikelijk dat partijen expliciet verwijzen naar de functie die de manager in de vennootschap zal opnemen, *in casu* die van dagelijks bestuurder.⁸⁶⁴

323. De omschrijving van het voorwerp kan verder ook relevant zijn voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van de manager. Dit geldt vooral voor de afgevaardigd bestuurder die in zijn hoedanigheid van dagelijks bestuurder gehandeld heeft, omdat het aansprakelijkheidsregime dan veel milder is dan het aansprakelijkheidsregime van een bestuurder van de vennootschap. Anderzijds mag de door partijen gekozen functieomschrijving hier ook niet overschat worden. Om het toepasselijke

⁸⁶² Art. 525, lid 1 W. Venn.

⁸⁶³ Cass. 26 februari 2009, TRV 2009, 444, noot C. CLOTTENS; TBH 2009, afl. 9, 948, noot E. POTTIER en A. BERTRAND; RW 2009-10, 1129; noot W. GOOSSENS en B. CAFMEYER; FJF 2010, afl. 6, 615; JLMB 2010, afl. 4, 154; Pas. 2009, afl. 2, 592; JDSC 2010, 59, noot M. COIPEL; RGCF 2010, afl. 2, 156, noot.

⁸⁶⁴ B. GILIS, F. JENNÉ, Ph. MULLIEZ, V. PEDE, V. PERTRY, K. SPAGNOLI en M. WAUTERS, *De managementovereenkomst: een praktisch antwoord op 20 prangende vragen. Reeks dossiers voor bedrijfsjuristen*, Gent, Larcier, 2011, p. 5.

aansprakelijkheidsregime te bepalen, kan men immers niet uitsluitend terugvallen op de tekst die tussen partijen werd opgesteld en dient men ook rekening te houden met de concrete omstandigheden. Voor zover de betrokken manager zijn bevoegdheden systematisch heeft overschreden en deze in feite werkelijke bestuurshandelingen heeft gesteld, zal hij worden beschouwd als een feitelijke bestuurder ten aanzien waarvan het volledige bestuurdersaansprakelijkheidsregime alsnog toepasselijk zal zijn.

(ii) Managementvergoeding

324. Partijen beschikken over een relatief grote vrijheid wat de managementvergoeding betreft en kunnen er zelfs voor kiezen dat de dagelijks bestuurder-manager zijn mandaat volledig kosteloos opneemt, al zal dit in de bedrijfswereld zo goed als nooit voorkomen. De omvang van de managementvergoeding wordt autonoom bepaald aan de hand van een wisselwerking tussen verschillende factoren die vennootschapseigen kunnen zijn (omvang, omzet, sector, strategie,...) of toegeschreven worden aan de persoonlijke eigenschappen (profiel, anciënniteit,...) van de betrokken kandidaat-manager.

325. Ook inzake betaling van de vergoeding beschikken de partijen over de grootste vrijheid: er kan gewerkt worden met een vast bedrag dat maandelijks of op basis van een uurtarief wordt doorgestort of met een vergoeding die in functie van de resultaten die worden bereikt, al dan niet gekoppeld aan de door de vennootschap behaalde winst. Een combinatie van beiden is ook mogelijk: een gedeelte van de verloning wordt dan maandelijks betaald, terwijl het andere gedeelte enkel wordt betaald in geval een (vooraf contractueel) bepaald resultaat wordt behaald door de manager. Een derde mogelijkheid is dat de manager wordt vergoed met aandelen, warrants of andere effecten en/of via de toekenning van onrechtstreekse voordelen, zoals bijvoorbeeld het gratis ter beschikking stellen van een woning of een wagen. Een combinatie van al deze vermelde vergoedingsmechanismen is evenzeer mogelijk en is overigens in de praktijk de meest gebruikelijke vergoedingsstructuur.⁸⁶⁵

⁸⁶⁵ E. JANSSENS, "Enkele praktische aspecten van de managementovereenkomst", in R. FELTKAMP en E. JANSSENS (eds.), *Ondernemingscontracten stap voor stap (2^{de} editie)*, Brussel, Larcier, 2013, p. 143.

Op de regel dat de managementvergoeding vrij kan worden bepaald, bestaan uitzonderingen. Voor genoteerde vennootschappen geldt een uitgewerkte dwingende wettelijke regeling, die geïntroduceerd werd naar aanleiding van de financiële crisis in 2008.⁸⁶⁶ Voor de crisis van 2008 kon geen beperking worden opgelegd aan bedrijven m.b.t. het bepalen van o.a. de vertrekvergoeding van de managers. Het verleden heeft echter aangetoond dat het niet opleggen van een beperking, opgevat wordt als een vrijbrief om vergoedingen te overdrijven, soms zelfs ten koste van de vennootschap. Voor niet-genoteerde vennootschappen geldt een dergelijke regeling niet, waardoor de omvang en de structuur van de vergoeding hier helemaal vrij kan worden ingevuld. Hoe dan ook dient de vergoeding van de manager getoetst te worden aan het vennootschapsbelang, wat overigens uitdrukkelijk bevestigd wordt in de bestaande corporate governance-codes.

a. *In genoteerde vennootschappen*

a.1. *Hard law*

Voor genoteerde vennootschappen geldt voor de toekenning van een variabele vergoeding dat rekening gehouden moet worden met de voorwaarden uit artikel 520bis en *ter W. Venn.*⁸⁶⁷

a.2. *Soft law*

326. Genoteerde bedrijven zijn op grond van artikel 96 §2, 1° W. Venn. verplicht om de Belgische Corporate Governance Code 2009 aan te duiden als de referentiecode en dit op grond van de Europese Richtlijn tot invoering van een *corporate governance*-verklaring.⁸⁶⁸ De

⁸⁶⁶ Art. 16 wet deugdelijk bestuur.

⁸⁶⁷ Zie *supra* randnummers 99 en verder.

⁸⁶⁸ Richtlijn 2006/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006, Pb. L. 16 augustus 2006. Cfr. Rechtsoverweging 10 bij de Richtlijn: "Vennootschappen waarvan de effecten tot de handel op een gereguleerde markt zijn toegelaten en die hun statutaire zetel in de Gemeenschap hebben, dienen te worden verplicht om een jaarlijkse verklaring inzake corporate governance openbaar te maken als een specifiek en duidelijk herkenbaar onderdeel van het jaarverslag. Deze verklaring dient de aandeelhouders op zijn minst belangrijke, gemakkelijk toegankelijke informatie te verstrekken over de feitelijk toegepaste corporategovernancepraktijken, met inbegrip van een beschrijving van de belangrijkste kenmerken van eventuele bestaande risicobeheersystemen en interne controles met betrekking tot het proces van financiële verslaggeving. In de verklaring inzake corporate governance

Code 2009 voorziet in een aantal principes met betrekking tot de remuneratie van de bestuurders en leden van het uitvoerend management van de vennootschap (principe 7.8 tot en met principe 7.16 van de Code). Hoewel de bepalingen uit de Code 2009 *soft law* zijn en de toepassing ervan dus in feite niet kan worden verplicht, dienen genoteerde vennootschappen wanneer ze van de principes afwijken, daarvan melding te doen in hun jaarverslag en ook te motiveren waarom zij de Code niet toepassen. Dit is het principe van *comply or explain* ('pas toe of leg uit') zoals dat wettelijk is opgenomen in artikel 96§2 2° W. Venn.

327. Inhoudelijk voorzien de principes uit de Code 2009 o.a. dat het niveau en de structuur van de remuneratie van het uitvoerend management - waartoe ook het dagelijks bestuur behoort - van die orde moet zijn dat gekwalificeerde en deskundige professionals kunnen worden aangetrokken, behouden blijven en gemotiveerd worden:

"Het niveau en de structuur van de remuneratie van het uitvoerend management is dusdanig dat gekwalificeerde en deskundige professionals aangetrokken, behouden en gemotiveerd kunnen worden, rekening houdend met de aard en de draagwijdte van hun individuele verantwoordelijkheden".⁸⁶⁹

Een ander principe is dat men, teneinde de belangen van het uitvoerend management af te stemmen op die van de vennootschap, een gepast deel van hun remuneratiepakket dient te koppelen aan de prestaties van het bedrijf en de individuele prestaties van de betrokken manager:

"Teneinde de belangen van de leden van het uitvoerend management af te stemmen op die van de vennootschap en haar aandeelhouders, wordt een gepast deel van hun remuneratiepakket gekoppeld aan de prestaties van het bedrijf en de individuele prestaties."⁸⁷⁰

moet duidelijk worden gemaakt of de vennootschap andere corporategovernancebepalingen toepast dan voorzien in het nationale recht, ongeacht de vraag of deze bepalingen rechtstreeks zijn vastgelegd in een corporategovernancecode waaraan een vennootschap is onderworpen of in ongeacht welke corporate-governancecode die de vennootschap eventueel heeft besloten toe te passen."

⁸⁶⁹ Code 2009, Principe 7 (De vennootschap vergoedt de bestuurders en de leden van het uitvoerend management op een billijke en verantwoorde wijze), punt 7.9.

⁸⁷⁰ Code 2009, Principe 7 (De vennootschap vergoedt de bestuurders en de leden van het uitvoerend management op een billijke en verantwoorde wijze), punt 7.11.

Systemen op basis waarvan de leden van het uitvoerend management worden vergoed in de vorm van aandelen, aandelenopties of elk ander recht om aandelen te verwerven, worden vooraf goedgekeurd door de algemene vergadering:

“Systemen op basis waarvan de leden van het uitvoerend management worden vergoed in de vorm van aandelen, aandelenopties of elk ander recht om aandelen te verwerven, worden vooraf door de aandeelhouders goedgekeurd via een resolutie op de algemene vergadering. Deze goedkeuring dient te slaan op het systeem zelf maar niet op de individuele toekenning van aandelengebonden vergoedingen onder het plan.”

Als richtlijn geldt hier dat toegekende aandelen niet als verworven mogen worden beschouwd en de opties niet uitgeoefend mogen worden tijdens de eerstvolgende drie jaar na de toekenning ervan.⁸⁷¹

b. In niet-genoteerde vennootschappen

328. Voor niet-genoteerde vennootschappen gelden geen gelijkaardige bepalingen. De *corporate governance*-code voor niet-genoteerde bedrijven (i.e. de Code Buysse) voorziet wel in een voorschrift over de remuneratie van het *senior management*, maar de naleving ervan is niet wettelijk verplicht. Bovendien geldt de ‘pastoe of leg uit’-techniek niet voor niet-genoteerde NV’s, zodat de vennootschap bij niet-naleving ook niet moet aangeven of uitleggen waarom zij van de aanbevelingen van de Code afwijkt.

Samenvattend suggereert de Code Buysse dat het *senior management* in een niet-genoteerde NV een gepaste remuneratie ontvangt, die gekoppeld wordt aan de prestaties van het bedrijf en aan de individuele prestaties. De tekst van punt 6.10 van de Code luidt:

“Wedden en variabele vergoedingen moeten marktconform zijn en de basis vormen voor het aantrekken van de beste deskundigen. Variabele vergoedingen kunnen voor een aanvullende motivatie zorgen, maar moeten een vergoeding uitmaken voor reële

⁸⁷¹ Code 2009, Principe 7 (De vennootschap vergoedt de bestuurders en de leden van het uitvoerend management op een billijke en verantwoorde wijze), punt 7.13.

*prestaties die een toegevoegde waarde hebben voor het stimuleren van de duurzame en winstgevende groei van een onderneming. In ieder geval dient vermeden dat het vergoedingssysteem met zich brengt dat het bedrijf onnodige of te grote risico's neemt. De vergoedingen moeten bovendien door de gezagsorganen van de onderneming worden goedgekeurd."*⁸⁷²

(iii) Duur

329. De managementovereenkomst kan gesloten worden voor een bepaalde of voor een onbepaalde duur. Anders dan voor de leden van de raad van bestuur, voorziet het W. Venn. niet in een maximumtermijn voor de uitoefening van een mandaat als dagelijks bestuurder.⁸⁷³ In theorie bestaat dus de mogelijkheid dat de opdracht voor het leven door eenzelfde persoon wordt uitgeoefend. Uit de praktijk blijkt evenwel dat de beëindiging van het mandaat van de afgevaardigd bestuurder als bestuurder een negatieve invloed kan hebben op diens algemene positie binnen de vennootschap. Partijen doen er dan ook goed aan om desgevallend in de managementovereenkomst te stipuleren dat de beëindiging van het bestuursmandaat tevens de beëindiging van de managementovereenkomst met zich brengt.

(iv) Delegatiebevoegdheid

330. Of de dagelijks bestuurder/manager zijn opdracht verder kan uitbesteden, is afhankelijk van de vraag of de managementovereenkomst omwille van de specifieke persoonlijkheid en de capaciteiten van de manager werd aangegaan. In zoverre dat de managementovereenkomst wordt beschouwd als een lastgevingsovereenkomst, wordt deze *intuitu personae* aangegaan.⁸⁷⁴ Niettemin moet rekening gehouden worden met de regel uit het lastgevingsrecht op basis waarvan de lastgever een rechtstreekse vordering heeft ten

⁸⁷² Code Buyse, Aanbeveling 6 (Een performant (senior) management), punt 6.10.

⁸⁷³ Art. 518§3 W. Venn.

⁸⁷⁴ De lastgeving wordt op zichzelf beschouwd als een overeenkomst *intuitu personae*.

opzichte van de plaatsvervanger van de lasthebber.⁸⁷⁵ Het aanvullend karakter van deze regel impliceert dat de mogelijkheid tot plaatsvervangingscontractueel kan worden uitgesloten. Indien de vennootschap geen enkele vorm van subdelegatie wenst toe te staan, is het dan ook aangewezen om expliciet te vermelden dat enkel de aangewezen manager de opdracht kan uitoefenen.⁸⁷⁶ De hoedanigheid van de manager als rechtspersoon, in de vorm van een managementvennootschap, sluit als dusdanig niet uit dat het mandaat *intuitu personae* wordt uitbested: in de overeenkomst kan bepaald worden dat slechts één of bepaalde personen binnen de vennootschap kunnen instaan voor de uitoefening van de prestaties.⁸⁷⁷

Partijen kunnen er ook voor kiezen om het midden te houden door de overeenkomst *intuitu personae* aan te gaan, maar enkel in uitzonderlijke gevallen in een vervangingsmogelijkheid te voorzien. Het staat hen vrij om een clause op te nemen waarin wordt bepaald dat in geval van langdurige afwezigheid van de dagelijks bestuurder/manager (bv. wegens ziekte) deze zelf in zijn eigen vervanging kan voorzien onder het uitdrukkelijke voorbehoud dat de vennootschap de vervanging kan weigeren wanneer zij haar twijfels zou hebben over de kwaliteiten van de plaatsvervanger.⁸⁷⁸

331. Wat het aansturen van het personeel van de vennootschap betreft, verdient het aanbeveling om uitdrukkelijk op te nemen dat de dagelijks bestuurder/manager handelt als een gevolmachtigde van de vennootschap voor het leiden van werknemers of een bepaald team van werknemers.⁸⁷⁹ Voor zelfstandige managers bestaat er immers geen wettekst op basis waarvan zij van rechtswege onweerlegbaar vermoed worden te handelen als gevolmachtigden van hun werkgever in hun betrekkingen met de werknemers die zij leiding

⁸⁷⁵ Art. 1994, lid 2 BW: "In alle gevallen kan de persoon die door de lasthebber in zijn plaats is gesteld, door de lastgever rechtstreeks worden aangesproken."

⁸⁷⁶ B. GILIS, F. JENNÉ, PH. MULLIEZ, V. PEDE, V. PERTRY, K. SPAGNOLI en M. WAUTERS, *De managementovereenkomst: een praktisch antwoord op 20 prangende vragen. Reeks dossiers voor bedrijfsjuristen*, Gent, Larcier, 2011, p. 34.

⁸⁷⁷ F. JENNÉ, PH. MULLIEZ, V. PEDE, V. PERTRY, K. SPAGNOLI en M. WAUTERS, *De managementovereenkomst: een praktisch antwoord op 20 prangende vragen. Reeks dossiers voor bedrijfsjuristen*, Gent, Larcier, 2011, p. 34.

⁸⁷⁸ E. JANSSENS, "Enkele praktische aspecten van de managementovereenkomst", in R. FELTKAMP en E. JANSSENS (eds.), *Ondernemingscontracten stap voor stap (2^{de} editie)*, Brussel, Larcier, 2013, p. 142.

⁸⁷⁹ B. GILIS, F. JENNÉ, PH. MULLIEZ, V. PEDE, V. PERTRY, K. SPAGNOLI en M. WAUTERS, *De managementovereenkomst: een praktisch antwoord op 20 prangende vragen. Reeks dossiers voor bedrijfsjuristen*, Gent, Larcier, 2011, p. 37.

moeten geven.⁸⁸⁰ Bovendien bemoeilijkt het inschrijven van een dergelijke clause in de managementovereenkomst een herkwalificatie ervan als arbeidsovereenkomst.⁸⁸¹

(v) Beëindiging en ontbinding

332. Clausules omtrent de beëindiging van een overeenkomst zijn steeds cruciaal: meestal ontstaan naar aanleiding van de beëindiging van de samenwerking conflicten tussen partijen die kunnen uitmonden in grote discussies over het rechtmatig karakter van de stopzetting en over de financiële gevolgen ervan. Om procedures te vermijden, dienen dergelijke clausules m.a.w. steeds zo precies mogelijk te worden gelibelleerd.

333. De managementovereenkomst kan worden beëindigd omwille van een contractuele wanprestatie van de dagelijks bestuurder/manager of de vennootschap of in onderling overleg. In geval van beëindiging wegens wanprestatie wordt in het contract doorgaans toegelicht wat partijen in voorkomend geval als een contractuele wanprestatie zullen beschouwen (bv. de schending van een concurrentie en/of afwervingsbeding, schending van de confidentialiteitsverplichting, het niet behalen van een vooropgesteld resultaat, ingeval van faillissement van de vennootschap of een gerechtelijke reorganisatie). In geval van een beëindiging zonder reden kunnen partijen een opzeggingstermijn dan wel een opzeggingsvergoeding bepalen. Zoals hoger aangegeven speelt de regel van de herroepbaarheid niet op dwingende wijze ten aanzien van de dagelijks bestuurder/werknemer.⁸⁸²

In vele gevallen is de vennootschap niet gebaat bij het bedingen van een lange opzeggingstermijn: een negatieve sfeer kan ervoor zorgen dat de prestaties van de manager

⁸⁸⁰ Artikel 8 WAO: "Wanneer werknemers, aangeworven onder de in de artikelen 2, 3 en 4 gestelde voorwaarden, verplicht zijn, met het oog op de uitvoering van de overeengekomen arbeid, groepen of ploegen van werknemers te organiseren of te leiden, wordt van rechtswege vermoed dat zij handelen als gevolmachtigde van de werkgever in hun betrekkingen met de werknemers die de groepen of ploegen vormen. Het tegenbewijs is niet toegelaten."

⁸⁸¹ E. JANSSENS, "Enkele praktische aspecten van de managementovereenkomst", in R. FELTKAMP en E. JANSSENS (eds.), *Ondernemingscontracten stap voor stap (2^{de} editie)*, Brussel, Larcier, 2013, p. 142. JANSSENS spreekt daarbij ook over de mogelijkheid tot aanwerving van eigen personeel en aldus de mogelijkheid om een eigen arbeidsorganisatie uit te bouwen.

⁸⁸² Art. 2004 BW; Zie *infra* randnummer 86.

verminderen en dat deze tijdens deze periode de kans geboden wordt om geheime bedrijfsdocumenten te onvreemden en/of de vennootschap slecht te maken.⁸⁸³ De opzeggingsvergoeding (c.q. ontslagvergoeding/ vertrekvergoeding) kan vrij door de vennootschap worden bepaald met dien verstande dat voor genoteerde vennootschappen het wettelijk mechanisme uit artikel 554, lid 4 W. Venn. in acht genomen moet worden.⁸⁸⁴

334. Wanneer de dagelijks bestuurder/manager tegelijk ook een aandeelhouder is van de vennootschap, kunnen partijen contractueel voorzien dat het vertrek van de manager gekoppeld wordt aan een verplichte verkoop van diens aandelenpakket aan de vennootschap tegen een vooropgestelde prijs. Eigen aan deze regeling is dat de aandelenprijs afhankelijk is van de manier waarop de dagelijks bestuurder/manager de vennootschap verlaat, in die zin dat de prijs hoger zal zijn wanneer hij de vennootschap verlaat in goede omstandigheden ("*good leaver*") en lager wanneer hij deze verlaat in slechte omstandigheden ("*bad leaver*").⁸⁸⁵

335. De beëindiging van bestuurderstaak van de dagelijks bestuurder/manager heeft in de regel geen invloed op diens lopende managementovereenkomst op voorwaarde dat kan worden aangetoond dat beide functies een onderscheiden karakter hebben en dus de taken als bestuurder wezenlijk verschillen van de taken als manager.⁸⁸⁶ De beëindiging van de managementovereenkomst samen met het bestuurdersmandaat kan bovendien leiden tot het uitbetalen van een opzeggingsvergoeding in de mate dat partijen daarin contractueel hebben voorzien en de beide functies niet in wezen identiek zijn. Gevallen van fictieve cumulatie worden door de rechtspraak niet aanvaard.⁸⁸⁷ De geldige toekenning van een

⁸⁸³ E. JANSSENS, "Enkele praktische aspecten van de managementovereenkomst", in R. FELTKAMP en E. JANSSENS (eds.), *Ondernemingscontracten stap voor stap (2^{de} editie)*, Brussel, Larcier, 2013, p. 146.

⁸⁸⁴ Art. 554, lid 4 W. Venn.; B. DE GROOF, "De invloed van de cumulatie van het bestuursmandaat met een arbeids- of managementovereenkomst op de ad nutum-herroepbaarheid van de bestuurder in de NV", *Jura Falc.* 2012-2013, nr. 2, p. 332.

⁸⁸⁵ Voorbeelden van een positief vertrekscenario zijn ziekte, pensioen en een carrièreswitsch. Van een vertrek in slechte omstandigheden kan bijvoorbeeld sprake zijn wanneer de dagelijks bestuurder-manager een misdrijf gepleegd zou hebben, indien hij onbekwaam wordt bevonden of tegen het vennootschapsbelang zou hebben gehandeld. Zie hierover C. MICHIELS, "Envy ratio's, sweet capital and ratchets: mogelijkheden en beperkingen naar Belgisch vennootschapsrecht" in R. HOUBEN en S. RUTTEN, *Actuele problemen van financieel, vennootschaps- en fiscaal recht: feestbundel 20 jaar Werkgroep financieel recht*, Antwerpen, Intersentia 2007, p. 306 en verder.

⁸⁸⁶ B. GILIS, F. JENNE, PH. MULLIEZ, V. PEDE, V. PERTRY, K. SPAGNOLI en M. WAUTERS, *De managementovereenkomst: een praktisch antwoord op 20 prangende vragen. Reeks dossiers voor bedrijfsjuristen*, Gent, Larcier, 2011, 69.

⁸⁸⁷ Gent 2 juni 2003, *JDSC* 2005, 128, noot P. KILESTE, C. STAUDT.; *TRV* 2003, afl. 7, 595, noot J. VANANROYE; B. DE GROOF, "Contractualisering van de verhouding dagelijks bestuurder en vennootschap: arbeidsovereenkomst of managementovereenkomst?", *Jura Falc.* 2009-2010, nr. 3, 502; W. VAN EECKHOUTE,

opzeggingsvergoeding wordt door de rechtspraak getoetst aan de regel van de *ad nutum* afzetbaarheid, waaruit wordt afgeleid dat de bestuurder die in de loop van zijn mandaat wordt ontslagen in beginsel geen recht lastens de vennootschap kan doen gelden op een vergoeding.⁸⁸⁸

(vi) Concurrentie en afwerving

a. *Na de beëindiging van de managementovereenkomst*

336. Vanuit het standpunt van de vennootschap is het aanbevolen om in de managementovereenkomst een concurrentiebeding in te schrijven dat bepaalt in welke mate de dagelijks bestuurder-manager een bijkomend mandaat kan opnemen in (een) andere vennootschap(pen).

Als basisprincipe geldt dat iedereen vrij is om enige economische activiteit naar keuze uit te oefenen.⁸⁸⁹ Dit principe van vrijheid van handel en nijverheid is een belangrijke pijler van onze economie en heeft in die optiek een bijzondere maatschappelijke betekenis. De regel wordt daarom ook geacht van openbare orde te zijn.⁸⁹⁰ De concurrentievrijheid is een afgeleide van deze vrijheid van handel en nijverheid.⁸⁹¹ Zonder een rechtsgeldig concurrentiebeding in de managementovereenkomst is de dagelijks bestuurder/manager na de beëindiging van de

"Bestuurders van vennootschappen: sociaalrechtelijke aspecten" in M. GOIRIS (ed.), *Bestuurder en besturen is twee. De uitdaging en invulling van het bestuurdersmandaat*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2003, 113.

⁸⁸⁸ K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, F. PARREIN, S. DE DIER, S. COOLS, F. JENNE en A. STEENO, "Overzicht van rechtspraak vennootschappen (1999-2010)", *TPR* 2012, 247; A. GOEMINNE en K. BECKERS, "Kan de bestuurder van een NV aanspraak maken op een vergoeding naar aanleiding van zijn ontslag?", *TRV* 2013, 508.

⁸⁸⁹ Artikelen II.3 en II.4 WER op grond waarvan iedereen vrij is om een economische activiteit naar keuze uit te oefenen.

⁸⁹⁰ Oorspronkelijk werd de vrijheid van handel en nijverheid ingeschreven in het decreet d'Allarde van 2-17 maart 1791. G. PHILIPSEN, "art. 7 Decreet d'Allarde", in X, *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, I. Dit decreet werd pas opgeheven bij de invoering van het Wetboek Economisch recht in 2013. Cass. 23 januari 2015, *DAOR* 2015, afl. 3, 18, noot D. MERTENS; <http://www.cass.be> (15 februari 2015); *JT* 2015, afl. 6620, 734 en <http://jt.larcier.be/> (18 november 2015), noot -; *TBH* 2015 (samenvatting O. VANDEN BERGHE), afl. 5, 471 en <http://www.rdc-tbh.be/> (11 juni 2015); *TBO* 2015, afl. 4, 199 en <http://www.tbo.be/> (21 oktober 2015); *TRV* 2015, afl. 5, 459 en <http://www.trv.be/> (23 september 2015), noot B. BELLEN.

S. DE DIER en A. VAN BEVER, "Over de loyaliteitsplicht van werknemer en bestuurder. Zo zijn we niet getrouwd", *Jura Falc.* 2008 -2009, nummer 3, 337.

⁸⁹¹ Cass. 13 september 1991, *RW* 1991-92, 882; S. DE DIER en A. VAN BEVER, "Over de loyaliteitsplicht van werknemer en bestuurder. Zo zijn we niet getrouwd", *Jura Falc.* 2008 -2009, nummer 3, 337.

managementovereenkomst in principe onmiddellijk vrij om, met de kennis die hij heeft, te concurreren met de opdrachtgevende vennootschap. De vrijheid geldt zowel voor het opnemen van een nieuwe functie in een concurrerende vennootschap (functieconcurrentie) als voor het starten van een concurrerende activiteit (activiteitenconcurrentie).⁸⁹²

337. Niettemin moet er, zelfs zonder een concurrentiebeding, rekening gehouden worden met het algemeen verbod om concurrentie te voeren op een oneerlijke wijze. Artikel VI. 104 WER verbiedt elke met de eerlijke marktpraktijken strijdige daad op grond waarvan een onderneming de beroepsbelangen van een andere onderneming schaadt of kan schaden. Naar deze bepaling uit ons handelsrecht wordt vaak verwezen als de *catch all*-bepaling, omdat deze zeer veel verschillende conflictsituaties kan viseren. Als oneerlijk worden o.a. beschouwd het vrijgeven van zakengeheimen, de afwijking van personeel onder begeleidende omstandigheden, de schending van de discretieplicht, merkinbreuken en dergelijke meer. Bovendien geldt ook steeds de buitencontractuele aansprakelijkheid op grond van artikel 1382-1383 BW.⁸⁹³

338. Uit het openbare orde-karakter van artikel II.3 WER, voormalig artikel 7 van het decreet d'Allarde, volgt dat iedere ongeoorloofde beperking van de vrijheid van handel nietig is. Elk beding dat een onredelijke beperking van concurrentie oplegt naar voorwerp, tijd en territorium heeft bijgevolg geen uitwerking.⁸⁹⁴ Opdat een concurrentiebeding geldig zou zijn, dient het dus beperkt te zijn in de tijd, ruimte en ook wat de activiteiten ervan betreft. In de rechtsleer neemt men aan dat het t.a.v. managers redelijk zou zijn om een termijn van één à twee jaar te bedingen, rekening houdend met het feit dat hen anders de kans wordt ontnomen om opgedane ervaring en kennis te valoriseren in een andere vennootschap.⁸⁹⁵ Een termijn van twee jaar is m.i. evenwel veel te lang, tenzij de vennootschap zou voorzien in

⁸⁹² S. DE DIER en A. VAN BEVER, "Over de loyaliteitsplicht van werknemer en bestuurder. Zo zijn we niet getrouwd", *Jura Falc.* 2008-2009, nummer 3, 356.

⁸⁹³ Sommige auteurs zijn van mening dat de goede trouw waarmee de overeenkomst moet worden uitgevoerd ook na de beëindiging nog een zekere nawerking heeft en dat dit impliceert dat uit de overeenkomst nog loyautéplichten voortvloeien voor de periode na de beëindiging ervan. Met DE WULF dient echter te worden besloten dat de loyautéplicht een contractueel karakter heeft en dus dat deze dus niet (pre-) of postcontractueel kan spelen. H. DE WULF, *Taak en loyautéplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen – Groningen, Intersentia, 2002, 467 en verder.

⁸⁹⁴ Cass. 23 januari 2015, DAOR 2015, afl. 3, 18, noot D. MERTENS; <http://www.cass.be> (15 februari 2015); JT 2015, afl. 6620, 734 en <http://jt.larcier.be/> (18 november 2015), noot -; TBH 2015 (samenvatting O. VANDEN BERGHE), afl. 5, 471 en <http://www.rdc-tbh.be/> (11 juni 2015); TBO 2015, afl. 4, 199 en <http://www.tbo.be/> (21 oktober 2015); TRV 2015, afl. 5, 459 en <http://www.trv.be/> (23 september 2015), noot B. BELLEN.

⁸⁹⁵ E. JANSSENS, "Enkele praktische aspecten van de managementovereenkomst", in R. FELTKAMP en E. JANSSENS (eds.), *Ondernemingscontracten stap voor stap (2^{de} editie)*, Brussel, Larcier, 2013, p. 147. JANSSENS acht een termijn van 2 à 3 jaar redelijk.

een financiële tegemoetkoming gedurende de looptijd van het concurrentiebeding. Het gebied waarin het concurrentiebeding gelding heeft moet eveneens specifiek bepaald worden door de regio('s) op te sommen waarin het concurrentiebeding uitwerking kan hebben. Tenslotte dienen ook de activiteiten waarop het concurrentiebeding betrekking heeft op een heldere en doeltreffende manier omschreven te worden. Naar analogie met de beperking van het beding in ruimte en tijd is het ook hier aangewezen om zo gedetailleerd mogelijk het toepassingsgebied te bepalen. De verwijzing naar een sector of een industrie is alleszins onvoldoende om de geldigheid van het beding voor de rechtbank staande te houden.⁸⁹⁶ Waar vroeger het ontbreken of te ruim omschrijven van één van de voorwaarden voldoende was om het volledige concurrentiebeding nietig te verklaren, geldt vandaag dat de rechter de partiële nietigheid van het beding mag uitspreken voor zover de mogelijkheid daartoe bestaat en de wet dit niet verbiedt. Aan de rechter komt dus een matigingsbevoegdheid toe op grond waarvan hij de nietigheid kan beperken tot het met deze bepaling strijdig gedeelte van de overeenkomst of beding op voorwaarde dat het voortbestaan van de gedeeltelijk vernietigde overeenkomst of beding beantwoordt aan de partijbedoeling.⁸⁹⁷

b. *Tijdens de uitvoering van de managementovereenkomst*

339. Wanneer een niet-concurrentiebeding ontbreekt tijdens de duur van de managementovereenkomst kan de vennootschap zich beroepen op de wettelijke verplichting op grond waarvan overeenkomsten te goeder trouw moeten worden uitgevoerd, die inherent is aan iedere (diensten)overeenkomst.⁸⁹⁸ Wie, volgens de klassieke regelen van de wilsovereenstemming, de verbintenis aangaat om de zaken van iemand anders te behartigen, aanvaardt impliciet maar zeker dat het eigen belang ondergeschikt is aan dat van de 'principaal', *in casu* de vennootschap. De loyauteitsplicht is in feite niets anders dan een toepassing van de goede trouw in bepaalde contracten.⁸⁹⁹

⁸⁹⁶ E. JANSSENS, "Enkele praktische aspecten van de managementovereenkomst", in R. FELTKAMP en E. JANSSENS (eds.), *Ondernemingscontracten stap voor stap (2^{de} editie)*, Brussel, Larcier, 2013, p. 148.

⁸⁹⁷ Cass. 23 januari 2015, DAOR 2015, afl. 3, 18, noot D. MERTENS; <http://www.cass.be> (15 februari 2015); JT 2015, afl. 6620, 734 en <http://jt.larcier.be/> (18 november 2015), noot -; TBH 2015 (samenvatting O. VANDEN BERGHE), afl. 5, 471 en <http://www.rdc-tbh.be/> (11 juni 2015); TBO 2015, afl. 4, 199 en <http://www.tbo.be/> (21 oktober 2015); TRV 2015, afl. 5, 459 en <http://www.trv.be/> (23 september 2015), noot B. BELLEN.

⁸⁹⁸ Art. 1134, lid 3 en 1135 BW; H. DE WULF, *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen – Groningen, Intersentia, 2002, 409.

⁸⁹⁹ H. DE WULF, *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen – Groningen, Intersentia, 2002, 409.

340. De verplichte loyaleit van de manager ten opzichte van diens opdrachtgever impliceert een stilzwijgend verbod om concurrerende activiteiten uit te oefenen voor anderen.⁹⁰⁰ Dit verbod is volgens het Hof van Cassatie niet absoluut. In een arrest van 8 november 2007 besliste het Hof dat het voeren van concurrentie met een opdrachtgever onder omstandigheden strijdig kon zijn met de verplichting om een overeenkomst loyaal en te goeder trouw uit te voeren, maar dat niet elke concurrerende daad noodzakelijk strijdig is met die verplichting.⁹⁰¹ Uit deze rechtspraak, die weliswaar betrekking had op de uitvoering van een agentuurovereenkomst, moet afgeleid worden dat de vennootschap er goed aan doet haar risico's zoveel mogelijk te beperken door het niet-concurrentiebeding reeds van toepassing te verklaren tijdens de uitvoering van de managementovereenkomst.

341. In de hypothese dat de managementovereenkomst ondertekend wordt in naam van een bestuurder/zaakvoerder die optreedt namens een managementvennootschap aanvaardt de rechtspraak dat een concurrentiebeding dat daarin werd opgenomen in dezelfde mate afdwingbaar is ten aanzien van de natuurlijke persoon achter de managementvennootschap.⁹⁰²

Illustratief is hier het arrest van het Hof van Beroep van Antwerpen van 3 mei 2012, waarin dat Hof oordeelde dat de managementvennootschap die belast is met de commerciële leiding van een onderneming en gebonden is door een niet-concurrentiebeding, dit verbod schendt door een vennootschap op te richten met eenzelfde kernactiviteit, zelfs indien de concurrerende onderneming niet wordt opgericht door de managementvennootschap zelf, maar door de natuurlijke persoon achter de managementvennootschap.⁹⁰³

⁹⁰⁰ H. DE WULF, *Taak en loyaleitplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen – Groningen, Intersentia, 2002, 409, nr. 656. Met betrekking tot de loyaleitplicht van de bestuurder schrijft DE WULF dat: "De loyaleitplicht is niets anders dan een toepassing van de goede trouw in bepaalde contracten. Wie volgens de klassieke regelen van de wilsovereenstemming, de verbintenis aangaat andermans zaken te behartigen en meer bepaald te besturen, heeft impliciet maar zeker aanvaard zijn eigen belang ondergeschikt te maken aan dat van zijn opdrachtgever, zijn principaal, in casu de vennootschap."

⁹⁰¹ Cass. 8 november 2007, DAOR 2009, afl. 91, 301, noot D.E. PHILIPPE; <http://www.cass.be> (19 december 2007); *Pas.* 2007, afl. 11, 1973.

⁹⁰² Antwerpen 3 mei 2012, TBH 2013, afl. 2, 129 en <http://www.rdc-tbh.be> (7 maart 2013); Brussel 28 maart 2007, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2007, 451; Luik 18 mei 1995, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 1995, 309; Vz. Verviers 24 november 1992, *Jaarboek Handelspraktijken* 1992, 391.

⁹⁰³ Antwerpen 3 mei 2012, TBH 2013, afl. 2, 129 en <http://www.rdc-tbh.be> (7 maart 2013). Als verzwarende omstandigheid nam het Hof daarbij het intuïtu personae-karakter van de overeenkomst in hoofde van de persoon achter de managementvennootschap in aanmerking, op basis waarvan het aannam dat moet geacht worden dat de concurrentie door deze persoon een schending uitmaakt van het concurrentieverbod door de managementvennootschap.

342. Tegelijkertijd kan het ook opportuun zijn om de managementovereenkomst aan te vullen met een niet-afwervingsbeding met betrekking tot het personeel van de vennootschap. Het is immers niet ondenkbaar dat de dagelijks bestuurder/manager na de stopzetting van de samenwerking met de vennootschap een nieuwe vennootschap opstart en daarbij gemakshalve recruteert uit een gekend bestand, nl. het gekwalificeerde personeel van zijn voormalige opdrachtgever. Dergelijke afwerving kan een vennootschap belangrijke schade toebrengen. Een niet-afwervingsbeding ("*non poaching*") dient zeer precies te zijn, wat wil zeggen dat met zoveel woorden moet worden aangegeven om welke personen en/of functies het gaat en voor welke duur. De geografische beperking van het verbod speelt hier minder.⁹⁰⁴

(vii) Geheimhouding

343. De discretieplicht van de dagelijks bestuurder/manager geldt in beginsel slechts voor de duur van de managementovereenkomst. De goede trouw uit artikel 1134, lid 3 BW speelt postcontractueel geen enkele rol.⁹⁰⁵ Ter bescherming van de confidentiële informatie, dit zijn de bedrijfs- en fabrieksgeheimen waarvan de dagelijks bestuurder kennis krijgt uit hoofde van de uitoefening van zijn functie, is het dan ook aangewezen om een geheimhoudingsclausule in te schrijven in de managementovereenkomst of om daartoe een afzonderlijke overeenkomst (een geheimhoudingsovereenkomst) te sluiten. Voor een dergelijke clausule of overeenkomst geldt dat de draagwijdte ervan beperkt moet zijn en aan de dagelijks bestuurder/manager geen disproportionele last mag bezorgen.⁹⁰⁶ In geval van een beëindiging van de managementovereenkomst kan worden bepaald dat bepaalde confidentiële informatie moet worden terugggeven aan de vennootschap of moet worden vernietigd.⁹⁰⁷

⁹⁰⁴ E. JANSSENS, "Enkele praktische aspecten van de managementovereenkomst", in R. FELTKAMP en E. JANSSENS (eds.), *Ondernemingscontracten stap voor stap (2^{de} editie)*, Brussel, Larcier, 2013, p. 150.

⁹⁰⁵ H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia 2002, p. 417, nr. 666. Zie *a contrario*: P. VAN OMMESLAGHE, "L'exécution de bonne foi, principe général de droit?", *TBBR* 1987, 104; S. DE DIER en A. VAN BEVER, "Over de loyaleitsplicht van werknemer en bestuurder. Zo zijn we niet getrouwd", *Jura Falc.* 2008-2009, nummer 3, p. 377.

⁹⁰⁶ S. DE DIER en A. VAN BEVER, "Over de loyaleitsplicht van werknemer en bestuurder. Zo zijn we niet getrouwd", *Jura Falc.* 2008-2009, nummer 3, p. 378.

⁹⁰⁷ E. JANSSENS, "Enkele praktische aspecten van de managementovereenkomst", in R. FELTKAMP en E. JANSSENS (eds.), *Ondernemingscontracten stap voor stap (2^{de} editie)*, Brussel, Larcier, 2013, p. 151.

Omdat het bewijs van een inbreuk en de omvang van de schade door de betrokken vennootschap zeer moeilijk te leveren zal zijn, is het bovendien ook wenselijk om de geheimhoudingsclausule uit te werken als een resultaatsverbintenis en daarin een schadebeding op te nemen. In geval van een inbreuk op de bepalingen uit het contract, zal dan in beginsel - behoudens in gevallen van overmacht - de contractueel bepaalde forfaitaire schadevergoeding verschuldigd zijn. Op grond van de rechtspraak van het Hof van Cassatie kan de feitenrechter het schadebeding, wanneer het bedrag hoger is dan de potentiële schade, immers niet vernietigen.⁹⁰⁸ Overdreven schadebedingen - bedragen die kennelijk de som te boven gaan die de partijen konden vaststellen om de schade van de niet-uitvoering van hun contract te vergoeden - kunnen evenwel ambtshalve of op verzoek van de inbreukmakende partij verminderd worden door de rechter op grond van diens matigingsbevoegdheid (artikel 1231 §1 BW).⁹⁰⁹

(viii) Intellectuele rechten

344. In uitvoering van de managementovereenkomst kunnen intellectuele eigendomsrechten tot stand komen, die naargelang de aard van het betrokken recht toebehoren aan de natuurlijke persoon die het werk uitgevonden of gecreëerd heeft of aan de vennootschap die de opdracht heeft gegeven tot de ontwikkeling van het product en/of de dienst waaraan intellectuele rechten verbonden zijn.

Zo kunnen er bijvoorbeeld in het kader van de uitvoering van de opdracht van de manager auteursrechten ontstaan op een handleiding, schema's, software en/of andere teksten en presentaties die de manager ontwikkelde lopende de

⁹⁰⁸ Cass. 12 april 2013, *Huur* 2013, afl. 3, 143; *Huur* 2014, afl. 1, 41; <http://www.cass.be> (3 mei 2013); *Pas.* 2013, afl. 4, 865; *RW* 2013-14 (samenvatting), afl. 35, 1382 en <http://www.rw.be/> (7 mei 2014); *TBBR* 2015, afl. 2, 101.

⁹⁰⁹ Cass. 28 april 2011, *Bank Fin.R.* 2012, afl. 2, 120 en <http://ff.larcier.be/> (27 juni 2012), noot J. BAECK; <http://www.cass.be> (31 mei 2011); *JLMB* 2011, afl. 21, 1017 en <http://jlmbi.larcier.be/> (15 juni 2011); *Pas.* 2011, afl. 4, 1191; *TBBR* 2013, afl. 2, 88, noot P. WERY; Cass. (1e k.) AR C.03.0088.N, 22 oktober 2004 (Dieren Bevrijdingsorganisatie 'Organisation for the protection of animals' / N.R.G. Belgium) *Arr.Cass.* 2004, afl. 10, 1654; <http://www.cass.be> (22 november 2004); *JT* 2005, afl. 6198, 679 en <http://jt.larcier.be> (1 juli 2008); *NJW* 2005, afl. 115, 736; *Pas.* 2004, afl. 11, 1633; *RABG* 2005, afl. 7, 647, noot J. Baeck, *RW* 2005-06, afl. 12, 460 en <http://www.rw.be> (25 november 2005), noot D. MERTENS.

overeenkomst. Het auteursrecht hierop ontstaat zodra er sprake is van een origineel werk, in die zin dat het werk het resultaat is van een intellectuele schepping van de auteur en ook zijn persoonlijke stempel draagt.⁹¹⁰ Die rechten worden wettelijk vermoed eigendom te zijn van de fysieke persoon die het werk heeft gecreëerd.⁹¹¹ Opdat de vennootschap de rechten zou kunnen claimen, dient aldus noodzakelijk een overdracht tot stand te komen tussen vennootschap en dagelijks bestuurder/manager en zelfs, in voorkomend geval, tussen de dagelijks bestuurder/manager en diens managementvennootschap. Een dergelijke overdracht dient ten aanzien van de auteur schriftelijk te gebeuren en wordt restrictief geïnterpreteerd. In beginsel dient bovendien voor iedere exploitatiewijze de reikwijdte, de vergoedingswijze en de geografische reikwijdte uitdrukkelijk te worden bepaald.⁹¹²

Ook een uitvinding komt overeenkomstig de Belgische Octrooiwet toe aan de uitvinder of zijn rechtverkrijgende, zodat partijen ook voor technische vindingen best in een schriftelijke overdrachtsclausule voorzien.⁹¹³

Voor tekeningen en modellen geldt precies het omgekeerde. Artikel 3.8 BVIE⁹¹⁴ bevat het weerlegbare vermoeden dat de rechten op een tekening of een model dat op bestelling of in het kader van een opdracht wordt gemaakt, tenzij schriftelijk anders overeengekomen zou zijn, toekomen aan diegene die de bestelling plaatste en dus aan de (fictieve) ontwerper. Voorwaarde is wel dat de bestelling van het voortbrengsel waarin de tekening of het model vervat is, gedaan werd met het oog op een gebruik in

⁹¹⁰ Artikel XI.165 WER. Zie ook Cass. 26 januari 2012, AM 2012, afl. 4, 336, noot F. BRISON <http://www.cass.be> (17 februari 2012); IRDI 2012, afl. 2, 199, noot F. Gotzen; JLMB 2012, afl. 21, 977 en <http://jlmbl.larcier.be/> (30 augustus 2012), noot A. JOACHIMOWICZ.; *Jaarboek Marktpraktijken* 2012, 939, noot A. HALLEMANS; *Pas*, 2012, afl. 1, 202; RW 2012-13, afl. 15, 578 en <http://www.rw.be/> (11 december 2012), noot H. VANHEES; *TBH* 2012, afl. 6, 610 en <http://www.rdc-fbh.be/> (10 juli 2012), noot B. MICHAUX. Het arrest werd in de rechtsleer evenwel sterk bekritiseerd omwille van het feit dat het Hof niet langer als een voorwaarde vooropstelde dat het werk naast een intellectuele schepping, tevens de persoonlijke stempel diende te dragen van de auteur. Een dergelijke uitspraak zou onverenigbaar zijn met het Europese recht, waar deze voorwaarde wel wordt gesteld. Algemeen neemt men dan ook aan dat dit onderdeel van het arrest niet gevolgd moet worden en dat een werk nog steeds de persoonlijke stempel van de auteur dient te dragen.

⁹¹¹ XI. 170 WER bepaalt: "De oorspronkelijke auteursrechthebbende is de natuurlijke persoon die het werk heeft gecreëerd."

⁹¹² Het ontbreken van een geschrift doet aan een geldige overdracht geen afbreuk, maar creëert een aanzienlijke bewijsproblematiek in hoofde van diegene aan wie het recht werd overgedragen. Art. 3 AW; B. GILIS, F. JENNÉ, PH. MULLIEZ, V. PEDE, V. PERTRY, K. SPAGNOLI en M. WAUTERS, *De managementovereenkomst: een praktisch antwoord op 20 prangende vragen. Reeks dossiers voor bedrijfsjuristen*, Gent, Larcier, 2011, p. 70 – 71.

⁹¹³ Art. 8 wet van 28 maart 1984 op de uitvindingsoctrooiën ("BOW").

⁹¹⁴ Benelux Verdrag voor de Intellectuele Eigendomsrechten.

de handel.⁹¹⁵ Modelrechten die gecommmercialiseerd zullen worden, komen in beginsel dus aan de vennootschap toe.⁹¹⁶

Het *sui generis*-recht op de inhoud van een databank ontstaat op zich reeds in hoofde van de producent, dit is de natuurlijke persoon of de rechtspersoon die het initiatief neemt en het risico draagt van de investering waardoor de databank ontstaan is.⁹¹⁷ De investeerder zal in de regel de vennootschap zijn, zodat in dit verband een contractuele clause zich niet opdringt, weliswaar abstractie makend van de bescherming van de structuur van een databank die op basis van het auteursrecht wordt beschermd.

Afhankelijk van de aard van het betrokken eigendomsrecht zal er dan ook een uitdrukkelijke overdracht tussen de dagelijks bestuurder/manager en de vennootschap moeten worden opgenomen in de managementovereenkomst, waarbij voor ieder betrokken recht de toepasselijke regels met betrekking tot een geldige overdracht in acht genomen zullen moeten worden.

(ix) Exoneratie en vrijwaring

345. Partijen kunnen er voor kiezen om in de managementovereenkomst het aansprakelijkheidsrisico van de dagelijks bestuurder-manager te beperken door daarin een exoneratiebeding en/of een vrijwaringsbeding op te nemen. Het toestaan van een exoneratie en/of vrijwaring is een gunst van de vennootschap ten aanzien van haar dagelijks bestuurder-manager.

346. Exoneratie betekent niet hetzelfde als vrijwaring. Door een exoneratiebeding in de managementovereenkomst op te nemen doet de vennootschap *a priori* afstand van de

⁹¹⁵ Art. 3.8, lid 2 Benelux-Verdrag van 25 februari 2005 inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen), BS 26 april 2006, 21867 en gewijzigd door Beschikking 1 december 2006, BS 22 december 2006, 73952 ("BVIE").

⁹¹⁶ B. GILIS, F. JENNÉ, PH. MULLIEZ, V. PEDE, V. PERTRY, K. SPAGNOLI en M. WAUTERS, *De managementovereenkomst: een praktisch antwoord op 20 prangende vragen. Reeks dossiers voor bedrijfsjuristen*, Gent, Larcier, 2011, p. 71.

⁹¹⁷ Art 2, 5^o wet van 31 augustus 1998 houdende omzetting in Belgisch recht van de Europese richtlijn van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, BS 14 november 1998, 36914 ("DBW").

aansprakelijkheidsvordering die zij heeft of zelfs in de toekomst zal hebben ten aanzien van haar dagelijks bestuurder.⁹¹⁸ Op grond van een vrijwaringsbeding verbindt de vennootschap zich ertoe de financiële gevolgen te dragen van een dergelijke mogelijke aansprakelijkheid.⁹¹⁹ De beperkingen mogen niet van die aard zijn dat ze de essentie van het contract wijzigen.⁹²⁰ De exoneratione geldt bovendien ook enkel in de interne relatie tussen de vennootschap en manager. In de relatie tot derden blijft de aansprakelijkheid van de manager te allen tijde overeind: derde-schadelijders zijn vreemd aan de managementovereenkomst en kunnen het recht niet ontnomen worden een vordering in te stellen wegens een fout/onzorgvuldigheid van de manager (artikel 1382-1383 BW). In die optiek biedt de opname van een vrijwaringsbeding dan ook een ruimere bescherming aan de manager in kwestie.

§ 2. De arbeidsovereenkomst

A) Definitie

347. Een arbeidsovereenkomst is een overeenkomst tot het verrichten van arbeid, waarbij de ene partij, de werknemer, zich jegens de andere partij, de werkgever, verbindt om in een verhouding van ondergeschiktheid aan of onder het gezag van een werkgever tegen loon arbeid te verrichten.⁹²¹ Voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst moeten er vier elementen aanwezig zijn: een overeenkomst, arbeid, loon en gezag of ondergeschiktheid.⁹²² Het bestaan van een overeenkomst vereist bovendien de instemming van partijen met de

⁹¹⁸ De vraag of een dergelijke beperking van de interne aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder *a priori* mogelijk is, komt aan bod in het hoofdstuk over de aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder (zie *infra* randnummer).

⁹¹⁹ B. GILIS, F. JENNÉ, Ph. MULLIEZ, V. PEDE, V. PERTRY, K. SPAGNOLI en M. WAUTERS, *De managementovereenkomst: een praktisch antwoord op 20 prangende vragen. Reeks dossiers voor bedrijfsjuristen*, Gent, Larcier, 2011, p. 61; J. MAES, "Vrijwaringsbedingen", *NJW* 2012, nr. 271, 699.

⁹²⁰ K. GEENS en J. VANANROYE, "Bestuurdersaansprakelijkheid in de NV en de BVBA" in X, *Vennootschaps- en financieel recht*, Reeks 'Themis', nr. 11, Brugge, die Keure, 2002, nr. 15.

⁹²¹ Artikel 3 Arbeidsovereenkomstenwet; Cass. 6 maart 2000, *JTT* 2000, 227; Cass. 25 oktober 2004, *onuitgeg.*; Cass. 20 maart 2006, *onuitgeg.*; I. VANDEN POEL, W. VAN EECKHOUTTE, S. HEYNDRIKX, G. DE MAESENEIRE, E. DE KEZEL, "Overzicht van rechtspraak. Arbeidsovereenkomsten.", *TPR* 2014, afl. 1, 118, nr. 5.

⁹²² Arbh. Bergen 14 februari 2012, *T. Verz.* 2012, afl. 4, 468; Arbh. Antwerpen (afd. Hasselt) 8 maart 2005, *Limb. Rechtsl.* 2005, afl. 2, 113. Zie *supra* randnummer 276.

essentiële elementen ervan. De vaststelling van het door de werkgever te betalen loon is een dergelijk element.⁹²³

348. Algemeen neemt men aan dat de werknemer een fysieke persoon dient te zijn. Een rechtspersoon kan dus niet fungeren als een werknemer.⁹²⁴ De overeenkomst wordt bovendien *intuitu personae* en dus omwille van de persoonlijke eigenschappen van de werknemer aangegaan. Om die reden is het dan ook uitgesloten dat de werknemer zich in de uitvoering van zijn opdracht zou laten vervangen door een andere persoon.⁹²⁵ Omgekeerd is dit niet het geval. Wat de werkgever betreft wordt de arbeidsovereenkomst in beginsel niet gesloten omwille van de persoonlijkheid van de werkgever.⁹²⁶ Ook het werkgeversgezag is niet aan een persoon gebonden en kan perfect gedelegeerd worden aan een derde. Hierdoor verliest de werkgever de bevoegdheid om gezag uit te oefenen niet, maar ontlast hij zich van een aantal taken door een beroep op de figuur van de lastgeving.⁹²⁷

349. De arbeids- en de aannemingsovereenkomst verschillen van elkaar doordat de arbeidsovereenkomst het verrichten van arbeid en niet het resultaat van de arbeidsverrichting tot voorwerp heeft.⁹²⁸ Bij aanneming van werk bestaat het voorwerp van de overeenkomst er inderdaad uit dat een bepaald intellectueel of stoffelijk werk wordt verricht voor een ander door het stellen van materiële handelingen. Bij de lastgevingsovereenkomst ligt de focus dan weer veeleer op het stellen van rechtshandelingen, hoewel het stellen van materiële handelingen niet volledig kan worden uitgesloten.

Een belangrijk verschil tussen de dagelijks bestuurder die zijn opdracht uitvoert in het kader van een arbeidsovereenkomst tegenover een dagelijks bestuurder die fungeert als een lastgever of als een aannemer (i.e. een manager), is dus de vraag of de overeenkomst de

⁹²³ Cass. 17 december 2012, <http://www.cass.be> (17 januari 2013); *Pas.* 2012, afl. 12, 2541; Cass. 11 december 2006, *RW* 2007-08, afl. 35; *Arbh.* Bergen 27 juni 2003, *Soc. Kron.* 2005, afl. 2, 83.

⁹²⁴ *Arbh.* 24 juni 2011, *Soc. Kron.* 2013 (samenvatting), afl. 1, 50; I. VANDEN POEL, W. VAN EECKHOUTTE, S. HEYNDRIKX, G. DE MAESENEIRE, E. DE KEZEL, "Overzicht van rechtspraak. Arbeidsovereenkomsten.", *TPR* 2014, afl. 1, 119, nr. 7.

⁹²⁵ I. VANDEN POEL, W. VAN EECKHOUTTE, S. HEYNDRIKX, G. DE MAESENEIRE, E. DE KEZEL, "Overzicht van rechtspraak. Arbeidsovereenkomsten.", *TPR* 2014, afl. 1, 119, nr. 7.

⁹²⁶ *Arbh.* Luik 10 november 2005, *Soc. Kron.* 2006, afl. 6, 321; I. VANDEN POEL, W. VAN EECKHOUTTE, S. HEYNDRIKX, G. DE MAESENEIRE, E. DE KEZEL, "Overzicht van rechtspraak. Arbeidsovereenkomsten.", *TPR* 2014, afl. 1, 120, nr. 8.

⁹²⁷ *Arbh.* Luik 10 november 2005, *Soc. Kron.* 2006 (verkort), afl. 6, 321; I. VANDEN POEL, W. VAN EECKHOUTTE, S. HEYNDRIKX, G. DE MAESENEIRE, E. DE KEZEL, "Overzicht van rechtspraak. Arbeidsovereenkomsten.", *TPR* 2014, afl. 1, 121, nr. 10.

⁹²⁸ I. VANDEN POEL, W. VAN EECKHOUTTE, S. HEYNDRIKX, G. DE MAESENEIRE, E. DE KEZEL, "Overzicht van rechtspraak. Arbeidsovereenkomsten.", *TPR* 2014, afl. 1, 123, nr. 14.

arbeid zelf dan wel het resultaat daarvan tot voorwerp heeft. Verschillende auteurs benadrukken dat het antwoord op deze vraag zo nauw samenhangt met de vraag of er gezagsverhouding aanwezig is, dat het antwoord op de laatste vraag veelal ook het antwoord op de eerste vraag zal impliceren.⁹²⁹

B) Principiële mogelijkheid tot contractualisering en de voorwaarden daartoe

350. Niets belet dat een dagelijks bestuurder voor de uitoefening van zijn opdracht verbonden is met een arbeidsovereenkomst. Het Hof van Cassatie preciseerde hierover in zijn arrest van 30 mei 1988 dat de voorwaarde hiertoe is dat het dagelijks bestuur moet worden waargenomen onder het gezag van een ander orgaan, van een andere bestuurder of van een aangestelde van de vennootschap.⁹³⁰ In eerdere arresten besliste het Hof reeds dat het principiële mogelijk was dat een dagelijks bestuurder en zelfs een afgevaardigd bestuurder, zijn opdracht uitoefent in ondergeschikt verband en dus in het kader van een arbeidsovereenkomst, op voorwaarde dat deze laatste een functie uitoefent die voldoende onderscheiden is van het bestuurdersmandaat.⁹³¹

351. Zonder gezag is er geen arbeidsovereenkomst.⁹³² Het gezag kan waargenomen worden door een ander orgaan, een bestuurder en zelfs een personeelslid van de vennootschap.⁹³³

⁹²⁹ I. VANDEN POEL, W. VAN EECKHOUTTE, S. HEYNDRIKX, G. DE MAESENEIRE, E. DE KEZEL, "Overzicht van rechtspraak. Arbeidsovereenkomsten.", *TPR* 2014, afl. 1, 123, nr. 14.

⁹³⁰ Cass. 30 mei 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 1260; *Bull.* 1988, 1169; *Inf. Soc. Secr.* 1988, afl. 17, z.p.; *JIT* 1989, 126, noot; *Pas.* 1988, I, 1169; *RW* 1988-89, 539; *TBH* 1989, 156; *TSR* 1988, 293. Zie *supra* randnummers 289 en verder.

⁹³¹ Cass. 22 januari 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 559; *Bull.* 1981, 543; *BRH* 1981, 338, noot -; *JT* 1981, 342; *Pas.* 1981, I, 543; *JDSC* 1999 (verkort), 88, *RCJB* 1881, 495, noot S. NUDELHOLE, *RPS* 1981, 285, noot PC; Cass. 28 mei 1984, *RW* 1984-85, 333; *Arbh.* Brussel 12 februari 1982, *JIT* 1983, 11 en *Arbh.* Bergen 20 december 1984, *JT* 1985, 286. Zie *supra* randnummers 289 en verder.

⁹³² Cass. 31 oktober 1980, *RW* 1980-81, 1056; Brussel 22 januari 1992, *TBH* 1993, 36; A. VAN OEVELEN, "De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer en van de werkgever voor de onrechtmatige daden van de werknemer in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst", *RW* 1987-88, 1195; B. DE GROOF, "Contractualisering van de verhouding dagelijks bestuurder en vennootschap: arbeidsovereenkomst of managementovereenkomst?", *Jura Falc.* 2009-2010, nr. 3, 487.

⁹³³ Van de algemene vergadering neemt men aan dat dit orgaan geen patronaal gezag kan uitoefenen, omdat deze in beginsel slechts éénmaal per jaar samenkomt. *Arbh.* Brussel 10 september 2009, *Soc. Kron.* 2011, afl. 7, 325; Zie ook *Arbh.* Brussel 24 juni 2010, *RABG* 2011, afl. 3, 197, noot V. DOOMS. In deze zaak waren vader en zoon beiden gedelegeerd bestuurder in de ene vennootschap en statutaire zaakvoerder in een andere vennootschap, terwijl ze ook beiden bedienden waren in de twee vennootschappen. Het Arbeidshof van Brussel besliste dat de omstandigheid dat vader en zoon tegelijkertijd werkgever en werknemer van elkaar waren geweest voor wat betreft de taken die onderscheiden waren van de uitoefening van het dagelijks beleid van de vennootschap en die

Om te weten wat onder de notie 'gezag' en/of een 'band van ondergeschiktheid' verstaan moet worden, is men aangewezen op de rechtspraak. De wet voorziet geen omschrijving van dit begrip.⁹³⁴ Vaste rechtspraak stelt dat de band van ondergeschiktheid moet blijken uit het feit dat de ene partij zijn diensten presteert onder het gezag van de andere partij en dat het al dan niet bestaan van een band van ondergeschiktheid door de rechter concreet zal moeten worden beoordeeld, rekening houdend met alle feitelijke elementen van de zaak.⁹³⁵ De feiten waaruit de rechter een band van ondergeschiktheid afleidt, worden door hem onaantasbaar beoordeeld.⁹³⁶ De vraag die concreet gesteld zal worden met betrekking tot de dagelijks bestuurders is of deze in de uitvoering van hun opdracht over een zekere autonomie beschikken binnen en ten aanzien van de vennootschap. Een feitelijk leider kan alleszins geen werknemer zijn.

Hoofdstuk III: GEVOLGEN VAN DE KEUZE VOOR DE ENE OF DE ANDERE SAMENWERKINGSVORM

352. De keuze die partijen maken voor de ene of de andere samenwerkingsvorm wordt bepaald door een wisselwerking tussen verschillende factoren van financiële, arbeidsrechtelijke en vennootschapsrechtelijke aard. Op het eerste gezicht is het meest doorslaggevende element daarvoor de aan- of afwezigheid van een gezagsverhouding. Uit de praktijk blijkt evenwel dat vennootschappen en dagelijks bestuurders het dagelijks beleid zeer zelden onder het werknemersstatuut onderbrengen. Meer zelfs, er bestaat – meestal in hoofde van de vennootschap – een zeer grote vrees tot herkwalificatie van de overeenkomst als een arbeidsovereenkomst. Financiële overwegingen spelen daarbij een belangrijke rol: door de manager als een zelfstandige te laten handelen, ontsnapt de vennootschap aan de

bovendien identiek waren aan elkaar, onverenigbaar was met het uitoefenen van werkgeversgezag, aldus dat er hier geen sprake was van een geldige arbeidsovereenkomst.

⁹³⁴ B. DE GROOF, "Contractualisering van de verhouding dagelijks bestuurder en vennootschap: arbeidsovereenkomst of managementovereenkomst?", *Jura Falc.* 2009-2010, nr. 3, 487.

⁹³⁵ Cass. 30 september 2015, <http://www.cass.be> (12 oktober 2015); *JT* 2015, afl. 6626, 844 en <http://jt.larcier.be/> (29 januari 2016), noot A. LENAERTS; Cass. 7 september 1992, *Soc. Kron.* 1993, 13; Cass. 11 januari 1978, *Arr. Cass.* 1979, 558; *Arbh.* Bergen 26 maart 2001, *JLMB* 2003, 93; B. DE GROOF, "Contractualisering van de verhouding dagelijks bestuurder en vennootschap: arbeidsovereenkomst of managementovereenkomst?", *Jura Falc.* 2009-2010, nr. 3, 487; I. VANDEN POEL, W. VAN EECKHOUTTE, S. HEYNDRIKX, G. DE MAESENEIRE, E. DE KEZEL, "Overzicht van rechtspraak. Arbeidsovereenkomsten.", *TPR* 2014, afl. 1, 153, nr. 46.

⁹³⁶ Cass. 30 september 2015, <http://www.cass.be> (12 oktober 2015); *JT* 2015, afl. 6626, 844 en <http://jt.larcier.be/> (29 januari 2016), noot A. LENAERTS.

betaling van de patronale bijdragen die door een werkgever verplicht betaald moeten worden. Aan de dagelijks bestuurder zelf wordt de gelegenheid geboden om het voor hem meest gunstige fiscale regime uit te zoeken.

A) Financieel

353. Een doorslaggevend element om de overeenkomst in een cliënt-opdrachtgeverrelatie te verzelfstandigen en te opteren voor een managementovereenkomst eerder dan voor een arbeidsovereenkomst is dat de sociale zekerheidsbijdragen lager zijn voor een zelfstandige en deze laatste dus netto meer overhoudt dan een werknemer in de hypothese van eenzelfde brutobedrag.⁹³⁷ Bovendien biedt de vennootschapsvorm een grotere flexibiliteit: men bepaalt immers zelf in grote mate wanneer en onder welke vorm geld wordt uitgekeerd en waar de belasting gedragen wordt. Anderzijds dient in een vennootschap wel rekening gehouden te worden met de werkingskosten, de beperkte aanwending van spaartegoeden en de hogere belasting van beleggingsinstrumenten.⁹³⁸

354. In sommige gevallen is de juridische kwalificatie van partijen nochtans niet tegenwerpelijk aan de Administratie. Met de antimisbruikbepaling uit artikel 344§1 WIB 1992 legde de wetgever de vrije keuze voor gunstige fiscale structuren aan banden. Met de wijziging van deze regel creëerde de wetgever een procedureregule met betrekking tot de bewijsvoering, die het mogelijk maakt de belastbare grondslag feitelijk vast te stellen.⁹³⁹ Vereist is, om als

⁹³⁷ B. GILIS, F. JENNÉ, PH. MULLIEZ, V. PEDE, V. PERTRY, K. SPAGNOLI en M. WAUTERS, *De managementovereenkomst: een praktisch antwoord op 20 prangende vragen. Reeks dossiers voor bedrijfsjuristen*, Gent, Larcier, 2011, p. 14.

⁹³⁸ B. GILIS, F. JENNÉ, PH. MULLIEZ, V. PEDE, V. PERTRY, K. SPAGNOLI en M. WAUTERS, *De managementovereenkomst: een praktisch antwoord op 20 prangende vragen. Reeks dossiers voor bedrijfsjuristen*, Gent, Larcier, 2011, 14; S. BEYAERT, "De managementovereenkomst", in X, *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, p. 23.

⁹³⁹ De tekst van artikel 344§1 WIB 1992 luidt: "Aan de administratie kan niet worden tegengeworpen, de rechtshandeling noch het geheel van rechtshandelingen dat een zelfde verrichting tot stand brengt, wanneer de administratie door vermoedens of andere in artikel 340 bedoelde bewijsmiddelen en aan de hand van objectieve omstandigheden aantoon dat er sprake is van fiscaal misbruik. Er is sprake van fiscaal misbruik wanneer de belastingplichtige middels de door hem gestelde rechtshandeling of het geheel van rechtshandelingen één van de volgende verrichtingen tot stand brengt: 1° een verrichting waarbij hij zichzelf in strijd met de doelstellingen van een bepaling van dit Wetboek of de ter uitvoering daarvan genomen besluiten buiten het toepassingsgebied van die bepaling plaatst; of 2° een verrichting waarbij aanspraak wordt gemaakt op een belastingvoordeel voorzien door een bepaling van dit Wetboek of de ter uitvoering daarvan genomen besluiten en de toekenning van dit voordeel in strijd zou zijn met de doelstellingen van die bepaling en die in wezen het verkrijgen van dit voordeel tot doel heeft. Het komt aan de belastingplichtige toe te bewijzen dat de keuze voor zijn rechtshandeling of het geheel van rechtshandelingen door andere motieven verantwoord is dan het ontwijken van inkomstenbelastingen. Indien de belastingplichtige het tegenbewijs niet levert, dan wordt de belastbare grondslag en de belastingberekening zodanig hersteld dat de verrichting aan een belastingheffing overeenkomstig het doel van de wet wordt onderworpen alsof het misbruik niet heeft plaatsgevonden."

fiscaal misbruik te worden aangemerkt, dat de verrichting uitsluitend gemotiveerd wordt door de zorg de belasting te ontwijken of dat op een dermate essentiële wijze moet zijn dat de eventuele andere doelstellingen van de verrichting als verwaarloosbaar of zuiver kunstmatig moeten worden beschouwd, niet alleen op economisch vlak, maar ook gelet op andere, met name persoonlijke of familiale, relevante overwegingen (subjectief element).⁹⁴⁰ Daarnaast is ook een objectief element vereist, namelijk dat dat de in het geding zijnde verrichting tot gevolg heeft aan de belasting te ontsnappen, hetzij door een belastingvoordeel te genieten, hetzij door zich buiten het toepassingsgebied van een belastingbepaling te plaatsen.⁹⁴¹

355. Toch heeft een herkwalificatie niet noodzakelijk tot gevolg dat de Administratie haar slag thuis haalt. Een goed voorbeeld hiervan is een geschil waarover het Hof van Beroep van Gent zich uitsprak in haar arrest van 14 januari 2014.⁹⁴² De aanleiding voor dit geschil was een bericht van wijziging van de Administratie aan twee bestuurders van een vennootschap (de NV G.) met daarin de mededeling dat de managementvergoedingen, die zij hadden ontvangen van de NV G., belast zouden worden in hun personenbelasting in plaats van in de vennootschapsbelasting van hun resp. managementvennootschappen. Het Hof gaf de Administratie gelijk wat de simulatie omwille van fiscale motieven betreft en oordeelde in essentie dat:

⁹⁴⁰ Daartoe wordt in een stelsel van bewijs en tegenbewijs voorzien. Het komt allereerst de administratie toe aan te tonen dat de belastingplichtige een rechtshandeling, of een geheel van rechtshandelingen dat eenzelfde verrichting tot stand brengt, heeft gekozen die in tegenspraak is met de doelstellingen van een duidelijk geïdentificeerde fiscale bepaling en waarvan het doorslaggevende, zo niet exclusieve, motief erin bestaat de belasting te ontwijken, zonder dat zij, in dat stadium noodzakelijkerwijs, rekening hoeft te houden met de eventuele andere redenen waarom de belastingplichtige heeft kunnen beslissen een dergelijke verrichting tot stand te brengen, en die de fiscus kan negeren. De bewijslast ligt derhalve in de eerste plaats bij de administratie. Het is pas daarna dat de belastingplichtige ten genoegte van recht dient aan te tonen dat zijn keuze voor de betwiste verrichting door eventuele andere motieven dan het ontwijken van belastingen is verantwoord. Het gaat derhalve niet om een omkering van de bewijslast, maar om een aanpassing ervan. Grondwettelijk Hof nr. 141/2013, 30 oktober 2013 APT 2014 (samenvatting), afl. 1, 47; <http://www.const-court.be> (31 oktober 2013); A.GrwH 2013, afl. 4, 2535; BS 2 januari 2014 (eerste uitgave) (uittreksel), 5 en <http://staatsblad.be> (11 januari 2014); JDF 2013, afl. 7-8, 218, noot D. GARABEDIAN; JDF 2013, afl. 7-8, 218, noot J. NEMERY DE BELLEVAUX; RFRL 2013, afl. 4, 328; Rec.gén.enr.not. 2014, afl. 1, 8; RW 2013-14 (samenvatting), afl. 12, 479 en <http://www.rw.be/> (27 november 2013); RW 2013-14 (samenvatting), afl. 29, 1142 en <http://www.rw.be/> (28 april 2014), noot -; TVW 2014, afl. 1, 80.

⁹⁴¹ Grondwettelijk Hof nr. 141/2013, 30 oktober 2013 APT 2014 (samenvatting), afl. 1, 47; <http://www.const-court.be> (31 oktober 2013); A.GrwH 2013, afl. 4, 2535; BS 2 januari 2014 (eerste uitgave) (uittreksel), 5 en <http://staatsblad.be> (11 januari 2014); JDF 2013, afl. 7-8, 218, noot D. GARABEDIAN; JDF 2013, afl. 7-8, 218, noot J. NEMERY DE BELLEVAUX; RFRL 2013, afl. 4, 328; Rec.gén.enr.not. 2014, afl. 1, 8; RW 2013-14 (samenvatting), afl. 12, 479 en <http://www.rw.be/> (27 november 2013); RW 2013-14 (samenvatting), afl. 29, 1142 en <http://www.rw.be/> (28 april 2014), noot -; TVW 2014, afl. 1, 80.

⁹⁴² Gent 14 januari 2014, Fisc.Koer. 2014 (weergave), afl. 8, 417 en <http://www.monkey.be/> (11 juni 2014), noot X.

“Uit de feitelijke vaststellingen mag worden afgeleid dat de managementvennootschappen in werkelijkheid niet de taken van management en bestuur waarnemen. Er werd daarom correct besloten dat de betrokkenen niet alle gevolgen van hun contractuele afspraken hebben aanvaard. Er werd volgens het hof slechts in schijn voorgehouden dat de vennootschappen de taken van management en bestuur uitvoerden, maar feitelijk waren het de natuurlijke personen die deze taken verder bleven uitvoeren. Volgens het Hof werd terecht aangenomen dat voor deze schijn enkel fiscale motieven bestonden.”⁹⁴³

Het aanwezig zijn van de fiscale schijn, leidde hier evenwel niet onmiddellijk tot enig financieel voordeel in hoofde van de Administratie. Verder in het arrest oordeelde het Hof immers dat uit de vastgestelde simulatie niet zonder meer kon worden afgeleid dat de managementvergoedingen effectief aan de natuurlijke personen (vader en zoon) betaald werden. Het Hof volgde de belastingsplichtigen in hun stelling dat de door de Administratie getrokken conclusie, namelijk dat de managementvergoedingen rechtstreeks aan de natuurlijke personen zijn uitbetaald, rechtstreeks veronderstelt dat men abstractie maakt van de oprichting en het bestaan van de managementvennootschappen:

“Dan nog is de vraag of de geïntimeerde uit die vastgestelde simulatie zonder meer het gevolg kon trekken dat de managementvergoedingen die de nv G. aan de bvba D.M. en aan de nv D.I. & M.C. heeft betaald, werden betaald aan, respectievelijk, de eerste appellant en de tweede appellant. De appellanten moeten gevolgd worden in hun stelling dat de door de geïntimeerde getrokken conclusie dat de managementvergoedingen rechtstreeks aan de eerste en tweede appellanten te zijn uitbetaald, noodzakelijk veronderstelt dat de geïntimeerde van de bvba D.M. en de nv D.I. & M.C. ‘abstractie maakt’, dat wil zeggen er van uitgaat dat deze nooit zijn opgericht en dus niet bestaan.”

De belastingsplichtigen hadden echter aangetoond dat de Administratie de uitbetaalde managementvergoedingen daadwerkelijk aanvaard had als inkomsten van die twee managementvennootschappen. Om die reden besliste het Hof dat de Administratie zich hier niet consequent had gedragen met als gevolg dat de wijziging niet werd aanvaard.

⁹⁴³ Gent 14 januari 2014, *Fisc.Koer.* 2014 (weergave), afl. 8, 417 en <http://www.monkey.be/> (11 juni 2014), noot X.

B) Sociale bescherming

356. Contractualisering van de samenwerking in het kader van een managementovereenkomst creëert een zekere bestendigheid van de opdracht en biedt bescherming tegen ontslag omwille van de mogelijkheid om vergoedingen contractueel vast te leggen.⁹⁴⁴

C) Concurrentie en discretie

357. Zowel ten aanzien van de dagelijks bestuurder-werknemer als ten aanzien van de dagelijks bestuurder-manager heerst in beginsel het principe van vrijheid van handel, waarvan de vrijheid van concurrentie een afgeleide is.⁹⁴⁵ Absolute vrijheden houden evenwel nooit stand. In een werknemer-werkgeversrelatie impliceert een dergelijke vrijheid zelfs een zekere vorm van onbillijkheid/deloyauteit ten opzichte van de werkgever. De goede trouw en plicht tot getrouwheid van de werknemer staan eraan in de weg dat de werknemer, tijdens de arbeidsovereenkomst, prestaties zou leveren voor een concurrent van de werkgever, concurrerende activiteiten zou verrichten of deelnemen aan de oprichting van een concurrerend bedrijf, zelfs al is er van oneerlijke marktpraktijken geen sprake.⁹⁴⁶ Dit principe werd door de wetgever wettelijk vastgelegd in artikel 17,3° b) WAO. Op grond van deze bepaling is de werknemer verplicht om zich zowel gedurende de overeenkomst als na de beëindiging ervan te onthouden om daden van oneerlijke concurrentie te verrichten of daaraan zijn mederwerking te verlenen.⁹⁴⁷ Tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst is het de dagelijks bestuurder-werknemer dus steeds verboden om de vennootschap te

⁹⁴⁴ B. GILIS, B. GILIS, F. JENNÉ, PH. MULLIEZ, V. PEDE, V. PERTRY, K. SPAGNOLI en M. WAUTERS, *De managementovereenkomst: een praktisch antwoord op 20 prangende vragen. Reeks dossiers voor bedrijfsjuristen*, Gent, Larcier, 2011, p. 13.

⁹⁴⁵ Art. II.3 en II.4 WER; Cass. 12 juli 1917, Pas. 1918, I, 65; Cass. 13 september 1991, RW 1991-92, 882.

⁹⁴⁶ S. DE DIER en A. VAN BEVER, "Over de loyaliteitsplicht van werknemer en bestuurder. Zo zijn we niet getrouwd", *Jura Falc.* 2008-2009, nummer 3, 343.

⁹⁴⁷ Art. 17,3° a) en b) WAO.

beconcurreren.⁹⁴⁸ Dit verbod behelst zowel eerlijke als oneerlijke concurrentie.⁹⁴⁹ Mits er geen concurrentiebeding werd opgenomen in de arbeidsovereenkomst, is de dagelijks-bestuurder-werknemer na afloop van de arbeidsovereenkomst wel vrij. Er mag dan wel geen sprake zijn van oneerlijke concurrentie.⁹⁵⁰

Bij gebreke aan een analoge wettelijke regeling buiten het kader van een arbeidsovereenkomst, lijkt de dagelijks bestuurder-manager op het eerste gezicht vrij om bijkomende mandaten te aanvaarden in concurrerende vennootschappen (functieconcurrentie) dan wel om zelf een concurrerende activiteit op te starten (activiteitenconcurrentie). De goede trouw staat hieraan nochtans in de weg. Op grond van artikel 1134, lid 3 BW is de goede trouw inbegrepen in elke overeenkomst en dient in dat opzicht als de grondslag voor de loyaleitsplicht van de dagelijks bestuurder-manager in relatie tot de vennootschap, dit is tijdens de uitvoering van de managementovereenkomst.

D) Aansprakelijkheidsregime

358. Het sluitstuk van de vergelijking tussen de uitvoering van een mandaat als dagelijks bestuurder in het kader van een managementovereenkomst of een arbeidsovereenkomst spitst zich toe op de verschillende aansprakelijkheidsregimes waaraan beide types overeenkomsten onderworpen worden. Een werknemer geniet een beperkte aansprakelijkheid op basis van de regel *ex* artikel 18 WAO.

Krachtens deze bepaling is de werknemer voor de schade die hij berokkent bij de uitvoering van zijn overeenkomst, enkel aansprakelijk voor zijn bedrog en zware schuld. Voor lichte schuld is hij enkel aansprakelijk als die bij hem eerder gewoonlijk dan toevallig voorkomt (artikel 18, lid 1 WAO). De aansprakelijkheidsbeperking geldt zowel in relatie tot de werkgever (dit is de vennootschap) als in relatie tot derden. Deze regeling is van dwingend recht: er kan

⁹⁴⁸ S. DE DIER en A. VAN BEVER, "Over de loyaliteitsplicht van werknemer en bestuurder. Zo zijn we niet getrouwd", *Jura Falc.* 2008-2009, nummer 3, 338.

⁹⁴⁹ S. DE DIER en A. VAN BEVER, "Over de loyaliteitsplicht van werknemer en bestuurder. Zo zijn we niet getrouwd", *Jura Falc.* 2008-2009, nummer 3, 343; PH. DE WULF en K. CHERETTE, "Over de actiemogelijkheden van de (ex-)werkgever in geval van concurrentie door zijn (ex-)werknemer: een beknopte leidraad.", *Or.* 2005, afl 10, 237; *Arbh.* Antwerpen 13 oktober 1975, *JTT* 1976, 358, noot; *Arbrb.* Luik 29 januari 1980, *JTT* 1981, 188; *Arbh.* Brussel (3e k.) nr. 2009/AB/52.767, 19 november 2010, *JTT* 2011, afl. 1097, 214.

⁹⁵⁰ Luik 20 januari 2003, *RRD* 2003, 154.

op straffe van nietigheid van de arbeidsovereenkomst niet van worden afgeweken. Dit is anders voor de dagelijks bestuurder-manager die zijn taken als een zelfstandige uitvoert. Deze laatste is op grond van artikel 527 W. Venn. in overeenstemming met het gemeen recht verantwoordelijk om de taak die hem wordt opgedragen te vervullen en is op die gronden aansprakelijk voor de tekortkomingen in zijn bestuur.⁹⁵¹

⁹⁵¹ Art. 527 W. Venn. De dagelijks bestuurders worden in dit artikel uitdrukkelijk vermeld.

DEEL IV: AANSPRAKELIJKHEID VAN DE DAGELIJKS BESTUURDER

Hoofdstuk I: AFBAKENING

Afdeling I Voorafgaandelijk: de dagelijks bestuurder als orgaan van de vennootschap (orgaantheorie)

359. De dagelijks bestuurder treedt als een orgaan van de vennootschap op in naam en voor rekening van de vennootschap zonder zelf persoonlijk verbonden te zijn. Dit is het principe van de organieke vertegenwoordiging zoals dat wettelijk verankerd is in artikel 61§1 W. Venn en ook van toepassing is op de bestuurders en de leden van het directiecomité.⁹⁵² Als een derde een overeenkomst sluit met de vennootschap en de vennootschap nadien deze overeenkomst slecht (of niet) uitvoert, kan de benadeelde derde zich niet rechtstreeks keren tegen de dagelijks bestuurder waarmee hij het contract onderhandelde en tekende, maar dient hij zich dus te richten tot de vennootschap zelf.⁹⁵³

De immuniteit van het orgaan is evenwel niet absoluut. De rechtstreekse aansprakelijkheid van de vennootschap op grond van een onrechtmatige daad van zijn orgaan sluit immers de

⁹⁵² De tekst van artikel 61§1 W. Venn. luidt: "De vennootschappen handelen via hun organen waarvan de bevoegdheden worden vastgesteld door dit wetboek, het doel en de statuten. De leden van deze organen zijn niet persoonlijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap."

⁹⁵³ Het Hof van Cassatie spreekt over een rechtstreekse aansprakelijkheid van de vennootschap voor het handelen van haar vennootschapsorganen. Zie onder meer Cass. 15 januari 1946, *Pas. 1946, I, 25* en *Rev. prat. soc. 1947, nr. 3977, 350*; Cass. 7 september 1950, *Pas. 1950, I, 846* en *Rev. prat. soc. 1951, nr. 4207, 114*; *MvT Parl. St. Kamer, 1998-99, nr. 1838/1, p. 31*. V. SIMONART, "La théorie de l'organe", in *Liber amicorum Michel Coipel*, Antwerpen, Kluwer, 2004, p. 719; J. VANANROYE, "Enkele evoluties inzake bestuurdersaansprakelijkheid" in K. GEENS (ed.) *Themis Vennootschaps- en financieel recht. Nr. 29, 2004-2005*, Brugge, die Keure, 2005, p. 77; C. COUNE en D. HUBIN, "Aansprakelijkheid van bedrijfsleiders en verzekering", *T. Verz. 2012, nr. 379, 183*. Vergelijk ook naar Nederlands recht, waar men spreekt over de primaire aansprakelijkheid van de rechtspersoon zelf en de secundaire aansprakelijkheid van de leidinggevende: HR 31 januari 1958, *NJ 1958, 251*, (Van Dullemen/Sala) aangehaald door M.J. KROEZE en J.B. WEZEMAN in S.N. DE VALK, "Aansprakelijkheid van leidinggevenden naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven", Deventer, Kluwer, 2009, V.

persoonlijke aansprakelijkheid van dat orgaan niet uit.⁹⁵⁴ Zij bestaan naast elkaar.⁹⁵⁵ Vereist is dan wel dat de dagelijks bestuurder, in de aanloop van of bij de uitvoering van de overeenkomst, een fout maakt die de schending inhoudt van de algemene zorgvuldigheidsnorm en dat die fout een andere schade veroorzaakte dan een aan een contractuele fout te wijten schade.⁹⁵⁶

Afdeling II Onderzoeksvraag

360. In deel IV van dit proefschrift zal worden nagegaan in welke mate de dagelijks bestuurder, niettegenstaande diens principiële onverantwoordelijkheid in het licht van de orgaantheorie, een eigen aansprakelijkheid draagt voor de gevolgen van de handelingen die hij stelt zowel binnen als buiten zijn formele bevoegdheid. De vraag rijst of hierbij een onderscheid moet worden gemaakt tussen de dagelijks bestuurder die tegelijk ook een lid is van de raad van bestuur (de afgevaardigd bestuurder), de 'gewone' dagelijks bestuurder die geen bestuursfunctie bekleedt en de dagelijks bestuurder die deel uitmaakt van het directiecomité maar toch geen mandaat opneemt als bestuurder.

361. Zoals hoger werd aangehaald, is het aansprakelijkheidsregime van de dagelijks bestuurder in elk geval beperkter dan dat van zijn collega's-bestuurders en ook van de leden van het directiecomité.⁹⁵⁷ Deze beperkte aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder is een weloverwogen keuze geweest van de wetgever, die in de parlementaire voorbereidingen meermaals uitdrukkelijk heeft gesteld dat het overdreven zou zijn om de personen die louter belast worden met het dagelijks beheer van de vennootschap, eveneens te onderwerpen aan het verstrengde regime van artikel 528 W. Venn. In de memorie van toelichting bij de wet

⁹⁵⁴ Cass. 11 april 1989, *Arr. Cass.* 1988-89,902. Ter vergelijking HR 31 januari 1958, *NJ* 1958, 251, (Van Dullemen/Sala), waar de Nederlandse Hoge Raad besliste dat wanprestatie van de vennootschap de persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder of een feitelijk bestuurder niet uitsluit.

⁹⁵⁵ Cass. 20 juni 2005, *DAOR* 2005, afl. 76, 340, noot G. GATHEM, www.cass.be (8 juli 2005), *JT* 2006, afl. 6230, 435, concl. J. LECLERCQ, noot L. BIHAIN.

⁹⁵⁶ Cass. 7 november 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1093; *Bull.* 1997, 1146; <http://www.cass.be> (18 oktober 2001); *Pas.* 1997, I, 1146; *JDSC* 1999 (samenvatting), 234, noot -; *JDSC* 2000, 5, noot M. COIPEL; *RCJB* 1999, 730, noot V. SIMONART; *Rev. prat. soc.* 2010 (samenvatting), afl. 1-2, 166, noot M. COIPEL; *TBBR* 1998, 153; *TRV* 1998, 284, noot I. CLAEYS; M. VANDENBOGAERDE, "Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders", Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 24, nr. 30.

⁹⁵⁷ Leden van het directiecomité zijn op dezelfde wijze aansprakelijk als de bestuurders, doch elkeen binnen zijn eigen sfeer van bevoegdheid (*MvT, Parl. St. Kamer* 2000-01, nr. 1211/001, pagina 37).

motiveerde de wetgever zijn keuze door te wijzen op de beperkte bevoegdheden van de figuur van de dagelijks bestuurder:

'aangezien het dagelijks bestuur zich geenszins met bestuursfuncties bezighoudt doch slechts met daden die de behoeften van het dagelijks leven van de vennootschap niet overschrijden, of die wegens hun gering belang en de noodzakelijkheid er een spoedige oplossing aan te geven, geen tussenkomst van de raad van bestuur of het directiecomité behoeven'.⁹⁵⁸

De toepasselijke aansprakelijkheidsregels zijn bovendien nog anders naargelang het statuut waarvoor de dagelijks bestuurder kiest. Voor de dagelijks bestuurder-werknemer geldt, op grond van de dwingende regels uit het arbeidsrecht, dat hij alleen maar aansprakelijk kan worden gesteld voor het bedrog en de zware fouten die hij maakt in het kader van de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst (artikel 18 WAO).

362. De vraag stelt zich verder ook of er een onderscheid wordt gemaakt naargelang de functies die de dagelijks bestuurder bekleedt binnen de vennootschap. Op het eerste gezicht lijkt het immers wel dat de dagelijks bestuurder die in realiteit ook elke dag aanwezig is in het bedrijf zijn beslissingen neemt met meer kennis van zaken en daardoor dus ook een grotere verantwoordelijkheid draagt. Een andere vraag waarop het antwoord moet worden gezocht is of de dagelijks bestuurder, los van het statuut waarvoor hij kiest en rekening houdend met zijn takenpakket - i.e. het dagelijks beleid -, voldoende ter verantwoording wordt geroepen voor de gevolgen van zijn daden.

Vervolgens komt ook de kritiek van enkele auteurs aan bod met betrekking tot de verschillen in het aansprakelijkheidsregime tussen de dagelijks bestuurder die zijn functie bekleedt als een zelfstandige (al dan niet verbonden met een managementovereenkomst) en de dagelijks bestuurder-werknemer. Houdt deze kritiek nog stand, ook na de tussenkomst van het arrest van het Grondwettelijk Hof van 4 maart 2008?⁹⁵⁹ En ook: wat is de praktische relevantie van deze eerder theoretische discussie voor de praktijk?

⁹⁵⁸ MvT, Parl. St. Kamer 2000-01, nr. 1211/001, pagina 38.

⁹⁵⁹ GwH 4 maart 2008, Amén. 2008 (weergave J. VAN YPERSELE), afl. 3, 198; <http://www.const-court.be> (5 maart 2008); A.GrwH 2008, afl. 2, 427; BS 30 april 2008 (uittreksel), 23423 en <http://staatsblad.be> (6 mei 2008); MER 2008 (weergave K. DE COCK), afl. 2, 160; NJW 2009, afl. 210, 766, noot P. DE SMEDT, H. SCHOUWKENS; JDSC 2009, 198, noot M. DELVAUX; RW 2008-09 (samenvatting), afl. 14, 569 en <http://www.rw.be> (17 december 2008), noot -; TBP 2008, afl. 9, 572; TMR 2008, afl. 4, 493; T. Strafr. 2008, afl. 3, 196, noot -

Tot slot wordt er in dit deel tevens nagegaan of en in welke omstandigheden de vennootschap zelf verantwoordelijk kan worden gesteld voor het nalatig handelen van haar dagelijks bestuur. Daarbij wordt ook onderzocht in welke mate vennootschap en dagelijks bestuurder samen verantwoordelijk kunnen worden gehouden. Wanneer derden actie willen nemen tegen een onrechtmatig optreden van de vennootschap en haar orgaan, zullen zij een scenario van insolventie in hoofde van de ene of de andere partij zoveel mogelijk willen beperken. Anderzijds worden zij geconfronteerd met een meerkost voor elke partij die zij in de procedure willen betrekken. Derden hebben er dan ook belang bij te weten wat de slaagkansen zijn van de vordering die zij uitbrengen tegen meerdere partijen.

Afdeling III Methodie

363. Heel vaak wordt het leerstuk over aansprakelijkheid benaderd vanuit het oogpunt van de interne - dit is de aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder ten opzichte van de vennootschap - tegenover de externe aansprakelijkheid, dit is de aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder ten opzichte van derden. Hier zal de aansprakelijkheidsproblematiek in hoofdzaak benaderd worden op basis van het statuut waarvoor de betrokken dagelijks bestuurder kiest. De toepasselijke aansprakelijkheidsgronden verschillen immers naargelang de dagelijks bestuurder zijn taken uitvoert als een werknemer of als een zelfstandige en dan nog is er een onderscheid tussen de dagelijks bestuurder die met de vennootschap verbonden is op grond van een managementovereenkomst en de dagelijks bestuurder-zelfstandige die geen dergelijke overeenkomst met de vennootschap heeft gesloten.

Voorafgaandelijk aan dit overzicht wordt ook kort ingegaan op de positie die de dagelijks bestuurder in de vennootschap bekleedt: is hij de afgevaardigd bestuurder, een ‘gewone’ dagelijks bestuurder of een dagelijks bestuurder die tevens lid is van het directiecomité, en bovendien, wat zijn hiervan de consequenties? Tijdens de bespreking komen zowel de interne aansprakelijkheid als de externe aansprakelijkheid aan bod en wordt ook aangegeven of de aansprakelijkheid een contractuele dan wel een buitencontractuele aard heeft. Functioneel wordt de vergelijking gemaakt met Nederland, Duitsland, de VSA en Groot-Brittannië.

Er wordt aangevat met een overzicht van de wijze waarop andermans daden aan een rechtspersoon toegerekend kunnen worden, waarna deze toerekening wordt toegepast in de verhouding dagelijks bestuurder/vennootschap. Daarna wordt geverifieerd in welke mate het toezichthoudend orgaan afzonderlijk verantwoordelijk kan worden gesteld voor fouten van het orgaan van dagelijks bestuur.

Hoofdstuk II: BEPERKT AANSPRAKELIJKHEIDSREGIME VAN HET DAGELIJKS BESTUUR

Afdeling I Aansprakelijkheidsgronden

§ 1. Van toepassing op de dagelijks bestuurder zonder een managementovereenkomst

364. De dagelijks bestuurder die zijn opdracht uitvoert zonder over een arbeids- of managementovereenkomst te beschikken, kan in eerste instantie alleen maar aansprakelijk worden gesteld op grond van de artikelen 527 W. Venn. en 1382 B.W. Contractueel, in verhouding tot de vennootschap is hij aansprakelijk "*overeenkomstig het gemeen recht*" voor gewone bestuursfouten, wat zoveel betekent als dat de oplossing voor zijn interne aansprakelijkheid moet worden gezocht in het algemeen verbintenissenrecht. Voor een goed begrip van alle rechtsgevolgen die hier van toepassing zijn, moet dus in de eerste plaats worden opgehelderd op welke rechtsfiguur de rechtsbetrekking tussen de vennootschap en de dagelijks bestuurder moet worden gebaseerd.

Traditioneel valt men, om de bestuurdersovereenkomst te kwalificeren, terug op de lastgeving, waarvan men dan alle regels onverkort toepast op de in artikel 527 W. Venn. genoemde personen.⁹⁶⁰ Het takenpakket van een bestuurder verschilt echter in menig opzicht van dat van een dagelijks bestuurder, die in vele gevallen – in de hypothese dat hij niet tegelijk de afgevaardigd bestuurder is – niet eens reële bestuursbevoegdheid heeft.

⁹⁶⁰ M.v. T. Wet Corporate Governance, *Parl. St. Kamer*, 2000-2001, nr. 1211/001, p. 37.

Afhankelijk van het antwoord op de vraag waar het zwaartepunt ligt van de aard van de handelingen, materiële en/of rechtshandelingen, die door een dagelijks bestuurder worden gesteld, is het goed mogelijk dat een herkwalificatie zich opdringt. Hieronder wordt onderzocht welke rechtsfiguur het best aanleunt bij dit takenpakket van de dagelijks bestuurder.

365. Buitencontractueel is de dagelijks bestuurder, net als ieder ander individu, onderworpen aan de gemeenrechtelijke regels uit het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot de onrechtmatige daad (artikel 1382-1383 BW). De buitencontractuele aansprakelijkheid geldt zowel ten aanzien van de vennootschap als ten aanzien van derden en leidt, anders dan voor gewone bestuursfouten, tot een integraal schadeherstel.

366. Van de overige, zwaardere aansprakelijkheidsgronden, waaronder de artikelen 528 en 530 W. Venn., wordt de dagelijks bestuurder geheel vrijgesteld. Het dagelijks bestuur kan dus niet rechtstreeks aansprakelijk worden gesteld voor de overtreding van een bepaling uit het W. Venn. en/of voor inbreuken op de statuten van de vennootschap (artikel 528 W. Venn.). Om dezelfde reden is de dagelijks bestuurder ook niet aansprakelijk voor kennelijk grove fouten die het faillissement van de vennootschap veroorzaakten (artikel 530 W. Venn.). Dit is een bewuste keuze van de wetgever, die van mening is dat het dagelijks bestuur op zich geen bestuursfunctie is en dat een eventuele verruiming van de aansprakelijkheid naar de andere gronden uit het W. Venn. overdreven zou zijn.⁹⁶¹

Deze 'vrijstellingen' dienen echter sterk te worden genuanceerd. Inbreuken op de vennootschapswetgeving en de statuten kunnen immers nog, zij het dan veel moeilijker, bestraft worden via de eerder aangehaalde gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsgronden, die ingeschreven zijn in artikel 527 W. Venn. en 1382 B.W. Dit is moeilijker, omdat niet elke schending van de wet en/of de statuten ook tegelijkertijd een bestuursfout uitmaakt of de schending van een algemene zorgvuldigheidsnorm impliceert. De dagelijks bestuurder die, in die hoedanigheid, 'kennelijk grove fouten' maakt die aanleiding hebben gegeven tot het faillissement van de vennootschap kan via een omweg verder ook nog aansprakelijk worden

⁹⁶¹ M.V. T. Wet Corporate Governance, *Parl. St. Kamer*, 2000-2001, nr. 1211/001, p. 33; 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-Apeldoorn, Maklu, 2004, p. 201; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 14, nr. 19; Brussel 14 april 2000, *RPS* 2000, 362 en *JDSC* 2002, 131, noot C. BERTSCH. Zie *supra* randnummer 360 - 361.

gehouden op grond van artikel 530 W. Venn.: via een herkwalficatie van de dagelijks bestuurder als de werkelijke leider van de vennootschap valt de dagelijks bestuurder die zich gedragen heeft als de reële leider binnen het toepassingsgebied van deze wet. Bovendien geldt de strafrechtelijke aansprakelijkheid onverkort. In het verleden werden dagelijks en afgevaardigd bestuurders persoonlijk strafrechtelijk veroordeeld doordat zij hun bijdrage hadden geleverd aan o.a. milieumisdrijven en fiscale fraude.⁹⁶²

A) Eerste grond: gewone bestuursfout (artikel 527 W. Venn.)

367. Volgens artikel 527 W. Venn. is de dagelijks bestuurder, net als de leden van de raad van bestuur en de leden van het directiecomité, in overeenstemming met het gemeen recht verantwoordelijk voor de vervulling van de hem opgedragen taak en aansprakelijk voor de tekortkomingen in dat bestuur. Artikel 527 W. Venn. regelt uitsluitend de interne aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder ten aanzien van de vennootschap zelf. Derden kunnen hun aansprakelijkheidsvordering dan ook niet baseren op dit artikel.⁹⁶³ Zij kunnen de dagelijks bestuurder alleen maar aansprakelijk stellen als de fout van de dagelijks bestuurder tegelijk ook als een inbreuk op de algemene zorgvuldigheidsnorm kan worden beschouwd.⁹⁶⁴

⁹⁶² Zo veroordeelde de correctionele rechtbank van Gent een afgevaardigd bestuurder samen met een medebestuurder, omdat zij wetens en willens in strijd met de wet hadden gehandeld door enerzijds niet al het nodige te doen om de milieuvergunningvoorwaarden na te leven en zij er zich anderzijds wel degelijk van bewust waren dat de exploitatie die zij verrichtten in strijd was met die vergunningvoorwaarden. Corr. Gent 6 januari 2003, JDSC 2005 (samenvatting), 218; TMR 2003 (verkort), afl. 3, 311; TMR 2003, afl. 4, 434, noot. In een ander geval werden een NV, een gewezen bedrijfsleider, een bestuurder en de afgevaardigd bestuurder samen veroordeeld voor diverse inbreuken op de milieuwetgeving. De rechtbank legde hoge geldboeten op voor een jarenlange geurhinder, het overschrijden van de lozingsvoorwaarden voor het lozen van afvalwater, het niet tijdig updaten van de milieuvergunning voor een toename van opslag van gevaarlijke stoffen en het oppompen van grotere hoeveelheden grondwater dan toegelaten. L. LAVRYSEN, "Milieu-inbreuken door vennootschap en management", NJW 2007, afl. 169, 760.

⁹⁶³ Gent 17 maart 2008, RW 2010-11, afl. 21, 878 en <http://www.rw.be/> (20 januari 2011); RW 2011-12, afl. 3, 183 en <http://www.rw.be/> (22 september 2011); TGR-TWVR 2008, afl. 3, 217.

⁹⁶⁴ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, Handboek Vennootschapsrecht, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 335, nr. 607.

(i) Aard van het contract: lastgevings- of aannemingsovereenkomst?

368. De dagelijks bestuurder verricht hoofdzakelijk diensten voor rekening van zijn medecontractant, de vennootschap. De rechtsbetrekking tussen hen beiden is dus, naar analogie met de bestuurdersovereenkomst, een dienstenovereenkomst.⁹⁶⁵ In de rechtsleer bestaat een vrij algemene consensus over het feit dat de bestuurdersovereenkomst, en bij uitbreiding dus ook het dagelijks bestuur, contractueel gekwalificeerd moet worden als een lastgevingsovereenkomst eerder dan als een aannemingsovereenkomst. Voor de wijziging van het Wetboek van Vennootschappen bepaalde de wetgever zelfs expliciet dat de band tussen NV en de dagelijks bestuurder als een lastgeving diende te worden beschouwd. Het toenmalige artikel 63 *in fine* van de gecoördineerde wetten bepaalde dat "De aansprakelijkheid van hen aan wie het dagelijks bestuur is opgedragen, uit hoofde van dat bestuur wordt bepaald overeenkomstig de algemene regels van de lastgeving." Het weglaten van de aard van de overeenkomst uit de wettelijke bepaling zelf en het ontbreken van een gelijkaardige bepaling in een ander artikel, sluit een andere juridische kwalificatie, bijvoorbeeld als een aanneming, echter niet langer uit.⁹⁶⁶

Maar niettegenstaande deze weglating bestaat er in de rechtsleer tot op vandaag een grote eensgezindheid met betrekking tot dit punt, namelijk dat de rechtsverhouding tussen de dagelijks bestuurder en de vennootschap kan worden gekwalificeerd als een benoemde overeenkomst die in essentie een dienstenovereenkomst is en dan, gelet op de aard van de handelingen die worden gesteld, het meest aanleunt bij de lastgevingsovereenkomst.

369. Wat de kwalificatie van de bestuurdersovereenkomst betreft sluit TILLEMANS zich in zijn monografie over het bestuur van vennootschappen aan bij de mening van RONSE, namelijk dat het de voorkeur verdient om de bestuurdersovereenkomst te kwalificeren als een gemengde overeenkomst, waarop de regelen van de lastgeving in beginsel analogisch kunnen worden

⁹⁶⁵ Te onderscheiden van een koopovereenkomst, waar het voorwerp van de overeenkomst bestaat in de overdracht van een zaak en niet in het verstrekken van een bepaalde dienst. W. GOOSSENS, *Aanneming van werk: het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Brugge, die Keure, 2003, p. 139, nr. 163; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 3, nr. 2.

⁹⁶⁶ Hoewel de wetgever er ook na de invoering van de nieuwe wet nog vanuit gaat dat de dagelijks bestuurder als een lasthebber moet worden beschouwd. v. T. Wet Corporate Governance, *Parl. St. Kamer*, 2000-2001, nr. 1211/001, p. 37.

toegepast, dit is voor zover zij functioneel zijn.⁹⁶⁷ Aan deze opvatting voegt TILLEMANS dan wel toe dat de regels van de lastgeving inderdaad niet onverkort op de bestuurdersovereenkomst kunnen worden toegepast, maar dat voor de meeste regels – en dus niet enkel voor de regels van de aansprakelijkheid – de gemeenrechtelijke lastgeving functioneel is.⁹⁶⁸

BRAECKMANS en HOUBEN beamen dat de kwalificatie van het bestuur in de vennootschap als lastgeving niet helemaal juist is. Zij benadrukken de verschillen die er zijn in de interne verhouding tussen de vennootschap-bestuurder en in de interne verhouding tussen de lastgever-lasthebber. Één van deze verschillen betreft het gegeven dat het bestuurdersmandaat met zich meebrengt dat zowel feitelijke als rechtshandelingen worden gesteld, terwijl de lastgeving enkel rechtshandelingen kan omvatten. Het feit dat de bestuurdersovereenkomst ook materiële handelingen omvat, doet BRAECKMANS en HOUBEN besluiten dat de kwalificatie als een gemengde overeenkomst van lastgeving en huur van diensten meer aannemelijk is dan de kwalificatie als een zuivere lastgeving .⁹⁶⁹

370. De keuze voor de kwalificatie van de bestuurdersovereenkomst als een lastgevingsovereenkomst boven een aannemingsovereenkomst wordt gemaakt aan de hand van het voorwerp van de overeenkomst. Terwijl de lastgevingsovereenkomst in essentie bestaat uit de vertegenwoordiging of het stellen van rechtshandelingen in eigen naam maar voor rekening van een ander,⁹⁷⁰ heeft de aannemingsovereenkomst betrekking op het verrichten van materiële/stoffelijke en/of intellectuele handelingen.⁹⁷¹ Hoewel een bestuurder beide handelingen in principe combineert, besluit men in de rechtsleer op grond

⁹⁶⁷ B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 7, nr. 6 in fine; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, p. 315. Zie ook H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen – Groningen, Intersentia, 2002, 8- 10, nrs. 18 tot en met 21. DE WULF spreekt over een axioma. Hoewel niet iedereen het eens is met de kwalificatie van de individuele bestuurder als lasthebber van de vennootschap, neemt hij aan dat deze stelling in het verleden voldoende werd bewezen door andere auteurs.

⁹⁶⁸ B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 7, nr. 7.

⁹⁶⁹ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 247-248, nrs. 455-456. Zie ook in die zin: J. RONSE, *Algemeen deel*, Leuven, Acco, 1975, 346; K. GEENS en M. WYCKAERT m.m.v. C. CLOTTENS, S. DE DIER en F. PARREIN, *De vennootschap. Algemeen deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, p. 449; nr. 231; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, II, Diegem, Kluwer, 1997, 147.

⁹⁷⁰ Cfr. artikel 1984 B.W. dat lastgeving wettelijk definieert als "een handeling waarbij een persoon aan een ander de macht geeft om iets voor de lastgever en in zijn naam te doen".

⁹⁷¹ W. GOOSSENS, *Aanneming van werk: het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Brugge, die Keure, 2003, p. 139, nr. 163. ENGELS omschrijft aanneming van werk in zijn syllabus als "het uitvoeren van een werk of presteren van een dienst in volle onafhankelijkheid, dit is zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid en zonder in een ondergeschikt verband te staan ten opzichte van de opdrachtgever" zie C. ENGELS, *Bijzondere overeenkomsten, syllabus*, Brugge, die Keure, 2008, p. 283.

van de absorptietheorie - *accessorium sequitur principale* - dat het stellen van rechtshandelingen de belangrijkste activiteit is van het bestuur. Een doorslaggevend element is hier ook weggelegd voor het aspect van vertegenwoordiging.⁹⁷² Dit heeft als gevolg dat de lastgevingsovereenkomst, hoewel die in de praktijk niet volmaakt is, toch de meeste aspecten van de rechtsverhouding tussen NV en bestuurder dekt.⁹⁷³

371. Bestuur en dagelijks bestuur worden vervolgens, ten minste wat de aard van hun rechtsverhouding betreft, op dezelfde wijze benaderd. Dagelijks bestuurders worden in beginsel overeenkomstig de gemeenrechtelijke regels van de lastgeving (artikel 1992 B.W. en verder) verantwoordelijk gesteld voor de vervulling van hun taak.⁹⁷⁴ Dit is m.i. onterecht, aangezien het niet opgaat om de functie van de dagelijks bestuurder zomaar gelijk te schakelen met de functie van bestuurder.

Anders dan het algemeen besturen van de vennootschap, kan het dagelijks beleid niet worden beperkt tot het stellen van rechtshandelingen alleen. Een goede vennootschapsinterne dagelijkse werking veronderstelt immers dat de persoon die belast is met het dagelijks beleid een belangrijke tussenschakel vormt tussen het bestuur en het management dat hij aanvoert. Hij neemt dus niet alleen de dagelijkse leiding waar, maar rapporteert hierover ook naar boven toe, aan het bestuur, en naar onder toe, aan het personeel en het management van de vennootschap. Deze verplichting tot rapporteren aan het bestuur bijvoorbeeld, die overigens

⁹⁷² Volgens een belangrijke strekking in de rechtsleer is de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de lasthebber een essentieel bestanddeel van de lastgevingsovereenkomst, met dien verstande dat de lastgeving noodzakelijkerwijze betrekking heeft op het stellen van rechtshandelingen in naam en voor rekening van de lastgever. W. GOOSSENS, *Aanneming van werk: het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Brugge, die Keure, 2003, p. 143, nr. 170; B. DE GROOF, "Contractualisering van de verhouding dagelijks bestuurder en vennootschap: arbeidsovereenkomst of managementovereenkomst?", *Jura Falc.* 2009-2010, nr. 3, 480.

⁹⁷³ G. VAN HECKE, "De *locatio operis faciendi* een bijdrage tot de systematiek van de contracttypes", *TPR* 1966, 349; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk: het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Brugge, die Keure, 2003, p. 147, nr. 173; TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 4, nr. 3.

⁹⁷⁴ Cass. 16 februari 2001, <http://www.cass.be> (18 oktober 2001); *Arr.Cass.* 2001, afl. 2, 303; *Huur* 2002, afl. 2, 107; *JDSC* 2002 (verkort), 116, noot P. KILESTE, C. BERTSCH.; *Pas.* 2001, afl. 2, 301; *RW* 2002-03, afl. 9, 340 en <http://www.rw.be> (15 november 2002); *Res Jur.Imm.* 2001, 123; *Rev.prat.soc.* 2001, afl. 4, 348; *TBH* 2002, afl. 9, 698, noot C. GEYS; Cass. 20 juni 2005, *Arr.Cass.* 2005, afl. 6-7-8, 1362; *DAOR* 2005, afl. 76, 340, noot G. GATHEM; <http://www.cass.be> (8 juli 2005); *JT* 2006, afl. 6230, 435 en <http://jt.larcier.be/> (4 juli 2006), noot -; *JT* 2006, afl. 6230, 435 en <http://jt.larcier.be/> (30 juni 2006), concl. J. LECLERCQ, noot L. BIHAIN; *JLMB* 2005, afl. 27, 1199 en <http://jlmbi.larcier.be/> (8 september 2005), concl. J. LECLERCQ.; *Pas.* 2005, afl. 6, 1354; *RABG* 2005, afl. 17, 1549, noot I. BLOCKX, E. JANSSENS; *JDSC* 2006, 90, concl. J. LECLERCQ, noot M. DELVAUX.; *RGAR* 2006, afl. 4, nr. 14106, noot C. DALCQ; *Rev.not.b.* 2005, afl. 2991, 665, noot -; *Rev.prat.soc.* 2005, afl. 2, 183, concl. L. LECLERCQ., noot Y. De Cordt; *Rev.prat.soc.* 2010 (samenvatting), afl. 1-2, 197, noot B. DUBUISSON.; *TBBR* 2005, afl. 8, 473; *TBH* 2005 (weergave H. DE WULF, afl. 8, 891 en <http://www.rdc-tbh.be/> (27 januari 2006); *TBH* 2006, afl. 4, 418 en <http://www.rdc-tbh.be/> (11 september 2006), noot A. COIBION.

onlosmakelijk verbonden is met de uitvoering te goeder trouw van de overeenkomst, kan bezwaarlijk worden aangemerkt als een handeling die enig rechtsgevolg in het leven roept.

Wanneer men het takenpakket van de dagelijks bestuurder overschouwt, loopt dit over van de voorbeelden van handelingen die geen enkel rechtsgevolg beogen. Naargelang de aard van de onderneming waarin het dagelijks bestuur wordt uitgeoefend, hoort het tot het takenpakket van de dagelijks bestuurder om een vennootschapsinterne en performante taakverdeling op te zetten tussen de verschillende afdelingen binnen het bedrijf en hierop ook toezicht uit te oefenen (in de mate dat dit toezicht niet reeds aan het management werd gedelegeerd). Handelingen van organisatorische aard zijn intellectuele handelingen. Daarnaast neemt een dagelijks bestuurder ook andere beslissingen van strategische en/of van bedrijfseconomische aard. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat hij een ondernemingsstrategie uitwerkt, dat hij hierover een brainstorm organiseert en de resultaten daarvan verzamelt, filtert en voorlegt aan de raad van bestuur. Hij kan voorts ook een vooraanstaande rol vervullen in de rol van de modernisering van de vennootschap door nieuwe methodes, technieken en processen te onderzoeken en, in geval een wijziging zich opdringt, deze door te voeren bij het personeel en management, minstens de aanpassingen te coördineren. Hij neemt betalingen aan en verricht ze, al dan niet beperkt tot een statutair bepaald maximumbedrag⁹⁷⁵, hij verstuurt belangrijke briefwisseling in naam van de directie, stelt budgetten op, voert deze uit en volgt op, voert onderhandelingen en woont essentiële meetings bij, pleegt telefoongesprekken naar binnen- en buitenland en zowel intern met het management, de bedrijfsleiding als het personeel in dezelfde en andere filialen, als extern met leveranciers, klanten, de overheid en andere *executives*. Meer algemeen staat hij de vennootschap voortdurend bij met raad en daad en vervult hij in zekere zin ook een adviserende rol, dit in functie van de achtergrondkennis die hij heeft en de ervaring die hij heeft opgedaan. Al deze handelingen kwalificeren echter als materiële handelingen van stoffelijke én van intellectuele aard en vormen in veel gevallen het overgrote deel van het takenpakket van de dagelijkse vennootschapsleiding op de dag van vandaag.

Anderzijds stelt de dagelijks bestuurder zeker ook rechtshandelingen via de (beperkte) vertegenwoordigings- en besluitvormingsbevoegdheid die hem wettelijk wordt toegekend. Binnen de perken van dit beleid koopt, verkoopt, huurt en/of least hij producten en/of

⁹⁷⁵ Rb. namen 30 september 1985, RRD 1985, 342.

diensten zonder dewelke de vennootschap niet kan functioneren, sluit hij leningsovereenkomsten af, werft hij aan en ontslaat hij personeelsleden, voert hij processen (met uitzondering van procedures voor de Raad van State)⁹⁷⁶ en - heel soms - koopt en verkoopt hij onroerend goed.

Meer nog dan dit bij de bestuurder het geval is, wordt de overeenkomst van de dagelijks bestuurder dan ook gekwalificeerd als een gemengde overeenkomst waarbij in de praktijk, naargelang de behoeften van de vennootschap waarin de opdracht wordt uitgevoerd, in verhouding meer intellectuele en stoffelijke prestaties worden verricht dan handelingen die rechtsgevolgen in het leven roepen.⁹⁷⁷ De rechtspraak bevestigt dat het dagelijks bestuur in de praktijk meer en meer managementtaken op zich neemt, waardoor de taak van de manager er in realiteit voornamelijk in bestaat om materiële handelingen te stellen, zoals het bepalen van de commerciële politiek, het waarnemen van de verhoudingen met de werknemer, het voeren van de onderhandelingen met de voornaamste cliënten van de vennootschap, het prospecteren van werken etc.⁹⁷⁸ Net omdat het dagelijks bestuur in zekere zin als een soort van micromanagement fungeert, kan de afbakening als lastgevings- dan wel aannemingsovereenkomst minder duidelijk worden doorgevoerd.

372. Voor zover er geen elementen zijn die daarmee onverenigbaar zijn, kiezen partijen in alle vrijheid hoe ze hun overeenkomst benoemen. In de kwalificatiearresten vestigde het Hof van Cassatie het beginsel van de kwalificatie van de overeenkomst als algemeen principe: indien de elementen die aan het oordeel van de rechtbank worden onderworpen niet toelaten om de door partijen aan hun overeenkomst gegeven kwalificatie uit te sluiten, mag de feitenrechter die niet vervangen door een andere kwalificatie.⁹⁷⁹ Los van een eventuele

⁹⁷⁶ Het is de vaste rechtspraak van de Raad van State dat het instellen van een annulatieberoep bij de Raad geen handeling van dagelijks bestuur is, o.a. gelet op het oogmerk van die handeling om een beslissing permanent uit de rechtsorde te laten verdwijnen.

⁹⁷⁷ Zie ook het standpunt van GOOSSENS m.b.t. "Interimconsultants": W. GOOSSENS, *Aanneming van werk: het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Brugge, die Keure, 2003, p. 154, nr. 181.

⁹⁷⁸ Kh. Charleroi 3 september 1996, TRV 1999, 439, noot W. Goossens.

⁹⁷⁹ Cass. 23 december 2002, <http://www.cass.be> (4 februari 2003); JTT 2003, afl. 860, 271, noot; Or. (Katern) 2003 (weergave B. PATERNOSTRE), afl. 4, 2; Ors. 2003 (weergave B. PATERNOSTRE), afl. 4, 28; Pas. 2002, afl. 12, 2469; RW 2005-06 (verkort), afl. 1, 24 en <http://www.rw.be> (3 november 2005); Cass. 28 april 2003, Arr.Cass. 2003, afl. 4, 1050; <http://www.cass.be> (11 juli 2003); JTT 2003, afl. 860, 261, noot -; NJW 2003 (verkort), afl. 40, 886; Pas. 2003, afl. 4, 880; RABG 2003, afl. 19, 1093, noot M. DEMEDTS; Soc.Kron. 2003 (verkort), afl. 9, 450; Cass. 3 mei 2004, Arr.Cass. 2004, afl. 5, 771; <http://www.cass.be> (9 juni 2004); NJW 2005, afl. 95, 18, noot W. VAN EECKHOUTTE; Pas. 2004, afl. 5-6, 755; RW 2004-05, afl. 31, 1220 en <http://www.rw.be> (6 april 2005), noot K. NEVENS, TBBR 2005, afl. 5, 271, noot F. VAN REMOORTEL.; Cass. 6 december 2004, Arr.Cass. 2004, afl. 12, 1955; <http://www.cass.be> (14 januari 2005); NJW 2005, afl. 95, 21, noot W. VAN EECKHOUTTE; Pas. 2004, afl. 12, 1922; Cass. 20 maart 2006, Arr.Cass. 2006, afl. 3, 649; <http://www.cass.be> (19 mei 2006); JTT 2006, afl. 951, 276;

kwalificatie door wilsgebreken, kan de feitenrechter een overeenkomst slechts herkwalificeren indien partijen zich vergist hebben in de benaming van hun overeenkomst. Het kan zijn dat het wel de bedoeling was van partijen om een bepaalde overeenkomst af te sluiten, maar de manier waarop de overeenkomst wordt uitgevoerd, is niet te verenigen met de essentiële bestanddelen van die overeenkomst. De feitenrechter gaat dan, aan de hand van de concrete gegevens uit het dossier na, wat de gemeenschappelijke bedoeling van partijen was (artikel 1134 B.W.). In het geval dat de partijen hun overeenkomst helemaal niet hebben benoemd, dient de rechter deze zelf te interpreteren en te benoemen.⁹⁸⁰

In het licht van deze cassatierechtspraak doen partijen er dus goed aan hun overeenkomsten schriftelijk aan te gaan en deze te benoemen.⁹⁸¹ Hoe dan ook dient de kwalificatie te gebeuren in functie van welke handelingen als het voornaamste voorwerp van de overeenkomst kunnen worden beschouwd. Zomaar besluiten tot de toepasselijkheid van de regels i.v.m. lastgeving kan m.i. niet: bij een eventuele discussie dient de rechtbank *post factum* het voorwerp van de overeenkomst achtereenvolgens te onderzoeken, te interpreteren en te benoemen. Daarbij moet het antwoord worden gezocht op de vraag wat in essentie de functie is geweest van de betrokken dagelijks bestuurder en welke taken in de concrete samenwerking die hem worden voorgelegd tot de kerntaken behoorden. Bij deze beoordeling dient de rechter vast en zeker rekening te houden met de gemeenschappelijke bedoeling van partijen. In geval de overeenkomst hoofdzakelijk betrekking heeft op het stellen van materiële handelingen en het stellen van rechshandelingen enkel bijzaak is (een logisch gevolg bijvoorbeeld van eerdere onderhandelingen), dient deze m.i. te worden gekwalificeerd

Or. (Katern) 2006 (weergave I. Plets), afl. 6, 1; Pas. 2006, afl. 3, 634; RW 2006-07, afl. 32, 1317 en <http://www.rw.be> (13 april 2007), noot; Cass. 27 november 2006, Arr.Cass. 2006, afl. 11, 2433; <http://www.cass.be> (26 januari 2007); JTT 2007, afl. 974, 156; NJW 2007, afl. 162, 413, noot K. VAN VLASSELAER; Ors. 2007 (weergave I. Plets) afl. 3, 26; Or. (Katern) 2007 (weergave I. Plets), afl. 2, 3; Pas. 2006, afl. 11, 2492; Soc.Kron. 2008, afl. 7, 408; Cass. 5 februari 2007, Arr.Cass. 2007, afl. 2, 285; <http://www.cass.be> (23 maart 2007); Ors. 2007 (weergave I. Plets) afl. 6, 24; Pas. 2007, afl. 2, 247; RW 2007-08, afl. 19, 781 en <http://www.rw.be> (9 januari 2008), noot K. NEVENS; Cass. 23 maart 2009, Arr.Cass. 2009, afl. 3, 854; <http://www.cass.be> (11 mei 2009); JTT 2009, afl. 1048, 370; Pas. 2009, afl. 3, 784; Soc.Kron. 2010 (samenvatting), afl. 1, 52; Cass. 25 mei 2009, Arr.Cass. 2009, afl. 5, 1370; <http://www.cass.be> (29 juni 2009); JT 2009, afl. 6378, 28 en <http://jt.larcier.be> (22 januari 2010), noot -; JTT 2009, afl. 1048, 369; Pas. 2009, afl. 5, 1263; Soc.Kron. 2009 (samenvatting), afl. 10, 555; Cass. 23 mei 2011, JTT 2011, afl. 1108, 392; Cass. 10 oktober 2011, JTT 2012, 21, concl. J.M. GENICOT, noot.; Cass. 10 juni 2013, JTT 2013, afl. 1164, 320; Arbh. Brussel 4 september 2013, JLMB 2014, afl. 14, 675; Arbh. 12 februari 2014, JTT 2014, afl. 1185, 171.

⁹⁸⁰ Cass. 20 maart 2006, Arr. Cass. 2006, afl. 3, 651; *Juristenkrant* 2006 (weergave L. DE CORTE) afl. 129, 13; <http://www.cass.be> (19 mei 2006); JTT 2006, afl. 952, 295; Pas. 2006, afl. 3, 636; RABG 2007, afl. 2, 74, noot V. DOOMS; RW 2006-07 (samenvatting), afl. 33, 1358 en <http://www.rw.be> (18 april 2007); Soc.Kron. 2008 (samenvatting), afl. 5, 308.

⁹⁸¹ V. DOOMS, "Over de vergaande gevolgen van het niet kwalificeren van een overeenkomst" noot onder Arbh. Antwerpen 20 april 2006, RABG 2007, afl. 2, p. 92.

als een aannemingsovereenkomst en niet als een lastgeving. In de praktijk zal dit meestal het geval zijn.

(ii) Belang van het onderscheid

373. De overeenkomst van lastgeving en aanneming vertoont, in zijn geheel beschouwd, fundamentele gelijkenissen. Dit is niet anders wat het aansprakelijkheidsregime ervan betreft.⁹⁸² Zowel de lasthebber als de aannemer dient zijn overeenkomst integraal uit te voeren zoals deze tussen de opdrachtgever en hemzelf werd aangegaan en in overeenstemming met diens instructies.⁹⁸³ Bij gebreke aan dergelijke instructies geldt het criterium van de *bonus pater familias* of de goede huisvader geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden. Of een opdracht al dan niet goed werd uitgevoerd, is een feitenkwestie die door de rechter moet worden beoordeeld.

Een theoretisch verschil tussen lastgeving en aanneming betreft het gegeven dat de lastgevingsovereenkomst geen resultaatsverbintenis, maar een middelenverbintenis is.⁹⁸⁴ De aannemingsovereenkomst daarentegen kan zowel betrekking hebben op een resultaats- als op een middelenverbintenis. Het Hof van Cassatie bevestigde in zijn arrest van 5 december 2002 dat het aan de feitenrechter is om telkens na te gaan of de verbintenis waarvan de aannemer wanuitvoering wordt verweten een resultaats- dan wel een inspanningsverbintenis is.⁹⁸⁵ Het verschil tussen beiden situeert zich in het bewijs dat door de lasthebber dan wel aannemer moet worden geleverd. In geval van een middelenverbintenis is men niet automatisch aansprakelijk: de lasthebber/aannemer kan geen fout worden verweten indien de opdrachtgever er niet in slaagt om te bewijzen dat de lasthebber/aannemer niet alles heeft

⁹⁸² W. GOOSSENS, *Aanneming van werk: het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Brugge, die Keure, 2003, p. 175, nr. 213.

⁹⁸³ C. Paulus en R. BOES, "Lastgeving", in *APR* 1978, 90, nrs. 135-136.

⁹⁸⁴ "De lastgever belooft niet een resultaat doch verbindt er zich enkel toe alle middelen, die van een 'goed huisvader' mogen verwacht worden, aan te wenden om het beoogde doel te bereiken." C. Paulus en R. BOES, "Lastgeving", in *APR* 1978, 91, nr. 140.

⁹⁸⁵ Cass. 5 december 2002, Arr. Cass. 2002, afl. 12, 2662; <http://www.cass.be> (29 januari 2003); *JT* 2003 (verkort), afl. 6090, 228 en <http://jt.larcier.be> (1 juli 2008); *JLMB* 2003, afl. 15, 628 en <http://lmbi.larcier.be> (23 april 2003); *Pas.* 2002, afl. 12, 2339; *RGAR* 2004 (verkort), afl. 10, 13938; *RW* 2005-06, afl. 11, 420 en <http://www.rw.be> (15 november 2005), noot A. VAN OEVELEN; *TBBR* 2004, afl. 4, 203, noot W. GOOSSENS; *Verkeersrecht* 2003, afl. 3, 102 (Overeenkomstig het gemeen recht is de aannemer slechts contractueel aansprakelijk ingeval hij één van de verbintenissen van de overeenkomst niet heeft nageleefd; het komt aan de feitenrechter toe na te gaan of de verplichting waarvan de niet-uitvoering verweten is aan de aannemer een resultaats- of een middelenverbintenis is).

gedaan wat van hem kon worden verwacht.⁹⁸⁶ Bij een resultaatsverbintenis zal de aannemer aansprakelijk zijn, tenzij de niet-uitvoering of de slechte uitvoering van de overeenkomst veroorzaakt wordt door toeval of overmacht (artikel 1148 BW).⁹⁸⁷

374. Een ander onderscheid lijkt de verzachting van de aansprakelijkheid van de niet-betaalde lasthebber te zijn, die door de wetgever werd ingeschreven in artikel 1992, lid 2 BW, maar niet werd voorzien in de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregels op grond waarvan de aansprakelijkheid van de aannemer wordt beoordeeld (artikel 1137 BW en artikel 1788 BW en verder). Het belang van dit onderscheid voor de praktijk is evenwel minimaal en zelfs fictief, omdat de rechtspraak in afwijking van artikel 1992, lid 2 BW eerder het standpunt heeft ingenomen dat het kosteloos karakter van het mandaat niet relevant is voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van een bestuurder.⁹⁸⁸ Hoewel deze rechtspraak slechts betrekking heeft op de aansprakelijkheid van de bestuurder, dient deze - het principe van de functionele toepassing van de lastgevingsregels op de bestuurdersovereenkomst indachtig - m.i. analogisch te worden toegepast op de situatie van de dagelijks bestuurder.⁹⁸⁹

Aangezien er tussen de lastgeving- en de aannemingsovereenkomst geen andere belangrijke verschilpunten bestaan met betrekking tot de aansprakelijkheid, kan worden besloten dat het belang van het onderscheid grotendeels theoretisch is en dus voor de praktijk slechts een gering belang heeft. Op grond van deze conclusie kan de aansprakelijkheid van het dagelijks bestuur zonder managementovereenkomst hieronder worden behandeld zonder dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de kwalificatie als lastgevings- dan wel als aannemingsovereenkomst.

^{986.} C. Paulus en R. BOES, "Lastgeving", in *APR* 1978, 91, nr. 140.

⁹⁸⁷ Artikel 1148 B.W. bepaalt dat de schuldenaar tot geen schadevergoeding verplicht is wanneer hij door overmacht of toeval verhinderd is geworden datgene te geven of te doen waartoe hij verbonden was of datgene gedaan heeft wat hem verboden was.

⁹⁸⁸ Kh. Hasselt 22 november 1990, *TRV* 1991, 299, noot; Kh. Leuven 9 januari 1990, *TRV* 1990, 549, noot.

⁹⁸⁹ B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 7, nr. 6 *in fine*; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, p. 315. Zie ook H. DE WULF, *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen – Groningen, Intersentia, 2002, 8- 10, nrs. 18 tot en met 21.

(iii) Aansprakelijkheid conform het gemeen recht

a. *Algemeen*

375. Overeenkomstig het gemeen recht moet de schadelijdende vennootschap steeds een fout, schade en een causaal verband tussen de begane fout en haar schade kunnen bewijzen.⁹⁹⁰ Het bewijs van de lichtste fout – de *culpa levissima* - volstaat opdat de dagelijks bestuurder aansprakelijk kan worden gehouden.⁹⁹¹ De gewone bestuursfout is een individuele aansprakelijkheid, wat impliceert dat de vermelde drie elementen in hoofde van ieder lid van het orgaan van dagelijks bestuur zullen moeten worden aangetoond. Dit maakt de bewijslast in hoofde van de vennootschap vrij zwaar. Bovendien blijft het regresrecht van de vennootschap beperkt tot de zuiver contractuele schade.

376. Het referentiecriterium om te beoordelen of een bestuursfout werd gemaakt is dat van een normaal, redelijk en zorgvuldig dagelijks bestuurder geplaatst in dezelfde omstandigheden rekening houdend met alle elementen van de zaak (*i.e.* het criterium van de goede huisvader)⁹⁹² Dit is een objectieve gedragsnorm. Net als van een bestuurder wordt van een dagelijks bestuurder verwacht dat hij zijn opdracht effectief en naar behoren uitvoert: gebrek aan ervaring en/of kennis kan niet aan de vennootschap worden tegengeworpen.⁹⁹³

⁹⁹⁰ H. DE WULF en I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, p. 204.

⁹⁹¹ S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2005, 143, nr. 199. STIJNS verduidelijkt dat de evolutie van het bewijs van ten minste een lichte fout (*culpa levis*) naar de lichtste fout (*culpa levissima*) de oorzaak vindt in het feit dat het onderscheid tussen lichte en lichtste fouten moeilijk te hanteren is.

⁹⁹² Kh. Leuven 9 januari 1990, *TRV* 1990, 459; Kh. Kortrijk 29 juni 1984, *TBH* 1985, 222; Kh. Charleroi 10 januari 1979, *Rév. prat. soc.* 1979, 315. In deze vonnissen wordt als algemene regel vooropgesteld dat de bestuurdersaansprakelijkheid een professionele aansprakelijkheid is en dat de gedragsnorm waaraan moet worden beantwoord te bepalen is in functie van de professionele vaardigheden die van een normaal, voorzichtig en redelijk bestuurder in dezelfde omstandigheden geplaatst zijn te verwachten.

⁹⁹³ Gent 8 juni 2009, *RABG* 2010, afl. 3, 183; Kh. Dendermonde 6 december 1999, *TRV* 2000, 40; Luik 1 december 1969, *Rév. prat. soc.* 1971, 280, noot C. LEMPEREUR. 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-Apeldoorn, Maklu, 2004, p. 204-206; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia 2009, 71; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 334-335, nrs. 606-613.

b. *Uitvoerings- versus ondernemingsbeslissingen*

377. De aansprakelijkheidsbeoordeling van de dagelijks bestuurder varieert naargelang de aard van de fout die hij heeft gemaakt. Er zijn verschillende soorten fouten denkbaar. De fout van de dagelijks bestuurder kan een inbreuk uitmaken op een wettelijke bepaling of de schending zijn van een duidelijke, specifieke plicht. Daarnaast is het ook mogelijk dat de dagelijks bestuurder een ondernemingsbeslissing moet nemen, waarbij hij over een zekere beoordelingsruimte beschikt. Typische voorbeelden van beslissingen waar beleidsvrijheid voorligt zijn (des)investeringsbeslissingen en strategische beslissingen.⁹⁹⁴ Dit onderscheid is van belang omdat de rechter gewone beslissingen - schending van een wet en inbreuken op de algemene zorgvuldigheidsnorm - en ondernemingsbeslissingen anders zal evalueren. Besturen staat gelijk aan risico's nemen. En hoewel het niet tot de formele bevoegdheid hoort van het dagelijks bestuur, allerm minst na een sterke verenging van dit begrip door het Hof van Cassatie in 2009, is het niet ondenkbaar dat het dagelijks bestuur in uitvoering van het dagelijks beleid van de vennootschap een ondernemingsbeslissing neemt of genoodzaakt wordt om in allerijl een dergelijke beslissing te nemen. Er kan worden gedacht aan de beslissing van de dagelijks bestuurder van een grote meubelzaak om een aantal nieuwe vrachtwagens aan te kopen, de dagelijks bestuurder van de immobiliënvennootschap die op het hoogtepunt van de crisis een onroerend goed van de vennootschap onder de prijs verkoopt of het slecht voeren van het commercieel beleid van de vennootschap. Ook voor deze gevallen en op dat niveau moet de beleidsvrijheid gevrijwaard worden.

In de mate dat er beleidsvrijheid voorligt komt aan de rechter maar een marginale beoordeling van de beslissing toe, d.w.z. dat de beleidsvrije marge van de betrokken dagelijks bestuurder gerespecteerd moet worden. Enkel kennelijke beleidsfouten die buiten de marge vallen waarover zorgvuldige en onderlegde professionelen van mening kunnen verschillen kunnen tot een veroordeling leiden.⁹⁹⁵ De rechter gaat bij de aansprakelijkheidsbeoordeling bovendien terug naar het moment waarop de betrokkene de beslissing diende te nemen en maakt daarbij abstractie van het resultaat van die beslissing (bijvoorbeeld van de eventuele schade die werd veroorzaakt. Hij hoedt zich in elk geval voor een *post factum*-beoordeling van de gemaakte beleidskeuzes ('*hindsight bias*').

⁹⁹⁴ H. DE WULF en I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, p. 204-206.

⁹⁹⁵ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 336, nr. 608.

378. De schending van een wettelijke bepaling en/of een specifieke zorgvuldigheidsplicht is *ipso facto* een fout.⁹⁹⁶ Het nemen van een beslissing met miskennis van algemeen geldende milieuvorschriften bijvoorbeeld kan een fout opleveren in hoofde van het dagelijks bestuur. Hetzelfde geldt voor het nemen van beslissingen in strijd met de fiscale, administratieve en arbeidsrechtelijke wetgeving. Andere voorbeelden kunnen zijn: het ontvreemden van vennootschapsgoederen en/of geld uit de vennootschap, het nalaten om subsidies op te vragen waar men recht op heeft, personeel ontslaan zonder enige redelijke grond en zonder opzeggingsvergoeding, zodat de vennootschap vervolgd wordt voor het betalen van zware opzeggingsvergoedingen of het delegeren van alle bevoegdheden aan een directeur van de vennootschap.⁹⁹⁷

379. In de weinige gevallen waar toch beleidsvrijheid voorligt is de appreciatiebevoegdheid van de rechter marginaal met respect voor de beleidsmarge van het dagelijks bestuur, dit is de marge waarin zorgvuldige en onderlegde personen van mening kunnen verschillen.⁹⁹⁸ De rechtbank mag zich niet uitspreken over de opportuniteit van een beslissing, niet alleen omdat deze ter zake niet over de nodige kennis beschikt maar ook omdat de gebeurtenissen die partijen tijdens het proces zullen aanreiken fel gekleurd zullen zijn en in functie van hun eigen respectieve belangen.⁹⁹⁹ Alleen kennelijk onredelijke beslissingen, beslissingen die geen enkel redelijk mens begaat, brengen de aansprakelijkheid in het gedrang. Bij de beoordeling of een beslissing onredelijk is mag de rechtbank enkel rekening houden met elementen die het dagelijks bestuur kende of hoorde te kennen op het moment van de beslissing. De rechtbank mag de ontwikkelingen die zich pas nadien hebben voorgedaan in de vennootschap niet in aanmerking nemen.¹⁰⁰⁰

⁹⁹⁶ H. DE WULF en I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, p. 204.

⁹⁹⁷ Kh. Brussel 27 januari 1988, *TRV* 1988, 220, noot J. LIEVENS.

⁹⁹⁸ J. RONSE, "Marginale toetsing in het privaatrecht", *TPR* 1977, 207; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p.336, nr. 609.

⁹⁹⁹ H. DE WULF en I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, p. 205.

¹⁰⁰⁰ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 336, nr. 608; H. DE WULF en I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, p. 206.

Naar Belgisch recht worden ondernemingsbeslissingen getoetst aan de algemene zorgvuldigheidsnorm: er wordt een inhoudelijke toetsing doorgevoerd van het gedrag van de betrokken (dagelijks) bestuurder. Het criterium van de normale, zorgvuldige, voorzichtige persoon is niet alleen een erg vage norm, maar behelst tegelijkertijd ook een groter risico dat de rechter toch rekening houdt met de schadelijke gevolgen die hij inmiddels kent (*hindsight bias*). DE WULF en DE GEYTER kiezen daarom ook, naar analogie met sommige buitenlandse rechtstelsels voor een procedurele toets, die hoofdzakelijk de rationaliteit van het besluitvormingsproces beoordeelt.¹⁰⁰¹ Deze toets houdt in dat de rechter voornamelijk zal moeten nagaan of de beslissingen zelf zorgvuldig werden genomen, voldoende voorbereid en op basis van voldoende en relevante informatie.¹⁰⁰²

Ook voor het dagelijks bestuur zou kunnen gekozen worden voor een dergelijke rationaliteitstoets onder de vorm van een *business judgment rule* met een aansprakelijkheidsvrije ruimte voor de eventuele schadelijke gevolgen van beleidskeuzes, strategiekeuzes en inschattingsfouten. In de Amerikaanse rechtspraak bijvoorbeeld wordt een bestuurder die te goeder trouw een ondernemingsbeslissing neemt, geacht de op hem rustende zorgvuldigheidsplicht na te leven, zodra er geen belangenconflict is, hij geïnformeerd is en er rationeel van overtuigd is in het belang van de vennootschap te handelen.¹⁰⁰³

¹⁰⁰¹ Onder meer in Australië, Amerika en Duitsland kent men het principe van de procedurele toetsing. Zie hierover: S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 479 en verder; H. DE WULF en I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, p. 206.

¹⁰⁰² H. DE WULF en I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, p. 206.

¹⁰⁰³ S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 470.

B) Onrechtmatige daad (artikel 1382-1383 BW)

380. Het dagelijks bestuur is in persoon gehouden voor het miskennen van de algemene zorgvuldigheidsnorm die wettelijk verankerd is in de artikelen 1382 en 1383 BW.¹⁰⁰⁴ Het kan hierbij zowel gaan om een inbreuk op een wettelijke bepaling of een tekortkoming aan de algemene zorgvuldigheidsnorm. De miskenning van deze norm houdt in dat de dagelijks bestuurder in de uitvoering van zijn mandaat niet heeft gehandeld 'zoals een normaal, voorzichtig en redelijk mens geplaatst in dezelfde feitelijke omstandigheden dat wel zou hebben gedaan'.¹⁰⁰⁵

381. Hoewel bij de beoordeling van een fout in beginsel abstractie wordt gemaakt van de persoonlijke kenmerken van de persoon zoals zijn leeftijd, opleiding en graad van ervaring, wordt algemeen een uitzondering gemaakt voor de persoonlijke vaardigheden die men heeft die de vaardigheden van een normaal persoon overtreffen.¹⁰⁰⁶ Het gedrag van een dagelijks bestuurder moet dus, eerder dan aan dat van een normaal persoon, worden getoetst aan dat van een normaal en zorgvuldig dagelijks bestuurder, geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden.¹⁰⁰⁷ Dergelijke concretisering van de abstracte referentienorm leidt ertoe dat de beoordeling strenger wordt naarmate het om een professionele activiteit gaat.¹⁰⁰⁸

Het is echter niet duidelijk in welke mate de rechter aan wie de aansprakelijkheidsvordering wordt voorgelegd, het gedrag van de betrokken dagelijks bestuurder kan toetsen aan de

¹⁰⁰⁴ Art. 1382-1383 BW; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, I, Brussel, Bruylant, 1954, nr. 612; L. CORNELIS, *Beginnelsen van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. De onrechtmatige daad.*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu, 1989, p. 19, nr. 12; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 121, nr. 137.; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 345, nr. 623; *Actualia vennootschapsrecht: bestuurdersaansprakelijkheid vanuit burgerrechtelijk/vennootschapsrechtelijk en vanuit strafrechtelijk perspectief*, seminarie CBR gehouden te Antwerpen op 3 december 2013.

¹⁰⁰⁵ Cass. 14 april 1969, *Arr. Cass.* 1969, 758, *Pas.* 1969, I, 1103; Cass. 30 april 1976, *Arr. Cass.* 1976, 980; *Pas.* 1976, I, 494; Cass. 28 juni 1974, *Arr. Cass.* 1974, 1227, *Pas.* 1974, I, 1133; L. CORNELIS, *Beginnelsen van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. De onrechtmatige daad.*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu, 1989, p. 38, nr. 22.

¹⁰⁰⁶ Cass. 24 oktober 1974, *Arr. Cass.* 1975, 259 en *RW* 1974-75, 1185. (De jonge leeftijd van een dader werd niet in aanmerking genomen om het al dan niet onrechtmatige kenmerk van zijn daad te beoordelen).

¹⁰⁰⁷ Ook een normaal en voorzichtig persoon kan zich echter vergissen en is dus niet 'onfeilbaar' Kh. Tongeren, 30 januari 2007, *JDSC* 2009, 204, *TBH* 2007, AFL. 9, 916; L. CORNELIS, *Beginnelsen van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. De onrechtmatige daad.*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu, 1989, p. 35, nr. 21.

¹⁰⁰⁸ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 131, nr. 149.

geldende, maar niet-afdwingbare *corporate governance*-regelgeving. Waar de Raad van State van mening is dat de rechtbank de Codes in aanmerking kan nemen als de weerspiegeling van een gebruik of gewoonte (in de sector) of wanneer hij van oordeel is dat de norm een gedragsregel betreft die iedere normale en naarstige beroepsbeoefenaar moet eerbiedigen, lijkt de rechtsleer zich, tegen dit advies in, eerder terughoudend op te stellen.¹⁰⁰⁹

Zowel DE WOLF als VANDENBOGAERDE vinden dat er voor bepaalde regels nog geen of te weinig maatschappelijk draagvlak is, zodat zij vandaag nog niet gelden als gebruiken en bijgevolg pas in de toekomst als zogenaamde '*règles de convenance*' een juridische waarde kunnen verkrijgen.¹⁰¹⁰ M.i. dient in deze de visie van de Raad van State te worden gevolgd. De rechter moet zich namelijk niet afvragen of de bepalingen uit de Codes inmiddels reeds ingeburgerd zijn, maar wel vanaf wanneer ze het zouden moeten zijn. Indien elke (dagelijks) bestuurder wordt geacht de wet te kennen, moet hij zeker ook kennis hebben van de *soft law*-regulering die op hem van toepassing is en moet hij zich tevens inspannen om deze zoveel mogelijk in de praktijk omzetten. De rechtbank kan op die manier, door de Codes wel mee te betrekken in zijn overwegingen, het bewustwordingsproces laten aanvatten en op termijn naast een mentaliteitswijziging ook de verdere inburgering van de Codes bewerkstelligen. Nog los van deze overweging is het niet omdat een bepaalde regel nog niet voldoende maatschappelijk draagvlak heeft verkregen dat een bepaalde norm niet als gedragsnorm van een beroepsbeoefenaar zou kunnen gelden.

In elk geval dient de rechter zich er bij de evaluatie van de fout voor te hoeden dat hij zich niet achteraf, met kennis en inzicht van de feiten en hoe de schade had kunnen voorkomen worden, in de plaats van de dagelijkse bestuurder stelt. Hij dient zich integendeel te plaatsen op het ogenblik dat de feiten zich hebben voorgedaan en desgevallend de beleidsvrije ruimte

¹⁰⁰⁹ De Raad sprak zich hierover uit in een advies omtrent een wetsvoorstel over een eventuele uitbreiding van het materiële toepassingsgebied van artikel 528 W. Venn., dat hieruit zou bestaan dat bestuurders en leden van het directiecomité ook aansprakelijk zouden worden gesteld voor de schending van een bepaling uit de gedragscode die de vennootschap onderschreven heeft. De Raad overwoog: "De omstandigheid dat de code Lippens een vrijwillige aanvaarding veronderstelt en dat in de geest van de indieners ervan, deze code alleen door de markt kan worden gecontroleerd, betekent niet dat hij geen rechtsgevolgen kan hebben. De rechter kan immers aan de overtreding ervan een rechtsgevolg verbinden op basis van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, daar hij ervan uitgaat dat de norm die in de code wordt gehanteerd de weerspiegeling is van een gebruik of gewoonte, of wanneer hij van oordeel is dat de norm een gedragsregel betreft die iedere normaal naarstige beroepsbeoefenaar moet eerbiedigen." Advies RvS, *Parl. St. Kamer*, 2005-2006, nr. 2111/002, p. 5.

¹⁰¹⁰ P. DE WOLF, "La responsabilité des administrateurs. Variations sur le thème du mandat", *DAOR* afl. 74, p. 5, nr. 6, M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 132, nr. 151.

van het dagelijks bestuur respecteren (het principe van de marginale toetsting van de fout).¹⁰¹¹ Of om het met de woorden van VANDENBOGAERDE te zeggen: de rechter is geen beroepsinstantie tegen bestuurshandelingen.¹⁰¹²

382. De vordering kan in principe worden ingesteld door elke (rechts)persoon die schade heeft geleden en die te wijten is aan een fout of onzorgvuldigheid van de dagelijks bestuurder, de vennootschap inclusief. De bewijslast van de fout, de schade en het feit dat de schade het voorziene gevolg is van het optreden van de aangesprokene rusten op de benadeelde als de eisende partij.¹⁰¹³ Krachtens de artikelen 1315 BW en 870 Ger. W. is het immers aan de persoon die de uitvoering van een verbintenis vordert om het bestaan van die verbintenis te bewijzen (*actori incumbit probatio*). Dit bewijs kan, aangezien het om rechtsfeiten gaat, met alle middelen van het recht worden geleverd. Artikel 1382 BW verplicht degene door wiens schuld aan een ander schade wordt veroorzaakt bovendien om deze schade integraal te vergoeden door de benadeelde opnieuw in de toestand te plaatsen waarin hij zou zijn gebleven indien deze fout niet was gebeurd.¹⁰¹⁴ De schade die kan worden teruggevorderd, is derhalve veel ruimer dan de schade die kan worden teruggevorderd door het instellen van een contractuele vordering. Via een beroep op artikel 1382 BW kan de dagelijks bestuurder dan ook mogelijks gehouden worden tot een integraal schadeherstel, d.w.z. alle schade – rechtstreeks of onrechtstreeks – veroorzaakt door het onrechtmatig handelen of nalaten.¹⁰¹⁵ Een verzachting is anderzijds dat de buitencontractuele aansprakelijkheid geldt als een individuele aansprakelijkheid, die vereist dat de constitutieve elementen fout, schade en causaal verband in hoofde van elke betrokkene worden bewezen.¹⁰¹⁶

¹⁰¹¹ S. VAN CROMBRUGGE, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders", *RW* 1989-90, 1444, nr. 16; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 131, nrs. 147 en 150.

¹⁰¹² M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 131, nr. 150.

¹⁰¹³ L. CORNELIS, *Beginnselen van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. De onrechtmatige daad.*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu, 1989, p. 46, nr. 30.

¹⁰¹⁴ Cass. 21 februari 1984, *Pas.* 1984, I, 216; Cass. 4 september 1984, *RW* 1984-85, 2416; Cass. 15 maart 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 972; *Pas.* 1985, I, 878; Cass. 21 mei 1993, *De Verz.* 1993, 493, *Verkeersrecht* 1993, 264; Cass. 19 februari 2001, *Verkeersrecht* 2001, 221.

¹⁰¹⁵ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 347, nr. 626.

¹⁰¹⁶ Gent 22 januari 2008, *Fisc. Koer.* 2008, 427, noot VERTOMMEN; *FJF* 2009, 9, noot.

(i) Intern, in relatie tot de vennootschap

383. Gelet op de contractuele verhouding tussen de dagelijks bestuurder en de vennootschap, is de aansprakelijkheid van deze laatste in de regel ook contractueel van aard. De vennootschap die meent schade te hebben geleden en hiervoor een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering tegen zijn dagelijks bestuurder wenst in te stellen, kan dit niet tenzij de voorwaarden van de gemeenrechtelijke samenloopleer vervuld zijn. Krachtens de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie kan er, wanneer partijen verbonden zijn door een overeenkomst, slechts sprake zijn van buitencontractuele aansprakelijkheid indien de fout niet een schending uitmaakt van een contractuele verbintenis, maar enkel van een verbintenis die zich aan iedereen opdringt, en dan nog voor zover de schade in iets anders bestaat dan deze die voortvloeit uit de slechte uitvoering van de overeenkomst.¹⁰¹⁷ Om ten aanzien van de vennootschap buitencontractueel aansprakelijk gesteld te kunnen worden, moet de dagelijks bestuurder m.a.w. een algemene norm hebben geschonden, los van een contractuele verplichting en schade hebben veroorzaakt die vreemd is aan de uitvoering van het contract. In de praktijk brengt deze dubbele voorwaarde met zich dat samenloop feitelijk zo goed als uitgesloten is, tenzij de contractuele wanprestatie van de dagelijks bestuurder eveneens kan worden gekwalificeerd als een misdrijf.¹⁰¹⁸

384. Na een eventueel faillissement van de vennootschap kan de vordering alleen nog worden ingesteld door de curator die dan optreedt voor rekening van de boedel van de gefailleerde vennootschap (vordering tot vergoeding van een collectief nadeel).¹⁰¹⁹

Als voorbeeld kan hierbij een arrest worden aangehaald van het Hof van Beroep van Brussel van 12 september 2003.¹⁰²⁰ In deze zaak werd de aansprakelijkheidsvordering met succes ingesteld door de curatoren voor de boedel van de inmiddels gefailleerde naamloze vennootschap E.S.H., een

¹⁰¹⁷ Cass. 7 december 1973, *Arr. Cass.* 1974, 395; *JT* 1974, 443; *Pas.* 1974, I, 376; *RW* 1973-74, 1597, noot J. HERBOTS; Cass. 29 september 2006, *Pas.* 2006, I, 1911; *NJW* 2006, 946 noot I. BOONE; *RW* 2006-07, 1717, noot A. VAN OEVELEN; *RABG* 2007, 1256, *TBO* 2007, 1257, noot L. PHANG; *NJW* 2008, noot I. BOONE.

¹⁰¹⁸ K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, F. PARREIN, S. DE DIER, S. COOLS, F. JENNE en A. STEENO, "Overzicht van rechtspraak vennootschappen (1999-2010)", *TPR* 2012, p. 295-296; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 345, nr. 623.

¹⁰¹⁹ Cass. 17 januari 2008, *Pas.* 2008, 130, *JDSC* 2009, 218, *TBH* 2008, 321, noot.

¹⁰²⁰ Brussel (9^e kamer) 12 september 2003, *JT* 2004, afl. 6121, 7 en <http://jt.larcier.be> (1 juli 2008).

studiebureau gespecialiseerd in de export van gezondheidssystemen. Een voormalig bestuurder, wel nog dagelijks bestuurder van de vermelde vennootschap, had samen met een derde een mechanisme ontwikkeld waarbij geheime commissielonen doorgesluisd werden naar Arabische landen. Een gedeelte van deze commissies (0,7%) was evenwel achtergebleven op de buitenlandse rekening van de betrokkenen, waardoor zij voor miljoenen bijdroegen aan het passief van de vennootschap. Het Hof oordeelde dat de (dagelijks) bestuurder of aangestelde van een vennootschap alsmede een derde die zich zonder toestemming de gelden van een vennootschap toe-eigenen die voor een ander gebruik waren bestemd, een quasi-delictuele fout hadden begaan, die een normaal zorgvuldig mens in dezelfde omstandigheden niet zou hebben begaan: *"Zodoende schenden zij de algemene zorgvuldigheidsplicht die op iedereen rust los van elke contractuele band."*

Wat verder in het arrest liet het Hof optekenen dat de onwettige feiten, die in dit geval gepleegd werden in het kader van de functies van dagelijks bestuurder en aangestelde van de vennootschap, niets te zien hebben met het mandaat van bestuurder:

"Deze feiten hebben te maken met het dagelijks bestuur van de vennootschap dat alle exploitatiehandelingen omvat die worden gesteld in het kader van de door de raad van bestuur genomen beslissingen of de door hem vastgestelde richtlijnen. Wat betreft de concrete uitvoering van de betaling van de geheime commissies is het zeker niet de raad van bestuur die zich hiermee bezig hield."¹⁰²¹

¹⁰²¹ Brussel (9^e kamer) 12 september 2003, JT 2004, afl. 6121, 7 en <http://jt.larcier.be> (1 juli 2008).

(ii) Extern, in relatie tot derden

385. In sommige gevallen is het mogelijk dat de slechte uitvoering door de dagelijks bestuurder van zijn mandaat, een onrechtmatige daad uitmaakt ten opzichte van derden. Zoals elk ander individu worden dagelijks bestuurders verondersteld om rekening te houden met het feit dat hun handelswijze ook een impact kan hebben op anderen dan hun medecontractant, met name op de schuldeisers en de maatschappij in het algemeen, niet alleen op de vennootschap zelf.¹⁰²²

a. *Categorieën van derden*

386. In de relatie tot derden moet een onderscheid gemaakt worden tussen derden die volledig vreemd zijn aan enige overeenkomst met de vennootschap of de bestuurder (eerste categorie) en derden die wel een overeenkomst hebben met de vennootschap, maar derden zijn ten opzichte van de bestuurdersovereenkomst (medecontractanten van de vennootschap, tweede categorie).¹⁰²³ Voor derden van de eerste categorie geldt dat een loutere fout, schade en oorzakelijk verband bewezen zullen moeten worden en dat alleen al het aantonen van een gewone bestuursfout voldoende zal zijn. Het moet gaan om een inbreuk op de burgerrechtelijke algemene zorgvuldigheidsnorm.¹⁰²⁴ Een inbreuk op de algemene zorgvuldigheidsnorm die tevens een bestuursfout uitmaakt, staat een aansprakelijkheidsvordering van derden dus niet in de weg.¹⁰²⁵

Voor derden van de tweede categorie geldt daarentegen dat rekening moet worden gehouden met de leer van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent. Deze leer houdt in dat wanneer een contracterende partij, voor de uitvoering van haar contractuele verbintenis, handelt door een orgaan, een aangestelde of een agent, diens aansprakelijkheid buiten

¹⁰²² H. DE WULF en I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, p. 209.

¹⁰²³ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 345, nr. 623; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 123, nr.139. VANDENBOGAERDE spreekt over gewone derden en contractuele derden.

¹⁰²⁴ Brussel 25 april 1972, RGAR 1973, nr. 8898.

¹⁰²⁵ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 345, nr. 623.

overeenkomst alleen in het gedrang kan komen, indien de te laste gelegde fout een tekortkoming van een algemene zorgvuldigheidsverplichting oplevert en indien die fout een andere schade heeft veroorzaakt dan die welke voortvloeit uit de wanuitvoering van de overeenkomst.¹⁰²⁶ Als uitvoeringsagent komt de persoonlijke aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder derhalve alleen maar in het gedrang wanneer zijn fout de schending van een algemene zorgvuldigheidsplicht behelst en niet enkel de contractuele verbintenis van de vennootschap en deze fout een andere schade heeft veroorzaakt dan deze die te wijten is aan de slechte uitvoering van de overeenkomst.¹⁰²⁷ Ook hier wordt de dubbele voorwaarde gezien als een hinderpaal voor de buitencontractuele vordering, tenzij de fout van de bestuurder kan worden gekwalificeerd als een misdrijf.¹⁰²⁸ Zo stelde het Arbeidshof van Antwerpen een afgevaardigd bestuurder aansprakelijk voor het niet betalen van loon, eindejaarspremie en vakantiegeld aan een ex-werknemer van de vennootschap.

Het Hof overwoog:

“dat de eerste sociaalrechtelijke misdrijven, waaronder die welke door D. tegen B. worden aangevoerd ter schraging van zijn delictuele vordering, behoren tot de categorie van misdrijven die bestaan door het louter overtreden van de wettelijke norm zonder dat opzet is vereist; dat met andere woorden de schuld of de fout moet bewezen zijn zonder dat moet worden aangetoond dat de overtreder opzettelijk heeft gehandeld; dat de delictsomschrijving van de sociaalrechtelijke misdrijven die aan B. worden verweten, die parallel loopt met het foutbegrip uit de civiele

¹⁰²⁶ Cass. 7 november 1997, Arr.Cass. 1997, 1093; Bull. 1997, 1146; <http://www.cass.be> (18 oktober 2001); Pas. 1997, I, 1146; JDSC 1999 (samenvatting), 234, noot -; JDSC 2000, 5, noot M. COIPEL; RCJB 1999, 730, noot V. SIMONART; Rev.prat.soc. 2010 (samenvatting), afl. 1-2, 166, noot M. COIPEL; TBBR 1998, 153; TRV 1998, 284, noot I. CLAEYS.

¹⁰²⁷ Rechtspraak en rechtsleer zijn verdeeld over de concrete gevolgen van deze formule. DE WULF verdedigt de visie dat de medecontractant die extracontractueel wil vorderen enkel moet aantonen dat de fout die hij zijn wederpartij ten laste legt geen inbreuk is op diens contractuele verplichtingen, maar wel een inbreuk op de algemene zorgvuldigheidsnorm uit artikel 1382 BW. Eens dat bewezen is, staat volgens hem automatisch vast dat de schade een andere schade is dan diegene die voortvloeit uit de slechte uitvoering van het contract. Zie hierover: H. DE WULF en I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, p. 211. Zie voor een concrete toepassing van deze rechtspraak Gent 28 oktober 2010, JDSC 2012 (samenvatting), 141, noot M. DELVAUX, TGR-TWVR 2011, afl. 2, 120, noot X.

¹⁰²⁸ Actualia vennootschapsrecht: bestuurdersaansprakelijkheid vanuit burgerrechtelijk/vennootschapsrechtelijk en vanuit strafrechtelijk perspectief, seminarie CBR gehouden te Antwerpen op 3 december 2013.

aansprakelijkheidsleer van artikel 1382 e.v. BW derhalve de impliciete schuldvorm van de fout of de onachtzaamheid bevat;

dat het geenszins strookt met het normale, zorgvuldige gedrag van een bestuurder van een onderneming om na te laten aan een werknemer op gezette tijden de wettelijke vergoedingen uit te betalen; dat dit concreet impliceert dat B., door zich niet te gedragen volgens de bepalingen die de niet-betaling van de kwestieuze vergoeding als een misdrijf omschrijven, foutief heeft gehandeld."¹⁰²⁹

b. Een afwijkend regime voor precontractuele fouten?

387. Wat de precontractuele aansprakelijkheid betreft, werd even gevreesd dat vennootschapsorganen immuun waren voor de fouten die zij maakten bij de contractsbesprekingen die zij namens de vennootschap voerden.

Een cassatiearrest van 16 februari 2001 leek deze zienswijze te verdedigen door te beslissen dat de zaakvoerder van een BVBA niet persoonlijk aansprakelijk kon worden gesteld voor de *culpa in contrahendo* die hij beging bij het sluiten van een huurovereenkomst namens de vennootschap.¹⁰³⁰ De zaakvoerder in kwestie had tot na de contractsluiting verzwegen dat er op korte termijn werken zouden worden uitgevoerd aan de gevel van het verhuurde gebouw. Het Hof van Cassatie oordeelde dat als een orgaan van een vennootschap of een lasthebber in de uitvoering van zijn mandaat bij de besprekingen die tot een overeenkomst hebben geleid een fout begaat die geen misdrijf uitmaakt, die fout niet de bestuurder of de mandataris verplicht, maar wel de vennootschap of de lastgever.

¹⁰²⁹ Arbh. Antwerpen 9 oktober 1998, RW 1998-99, 1355 en <http://www.rw.be> (12 juli 2006); Soc. Kron. 1999, 31. Zie in dezelfde zin ook Arbh. Antwerpen 22 februari 1990, Soc. Kron. 1990 254 (Bij niet-betaling op gezette tijden van het verschuldigd loon, minimum baremaloon of vakantiegeld, kunnen de aangestelden of lasthebbers van een vennootschap als daders van de gepleegde misdrijven worden aangesproken (art. 9 en 42 Loonbeschermingswet). De vordering tot betaling van loon en vakantiegeld ingesteld ex delicto tegen de zaakvoerders van een gefailleerde vennootschap is ontvankelijk en gegrond) en Arbh. Antwerpen 13 april 1989, RW 1989-90, 410 (De natuurlijke persoon, optredend als orgaan van de vennootschap, die verzuimde op gezette tijden het loon te betalen, kan persoonlijk aansprakelijk gesteld worden voor dit misdrijf, aangezien art. 42 Loonbeschermingswet de bestraffing invoert van de werkgever, zijn aangestelden of lasthebbers en de hoedanigheid van orgaan de natuurlijke persoon niet vrijstelt van zijn aansprakelijkheid op grond van art. 1382 B.W. voor het misdrijf binnen de vervulling van zijn functie gepleegd).

¹⁰³⁰ Cass. 16 februari 2001, <http://www.cass.be> (18 oktober 2001); Arr.Cass. 2001, afl. 2, 303; *Huur* 2002, afl. 2, 107; *JDSC* 2002 (verkort), 116, noot P. KILESTE, C. BERTSCH.; *Pas.* 2001, afl. 2, 301; RW 2002-03, afl. 9, 340 en <http://www.rw.be> (15 november 2002); *Res Jur.Imm.* 2001, 123; *Rev.prat.soc.* 2001, afl. 4, 348; *TBH* 2002, afl. 9, 698, noot C. GEYS.

In de rechtsleer was het nadien gissen naar de precieze draagwijdte van dit arrest. Volgens GEENS en VANANROYE waren verschillende interpretaties denkbaar: ofwel bedoelde het Hof dat een orgaan of een lasthebber niet langer buitencontractueel aansprakelijk kon worden gesteld voor handelingen in de uitvoering van hun mandaat, ofwel dat de precontractuele aansprakelijkheid geen buitencontractuele aansprakelijkheid, maar een contractuele aansprakelijkheid is, dan wel dat het Hof de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent heeft willen uitbreiden naar het precontractuele domein.¹⁰³¹ GEYS bracht daar tegenin – daarbij aansluiting zoekend bij de stellingen van CLAEYS – dat er alvast geen sprake kon zijn van enige uitbreiding van de immuniteit van de uitvoeringsagent naar het precontractuele domein, omwille van een technisch-juridische onmogelijkheid daartoe. Volgens hem is de uitvoeringsagent per definitie diegene die door een contractspartij (hoofdschuldenaar) wordt belast met de uitvoering van een geheel of van een deel van diens contractuele verbintenissen ten aanzien van de medecontractant (hoofdschuldeiser). Op het ogenblik van de precontractuele fout bestaat de band tussen hoofdschuldeiser en hoofdschuldenaar nog niet, zodat die band ook moeilijk door een andere persoon (de uitvoeringsagent) zou kunnen uitgevoerd worden. GEYS erkent wel de beperkende draagwijdte van het arrest, maar enkel in de omstandigheid van besprekingen die tot een overeenkomst hebben geleid.¹⁰³²

DE WULF en DE POORTER verdedigen de laatste stelling, al vulde hij deze aan met de overweging dat het Hof van Cassatie evenmin zijn goedkeuring verleend had aan de opvatting dat de orgaantheorie in het algemeen en zonder meer impliceert dat het orgaan zelf tegenover derden niet aansprakelijk is voor extracontractuele fouten:

¹⁰³¹ K. GEENS en J. VANANROYE, Bestuurdersaansprakelijkheid in NV en BVBA, in X (ed.), *Vennootschaps- en financieel recht*, Reeks Themis, 2002, nr. 27; H. DE WULF, "Het Hof van Cassatie en de extracontractuele aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders", in *Liber amicorum C. De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003; C. GHEYS, "Beperkig van de externe aansprakelijkheid van bestuurders of zaakvoerders voor fouten begaan in de uitvoering van hun madaat: enkele beschouwingen omtrent de mogelijke draagwijdte van Cass. 16 februari 2001, *TBH* 2002, 701; K. GEENS en J. VANANROYE, "Bestuurdersaansprakelijkheid in NV en BVBA" in K. Geens (ed.), *vennootschaps- en financieel recht*, Themis, Cahier nr. 11, Brugge, die Keure 2001, 16, nr. 27.

¹⁰³² C. GEYS, "Beperking van de externe aansprakelijkheid van bestuurders of zaakvoerders voor fouten begaan in de uitvoering van hun mandaat: enkele beschouwingen omtrent de mogelijke draagwijdte van Cass. 16 februari 2001", *TBH* 2002, afl. 9, 701.

*"De toevoeging die het Hof in zijn overweging doet, nl. dat het orgaan of de lasthebber niet aansprakelijk is voor fouten begaan bij "besprekingen die tot een overeenkomst hebben geleid" is wellicht niet toevalling."*¹⁰³³

388. Het arrest van 20 juni 2005 van het Hof van Cassatie bracht duidelijkheid. De feiten waren als volgt: een Luxemburgse vennootschap Comptigest verkocht bij overeenkomsten van 14 en 25 februari 1994 een bedrijfstak en een handelsfonds aan een andere vennootschap. De activiteit van de bedrijfstak die werd overgedragen, bestond erin buitenlandse ondernemingen te huisvesten in Luxemburg en deze bedrijven daarbij ook administratief bij te staan. De zaakvoerders van de verkopende vennootschap, vader en dochter, verzwegen in de onderhandelingsfase evenwel dat de eigenaar van het onroerend goed waar de bedrijven zouden gehuisvest worden hen eerder toevertrouwd had dat geen nieuwe huisvestingen zouden worden aanvaard. Bovendien kwamen de kopers nadien te weten dat verschillende bedrijven opnieuw vertrokken waren en dat anderen niets meer van zich lieten horen.¹⁰³⁴ Het Hof van Cassatie overwoog in zijn arrest:

*"Ook al brengt de fout van het orgaan van een vennootschap (in casu, de zaakvoerders van een Luxemburgse vennootschap met beperkte aansprakelijkheid) in de loop van onderhandelingen die het afsluiten van een contract voorafgaan, rechtstreeks persoonlijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon met zich mee, toch sluit deze aansprakelijkheid in beginsel niet de persoonlijke aansprakelijkheid van het orgaan uit. Zij bestaan samen."*¹⁰³⁵

Het Hof besliste dus tot de toepassing van de klassieke orgaantheorie en laat zo de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid naast elkaar bestaan. Van enige

¹⁰³³ H. DE WULF en I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, p. 214; H. DE WULF, "Het Hof van Cassatie en de extracontractuele aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders", in *Liber amicorum C. De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003.

¹⁰³⁴ L. BIHAIN, "Responsabilités des dirigeants de sociétés à l'égard des tiers. Pas d'immunité de principe en faveur des organes de sociétés", noot onder Cass. 20 juni 2005, *JT* 2006, afl. 6230, 424.

¹⁰³⁵ Cass. 20 juni 2005, *Arr.Cass.* 2005, afl. 6-7-8, 1362; *DAOR* 2005, afl. 76, 340, noot G. GATHEM; <http://www.cass.be> (8 juli 2005); *JT* 2006, afl. 6230, 435 en <http://jt.larcier.be/> (4 juli 2006), noot -; *JT* 2006, afl. 6230, 435 en <http://jt.larcier.be/> (30 juni 2006), concl. J. LECLERCQ, noot L. BIHAIN; *JLMB* 2005, afl. 27, 1199 en <http://jlmbi.larcier.be/> (8 september 2005), concl. J. LECLERCQ.; *Pas.* 2005, afl. 6, 1354; *RABG* 2005, afl. 17, 1549, noot I. BLOCKX, E. JANSSENS; *JDSC* 2006, 90, concl. J. LECLERCQ, noot M. DELVAUX.; *RGAR* 2006, afl. 4, nr. 14106, noot C. DALCQ; *Rev.not.b.* 2005, afl. 2991, 665, noot -; *Rev.prat.soc.* 2005, afl. 2, 183, concl. L. LECLERCQ., noot Y. De Cordt; *Rev.prat.soc.* 2010 (samenvatting), afl. 1-2, 197, noot B. DUBUISSON.; *TBBR* 2005, afl. 8, 473; *TBH* 2005 (weergave H. DE WULF, afl. 8, 891 en <http://www.rdc-tbh.be/> (27 januari 2006); *TBH* 2006, afl. 4, 418 en <http://www.rdc-tbh.be/> (11 september 2006), noot A. COIBION.

immunitet voor precontractuele fouten (*culpa in contrahendo*) is sindsdien geen sprake meer, waardoor derden de leidinggevenden van de vennootschap verantwoordelijk kunnen stellen voor het bedrog en het stilzwijgen dat aan de contractsluiting is voorafgegaan. Deze ommekeer in de rechtspraak van het Hof draagt bij tot de responsabilisering van vennootschapsmandatarissen, waaronder ook de dagelijks bestuurder, en moet daarom ook positief worden onthaald.¹⁰³⁶

c. Samen met de vennootschap?

389. Een aansprakelijkheidsvordering stelt zich dikwijls vlak voor, tijdens of nadat de vennootschap met een financieel tekort te maken heeft (*i.e.* in het kader van insolventie of dreigende insolventie van de vennootschap)¹⁰³⁷. Tegelijkertijd kan ook niet worden uitgesloten dat een onrechtmatige daad, omwille van het feit dat de schade zo groot is en betrekking heeft op een groep van derden, deze financiële problemen net in de hand werkt. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij een milieumisdrijf, het opzetten van frauduleuze beleggingsconstructies en dergelijke meer. Derden die door een dergelijke onrechtmatige gedraging worden getroffen, zullen zich dan in de regel, om de integrale terugbetaling van de schade die zij hebben geleden zoveel mogelijk te garanderen, niet beperken tot het uitbrengen van een dagvaarding tegen de vennootschap alleen. Zij zullen integendeel de vennootschap samen met de leidinggevenden, waaronder eventueel ook de dagelijks bestuurder, proberen aan te spreken. Onbedachtzaam procederen kan er in hoofde van de benadeelde derde nochtans voor zorgen dat de reeds geleden schade alleen maar wordt vergroot. Immers, ingeval de rechtbank de vordering ten aanzien van de leidinggevende(n) ongegrond verklaart, dient deze bijkomend en op definitieve wijze in te staan voor de betaling van een hele reeks bijkomende kosten, waaronder de gerechtskosten en de rechtsplegingsvergoeding. Het is dus belangrijk om van bij het begin elke potentiële

¹⁰³⁶ Gent 13 februari 2012, DAOR 2012, afl. 102, 206. In dit arrest wordt een concrete toepassing gemaakt van deze rechtspraak. Het Hof stelde een bestuurder precontractueel aansprakelijk voor het misleiden van derde- medecontractanten omtrent de financiële toestand van de vennootschap, omdat deze op het ogenblik van de contractsluiting reeds met zekerheid wist dat het faillissement van de vennootschap zeer nabij was en dat deze nooit de aangegane schuld zou kunnen betalen.

¹⁰³⁷ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 127, nr.141.

tegenpartij zorgvuldig te selecteren in functie van de vraag aan wie het onrechtmatig handelen kan worden toegerekend.¹⁰³⁸

Anderzijds is het niet omdat de vennootschap verantwoordelijk wordt gehouden, dat daarom de betrokken (dagelijks) bestuurder aan een aansprakelijkheidsveroordeling ontsnapt. Zoals hoger reeds werd aangehaald, sluit de aansprakelijkheid van de vennootschap voor een onrechtmatige daad de persoonlijke aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder niet uit.¹⁰³⁹

c.1. Toerekening van de onrechtmatige daad van de dagelijks bestuurder aan de vennootschap

390. Vroeger kon de aansprakelijkheid van de vennootschap alleen maar worden afgeleid van de fout van de natuurlijke persoon die tevens haar orgaan was, waarna die fout dan werd toegerekend aan de vennootschap zelf.¹⁰⁴⁰ Enkel in geval van toerekening op grond van de orgaantheorie was de aansprakelijkheid van de vennootschap rechtstreeks.¹⁰⁴¹ Waar men er dus traditioneel vanuit ging dat de fout van de vennootschap een afgeleide fout betrof, neemt men nu – mede onder invloed van de invoering van het rechtstreeks daderschap van de rechtspersoon in het strafrecht (sinds 1999) – aan dat de aansprakelijkheid van de vennootschap autonoom is.¹⁰⁴² Een dergelijke autonome toerekening van de onrechtmatige daad van het orgaan gebeurt dan op basis van het criterium van de 'verkeersopvattingen', dat moet toelaten om onrechtmatige daden aan de vennootschap toe te rekenen wanneer deze

¹⁰³⁸ Toerekenen van een onrechtmatige gedraging veronderstelt de vrije wil, de luciditeit van de schadeverwekker die de onrechtmatige daad bewust en vrij heeft begaan. J. VANANROYE, "Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties", *TPR* 2004, afl. 1, 755.

¹⁰³⁹ Cass. 11 april 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 902. Vergelijk met Nederland waar de Hoge Raad in het Kretschmar/Mendes de Léon arrest reeds oordeelde dat het feit dat een rechtspersoon uit onrechtmatige daad aansprakelijk is, de persoonlijke aansprakelijkheid van dat orgaan niet uitsluit:

"... dat in een dergelijk geval de bestuurders geenszins steeds daarnemens persoonlijk zullen zijn, omdat, hetgeen zij al bestuurders hebben verricht, ook al heeft dit tengevolge dat het door hen vertegenwoordigd lichaam geacht moet worden een onrechtmatige daad te hebben gepleegd, niet steeds van dien aard is, dat zij daardoor geacht kunnen worden persoonlijk een onrechtmatige daad te hebben gepleegd, maar dat ten deze zulk een onrechtmatige daad wel aanwezig is, wanneer de gestelde feiten juist zijn..." Hoge Raad 25 november 1927, *NJ* 1928, 364, aangehaald in S.N. DE VALK, *Aansprakelijkheid van leidinggevend en met privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven*", Kluwer, Deventer, 2009, p 129.

¹⁰⁴⁰ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, p. 428; J. Vananroye, "Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties", *TPR* 2004, afl. 1, 757; S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 162 en verder.

¹⁰⁴¹ Cass. 15 januari 1946, *Pas.*, 1946, I, 25 en *Rév. Prat. Soc.* 1951, nr. 3977, 350.

¹⁰⁴² M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 127.

volgens in de maatschappij heersende opvattingen te beschouwen zijn als onrechtmatige daden van de vennootschap.¹⁰⁴³ Uit de rechtspraak zijn er nog geen concrete gevallen bekend, maar toch lijkt de toepassing van dit criterium een steeds breder draagvlak te verkrijgen: naar Belgisch recht wordt de toepassing van het criterium van de verkeersopvattingen inmiddels, weliswaar met kleine nuances, bepleit door o.a. VANANROYE, DE WULF en DE GEYTER.¹⁰⁴⁴

In Nederland stelde VAN DER GRINTEN al in de jaren '60 het orgaan criterium in vraag en pleitte resoluut voor een toerekening aan de hand van het maatschappelijk verkeerscriterium (de zogenaamde 'verkeersopvattingen').¹⁰⁴⁵ Volgens VAN DER GRINTEN geldt als toerekeningscriterium of de gestelde gedraging in het maatschappelijk verkeer als een gedraging van de vennootschap moet worden beschouwd: een groot aantal feitelijke handelingen, zoals het veroorzaken van stank of lawaai, de verspreiding van reclameboodschappen of het in het verkeer brengen van bepaalde producten, zijn volgens hem immers niet terug te brengen naar een individualiseerbaar menselijk handelen.¹⁰⁴⁶

In het Kleuterschool Babbelarrest uit 1979 volgde de Hoge Raad de opvatting van VAN DER GRINTEN door de gemeente Zwolle aansprakelijk te stellen voor de uitlatingen van haar wethouder op basis van de hiernavolgende overweging:

“de gedragingen van een wethouder kunnen immers ook dan een onrechtmatige daad van de Gemeente opleveren, wanneer zij in het

¹⁰⁴³ Of om het in de woorden van DE WULF te zeggen: “dat volgens algemeen aanvaarde opvattingen binnen de relevante milieus – in casu zouden wij zeggen: in de ogen van een gemiddelde derde – een handeling mag gezien worden als een handeling van de rechtspersoon, in de eerste plaats omdat men de indruk heeft dat zij verbonden is met zijn normale activiteiten. H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers” in X, *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Kluwer, 2006-2007, p. 150, nr. 63S. S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 175.

¹⁰⁴⁴ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, *TPR* 2004, afl. 1, 757; H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers” in X, *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Kluwer, 2006-2007, p. 150, nr. 63; J. DELVOIE, *Orgaantheorie in rechtspersonen van privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia 2010, Deel IV, hoofdstuk IV; S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 167.

¹⁰⁴⁵ E.J.J. VAN DER HEIJDEN en W.C.L. VAN DER GRINTEN, *Handboek voor de naamloze vennootschap naar Nederlands recht in Publiek- en privaatrecht*, nr. 8, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1968, 391, nr. 236; ASSER – VAN DER GRINTEN 1978 (2-I), p. 115-118; S.N. DE VALK, *Aansprakelijkheid van leidinggevendenden met privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven*, Deventer, Kluwer, 2009, p.48 en verder; S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 148 en verder.

¹⁰⁴⁶ S.N. DE VALK, *Aansprakelijkheid van leidinggevendenden met privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven*, Deventer, Kluwer, 2009, p.48.

maatschappelijk verkeer als gedragingen van de Gemeente hebben te gelden. Aangenomen moet worden dat dit het geval is, wanneer de gedragingen van een wethouder van onderwijs bestaan in het doen van uitslatingen in zijn hoedanigheid ter zake van de aansprakelijkheid voor gebreken in de bouw van een in de gemeente gevestigde kleuterschool."¹⁰⁴⁷

Aangezien in de Nederlandse rechtsleer na de tussenkomst van het Kleuterschool Babbelarrest een grote discussie was gerezen omtrent de precieze draagwijdte van het maatschappelijk verkeerscriterium, werd door de Hoge Raad op 25 juni 1999 een arrest geveld waarin het enerzijds de leer van de verkeersopvattingen expliciet van toepassing verklaarde op privaatrechtelijke rechtspersonen en waarin het anderzijds de orgaantheorie niet expliciet heeft verworpen.¹⁰⁴⁸ Sindsdien neemt men in de Nederlandse rechtsleer algemeen aan dat de toerekening van onrechtmatige daden aan rechtspersonen kan gebeuren met het maatschappelijk verkeerscriterium als uitgangspunt en dat de toerekening via het orgaan criterium geldt als een bijzondere toepassing daarvan.¹⁰⁴⁹ DE VALK verwoordt dit principe treffend zeggende dat het in de kern steeds draait om de vraag of een gedraging van een ander aan de rechtspersoon kan worden toegerekend als eigen gedraging. Die ander kan een orgaan zijn, maar omdat het begrip 'orgaan' niet steeds duidelijk omlijnd is en bovendien niet kan worden uitgesloten dat het handelen van een orgaan niet steeds aan de rechtspersoon kan worden toegerekend – waarbij zij het voorbeeld geeft of de verkeersfout van een bestuurder kan gelden als een verkeersfout van de vennootschap – het criterium van de maatschappelijke verkeersopvattingen in die gevallen bepalend is.¹⁰⁵⁰ Inmiddels

¹⁰⁴⁷ *In casu* stelde de aannemer die in de gemeente twee Kleuterscholen (resp. Knabbel en Babbel) had gebouwd, de gemeente aansprakelijk voor de uitslatingen die haar wethouder had gedaan met betrekking tot de oorzaak van het instorten van het dak van kleuterschool Babbel. HR 6 april 1979 (Kleuterschool Babbel) NJ 1980, 34.

¹⁰⁴⁸ HR 25 juni 1999, NJ 2000, 280, concl. SPIER, noot PAS; *ondernemingsrecht* 1999, 300 (weergave), noot L. TIMMERMAN. De Hoge Raad besliste hier dat een rechtbank slechts kan beslissen om een gedraging van een directeur niet toe te rekenen aan een rechtspersoon, nadat zij in overeenstemming met de geldende maatstaf onderzocht heeft of de gedraging van de directeur in het maatschappelijk verkeer kan worden aangemerkt als een gedraging van de rechtspersoon. Zie voor een meer omstandige bespreking van dit arrest S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 153.

¹⁰⁴⁹ S.N. DE VALK, *Aansprakelijkheid van leidinggeevenden met privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven*", Deventer, Kluwer, 2009, p.53.

¹⁰⁵⁰ S.N. DE VALK, *Aansprakelijkheid van leidinggeevenden met privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven*", Deventer, Kluwer, 2009, p. 53.

werd het vermelde criterium in de Nederlandse wet opgenomen als artikel 6:162, lid 3 NBW.¹⁰⁵¹

391. Het standpunt van VANANROYE is radicaal, in die zin dat hij het principe van de orgaantheorie volledig van de tafel veegt.¹⁰⁵² Geïnspireerd door de teksten van RONSE, is het standpunt van VANANROYE dat de orgaantheorie naar Belgisch recht al jarenlang nog wel met de lippen wordt beleden, maar *de facto* plaats maakte voor de vraag of een onrechtmatige daad in de ogen van een voorzichtig en redelijk mens als de onrechtmatige daad van een rechtspersoon geldt.¹⁰⁵³ Het criterium van "het maatschappelijk verkeer" zou verder, zo stelt hij in zijn bijdrage, niets anders zijn dan dat van een voorzichtig en redelijk persoon met als verdienste dat niet de subjectieve ingesteldheid van de schadelijder bepalend is, maar wel de maatschappelijke opvattingen over wat tot het risico van de organisatie hoort. Een belangrijk uitgangspunt daarbij is dat wie de voordelen van de organisatie heeft, ook de risico's dient te dragen die een dergelijke organisatie met zich meebrengt (*ubi emolumentum, ibi onus*). Het radicaal aspect van zijn visie schuilt in zijn voorstel om de band met de natuurlijke persoon volledig af te snijden.¹⁰⁵⁴ Het rechtsgevolg van het doorknippen van deze band tussen rechts- en natuurlijke persoon is dat de vennootschap rechtstreeks aansprakelijk is ten opzichte van de benadeelde, in die mate dat hierdoor de persoonlijke aansprakelijkheid van het orgaan sterk wordt beperkt en een regresrecht zo goed als onmogelijk wordt gemaakt.

392. DE WULF kiest voor een interpretatie die minder ver gaat, met name de toerekening aan de rechtspersoon met omkering van de bewijslast.¹⁰⁵⁵ Volgens DE WULF mag de mogelijkheid tot regres van de rechtspersoon op de handelende natuurlijke persoon niet

¹⁰⁵¹ "3. Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt."

¹⁰⁵² Ook DELVOIE doet dat, maar anders dan VANANROYE, is DELVOIE van mening dat de toerekening aan de rechtspersoon via de verkeersopvattingen geen uitweg biedt. Volgens DELVOIE is er naar Belgisch recht geen nood aan een "autonome toerekeningsleer", gelet op de aanwezigheid in het positiefrechtelijke aansprakelijkheidsrecht van andere mechanismen naast "eigen schuld" zoals de objectieve aansprakelijkheid voor elke in *abstracto* beoordeelde en de onrechtmatige daad van elke aangestelde in verband met zijn bediening. J. DELVOIE, *Orgaantheorie in rechtspersonen van privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 569.

¹⁰⁵³ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, p. 431.

¹⁰⁵⁴ J. VANANROYE, "Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties", *TPR* 2004, afl. 1, 768.

¹⁰⁵⁵ H. DE WULF en S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers" in X, *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Kluwer, 2006-2007, p. 150, nr. 63; J. DELVOIE, *Orgaantheorie in rechtspersonen van privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia 2010, Deel IV, hoofdstuk IV; S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 162 en verder.

worden uitgesloten. De omkering van de bewijslast houdt in dat de rechtspersoon die schijnbaar verantwoordelijk is, zich aan zijn verantwoordelijkheid moet kunnen onttrekken indien hij aantoont dat een handeling is gesteld door personen waarvan de handelingen niet toegerekend mogen worden aan de rechtspersoon. Bovendien verwerpt DE WULF de orgaantheorie niet, maar ziet hij het criterium van de verkeersopvattingen als een overkoepelend criterium, waarbinnen de orgaantheorie nog een beperkte rol speelt.¹⁰⁵⁶ Deze verschillende benadering van de manier van toerekenen van onrechtmatige daden aan de vennootschap heeft belangrijke gevolgen voor het antwoord op de vraag wie er finaal gehouden is tegenover de schadelijdende derde.

c.2. Rechtsgevolg van deze toerekening ten opzichte van de dagelijks bestuurder: regresrecht

393. In een traditionele opvatting kon de vennootschap de schade die zij aan de benadeelde had betaald volledig verhalen op de dagelijks bestuurder. Hieruit volgt dat de orgaantheorie door het orgaan zelf dus niet kon worden ingeroepen.¹⁰⁵⁷ Wel werd, vanuit de bekommernis om de benadeelde zoveel mogelijk kansen op een volledig schadeherstel te bieden, aanvaard dat de vennootschap en het orgaan *in solidum*¹⁰⁵⁸ aansprakelijk konden worden gehouden ten opzichte van deze laatste.¹⁰⁵⁹ In de opvatting van VANANROYE, kan de vennootschap enkel nog regres nemen op het dagelijks bestuur als orgaan indien de onrechtmatige daad die schade heeft veroorzaakt bij de betrokken derde ook een bestuursfout - i.e. een contractuele fout - ten aanzien van de vennootschap uitmaakt.¹⁰⁶⁰ Het standpunt van DE WULF hierover, sluit dan weer nauw aan bij de klassieke orgaantheorie: hij wenst de mogelijkheid van de vennootschap om een volledig regres uit te oefenen op het orgaan te behouden als een gevolg van bewezen fouten in hoofde van de (dagelijks) bestuurder en een aansprakelijkheidsvermoeden –

¹⁰⁵⁶ H. DE WULF en S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers" in X, *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Kluwer, 2006-2007, p. 153, nrs. 67 en verder. S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 168.

¹⁰⁵⁷ L. CORNELIS, *Beginselen van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. De onrechtmatige daad.*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu, 1989, p. 444, nr. 271;

¹⁰⁵⁸ De *in solidum*-gehoudenheid vindt haar oorsprong in de equivalentieleer en bestaat in geval meerdere personen door eigen fouten eenzelfde schade hebben veroorzaakt.

¹⁰⁵⁹ L. CORNELIS, *Beginselen van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. De onrechtmatige daad.*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu, 1989, p. 444, nr. 271; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 546, nr. 888; S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 170.

¹⁰⁶⁰ J. VANANROYE, "Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties", *TPR* 2004, afl. 1, 782.

gegrond op het principe van billijkheid en het risicobeginsel in hoofde van de rechtspersoon – in hoofde van de vennootschap ten opzichte van derden. Derden verdienen dus de ruimste bescherming: de fout wordt nooit echt toegerekend aan de vennootschap en de aansprakelijkheid van de vennootschap is slechts een verhaalsaansprakelijkheid.¹⁰⁶¹

C) Geen aansprakelijkheid voor schending van het W. Venn. en de statuten (artikel 528 W. Venn.)

394. Op grond van artikel 528 W. Venn. zijn bestuurders en leden van het directiecomité hoofdelijk aansprakelijk voor alle schade die het gevolg is van een overtreding van alle bepalingen van het W. Venn. of van de statuten van de vennootschap.¹⁰⁶² Op de bestuurders en leden van het directiecomité rust een resultaatsverbintenis om het W. Venn. en de statuten na te leven. Niet naleving ervan is *ipso facto* een fout.¹⁰⁶³ Het volledig delegeren van het bestuur van de vennootschap aan het dagelijks bestuur bijvoorbeeld is een fout in de zin van artikel 525 W. Venn.¹⁰⁶⁴ De aansprakelijkheid is hoofdelijk, niet individueel en geldt zowel intern, ten aanzien van de vennootschap, als extern, ten aanzien van derden.

395. Voor het dagelijks bestuur geldt deze strenge aansprakelijkheidsgrond, gelet op de beperkte bevoegdheid, niet of toch zeker niet rechtstreeks.¹⁰⁶⁵ Dit ligt anders bij de leden van het directiecomité, aan wie een hele reeks bevoegdheden kan worden toegekend.¹⁰⁶⁶ De verruiming van de aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder via de toepasselijkheid van

¹⁰⁶¹ H. DE WULF en S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers" in X, *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Kluwer, 2006-2007, p. 156-157, nrs. 72 en 73; S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 171.

¹⁰⁶² Art. 528 W. Venn.

¹⁰⁶³ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 339, nr. 614.

¹⁰⁶⁴ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p.340, nr. 615 (enkele voorbeelden).

¹⁰⁶⁵ Kennelijk achtte de wetgever een verruiming van aansprakelijkheid niet nodig in het licht van een restrictieve interpretatie van dat bestuur, waarbij geen fundamentele beleidsbeslissingen worden genomen. Zie *supra* randnummer 395.

¹⁰⁶⁶ In de memorie van toelichting bij de Wet Corporate Governance verklaarde de wetgever met betrekking tot de verruiming van het toepassingsgebied van artikel 528 W. Venn. naar de leden van het directiecomité dat het in het raam van het ontwerp logisch was dat de leden van het directiecomité "aan wie dan toch een aanzienlijk gedeelte van de bestuursfuncties kunnen worden gedelegeerd ook aan deze regeling zijn onderworpen." M.v. T. Wet Corporate Governance, *Parl. St. Kamer*, 2000-2001, nr. 1211/001, p. 38.

artikel 528 W. Venn. wordt door de wetgever, onder verwijzing naar de beperkte bevoegdheid van dat bestuur 'overdreven' geacht.¹⁰⁶⁷ De rechtsleer verklaart deze keuze van de wetgever onder verwijzing naar het gebrek aan werkelijke bestuursbevoegdheid van het dagelijks bestuur.¹⁰⁶⁸

396. Zoals hoger aangehaald, dekt de notie 'werkelijke' bestuursbevoegdheid de lading niet volledig. Aangezien het dagelijks bestuur wel degelijk over een autonome beslissingsmacht beschikt met betrekking tot de dagelijkse behoeftes waarin het de dagelijkse leiding neemt, lijkt het mij, om de uitsluiting uit o.a. artikel 528 W. Venn. te motiveren, beter om te spreken over een gebrek aan 'wezenlijke' bestuursbevoegdheid. De delegatie van het dagelijks beleid betreft immers wel degelijk de algemene bevoegdheidsoverdracht aan een bepaald persoon die dan alleen of samen met een collega autonoom beslist over alle zaken die tot dit beleid horen. De omvang van deze bevoegdheid hangt weliswaar samen met o.a. de grootte van de vennootschap, maar dit belet niet dat de (beperkte) macht van de dagelijks bestuurder als reëel moet worden opgevat.

397. Volgens sommige auteurs kan de afgevaardigd bestuurder niet worden uitgesloten van de aansprakelijkheid op grond van artikel 528 W. Venn. RALET en GOFFIN bijvoorbeeld zijn van mening dat wanneer de dagelijks bestuurder ook het bestuur waarneemt, deze - anders dan de 'gewone' dagelijks bestuurder - wel aansprakelijk kan worden gehouden voor een overtreding van het W. Venn. en de statuten.¹⁰⁶⁹ Gelet op het basisprincipe dat eenieder verantwoordelijk is binnen zijn eigen bevoegdheidssfeer dringt enige nuancering van deze conclusie zich op. Enkel in zijn hoedanigheid van bestuurder kan de afgevaardigd bestuurder door de vennootschap en door derden worden aangesproken voor de schade die hij

¹⁰⁶⁷ "Het lijkt evenwel overdreven personen belast met het dagelijks bestuur evenzeer hieraan te onderwerpen daar zij zich geenszins met bestuursfuncties bezig houden doch slechts met de daden die de behoeften van het dagelijks leven niet overschrijden, of die wegens hun gering belang of om de noodzakelijkheid er een spoedige oplossing aan te geven, geen tussenkomst van de raad van bestuur of het directiecomité behoeven." M.v. T. Wet Corporate Governance, Parl. St. Kamer, 2000-2001, nr. 1211/001, p. 38.

¹⁰⁶⁸ S. DE DIER en A. VAN BEVER, "Standpunt: het arbeidsrechtelijke statuut van een lid van het directiecomité van een NV (art. 524bis W. Venn.)", TRV 2011, afl. 4, 223; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 14, nr. 102. Nr. 19. Zie ook voor een bevestiging van dit principe dat het dagelijks bestuur niet als een bestuursfunctie kan worden beschouwd: "De functie van dagelijks bestuur is, hoe vreemd het op het eerste gezicht ook moge klinken, geen bestuursfunctie: de dagelijks bestuurder is enkel bevoegd voor dagdagelijkse zaken of zaken die zo dringend zijn dat er geen tijd is om het bestuur te laten tussenkomen." H. DE WULF en I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, p. 201, §3.

¹⁰⁶⁹ J.F. GOFFIN en O. RALET, "Responsabilités des dirigeants de sociétés", Brussel, Larcier, 2004, 94, nr. 54.

veroorzaakte te wijten aan een schending van artikel 528 W. Venn. Als gewone bestuurder valt hij immers onder het toepassingsgebied van deze bepaling en kan hij op die grond worden aangesproken.¹⁰⁷⁰ Als dagelijks bestuurder kan dat echter niet: alle handelingen die de dagelijks bestuurder in het kader van dat bestuur stelt, vallen buiten het toepassingsgebied van deze aansprakelijkheidsgrond.

D) Geen bijzondere faillissementsaansprakelijkheid... of toch? (artikel 530 W. Venn.)

(i) Algemeen

398. Artikel 530 W. Venn. voorziet in een verzwaarde aansprakelijkheid in de context van een faillissement van de vennootschap. De wettekst luidt dat indien bij faillissement van de vennootschap de schulden de baten overtreffen, bestuurders of gewezen bestuurders alsmede personen die ten aanzien van de zaken van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad, persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk worden gehouden voor het geheel of een deel van de schulden van de vennootschap tot beloop van het tekort, op voorwaarde dat komt vast te staan dat een door hen begane, kennelijk grove fout heeft bijgedragen tot het faillissement.¹⁰⁷¹

399. De kennelijk grove fout waarvan sprake in artikel 530 W. Venn. is de fout die een normaal voorzichtig en redelijk bestuurder niet zou hebben begaan en die een inbreuk inhoudt op de in de samenleving essentieel geldende gedragsnormen. De kennelijk grove fout is geen lichte fout, maar een onvergeeflijke fout, waarvan de bestuurder had moeten weten dat deze tot het faillissement van de vennootschap zou bijdragen.¹⁰⁷² De grove fout is steeds

¹⁰⁷⁰ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 83, nr. 87; H. DE WULF en I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, p. 200, §2.

¹⁰⁷¹ Art. 530 W. Venn.

¹⁰⁷² Kh. Luik 5 april 2000, *JDSC* 2002, 218, noot M. DELVAUX., *JLMB* 2001, 395 en <http://jlmbi.larcier.be> (1 juni 2001); Kh. Charleroi 8 september 1992, *Rév. prat. Soc.* 1993, 329; Kh. Dendermonde 31 december 1997, *TGR* 1998, 77; Rb. Gent 26 maart 1993, *TBH* 1993, 935; Kh. Brussel 10 september 1985, *TBH* 1987, 523; zie ook Kh. Brugge 19 april 2010, *TGR* 2011, 214, waarin de rechtbank overwoog dat een fout als kennelijk grof moet worden beschouwd in de zin van artikel 530 W. Venn. wanneer geen enkel redelijk, voorzichtig en vooruitziend bedrijfsleider deze fout zou hebben begaan en deze fout schade toebrengt aan het

een kennelijke fout, maar een kennelijke fout is niet noodzakelijk een grove fout.¹⁰⁷³ Enkele voorbeelden van fouten die in het verleden door de rechtspraak en de rechtsleer als 'kennelijk grof' werden beschouwd, zijn het voeren van een financieel ondoordacht beleid, het ondoordacht verderzetten van een (kennelijk) deficitaire activiteit, het zich ten koste van de vennootschap toekennen van een rechtstreeks of een onrechtstreeks voordeel; samengenomen met andere factoren: de miskenning van wettelijke bepalingen zoals de schending van de regels inzake de alarmbelprocedure, de totale passiviteit van de bestuurders en/of aan gebrek aan controle of nog andere fouten:

- het opsouperen van het ganse vennootschapsvermogen amper een maand na de oprichting van de vennootschap;¹⁰⁷⁴
- een systematisch wanbeheer in de boekhouding om zichzelf ten nadele van de vennootschap en de schuldeisers op bedrieglijke wijze te verrijken;¹⁰⁷⁵
- het op een onredelijke wijze voortzetten van een deficitaire activiteit zonder een adequate boekhouding te voeren, noch een jaarrekening neer te leggen;¹⁰⁷⁶
- de niet uitoefening van enig toezicht op het dagelijks bestuur met al te verregaande bevoegdheden;¹⁰⁷⁷
- de hardnekkige weigering van de bestuurders om een gerechtelijke beslissing uit te voeren, onder verbeurte van een dwangsom, tot teruggave van geleased materiaal alsook het feit dat dit materiaal zonder betaling van de contractuele vergoedingen blijvend wordt gebruikt;¹⁰⁷⁸

voortbestaan van de vennootschap. De fout moet volgens de rechtbank ook een klaarblijkelijk, extreem, onbetwistbaar karakter vertonen; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 349, nr. 631; H. DE WULF en I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, p. 222; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 169.

¹⁰⁷³ Kh. Luik 5 april 2000, *JDSC* 2002, 218, noot M. Delvaux.; *JLMB* 2001, 395 en <http://jlmbi.larcier.be> (1 juni 2001); H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 349, nr. 631.

¹⁰⁷⁴ Gent 10 november 2008, *NJW* 2009, 211.

¹⁰⁷⁵ Kh. Tongeren 13 januari 2005, *DAOR* 2005, 82; *RW* 2008-09, afl. 12, 1.

¹⁰⁷⁶ Kh. Tongeren 13 januari 2005, *DAOR* 2005, 82 en *RW* 2008-09, afl. 12, 1; Gent 24 oktober 2005, *TRV* 2005, 478.

¹⁰⁷⁷ Kh. Dendermonde 6 december 1999, *TRV* 2000, 40.

¹⁰⁷⁸ Luik 8 mei 2009, *JLMB* 2010, afl. 20, 957 (samenvatting). Het faillissement werd hier uitgesproken op verzoek van de leasingmaatschappij.

- het systematisch niet doorstorten van de bedrijfsvoorheffing terwijl de financiële moeilijkheden van de vennootschap niet van tijdelijke aard waren.¹⁰⁷⁹

400. De vordering kan worden ingesteld zowel door de curator als door een individuele (benadeelde) schuldeiser. Aan deze laatste wordt dan wel de plicht opgelegd om de curator in kennis te stellen van de ingestelde vordering, die in elk geval beperkt is tot de vergoeding van zijn persoonlijk nadeel, ongeacht de vordering van de curator in het belang van de boedel.¹⁰⁸⁰ Om voor schadeloosstelling in aanmerking te komen is vereist dat de kennelijk grove fout heeft bijgedragen tot het faillissement.¹⁰⁸¹ De bijdrage tot het faillissement is een noodzakelijke, maar voldoende voorwaarde: curator noch schuldeiser moeten een causaal verband bewijzen tussen het ontoereikend actief en de kennelijk grove fout.¹⁰⁸² Evenmin moet aangetoond worden dat de kennelijk grove fout de rechtstreekse of enige oorzaak is van de schade.¹⁰⁸³

(ii) Ook voor de dagelijks bestuurder?

401. Zowel de bestuurders in rechte als de feitelijke bestuurders kunnen op grond van artikel 530 W. Venn. aansprakelijk worden gesteld. Met deze laatste categorie worden de personen bedoeld die formeel geen lid zijn van de raad van bestuur, maar in volle onafhankelijkheid positieve bestuursdaden stellen of kunnen stellen die de vennootschap kunnen verbinden.¹⁰⁸⁴ Het toepassingsgebied van de aansprakelijkheid voor kennelijk grove fout is naar de persoon (*ratione personae*) zeer ruim: niet alleen de bestuurders en gewezen bestuurders komen in aanmerking, maar ook personen die met hulp van stromannen de vennootschap besturen, de feitelijke bestuurder, de personeelsdirecteur, de

¹⁰⁷⁹ Kh. Antwerpen 19 maart 2010, *Fisc. Koer.* 2010, afl. 18, 683, noot S. VERTOMMEN en RW 2011-12, afl. 23, 1049. De rechtbank overwoog hier dat het niet verantwoord was om het faillissement uit te stellen door krediet te zoeken bij de Schatkist.

¹⁰⁸⁰ Art. 530 §1, lid 2 W. Venn.

¹⁰⁸¹ Kh. Brussel 10 september 1985, *TBH* 1987, 523.

¹⁰⁸² Bergen 22 maart 1993, *Rev. prat. soc.* 1993, 323.

¹⁰⁸³ Gent 31 maart 1994, *TBH* 1994, 976; Gent 6 september 2010, *TGR* 2011, 207.

¹⁰⁸⁴ Rb. Gent 26 maart 1993, *TBH* 1993, 935; Brussel 14 september 1988, *TRV* 1989, 49, noot J. LIEVENS; Luik 17 december 1996, *JLMB* 1998, noot C. PARMENTIER; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 348, nr. 629; H. DE WULF en I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, p. 202.

procuratiehouder of zelfs de interne juridische, fiscale of boekhoudkundige diensten kunnen onder deze noemer vallen, voor zover zij feitelijk bestuur hebben verricht.¹⁰⁸⁵

402. VANDENBOGAERDE neemt aan dat dagelijks bestuurders van het toepassingsgebied zouden zijn uitgesloten, omdat zij geen "werkelijke bestuursbevoegdheid" hebben.¹⁰⁸⁶ DE WULF en DE POORTER spreken zich hierover uit in dezelfde zin. Ook volgens hen kan de functie van dagelijks bestuur niet als een bestuursfunctie worden beschouwd, aangezien dagelijks bestuurders enkel bevoegd zijn voor dagdagelijkse zaken of zaken die van gering belang zijn en zo dringend dat er geen tijd is om de raad van bestuur te laten tussenkomen.¹⁰⁸⁷ DE WULF en DE POORTER preciseren in dit verband evenwel dat het niet uitgesloten is dat een dagelijks bestuurder kan worden beschouwd als een feitelijk bestuurder in de zin van artikel 530 W. Venn.: *"Of het kan bv. gaan om een dagelijks bestuurder of een financieel directeur, die in feite beslissingen neemt, zonder dat de raad van bestuur nog tussenkomt."*¹⁰⁸⁸

403. In het licht van de bestaansreden van artikel 530 W. Venn. lijkt het geen twijfel dat ook het dagelijks bestuur in aanmerking komt voor een verruimde gehoudenheid. De ratio van de zwaardere aansprakelijkheidsgrond ex artikel 530 W. Venn. is immers dat niet alleen de bestuurders die nominatief benoemd werden, kunnen worden aangesproken voor de gevolgen van hun handelingen maar ook diegenen die achter de schermen zijn opgetreden en handelingen hebben gesteld die de vennootschap en zijn schuldeisers hebben benadeeld. De werkelijke leider mag zich, ongeacht diens functie binnen de vennootschap, niet kunnen verbergen. Of dit nu een bestuurder is die daartoe formeel benoemd werd, een manager en/of zelfs een werknemer van de vennootschap is dan ook niet relevant. Als werkelijke leiders komen dan ook met zekerheid de dagelijks bestuurders in aanmerking, zij het dan de dagelijks bestuurders die op een systematische wijze hun bevoegdheden hebben overschreden en zo in realiteit de koers van de vennootschap (mee) hebben bepaald. Het feit dat een dagelijks bestuurder, althans in zijn hoedanigheid van dagelijks bestuurder, niet

¹⁰⁸⁵ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 348, nr. 629; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 163.

¹⁰⁸⁶ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 169.

¹⁰⁸⁷ H. DE WULF en I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, p. 201.

¹⁰⁸⁸ H. DE WULF en I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, p. 202.

aansprakelijk kan zijn voor kennelijk grove fouten die hebben geleid tot het einde van de vennootschap, staat een latere herkwalificatie als feitelijk bestuurder nog niet in de weg.

De beoordelingsmaatstaf die de rechtbank in acht dient te nemen is de vraag of de persoon in kwestie in volle onafhankelijkheid beslissingen nam of kon nemen die als bestuursbeslissingen gekwalificeerd kunnen worden. De functie die de betrokkene voordien op papier in de vennootschap uitoefende, speelt bij deze beoordeling dan ook geen enkele rol. De rechtspraak aanvaardt alleszins dat een dagelijks bestuurder als een feitelijk bestuurder kan gelden en via een herkwalificatie van diens overeenkomst aansprakelijk gesteld kan worden op grond van artikel 530 W. Venn..

De Rechtbank van Koophandel van Dendermonde laat er in haar vonnis van 6 december 1999 geen twijfel over bestaan dat een dagelijks bestuurder als een feitelijk bestuurder in de zin van artikel 530 W. Venn. kan worden beschouwd. In deze zaak had de dagelijks bestuurder van de NV Wood Decor International ('NV WDI') geprobeerd een faillissement van de oorspronkelijke vennootschap, NV Wood Decor, te vermijden door een bestaande vennootschap over te nemen, diens naam en maatschappelijke doel te wijzigen en daarin dan het belangrijkste actief - waaronder alle machines en de voorraad ruw hout - van de NV Wood Decor in onder te brengen. De oorspronkelijke vennootschap zou dan enkel nog fungeren als de verkoper van het afgewerkte product (i.e. de parket) dat bij de nieuwe vennootschap (NV WDI) als productiemaatschappij werd aangekocht. Niet lang daarna gingen beide vennootschappen failliet.

De rechtbank oordeelde in de eerste plaats dat de door de dagelijks bestuurder opgezette 'reddingsoperatie' geenszins kon worden aanzien als een daad van dagelijks bestuur: *'Het aangaan van verbintenissen tegenover de NV Wood Decor voor 50 miljoen frank kan zeker niet als een daad van dagelijks bestuur worden aanzien. Het willens en wetens overlaten van het bestuur in zijn geheel aan H.B. is als grove fout in hoofde van de bestuurders te aanzien (...).'*

Daarnaast stelde de rechtbank vast dat, minstens sinds de overnameconstructie, het volledig bestuur van de NV WDI werd waargenomen door de dagelijks bestuurder: *"Het staat vast dat in feite toen reeds het volledig*

bestuur van WDI gebeurde door H.B. zonder dat deze daartoe te bevoegdheid had. Immers, alle bestuurders verklaren zich nooit met het bestuur te hebben ingelaten. Het is bovendien evident dat deze overname-operatie een dermate belangrijke beslissing was dat zij niet kon worden gekwalificeerd als een eenvoudige daad van dagelijks bestuur." Finaal concludeerde de rechtbank dat de dagelijks bestuurder hier, gelet op de veel te ruime bevoegdheid die hem werd gelaten, het gegeven dat hij het brein was van de ganse operatie en de door de bestuurders afgelegde verklaringen waaruit bleek dat zij slechts naamleners waren, zeker als een feitelijk bestuurder moest worden aangezien. De dagelijks bestuurder werd vervolgens op grond van de kennelijk grove fout die hij had gemaakt en die had bijgedragen tot het faillissement van de NV WDI aansprakelijk gesteld voor het ganse passief.¹⁰⁸⁹

404. De wetgever, noch de rechtspraak maken dus een onderscheid naar de persoon. Dit is logisch, gezien het toestaan van een uitzondering in hoofde van de dagelijks bestuurder wellicht een schending zal teweegbrengen van het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel. Er zijn immers geen 'objectieve redenen' die de uitsluiting van het dagelijks bestuur kunnen rechtvaardigen. Bovendien zou de functie van het dagelijks bestuur desgevallend kunnen fungeren als een wettelijke aansprakelijkheidsbeperking in hoofde van dat bestuur, wat dan weer de poort openzet naar misbruik. Ook de dagelijks bestuurder is dus begrepen in het toepassingsgebied van artikel 530 W.Venn. in de mate hij als een werkelijke leider kan worden beschouwd.

405. Een dergelijke herkwalificatie van de dagelijks bestuurder als een feitelijke of 'werkelijke' bestuurder kan verstrekkende financiële gevolgen hebben. Personen die werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad kunnen immers op grond van artikel 530 W. Venn. geheel of gedeeltelijk gehouden zijn tot betaling van de schulden van de vennootschap tot het beloop van het tekort.¹⁰⁹⁰ Dit tekort wordt vastgesteld op grond van het verschil tussen baten en schulden van de gehele boedel (netto-passief).¹⁰⁹¹ Het woord "kunnen" wijst

¹⁰⁸⁹ Kh. Dendermonde 6 december 1999, JDSC 2001 (verkort), 143, noot ; JDSC 2001 (verkort), 194; JDSC 2001 (verkort), 215; RW 2001-02, 128 en <http://www.rw.be> (23 juli 2002); TBH 2000, 659; TRV 2000, 40, noot.

¹⁰⁹⁰ Artikel 530, §1, lid 1 W.Venn.

¹⁰⁹¹ Indien de kennelijk grove fouten van bestuurders van vennootschappen hebben bijgedragen tot het faillissement van afzonderlijke failliete vennootschappen die op grond van een rechterlijke beslissing als een geheel worden vereffend met vorming van een enkele boedel, moet het tekort, tot beloop waarvan die bestuurders persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk kunnen gesteld worden voor het geheel of een deel van de schulden van de vennootschap, worden vastgesteld op grond van het verschil tussen

er weliswaar op dat aan de rechter een matigingsbevoegdheid toekomt: naargelang de omstandigheden kan men veroordeeld worden tot een deel of het geheel van het ontoereikend actief.¹⁰⁹² Aangezien de wetgever verder geen criteria aanreikt, beschikt de rechtbank over een ruime beoordelingsmarge en een matigingsbevoegdheid bij de schadebegroting.¹⁰⁹³

Daarbij komt nog dat een eventuele herkwalificatie als feitelijk bestuurder tot gevolg heeft dat de dagelijks bestuurder volgens dezelfde aansprakelijkheidsregels moet worden beoordeeld als de personen die formeel tot bestuurder benoemd zijn.¹⁰⁹⁴ Hieruit volgt dat de dagelijks bestuurder als werkelijke leider kan worden onderworpen aan alle aansprakelijkheidsbepalingen die gelden voor de bestuurder, met inbegrip van artikel 528 W. Venn.

E) Specifieke aansprakelijkheidsregeling voor fiscale en parafiscale schulden

406. De invoering van een bijzondere aansprakelijkheidsregeling voor fiscale en parafiscale schulden maakt het de hedendaagse bedrijfsleiding zo goed als onmogelijk om de vennootschap waarin zij het bestuur waarnemen nog een onrechtmatig krediet te verstrekken ten koste van de Belgische Staat. De Programmawet van 20 juli 2006¹⁰⁹⁵ biedt de fiscus een relatief sterk wapen in de strijd tegen niet-betaalde bedrijfsvoorheffing, belasting over toegevoegde waarde ('BTW') en sociale zekerheidsschulden.

baten en schulden van de gehele boedel (Cass. 17 oktober 2008, <http://www.cass.be> (10 november 2008); *Pas.* 2008, afl. 10, 2276; *RABG* 2009, afl. 8, 537; *JDSC* 2010, 163; *RW* 2010-11 (verkort), afl. 3, 124 en <http://www.rw.be/> (20 september 2010).

¹⁰⁹² Kh. Dendermonde, 5 september 1997, *JDSC* 1999, 244, noot DELVAUX; *TGR* 1998, 24; M. VANDENBOGAERDE, M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 182; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 352, nr. 635.

¹⁰⁹³ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 183, nr. 220.

¹⁰⁹⁴ J. RONSE en J. LIEVENS, "L'administration des sociétés. La responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite" in *Les sociétés commerciales*, Brussel, Jeune Barreau, 1985, 215; J. TIMP, "De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht", *Jura Falc.* 1996, 195; H. DE WULF en I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, p. 202.

¹⁰⁹⁵ BS 28 juli 2006.

407. De verzwaarde aansprakelijkheidsregeling is er gekomen omwille van uiteenlopende redenen. Een eerste reden is dat de gelden waarover het hier gaat, gelden zijn die de vennootschap heeft ontvangen (BTW) dan wel heeft ingehouden (bedrijfsvoorheffing) zonder deze door te storten aan de fiscus, terwijl ze gelet op hun aard nooit deel hebben uitgemaakt van de financiële middelen van de onderneming. Een tweede reden is dat het niet-betalen van de vermelde schulden een nadelige invloed heeft op de concurrentiepositie van vennootschappen die hun fiscale schulden wel tijdig voldoen. Ten derde loopt de overheid ten gevolge van het niet of niet-tijdig betalen van fiscale schulden, belangrijke inkomsten mis die *'een niet verwaarloosbaar deel uimaken van de openbare financiën'*.¹⁰⁹⁶

Hoewel de regeling redelijk strikt is en een doorbraak van rechtspersoonlijkheid met zich brengt naar het persoonlijk vermogen van de betrokken bedrijfsleider, is ze niet bedoeld voor de bedrijfsleider die de te goeder trouw is, maar dient deze vooral preventief, als een afschrikmiddel, voor de malafide leiders die zich (keer op keer) aan hun fiscale verplichtingen proberen te onttrekken.¹⁰⁹⁷ De wet voorziet bovendien in een formele *cooling-off period*, waarbij aan de leider in kwestie een termijn van één maand wordt gelaten om te remediëren aan de openstaande schuld.

¹⁰⁹⁶ *Parl. St. Kamer*, 2005-2006, nr. 2517/002, p. 5. Het Grondwettelijk Hof bevestigde in een recent arrest dat het doel van de wetgever gericht is op het vrijwaren van de rechten van de Schatkist en de concurrentiepositie van de ondernemingen die zich wel aan de betalingsverplichting van de bedrijfsvoorheffing houden. Grondwettelijk Hof, 29 maart 2012, <http://www.const-court.be> (30 maart 2012); *A.GrwH* 2012, afl. 2, 681; *BS* 19 juli 2012 (eerste uitgave) (uittreksel), 39443 en <http://staatsblad.be> (1 augustus 2012); *FJF* 2013, afl. 2, 126 en <http://www.monkey.be/> (3 april 2013); *Fiscoloog* 2012 (samenvatting CB), afl. 1290, 14 en <http://www.fiscoloog.be/> (10 april 2012); *RABG* 2013, afl. 9, 515; *JDSC* 2012, 159, noot M. DELVAUX; *TBH* 2012 (samenvatting D. HAEX, afl. 7, 730 en <http://www.rdc-tbh.be/> (25 september 2012).

¹⁰⁹⁷ *Parl. St. Kamer*, 2005-2006, nr. 2517/002, p. 5; J. BEKAERT, "De nieuwe bestuurdersaansprakelijkheid voor fiscale schulden: slapeloze nachten voor de bestuurders of much ado about nothing?", *RW* 2006-07, nr. 43, 1751.

(i) Bedrijfsvoorheffing en BTW (artikel 442^{quater} WIB 92 en 93 ^{undecies} C WBTW)

a. *Foutbegrip en – vereiste*

408. De artikelen 442^{quater} WIB en 93^{undecies} C W.B.T.W. schrijven voor dat de bestuurder of bestuurders van de vennootschap "die belast zijn met de dagelijkse leiding van de vennootschap" hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de tekortkoming die te wijten is aan een fout in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, die zij hebben begaan bij het besturen van de vennootschap. Deze aansprakelijkheid is hoofdelijk, wat impliceert dat iedere bestuurder gehouden is tot de betaling van een deel van de fiscale schuld in hoofdsom en toebehoren.¹⁰⁹⁸

De bewijslast rust op de administratie die moet aantonen dat de betrokken bestuurder een fout heeft begaan "bij het besturen van de vennootschap", wat niet meer of minder betekent dan dat het bewijs moet worden geleverd van een aquiliaanse fout, i.e. een schending van de algemene zorgvuldigheidsplicht.¹⁰⁹⁹ De wetgever gaf - op basis van een analyse van de rechtspraak – als voorbeeld o.a. het voortzetten van een verlieslatende activiteit ten koste van de belangen van de schuldeisers, een fraude op grote schaal uit het verdoezelen van ontvangsten met de bedoeling BTW te ontwijken en het niet betalen van fiscale of sociale lasten als bewust gekozen financieringsmiddel voor de bedrijfsleiders.¹¹⁰⁰

409. Sommige auteurs zien een innovering in het foutbegrip door de toevoeging door de wetgever van de woorden "begaan bij het besturen van de vennootschap". Terwijl een gewone bestuursfout normaal enkel leidt tot aansprakelijkheid ten opzichte van de vennootschap zou hier een afwijking van het gemeen recht toegestaan zijn voor de fiscus, zo redeneren zij.¹¹⁰¹

¹⁰⁹⁸ Parl. St. Kamer 2005-2006, nr. 2517/002, 5 en 6.

¹⁰⁹⁹ Parl. St. Kamer 2005-2006, nr. 2517/002, 5; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 154.

¹¹⁰⁰ Parl. St. Kamer 2005-2006, nr. 2517/002, 7.

¹¹⁰¹ T. AFSCHRIFT, "Les dispositions fiscales des lois du 20 juillet 2006: responsabilité des dirigeants pour certaines dettes fiscales de la société et obligation solidaire de paiement dans certains cas de fraude à la TVA", *JT* 2006, 735, nr. 7; J.M. COUGNON, "De recente uitbreiding van de aansprakelijkheid van bestuurders", *Acc. & Tax* 2007, 10.

VANDEBOGAERDE ziet echter geen bijzondere rol weggelegd voor het foutbegrip uit de artikelen 442^{quater} WIB en 93^{undecies} C W.B.T.W. Hij benadrukt dat er (gewoon) een fout wordt vereist in de zin van artikel 1382 B.W., die begaan wordt bij het besturen van de vennootschap. In de mate dat uitdrukkelijk naar het besturen van de vennootschap werd verwezen, stelt hij, is de enige mogelijke interpretatie dat de fout zowel een tekortkoming moet zijn in de zin van artikel 1382 B.W. als een bestuursfout. Indien men aan de woorden 'bij het besturen' een extra draagwijdte wil geven, levert dit zelfs een verstrenging op van de aansprakelijkheidsvoorwaarden, wat volgens hem 'merkwaardig' zou zijn en hem doet besluiten dat het foutbegrip hier niet afwijkend is.¹¹⁰²

M.i. dient de zienswijze van VANDEBOGAERDE gevolgd te worden. In de mate dat de wetgever een strenger foutbegrip zou hebben willen laten gelden ingeval van aansprakelijkheid voor fiscale schulden, zou hij dit vernieuwd foutbegrip wel hebben uitgewerkt. De wetgever deed dit uitdrukkelijk niet: in het ontwerp van de Programmawet werd zelfs expliciet opgenomen dat de fout waarvan sprake in artikel 422^{quater} WIB de aquiliaanse fout betreft.¹¹⁰³ Bovendien is het volstrekt onlogisch dat ten aanzien van de bestuurders die door de betreffende bepalingen in de eerste plaats worden gevisieerd, dit zijn die personen die de dagelijkse leiding over de vennootschap hebben, een strenger foutbegrip zou worden gehanteerd dan ten aanzien van de overige bestuurders.

b. *Toepassingsgebied: wie is de (dagelijkse) leider uit de artikelen 442^{quater} WIB en 93^{undecies} C W.B.T.W.?*

410. Het toepassingsgebied van de wet is zeer ruim: niet alleen de bestuurder die daartoe formeel werd benoemd, maar ook de feitelijke bestuurders voor zover zij belast waren met het dagelijks bestuur kunnen persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor het tekort.¹¹⁰⁴ De

¹¹⁰² Wat erg vreemd is, aangezien dan voor de persoon die instaat voor het doorstoren van de belastingsschuld - en die de wetgever dus strenger heeft willen aanpakken - de aansprakelijkheid moeilijker (het bewijs van een aquiliaanse fout die tevens een bestuursfout is) zal kunnen bewezen worden dan voor de overige bestuurders ten aanzien van wie dan alleen maar een fout in de zin van artikel 1382 B.W. zal moeten bewezen worden. Zie M. VANDEBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 154.

¹¹⁰³ *Parl. St. Kamer 2005-2006, nr. 2517/002, 6: "Tenslotte wordt het begrip 'fout in het beheer van de onderneming' begrepen als een aquiliaanse fout."*

¹¹⁰⁴ Art. 442^{quater} §1 in fine WIB 92 "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

aansprakelijkheid wordt trapsgewijs uitgeoefend. In eerste rang worden de bestuurders aangesproken die in het kader van hun mandaat belast worden met de dagelijkse leiding van de vennootschap en die instaan voor de aangifte en de betaling van de vergoedingen van de loontrekkenden en de bedrijfsleiders verschuldigde bedrijfsvoorheffing.¹¹⁰⁵ Pas daarna is ook een uitbreiding mogelijk naar de 'andere' bestuurders van de vennootschap, indien ook zij een fout hebben begaan die heeft bijgedragen tot de tekortkoming van de vennootschap.¹¹⁰⁶

In de voorbereidende teksten bij de wet wordt geen verdere toelichting gegeven over hoe het begrip 'bestuurder' dan wel de 'bestuurders die belast zijn met de dagelijkse leiding van de vennootschap' in deze context moet worden geïnterpreteerd. Wel mag men enerzijds aannemen dat men hier niet de bestuurder in de strikte zin van het woord, als in enkel de leden van de raad, bedoeld heeft en anderzijds dat men ook niet het dagelijks bestuur in de zin van artikel 525 W. Venn. (in eerste rang) viseert.¹¹⁰⁷

411. De afgevaardigd bestuurder valt bij uitsteking onder het toepassingsgebied van deze wet: hij wordt als allereerste, nog voor de overige leden van de raad van bestuur, geïnterpreteerd als de vennootschap niet voldoet aan haar fiscale verplichtingen. Voor de 'gewone' dagelijks bestuurder en de leden van het directiecomité geldt dat zij niet van het toepassingsgebied zijn uitgesloten, maar dat zij wel alleen maar verantwoordelijk kunnen worden gehouden in de mate dat zij ook effectief de dagdagelijkse leiding hadden over de vennootschap, met inbegrip van de bevoegdheid om de fiscale schulden te voldoen (dit komt neer op een herkwalificatie van hun mandaat als werkelijke/feitelijke leider van de vennootschap).

De gewone dagelijks bestuurder wordt in beginsel hier niet geïnterpreteerd, omdat hij – in deze hoedanigheid – geen wezenlijke bestuursbevoegdheid heeft. De redenering is anders bij leden van het directiecomité, omdat zij wel worden geacht om de operationele leiding over

mandatarissen." *Parl. St. Kamer 2005-2006*, nr. 2517/002, 5; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 355, nr. 640; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 155; P. ERNST, "Bestuurdersaansprakelijkheid, enkele recente evoluties aansprakelijkheid in geval van faillissement, aansprakelijkheid voor onbetaalde sociale zekerheidsbijdragen en aansprakelijkheid voor onbetaalde bedrijfsvoorheffing en BTW" in *CBR Jaarboek 2007-2008*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 154.

¹¹⁰⁵ *Parl. St. Kamer 2005-2006*, nr. 2517/002, 5.

¹¹⁰⁶ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 355, nr. 640.

¹¹⁰⁷ N. DIEPVENS, "De aansprakelijkheid van het directiecomité voor de fiscale schulden in een NV", *AFT* 2014/12, 14; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 154.

de vennootschap te hebben en zij hun bevoegdheden bovendien exclusief uitoefenen - dit in tegenstelling tot het orgaan van dagelijks bestuur dat slechts concurrerend bevoegd is samen met de raad van bestuur – waardoor het logisch lijkt dat de aansprakelijkheid dan ook mee verschuift.¹¹⁰⁸ De raad van bestuur behoudt weliswaar haar toezichtsverplichting op grond waarvan de aansprakelijkheid kan worden uitgebreid, maar dit levert m.i. geen aansprakelijkheid in eerste rang op. Zelfs in geval de andere bestuurders de doorstorting van de bedrijfsvoorheffing/BTW niet hebben opgevolgd en dus niet hebben ingegrepen dient ten aanzien van hen een gemeenschappelijke fout worden bewezen.¹¹⁰⁹

412. Bij 'herhaaldelijk' verzuim creëerde de wetgever een weerlegbaar vermoeden in hoofde van de bestuurder om het bewijs te leveren dat hij geen fout beging. Onder herhaalde inbreuken wordt verstaan ofwel, voor een trimestriële schuldenaar van de voorheffing, het gebrek aan betaling van ten minste twee vervallen schulden binnen een periode van een jaar, ofwel, voor een maandelijkse schuldenaar van de voorheffing, het gebrek aan betaling van ten minste drie vervallen schulden binnen een periode van een jaar.¹¹¹⁰ Aangezien uit de wettekst blijkt dat de herhaalde niet-betaling van bedrijfsvoorheffing en/of BTW door de vennootschap wordt geacht voort te vloeien uit een fout die de bestuurder die belast is met de dagelijkse leiding heeft begaan - "*§2 De herhaalde niet betaling van de [bedrijfsvoorheffing] door de vennootschap of door de rechtspersoon wordt, behoudens tegenbewijs, vermoed voort te vloeien uit een in §1, 1^e lid bedoelde fout*" – leidt de rechtspraak af dat het weerlegbaar vermoeden van fout bij herhaalde niet-betaling van de BTW enkel kan slaan op de fout begaan door de bestuurders belast met het dagelijks bestuur.¹¹¹¹ Er is geen vermoeden van fout

¹¹⁰⁸ Over de al dan niet concurrerende bevoegdheid van het directiecomité bestaat in de rechtsleer geen eensgezindheid. Een meerderheid van de auteurs is evenwel van mening dat de 'overdracht' van bevoegdheden aan het directiecomité impliceert dat de raad de overgedragen bevoegdheden niet meer kan uitoefenen, d.w.z. dat de bevoegdheid van het directiecomité exclusief is. J.-M. NELISSEN-GRADE, "Het nieuwe directiecomité in de corporate governance-wet", in Jan Ronse Instituut (ed.), *Nieuw Vennootschapsrecht 2002 – Wet Corporate Governance*, Kalmthout, Biblo, 2003, 134-135; B. DELMOTTE, "Behoudt of verliest de raad van bestuur de bevoegdheden die hij heeft verleend aan het directiecomité", *TRV* 2004, 224; D. VAN GERVEN, "De bevoegdheden van het directiecomité in de naamloze vennootschap in verhouding tot de raad van bestuur", *TRV* 2004, p. 26; T. NUYTS, "De bevoegdheidsverdeling binnen de NV vanuit het perspectief van de "voorbehouden bevoegdheden" van de raad van bestuur", *DAOR* 2006, afl. 79, 238. Andere auteurs menen dat in de huidige stand van de wetgeving geen eenduidig antwoord kan gegeven worden en een wetgevend initiatief vereist is om hierover duidelijkheid te scheppen: J. MEUNIER, "Le nouveau comité de direction des sociétés anonymes – Quelles 'directions' choisir?", *RPS* 2004, afl. 1, 43; E. SIMONS en W. VAN TONGELEN, "Art. 524bis W.Venn." in *X, Vennootschappen en verenigingen – Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2000, p. 21 en verder.

¹¹⁰⁹ Zie ook N. DIEPVENS, "De aansprakelijkheid van het directiecomité voor de fiscale schulden in een NV", *AFT* 2014/12, 14, nr. 51.

¹¹¹⁰ Art. 442 quater §2 WIB 92 en art. 93 undecies C §2 WBTW.

¹¹¹¹ Antwerpen 18 maart 2014, *FJF* 2014, afl. 10, 1151 en <http://www.monkey.be> (5 februari 2015-, noot-;

indien de niet-betaling het gevolg is van financiële moeilijkheden die aanleiding hebben gegeven tot het openen van de procedure van gerechtelijke reorganisatie, van faillissement of van gerechtelijke ontbinding.¹¹¹² In dit geval verliest de fiscus enkel het voordeel van het foutvermoeden en zal hij dus overeenkomstig het gemeen recht een fout in hoofde van de betrokken bestuurder moeten bewijzen.

In een recent arrest van het Hof van Beroep van Antwerpen met betrekking tot een niet-betaalde BTW-schuld toonde dit Hof zich heel streng door te oordelen dat de betreffende dagelijkse leider er niet in geslaagd was om dit foutvermoeden te weerleggen. Het Hof was van mening dat (onder meer) het feit dat de vennootschap op bekentenis failliet werd verklaard, geen valabel argument was om aan te tonen dat de niet-betaling van de BTW-schuld het gevolg was van financiële problemen die aanleiding hadden gegeven tot het faillissement. Ook het feit dat er nog een afbetalingsplan lopende was voor de BTW-schuld levert dit bewijs niet, zo stelde het Hof. Tenslotte nam het Hof er kennelijk ook aanstoot aan dat de betrokken bestuurders niet aantoonde waaraan de verschuldigde BTW dan wel werd uitgegeven.¹¹¹³

c. Remediëringmogelijkheid voor de (dagelijkse) leider te goeder trouw

413. Gelet op het strenge karakter van deze maatregelen achtte de wetgever het noodzakelijk om enkele verzachtende omstandigheden aan te nemen in hoofde van de bestuurder te goeder trouw.

Aan de administratie wordt wettelijk de verplichting opgelegd om de betrokkenen voorafgaandelijk te verwittigen per aangetekend schrijven, waarin de geadresseerde verzocht wordt de nodige maatregelen te treffen om de tekortkoming te verhelpen of aan te tonen dat deze niet het gevolg is van een door hem begane fout.¹¹¹⁴ De bedoeling daarvan is om een voorafgaandelijk overleg mogelijk te maken. Tijdens deze periode kan dan een afbetalingsplan

¹¹¹² Art. 442 *quater* §5 WIB 92 en art. 93 *undecies* C §5 WBTW.

¹¹¹³ Antwerpen 18 maart 2014, *FJF* 2014, afl. 10, 1151 en <http://www.monkey.be> (5 februari 2015-, noot-;

¹¹¹⁴ Art. 442 *quater* §5 WIB 92 en art. 93 *undecies* C §5 WBTW.

voor de fiscale schuld worden overeengekomen. De sanctie voor het niet naleven van deze preventieve maatregel samen met de inachtneming van een maand vanaf de verzending van de aangetekende brief, bestaat erin dat de rechtsvordering tegen de aansprakelijke bestuurders niet-toelaatbaar wordt verklaard.

(ii) Socialezekerheidsschulden

414. Een vergelijkbaar systeem werd voorzien met betrekking tot socialezekerheidsschulden.

Bestuurders, gewezen bestuurders en feitelijke bestuurders kunnen door de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid en de curator persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor het geheel of voor een deel van alle op het ogenblik van de uitspraak van het faillissement verschuldigde socialezekerheidsbijdragen, indien komt vast te staan dat een door hen begane grove fout aan de basis lag van het faillissement, of indien zij, in de loop van de periode van vijf jaar voorafgaand aan de faillietverklaring, bij minstens twee faillissementen, vereffeningen of gelijkaardige operaties betrokken waren ten aanzien van een inningsorganisme van de socialezekerheidsbijdragen¹¹¹⁵. De ratio van deze bepaling is een betere inning van de socialezekerheidsbijdragen en viseert daartoe de "verantwoordelijken" van de bedrijven.¹¹¹⁶

415. De rechtsleer neemt aan dat door het gebruik van open begrippen als "verantwoordelijke" en "zaakvoerder" (eenzelfde regeling geldt voor de BVBA), de wetgever waarschijnlijk niet uitsluitend de functie die een persoon bekleedt in de vennootschap in aanmerking wilde nemen, maar ook de feitelijke rol en invloed van die betrokken persoon.¹¹¹⁷ Naar analogie met de aansprakelijkheidsgrond voor niet-betaalde bedrijfsvoorheffing en/of BTW is ook hier het toepassingsgebied zeer ruim, zodat de dagelijks bestuurder er zeker niet van kan worden uitgesloten.

¹¹¹⁵ Art. 530 §2, lid 1 W. Venn.

¹¹¹⁶ Parl. St. Kamer 2005-2006, nr. 2517/003, 6.

¹¹¹⁷ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 357, nr. 645; P. ERNST, Bestuurdersaansprakelijkheid, enkele recente evoluties aansprakelijkheid in geval van faillissement, aansprakelijkheid voor onbetaalde sociale zekerheidsbijdragen en aansprakelijkheid voor onbetaalde bedrijfsvoorheffing en BTW" in CBR Jaarboek 2007-2008, Antwerpen, Intersentia, 2009, 227.

416. Opdat een (dagelijks) bestuurder persoonlijk aansprakelijk zou kunnen worden gehouden voor de betaling van socialzekerheidsbijdragen is steeds vereist dat hem een grove fout kan worden verweten, die te maken heeft met het faillissement van de betrokken vennootschap. In sommige gevallen dient dit bewijs niet te worden geleverd en voorzag de wetgever in een objectieve aansprakelijkheid van de betrokkenen.

Gevalen van ernstige en georganiseerde fiscale fraude worden, net al herhaalde inbreuken, wettelijk gelijkgesteld met een grove fout.¹¹¹⁸

§ 2. Van toepassing op de dagelijks bestuurder met een managementovereenkomst

417. Het hierboven besproken aansprakelijkheidsregime zoals dat van toepassing is op de dagelijks bestuurder zonder een managementovereenkomst is in zijn geheel ook van toepassing op de dagelijks bestuurder mét een managementovereenkomst met dat verschil dat de contractpartijen in hun managementovereenkomst contractueel kunnen vastleggen of en in welke mate de dagelijks bestuurder aansprakelijk kan worden gesteld voor een gebeurlijk mismanagement. Één van de voordelen van het sluiten van een managementovereenkomst is immers precies dat partijen, althans in de interne verhouding tussen dagelijks bestuurder en vennootschap en binnen de regelingsvrije ruimte van het aanvullend recht, contractueel een veiligere positie kunnen vastleggen wat betreft mogelijke aansprakelijkheden en mogelijkheden tot aansprakelijkheidsbeperking.¹¹¹⁹

418. Binnen de gekende principes van het contractenrecht is er veel mogelijk, niet in het minst omdat het Belgische aansprakelijkheidsrecht - anders dan in Frankrijk - niet van openbare orde en/of van dwingend recht is.¹¹²⁰ Hieronder worden enkele contractuele bepalingen besproken die in een managementovereenkomst kunnen voorkomen en die het aansprakelijkheidsrisico van de afgevaardigd/dagelijks bestuurder kunnen beperken.

¹¹¹⁸ Art. 530 §2, lid 3 W. Venn.

¹¹¹⁹ B. GILIS, F. JENNÉ, PH. MULLIEZ, V. PEDE, V. PERTRY, K. SPAGNOLI en M. WAUTERS, *De managementovereenkomst: een praktisch antwoord op 20 prangende vragen. Reeks dossiers voor bedrijfsjuristen*, Gent, Larcier, 2011, p. 13, nr. 16.

¹¹²⁰ Cass. 12 december 1986, Arr. Cass. 1986-87, 500, Pas. 1987, I, 462; Cass. 4 januari 1993, Arr. Cass. 1993, I, Pas. , 1993, I, 1; N. CARETTE, "Exoneratiebedingen in het gemeen recht", *Jura Falc.* 2004-2005, afl. 1, p. 63; J. MAES, "Vrijwaringsbedingen", *NJW* 2012, afl. 271, 698.

A) Elementen die de aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder-manager beïnvloeden

(i) Inspannings- of resultaatsverbintenis

419. Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder-manager in relatie tot de vennootschap, dient men vooreerst na te gaan of de opdracht van de betrokken mandataris geformuleerd werd als een resultaats- dan wel als een inspanningsverbintenis. Het Hof van Cassatie bevestigde in een eerder arrest dat het aan de feitenrechter is om dit onderzoek te voeren aan de hand van de concrete gegevens uit het dossier, waaronder de tekst van de overeenkomst en de gemeenschappelijke wil van partijen.¹¹²¹

420. In de mate dat een welbepaald resultaat vooropgesteld werd dat door de manager niet werd gehaald, komt zijn aansprakelijkheid in het gedrang. De dagelijks bestuurder kan zich dan alleen maar bevrijden indien hij kan aantonen dat hij door overmacht of door toeval verhinderd werd om zijn opdracht tot een goed einde te brengen (artikel 1148 BW). Ook wat het feitelijk bestaan van een overmachtsituatie betreft oordeelt de feitenrechter soeverein, wat impliceert dat de clausules uit een overeenkomst waarin partijen enkele gevallen van overmacht opsommen louter een indicatieve aard hebben.¹¹²² Partijen zijn wel vrij om de gevolgen van overmacht contractueel te regelen en ten laste te leggen van de ene of de andere partij.¹¹²³

In het merendeel van de gevallen echter zal de opdracht van de dagelijks bestuurder in de managementovereenkomst omschreven zijn als een inspanningsverbintenis. ¹¹²⁴ De

¹¹²¹ Cass. 5 december 2002, Arr. Cass. 2002, afl. 12, 2662; <http://www.cass.be> (29 januari 2003); JT 2003 (verkort), afl. 6090, 228 en <http://jt.larcier.be> (1 juli 2008); JLMB 2003, afl. 15, 628 en <http://jlmbl.larcier.be> (23 april 2003); Pas. 2002, afl. 12, 2339; RGAR 2004 (verkort), afl. 10, 13938; RW 2005-06, afl. 11, 420 en <http://www.rw.be> (15 november 2005), noot A. VAN OEVELEN; TBBR 2004, afl. 4, 203, noot W. GOOSSENS; *Verkeersrecht* 2003, afl. 3, 102.

¹¹²² Cass. 9 december 1976, Arr. Cass. 1977, 404; Cass. 12 maart 1959, Arr. Cass. 1959, 532, Pas. 1959, I, 702; RW 1959-60, 1707.

¹¹²³ Cass. 11 januari 1983, Pas. 1983, I, 29.

¹¹²⁴ B. GILIS, F. JENNE, PH. MULLIEZ, V. PEDE, V. PERTRY, K. SPAGNOLI en M. WAUTERS, *De managementovereenkomst: een praktisch antwoord op 20 prangende vragen. Reeks dossiers voor bedrijfsjuristen*, Gent, Larcier, 2011, p. 60, nr. 88.

aansprakelijkheid bestaat dan niet automatisch, zoals bij de schending van een resultaatsverbintenis, maar enkel wanneer de vennootschap erin slaagt om aan te tonen dat de dagelijks bestuurder zich niet gekwetten heeft van zijn taak zoals een normale, zorgvuldige dagelijks bestuurder geplaatst in dezelfde omstandigheden dat zou hebben gedaan.

(ii) Lastgevings- of aannemingsovereenkomst

421. Een ander belangrijk element dat moet worden nagegaan is of de managementovereenkomst in het voorliggende geval kan worden gekwalificeerd als een lastgevings- dan wel als een aannemingsovereenkomst. Als de dagelijks bestuurder-manager in uitvoering van de managementovereenkomst overwegend materiële handelingen stelt, dient zijn aansprakelijkheid te worden beoordeeld in overeenstemming met de principes van aanneming. Als de dagelijks bestuurder-manager daarentegen overwegend rechtshandelingen stelt, gebeurt de beoordeling van zijn aansprakelijkheid overeenkomstig de principes van lastgeving (artikel 1997 BW).¹¹²⁵

Zoals hoger werd besproken, dient de managementovereenkomst in de meeste gevallen te worden beschouwd als een aannemingsovereenkomst, waardoor iedere slechte of laattijdige uitvoering van het contract aanleiding zal kunnen geven tot de aansprakelijkheid van de betrokken dagelijks bestuurder.¹¹²⁶

¹¹²⁵ S. BEYAERT, "De managementovereenkomst", in X, *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, p. 30.

¹¹²⁶ F. JENNÉ, PH. MULLIEZ, V. PEDE, V. PERTRY, K. SPAGNOLI en M. WAUTERS, *De managementovereenkomst: een praktisch antwoord op 20 prangende vragen. Reeks dossiers voor bedrijfsjuristen*, Gent, Larcier, 2011, p. 60, nr. 89.

B) Bepalingen die de aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder-manager beperken (exoneratie)

(i) Begrip en geldigheid

422. Een exoneratiebeding is een contractueel beding waarbij een partij stipuleert geheel of gedeeltelijk bevrijd te zullen zijn indien zijn contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid in het gedrang komt.¹¹²⁷ Op grond van de beginselen van wilsautonomie en contractsvrijheid zijn exoneratiebedingen naar Belgisch recht principieel geldig en dit zowel met betrekking tot de buitencontractuele als de contractuele aansprakelijkheid.¹¹²⁸ Op deze principiële geldigheid bestaan er slechts drie uitzonderingen. Allereerst mogen exoneratiebedingen niet indruisen tegen bepalingen van dwingend recht of bepalingen die raken aan de openbare orde en de goede zeden. Vervolgens is het vaste rechtspraak dat men zich niet kan exonereren voor zijn eigen opzet, o.a. op basis van het algemeen beginsel *fraus omnia corrumpit*.¹¹²⁹ Exoneratie voor grove fouten is wel toegestaan. Tenslotte bestaat er in de rechtsleer en rechtspraak unanimitieit over het gegeven dat een exoneratie de overeenkomst niet elke zin mag ontnemen.¹¹³⁰

¹¹²⁷ N. CARETTE, "Exoneratiebedingen in het gemeen recht", *Jura Falc.* 2004-2005, afl. 1, p. 64. Of nog: "Een 'aquiliaans bevrijdingsbeding' is een overeenkomst – in zeer diverse vormen – tussen de schadeverwekker en de schadelijder waardoor de schadeveroorzaker voor de schade veroorzaakt bij het (potentiële) slachtoffer ontlast wordt van zijn eventuele aquiliaanse aansprakelijkheid." H. VANDENBERGHE, [Foutvereiste] Overmacht en rechtvaardigingsgronden. Exoneratiebedingen., *TPR* 2010, afl. 4, p. 2139.

¹¹²⁸ Cass. 23 november 1987, *RW* 1987-88, 1359; Cass. 25 september 1959, *Pas.* 1960, I, 113; Cass. 28 juni 1928, *Pas.* 1928, I, 211; S. STIJNS, Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie, *RW* 2001-02, afl. 34, 1260; N. CARETTE, "Exoneratiebedingen in het gemeen recht", *Jura Falc.* 2004-2005, afl. 1, p. 66; H. VANDENBERGHE, [Foutvereiste] Overmacht en rechtvaardigingsgronden. Exoneratiebedingen., *TPR* 2010, afl. 4, p. 2139.

¹¹²⁹ Cass. 3 maart 2015, <http://www.cass.be> (22 maart 2015); *TMR* 2015, afl. 4, 460; Cass. 29 september 1972, *Pas.* 1973, I, 124; Cass. 5 januari 1961, *Pas.* 1961, I, 483; Cass. 3 april 1959, *Pas.* 1959, I, 773; Cass. 28 juni 1928, *Pas.* 1028, I, 211; S. STIJNS, "Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie", *RW* 2001-02, afl. 34, 1263; N. CARETTE, "Exoneratiebedingen in het gemeen recht", *Jura Falc.* 2004-2005, afl. 1, p. 71; H. VANDENBERGHE, [Foutvereiste] Overmacht en rechtvaardigingsgronden. Exoneratiebedingen., *TPR* 2010, afl. 4, p. 2139.

¹¹³⁰ *Arbh.* Brussel 4 december 2012, *JTT* 2013, afl. 1155, 179, noot; Antwerpen 12 januari 2006, *Bank Fin.R.* 2006, afl. 2, 91 en <http://ff.larcier.be> (6 juni 2006), noot R. STEENNOT; *Bank Fin.R.* 2006, afl. 2, 91 en <http://ff.larcier.be> (6 juni 2006), noot O. CREPLET; Brussel 25 maart 1997, *AJT* 1997-98, 258, noot E. MORTIER; Luik 25 januari 1996, *JLMB* 1996, 520, noot P.H.; Antwerpen 7 maart 1995, *RW* 1995-96, 461; Antwerpen 10 mei 1994, *RHA* 1995, 301; Luik 19 oktober 1993, *TBH* 1994, 702, noot; S. STIJNS, "Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie", *RW* 2001-02, afl. 34, 1263; N. CARETTE, "Exoneratiebedingen in het gemeen recht", *Jura Falc.* 2004-2005, afl. 1, p. 81.

(ii) Gevolgen

423. De toepasselijkheid van een geldig exoneratiebeding heeft tot gevolg dat diegene die de schade veroorzaakt heeft, ontheven wordt van zijn aansprakelijkheid.¹¹³¹ De partij die de aansprakelijkheid op zich neemt, hier is dat de vennootschap, verbindt zich ertoe om afstand te doen van zijn vordering tot schadevergoeding ten voordele van de partij die de exoneratie heeft bedongen (hier de dagelijks bestuurder-manager). De vennootschap die een exoneratiebeding onderschrijft ten aanzien van zijn dagelijks bestuurder-manager kan derhalve geen aansprakelijkheidsvordering meer instellen. Ten aanzien van derden heeft de exoneratieclausule geen uitwerking.¹¹³² Derden zijn geen partij bij de overeenkomst en gelet op het beginsel van de relativiteit van overeenkomsten (artikel 1165 BW) ondervinden zij geen nadelige gevolgen van overeenkomsten waaraan zij vreemd zijn (*res alios interacta*).

(iii) Omvang van de beperking

424. Aangezien iemands aansprakelijkheid niet mag weggeëxonereerd worden in strijd met bepalingen van dwingend recht, kan men zich afvragen in welke mate exoneratieclausules toegelaten zijn in de verhouding tussen de vennootschap en de dagelijks bestuurder. Van de bestuurdersovereenkomst neemt men in de rechtsleer algemeen aan dat de aansprakelijkheid niet al te zeer mag worden ingeperkt, omdat de bepalingen inzake de bestuurdersaansprakelijkheid van dwingend recht zijn.¹¹³³ Aansprakelijkheidsbeperkingen kunnen dan ook alleen maar op een geldige wijze worden afgesproken nadat de schade is

¹¹³¹ H. VANDENBERGHE, [Foutvereiste] "Overmacht en rechtvaardigingsgronden. Exoneratiebedingen", *TPR* 2010, afl. 4, p. 2139, F. JENNÉ, PH. MULLIEZ, V. PEDE, V. PERTRY, K. SPAGNOLI en M. WAUTERS, *De managementovereenkomst: een praktisch antwoord op 20 prangende vragen. Reeks dossiers voor bedrijfsjuristen*, Gent, Larcier, 2011, p. 60, nr. 92.

¹¹³² A. VAN OEVELEN, "Exoneratiebedingen en vrijwaringsbedingen" in V. SAGAERT en D. LAMBRECHTS (ed.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 33.

¹¹³³ Minstens van dwingend recht, volgens sommige zelfs van openbare orde. J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, p. 470; B. VAN BRUYSTEGEM, "Afwentelen van de beheerdersaansprakelijkheid", *RW* 1980-81, 973/978; P. COLLE, "Over vrijwaringsregelingen ten gunste van vennootschapsbestuurders", *TRV* 1994, 6; O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2005, p. 244 – 245, nr. 165; F. JENNÉ, PH. MULLIEZ, V. PEDE, V. PERTRY, K. SPAGNOLI en M. WAUTERS, *De managementovereenkomst: een praktisch antwoord op 20 prangende vragen. Reeks dossiers voor bedrijfsjuristen*, Gent, Larcier, 2011, p. 22, nr. 30.

ontstaan en dus niet op het ogenblik van de contractsluiting.¹¹³⁴ Andere rechtsleer gaat uit van hun principiële geldigheid maar benadrukt dat dergelijke clausules hoe dan ook geen afbreuk mogen doen aan de essentie van de bestuurdersovereenkomst, wat m.i. niet meer of minder is dan een bevestiging van het de algemene uitzonderingsgrond dat aansprakelijkheidsbeperkende bepalingen de betekenis van het contract niet mogen uithollen.¹¹³⁵ In elk geval is de conclusie hier dat een volledige exoneratie van alle aansprakelijkheid ten aanzien van de bestuurder ongeldig is, aldus dat de aansprakelijkheid nooit helemaal kan worden uitgesloten.

425. De situatie van de dagelijks bestuurder-manager is in dat opzicht helemaal anders. Hij wordt immers in beginsel alleen maar aansprakelijk gesteld overeenkomstig de principes van het gemeen recht op grond van de artikelen 527 W. Venn. en 1382 BW, die geen van beiden van dwingend recht zijn. Per uitzondering, en dan ook alleen maar als hij systematisch buiten zijn bevoegdheidsfeer is getreden en dus wezenlijke bestuurshandelingen heeft gesteld, kan hij door de rechtbank worden aanzien als de feitelijke leider van de vennootschap, waardoor hij - net als een bestuurder die formeel werd benoemd – aansprakelijk wordt gesteld op grond van de dwingende wettelijke bepalingen die ook op de leden van de raad van bestuur van toepassing zijn. Bovendien maakt de beperkte invulling van het mandaat van de dagelijks bestuurder dat ook met een grotere soepelheid kan worden omgegaan wat de exoneratie van diens aansprakelijkheid betreft.¹¹³⁶ Binnen de gemeenrechtelijke grens dat de essentiële betekenis van de overeenkomst niet mag worden uitgehold, kan de aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder-manager dan ook contractueel zo goed als volledig worden uitgesloten. Een bijkomend argument is tenslotte dat het dagelijks bestuur steeds concurrerend bevoegd is, d.w.z. samen met het dagelijks bestuur.¹¹³⁷ Terwijl de bescherming van derden een ernstig te nemen argument is om de aansprakelijkheid van de bestuurder niet al te zeer te beperken, geldt dit niet - of toch niet in die mate - m.b.t. het dagelijks bestuur. Derden hebben immers altijd nog de mogelijkheid om zich tot het bestuur van de vennootschap te wenden en kunnen

¹¹³⁴ F. JENNÉ, PH. MULLIEZ, V. PEDE, V. PERTRY, K. SPAGNOLI en M. WAUTERS, *De managementovereenkomst: een praktisch antwoord op 20 prangende vragen. Reeks dossiers voor bedrijfsjuristen*, Gent, Larcier, 2011, p. 22, nr. 30.

¹¹³⁵ K. GEENS en J. VANANROYE, "Bestuurdersaansprakelijkheid in de NV en de BVBA", in X, *Vennootschaps- en financieel recht*, Reeks 'Themis', Brugge, die Keure, 2002, nr. 15.

¹¹³⁶ Zie *supra* m.b.t. het gebrek aan wezenlijke bestuursbevoegdheid van de dagelijks bestuurder, randnummer 441; F. JENNÉ, PH. MULLIEZ, V. PEDE, V. PERTRY, K. SPAGNOLI en M. WAUTERS, *De managementovereenkomst: een praktisch antwoord op 20 prangende vragen. Reeks dossiers voor bedrijfsjuristen*, Gent, Larcier, 2011, p. 22, nr. 32.

¹¹³⁷ T. NUYTS, "De bevoegdheidsverdeling binnen de NV vanuit het perspectief van de "voorbehouden bevoegdheden" van de raad van bestuur", *DAOR* 2006, afl. 79, 227.

zich hierbij baseren enerzijds op het toezicht dat het bestuur op haar dagelijks bestuurder-manager had moeten uitoefenen en anderzijds op een eigen 'fout' door bijvoorbeeld, in geval het dagelijks bestuur zou hebben stilgezeten, niet zelf een bepaalde beslissing te hebben genomen.

C) Bepalingen m.b.t. de financiële gevolgen van de aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder-manager

(i) Begrip en geldigheid

426. Een vrijwaringsbeding is een contractuele clausule waarin de ene contractspartij er zich toe verbindt om de financiële gevolgen van de contractuele of de buitencontractuele aansprakelijkheid die de wederpartij ten aanzien van een derde kan oplopen, geheel of gedeeltelijk te dragen.¹¹³⁸ Anders dan bij een exoneratie, blijft de gevrijwaarde persoon aansprakelijk voor zijn handelingen, maar worden de financiële gevolgen van deze aansprakelijkheid gedragen door de wederpartij. Vrijwaringsbedingen zijn principieel geldig.¹¹³⁹ Een vrijwaringsbeding raakt immers niet aan de wettelijke aansprakelijkheid, maar betreft louter de pecuniaire gevolgen ervan.¹¹⁴⁰ Opzettelijke fouten kunnen niet worden gevrijwaard. Dit verbod vloeit voort uit het verbintenisrechtelijke principe op grond waarvan elke verbintenis met een zuiver potestatieve voorwaarde met opschortend karakter in hoofde van de schuldenaar nietig is, bij gebreke aan een voorwerp (artikel 1172 BW).¹¹⁴¹ Bovendien kan hier ook het algemeen rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit* worden ingeroepen als een bijkomende verklaringsgrond. Vrijwaring voor zware fouten kan wel.

¹¹³⁸ J. MAES, "Vrijwaringsbedingen", *NJW* 2012, afl. 271, 698.

¹¹³⁹ Cass. 7 september 1962, *Pas.* 1963, 39; Cass. 3 december 1982, *Arr. Cass.* 1982, 469; *Bull.* 1983, 423; *Credoc* 1984, afl. 3, 7; *Pas.* 1983, I, 423; *RW* 1984-85 (verkort), 1606 en <http://www.rw.be> (27 september 2000); PH. COLLE, "Over vrijwaringsregelingen ten gunste van vennootschapsbestuurders", *TRV* 1994, 3.

¹¹⁴⁰ J. MAES, "Vrijwaringsbedingen", *NJW* 2012, afl. 271, 704; PH. COLLE, "Over vrijwaringsregelingen ten gunste van vennootschapsbestuurders", *TRV* 1994, 5.

¹¹⁴¹ N. CARETTE, "Exoneratiebedingen in het gemeen recht", *Jura Falc.* 2004-2005, afl. 1, p. 72. J. MAES, "Vrijwaringsbedingen", *NJW* 2012, afl. 271, 704.

(ii) Gevolgen

427. Indien de managementovereenkomst een vrijwaringsbeding bevat en de dagelijks bestuurder-manager door een derde gedagvaard wordt om een persoonlijke aansprakelijkheidsveroordeling te bekomen, kan de betrokken dagelijks bestuurder de vennootschap - of de individuele aandeelhouder die de vrijwaring garandeert - oproepen in vrijwaring. De dagelijks bestuurder zal zich dus wel nog moeten verweren in het kader van een procedure: derden zijn geen partij bij de managementovereenkomst en dus zijn de bepalingen aan hen niet tegenwerpelijk (artikel 1165 BW). Derden kunnen de vennootschap dus niet rechtstreeks aanspreken.¹¹⁴² Voor de benadeelde derde betekent het voorhanden zijn van een vrijwaringsbeding dan ook dat hij een extra partij kan aanspreken, aldus dat zijn kansen op een (volledige) schadeloosstelling worden vergroot omdat er twee patrimonía instaan voor de voldoening van de schuld.

§ 3. Van toepassing op de dagelijks bestuurder-werknemer

428. De aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder die door een arbeidsovereenkomst met de vennootschap verbonden is, wordt anders geregeld dan de aansprakelijkheid van een zelfstandige bestuurder. Als een werknemer van de vennootschap kan hij zich beroepen op de aansprakelijkheidsbeperkende regel van artikel 18 WAO. Deze stelling wordt inmiddels door de meerderheid van de rechtsleer onderschreven en kan, gelet op de tussenkomst van een arrest van het Grondwettelijk Hof van 4 maart 2008, ook niet meer echt worden tegengesproken.¹¹⁴³

¹¹⁴² Cass. 3 december 1982, *Arr. Cass.* 1982, 469; *Bull.* 1983, 423; *Credoc* 1984, afl. 3, 7; *Pas.* 1983, I, 423; *RW* 1984-85 (verkort), 1606 en <http://www.rw.be> (27 september 2000); PH. COLLE, "Over vrijwaringsregelingen ten gunste van vennootschapsbestuurders", *TRV* 1994, 7; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 919, nr. 1444.

¹¹⁴³ *GwH* 4 maart 2008, *Amén.* 2008 (weergave J. VAN YPERSELE), afl. 3, 198; <http://www.const-court.be> (5 maart 2008); *A.GrwH* 2008, afl. 2, 427; *BS* 30 april 2008 (uittreksel), 23423 en <http://staatsblad.be> (6 mei 2008); *MER* 2008 (weergave K. DE COCK), afl. 2, 160; *NJW* 2009, afl. 210, 766, noot P. DE SMEDT, H. SCHOUWKENS; *JDSC* 2009, 198, noot M. DELVAUX; *RW* 2008-09 (samenvatting), afl. 14, 569 en <http://www.rw.be> (17 december 2008), noot -; *TBP* 2008, afl. 9, 572; *TMR* 2008, afl. 4, 493; *T.Strafr.* 2008, afl. 3, 196, noot -; O. CAPRASSE, *Personne morale administrateur et comité de direction*, *DAOR* 2002, 332, nr. 13; P. DE WOLF, "Administrateur de société anonyme", *DAOR* 2002, 64; nr. 35; C. GOEMAN en T. BAART, "Sociaalrechtelijke

A) Toepasselijkheid van artikel 18 WAO bij vennootschapsmandatarissen

429. In de rechtsleer werd al geruime tijd geanticipeerd op de vraag in welke mate vennootschapsmandatarissen zich moeten kunnen beroepen op de regel van artikel 18 WAO wanneer zij werknemers zijn van de vennootschap.¹¹⁴⁴ Verschillende auteurs, zowel met een arbeidsrechtelijke als met een vennootschapsrechtelijke achtergrond, hebben onderzocht of het wel wenselijk was dat ook een dagelijks bestuurder-werknemer zich op de aansprakelijkheidsbeperkende regel van artikel 18 WAO moet kunnen beroepen o.a. in het licht van een steeds toenemende drang naar responsabilisering van vennootschapsmandatarissen alsook van het Grondwettelijk gewaarborgde gelijkheidsbeginsel.¹¹⁴⁵

430. Volgens VAN EECKHOUTTE is een ongelijke behandeling tussen een dagelijks bestuurder-werknemer en andere mandatarissen niet aan de orde om de eenvoudige reden dat beide categorieën van mandatarissen zich niet in dezelfde situatie bevinden. Het gezag waaronder een werknemer werkt, zou hem onderscheiden van de manier waarop de overige mandatarissen hun opdracht uitoefenen.¹¹⁴⁶ VAN EECKHOUTTE is van mening dat er pas een onaanvaardbare situatie zou ontstaan indien men aan dagelijks bestuurders-werknemers de bescherming van artikel 18 WAO zou ontzeggen, omdat zij dan zouden gediscrimineerd worden ten opzichte van de andere werknemers, ten aanzien van wie zij zich in eenzelfde sociaal-economische situatie bevinden.¹¹⁴⁷

Er is bovendien nog een andere reden, van een meer theoretische aard, op grond waarvan VAN EECKHOUTTE argumenteert in het voordeel van de toepasselijkheid van artikel 18 WAO bij vennootschapsmandatarissen. Artikel 18 WAO moet worden opgevat als de *lex specialis* ten opzichte van de aansprakelijkheidsregels uit het vennootschapsrecht die verwijzen naar het

aspecten van de corporate governance wetgeving", *Or.* 2003, 124; W. VAN EECKHOUTTE, "Corporate Governance en arbeidsovereenkomstenrecht", *TPR* 2004, 872; R. VAN BOVEN, "Art. 525 W. Venn.", in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm. Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2009, 130 ; D. VAN GERVEN en A. FONTAINE, "La responsabilité civile et pénales des mandataires sociaux" in *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2005, 17; O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2005, p. 76, nr. 50.

¹¹⁴⁴ W. VAN EECKHOUTTE, "Corporate Governance en arbeidsovereenkomstenrecht", *TPR* 2004, 872;

¹¹⁴⁵ W. DEVOS en V. CAIMO, "Kunnen vennootschapsmandatarissen een beroep doen op de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet?", *TRV* 2009, 632.

¹¹⁴⁶ W. VAN EECKHOUTTE, "Corporate Governance en arbeidsovereenkomstenrecht", *TPR* 2004, 872-873.

¹¹⁴⁷ W. VAN EECKHOUTTE, "Corporate Governance en arbeidsovereenkomstenrecht", *TPR* 2004, 872-873.

gemeen recht (*lex generalis*), die voor deze eerstgenoemde moeten wijken. Hij wijst daarbij ook op het dwingend karakter van de regel uit artikel 18 WAO tegenover het aanvullende karakter van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregeling.¹¹⁴⁸

431. DEVOS en CAIMO sluiten zich bij dit standpunt aan. De bescherming van artikel 18 WAO kan en moet kunnen worden ingeroepen door vennootschapsmandatarissen, die hun mandaat uitoefenen middels een arbeidsovereenkomst op voorwaarde dat zij worden aangesproken binnen het kader van hun vennootschapsmandaat.¹¹⁴⁹ Voor de motivering van hun standpunt zochten DEVOS en CAIMO aansluiting bij een aantal arresten van het Grondwettelijk Hof waarin een gelijkaardige problematiek aan dit Hof werd voorgelegd. Zo wordt onder meer verwezen naar een arrest van het Grondwettelijk Hof uit 1999 waarin dit Hof zich diende te buigen over de vraag of de benadeelde van een onrechtmatige daad die als een occasionele, lichte fout wordt beschouwd, op een onredelijke wijze gediscrimineerd wordt naargelang de dader een werknemer dan wel een overheidsorgaan was. Het Hof sprak zich toen als volgt uit:

“De vrijstelling van aansprakelijkheid, die door voormeld artikel 18 aan de werknemers aanzien van derden wordt verleend, doet, zoals algemeen wordt aangenomen door de rechtspraak en de rechtsleer, geen afbreuk aan de aansprakelijkheid van de werkgever op grond van artikel 1384, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek, voor zover aan de toepassingsvereisten van die bepaling is voldaan. Het door artikel 1384, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek gevestigde aansprakelijkheidsvermoeden is onweerlegbaar, zodat de werkgever objectief aansprakelijk is.

De vrijstelling van aansprakelijkheid in hoofde van de werknemer ten gevolge van een toevallige lichte fout verhindert dus in principe niet dat het slachtoffer schadeloos wordt gesteld. In de praktijk zal het slachtoffer van een onrechtmatige daad overigens meestal in eerste instantie een vordering instellen tegen de overheid of tegen de werkgever, naargelang de fout werd begaan door een orgaan dan wel door een werknemer. Zowel in het ene als in het andere geval kan het slachtoffer in principe schadeloos worden gesteld en is er geen onderscheid in behandeling. In de regel heeft

¹¹⁴⁸ W. VAN EECKHOUTTE, "Corporate Governance en arbeidsovereenkomstenrecht", *TPR* 2004, 872.

¹¹⁴⁹ W. DEVOS en V. CAIMO, "Kunnen vennootschapsmandatarissen een beroep doen op de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet?", *TRV* 2009, 637.

de aansprakelijkheidsbeperking vervat in voormeld artikel 18 dan ook geen nadelige gevolgen ten aanzien van het slachtoffer.

Het is echter mogelijk dat de vordering van het slachtoffer tegen de werkgever geen schadevergoeding kan opleveren doordat de werkgever insolvabel is en de schade ook niet door een verzekering wordt gedekt. Vermits de werknemer op grond van voormeld artikel 18 voor een toevallige lichte fout niet kan worden aangesproken, zal het slachtoffer, in dat geval, niet worden vergoed voor de schade veroorzaakt door een dergelijke fout van de werknemer.

Het komt de wetgever toe te oordelen of, in de logica van de beperking van de aansprakelijkheid die hij bij voormeld artikel 18 heeft ingesteld, in een waarborg van schadevergoeding van de slachtoffers in geval van insolventie van de werkgever dient te worden voorzien.”¹¹⁵⁰

Volgens het Hof was er aldus geen sprake van enige discriminatie, omdat de immuniteit van de dader-werknemer een schadeloosstelling niet zou verhinderen. Het slachtoffer kan zijn schade nog verhalen op de werkgever die fungeert als aangestelde in de zin van artikel 1384 BW.

In een recenter arrest van 2006 over een mogelijke discriminatie tussen medici en paramedici met een zelfstandig statuut ten opzichte van deze met een werknemersstatuut besliste het Hof op een analoge wijze als in 1999 als volgt:

“Het specifieke karakter van de medische en paramedische beroepen maakt het niet mogelijk te besluiten dat de personen die deze beroepen in het kader van een arbeidsovereenkomst en onder het gezag van een werkgever uitoefenen, niet vergelijkbaar zouden zijn met de andere werknemers wanneer hun aansprakelijkheid moet worden beoordeeld voor de fouten die zij tijdens de uitvoering van hun overeenkomst hebben gepleegd. (...)

¹¹⁵⁰ GwH 17 februari 1999, <http://www.const-court.be> (23 mei 2007); BS 1 juni 1999, 19820 en <http://staatsblad.be> (23 mei 2007); Rev.dr.commun. 2000, 209, noot P. COENRAETS; RW 1999-00, 870, noot A. VAN OEVELEN.

De versoepeling van de regels van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid in het voordeel van de werknemers wat de gevolgen van hun niet-gewoonlijke lichte fouten betreft, is verantwoord door de zorg van de wetgever om de werknemer te beschermen tegen de vergoeding, door hem, van elke schade die door zijn occasionele lichte fout is veroorzaakt tijdens de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst, rekening houdend met het verhoogde risico dat elke beroepsactiviteit impliceert en met het feit dat de werknemers hun activiteit ten voordele van hun werkgever en onder diens gezag uitoefenen.

Het Hof ziet niet in om welke reden dat doel niet eveneens zou moeten worden nagestreefd voor de personen die een medisch of paramedisch beroep uitoefenen in het kader van een arbeidsovereenkomst en tegen wie een vordering tot terugbetaling op grond van artikel 164, tweede lid, wordt ingesteld. Die personen zijn, zoals alle werknemers, blootgesteld aan het risico om occasionele lichte fouten te begaan tijdens de uitvoering van hun overeenkomst en zij oefenen hun beroep ten voordele van hun werkgever en onder diens gezag uit.”¹¹⁵¹

In dit arrest besliste het Grondwettelijk Hof dus dat een verschillend aansprakelijkheidsregime tussen medici en paramedici onderling verantwoord is, omdat rekening moet gehouden worden met het verhoogde risico dat elke beroepsactiviteit impliceert alsook met het feit dat werknemers hun activiteiten ten voordele van hun werkgever en onder diens gezag uitoefenen.

In navolging van de aangehaalde rechtspraak van het Grondwettelijk Hof besluiten DEVOS en CAIMO dat eenzelfde redenering moet worden gevolgd bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van vennootschapsmandatarissen.¹¹⁵²

432. In een arrest van het Grondwettelijk Hof van 4 maart 2008 bestendigt het Hof de eerdere rechtspraak. Het Hof moest toen antwoorden op de prejudiciële vraag of de artikelen

¹¹⁵¹ GwH 29 november 2006, A.A. 2006, afl. 5, 2341; <http://www.const-court.be> (6 december 2006); BS 13 februari 2007 (eerste uitgave) (uittreksel), 7162 en <http://staatsblad.be> (19 februari 2007); RW 2007-08 (samenvatting), afl. 2, 62 en <http://www.rw.be> (12 september 2007); Soc.Kron. 2009 (samenvatting), afl. 4, 241; Soc.Kron. 2009 (samenvatting), afl. 5, 294; TBP 2008, afl. 3, 145.

¹¹⁵² W. DEVOS en V. CAIMO, "Kunnen vennootschapsmandatarissen een beroep doen op de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet?", TRV 2009, 632-633.

1382, 1383 en 1251, 3° BW de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schenden in zoverre zij derden die schade hebben geleden door een fout van een vennootschapsorgaan, toelaten om deze organen volledig aansprakelijk te stellen en de vennootschap toelaten om volledig verhaal te nemen, terwijl artikel 18 WAO de aansprakelijkheid beperkt tot gevallen van bedrog, zware fout en occasionele lichte fouten.

Het Hof kwam tot de conclusie dat er van een ongelijke behandeling geen sprake is en stelt vrij algemeen dat een vennootschapsorgaan zich op de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 WAO kan beroepen wanneer het aansprakelijk wordt gesteld als werknemer.¹¹⁵³ In dit geval ging het dan wel over een bestuurder die tegelijkertijd ook een werknemer was van de vennootschap, maar deze rechtspraak kan m.i. onverkort worden doorgetrokken naar de situatie van de dagelijks bestuurder voor zover dat deze handelingen stelt als een werknemer én binnen de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst. Het Hof haalt immers nadrukkelijk het gezagslement aan als dé beslissende factor op grond waarvan een onderscheid kan worden gemaakt tussen zelfstandige mandatarissen en mandatarissen die (ook) werknemer zijn. Het Hof motiveerde als volgt:

“Een cumulatie tussen een bestuursmandaat en een arbeidsovereenkomst is immers mogelijk, in zoverre de bestuurder effectief onder het gezag van een vennootschapsorgaan staat en het gaat om een van zijn bestuursmandaat onderscheiden functie van werknemer. De functie zelf van bestuurder kan niet onder gezag, en dus niet in het kader van een arbeidsovereenkomst, worden uitgeoefend en voor de fouten die hij begaat kan geen beroep worden gedaan op de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 van de voormelde arbeidsovereenkomstenwet. De afwezigheid van een gezagsverhouding biedt in dat geval een objectieve en redelijke verantwoording voor het verschil in behandeling met werknemers en met ambtenaren (...) en die zich in een dergelijke verhouding bevinden.”

433. Het gegeven dat het Grondwettelijk Hof keer op keer tot dezelfde conclusie komt, namelijk dat het gezagslement geldt als een objectief element om het verschil in de

¹¹⁵³ GwH 4 maart 2008, Amén. 2008 (weergave J. VAN YPERSELE), afl. 3, 198; <http://www.const-court.be> (5 maart 2008); A.GrwH 2008, afl. 2, 427; BS 30 april 2008 (uittreksel), 23423 en <http://staatsblad.be> (6 mei 2008); MER 2008 (weergave K. DE COCK), afl. 2, 160; NJW 2009, afl. 210, 766, noot P. DE SMEDT, H. SCHOUWKENS; JDSC 2009, 198, noot M. DELVAUX; RW 2008-09 (samenvatting), afl. 14, 569 en <http://www.rw.be> (17 december 2008), noot -; TBP 2008, afl. 9, 572; TMR 2008, afl. 4, 493; T.Strafr. 2008, afl. 3, 196, noot -

behandeling tussen zelfstandigen, werknemers en ambtenaren te rechtvaardigen, is een eerste element dat leidt tot het besluit dat de aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder-werknemer kan worden beoordeeld overeenkomstig artikel 18 WAO.

Een tweede element, en hierin moet de stelling van VAN EECKHOUTE worden gevolgd, is dat de dwingende arbeidswetgeving primeert op de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregels uit de artikelen 527 W. Venn. en 1382-1383 BW. Aangezien artikel 527 W. Venn. niet veel meer is dan een verwijzing naar het gemeen recht, is er hier zelfs geen sprake van een keuze voor of tegen het vennootschaps- of het arbeidsrecht. En ook een gulden middenweg is hier niet aan de orde. Sommige auteurs pleiten voor een beperkte toepassing van artikel 18 WAO enkel ten aanzien van de vennootschap. Hiervoor is echter geen steun in de wet.¹¹⁵⁴ Zolang de wetgever niet ingrijpt, blijft de dagelijks bestuurder-werknemer genieten van de aansprakelijkheidsbeperking uit artikel 18 WAO.

B) Toepassingsgebied van artikel 18 WAO

434. De vraag rijst vervolgens naar de draagwijdte van artikel 18 WAO: in welke concrete gevallen kan een dagelijks bestuurder hierop aanspraak maken. Vooreerst moet gepreciseerd worden dat artikel 18 WAO enkel de aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder-werknemer regelt op burgerrechtelijk vlak. Op strafrechtelijk gebied blijft het dagelijks bestuur aansprakelijk overeenkomstig de strafwetgeving. Hieraan kan de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 WAO dus niet verhelpen.¹¹⁵⁵ Anderzijds geldt de aansprakelijkheidsbeperking niet alleen in de relatie tussen de werknemer en de vennootschap, maar evenzeer ten aanzien van derden.

De beperking houdt verder in dat de dagelijks bestuurder, zowel ten aanzien van de vennootschap als ten aanzien van derden dus, alleen maar verantwoordelijk kan worden gesteld voor zijn bedrog, zware fouten en voor lichte fouten die eerder gewoonlijk dan

¹¹⁵⁴ W. VAN EECKHOUTE, Corporate Governance en arbeidsovereenkomstenrecht", TPR 2004, 872.

¹¹⁵⁵ De aansprakelijkheidsbeperking op basis van artikel 18 WAO betreft enkel diens burgerrechtelijke aansprakelijkheid en laat de strafrechtelijke aansprakelijkheid onverlet. Cass. 27 januari 1998, <http://www.cass.be> (18 oktober 2001); Arr.Cass. 1998, 127; Bull. 1998, 137; RW 1998-99 (verkort), 1188 en <http://www.rw.be> (12 juli 2006).

toevallig voorkomen.¹¹⁵⁶ In dat geval verliest hij zijn (beperkte) immuniteit en wordt zijn aansprakelijkheid geregeld overeenkomstig de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregeling uit artikel 1382-1383 BW

De regeling is van dwingend recht, zodat partijen er in principe niet van kunnen afwijken.¹¹⁵⁷ Een essentiële toepassingsvereiste is bovendien dat de fout moet worden begaan in de uitvoering van de arbeidsovereenkomst.

435. Opdat de werknemer zich kan beroepen op de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 WAO dienen in wezen twee voorwaarden vervuld te zijn: de fout moet gemaakt worden binnen de uitvoering van de arbeidsovereenkomst (i) en het moet gaan om een occasionele, lichte fout (ii).

(i) Uitsluitend binnen het kader van de arbeidsovereenkomst

436. Opdat de dagelijks bestuurder-werknemer aan zijn aansprakelijkheid zou kunnen ontkomen, moet hij de fout begaan in de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst met de vennootschap. Voor schade die veroorzaakt wordt buiten de arbeidsovereenkomst geldt de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregeling.¹¹⁵⁸

437. Om te weten wanneer een fout wordt beschouwd als gepleegd 'in de uitvoering van de overeenkomst' moet worden teruggegrepen naar een arrest van het Hof van Cassatie van 24 december 1980, waarin het Hof gesteld heeft dat het, om als een fout in de uitvoering van een overeenkomst te worden beschouwd, voldoende is dat de foutieve daad werd verricht

¹¹⁵⁶ De tekst van artikel 18, lid 1 WAO luidt: "Ingeval de werknemer bij de uitvoering van zijn overeenkomst de werkgever of derden schade berokkent, is hij enkel aansprakelijk voor zijn bedrog en zware schuld. Voor lichte schuld is hij enkel aansprakelijk als die bij hem eerder gewoonlijk dan toevallig voorkomt."

¹¹⁵⁷ Er kan op straffe van nietigheid niet van worden afgeweken, tenzij, en alleen wat de aansprakelijkheid tegenover de werkgever betreft, bij een door de Koning algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst (Art. 18, lid 2 WAO); Wet van 21 november 1969 tot wijziging van de wetgeving betreffende arbeidsovereenkomsten, BS 9 januari 1970. Oorspronkelijk was deze regel van suppletief recht en werden partijen vrijgelaten om een strengere regeling overeen te komen (Cass. 19 februari 1960, RW 1960-61, 1570; Cass. 10 maart 1966, RW 1966-67, 1029, noot C.C.; Cass. 26 oktober 1967, Pas. 1968, I, 282).

¹¹⁵⁸ W. DEVOS en V. CAIMO, "Kunnen vennootschapsmandatarissen een beroep doen op de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet?", TRV 2009, 620.

tijdens de bediening en - ook al is het onrechtstreeks en occasioneel - verband houdt met de bediening.¹¹⁵⁹

Het Hof van Cassatie leunt hier aan bij de rechtspraak over de aansprakelijkheid van de aangestelde en dan meer bepaald bij de uitlegging van de notie "*in de bediening waartoe zij hen gebezigd hebben*" uit artikel 1384, lid 3 BW.¹¹⁶⁰ De rechtsleer sluit zich bij deze interpretatie aan.¹¹⁶¹

Het Hof hanteert dus een vrij ruime interpretatie van het begrip in het voordeel van de werknemer, wat ertoe leidt dat een fout al vlug als een fout in de uitvoering van de overeenkomst kan worden beschouwd. De aansprakelijkheidsvrije ruimte is in deze context m.a.w. vrij groot: een werknemer die na afloop van een cafébezoek na een industriële beurs een verkeersongeval veroorzaakt op de terugweg, kon zich in het verleden bijvoorbeeld beroepen op de aansprakelijkheidsbeperking uit artikel 18 WAO.¹¹⁶² In een later arrest verduidelijkte het Hof dat de beperking weliswaar niet opgaat wanneer een werknemer van zijn loon gebruik maakt, noch wanneer hij met toelating van zijn werkgever een firmawagen voor privédoeleinden gebruikt.¹¹⁶³

De regeling geldt ook niet voor feiten die zich hebben voorgedaan voor of na de uitvoering van de overeenkomst.¹¹⁶⁴ Het antwoord op de vraag of een handeling al dan niet als een handeling die werd gesteld binnen het kader van de arbeidsovereenkomst moet worden beschouwd, is erg casuïstisch. Het is de feitenrechter die soeverein en geval per geval zal

¹¹⁵⁹ "Opdat schade veroorzaakt is tijdens de bediening van de aangestelde, is niet vereist dat de onrechtmatige en schadeverwekkende daad tot de bediening van de aangestelde behoort; het is voldoende dat de daad verricht is tijdens deze bediening en, ook al is het onrechtstreeks en occasioneel, ermee verband houdt." Cass. 24 december 1980, Arr.Cass. 1980-81, 472; Bull. 1981, 467; Pas. 1981, I, 467; RW 1981-82, 2739.

¹¹⁶⁰ "De meesters en zij die anderen aanstellen, voor de schade door hun dienstboden en aangestelden veroorzaakt in de bediening waartoe zij hen gebezigd hebben." Artikel 1384 lid 3 BW.

¹¹⁶¹ A. VAN OEVELEN, "De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer en van de werkgever voor onrechtmatige daden van de werknemer in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst", RW 1987-88, (1168), 120; M. LAUVAUX, "De burgerlijke aansprakelijkheid van werknemers", Or. 2005, 65; J. FAGNART, "La responsabilité dans la relation de travail", in *Le contrat de travail dix ans près la loi du 3 juillet 1978*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 171.

¹¹⁶² Deze feiten waren de aanleiding voor het arrest van het Hof van Cassatie van 24 december 1980.

¹¹⁶³ Cass. 7 mei 1996, RW 1996-97, 657; Arbh. Luik 17 januari 2002, Soc. Kron. 2003, 260.

¹¹⁶⁴ Cass. 26 oktober 1992, JTT 1993, 66; D. VAN STRIJTHEM en M. VAN DEN BUNDER, "De limieten van de beperkte burgerlijke aansprakelijkheid van de werknemer bij toepassing van artikel 18 van de arbeidsovereenkomstenwet.", RABG 2010, afl. 14, 948.

oordelen of er een verband bestaat tussen de arbeidsovereenkomst en de gepleegde fout of de nalatigheid begaan door de werknemer.¹¹⁶⁵

438. DEVOS en CAIMO minimaliseren de draagwijdte van het vermelde arrest van het Hof van Cassatie ten aanzien van vennootschapsmandatarissen. De vraag of er een verband bestaat tussen de arbeidsovereenkomst en het schadeverwekkende feit zou niet van belang zijn voor vennootschapsmandatarissen, omdat de vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheid per definitie betrekking heeft op fouten die worden gemaakt in de uitoefening van het mandaat. Hierdoor zouden eventuele bestuursfouten of andere fouten die de bestuursaansprakelijkheid in het gedrang brengen, steeds gemaakt zijn "bij de uitvoering van de overeenkomst".¹¹⁶⁶

DEVOS en CAIMO maken hier dus een impliciete keuze voor de suprematie van het vennootschapsrecht ten opzichte van het arbeidsrecht. Hoewel o.a. de eigenheid van de vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsregeling een aanvaardbaar argument is om aan te nemen dat de gevolgen van het arrest van het Hof minder ver gaan voor de dagelijks bestuurder-werknemer dan voor een 'gewone' werknemer, dient onder de aandacht gebracht te worden dat het Hof dit onderscheid in zijn arrest niet heeft gemaakt. Er zijn dus geen redenen om aan te nemen dat het Hof van Cassatie de band tussen de fout en de overeenkomst van een dagelijks bestuurder-werknemer anders, dit is restrictiever, zal beoordelen dat de band tussen de de fout en de overeenkomst van elke andere werknemer. De ratio van de dwingende regels van het arbeidsrecht, namelijk de bescherming van personen die onder gezag, leiding en toezicht handelen, verhindert m.i. een meer strenge interpretatie van de aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder-werknemer ten opzichte van zijn collega-werknemers. Voor de dagelijks bestuurder-werknemer moet het begrip '*in de uitvoering van de overeenkomst*' dan ook even ruim worden opgevat dan voor 'andere' werknemers.

Bovendien kunnen lang niet alle handelingen die door een vennootschapsmandataris worden gesteld, gelijkgeschakeld worden met handelingen die plaatsvinden in de uitvoering van dat mandaat. Het is bijvoorbeeld helemaal niet uit te sluiten dat een dagelijks bestuurder een

¹¹⁶⁵ Bevestigd door Cass; 25 juni 1986, Arr.Cass. 1985-86, 1466; Bull. 1986, 1321; T.Verz. 1987, 275; JT 1987 (verkort), 197; Pas. 1986, I, 1321; RW 1986-87, 2087.

¹¹⁶⁶ W. DEVOS en V. CAIMO, "Kunnen vennootschapsmandatarissen een beroep doen op de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet?", TRV 2009, 621.

handeling stelt die in feite beschouwd moet worden als een handeling van een normale burger en waarop bijgevolg de aansprakelijkheidsbescherming niet toepasselijk is. Volgens mij is er dan ook geen ruimte voor een andere interpretatie van de rechtspraak van het Hof van Cassatie. De vraag of een handeling als binnen de uitvoering van de overeenkomst moet worden beschouwd, moet worden beantwoord door de feitenrechter die hierover soeverein een beslissing kan nemen. De feitenrechter oordeelt dus in alle vrijheid over de aanwezigheid van een band tussen de schadelijke handeling en de overeenkomst en houdt daarbij reeds rekening met alle omstandigheden, waaronder de functie, verantwoordelijkheid en de hoedanigheid van de betrokken werknemer.

(ii) een occasionele lichte fout

439. Een tweede vereiste is dat de fout van de dagelijks bestuurder-werknemer door de rechtbank gepercipieerd moet worden als een lichte fout die toevallig voorkomt. Voor bedrog, zware fouten en herhaalde lichte fouten geldt de aansprakelijkheidsbeperking niet. Het verschil tussen bedrog, zware en lichte fouten heeft betrekking op de waarschijnlijkheid van de schade.¹¹⁶⁷ Bedrog vereist dat de schadeverwekker niet enkel het feit wil veroorzaken waaruit de schade voortvloeit, maar ook de schadelijke gevolgen ervan. Zware schuld daarentegen vereist niet dat de schadeverwekker het feit en de schadelijke gevolgen ervan heeft willen veroorzaken.¹¹⁶⁸ De zware fout is een onopzettelijke fout, die zo ernstig is dat deze niet verschoonbaar is.¹¹⁶⁹

¹¹⁶⁷ W. DEVOS en V. CAIMO, "Kunnen vennootschapsmandatarissen een beroep doen op de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet?", *TRV* 2009, 621.

¹¹⁶⁸ Cass. 11 maart 2014, <http://www.cass.be> (14 april 2014), concl. M. DE SWAEF; W. DEVOS en V. CAIMO, "Kunnen vennootschapsmandatarissen een beroep doen op de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet?", *TRV* 2009, 621; A. VAN OEVELEN, "De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer en van de werkgever voor onrechtmatige daden van de werknemer in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst", *RW* 1987-88, 1178.

¹¹⁶⁹ Een ploegbaas die als grap een kretsbom had doen ontploffen in een stalen container die als kleedruimte dienst deed, werd door het Hof van beroep van Antwerpen opgevat als een zware fout in de zin van artikel 18 WAO. Antwerpen 30 mei 2000, *TBBR* 2001, 626.

Bij lichte fouten wist de werknemer niet en hoorde hij ook niet te weten dat het waarschijnlijk zou zijn dat de betreffende handeling enige schade zou kunnen veroorzaken.¹¹⁷⁰ Daarnaast moet de fout ook eerder toevallig dan gewoonlijk voorkomen. Hiermee wordt bedoeld dat de fout zich niet bij herhaling mag hebben voorgedaan en dat er in hoofde van de werknemer geen neiging bestaat om fouten te begaan.¹¹⁷¹ Gewoonlijke fouten moeten worden vastgesteld binnen een relatief kort tijdsbestek, zonder dat vereist is dat het om dezelfde fouten zou gaan. Ook verschillende fouten of fouten die op een verschillende manier worden begaan, komen in aanmerking.¹¹⁷² Ook hier is het de rechter die deze begrippen beoordeelt, rekening houdend met de concrete omstandigheden van de zaak zoals de activiteit van de onderneming, de functie, de hoedanigheid en verantwoordelijkheid van de betrokken werknemer alsook met de specifieke omstandigheden waarin de fout werd gepleegd.¹¹⁷³ Het gooien van een rotje door een werknemer naar een andere werknemer op het jaarlijkse kerstfeest werd door de rechtbank niet als een fout beschouwd, waarvoor de werknemer aansprakelijk kon worden gesteld.¹¹⁷⁴ Het uitwisselen van privé e-mails tussen bedienden via een intern communicatiesysteem van de vennootschap, werd door de Arbeidsrechtbank van Brussel wel beschouwd als een lichte fout die wordt bedoeld in artikel 18 WAO.¹¹⁷⁵

¹¹⁷⁰ A. VAN OEVELEN, "De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer en van de werkgever voor onrechtmatige daden van de werknemer in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst", RW 1987-88, 1178.

¹¹⁷¹ De neiging waaruit het gewoonlijk karakter van de fout dan kan worden afgeleid. W. DEVOS en V. CAIMO, "Kunnen vennootschapsmandatarissen een beroep doen op de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet?", TRV 2009, 62

¹¹⁷² "Of men "herhaalde" zegt of "gewoonlijke", bedoeld wordt niet dat eenzelfde feit, eenzelfde tekortkoming meermaals zou voorkomen, maar wel dat de arbeider meermaals zou in schuld bevonden worden, zij het op verschillende wijzen." Verslag van de speciale commissie van arbeid en sociale voorzorg, belast met het onderzoek van het wetsontwerp tot wijziging en aanvulling van de wet van 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst, Parl. St. Senaat 1953-54, nr. 170, p. 15.

¹¹⁷³ D. VAN STRIJTHEM en M. VAN DEN BUNDER, "De limieten van de beperkte burgerlijke aansprakelijkheid van de werknemer bij toepassing van artikel 18 van de arbeidsovereenkomstenwet.", RABG 2010, afl. 14, 948.

¹¹⁷⁴ Luik 28 juni 1996, RGAR 1997, nr. 12.853.

¹¹⁷⁵ Een bediende van een deurwaarderskantoor maakte misbruik van de e-mailfunctie door dagelijks verschillende mails (soms zelfs meer dan honderd per dag) te versturen aan een andere bediende, die op hetzelfde kantoor werkte. Het is onnodig te vermelden dat dit e-mailgedrag een negatieve invloed had op de prestaties van de werknemer. De werkgever had de betrokkene dan ook onstlagen om dringende reden. De Arbeidsrechtbank oordeelde als volgt: "Deze zaak betreft een bediende die elke dag gedurende meerdere weken een aanzienlijk deel van zijn arbeidstijd heeft gewijd aan de uitwisseling van privé e-mailberichten. Rekening houdend met de intensiteit van de uitwisselingen was hij noodzakelijkerwijs te opgeslorpt en verstrooid om te werken met het noodzakelijk vereiste minimum aan concentratie. Dit gedrag is op zijn minst een lichte fout: de volharding gedurende meerdere weken maakt het element van herhaling uit, bedoeld door art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet. De bediende moet de schade vergoeden veroorzaakt door zijn herhaalde lichte fout. De vennootschap heeft evenwel bijgedragen aan de schade door zich te onthouden van elke controle op de productiviteit van de bediende gedurende meerdere maanden. De schade blijft echter bestaan. Het bestaat uit het verlies van elke kans op rentabiliteit gedurende belangrijke periodes van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. De Rechtbank schat de schade in billijkheid op 20.000 BEF." Arbrb; Brussel 2 mei 2000, Computerr. (NL) 2001, 26, noot D. CASAER; Juristenkrant 2000 (weergave R. DE CORTE.), afl. 20, 1.

§ 4. Besluit

440. Het aansprakelijkheidsregime van de dagelijks bestuurder verschilt nogal wat van het regime waaraan de overige leiders van de vennootschap, i.e. de leden van de raad van bestuur en de leden van het directiecomité, onderworpen worden. Bovendien verschilt de aansprakelijkheid ook nog eens naargelang de manier waarop de dagelijks bestuurder verbonden is met de vennootschap. De dagelijks bestuurder die zijn opdracht als een zelfstandige uitvoert, al dan niet met een managementovereenkomst, beschikt niet over een aansprakelijkheidsvrije ruimte voor de toevallige lichte fouten die hij maakt in het kader van zijn opdracht: hij is, anders dan de dagelijks bestuurder-werknemer, aansprakelijk voor elke lichte fout die hij maakt, zowel voor diegene die hij gewoonlijk maakt als voor diegene die hij toevallig maakt. Deze verschillende benadering van de dagelijks bestuurder, enerzijds ten aanzien van de overige leiders van de vennootschap en anderzijds tussen dagelijks bestuurders onderling naargelang hun sociaalrechtelijk statuut, hoeft evenwel niet problematisch te zijn.

A) Dagelijks bestuur vs. de andere leiders

441. De bevoegdheid van de werkelijke leiders van de vennootschap tegenover het dagelijks bestuur ervan is van een andere orde, zowel wat de omvang als de aard van de handelingen betreft. De beperkte aansprakelijkheid van het dagelijks bestuur moet allereerst in verband worden gebracht met de beperkte bevoegdheid van dit orgaan, zeker na de tussenkomst van het arrest van het Hof van Cassatie van 26 februari 2009.¹¹⁷⁶ Op grond van dit arrest van het Hof van Cassatie worden de bevoegdheden van het dagelijks bestuur beperkt en zelfs quasi uitgehold tot enerzijds alle handelingen die horen tot de dagelijkse behoefte van de vennootschap en anderzijds tot handelingen die de tussenkomst van de raad niet rechtvaardigen omdat ze én urgent zijn én een maar gering belang hebben. Na 2009 zijn er dan ook nog maar weinig handelingen die het dagelijks bestuur in deze hoedanigheid nog

¹¹⁷⁶ Cass. 26 februari 2009, TRV 2009, 444, noot C. CLOTTENS; TBH 2009, afl. 9, 948, noot E. POTTIER en A. BERTRAND; RW 2009-10, 1129; noot W. GOOSSENS en B. CAFMEYER; FJF 2010, afl. 6, 615; JLMB 2010, afl. 4, 154; Pas. 2009, afl. 2, 592; JDSC 2010, 59, noot M. COIPEL; RGCF 2010, afl. 2, 156, noot.

autonoom, dit is zonder de instructie dan wel de bekrachtiging achteraf, van de raad van bestuur en/of het directiecomité kan stellen.

Daarenboven kan de functie van het dagelijks bestuur – *'hoe raar dit ook mag klinken'* zegt DE WULF¹¹⁷⁷ – niet worden beschouwd als een bestuursfunctie. Het zijn de raad van bestuur en het directiecomité die de vennootschap besturen, maar niet het dagelijks bestuur dat in feite geen wezenlijke bestuursbevoegdheid heeft: de beslissingen van het dagelijks bestuur blijven altijd beperkt tot het dagelijks beleid van de vennootschap en hebben *de facto* geen enkele invloed op het algemene noch op het operationele beleid van de vennootschap.¹¹⁷⁸ En zelfs als een dagelijks bestuurder in de praktijk toch de werkelijke leider van de vennootschap blijkt te zijn, dan nog stelt zich hier geen enkel probleem met betrekking tot de mogelijkheid om deze laatste voldoende ter verantwoording te roepen. In de mate dat een dagelijks bestuurder, tijdens de uitvoering van zijn mandaat, in de verleiding zou komen of genoodzaakt zou worden om, o.a. omwille van een gebrek aan interesse en/of de afwezigheid van zijn raad van bestuur, zijn bevoegdheden te overschrijden, loopt hij immers een zeer groot risico te worden beschouwd als de feitelijke leider van de vennootschap, op wie vervolgens dan alle aansprakelijkheidsregels die ook voor een bestuurder *de jure* gelden, kunnen worden toegepast.

B) Dagelijks bestuurders onderling

442. De gedifferentieerde aansprakelijkheidsregeling tussen de dagelijks bestuurders onderling, zelfstandigen en werknemers, wordt door een overgroot deel van de rechtsleer eveneens geaccepteerd.¹¹⁷⁹

¹¹⁷⁷

¹¹⁷⁸ Art. 522 en 524bis W. Venn. S. DE DIER en A. VAN BEVER, "Standpunt: het arbeidsrechtelijke statuut van een lid van het directiecomité van een NV (art. 524bis W. Venn.)", *TRV* 2011, afl. 4, 223.

¹¹⁷⁹ O. CAPRASSE, "Personne morale administrateur et comité de direction", *DAOR* 2002, 332, nr. 13; P. DE WOLF, "Administrateur de société anonyme", *DAOR* 2002, 64; nr. 35; C. GOEMAN en T. BAART, "Sociaalrechtelijke aspecten van de corporate governance wetgeving", *Or.* 2003, 124; W. VAN EECKHOUTTE, "Corporate Governance en arbeidsovereenkomstenrecht", *TPR* 2004, 872; R. VAN BOVEN, "Art. 525 W. Venn.", in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm. Venn.*, Mechelen, Kluwer, 2009, 130; D. VAN GERVEN en A. FONTAINE, "La responsabilité civile et pénales des mandataires sociaux" in *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2005, 17; O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2005, p. 76, nr. 50.

Naar huidig recht kan een dagelijks bestuurder-werknemer zich derhalve beroepen op de aansprakelijkheidsbeperkende regel van artikel 18 WAO. Dit is een logisch gevolg van de constante rechtspraak van het Hof van Cassatie op grond waarvan het dagelijks bestuur in het kader van een arbeidsovereenkomst kan worden waargenomen.¹¹⁸⁰ Het sluiten van een arbeidsovereenkomst impliceert dan de toepasselijkheid van het arbeidsrecht. Bovendien heeft de wetgever, tot op vandaag, vennootschapsmandatarissen niet uitgesloten van het toepassingsgebied van artikel 18 WAO waarop ook andere werknemers zich kunnen beroepen als zij in de uitvoering van hun arbeidsovereenkomst een toevallige lichte fout maken.

Hoewel uit de verschillende wetteksten niet kan worden opgemaakt welke regels voorrang moeten krijgen, de arbeidsrechtelijke of de vennootschapsrechtelijke, moet de stelling van VAN EECKHOUTTE worden gevolgd, namelijk dat een dwingende regel uit het arbeidsrecht als een *lex specialis* primeert op een vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsregel die een regel uit het gemeen recht impliceert (artikel 527 W. Venn.). De ratio van artikel 18 WAO noopt in zekere zin tot deze conclusie: met de invoering van een dwingende aansprakelijkheidsbeperking heeft de wetgever werknemers willen behoeden voor risico's die zouden kunnen wegen op het loon en dus op de leden van hun gezin.¹¹⁸¹ De wetgever hecht dus vanuit een arbeidsrechtelijk perspectief een zeer groot belang aan de bescherming van loon en gezin, zelfs ten koste van werkgevers en derden die het slachtoffer zouden kunnen zijn van eventuele fouten van de werknemer.

C) Behoud van de regeling voor de toekomst (de lege ferenda)

443. Het vraagstuk dat in het kader van dit proefschrift moet worden opgelost, is evenwel niet of de immunititeit ten voordele van de dagelijks bestuurders-werknemer naar huidig recht wel kan worden ingeroepen, maar wel of een dergelijke aansprakelijkheidsbeperking nog

¹¹⁸⁰ Cass. 22 januari 1981, Arr. Cass. 1980-81, 559; Pas. 1981, I, 543; Rév. Prat. Soc. 1981, 285; RCJB 1981, 495, noot S.J. NUDELHOLE; Cass. 28 mei 1984, Arr. Cass. 1983-84, 1252; Pas. 1984, I, 1172 en RW 1984-85, 333, concl. Adv. Gen. LENAERTS.

¹¹⁸¹ "De ontwikkeling van het arbeidsrecht die inzonderheid streeft naar een steeds grotere bescherming van het loon van de arbeid moet normaal leiden tot een verlichting van de burgerlijke sancties tegen de fouten van de werknemer, hetgeen moet ten goede komen niet alleen aan de werknemer maar ook aan de leden van zijn gezin." Parl. St. Kamer 1966-67, nr. 407, 5 en nr. 293/4, 6.

wenselijk is, m.a.w. of deze naar de toekomst toe (*de lege ferenda*) behouden kan blijven. Wie met de vennootschap in aanraking komt - dit kunnen schuldeisers, aandeelhouders, investeerders en andere belanghebbenden zijn - heeft er immers belang bij hebben dat deze deugdelijk wordt bestuurd en dat haar mandatarissen individueel ter verantwoording kunnen worden geroepen voor de nadelige, financiële gevolgen van hun handelen of nalaten.

444. Alvorens deze vraag te beantwoorden, moet worden nagegaan wat de reële impact is van de arbeidsrechtelijke immuniteit van de dagelijks bestuurder-werknemer in vergelijking met zijn collega die als zelfstandige handelt. Daarna wordt de vermeende ongelijkheid tussen de dagelijks bestuurders onderling onderzocht en wordt geverifieerd of er in casu sprake kan zijn van onredelijke discriminatie.

(i) De immuniteit moet sterk worden gerelativeerd

445. In de eerste plaats moet worden opgeworpen dat de reële impact van de aansprakelijkheidsbeperking uit artikel 18 WAO moet worden gerelativeerd en dat in verschillende opzichten. Zo regelt artikel 18 WAO enkel de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer en heeft deze geen enkele invloed op diens strafrechtelijke aansprakelijkheid. Voor het plegen van misdrijven (milieu, fiscaal, economisch en dergelijke meer) zijn ook dagelijks bestuurder-werknemers derhalve zeker niet immuun.

Daarnaast blijkt, bij nader inzien, het onderscheid tussen artikel 18 WAO en 527 W. Venn. niet heel groot: bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de zelfstandige dagelijks bestuurder houdt de rechter, in zoverre de fout die aan zijn beoordeling wordt voorgelegd een beleidsfout is, rekening met een zekere beleidsmarge en toetst hij het gedrag van deze laatste aan dat van een normale, zorgvuldige dagelijks bestuurder geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden (aansprakelijkheidsvrije ruimte). Hieruit volgt dat ook onder artikel 527 W. Venn. niet elke (lichte) beoordelingsfout zal kunnen leiden tot de aansprakelijkheid van een zelfstandige dagelijks bestuurder, tenminste niet in diens relatie tot de vennootschap. Ten opzichte van derden geldt de aansprakelijkheid echter wel reeds voor de lichtste fout (*culpa levis in concreto*).

446. Voor de dagelijks bestuurder-werknemer geldt dat hij (slechts) niet aansprakelijk kan worden gehouden voor occasionele, lichte fouten, voor zover deze fouten gepleegd werden in diens hoedanigheid als dagelijks bestuurder (niet als bestuurder). Hier dient ook de strengere aansprakelijkheidsregel van artikel 530 W. Venn. in herinnering worden gebracht. Bovendien geldt de aansprakelijkheid onverkort als er in zijn hoofde opzet kan worden aangetoond en bij zware fouten.

(ii) De ongelijkheid is redelijk en verantwoord

447. Wat de immuniteit ten opzichte van de vennootschap betreft, stellen er zich geen noemenswaardige problemen: enerzijds blijken de verschillen daar niet zo groot, anderzijds moet worden vastgesteld dat de vennootschap ook zelf mee beslist onder welk statuut het zijn dagelijks bestuur haar taken zal laten uitvoeren. De gevolgen van de keuze die zij maakt, dient zij ten volle te dragen.

De kaarten liggen anders voor derden, die de benadeelde zijn van het onrechtmatig handelen van een lid van het dagelijks bestuur. Zij hebben niet dezelfde voorkennis als de vennootschap en zijn zich dan ook niet bewust van de gevolgen van interne keuzes voor het ene of het andere statuut. Voor occasionele, lichte fouten kunnen zij geen schadeloosstelling bekomen van de dagelijks bestuurder-werknemer. Dit wil evenwel niet zeggen dat zij onbetaald achterblijven: derden kunnen, voor zover dat aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 1384, lid 3 is voldaan, hun schade verhalen op de vennootschap als aangestelde.¹¹⁸² De vennootschap wordt geacht, wegens haar hoedanigheid, in te staan voor de schade die zij niet zelf veroorzaakt heeft.¹¹⁸³ Opdat de vennootschap zou moeten instaan voor haar personeel is vereist, naast het feit dat haar personeelslid schade moet hebben toegebracht aan derden en het feit dat deze een fout moet gemaakt hebben, dat deze fout werd begaan in de uitoefening

¹¹⁸² Voor de toepassing van artikel 1384, lid 3 BW volstaat het dat er tussen de schadeverwekker en de aansteller een band van ondergeschiktheid bestaat. A. VAN OEVELEN, "De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer en van de werkgever voor onrechtmatige daden van de werknemer in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst", *RW* 1987-88, 1195.

¹¹⁸³ L. WYNANT, "Aansprakelijkheid voor en van derden die voor de vennootschap werken: personeel, ter beschikking stellen van werknemers, onderaannemers", in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS, M. VAN PASSEL, *Bestendig handboek Vennootschap en aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2012, losbl., II.3, 236.

van zijn functie.¹¹⁸⁴ Alle fouten, ook de lichtste, komen voor vergoeding in aanmerking. De vrijstelling van aansprakelijkheid van de aangestelde op grond van artikel 18 WAO leidt er niet toe dat ook de werkgever niet aansprakelijk zou zijn.¹¹⁸⁵ Het verhaalsrecht van derden op de werkgever van de dagelijks bestuurder-werknemer is een belangrijk argument dat de onderscheiden aansprakelijkheidsregimes kan rechtvaardigen. De (lichte) verschillen in het aansprakelijkheidsregime van de dagelijks bestuurder-werknemer versus de zelfstandige dagelijks bestuurder worden verder verantwoord door het feit dat de werkgever de mogelijkheid heeft om gezag uit te oefenen op zijn werknemer en het feit dat prestaties worden geleverd ten aanzien van hen.

(iii) Is een wetswijziging vereist?

448. Bij het zoeken naar een antwoord op de vraag of, op voorwaarde dat het orgaan van dagelijks bestuur in de toekomst blijft bestaan, de wet moet worden aangepast in die zin dat de aansprakelijkheidsregeling van de dagelijks bestuurder-werknemer uit het arbeidsrecht moet worden gelicht, komt de ratio van de regelgeving uit het arbeidsrecht in conflict met de ratio van de toepasselijke regelgeving uit het vennootschappenrecht. Waar de aansprakelijkheidsregel uit het arbeidsrecht tot doel heeft om een werknemer en zijn gezin zoveel mogelijk te beschermen, i.e. het loon af te schermen voor eventuele risico's, hebben de aansprakelijkheidsregels uit het W. Venn. als voornaamste doelstelling om derden die met de vennootschap te maken hebben te beschermen tegen een onrechtmatig handelen van haar actoren. De vraag rijst dus welke categorie van personen het meest moet worden beschermd. Is dit de dagelijks bestuurder-werknemer die zijn taken uitoefent onder gezag, leiding en toezicht van de vennootschap, of zijn dit de derden die met de vennootschap handelen en die vaak niet weten in welke hoedanigheid de betrokkene – als een werknemer of als een zelfstandige – verbonden is met de vennootschap.

¹¹⁸⁴ L. WYNANT, "Aansprakelijkheid voor en van derden die voor de vennootschap werken: personeel, ter beschikking stellen van werknemers, onderaannemers", in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS, M. VAN PASSEL, *Bestendig handboek Vennootschap en aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2012, losbl., II.3, 242.

¹¹⁸⁵ Rb. Tongeren 13 november 1990, *TBBR* 1992, 445.

449. Richtinggevend is in dit verband een arrest van het Hof van Justitie van 11 november 2010 in de zaak Danosa.¹¹⁸⁶ Een Letse directrice van een vennootschap wordt ontslaan na elf weken zwangerschap. Haar ontslag trad onmiddellijk in werking en werd gegeven door de algemene vergadering van aandeelhouders twee weken nadat zij door dezelfde AV werd aangesteld als een lid van de directieraad van de vennootschap. Mevrouw Danosa vocht haar ontslag aan bij de arbeidsrechtbanken in Letland, maar vond daar geen gehoor. Het Letse Hof van Cassatie achtte het in belang van een goede rechtsbedeling noodzakelijk om twee prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie, waaronder de vraag of een lid van een kapitaalvennootschap dat voor de vennootschap diensten verricht tegen de betaling van een loon, als werknemer kan worden gekwalificeerd in de zin van richtlijn 92/85/EEG inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens lactatie.¹¹⁸⁷ Artikel 10.1 van deze richtlijn voorziet immers in een ontslagverbod vanaf het begin van de zwangerschap tot aan het einde van het zwangerschapsverlof, behalve in uitzonderingsgevallen die geen verband houden met de zwangerschap.

Het Hof bracht vooreerst in herinnering dat het werknemersbegrip een uniforme communautaire betekenis heeft, waaraan de nationale lidstaten geen andere uitleg mogen geven. Volgens de vaste rechtspraak van het Hof dient, wat de rechten en de plichten van de betrokkenen betreft, bij de omschrijving van het begrip werknemer te worden uitgegaan van objectieve criteria die kenmerkend zijn voor de arbeidsverhouding. Het hoofdkenmerk van de arbeidsverhouding is dat iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens

¹¹⁸⁶ HvJ C-232/09, 11 november 2010 (Danosa), <http://curia.europa.eu> (17 november 2010), concl. Y. Bot; JDE 2010 (samenvatting), afl. 174, 318; Pb C 15 januari 2011 (dispositief), afl. 13, 11 en <http://eur-lex.europa.eu> (9 februari 2011); Rec.CJCE 2010, afl. 11 (A), I, 11405, concl. Y. Bot; RW 2012-13 (weergave L. ELIAERTS), afl. 2, 74 en <http://www.rw.be/> (10 september 2012); Soc.Kron. 2011 (samenvatting), afl. 1, 42, noot J. JACQMAIN.

¹¹⁸⁷ Richtlijn 92/85/EEG van 19 oktober 1992 van de Raad inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie : (tiende bijzondere richtlijn in de zin van artikel 16, lid 1, van Richtlijn 89/391/EEG), P.B., L 348, 28 november 1992. Artikel 10.1 van de richtlijn bepaalt: "Ten einde werkneemsters in de zin van artikel 2 te waarborgen dat zij de in het onderhavige artikel erkende rechten inzake de bescherming van haar veiligheid en gezondheid kunnen doen gelden, wordt het volgende bepaald: 1. de Lid-Statens nemen de nodige maatregelen om ontslag van werkneemsters in de zin van artikel 2 te verbieden gedurende de periode vanaf het begin van hun zwangerschap tot het einde van het in artikel 8, lid 1, bedoelde zwangerschapsverlof, behalve in uitzonderingsgevallen die geen verband houden met hun toestand en overeenkomstig de nationale wetten en/of praktijken zijn toegestaan en, in voorkomend geval, voor zover de bevoegde instantie hiermee heeft ingestemd."

gezag prestaties levert en als tegenprestatie een vergoeding ontvangt.¹¹⁸⁸ Vervolgens benadrukte het Hof dat de hoedanigheid van lid van een directiecomité in een vennootschap op zich niet uitsluit dat er een band van ondergeschiktheid bestaat, die concreet moet beoordeeld worden aan de hand van een aantal elementen die in staat zijn om de gezagsband te beoordelen, waaronder de omstandigheden van de indienstneming van het lid van het directiecomité, de aard van de opgedragen taken, het kader waarbinnen deze taken worden uitgeoefend, de omvang van de bevoegdheid van de betrokkene, het toezicht dat in de vennootschap op hem wordt uitgeoefend en de omstandigheden waarin hij van zijn functie kan worden ontheven. Op basis van deze overwegingen besloot het Hof dan dat mevrouw Danosa, aangezien zij tegen een vergoeding diensten verrichte voor de vennootschap en als een volwaardig lid van de vennootschap waarvan zij deel uitmaakte door een gezaghebbend orgaan kon worden ontslaan, op het eerste gezicht aan de voorwaarden voldoet om te worden beschouwd als een werknemer in de zin van richtlijn 92/85/EEG.¹¹⁸⁹

¹¹⁸⁸ HvJ 20 september 2007, <http://curia.europa.eu> (21 september 2007), concl. J. KOKOTT; J.T. dr. eur. 2007 (samenvatting), afl. 142, 251; Pb C 10 november 2007 (dispositief), afl. 269, 12 en <http://eur-lex.europa.eu> (20 november 2007); Rec.CJCE 2007, afl. 8-9 (B), I, 7643, concl. J. KOKOTT; Soc.Kron. 2008 (samenvatting), afl. 5, 303, noot J. JACQMAIN; HvJ 7 september 2004, <http://curia.europa.eu> (8 september 2004), concl. M. POIARES MADURO; Rev.dr.étr. 2005 (samenvatting), afl. 135, 581; Soc.Kron. 2005, afl. 5, 247, noot J. JACQMAIN; T.Vreemd. 2005, afl. 1, 23.

¹¹⁸⁹ De redenering van het Hof is terug te vinden in rechtsoverwegingen 51 tot en met 56 van het arrest: "51. Hoewel niet kan worden uitgesloten dat de leden van een leidinggevend orgaan van een vennootschap, zoals een directiecomité – rekening houdend met de hun opgedragen specifieke taken en het kader waarbinnen en de wijze waarop deze taken worden uitgeoefend – niet onder het begrip werknemer zoals omschreven in punt 39 van het onderhavige arrest vallen, neemt dit niet weg dat een lid van dit comité, dat tegen vergoeding diensten verricht voor de vennootschap die dit lid benoemde en waarvan het integrerend deel uitmaakt, dat zijn activiteit onder gezag of toezicht van een ander orgaan van deze vennootschap verricht, en dat te allen tijde zonder beperkingen van zijn functie kan worden ontheven, op het eerste gezicht voldoet aan de voorwaarden om te worden aangemerkt als werknemer in de zin van de eerder genoemde rechtspraak van het Hof.

52 Er zij aan herinnerd dat het begrip „zwangere werkneemster” in artikel 2, sub a, van richtlijn 92/85/EEG, wordt omschreven als „elke zwangere werkneemster die de werkgever in kennis stelt van haar toestand, overeenkomstig de nationale wetten en/of praktijken”.

53 Voor de toepassing van deze richtlijn heeft de Uniewetgever een autonome betekenis binnen het recht van de Unie willen geven aan het begrip „zwangere werkneemster”, ook al verwijst hij voor een van de onderdelen van deze definitie, te weten voor het onderdeel betreffende de wijze waarop de werkneemster haar werkgever in kennis stelt van haar toestand, naar de nationale wetten en/of praktijken (arrest Kiiski, reeds aangehaald, punt 24).

54 Met betrekking tot de vraag of in het hoofdgeding LKB op de hoogte was gesteld van de zwangerschap van Danosa, zij opgemerkt dat het, zoals in punt 33 van dit arrest vermeld, aan de verwijzende rechter en niet aan het Hof staat om de relevante feiten van de zaak te beoordelen.

55 Ook al verwijst artikel 2, sub a, van richtlijn 92/85/EEG naar de nationale wetten en/of praktijken met betrekking tot de wijze waarop de werkneemster de werkgever in kennis stelt van haar toestand, toch mag deze wijze niet alle betekenis ontnemen aan de bijzondere bescherming van de vrouw die is vastgelegd in artikel 10 van deze richtlijn, dat ontslag van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie verbiedt, behalve in uitzonderingsgevallen die geen verband houden met hun toestand. Indien de werkgever, zonder formeel in kennis te zijn gesteld van de zwangerschap van de werkneemster door de betrokkene zelf, op de hoogte was van haar zwangerschap, zou het in strijd zijn met de doelstelling en de geest van richtlijn 92/85/EEG om artikel 2, sub a, van deze richtlijn

450. De te onthouden boodschap uit het arrest Danosa is in de eerste plaats dat het werknemersbegrip een autonoom Unierechtelijk begrip is, waarover de nationale lidstaten zich niet in een andere zin kunnen uitspreken. Indien de constitutieve elementen van de arbeidsovereenkomst allen aanwezig zijn - dit is arbeid, loon en gezag - dan wordt de betrokken persoon gekwalificeerd als een werknemer en dient hij te genieten van de Europese en de nationale beschermende regels zoals deze ook voor de overige werknemers toepasselijk zijn. Ten tweede maakt het Hof geen onderscheid tussen gewone werknemers en vennootschapsmandatarissen die hun mandaat uitoefenen onder het gezag van de vennootschap. Ook de laatstgenoemde categorie komt in aanmerking om als werknemer te worden beschouwd en dit onder identieke voorwaarden. Tenslotte maakte het Hof in deze zaak een impliciete keuze voor het arbeidsrecht door de belangen van mevrouw Danosa, enerzijds als een lid van het directiecomité en anderzijds als een werknemer, boven de belangen van de vennootschap te stellen. De vennootschap zelf heeft er immers duidelijk belang bij om de samenwerking met haar directie kosteloos te kunnen beëindigen, waar de werknemster in kwestie er belang bij heeft om een beëindigingsvergoeding te ontvangen, zelfs om niet ontslaan te kunnen worden gedurende de zwangerschap.

Het belang van het arrest mag echter ook niet overschat worden. Het Hof diende zich in de voorliggende zaak immers niet uit te spreken over een mogelijk belangenconflict tussen een vennootschapsmandataris die de activiteiten uitoefent in een ondergeschikte band en een derde persoon (bijvoorbeeld een schuldeiser), die de betrokkene persoonlijk aansprakelijk wenst te houden voor een fout die ten aanzien van hem werd gemaakt. Anderzijds blijkt uit de keuze van het Hof wel dat deze de kwetsbare positie van de werknemer zoveel mogelijk in bescherming wenst te nemen en dus onnodige risico's zal willen beperken ten voordele van de afscherming van het loon van de werknemer. Hoe dan ook is dit arrest bijgevolg wel

restrictief uit te leggen en de betrokken werknemster de in artikel 10 neergelegde bescherming tegen ontslag te ontzeggen.

56 Gelet op de voorgaande overwegingen moet op de eerste vraag worden geantwoord, dat een lid van een directiecomité van een kapitaalvennootschap, dat hiervoor diensten verricht en hiervan integrerend deel uitmaakt, moet worden geacht de hoedanigheid van werknemer in de zin van richtlijn 92/85/EEG te hebben indien het zijn activiteit gedurende een bepaalde tijd onder het gezag of toezicht van een ander orgaan van deze vennootschap uitoefent en voor die activiteit een vergoeding ontvangt. Het staat aan de verwijzende rechter om aan de hand van de feiten na te gaan of dat in het bij hem aanhangige geding het geval is."; HvJ C-232/09, 11 november 2010 (Danosa), <http://curia.europa.eu> (17 november 2010), concl. Y. Bot; JDE 2010 (samenvatting), afl. 174, 318; Pb C 15 januari 2011 (dispositief), afl. 13, 11 en <http://eur-lex.europa.eu> (9 februari 2011); Rec.CJCE 2010, afl. 11 (A), I, 11405, concl. Y. Bot; RW 2012-13 (weergave L. ELIAERTS), afl. 2, 74 en <http://www.rw.be/> (10 september 2012); Soc.Kron. 2011 (samenvatting), afl. 1, 42, noot J. JACQMAIN.

degelijk een teken aan de wand dat, wanneer het Hof zou worden bevestigd over de wettigheid van een nationale, beschermende aansprakelijkheidsregel zoals artikel 18 WAO, met het Europese recht, dat het dan opnieuw zal uitspreken in het voordeel van een werknemer, zelfs wanneer de betrokkene als een vennootschapmandataris zoals een dagelijks bestuurder fungeert.

451. Essentieel bij het zoeken naar een antwoord op deze vraag is dat basisprincipes als gelijkheid, transparantie en rechtszekerheid worden gerespecteerd. Wat de gelijkheid betreft, grijpen sommige auteurs naar eerdere, op het eerste gezicht gelijkaardige arresten van het Grondwettelijk Hof, waarin dit Hof stelt dat de rechtspositie van een werknemer en een zelfstandige anders is en een verschillende regeling om die reden gerechtvaardigd kan zijn. Deze auteurs hebben echter steeds een arbeidsrechtelijke achtergrond, wat maakt dat zij minder oog hebben voor de belangen die zo eigen zijn aan het vennootschapsrecht, namelijk dat er een voldoende graad van responsabilisering is (*corporate governance*), dat deze in het belang van de internationalisering – voor het aantrekken van extern kapitaal - duidelijk en identificeerbaar is en dat deze gewaarborgd wordt door voldoende rechtszekerheid. Met de Europese rechtspraak (Danosa) in het achterhoofd en het gegeven dat de gevallen waarin de benadeelde derde zijn schade effectief niet zal kunnen verhalen - strafrechtelijke feiten en frauduleuze handelingen worden niet gedekt - dient de conclusie nochtans te luiden dat een wetswijziging, mede in het licht van de bijgestelde bevoegdheidskring van de dagelijks bestuurder, niet aan de orde is en dus dat de huidige regeling die prioriteit geeft aan de belangen van de werknemer kan blijven bestaan.

Afdeling II Invloed van de bevoegdheidsverdeling op de aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder

452. Het uitgangspunt is dat elk orgaan aansprakelijk is binnen de eigen bevoegdheids sfeer. Dit principe wordt uitdrukkelijk bevestigd in de parlementaire teksten en in de rechtsleer.¹¹⁹⁰ In de mate dat de raad van bestuur een deel van zijn bevoegdheden op een rechtsgeldige manier heeft gedelegeerd, bijvoorbeeld aan een orgaan van dagelijks bestuur en/of aan een directiecomité, kan hij dan ook niet meer aansprakelijk worden gehouden voor de fouten/nalatigheden die de gedelegeerde heeft begaan bij de uitoefening van zijn gedelegeerde bevoegdheden.¹¹⁹¹ Een rechtsgeldige bevoegdheidsdelegatie neemt evenwel niet weg dat de raad van bestuur verantwoordelijk blijft om een bekwaam persoon te selecteren, waarop hij toezicht dient uit te oefenen en aan wie hij zo nodig bijstand dient te verlenen.¹¹⁹² De raad van bestuur blijft zelf dus nog aansprakelijk voor het toezicht dat hij dient uit te oefenen op het orgaan waaraan het een deel van zijn bevoegdheden gedelegeerd heeft. Dit is de zogenaamde toezichts- of monitoringtaak van de raad van bestuur, waarvoor de raad een eigen verantwoordelijk behoudt.

Zoals hoger reeds werd aangehaald, kan de bevoegdheid van het dagelijks bestuur opgedragen worden aan verschillende organen. De bevoegdheid om het dagelijks bestuur van de vennootschap waar te nemen, kan worden opgedragen aan de raad van bestuur, een orgaan van dagelijks bestuur en/of aan een directiecomité.¹¹⁹³ Daarnaast kunnen ook aspecten van het dagelijks beleid gedelegeerd worden door middel van *ad hoc* lastgeving van bijzondere bevoegdheden, dit kan zijn een bepaalde rechtshandeling en/of een bepaalde categorie van rechtshandelingen, een lasthebber van de vennootschap.

¹¹⁹⁰ MvT, *Parl. St.* Kamer 2000-01, nr. 1211/001, pagina 37; MvT, *Parl. St.* Kamer 2000-01, nr. 1211/014, pagina 38; J.M. NELISSEN-GRADE, "Het nieuwe directiecomité in de *corporate governance*-wet", in Jan Ronse Instituut (ed.), *Nieuw Vennootschapsrecht 2002 – Wet Corporate Governance*, Kalmthout, Biblo, 2003, 148, nr. 76; B. DELMOTTE, "Behoudt of verliest de raad van bestuur de bevoegdheden die hij heeft verleend aan het directiecomité", *TRV* 2004, 221, nr. 9; H. DE WULF en I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, p. 200; T. NUYS, "De bevoegdheidsverdeling binnen de NV vanuit het perspectief van de 'voorbehouden bevoegdheden' van de raad van bestuur", *DAOR* 2006, afl. 79, p. 247; S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 277.

¹¹⁹¹ S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 279.

¹¹⁹² S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 281. Zie over de monitoring- of toezichtstaak van de raad van bestuur: H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in een naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 17 en verder.

¹¹⁹³ Zie *supra* randnummer 113.

De bevoegdheidsdelegatie van de raad, of in voorkomend geval van het directiecomité, heeft evenwel niet tot gevolg dat deze zelf ook zijn bevoegdheden verliest: de raad (of het directiecomité) blijven concurrentieel bevoegd.¹¹⁹⁴ De gedachte hierachter is dat de persoon die delegeert, door te delegeren, zelf niet handelingsonbekwaam wordt en dus zelf nog de gedelegeerde bevoegdheden kan blijven uitoefenen.¹¹⁹⁵ In de mate dat de raad de operationele managementbevoegdheid¹¹⁹⁶ over de vennootschap gedelegeerd heeft aan het directiecomité, verliest het - gelet op de overdracht van bevoegdheid - zijn concurrentiële positie ten aanzien van het dagelijks bestuur.¹¹⁹⁷ Het directiecomité zal dan op zijn beurt, behoudens een afwijkende interne regeling, in concurrentie kunnen treden met het dagelijks bestuur.

Hierdoor ontstaat er een reëel risico dat de raad of het directiecomité zich actief op het terrein begeven van het dagelijks bestuur en een tegenstrijdige beslissing nemen of, omgekeerd, dat beide organen geen beslissing nemen op het moment dat er dringend een beslissing moet worden genomen. In het geval dat er in de statuten van de vennootschap niet wordt afgeweken van de principiële concurrentiële bevoegdheid van de raad van bestuur samen met het dagelijks bestuur, beschikken vermelde organen formeel tegelijkertijd over de bevoegdheid om op te treden. Men kan zich dan ook afvragen welk orgaan desgevallend de

¹¹⁹⁴ Delegatie houdt, anders dan bij overdracht, in dat de gedelegeerde bevoegdheden behouden blijven en dat dus het delegerende orgaan zelf volheid van bevoegdheid behoudt. J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, p. 392; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 502, nr. 819; O. CAPRASSE, "Personne morale administrateur et comité de direction", *DAOR* 2002, afl. 64, p. 340; P. ERNST en L. VAN DEN EYNDEN, "Het directiecomité in de Corporate Governance-wet. Een eerste analyse", *TRV* 2002, afl. 8, p. 567; H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, afl. 8-9, p. 230; D. VAN GERVEN, "De bevoegdheden van het directiecomité in de naamloze vennootschap in verhouding tot de raad van bestuur", *TRV* 2004, p. 25; M. WYCKAERT en K. GEENS, "Het gebruik van het facultatief duaal systeem in Belgische beursgenoteerde vennootschappen", *TRV* 2010, afl. 7, p. 528; S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 232; S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta media group, 2015, p.262, nr. 305.

¹¹⁹⁵ W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, p. 124-125, nr. 88; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, p. 392; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 502, nr. 819; S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 232, nr. 243.

¹¹⁹⁶ Met dien verstande dat de raad ook het dagelijks bestuur heeft overgedragen aan het directiecomité. De raad zou er evengoed voor kunnen opteren om het operationele beleid over te dragen aan een directiecomité, maar het dagelijks beleid aan een orgaan van dagelijks bestuur.

¹¹⁹⁷ Overdracht van bevoegdheid heeft tot gevolg dat het overdragende orgaan de overgedragen bevoegdheden zelf niet meer kan uitoefenen. Een overdracht van bevoegdheden gaat dan ook steeds gepaard met een afstand van bevoegdheden. F. HELLEMANS, *De algemene vergadering*, Kalmthout, Biblo, 2001, 556; H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, afl. 8-9, p. 230.

aansprakelijkheid dient te dragen voor een tekortkoming m.b.t. beslissingen omtrent het dagelijks leven van de vennootschap.

453. Tenslotte rijst nog de vraag naar de aansprakelijkheid van de afgevaardigd bestuurder. Deze laatste beschikt immers binnen de vennootschap over verschillende hoedanigheden en stelt bijgevolg, naargelang de hoedanigheid waarin hij optreedt, afwisselend handelingen van dagelijks bestuur en/of bestuurshandelingen. Het principe van de aansprakelijkheid binnen de formele bevoegdheid in acht genomen, kan men zich afvragen aan welk aansprakelijkheidsregime men hem moet onderwerpen. Dienen ten aanzien van de afgevaardigd bestuurder in alle omstandigheden de regels van het bestuurdersaansprakelijkheidsregime te gelden en dit los van de vraag of de foutieve handeling *in concreto* moet beschouwd worden als een daad van dagelijks bestuur dan wel als een bestuursdaad? Of, dient er een onderscheid gemaakt te worden tussen het geldende aansprakelijkheidsregime - dat van een bestuurder of van een dagelijks bestuurder - naargelang de aard van de handeling en de hoedanigheid waarin de afgevaardigd bestuurder gehandeld heeft?

454. De positie van de afgevaardigd bestuurder is daarnaast ook nog op een andere manier interessant. Als bestuurder is de afgevaardigd bestuurder immers veel meer betrokken bij de dagelijkse gang van zaken dan zijn collega's-bestuurders, die geen enkel ander mandaat binnen de vennootschap opnemen. Vanuit deze overweging kan de vraag worden gesteld of de afgevaardigd bestuurder op dezelfde manier aansprakelijk is voor de onbehoorlijke vervulling van zijn taak tegenover de andere bestuurders of dat hij als bestuurder/dagelijks bestuurder onderworpen dient te worden aan een strengere aansprakelijkheidsbeoordeling. Ligt m.a.w. het aansprakelijkheidsrisico niet hoger naarmate men binnen de vennootschap ook meer verantwoordelijkheden opneemt, zeker wanneer men op een intensieve wijze betrokken wordt bij de dagelijkse leiding ervan? Hier moet dus een antwoord worden gezocht op de vraag of de aansprakelijkheid van de afgevaardigd bestuurder, die zeer goed en vlug op de hoogte is van wat er gebeurt binnen de onderneming, of die minstens geacht wordt om de situatie van zeer nabij op te volgen, strenger beoordeeld moet worden dan de aansprakelijkheid van de overige leden van de raad, i.e. zij die niet tegelijkertijd de vennootschap besturen én de dagelijkse leiding ervan waarnemen.

A) Eigen aansprakelijkheid van de raad van bestuur voor gebrekkig toezicht

(i) Algemeen: de actieve toezichtstaak van de raad van bestuur

455. Behoudens voor het directiecomité (artikel 524*bis* W. Venn.) voorziet het Wetboek van Vennootschappen nergens uitdrukkelijk dat de raad van bestuur belast is met het toezicht op de organen/comité's waaraan het (een deel van) de operationele leiding delegeert. Het Hof van Cassatie stelde echter al lang geleden in verschillende arresten dat de raad van bestuur verplicht is om toe te zien op de personen die van hem bevoegdheidsdelegaties hebben ontvangen.¹¹⁹⁸ De actieve toezichtsverplichting van de raad van bestuur is in feite niet meer of minder dan het spiegelbeeld van de vaste rechtspraak op grond waarvan de passieve houding van een bestuurder niet wordt aanvaard als een geldig verweer tegen een aansprakelijkheidsvordering.

456. Mede onder invloed van de regelgeving in andere landen is de toezichtstaak vandaag verheven tot één van de kerntaken van de raad van bestuur. De Nederlandse vennootschapswet vermeldt al jarenlang uitdrukkelijk de toezichtstaak als één van de kerntaken van de raad van commissarissen van de vennootschap.¹¹⁹⁹ Ook de Duitse *Aktiengesetz* voorziet dat de *Aufsichtsrat* de *Vorstand* moet controleren.¹²⁰⁰ En allicht zal ook de overvloed aan buitenlandse rechtspraak, waarin het gebrek aan toezicht van het bestuur ten opzichte van het management, het zgn. fenomeen van *board capture* waarmee men vooral in de VSA te maken heeft, een inspiratiebron zijn geweest, in die mate dat het zelfs

¹¹⁹⁸ Cass. 31 oktober 1946, *Pas.*, 392-393, RPS 1951, 107; Cass. 24 juni 1955, *Arr. Cass.* 1955, 868, *Pas.* 1955, I, 1152, aangehaald in H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in een naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 269, nr. 452; S. DE GEYTER, "De toezichtstaak van de raad van bestuur", *TPR* 2012, p. 1207, nr. 28.

¹¹⁹⁹ Art. 2:140 NBW, lid 2 "De raad van commissarissen heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Hij staat het bestuur met raad ter zijde. Bij de vervulling van hun taak richten de commissarissen zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. In een monistische bestuursvorm is deze taak weggelegd voor de niet-uitvoerende bestuurders. Het verschil tussen beiden is dat non-executives toezicht houden *binnen* het bestuurlijke orgaan en niet zoals een commissaris in een apart orgaan op het bestuur. T.M.L. VAN ES, "Het aansprakelijkheidsregime van non-executives in een one-tier bestuur", *V&O* 2007, nr. 3, p. 52. Zie ook TH. G.J.M. MELCHERS, "Wetsvoorstel bestuur en toezicht. Het verschil in vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheid tussen de niet-uitvoerende bestuurder en de commissaris", *V&O* 2009, p.26.

¹²⁰⁰ §111 AktG: (1) *Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen.* Zie over het verschil tussen „Kontrolle“ en „Überwachung“ H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in een naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 145, nr. 234, voetnoot 434.

verbazingwekkend is dat de toezichtstaak van de raad van bestuur nog niet met zoveel woorden in de wet werd ingeschreven.

457. Ook naar Belgisch recht bestaat er geen twijfel over het feit dat de raad van bestuur een eigen verantwoordelijkheid draagt m.b.t. de opvolging, het bijsturen en het adviseren van het operationele beleid.¹²⁰¹ GEENS en WYCKAERT vatten de kerntaken van de raad samen als '*de bepaling van de strategie, de politiek en de dagelijkse beslissingen van de vennootschap of, als de vennootschap een duaal stelsel kent, van het toezicht daarop.*'¹²⁰² Ook DE WULF neemt de toezichtstaak van de raad op als één van de essentiële functies van de raad, maar nuanceert tegelijkertijd door erop te wijzen dat deze toezichtsfunctie op een realistische wijze moet worden ingevuld.¹²⁰³

DE GEYTER ziet het toezicht van de raad als een actieve verplichting – '*een passieve houding, waarbij bestuurders de verantwoordelijkheid afschuiven op anderen is onaanvaardbaar*'¹²⁰⁴ – die bovendien, anders dan vroeger, een permanent karakter heeft verkregen.¹²⁰⁵ Terwijl men vroeger de stelling verdedigde dat bestuurders hun taken alleen maar uitoefenden tijdens de vergaderingen van de raad, de noodzakelijke voorbereiding van deze vergaderingen alsook de vergaderingen van de comités binnen de raad waarin zij zitting hebben en van hen dus niet kon worden verwacht dat zij de vennootschap voortdurend zouden volgen, dient de toezichtstaak vandaag te worden opgevat als een voortdurende verplichting van de raad als college.¹²⁰⁶ Van de raad van bestuur wordt verwacht dat hij, samen met het management -

¹²⁰¹ H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in een naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 130, nr. 211; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 73, nr.74; S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 246, nr. 254; S. DE GEYTER, "De toezichtstaak van de raad van bestuur", *TPR* 2012, p. 1206; S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta media group, 2015, p. 261, nr. 305;

¹²⁰² K. GEENS en M. WYCKAERT, *Verenigingen en vennootschap. Deel 2 De Vennootschap. A. Algemeen deel in Reeks beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 475.

¹²⁰³ H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in een naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 130, nr. 211 en p. 846, nr. 1366. DE WULF is van mening dat de raad niet aan toezichtsplichten kan onderworpen worden van vertegenwoordigers van wie hij niet gerechtigd is informatie te ontvangen. Als voorbeeld haalt DE WULF de situatie aan van de groep, waarin een bestuurder wel in de raad zetelt van de ene maar niet van de andere vennootschap. Aangezien hij van het management van de vennootschap, waarin hij geen mandaat opneemt geen informatie kan ontvangen, zou hij hierover ook geen toezicht kunnen uitoefenen. Toezicht en (recht op) informatie dienen in dat opzicht met elkaar in verband te worden gebracht.

¹²⁰⁴ S. DE GEYTER, "De toezichtstaak van de raad van bestuur", *TPR* 2012, p. 1206-1207.

¹²⁰⁵ S. DE GEYTER, "De toezichtstaak van de raad van bestuur", *TPR* 2012, p. 1217; S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 246, nr. 254.

¹²⁰⁶ H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in een naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 846, nr. 1366; S. DE GEYTER, "De toezichtstaak van de raad van bestuur", *TPR* 2012, p. 1217; S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 483, nr. 496.

naar het voorbeeld van het in het Duitse recht gekende *Fruherkennungssystem* - een informatie- en verslaggevingssysteem opzet, dat hem ertoe in staat stelt om in te grijpen als dat nodig is, ook tussen de tijdstippen van de formele (periodieke) vergaderingen door.¹²⁰⁷ Op die manier kan er snel worden ingegrepen wanneer dit nodig is.

(ii) Aansprakelijkheid van de raad voor gebrekkig toezicht

458. Indien de raad de bevoegdheid van het dagelijks bestuur op een zorgvuldige wijze delegeert, kan hij niet aansprakelijk worden gehouden voor de fouten die het dagelijks bestuur als gedelegeerde maakt bij de uitoefening van die bevoegdheden. De raad moet dan wel bewijzen dat hij voldoende en passend toezicht heeft uitgeoefend op de wijze waarop het dagelijks bestuur zijn taken heeft uitgeoefend.¹²⁰⁸ Of er wel degelijk voldoende toezicht werd uitgeoefend, is een feitenkwestie die door de feitenrechter soeverein en van geval tot geval wordt beoordeeld. Onze wetgever voorziet niet in een wettelijke regeling inzake vertrouwensverweer, op grond waarvan bestuurders die bevoegdheden gedelegeerd hebben geen fout kan worden verweten indien zij op redelijke gronden, te goeder trouw en na het voeren van een bijzonder onderzoek, indien de omstandigheden dit vereisten, erop mochten vertrouwen dat de gedelegeerde betrouwbaar was en bekwaam voor de uitoefening van de gedelegeerde bevoegdheid.¹²⁰⁹ Het ontbreken aan wetgeving op dit punt, weerhoudt de rechter er niet van om de criteria voor het vertrouwensverweer in de rechtspraak te ontwikkelen, zoals dat inmiddels in de Nederlandse, Duitse en Engelse rechtspraak gebeurd is.

459. Hoewel het vertrouwensverweer op zich nog niet gekend is in ons recht, heeft de rechtspraak in het verleden al meermaals de actieve toezichtsplicht van de raad van bestuur benadrukt en op deze grondslag de aansprakelijkheid van de (leden van) de raad weerhouden. Als algemene regel komt daarbij naar voren dat de raad, die het dagelijks bestuur niet actief

¹²⁰⁷ S. DE GEYTER, "De toezichtstaak van de raad van bestuur", *TPR* 2012, p. 1206; S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 248, nr. 255.

¹²⁰⁸ S. DE GEYTER, "De toezichtstaak van de raad van bestuur", *TPR* 2012, p. 1211; S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nr. 284.

¹²⁰⁹ Zie m.b.t. het vertrouwensverweer: S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 483 en verder.

en 'permanent' controleert, zich niet met succes tegen een aansprakelijkheidsvordering kan verweren door zich te beroepen op zijn eigen onbetrokkenheid (of passiviteit) en/of het invoeren van het feit dat men niet naar behoren geïnformeerd zou geweest zijn door de dagelijks bestuurder waarin men voorheen een zeer groot vertrouwen had gesteld.

In een procedure, die gevoerd werd voor het Hof van Beroep van Gent, besliste dit Hof dat het bestuur, dat zich passief had opgesteld tegenover zijn afgevaardigd bestuurder, zijn bestuurdersaansprakelijkheid niet kon ontlopen door te stellen dat het zich niet met het beleid had ingelaten. *In casu* had de dagelijks bestuurder van de vennootschap kort na de oprichting daarvan drie vierde van het maatschappelijk kapitaal gebruikt voor doeleinden die niets te maken hadden met het maatschappelijk doel en/of met de activiteiten waarvoor de vennootschap was opgericht. De bestuurders van de vennootschap verklaarden zelf dat zij zich niet met de vennootschap hadden ingelaten, waarop het Hof antwoordde als volgt:

"S.D. bevestigt zelf uitdrukkelijk dat hij enkel en alleen tot bestuurder werd aangesteld om reden dat er bij de oprichting van vennootschap verkeerdelijk vanuit gegaan werd dat er drie bestuurders nodig waren, en dat hij niet actief heeft deelgenomen aan het bestuur. R.D. betwist van zijn kant niet dat hij enkel en alleen als bestuurder werd aangesteld om zijn zogenaamde vakbekwaamheid ter beschikking te stellen aan de vennootschap teneinde deze toe te laten een registratienummer als aannemer te bekomen. Het Hof acht het dan ook bewezen dat S.D. en R.D. in feite slechts een dienst wilden bewijzen aan L.D.C., om als bestuurder op te treden, en het volledige bestuur van de NV LDC-CONSTRUCT aan haar overlieten.

Om zijn taak naar behoren uit te oefenen moet de bestuurder zich overeenkomstig zijn opdracht evenwel daadwerkelijk met het beleid van de vennootschap inlaten en zich niet louter passief opstellen. Het behoort een bestuurder de zaken van de vennootschap op te volgen. Wanneer hij materieel of intellectueel niet in staat is de zaak op te volgen, moet hij zijn mandaat niet aanvaarden. S.D. en R.D. kunnen dan ook niet aan hun aansprakelijkheid ontsnappen door te stellen dat zij zich niet met het beleid van de vennootschap inlieten en deze feitelijk alleen door L.D.C. werd bestuurd. Elke bestuurder wordt geacht zich actief in te laten met het bestuur van de vennootschap. Zelfs bij de aanstelling van een dagelijks bestuurder kunnen de bestuurders zich er niet toe beperken het orgaan van dagelijks bestuur zo maar haar gang te laten gaan. Waar

het duidelijk en overigens niet betwist is dat S.D. en R.D. op geen enkel ogenblik hun taak als bestuurder hebben uitgeoefend, noch er zich van vergewist hebben op welke wijze de vennootschap werd geleid, maakt deze handelwijze naar het oordeel van het Hof een kennelijk grove fout uit.”¹²¹⁰

In dit arrest bevestigt het Hof van Beroep van Gent de gevestigde rechtspraak op grond waarvan van een bestuurder wordt verwacht dat deze zich actief met de vennootschap inlaat.¹²¹¹ Het aanvaarden van een mandaat om andere motieven dan het besturen van de vennootschap houdt zeer grote risico's in voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de leden van de raad. Goed bestuur impliceert bovendien ook het toezicht van de leden van de raad ten opzichte van de personen aan wie men zijn bevoegdheden heeft gedelegeerd, hier de dagelijks bestuurder (i.e. monitoring). In de aangehaalde zaak vervulden de betrokken bestuurders echter geen enkele actieve rol. De ene bestuurder aanvaardde zijn mandaat in de veronderstelling dat de raad van bestuur het wettelijk vereiste minimumaantal leden diende te halen (artikel 518 W. Venn.), de andere bestuurder werd opgevorderd opdat de vennootschap, een aannemingsbedrijf, opdrachten van aanneming zou kunnen uitoefenen. De zaak is een mooi voorbeeld van hoe de feitelijke macht in de vennootschap verenigd kan zijn in handen van één persoon, dit in strijd met de door het W. Venn. en de *corporate governance*-codes vooropgestelde *checks and balances*.

460. In een gelijkaardige zaak besliste het Hof van Beroep van Antwerpen dat een raad van bestuur, die zich jarenlang niet had beziggehouden met het financieringsbeleid van de vennootschap, niet plots de ondertekening van een belangrijk contract kon weigeren zeggende dat er een (vermeende) vertrouwensbreuk – een 'verborgen agenda' – was tegenover de afgevaardigd bestuurder van de vennootschap. Het Hof hield het bestuur (onder meer) intern aansprakelijk voor de tekortkomingen in zijn bestuur ten opzichte van de vennootschap:

“Dat de bestuurders van de NV L'Abri op een cruciaal ogenblik in het leven van de vennootschap in paniek zijn geraakt wat hen bracht tot hun weigeringsbeslissing van

¹²¹⁰ Gent 10 november 2008, NJW 2009, 821, noot S. DE GEYTER.

¹²¹¹ Gent 8 juni 2009, RABG 2010, afl. 3, 183; Antwerpen 20 december 2001, JDSC 2004, 279, noot M. DELVAUX; RW 2002-03, afl. 18, 708 en <http://www.rw.be> (9 januari 2003); TRV 2004, afl. 8, 725, noot J.V. Het Hof overwoog in dit arrest: "Een bestuurder heeft de taak actief deel te nemen aan het bestuur van de vennootschap en kan zich niet nuttig beroepen op de eigen passiviteit."; Luik 1 december 1969, Rev. Prof. Soc. 1971, 280, noot C LEMPEREUR; Kh. Dendermonde 6 december 1999, TRV 2000, 40.

02.01.2003, is objectief niet verantwoord én hebben zij uitsluitend aan zichzelf te danken. Er is geen sprake van een, ingevolge een verwantwoord gebrek aan vertrouwen in de persoon van J.J., binnen het bedrijf ontstane crisissituatie waaraan de bestuurders vreemd zouden zijn. (...).

De bestuurders die hun bevoegdheden in een voor de vennootschap zulke cruciale aangelegenheid hebben gedelegeerd aan een dagelijks bestuurder-zaakvoerder, in deze jarenlang een groot vertrouwen stellen en hem nooit aanmanen tot verdere informatie of correcties, kunnen niet plots, zonder dat enig feit voorhanden is dat dit ondersteunt of objectiveert, een zgenaamde vertrouwensbreuk in de man voorwenden om dan zo'n belangrijk contract te weigeren te ondertekenen bij gebrek aan de nodige tijd om de vereiste kennis en informatie over de inhoud van de contracten te kunnen opdoen of inwinnen. Het is hun gebrek aan betrokkenheid bij het bestuur van de vennootschap dat er uiteindelijk toe geleid heeft dat zij het voor zichzelf, na het ongefundeerd intrekken van het vertrouwen dat jarenlang werd gegeven aan J.J., moeilijk hebben gemaakt om binnen de voorziene termijn tot 03.01.2003 tot de ondertekening van de contracten te kunnen overgaan. De bestuurders van de NV L'Abri hebben ingevolge hun onwetendheid, waarvoor niemand anders dan zijzelf de verantwoordelijkheid dragen, beslist de contracten niet te kunnen tekenen wetende dat er nochtans geen andere realistische mogelijkheden waren voor de herfinanciering van de korte termijn kredieten die voor een heel groot bedrag afliepen op 02.01.2002, wat onverantwoord was."¹²¹²

¹²¹² Antwerpen 30 oktober 2014, TRV 2015, afl. 4, 371.

B) Bevoegdheidsverdeling tussen de raad en het dagelijks bestuur: ingrijprecht of ingrijpplicht?

461. De bevoegdheidsdelegatie door de raad van bestuur aan een orgaan van dagelijks bestuur, ontnemt hem niet de bevoegdheid om zelf nog beslissingen te nemen die betrekking hebben op het dagelijks leven van de vennootschap. Beide organen kunnen dus, wat het dagelijks bestuur van de vennootschap betreft, in concurrentie treden met elkaar.¹²¹³ Steunend op zijn volheid van bevoegdheid en op basis van zijn monitoringtaak van de operationele managementactiviteiten van de vennootschap, kan de raad beslissen om een operationele beslissing naar zich te trekken (i.e. evoceren)¹²¹⁴ Gelet op het suppletieve karakter van de residuaire bevoegdheid van de raad, kunnen de statuten de bevoegdheid van de raad op dit punt uitsluiten.¹²¹⁵ Indien de statuten hierover niets bepalen, kan de raad in zijn intern reglement of het intern reglement van het uitvoerend management vastleggen dat hij zich, behoudens in uitzonderlijke gevallen, niet zal inlaten met het management en dus niet zomaar willekeurig beslissingen zal kunnen evoceren.

Indien de raad van bestuur de bevoegdheid over het dagelijks beleid niet ten volle wil overlaten aan het dagelijks bestuur en zich dus van tijd tot tijd nog wenst in te mengen in dit beleid, betaalt hij hiervoor een hoge prijs. Het evocatierecht houdt immers een risico in om aansprakelijk te worden gesteld indien de raad niet tijdig ingrijpt door een foute beslissing ongedaan te maken, te wijzigen of tussen te komen. Juridisch ligt de aansprakelijkheid dus bij de raad met in sommige gevallen de afgevaardigd bestuurder onder zijn leden. In elk geval zal

¹²¹³ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, p. 392; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 502, nr. 819; O. CAPRASSE, "Personne morale administrateur et comité de direction", *DAOR* 2002, afl. 64, p. 340; P. ERNST en L. VAN DEN EYNDEN, "Het directiecomité in de Corporate Governance-wet. Een eerste analyse", *TRV* 2002, afl. 8, p. 567; H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, afl. 8-9, p. 230; D. VAN GERVEN, "De bevoegdheden van het directiecomité in de naamloze vennootschap in verhouding tot de raad van bestuur", *TRV* 2004, p. 25; M. WYCKAERT en K. GEENS, "Het gebruik van het facultatief duaal systeem in Belgische beursgenoteerde vennootschappen", *TRV* 2010, afl. 7, p. 528; S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 232; S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta media group, 2015, p.262, nr. 305.

¹²¹⁴ H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia 2002, p. 131, nr. 212.

¹²¹⁵ S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta media group, 2015, p. 604, nr. 759.

de raad daarbij rekening moeten houden met de rechten die door derden inmiddels verworven werden.¹²¹⁶

462. Het verschil in aansprakelijkheid tussen een raad die concurrerend bevoegd is en een raad die statutair of reglementair het verbod wordt opgelegd om zich in te laten met het (dagelijks) management, is in de praktijk voornamelijk van belang voor de beoordeling van aansprakelijkheid van het bestuur en het dagelijks bestuur tegenover de vennootschap. Tegenover derden kan de raad immers, onverminderd de statutaire/reglementaire uitsluiting van zijn concurrentiële bevoegdheid, nog steeds aansprakelijk gehouden worden voor zijn gebrekkig toezicht op het dagelijks bestuur.¹²¹⁷ Bovendien moet de uitsluiting van de bevoegdheid van de raad beschouwd worden als een interne bevoegdheidsbeperking, die niet tegenwerpelijk is aan derden (prokura). Voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van het bestuur/dagelijks bestuur in relatie tot de vennootschap is de interne bevoegdheidsverdeling echter wel belangrijk. De onbevoegde raad zal zich immers vrij eenvoudig tegen een aansprakelijkheidsvordering van de vennootschap, gebaseerd op een handeling van dagelijks bestuur, kunnen verweren door een voldoende en passend toezicht op dit orgaan te bewijzen. Het dagelijks bestuur draagt dan de volledige verantwoordelijkheid voor de schade die het veroorzaakt heeft, terwijl de raad vrijuit gaat.

463. Meestal is een inmenging van de raad van bestuur niet wenselijk en kan deze zelfs strijdig zijn met de principes van behoorlijk bestuur. Zeker in grote vennootschappen geldt dat de raad van bestuur vaak niet in die mate betrokken is bij het dagelijks leven van de vennootschap dat hij zomaar het roer ervan zou kunnen overnemen. Daarnaast kan een eventuele evocatie van beslissingen door de raad leiden tot spanningen met het management van de vennootschap.¹²¹⁸ Bovendien bestaat het gevaar dat de raad van bestuur onder invloed van dominante aandeelhouders de voorwaarden waaronder een bepaalde transactie

¹²¹⁶ M. WYCKAERT en K. GEENS, "Het gebruik van het facultatief duaal systeem in Belgische beursgenoteerde vennootschappen", *TRV* 2010, afl. 7, p. 528.

¹²¹⁷ H. DE WULF, "De wet corporate governance en het bestuur : directiecomité en intra-groepsverrichtingen", in X (eds.), *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 216-217, nr. 45.

¹²¹⁸ H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia 2002, p. 131, nr. 212; M. WYCKAERT en K. GEENS, "Het gebruik van het facultatief duaal systeem in Belgische beursgenoteerde vennootschappen", *TRV* 2010, afl. 7, p. 528; S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 253, nr. 258.

afgewikkeld wordt, wil beïnvloeden.¹²¹⁹ In sommige gevallen is het daarentegen wel nuttig dat de raad onmiddellijk kan optreden. Dit kan zo zijn indien bijvoorbeeld de CEO van de vennootschap plots wegvalt door een overlijden of door een ontslag.¹²²⁰ In die uitzonderlijke gevallen kan het ingrijpen van de raad worden gezien als een plicht, die evenwel op een zorgvuldige wijze moet worden uitgevoerd. Ook de manier waarop de raad ingrijpt kan immers naar omstandigheden een fout uitmaken waarvoor de raad een eigen verantwoordelijkheid dient te dragen.

C) Beoordeling van de aansprakelijkheid van de afgevaardigd bestuurder

464. De afgevaardigd bestuurder is niet voor elke beslissing die hij neemt, aansprakelijk volgens het volledige bestuurdersaansprakelijkheidsregime. Er dient, in tegenstelling met wat soms wordt beweerd, een onderscheid te worden gemaakt naargelang de hoedanigheid van de betrokken persoon bij het uitvoeren van de handeling.¹²²¹ In de mate dat de actie van de afgevaardigd bestuurder kadert binnen het dagelijks beleid van de vennootschap kan de betrokkene aansprakelijk worden gesteld overeenkomstig het beperkte regime van de dagelijks bestuurder. Indien de handeling daarentegen niet kan worden beschouwd als een handeling van dagelijks bestuur – en dus een bestuursdaad is – is het volledige bestuurdersaansprakelijkheidsregime hierop van toepassing.

De aard van de handeling en de hoedanigheid van de persoon die optreedt zijn hier het criterium. De eerste vraag die moet gesteld worden, is dus in welke hoedanigheid er door de afgevaardigd bestuurders werd gehandeld, als bestuurder of als dagelijks bestuurder? Deze vraag moet worden beantwoord na een analyse van de aard van de handeling: is de handeling die door de afgevaardigd bestuurder werd gesteld een bestuurshandeling dan wel een handeling van dagelijks bestuur? Eens dan vastgesteld is in welke hoedanigheid de

¹²¹⁹ H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia 2002, p. 131, nr. 212; S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 253, nr. 258.

¹²²⁰ Het ingrijpen van de raad van bestuur is hier zeer logisch, omdat met het wegvallen van de CEO ook de concurrentie verdwijnt.

¹²²¹ H. DE WULF en I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, p. 200; M. VANDENBOGAERDE, "Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders", Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 14 en 5, nr.19.

afgevaardigd bestuurder heeft gehandeld, kan het geëigende aansprakelijkheidsregime daarop worden toegepast:

- voor de afgevaardigd bestuurder die handelde als bestuurder: het volledige bestuurdersaansprakelijkheidsregime (527, 528 en 530 W.Venn, 1382 BW);
- Voor de afgevaardigd bestuurder die niet handelde als bestuurder: het beperkte aansprakelijkheidsregime (artikel 527 W. Venn. en 1382 BW).

De redenering die hierachter schuilt is dat de wetgever, hierin unaniem gevolgd door de rechtsleer, oordeelt dat de personen belast met het dagelijks bestuur zich geenszins met bestuursfuncties bezighouden.¹²²² Het gegeven dat het dagelijks bestuur niet wordt aanzien als een volkomen bestuursfunctie, maar louter als een "technische" functie, zonder enige werkelijke bestuursbevoegdheid voor de betrokken persoon, rechtvaardigt in de ogen van de wetgever (en rechtsleer) dat hij aan een strikter aansprakelijkheidsregime wordt onderworpen.¹²²³

465. Sommige rechtspraak maakt dit onderscheid reeds automatisch, zonder daarbij ook concreet op de aangehaalde vragen te antwoorden en dus zonder na te gaan of de betreffende actie nu al dan niet een daad van dagelijks bestuur betreft.

In een arrest van 12 oktober 2006 besliste het Hof van Beroep van Antwerpen bijvoorbeeld dat een vordering van de vennootschap - de NV A. - tot vrijwaring tegen de gedelegeerd bestuurder (bedoeld wordt de afgevaardigd bestuurder) – de heer W. van de verkrijgende vennootschap, waarvan de grondslag de bestuurdersaansprakelijkheid is, niet toelaatbaar was, aangezien niet werd aangetoond dat de algemene vergadering had beslist om een vennootschapsvordering in te stellen.¹²²⁴

¹²²² MvT *Parl St.* Kamer 2000-01, nr. 1211/001, pagina 37-38; H. DE WULF en I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, p. 201; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 14, nr. 19.

¹²²³ MvT *Parl St.* Kamer 2000-01, nr. 1211/001, pagina 37-38.

¹²²⁴ Antwerpen (5^{de} k.) 12 oktober 2006, *Limb. Rechtsl.* 2007, afl. 1, 27, noot; *JDSC* 2008, 187, noot.M. ERNOTTE; *RW* 2007-08, afl. 17, 708; *TBH* 2007, afl. 2, 187; *TRV* 2007, afl. 1, 54, noot, R. TAs.

De analyse van het Hof is juist, met name dat de *actio mandati* op grond van artikel 561 W. Venn. alleen maar kan worden ingesteld bij beslissing van de algemene vergadering en dat de beslissing om een aansprakelijkheidsvordering in te stellen tegen het dagelijks bestuur moet worden genomen door de raad van bestuur op grond van diens residuaire bevoegdheid. Door in het voorliggende geval, zonder dit onderzoek ook concreet te voeren, te beslissen dat de vennootschapsvordering *in casu* moest worden ingesteld door de algemene vergadering, besliste het Hof evenwel impliciet dat de beweerde fout van de heer W. geen daad van dagelijks bestuur betrof, maar wel een bestuursdaad.¹²²⁵

In de mate dat het Hof de vordering toelaatbaar zou hebben verklaard, kon het de heer W. enkel aansprakelijk stellen op basis van de gronden voorzien in de wet voor de dagelijks bestuurder (beperkt regime).

Afdeling III Aansprakelijkheidsvordering

466. De exclusieve bevoegdheid van de algemene vergadering om een aansprakelijkheidsvordering in te stellen tegen een bestuurder of een ex-bestuurder geldt enkel ten aanzien van de bestuurder in de strikte zin van het woord (artikel 561 W. Venn.).¹²²⁶ Aangezien de dagelijks bestuurder, net zoals een lid van het directiecomité, niet uitdrukkelijk wordt vermeld in artikel 561 W. Venn., is in principe de raad van bestuur bevoegd om de aansprakelijkheidsvordering tegen het dagelijks bestuur in te stellen. Deze bevoegdheid komt de raad toe op grond van zijn algemene, residuaire bevoegdheid om de vennootschap te besturen en te vertegenwoordigen (artikel 522 W. Venn.).¹²²⁷ Als de raad zijn bevoegdheid

¹²²⁵ Nadat de NV A. haar eigen aandelen had ingekocht van de BVBA K. en de heer C. werd zij gedagvaard in de betaling van de verkoopprijs. Hiertegen wierp de NV A. op dat de aandelenovereenkomst strijdig was met de openbare orde, omdat de toen geldende voorschriften van inkoop van eigen aandelen (toen art. 52bis W. Venn.) niet waren nageleefd. Voor het niet respecteren van de wetgeving m.b.t. inkoop eigen aandelen dagvaardde de NV A. Op haar beurt de heer W., haar voormalig afgevaardigd bestuurder, in vrijwaring.

¹²²⁶ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 53, nr. 58.

¹²²⁷ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 54, nr. 58; J. VANANROYE, "Enkele evoluties inzake bestuurdersaansprakelijkheid" in K. GEENS (ed.) *Themis Vennootschaps- en financieel recht*. 78, nr. 2.

gedelegeerd heeft aan het directiecomité, is dit orgaan bevoegd om te beslissen over het al dan niet instellen van een vordering tegen de dagelijks bestuurder van de vennootschap.

Afdeling IV Aansprakelijkheidsbeperking en –verweer

467. Er zijn een aantal manieren waarop het dagelijks bestuur het aansprakelijkheidsrisico dat het draagt preventief kan uitsluiten¹²²⁸ of toch gevoelig kan beperken. Een correcte toepassing van de principes van een goed risicomangement op het niveau van de raad van bestuur, kan bijvoorbeeld vermijden dat de aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder in het gedrang komt. Een goed risico-avers systeem bestaat hierin dat een voor de vennootschap passend systeem van delegatie wordt opgezet, waardoor er kan geanticipeerd worden op een eventuele beschuldiging van het feit dat men zijn taken niet of niet zorgvuldig zou hebben waargenomen (i.e. anticiperen op een eventueel noodzakelijk geworden vertrouwensverweer). Daarnaast kan er ook puur op een contractuele basis, in de management- of in de arbeidsovereenkomst, een vrijwaringsclausule worden opgenomen op grond waarvan, in voorkomend geval, de financiële gevolgen van een onrechtmatig handelen gedragen zullen worden door de vennootschap. Een dergelijk beding neemt de aansprakelijkheid in hoofde van de dagelijks bestuurder weliswaar niet weg, maar zorgt ervoor dat deze niets hoeft te betalen aan de benadeelde partij(en).¹²²⁹ Een andere mogelijkheid is dat de dagelijks bestuurder een verzekeringsovereenkomst sluit, waarvan hijzelf dan wel de vennootschap de premies betaalt. Het is dan niet de vennootschap zelf die een schadelijgende derde zal betalen, maar wel de verzekeraar.

468. Als de vennootschap en/of een derde effectief een aansprakelijkheidsvordering instelt tegen een dagelijks bestuurder, zal deze laatste zich tegen deze vordering willen verweren. Er zijn dan een aantal verweermiddelen die, al dan niet met succes, tegen deze vordering kunnen worden opgeworpen. Allereerst moet nagegaan worden of de vennootschap al dan niet kwijting gaf aan haar dagelijks/afgevaardigd bestuurder en wat de draagwijdte van deze

¹²²⁸ Door zijn aansprakelijkheid te exonereren, zie *infra* randnummer 422.

¹²²⁹ Zie *infra* randnummer 345.

kwijting precies inhoudt. Vervolgens moet ook onderzocht worden of de vordering van de vennootschap en/of een derde niet verjaard is.

§ 1. Risicomanagement

469. Sinds de financiële crisis wordt internationaal meer en meer de nadruk gelegd op het vermijden en beheersen van ondernemingsrisico's (ondernemingsrisicomanagement).¹²³⁰ Algemeen neemt men aan dat bestuurders die bevoegdheden delegeren minstens instaan voor de keuze van de persoon van de gedelegeerde en ook voor het toezicht dat zij uitoefenen op de wijze waarop deze zijn taak vervult.¹²³¹ Een gelijkaardige plicht geldt voor het dagelijks bestuur in de mate dat het een deel van haar taken toebedeelt aan het management. Door een zorgvuldige organisatie en een goed systeem van delegatie kan de (dagelijks) bestuurder voorkomen dat hij strafrechtelijk en/of burgerrechtelijk aansprakelijk wordt gesteld. Als bedrijfsleider rust op hem immers *de facto* een vermoeden van verantwoordelijkheid: de bedrijfsleider wordt vermoed (strafrechtelijk) verantwoordelijk te zijn zodra wordt vastgesteld dat hij onvoldoende toezicht uitoefent op de naleving van de wetten en reglementen of dat hij niet (genoeg) leiding en controle heeft over zijn personeel.¹²³² Het bewijs van een zorgvuldige bevoegdheidsdelegatie geldt dan als een feitelijk verweermiddel, dat zowel door de strafrechtbanken als de burgerlijke rechtbanken in ons land aanvaard wordt (vertrouwensverweer).¹²³³

¹²³⁰ Zie hierover S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 191 en verder; S. DE GEYTER, "De toezichtstaak van de raad van bestuur", *TPR* 2012, 1175.

¹²³¹ *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 191, nr. 198.

¹²³² P. WAETERINCKX, *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon en zijn leidinggevendend. Een analyse vanuit de rechts- en bedrijfspraktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2014, p.189, nrs. 232 en verder. In verband met de delegatie als techniek voor de bedrijfsleider om zich aan zijn (strafrechtelijke) verantwoordelijkheid te onttrekken, besluit WAETERINCKX dat deze hiermee nog niet al zijn verantwoordelijkheden kan uitschakelen, maar dat men wel contraproductieve interne twisten en vaak ook negatieve persbelangstelling kan vermijden, doordat het probleem beter lokaliseerbaar en dus beter beheersbaar is: "Alles draait rond compliance, waarvan de reductie van de aansprakelijkheidsrisico's één van de belangrijkste drijfveren is." (cfr. a.w. randnummer 276).

¹²³³ Cass. 11 januari 1965, *Pas.* 1965, 458-459 (waar de delegatie voor het eerst in ons Belgisch recht erkend wordt: "(...) l'arrêt constate d'une part, explicitement, que le demandeur était l'administrateur chargé de la gestion journalière de la société, autorisé à déléguer ses pouvoirs à tout personnel qu'il jugerait convenir et, d'autre part, implicitement mais clairement, qu'il n'avait pas usé de cette dernière faculté"); Cass. 25 april 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, 990; *Bull.* 1989, 884; *Pas.* 1989, I, 884 (waar de zaakvoerders van een onderneming opwierpen zelf niet de onregelmatige boekhouding gevoerd te hebben, maar geen delegatie konden voorleggen); Brussel 23 december 1987, *Rev.prat.soc.* 1988, 53, noot (waar een afgevaardigd bestuurder vrijuitging voor het opstellen van valse facturen, omdat hij zelf niet betrokken was); Gent 29 maart 2001, *TRV* 2005, 46, noot J.V. (waar de bestuurders vrijuit gingen voor het ontbreken

§ 2. Aansprakelijkheidsverzekering

470. Om de financiële gevolgen van een aansprakelijkheidsvordering af te weren, kan de dagelijks bestuurder een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering, in het vakjargon een "Director's and Officers Liability", afsluiten. Meer en meer blijkt overigens, gelet op de steeds toenemende graad van responsabilisering, dat bestuurders en managers hun mandaat zelfs niet aanvaarden indien zij niet zeker zijn dat er een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering hun aansprakelijkheid zal dekken.¹²³⁴ Het nemen van een verzekering heeft uiteraard geen enkel gevolg voor de aansprakelijkheidsregeling op zich, maar regelt alleen maar de financiële gevolgen van een dergelijk aansprakelijkheid.

De verzekering wordt meestal genomen door de vennootschap zelf, op het hoogst mogelijke niveau (i.e. voor de groep en dan op het niveau van de holding), om te gelden voor alle filialen en subfilialen. De mogelijke hoofdelijke gehoudenheid van elke (dagelijks) bestuurder weerhoudt de vennootschap ervan om een verzekering te sluiten enkel en alleen voor één individu. Dit zou in de praktijk ook eerder zeldzaam zijn.¹²³⁵ Het is mogelijk dat het dagelijks bestuur deel uitmaakt van de aansprakelijkheidsverzekering van de vennootschap, maar het is raadzaam om in dit verband de polis zorgvuldig te screenen.

471. Een D&O-verzekering is een 'alle risico'-verzekering en geeft in feite een negatieve omschrijving van de dekking: alles wat niet in expliciet is uitgesloten, valt niet onder de dekking. DESCHEPPER adviseert dan ook om de fout die aanleiding geeft tot de dekking zo algemeen mogelijk te omschrijven teneinde rekening te kunnen houden met alle mogelijke

van een boekhouding, aangezien zij er redelijkerwijze van mochten uitgaan dat zij in de uitoefening van hun taak vakkundig en deskundig werden bijgestaan); Antwerpen 14 maart 2006, AFT 2007 (weergave J. ROSELETH), afl. 4, 40, noot J. ROSELETH; Fisc.Koer. 2006 (weergave S. VERTOMMEN), afl. 10, 588; FJF 2006, afl. 9, 773, noot -; JDSC 2007 (samenvatting), 93; Rb. Hasselt 23 april 2003, Fisc.Koer. 2003 (weergave S. VERTOMMEN) afl. 12, 481 en <http://www.monkey.be> (1 september 2008); TFR 2003, afl. 249, 926 en <http://ftrnet.larcier.be> (19 november 2003); Kh. Nijvel 5 oktober 2006, JDSC 2007, 114, noot M. DELVAUX (waar de neerlegging van de jaarrekening gedelegeerd werd aan de boekhouder); H. DE WULF en I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, p. 234; S. DE GEYER, "De toezichtstaak van de raad van bestuur", TPR 2012, 1211.

¹²³⁴ I. DESCHEPPER, "De bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering", in X, L. VAN DEN BERGHE en T. BAELDEN (eds), *Vademecum van de bestuurder*, Kluwer, 2007, p. 184.

¹²³⁵ I. DESCHEPPER, "De bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering", in X, L. VAN DEN BERGHE en T. BAELDEN (eds), *Vademecum van de bestuurder*, Kluwer, 2007, p. 186-187. DESCHEPPER legt uit dat in geval de verzekering zou genomen worden voor één bestuurder persoonlijk, de schadelijder zich deze als eerste zou aanspreken voor de vergoeding van de volledige schade.

aansprakelijkheidsgronden waarop de vorderingen ingesteld kunnen worden. Zij geeft in haar bijdrage reeds een eerste aanzet voor een ruime omschrijving:

*"De fout wordt dus omschreven als elke foutieve handeling in de hoedanigheid van bestuurder en dit ongeacht de juridische basis van de inbreuk: inbreuk op wetten, reglementeringen, statuten, zowel contractueel als extracontractueel, zowel in België als in het buitenland. Een fout omvat ook elke vergissing, nalatigheid, tekortkoming, onjuiste verklaringen, alsook fouten betreffende tewerkstellingsaangelegenheden."*¹²³⁶

De aansprakelijkheidsverzekering dekt uitsluitend professionele fouten.¹²³⁷ De praktijk kent maar weinig gevallen waarin een bedrijfsleider aansprakelijk wordt gehouden en tegelijkertijd of aansluitend opkomt tegen de beslissing van de verzekeraar om de financiële gevolgen van de fout niet te dragen.

Één van de weinige voorbeelden uit de rechtspraak betreft een vonnis van de Rechtbank van Koophandel van Tongeren van 30 januari 2007 waarin en dagelijks bestuurder aansprakelijk werd gesteld door de vennootschap, omdat hij geen zorg had gedragen voor de nodige erkenningen en registraties naar aanleiding van de naamswijziging van de vennootschap. Deze fout had zware financiële gevolgen voor de vennootschap. De verzekeraar erkende echter niet dat het *in casu* om een professionele fout ging en weigerde dekking te verlenen.¹²³⁸ Uiteindelijk oordeelde de rechtbank dat er in dit geval door de betrokken dagelijks bestuurder geen fout werd gemaakt.

Men kan zich verzekeren voor zware fouten, maar nooit voor gevallen van fraude, bedrog en het persoonlijk voordeel dat zich men zich onrechtmatig heeft toegeëigend.¹²³⁹

¹²³⁶ I. DECHEPPER, "De bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering", in X, L. VAN DEN BERGHE en T. BAELDEN (eds), *Vademecum van de bestuurder*, Kluwer, 2007, p. 189.

¹²³⁷ C. COUNE, D. HUBIN, "Aansprakelijkheid van bedrijfsleiders en verzekering", *T. Verz.* 2012, nr. 379, 187.

¹²³⁸ Kh. Tongeren 30 januari 2007, *TBH*, 2007, afl. 9, p. 916.

¹²³⁹ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 29, nr., 34; ¹²³⁹ I. DECHEPPER, "De bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering", in X, L. VAN DEN BERGHE en T. BAELDEN (eds), *Vademecum van de bestuurder*, Kluwer, 2007, p. 189-190.

§ 3. Kwijting

A) Algemeen: omschrijving, juridische aard en gevolgen van de gemeenrechtelijke kwijting

472. De kwijting is een eenzijdige en vrijwillige rechtshandeling, waarbij de lastgever op onherroepelijke wijze, stilzwijgend of uitdrukkelijk afstand doet van het recht om een aansprakelijkheidsvordering in te stellen tegen de lasthebber wegens fouten die deze (eventueel) in het verleden in de uitoefening van zijn mandaat heeft begaan, zonder dat hij dit recht aan een ander overdraagt.¹²⁴⁰

473. De kwijting of decharge is een rechtshandeling die typisch is voor de lastgeving.¹²⁴¹ De wettelijke basis voor de gemeenrechtelijke kwijting is artikel 1993 BW, op grond waarvan de lasthebber gehouden is om rekenschap te geven van de uitvoering van zijn opdracht en verantwoording te geven van al hetgeen hij krachtens zijn volmacht ontvangen heeft. Aan de hand van deze rekening en verantwoording gaat de lasthebber na of het mandaat op een behoorlijke wijze werd volbracht en of de lasthebber voor eventuele fouten aansprakelijk kan worden gesteld.¹²⁴² Met de kwijting geeft de lastgever te kennen dat hij niet het inzicht heeft om een aansprakelijkheidsvordering in te stellen tegen de lasthebber.¹²⁴³ Een dergelijke afstand van recht is een eenzijdige rechtshandeling en heeft tot gevolg dat het recht op schadeloosstelling van de lastgever volledig teniet gaat.¹²⁴⁴ Daarnaast kan de kwijting in sommige gevallen beschouwd worden als een stilzwijgende bekrachtiging van onbevoegde handelingen van de lasthebber.¹²⁴⁵

¹²⁴⁰ B. TILLEMAN, "Lastgeving", *APR* 1997, p. 134, nr. 253 tot en met 256; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 35, nr. 40.

¹²⁴¹ A. GOEMINNE, "Kwijting van bestuurders en zaakvoerders", *RW* 1995-96, nr. 30, p. 1002; I. KEMPENEERS, "Kwijting of décharge", *DAOR* 2001, afl. 57, 25.

¹²⁴² B. TILLEMAN, "Lastgeving", *APR* 1997, p. 134, nr. 254.

¹²⁴³ P. FORIERS, "Décharge, réception et quittance" in X (ed.), *De behoorlijke beëindiging van overeenkomsten*, Brussel, Vlaams pleitgenootschap bij de balie van Brussel, 1993, p. 134; H. OLIVIER, J.P. BONTE en C. DE BOECK, *Vademecum van de bestuurder van naamloze vennootschappen*, Brussel, Créadif, 1992, nr. 394; I. KEMPENEERS, "Kwijting of décharge", *DAOR* 2001, afl. 57, 25.

¹²⁴⁴ A. GOEMINNE, "Kwijting van bestuurders en zaakvoerders", *RW* 1995-96, nr. 30, p. 1002.

¹²⁴⁵ I. KEMPENEERS, "Kwijting of décharge", *DAOR* 2001, afl. 57, 32. De auteur waarschuwt evenwel tegelijkertijd voor een veralgemening door te wijzen op de afwezigheid van een noodzakelijk verband tussen de kwijting – die de interne verhouding tussen de lastgever en de lasthebber betreft – en de bekrachtiging.

474. Op het ogenblik dat de lasthebber rekenschap aflegt over de uitvoering van zijn opdracht, is hij gerechtigd om van zijn lastgever een uitdrukkelijke kwijting te ontvangen.¹²⁴⁶ Het recht om te horen of hem al dan niet decharge wordt verleend over de uitgevoerde opdracht, staat niet gelijk aan een recht op kwijting: hij kan vragen dat er over de kwijting wordt gestemd, maar niet dat deze ook effectief wordt toegekend.¹²⁴⁷ De lasthebber kan beslissen om de kwijting te verlenen, te weigeren dan wel de beslissing hierover uit te stellen.

Zelfs als de kwijting wordt verleend, dan nog wil dit niet zeggen dat elk aansprakelijkheidsrisico daarmee volledig gedekt wordt. Aangezien de kwijting een eenzijdige rechtshandeling is, heeft zij enkel gevolgen tussen de betrokken partijen en niet ten aanzien van derden, ten aanzien van wie de beslissing tot kwijting een *res inter alios acta* is.¹²⁴⁸ De kwijting van de lastgever aan de lasthebber heeft dus enkel in hun interne rechtsverhouding gevolgen, wat impliceert dat deze de lasthebber niet ontslaat van enige aansprakelijkheid tegenover derden.¹²⁴⁹ Daarnaast is de kwijting relatief omdat deze, net als elke afstand van recht, pas gevolgen kan hebben als de beslissing daarover met kennis van zaken is genomen door de daartoe bevoegde persoon.¹²⁵⁰ Dwaling en bedrog tasten de geldigheid van de kwijting aan, als gevolg waarvan deze haar waarde geheel verliest.

¹²⁴⁶ P. FORIERS, "Décharge, réception et quittance" in X (ed.), *De behoorlijke beëindiging van overeenkomsten*, Brussel, Vlaams pleitgenootschap bij de balie van Brussel, 1993, p. 134.

¹²⁴⁷ I. KEMPENEERS, "Kwijting of décharge", *DAOR* 2001, afl. 57, 33.

¹²⁴⁸ Artikel 1165 BW; A. GOEMINNE, "Kwijting van bestuurders en zaakvoerders", *RW* 1995-96, nr. 30, p. 1011.

¹²⁴⁹ J. RONSE, J.M. NELISSEN-GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS en H. LAGA, "Vennootschappen. Overzicht van rechtspraak (1978-1985)", *TPR* 1986, nr. 263; Gent 14 november 2011, *JDSC* 2013, 119, *Rev. Prat. Soc.*, 2012, afl. 1, 89, noot W. DERIJCKE.

¹²⁵⁰ Afstand van recht wordt niet vermoed en moet restrictief worden uitgelegd. Cass. 24 december 2009, *Pas.* 2009, afl. 12, 3246; *RW* 2011-12 (samenvatting), afl. 13, 606; *TBBR* 2011, afl. 7, 332, noot S. JANSEN; Cass. 4 september 1989, *JLMB* 1989, 1119; *JT* 1989, 488, noot; Cass. 20 april 1989, *Pas.* 1989, I, 861; Cass. 23 september 1988, *Pas.* 1989, I, 85; Cass. 24 september 1981, *Pas.*, 1982, I, 143; B. TILLEMAN, "Lastgeving", *APR* 1997, p. 134, nr. 263; A. GOEMINNE, "Kwijting van bestuurders en zaakvoerders", *RW* 1995-96, nr. 30, p. 1002.

B) Specifiek, ten aanzien van de bedrijfsleiding

(i) Bestuurders (en commissarissen)

475. Het stelsel van de aansprakelijkheid van bestuurders wordt beheerst door de gemeenrechtelijke regels van de lastgeving.¹²⁵¹ In de NV wordt minstens één keer per jaar gestemd over de kwijting. Bestuurders zijn verplicht om op de jaarvergadering rekening en verantwoording af te leggen over hun beleid. Niets weerhoudt de vennootschap er evenwel van om al tijdens het boekjaar een tussentijdse kwijting te verlenen. Hoewel de vennootschapsrechtelijke kwijting, evengoed als de gemeenrechtelijke, uitsluitend een interne betekenis heeft, heeft ze in deze interne verhouding wel betrekking op zowel de contractuele als de buitencontractuele aansprakelijkheid van de bestuurder. Op voorwaarde dat de kwijting geldig werd gegeven, zal de vennootschap haar bestuurder nadien dus ook niet meer kunnen aanspreken voor de buitencontractuele schade die hij veroorzaakte in de uitvoering van zijn opdracht.

476. Het W. Venn. regelt de kwijting uitdrukkelijk. Op grond van artikel 554, lid 2 W. Venn. beslist de algemene vergadering na goedkeuring van de jaarrekening, bij afzonderlijke stemming, over de aan de bestuurders (en commissarissen) te verlenen kwijting.¹²⁵² De beslissing tot kwijting hoort tot de exclusieve bevoegdheid van de algemene vergadering van de vennootschap en is in feite het spiegelbeeld van de exclusieve bevoegdheid om de aansprakelijkheidsvordering in te stellen.¹²⁵³

België is één van de weinige landen waar de kwijting zo nadrukkelijk wordt geregeld. In Nederland bijvoorbeeld is dit anders. De Nederlandse vennootschapswet kent geen bepaling zoals artikel 554, lid 2 W. Venn. Het enige wat de wet er uitdrukkelijk bepaalt, is dat de vaststelling van de jaarrekening niet gelijk staat aan decharge, aldus dat deze expliciet moet worden gegeven.¹²⁵⁴

¹²⁵¹ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, p. 345; A. GOEMINNE, "Kwijting van bestuurders en zaakvoerders", *RW* 1995-96, nr. 30, p. 1002.

¹²⁵² Artikel 554, lid 2 W. Venn.

¹²⁵³ Artikel 554, lid 2 W. Venn.

¹²⁵⁴ Artikel 2:210 NBW "De jaarrekening wordt vastgesteld door de algemene vergadering. Vaststelling van de jaarrekening strekt niet tot kwijting aan een bestuurder onderscheidenlijk commissaris." M.J.G.C.

477. De betekenis van de kwijting moet sterk genuanceerd worden. Zo kan de kwijting ten vroegste rechtsgeldig worden gegeven nadat de jaarrekening werd opgemaakt, ter beschikking gesteld van de vennoten en ook werd goedgekeurd door hen (artikel 554, lid 2 W. Venn.). De wet vereist bovendien uitdrukkelijk dat er over de beslissing tot kwijting afzonderlijk, dus los van de beslissing tot goedkeuring van de jaarrekening, moet gestemd worden.¹²⁵⁵ Geheel in lijn met het gemeen recht, is de kwijting alleen maar rechtsgeldig voor zover de ware toestand van de vennootschap niet verborgen werd gehouden door enige weglating of onjuiste opgave van de cijfers in de jaarrekening. Aan de bestuurders is het dus om niet alleen een correcte jaarrekening op te stellen (en daarover verantwoording af te leggen), maar tevens om een algemeen en getrouw beeld van hun beleid te schetsen.

Een beslissing van het Hof van Beroep van Antwerpen illustreert treffend wat de waarde van de kwijting is bij een raad van bestuur die geen of geen waarheidsgetrouw beeld heeft gegeven van het beleid dat het gevoerd had. In een aansprakelijkheidsprocedure die de vennootschap had opgestart tegen haar raad van bestuur, besliste dit Hof dat het bestuur zich niet kan verschuilen achter de kwijting van de vorige jaren, indien de gevolgen van een jarenlange verwaarlozing van het bestuur zich pas op een zeker ogenblik manifesteren en op de daaropvolgende algemene vergadering geen kwijting werd verleend.¹²⁵⁶

Wat de schending van de statuten en/of het W. Venn. betreft, voorziet artikel 554, lid 2 *in fine* expliciet dat de kwijting zonder gevolgen blijft wanneer de schending ervan niet uitdrukkelijk vermeld wordt bij de oproeping tot de algemene vergadering.¹²⁵⁷

RAAIJMAKERS, "Iets over decharge in persoonsgebonden en beursvennootschappen", *TvOB* 2013/1, p. 9; H. BECKMAN, "Bestuurdersaansprakelijkheid en reikwijdte decharge", *Ondernemingsrecht* 2010, 117.

¹²⁵⁵ Artikel 554, lid 2 W. Venn., K. GEENS en H. LAGA, "Overzicht van rechtspraak vennootschappen 1986 - 1991, *TPR* 1993, 1062-1063.

¹²⁵⁶ Antwerpen 30 oktober 2014, *TRV* 2015, afl. 4, 371. Dit arrest is eveneens een toepassing van een ongeldige kwijting van een schending van de statuten, ingeval de statutaire bepaling niet opgenomen staat in de oproeping van de algemene vergadering: 'De verleende kwijting dekt slechts een overtreding van de statuten indien die overtreding bepaaldelijk werd aangegeven in de oproepingsbrieven' (art. 554, lid 2 W. Venn.).

¹²⁵⁷ Art. 554, lid 2, *in fine*; H. DE WULF en I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, p. 240.

De kwijting heeft tenslotte ook alleen maar betrekking op de hoedanigheid waarin men deze verkrijgt: de kwijting ten aanzien van de bestuurder dekt alleen de fouten en nalatigheden die in de uitoefening van dat mandaat werden gepleegd en niet ook de fouten en nalatigheden die werden gepleegd bij de uitoefening van een mandaat als lid van het directiecomité of als dagelijks bestuurder.¹²⁵⁸ Hiervoor gelden de gemeenrechtelijke regels.

(ii) Dagelijks bestuurders

a. *Geen specifieke wettelijke bepaling*

478. Wat de dagelijks bestuurder betreft voorziet het W. Venn. inzake kwijting helemaal niet in een wettelijke bepaling die het daartoe bevoegde orgaan aanduidt en het moment voorziet waarop deze beslissing moet worden genomen.¹²⁵⁹ Dit is geen echt gemis in de vennootschapswetgeving, aangezien men kan terugvallen op de gemeenrechtelijke regels van de lastgeving.¹²⁶⁰

De principiële mogelijkheid voor de dagelijks bestuurder om toch kwijting te ontvangen blijkt uit een arrest van het Hof van Beroep van Gent van 28 oktober 2010, waar het Hof besliste dat een dagelijks bestuurder aansprakelijk kon zijn voor een gebrek aan onderhoud van een actief van een patrimoniumvennootschap, maar dat diens aansprakelijkheid niet betrokken was wanneer blijkt dat hij zich heeft gedragen als een normaal voorzichtig bestuurder, voor zover hem al geen kwijting zou zijn verleend.¹²⁶¹

¹²⁵⁸ Cass. 31 oktober 1946, *Pas.* 1946, I, 389; A. GOEMINNE, "Kwijting van bestuurders en zaakvoerders", *RW* 1995-96, nr. 30, p. 1012.

¹²⁵⁹ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 35, nr. 40.

¹²⁶⁰ Art. 1993 BW.

¹²⁶¹ Gent 28 oktober 2010, *JDSC* 2012, 141, noot M. DELVAUX, *TGR-TWVR* 2011, afl. 2, 120, noot X.

b. *Beslissingsbevoegdheid*

479. In principe kan de vennootschap in haar statuten het orgaan aanduiden dat zij bevoegd acht om over de kwijting van het dagelijks bestuur te beslissen.

JASSOGNE en LEBEAU schrijven dat deze bevoegdheid toebehoort aan de algemene vergadering als voornaamste vennootschapsorgaan.¹²⁶² Deze stelling lijkt mij evenwel achterhaald te zijn. Het zwaartepunt van de macht in de vennootschap ligt immers al lang niet meer bij de algemene vergadering, maar wel bij de raad van bestuur en in sommige gevallen zelfs bij het directiecomité.¹²⁶³ Daarnaast dient hierbij ook gedacht te worden aan de algemene regel op grond waarvan degene die delegeert toezicht dient uit te oefenen over de gedelegeerde. Indien dus de raad van bestuur de *delegans* is, moet hieruit worden afgeleid dat het dit orgaan is dat over de kwijting kan beslissen ten aanzien van het dagelijks bestuur. Tenslotte is het ook de raad van bestuur of het directiecomité – en niet de algemene vergadering – dat bevoegd is om te beslissen of de aansprakelijkheidsvordering tegen het dagelijks bestuur zal worden ingesteld.¹²⁶⁴

Bij afwezigheid van een toepasselijke statutaire bepaling zal de beslissing tot kwijting derhalve genomen moeten worden door de raad van bestuur of het directiecomité, naargelang het orgaan dat het dagelijks bestuur aanstuurt (en er dus de controlebevoegdheid over uitoefent).

c. *Frequentie*

480. Ook het ogenblik waarop over de kwijting gestemd moet worden kan door de vennootschap, desgevallend statutair, in alle vrijheid worden gekozen. De stemming hoeft dus, in tegenstelling tot bij de organisatie van de kwijting bij bestuurders, niet noodzakelijk jaarlijks te gebeuren. In de rechtsleer neemt men algemeen aan dat aan een dagelijks

¹²⁶² C. JASSOGNE, J. LEBEAU, "Les divers types de dirigeants et les variants en matière de responsabilité et décharge – responsabilités spécifiques mises à charge des dirigeants de société" in C. JASSOGNE (ed.), *Traité pratique de droit commercial. Tome 4 – Les sociétés - vol. 2*, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 668.

¹²⁶³ Art. 531 versus 522 W. Venn.

¹²⁶⁴ Zie *infra* randnummer.

bestuurder stilzwijgend kwijting wordt verleend door het goedkeuren van de jaarrekening zonder voorbehoud.¹²⁶⁵

481. Zolang de dagelijks bestuurder het vertrouwen heeft van het bestuur, is het feit of er nu al dan niet kwijting werd verleend van weinig belang. Het is maar wanneer hij dit vertrouwen verliest, bijvoorbeeld na een controlewijziging of naar aanleiding van een beëindiging van de samenwerking, dat het toch enig nut kan hebben om hierover periodiek een stemming in te bouwen. De dagelijks bestuurder verwerft op die manier wat meer zekerheid over zijn positie binnen de vennootschap. Hij weet nu immers zo goed als zeker dat de vennootschap tegen hem niet meer met succes een aansprakelijkheidsvordering zal kunnen instellen. Aan de dagelijks bestuurder is het dan om een bijzonder verslag op te stellen waarin hij rekening en verantwoording aflegt over zijn dagelijks beleid, waarna de vennootschap in een overeenkomst kan vastleggen dat zij instemt met een kwijting over dit aangegeven beleid.¹²⁶⁶ De kwijting dekt immers uitsluitend die fouten die uitdrukkelijk aan het beslissende orgaan gerapporteerd werden, anders gezegd de fouten waarover de dagelijks bestuurder rekening en verantwoording aflegde.¹²⁶⁷

Naar analogie met het bestuur, kan ook het dagelijks bestuur vragen dat een kwijtingsbeslissing zou worden genomen, maar ook hij kan geen gunstige beslissing afdwingen. De raad van bestuur of het directiecomité kiest of zij de kwijting verleent, weigert of uitstelt. Een eventuele weigeringsbeslissing kan evenwel, doch in uitzonderlijke gevallen, rechtsmisbruik uitmaken.¹²⁶⁸

¹²⁶⁵ M. VANDENBOGAERDE, "Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders", Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 35, nr. 40; P.H. FORIERS, "Décharge, réception et quittance" in X (ed.), *De behoorlijke beëindiging van overeenkomsten*, Brussel, Vlaams pleitgenootschap bij de balie van Brussel, 1993, p. 138, nr. 34.

¹²⁶⁶ B. TILLEMAN, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 375, nr. 614.

¹²⁶⁷ Art. 1993 BW; H. DE WULF en I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, p. 241.

¹²⁶⁸ Gent 29 september 2008, *JDSC* 2010, 43; *TGR-TWVR* 2009, afl. 1, 24, noot G. BALLON; *TRV* 2012, afl. 3, 232, noot D. VAN GERVEN.

§ 4. Verjaring

482. De verjaring is een middel om door verloop van een zekere tijd en onder de voorwaarden die de wet bepaalt, iets te verkrijgen of van een verbintenis bevrijd te worden (artikel 2219 BW).¹²⁶⁹ Het opleggen van dwingende termijnen waarbinnen rechten moeten worden geclaimd en/of betwist, is ingegeven door de maatschappelijke behoefte aan rechtszekerheid en sociale rust. VAN OEVELEN motiveert de *ratio* van de verjaring zeer concreet door te bevestigen dat een samenleving er inderdaad belang bij heeft dat feitelijke toestanden die gedurende een min of meer lange tijd hebben bestaan, ook door het recht worden erkend. Indien men dit uitgangspunt niet aanvaardt, wordt nagenoeg iedere rechtsordening onmogelijk, omdat vrijwel ieder recht zou kunnen worden betwist wegens zijn dubieuze of onzekere oorsprong in de tijd.¹²⁷⁰

483. Vorderingen tegen vennootschapsbestuurders, die verband houden met de verrichtingen van hun taak, verjaren na verloop van vijf jaar te rekenen vanaf het ogenblik van die verrichtingen of, indien ze met opzet verborgen zijn gehouden, te rekenen vanaf het ogenblik van de ontdekking van die verrichtingen (artikel 198 §1, vierde streepje W. Venn.). Deze termijn geldt zowel ten aanzien van de vennootschap als ten aanzien van derden.¹²⁷¹

De korte verjaringstermijn is ingegeven vanuit de bezordheid van de wetgever om het bestuur niet al te lang in de onzekerheid te laten omtrent een eventuele aansprakelijkheid voor fouten die zij hebben begaan in de uitoefening van een (vorige) opdracht. Bedoeling is om het fenomeen van de 'bange bestuurder' te vermijden.

¹²⁶⁹ Hoewel de wet spreekt over het uitdoven van de verbintenis zelf, neemt men algemeen aan dat het niet de verbintenis is die uitdooft, maar wel de hieraan verbonden rechtsvordering (i.e. de mogelijkheid om voor hoven en rechtbanken ten aanzien van een ander de rechtsgevolgen verbonden aan een subjectief recht ten gronde, een vrijheid of een belang, af te dwingen. L. CORNELIS, "Panta rei, kai ouden menei. Over de verjaring van de rechts- en schuldvordering", in CBR (ed.), *De verjaring*, Antwerpen - Oxford, Intersentia 2007, 377 en verder.

¹²⁷⁰ A. VAN OEVELEN, "Woord vooraf", in CBR (ed.), *De verjaring*, Antwerpen - Oxford, Intersentia 2007, vii.

¹²⁷¹ Cass. 27 mei 1994, *Pas.* 1994, I, 522, *Arr. Cass.*, 1994, 544, *JDSC* 1999, 218 (verkort), noot M.A. DELVAUX; *RW* 1994-95, 673, *RPS* 1994, 291, *TRV* 1995, 54, noot, M.W. en *TBH* 1994, 1001, noot, Rb. Brugge 25 september 1989, *RW* 1990-91, 1204; H. DE WULF en I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, 203; M. VANDENBOGAERDE, "Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders", Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 42, nr. 48.

Besturen staat gelijk aan risico nemen en met een langere verjaringstermijn is het niet ondenkbaar dat maar weinig personen bereid worden gevonden om meer verantwoordelijke taken op zich te nemen. Daarbij komt nog dat van diegene die een aansprakelijkheidsvordering wenst in te stellen tegen een bestuurder, in alle redelijkheid mag worden gevraagd, dat hij dit zou 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 dus, 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.¹²⁷² Een *caveat* hier is wel dat de regeling niet van openbare orde is. De rechter hoeft er zich dus niet ambtshalve op te beroepen en ook de bestuurder zelf kan er, in het kader van een hangende procedure, aan verzaken.¹²⁷³

484. Hoewel de bepaling uit artikel 198 §1, vierde streepje W. Venn. naar de persoon zeer ruim geformuleerd werd - de regeling is van kracht voor bestuurders, leden van de directieraad¹²⁷⁴, leden van de raad van toezicht, commissarissen en vereffenaars - wordt de dagelijks bestuurder niet genoemd. Wat de afgevaardigd bestuurder betreft vinden we in de rechtspraak zeer duidelijk de bevestiging terug dat feiten, die door een afgevaardigd bestuurder werden gepleegd in het kader van een functie als dagelijks bestuurder (en niets te

¹²⁷² Grondwettelijk Hof 21 maart 2007, <http://www.const-court.be> (28 maart 2007); A.GrwH 2007, afl. 2, 655; BS 25 mei 2007 (tweede uitgave) (uittreksel), 28298 en <http://staatsblad.be> (26 mei 2007); JDSC 2007, 69, noot M. DELVAUX; RW 2007-08 (samenvatting), afl. 12, 481 en <http://www.rw.be> (16 november 2007); TBH 2007 (weergave S. DE GEYTER afl. 7, 732 en <http://www.rdc-tbh.be> (8 oktober 2007); TBH 2007 (samenvatting S. DE GEYTER), afl. 7, 733 en <http://www.rdc-tbh.be> (8 oktober 2007).

¹²⁷³ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, p. 483; M. VANDENBOGAERDE, "Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders", Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 42, nr 48. Een dergelijke verzaking blijkt evenwel niet uit de medewerking die een bestuurder verleent bij onderzoeksmaatregelen die door de rechtbank worden bevolen. Brussel 1 april 1964, *Pas.* 1965, II, 135,

¹²⁷⁴ Met leden van de directieraad worden niet de leden van het directiecomité bedoeld. De aansprakelijkheid van de leden van het directiecomité moet dus - net als die van het dagelijks bestuur - beoordeeld worden op grond van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid uit artikel 2262bis BW. Vermits er geen rechtvaardiging bestaat voor het onderscheid tussen de verjaringstermijn van de bestuurders tegenover de leden van het directiecomité en de grondwettigheidstoets vermoedelijk ook niet zal doorstaan, neemt men in de rechtsleer aan dat de weglating van de leden van het directiecomité uit artikel 198 §1 W. Venn. op een vergetelheid berust, waaraan zo vlug als mogelijk moet worden geredigeerd. M. VANDENBOGAERDE, "Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders", Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 46-47, nr.51.

zien hebben diens mandaat als bestuurder), niet worden gedekt door de verjaring die bij artikel 198 §1 vierde streepje W. Venn. werd ingesteld:

“L’article 194 des L.C.S.C. déclare prescrites par cinq ans toutes les actions contre les administrateurs ‘pour faits de leurs fonctions’.

*Il ressort du dossier que D. Cauchie a démissionné de ses fonctions d’administrateur délégué le 26 février 1978 et qu’il a renoncé, le 7 juillet 1978, à ses fonctions d’administrateur et de président de conseil d’administration avec effet au 1^{er} septembre 1978. Les faits postérieurs à cette date ne sont donc certainement pas couverts par une quelconque prescription applicable aux administrateurs de société.
(...)*

Par ailleurs, les faits illicites commis par D. Cauchie l’ont été exclusivement dans le cadre de ses fonctions de délégué à la gestion journalière de la s.a. ESH et de propse de cette société. Ils n’ont rien à voir avec son mandat d’administrateur. Ces faits rattachent à la gestion journalière de la société qui comprend tous les actes d’exploitation accomplis dans le cadre des décisions pris par le conseil d’administration ou des directives arrêtées par lui (VAN RYN, t.I, 1^{re} éd., n° 649). En ce qui concerne l’exécution concrète du paiement des commissions secrètes, ce n’est assurément pas le conseil d’administration qui s’en chargeait.” ¹²⁷⁵

Bij gebreke aan een specifieke wettelijke bepaling waarin de verjaringstermijn wordt bepaald, moet men terugvallen op de gemeenrechtelijke bepaling van artikel 2262*bis* BW.¹²⁷⁶ Op grond van dit artikel verjaren alle persoonlijke rechtsvorderingen door verloop van tien jaar en buitencontractuele vorderingen door verloop van vijf jaar vanaf de dag volgend op die waarop de benadeelde kennis heeft gekregen van de schade of van de verzwaring ervan en van de identiteit van de daarvoor aansprakelijke personen (artikel 2262*bis* §1 BW).¹²⁷⁷ De verjaringstermijn voor aansprakelijkheidsvorderingen tegen het dagelijks bestuur is evenwel verschillend naargelang de rechtspositie die de betrokken dagelijks bestuurders heeft ten

¹²⁷⁵ Brussel 12 september 2003, *JT* 2004, afl. 6121, 7 en <http://jt.larcier.be> (1 juli 2008).

¹²⁷⁶ C. JASSOGNE, J. LEBEAU, “Les divers types de dirigeants et les variants en matière de responsabilité et décharge – responsabilités spécifiques mises à charge des dirigeants de société” in C. JASSOGNE (ed.), *Traité pratique de droit commercial. Tome 4 – Les sociétés* - vol. 2, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 670.

¹²⁷⁷ Buitencontractuele vorderingen verjaren in elk geval na verloop van twintig jaar vanaf de dag volgend op die waarop het feit waardoor de schade is veroorzaakt, zich heeft voorgedaan.

aanzien van de vennootschap. De gemeenrechtelijke verjaringstermijn uit artikel 2262*bis* BW geldt immers niet voor werknemers.

A) De dagelijks bestuurder- zelfstandige

485. In het vorig randnummer werd reeds gesteld dat de dagelijks bestuurder bij de uitvoering van zijn mandaat niet kan rekenen op een vlugge verjaring van aansprakelijkheidsvorderingen die tegen hem kunnen worden ingesteld.¹²⁷⁸ In de praktijk betekent dit concreet dat een dagelijks of afgevaardigd bestuurder voor contractuele handelingen vijf jaar langer verantwoordelijk kan worden gesteld dan de in artikel 198 §1 vierde streepje W. Venn. opgesomde vennootschapsmandatarissen. Buitencontractueel geldt voor allen in beginsel eenzelfde termijn van vijf jaar. Het ogenblik waarop deze termijn begint te lopen is evenwel anders bij artikel 2262*bis* dan bij artikel 198 §1 W. Venn.: artikel 2262*bis* hanteert een subjectief criterium – ‘*de dag volgend op die waarop de benadeelde kennis kreeg van de schade*’ - terwijl de termijn bij artikel 198 §1 W. Venn. een objectieve termijn is en begint te lopen zodra de handeling werd gesteld. Ook hier wordt de dagelijks of afgevaardigd bestuurder dus langer in onzekerheid gelaten dan zijn collega’s-mandatarissen.

486. Men kan zich afvragen of de verschillende verjaringstermijn verantwoord is. Immers, de langere verjaringstermijn voor het dagelijks bestuur (en de leden van het directiecomité) kan leiden tot de merkwaardige situatie dat de voltallige raad van bestuur vrijuit gaat voor het stellen van een bepaalde handeling, terwijl het dagelijks bestuur (samen met het directiecomité) wel nog verantwoordelijk kan worden gehouden.

Sommige auteurs, waaronder DIEUX en WILLERMAIN, zijn er dan ook voorstander van om de verkorte verjaring uit artikel 198 §1 vierde streepje W. Venn. op een analoge wijze toe te passen op de leden van het orgaan van dagelijks bestuur.¹²⁷⁹ In gelijkaardige zin meent CLEEREN dat de redelijkheid noopt tot het gelijkaardig toepassen van de vennootschapsrechtelijke verjaringstermijn voor dagelijks bestuurders (en vaste

¹²⁷⁸ Zie *supra* randnummer 484.

¹²⁷⁹ X. DIEUX en D. WILLERMAIN, "Corporate governance. la loi du 2 août 2002", *JT* 2004, nr. 15, p. 42 ; F. PINTÉ, "Art. 527 C. Soc." in *Commentaire systématique du nouveau code des sociétés*, Kluwer, losbl. 2005, www.jura.be, VI. Zie evenwel voor een tegenovergestelde opinie: M. VANDENBOGAERDE, "Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders", Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 47, nr.52.

vertegenwoordigers).¹²⁸⁰ VANDENBOGAERDE is daarentegen van mening dat een onderscheiden behandeling gemakkelijk te verantwoorden is, omdat de dagelijks bestuurder enerzijds geen werkelijke bestuursbevoegdheid heeft en anderzijds niet kan worden beschouwd als een bestuurder *sensu stricto*.¹²⁸¹ M.i. dient deze zienswijze gevolgd te worden. Wanneer men naar de motieven van de wetgever kijkt om een kortere verjaringstermijn te voorzien voor bestuurders, kan men immers niet anders dan vaststellen dat het diens voornaamste motief geweest is om het fenomeen van bange bestuurders te voorkomen. Besturen houdt in dat men soms risico's moet nemen, wat enerzijds kan leiden tot grote successen, maar evenzeer tot grote nederlagen. Om te vermijden dat een wettelijke aansprakelijkheidsregeling - en de mogelijkheid om bestuurders nog lang na het opnemen van hun mandaat aansprakelijk te stellen - verlamd zou werken, koos de wetgever voor een korte termijn. Aangezien de dagelijks bestuurder *as such* geen wezenlijke bestuursbevoegdheid heeft, ontbreekt hier het belangrijkste argument om de termijn van verjaring in te korten.

Wat de aansprakelijkheid van de afgevaardigd bestuurder betreft, moet worden teruggerepen naar de basisregel op grond waarvan men aansprakelijk is binnen de eigen bevoegdheidssfeer. Voor handelingen die de afgevaardigd bestuurder stelt als bestuurder zal hij dus aansprakelijk zijn conform het regime van bestuurdersaansprakelijkheid, inclusief de regels van de verkorte verjaring. Voor handelingen gesteld als dagelijks bestuur is hij aansprakelijk conform het gemeenrechtelijke regime. De weglating van de dagelijks bestuurder in artikel 198 §1 vierde streepje W. Venn. zal om die reden alleen al allicht de grondwettigheidstoets doorstaan.

In de praktijk zal het bovendien ook niet frequent voorkomen dat een bestuur vrijuit gaat voor een misstap die hij heeft begaan, terwijl de dagelijks bestuurder *tout seul* hiervoor de verantwoordelijkheid dient te dragen. Een concreet (fictief) voorbeeld kan hier verhelderend werken:

De bedrijfsleiding van de NV X veroorzaakte schade bij tal van burgers uit de gemeente Y. Na onderzoek blijkt dat deze schade het rechtstreekse gevolg is van diverse inbreuken die door de bedrijfsleiding werden begaan op de

¹²⁸⁰ F. CLEEREN, "Het orgaan van dagelijks bestuur", *RW* 1996-1997, p. 218.

¹²⁸¹ M. VANDENBOGAERDE, "Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders", Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 47, nr. 52.

milieuwetgeving.¹²⁸² De schade manifesteert zich pas in 2016, terwijl de raad van bestuur van de NV X collectief werd ontslagen in 2010 en dus meer dan vijf jaar geleden. In principe gaat de raad van bestuur dus vrijuit, maar de dagelijks bestuurder van de NV X kan wel nog worden aangesproken voor de vergoeding van de integrale schade, ten minste in de mate dat de inbreuken op de milieuwetgeving in casu als handelingen van dagelijks bestuur gekwalificeerd kunnen worden. We gaan er hier vanuit dat dit zo is.

Hoewel elke zaak volgens de concrete omstandigheden moet worden beoordeeld, zal men hier tot het besluit komen dat de betreffende dagelijks bestuurder niet alleen, maar samen met het bestuur aansprakelijk moet worden gesteld op grond van artikel 2262bis W. Venn. De eerste vraag die hier moet worden gesteld is immers in welke hoedanigheid de betreffende handelingen werden gesteld. Werden deze gesteld als bestuurder, dan geldt de verkorte termijn ex artikel 198 §1 W. Venn. Werden deze echter gesteld buiten de vervulling van het takenpakket van het bestuur en dus als een privépersoon dan geldt enerzijds een andere maatstaf voor de beoordeling van de aansprakelijkheid - dit is heeft men gehandeld als een normaal en zorgvuldig burger, niet bestuurder, geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden - en anderzijds ook een andere verjaringstermijn, namelijk conform het gemeen recht.

Inbreuken op de algemene zorgvuldigheidsnorm buiten de taakvervulling van een persoon in diens hoedanigheid als bestuurder, maken dat deze persoon niet gerechtigd zal zijn op een verlaagde bestuurdersaansprakelijkheid, simpelweg omdat deze met besturen niets te maken hebben. Dit vloeit overigens voort uit de wettekst van artikel 198§1, vierde streepje W. Venn., waar uitdrukkelijk wordt voorgeschreven dat de verjaringstermijn van vijf jaar enkel geldt voor de in dit artikel genoemde personen en dan nog enkel '*wegens verrichtingen in verband met hun taak*'. Dit is dus nog een extra argument, weliswaar van een heel andere orde, wat maakt dat de verschillende behandeling kan behouden blijven.

¹²⁸² De analyse geldt onverminderd de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder als leidinggevende van de rechtspersoon. Zie hierover P. WAETERINCKX, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en zijn leidinggevendenden. Een analyse vanuit de rechts- en bedrijfspraktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2015, p. 11 en verder.

Wat er van deze discussie ook zij, zolang er voor de toepassing van een verkorte verjaringstermijn voor het dagelijks bestuur geen steun kan worden gevonden in enige wettekst, kan geen navolging worden gegeven aan het standpunt van de auteurs die menen dat niet de gemeenrechtelijke, maar wel de bijzondere verjaringsregeling voor bestuurders moet worden toegepast.

B) De dagelijks bestuurder-werknemer

487. Er bestaat nog een heel andere mogelijkheid om het aansprakelijkheidsrisico van de dagelijks bestuurder tot een minimum te reduceren. Wanneer de dagelijks bestuurder er samen met de vennootschap voor zou kiezen om zijn opdracht uit te oefenen in het kader van een arbeidsovereenkomst, valt hij als werknemer immers onder het toepassingsgebied van de dwingende regels uit het arbeidsrecht. Wat de cumulatie van een mandaat als bestuurder en dagelijks bestuurder betreft kan in dit verband worden verwezen naar de vaste rechtspraak op grond waarvan een cumul van functies als dagelijks bestuurder-werknemer en bestuurder mogelijk is, voor zover er een duidelijk onderscheid kan worden gemaakt tussen beide functies.¹²⁸³

Voor werknemers geldt niet de gemeenrechtelijke verjaringstermijn, maar wel de ingekorte bevrijdende verjaringstermijn uit artikel 15 WAO, op grond waarvan alle rechtsvorderingen die uit de arbeidsovereenkomst ontstaan verjaren één jaar na het beëindigen van deze overeenkomst of vijf jaar na het feit waaruit de vordering is ontstaan, zonder dat deze termijn één jaar na het eindigen van de overeenkomst mag overschrijden (artikel 15 WAO). Hier geldt dus een cumulatieve regeling.¹²⁸⁴

¹²⁸³ Gent 20 januari 2003, *JDSC* 2005, 121, noot P. KILESTE, C. STAUDT, *TRV* 2003, afl. 8, 667, noot D. VAN GERVEN; Gent 2 juni 2003, *JDSC* 2005, 128, noot P. KILESTE, C. STAUDT, *TRV* 2003, afl. 7, 595, noot J. VANANROYE; D. VAN GERVEN, "Het ontslag van bestuurders van een NV", *TRV* 1999, p. 171-172; B. ADRIAENS en D. DEJONGHE, "De vennootschapsmandataris en het sociaal recht", *Or.* 2002, 27; L. ELIAERTS, "De arbeidsrelatiewet, vennootschapsmandatarissen en vennoten", *TRV* 2008, afl. 2, 88; B. DEGROOF, "Contractualisering van de verhouding dagelijks bestuurder en vennootschap: arbeidsovereenkomst of managementovereenkomst", *Jura Falc.* 2009-2010, Nr. 3, p. 475; J-B BECKERS en T. BAART, "De *ad nutum*-afzetbaarheid van de bestuurder in de NV nader onderzocht", *Not. Fisc. M.* 2011, afl. 8, p. 250.

¹²⁸⁴ M. JAMOUILLE, *Le contrat de travail*, Luik, Faculté de droit de Liège, 1986, II, nr. 347; W. RAUWS, "De verjaring in het arbeidsrecht", in CBR (ed.), *De verjaring*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2007, p. 2.

Rechtsvorderingen verjaren dus in principe na het verstrijken van een termijn van vijf jaar, die begint te lopen vanaf het ogenblik dat de vordering is ontstaan, maar kunnen ook vroeger verjaren omdat ze in elk geval verjaren één jaar na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Het toepassingsgebied van de vermelde bepaling blijft beperkt tot de interne rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer en kan dus niet worden tegengeworpen aan derden die geen partij zijn bij de arbeidsverhouding.¹²⁸⁵ De dagelijks of afgevaardigd bestuurder-werknemer zal de verjaringstermijn krachtens artikel 15 WAO dan ook niet kunnen inroepen tegen de curatoren van de failliete vennootschap.¹²⁸⁶

Daarnaast heeft de bepaling ook uitsluitend betrekking op de tekortkomingen van contractuele aard die een werknemer begaat en heeft deze dus geen enkele weerslag op de buitencontractuele aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder-werknemer tegenover de vennootschap-werkgever.¹²⁸⁷ Niettemin bevat artikel 15 WAO het gemeen recht inzake de verjaring van arbeidsovereenkomsten, zodat de inhoud van deze bepaling extensief geïnterpreteerd moet worden.¹²⁸⁸ Voor de toepassing van artikel 15 WAO volstaat het dan ook dat een vordering rechtstreeks of onrechtstreeks ontstaan is uit de arbeidsovereenkomst.¹²⁸⁹

Bovendien kan men alsnog een langere verjaringstermijn bekomen, wanneer men zijn vordering baseert op een misdrijf. Op grond van artikel 26 VT Sv. kan de burgerlijke vordering immers niet voor de strafvordering verjaren.¹²⁹⁰ Een arrest van het Hof van Cassatie van 9 februari 2009 legt aan de burgerlijke rechter de verplichting op om, wanneer hij de verjaring

¹²⁸⁵ Brussel 12 september 2003, *JT* 2004, afl. 6121, 7 en <http://jt.larcier.be> (1 juli 2008); W. DEVOS en V. CAIMO, "Kunnen vennootschapsmandatarissen een beroep doen op de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet?", *TRV* 2009, 635.

¹²⁸⁶ W. RAUWS, "De verjaring in het arbeidsrecht", in CBR (ed.), *De verjaring*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2007, p.6.

¹²⁸⁷ Cass. 14 januari 2008, <http://www.cass.be> (4 februari 2008); *JTT* 2008, afl. 1013, 302, noot F. LAGASSE, M. PALUMBO; *Pas.* 2008, afl. 1, 110.

¹²⁸⁸ W. VAN EECKHOUTTE, "De verjaring van contractuele en buitencontractuele vorderingen in het arbeidsrecht" in I. CLAEYS (ed.), *Verjaring in het privaatrecht. Weet de avond wat de morgen brengt?*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2005, 292; M. JAMOUILLE, *Le contrat de travail*, Luik, Faculté de droit de Liège, 1986, II, nr. 349 ; W. RAUWS, "De verjaring in het arbeidsrecht", in CBR (ed.), *De verjaring*, Antwerpen -Oxford, Intersentia, 2007, p. 4.

¹²⁸⁹ W. RAUWS, "Actualia inzake de verjaring in het arbeidsrecht", *RW* 2002-2003, 366; W. RAUWS, "De verjaring in het arbeidsrecht", in CBR (ed.), *De verjaring*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2007, p. 6.

¹²⁹⁰ Art. 26 VT. Sv; W. DEVOS en V. CAIMO, "Kunnen vennootschapsmandatarissen een beroep doen op de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet?", *TRV* 2009, 636; H. DE WULF en I. DE POORTER, "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, 204.

van een rechtsvordering nagaat, vast te stellen dat de feiten die aan de vordering ten grondslag liggen, onder de toepassing van de strafwet vallen.¹²⁹¹ De toepasselijkheid van de éénjarige verjaringstermijn blijft derhalve beperkt tot het geval waarin de dagelijks bestuurder-werknemer wordt aangesproken door de vennootschap wegens bestuursfouten of inbreuken op het W. Venn. of de statuten die geen misdrijf uitmaken.¹²⁹²

¹²⁹¹ Cass. 9 februari 2009, <http://www.cass.be> (2 april 2009), concl. J. LECLERCQ; JLMB 2010, afl. 14, 633 en <http://jlmbi.larcier.be> (26 juli 2010); JTT 2009, afl. 1038, 211, concl. J. LECLERCQ; Pas. 2009, afl. 2, 392, concl. J. LECLERCQ; Soc.Kron. 2010 (samenvatting), afl. 1, 55; Soc.Kron. 2010 (samenvatting), afl. 6, 350; Soc.Kron. 2010 (samenvatting), afl. 9, 510.

¹²⁹² W. DEVOS en V. CAIMO, "Kunnen vennootschapsmandatarissen een beroep doen op de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet?", TRV 2009, 636.

DEEL V: DE (RE)ORGANISATIE VAN HET DAGELIJKS BELEID IN DE BELGISCHE NV

488. Het sluitstuk van dit proefschrift is het antwoord op de vraag of de organisatie van het dagelijks beleid in de NV aan een hervorming toe is en, voor zover deze vraag positief beantwoord wordt, hoe met deze reorganisatie moet worden omgegaan. Voortgaand op het reeds gevoerde onderzoek en de verschillende vraagstukken die daarbij aan bod gekomen zijn, bestaat er m.i. nog weinig twijfel over het feit dat de huidige regelgeving omtrent de organisatie van de dagelijkse leiding in de NV tekortschiet, waardoor deze niet tegemoetkomt aan de behoefte van het ondernemingsleven. Hierna, in Afdeling II, wordt daarom dieper ingegaan op de fundamentele bezwaren over artikel 525 W.Venn., waaronder het stilaan verdwijnen van de bestaansreden van een afzonderlijk orgaan van dagelijks bestuur, die er mede voor hebben gezorgd dat de meest radicale oplossing - dit is een volledige afschaffing van artikel 525 W. Venn. - andermaal wordt voorgelegd aan de wetgever.¹²⁹³ Met de afschaffing van het orgaan van dagelijks bestuur verdwijnt evenwel niet de noodzaak om het dagelijks beleid in de vennootschap op een efficiënte wijze te organiseren. In Afdeling III wordt daarom onderzocht of er daarvoor in ons huidige Belgische vennootschapsrecht, zo nodig mits enkele wettelijke aanpassingen, voldoende alternatieven voorhanden zijn.

Om echter finaal tot een deugdelijk besluit te kunnen komen over de opportuniteit van het voortbestaan van het orgaan van dagelijks bestuur, kunnen ook de voordelen verbonden aan het orgaan van dagelijks bestuur zoals dat vandaag bestaat, niet buiten beschouwing worden gelaten. De analyse begint daarom eerst met een bespreking van de voordelen van het orgaan van dagelijks bestuur naar huidig recht en onderzoekt dan verder of, in het licht van de vele bezwaren die er zijn, een selectief behoud van het orgaan van dagelijks bestuur, eventueel na een wetswijziging, nog zinvol is (Afdeling I).

¹²⁹³ Beleidsnota van het BCV zoals deze overhandigd werd aan de minister van justitie in juli 2015, http://www.bcv-cds.be/files/bcv_nota_minister_justitie_nl_20151002.pdf.

Hoofdstuk I: ARGUMENTEN VOOR HET BEHOUD VAN HET ORGAAN VAN DAGELIJKS BESTUUR IN DE BELGISCHE NV

489. Er kunnen redenen zijn om het zo ‘unieke’ orgaan van dagelijks bestuur te beschouwen als een troef van het Belgische vennootschappenrecht. Zo biedt artikel 525 W. Venn. de mogelijkheid om, op een algemene wijze, de bevoegdheid over het dagelijks beleid van de vennootschap te delegeren aan één orgaan dat, heel vaak zelfs, uit maar één persoon bestaat die in dezelfde vennootschap verschillende hoedanigheden kan bekleden. Aan een dergelijke algemene bevoegdheidsdelegatie zijn een aantal voordelen verbonden in vergelijking met een systeem waarbij men het dagelijks bestuur organiseert via een systeem van bijzondere volmachten.

Daarnaast biedt de regeling van artikel 525 W. Venn., gelet op het optionele karakter gekoppeld aan de autonome beslissingsbevoegdheid van de raad van bestuur of van het directiecomité om een orgaan van dagelijks bestuur op te richten, enige flexibiliteit ten aanzien van de onderneming. Een flexibel systeem heeft als voordeel dat de vennootschap, i.e. de raad van bestuur die beslist over de structuur van het uitvoerend management, het bestuursmodel en de verdeling van bevoegdheden kan aanpassen aan de groeifase waarin de vennootschap zich bevindt en aan de specificiteit van die onderneming. Besturen vergt in eerste instantie een voortdurende opvolging van het gekozen bestuursmodel en is in die optiek een dynamisch gebeuren. Hieronder wordt ingegaan op de flexibiliteit die inherent is aan de wettelijke regeling van het orgaan van dagelijks bestuur en de voordelen die hieraan verbonden zijn. Verder wordt deze flexibiliteit geplaatst in het licht van de trend in het Europese vennootschapsrecht om ondernemingen een grotere vrijheid te laten in de organisatie van het gekozen bestuursmodel.

490. Een opsomming van de voordelen die verbonden zijn aan het orgaan van dagelijks bestuur vormt meteen de aanzet voor het onderzoek naar een alternatieve piste, namelijk de positieve keuze voor een selectief behoud van het orgaan van dagelijks bestuur voor bepaalde types van vennootschappen en onder bepaalde wettelijke voorwaarden. Men kan zich inderdaad afvragen of het niet al te radicaal zou zijn om de figuur van de dagelijks bestuurder, die ook in het moderne bedrijfsleven nog steeds op handen wordt gedragen, uit te wissen uit ons rechtssysteem. Voor zover de wetgever ervoor zou kiezen om de figuur van de dagelijks

bestuurder gedeeltelijk te behouden, dringt een wettelijke omschrijving en verbreding van het begrip dagelijks bestuur zich op. Ten behoeve van de duidelijkheid is het tevens noodzakelijk dat een reeks vennootschappen van het toepassingsgebied van artikel 525 W. Venn. worden uitgesloten. Bevoegdheidsconflicten dienen immers zoveel mogelijk vermeden te worden. Voor een vlot handelsverkeer is dan wel cruciaal dat er een duidelijke richtsnoer is, die desnoods wordt opgenomen in de wet zelf, opdat men weet welke vennootschappen het dagelijks bestuur kunnen opdragen aan een orgaan van dagelijks bestuurder in de zin van artikel 525 W. Venn.

Afdeling I Unieke vorm van een wettelijke, algemene bevoegdheidsdelegatie

491. Dankzij de bevoegdheidsdelegatie aan een orgaan, genieten derden de bescherming van de prokureureregeling, die ze anders niet zouden hebben wanneer de vennootschap haar dagelijks bestuur zou organiseren door middel van *ad hoc*-lastgevingen. Interne bevoegdheidsbeperkingen aan de vertegenwoordigingsmacht van de dagelijks bestuurder binnen de wettelijke grens van het dagelijks bestuur, kunnen aan derden niet worden tegengeworpen: de vennootschap is er in voorkomend geval toe verplicht om een correct gevolg te geven aan de rechtshandeling die door de dagelijks bestuurder gesloten werd. Derden kunnen de uitvoering van de verbintenissen eventueel in rechte afdwingen.

De externe vertegenwoordigingsbevoegdheid van de *ad hoc*-lasthebber daarentegen, valt samen met het bestaan en de omvang van de volmacht die van de vennootschap verkregen werd en die in alle vrijheid door de vennootschap kan worden gereguleerd. Het bestaan en de omvang van de volmacht worden bewezen door de overlegging ervan en elke interne begrenzing, bijvoorbeeld de beperking tot het aangaan van contracten tot een bepaald maximumbedrag, kan aan derden worden tegengeworpen.¹²⁹⁴ In geval van een bevoegdheidsoverschrijdend handelen, is de vennootschap, behoudens schijnvertegenwoordiging en/of een bekrachtiging door het bevoegde orgaan achteraf, niet

¹²⁹⁴ H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, p. 231, nr. 35; P. DE WOLF, "Fragmentation des organes et spécialisation des tâches" in *Actualités en droit des sociétés*, Bruylant, 2011, 140, nr. 25.

gehouden om de aangegane verbintenissen na te leven. Aan derden wordt er naar huidig recht geen bescherming geboden: beperkingen van de vertegenwoordigingsmacht kunnen aan hen worden tegengeworpen. Het feit dat de bevoegdheid op een algemene wijze kan worden gedelegeerd en dat de volmacht niet getoond moet worden om de omvang ervan te bewijzen, is een pluspunt in vergelijking met een systeem van bevoegdheidsdelegatie door volmachten.

492. Met de eventuele afschaffing van het orgaan van dagelijks bestuur verdwijnt de mogelijkheid uit het Belgische vennootschapsrecht om op een algemene wijze ¹²⁹⁵ de bevoegdheid over het dagelijks beleid van de vennootschap over te laten aan een specifiek orgaan dat daartoe werd opgericht. ¹²⁹⁶

Het verlenen van *ad hoc*-lastgevingen aan (een) manager(s) in de vennootschap is hiervoor geen valabel alternatief. Rechtspraak en rechtsleer zijn het erover eens dat het verlenen van een algemene volmacht of delegatie verboden is en dat dus enkel het verlenen van een bijzondere volmacht voor een bepaalde rechtshandeling of voor een bepaalde categorie uitdrukkelijk omschreven rechtshandelingen toegelaten is (artikel 1987 BW).¹²⁹⁷ Hoe ver de som van deze bijzondere bevoegdheidsdelegaties kan reiken, wordt hierna verder onderzocht. De sanctie voor een overtreding van dit verbod bestaat alleszins uit de absolute nietigheid van de algemene delegatie, die samen met de nietigheid van de gestelde rechtshandelingen door elke belanghebbende kan worden gevorderd.¹²⁹⁸ De redenering hierachter is dat de algemene delegatie door de wetgever niet is voorzien en de vennootschapsrechtelijke organisatie miskent, die wordt geacht van openbare orde te zijn.¹²⁹⁹

¹²⁹⁵ Omdat de lijn tussen een bijzondere en een algemene delegatie soms moeilijk te trekken is, pleiten sommige auteurs ervoor om de delegatie aan het dagelijks bestuur als een bijzondere delegatie te beschouwen. Zie vb. M. DAVID, "La gestion et la représentation des SA, SPRL et SCRL" in M. COIPEL (ed.), *droit des sociétés commerciales*, Waterloo, Kluwer, 2012, 555.

¹²⁹⁶ Meestal wordt de delegatie van het dagelijks bestuur opgevat als een algemene delegatie, omdat zij, hoewel deze kwalitatief beperkt is tot de notie dagelijks bestuur, het volledige vennootschapsvermogen tot voorwerp zou hebben. H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, afl. 8-9, p. 241; S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta media group, 2015, p. 255, nrs. 301.

¹²⁹⁷ H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, afl. 8-9, p. 237; S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta media group, 2015, p. 255, nrs. 301 en verder.

¹²⁹⁸ V. SIMONART, "Le contrat de management. Aspects de droit des obligations et de droit des sociétés", *RDC* 1991, 1051 en 1054.

¹²⁹⁹ H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, afl. 8-9, p. 242.

Het delegeren van de individuele vertegenwoordigingsbevoegdheid aan één of meer bestuurders door middel van een één- of meerhandtekeningsclausule is evenmin een waardige oplossing, omdat men hier weliswaar op een algemene wijze delegeert, maar niet de interne beslissingsbevoegdheid: deze blijft in handen van de raad.¹³⁰⁰

493. Wel is het mogelijk om een directiecomité op te richten. In de praktijk blijkt er echter een zeer grote terughoudendheid bij de raden van bestuur van Belgische NV's om de bevoegdheden op een onomkeerbare wijze over te dragen aan een ander orgaan.¹³⁰¹ Veel liever verdeelt men de bevoegdheden tussen de raad van bestuur en een *de facto* orgaan van dagelijks bestuur, dat dan een groot deel van het laken naar zich toetrekt.¹³⁰² Een ander argument is dat het oprichten van een afzonderlijk, meerhoofdig orgaan dat de operationele leiding heeft over de vennootschap, naast de raad van bestuur, ook een negatieve invloed kan hebben op de agencykosten van de vennootschap, i.e. de kosten die verbonden zijn aan de samenwerking tussen mensen.¹³⁰³ Zeker in een NV van een kleinere omvang is men geneigd zijn om hoge agencykosten te vermijden door een systeem van delegaties op te zetten dat het finale rendement van de vennootschap niet in het gedrang brengt.¹³⁰⁴

¹³⁰⁰ H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, afl. 8-9, p. 238.

¹³⁰¹ Uit een groot onderzoeksproject dat gecoördineerd werd door Guberna in samenwerking met het VBO blijkt dat in 2013 nog maar een kwart van de beurgenoteerde vennootschappen opteert voor een directiecomité in de zin van artikel 524bis W. Venn. Men besluit in dit onderzoek dat, ofwel de controverse omtrent een wettelijk directiecomité aanhoudt, ofwel dat het directiecomité nog niet voldoende geïntergerd is in de praktijk ('Onbekend maakt onbemind'). L. VAN DEN BERGHE en P. LAMBRECHT, "Board Insights III, Het huwelijkscontract aan de top van de onderneming: bestuur en management", http://www.guberna.be/sites/default/files/general/Board%20Insights%20III_NL.pdf

¹³⁰² M. WYCKAERT en K. GEENS, "Het gebruik van het facultatief duaal systeem in Belgische beursgenoteerde vennootschappen", *TRV* 2010, afl. 7, p. 528 en 529.

¹³⁰³ Traditioneel worden de agencykosten onderverdeeld in drie categorieën, waaronder de *bonding costs*, de *monitoring costs* en *residual loss*. De eerste categorie van kosten zijn de kosten die verbonden zijn aan het tot stand brengen van de relatie tussen de agent en de principal. Hieronder vallen bijvoorbeeld de vergoeding of het loon dat aan de opdrachtnemer moet worden betaald, de eventuele kosten die verbonden zijn aan de organisatie van een selectieprocedure en ook de niet-pecuniaire kosten die gestoken worden in de opbouw van een werkbare vertrouwensrelatie tussen de opdrachtnemer en –gever. De *monitoring costs* ontstaan doordat de ene partij controle moet uitoefenen op de activiteiten van de andere. De gedachte die aan de basis ligt van de agencytheorie is immers dat partijen uiteenlopende belangen hebben. *Residual loss* tenslotte is de kost die ontstaat doordat de beslissingen van de agent suboptimaal zijn om het welzijn van zijn opdrachtgever te optimaliseren en dit ondanks de inspanningen van die opdrachtgever. H. DE WULF, *Taak en loyaleitplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia 2002, p. 28 en verder.

¹³⁰⁴ Andere (oneigenlijke) motieven die het gebrek aan succes van het directiecomité kunnen verklaren, zijn de angst van de CEO om zijn pivotale positie tussen de raad en het management te verliezen, de vrees voor betekenisverlies bij de raad van bestuur zelf en de onwil van sommige managers om de veilige werknemerspositie om te ruilen voor een zelfstandig statuut en de hieraan verbonden verhoogde aansprakelijkheid. M. WYCKAERT en K. GEENS, "Het gebruik van het facultatief duaal systeem in Belgische beursgenoteerde vennootschappen", *TRV* 2010, afl. 7, p. 537.

Afdeling II Flexibiliteit

§ 1. Op het niveau van het orgaan van dagelijks bestuur

494. Vooreerst is de oprichting van een orgaan van dagelijks bestuur facultatief. De vennootschap is niet verplicht om een orgaan van dagelijks bestuur op te richten. Het Wetboek van Vennootschappen biedt hiertoe wel de mogelijkheid, maar voorziet daarnaast in een aantal waardige alternatieven die een efficiënt bestuur van de vennootschap mogelijk maken. Hierbij kan worden gedacht aan de mogelijkheid voor de raad van bestuur om onder zijn leden een gedelegeerd bestuurder aan te stellen die individueel of samen met een andere bestuurder/niet-bestuurder bevoegd kan zijn om de vennootschap tegenover derden te vertegenwoordigen (artikel 522§2 W. Venn.). Verder is het ook mogelijk om, als de statuten van de vennootschap dit toelaten, een directiecomité op te richten waaraan - eveneens op een algemene wijze - de operationele bevoegdheid over de vennootschap kan worden overgedragen (artikel 524*bis* W. Venn.).

Ten tweede is er voor de oprichting van een orgaan van dagelijks bestuur geen statutaire toelating vereist. Dit betekent dat de raad van bestuur, wanneer hij maar wil, een dagelijks bestuur kan inrichten, maar ook omgekeerd, dat hij de opdracht van de dagelijks bestuurder kan beëindigen wanneer de reden voor de oprichting ervan verdwenen zou zijn of indien hij zich anders zou willen organiseren. Wanneer men kijkt naar de essentie, dit is de organisatie van een goed bestuur en toezicht, kan men er niet omheen dat een flexibel systeem zijn voordelen kan hebben, minstens dat het geen nadelige invloed heeft op de groei van de vennootschap.

§ 2. Ruimer kader: flexibiliteit is trending in Europa

495. Het is bovendien een trend in het Europese vennootschapsrecht dat de wetgevers van de Europese lidstaten, in tegenstelling tot vroeger, meer dan één bestuursmodel aanreiken waaruit de vennootschap dan een keuze kan maken. Het Nederlandse NV-recht bijvoorbeeld kent traditioneel een dualistische bestuursvorm met een strikte scheiding tussen het bestuur van de vennootschap (de raad van bestuur of de directie) en het toezicht (de raad van

commissarissen). Met de invoering van de Wet Bestuur en Toezicht in 2011 wordt het voor NV's ook mogelijk gemaakt om statutair te kiezen voor een monistische bestuursvorm, op grond waarvan men kan kiezen voor een *one tier board* waarin de bestuurstaken verdeeld worden over uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders.¹³⁰⁵

De aanleiding voor de toenemende flexibilisering van het vennootschapsrecht op het Europese niveau is te verklaren door de ruime uitleg die het Hof van Justitie in zijn rechtspraak gegeven heeft aan de in het Verdrag voor de werking van de Europese Unie (VwEU) neergelegde vrijheid van vestiging en de concurrentie die ten gevolge daarvan is ontstaan tussen de verschillende Europese rechtsvormen.¹³⁰⁶ Het is in dat kader dat steeds meer

¹³⁰⁵ *Stb.* 2001, 275, <https://zoek.officiëlebezoekingen.nl/stb-2011-275.html>.

¹³⁰⁶ HvJ 9 maart 1999 (arrest *Centros*), *CML Rev.* 2000 (weergave W. ROTH 147 en <http://www.kluwerlawonline.com/> (18 oktober 2001); <http://curia.europa.eu> (8 januari 2001); *JT* 1999, 341 en <http://jt.larcier.be> (1 juli 2008); *Jur. H.v.J.* 1999, I, 1459; *J.T. dr. eur.* 1999 (verkort), 89; *Journ. jur.* 2003 (weergave P. SAERENS), afl. 22, 7; *NJB (NL)* 1999 (weergave), 963; *NIPR (NL)* 1999, 303 en <http://nipr-online.eu/> (27 juni 2012); *Pb C* 15 mei 1999 (dispositief), afl. 136, 3 en <http://www.europa.eu.int/eur-lex> (5 maart 2003); *RAE* 2000 (weergave M. HOFSTOTTER, J. SVENNINGSSEN), 300; *JDSC* 2000, 281; *Euredia* 1999 (verkort), 381; *Rev.prat.soc.* 2000, 42; *RW* 1998-99 (weergave L. GOOSSENS) 1535 en <http://www.rw.be> (12 juli 2006); *S.E.W. (Katern)* 1999 (weergave), 13, noot -; *SEW* 2000, 219; *TBH* 1999 (weergave M. CRUYSMANS), 364; *TRV* 2003, afl. 2, 199; *V & F* 1999, 34; HvJ 5 november 2002 (arrest *Uberseering*), *Ars Aequi (Ned.)* 2003, afl. 5, 379 en <http://www.arsaequi.nl/maandblad> (1 juli 2008); <http://curia.europa.eu> (13 november 2002), concl. D. RUIZ-JARABO COLOMER.; *J.T. dr. eur.* 2003, afl. 95, 18; *Jur. HvJ* 2002, afl. 11 (A), I, 9919, concl. D. RUIZ-JARABO COLOMER; *Journ. jur.* 2003 (weergave P. SAERENS) afl. 22, 7; *NIPR (NL)* 2003, afl. 1, 42 en <http://nipr-online.eu/> (27 juni 2012); *NJW* 2003, afl. 19, 121; *Pb C* 21 december 2002 (dispositief), afl. 323, 12 en <http://www.europa.eu.int/eur-lex> (14 januari 2003); *RAE* 2001-02 (weergave B. ESPESON-VERGEAT), afl. 8, 1109; *JDSC* 2003, 94; *Rev.crit.dr.intern.privé (FR)* 2003, afl. 3, 508; *Rec.CJCE* 2002, afl. 11 (A), I, 9919, concl. D. RUIZ-JARABO COLOMER; *RW* 2003-04 (weergave J. MEEUSEN), afl. 13, 516 en <http://www.rw.be> (28 november 2003); *S.E.W. (Katern)* 2002 (weergave), afl. 12, 42; *TRV* 2003, afl. 2, 189; HvJ 30 september 2003 C-167/01 (arrest *Inspire Art*), *CML Rev.* 2004 (weergave D. ZIMMER), afl. 4, 1127 en <http://www.kluwerlawonline.com/> (5 oktober 2004), noot D. ZIMMER; <http://curia.europa.eu> (6 oktober 2003), concl.S. ALBER; *J.D.I. (Fr.)* 2004 (verkort), afl. 3, 917, noot M. MENJUCQ; *J.T. dr. eur.* 2004, afl. 106, 50; *Jur. HvJ* 2003, afl. 8-9 (C), I, 10155, concl.S. ALBER; *NIPR (NL)* 2003, afl. 4, 384 en <http://nipr-online.eu/> (27 juni 2012); *Pb C* 15 november 2003 (dispositief), afl. 275, 10 en <http://eur-lex.europa.eu> (20 november 2003); *RAE* 2003 (weergave C. MAUBERNARD) afl. 2, 304; *JDSC* 2004, 96, noot S. GILCART; *Rev.crit.dr.intern.privé (FR)* 2004, afl. 1, 151, noot H. MUIR WATT; *Rec.CJCE* 2003, afl. 8-9 (C), I, 10155, concl. S. ALBER, *Rev.prat.soc.* 2003, afl. 2, 172, noot -; *RW* 2004-05 (weergave J. MEEUSEN), afl. 16, 636 en <http://www.rw.be> (10 januari 2005); *SEW* 2004, afl. 5, 224, noot B. DRIJBER; *TBH* 2004 (weergave H. DE WULF) afl. 1, 89 en <http://www.rdc-tbh.be> (14 april 2004); *Tijdschrift@ipr.be* 2004, afl. 1, 42 en <http://www.ipr.be/> (9 april 2004); *TRV* 2006, afl. 8, 673; HvJ 16 december 2008 C-210/06 (arrest *Cartesio*), *CML Rev.* 2009, afl. 2, 703 en <http://www.kluwerlawonline.com/> (27 april 2009), noot M. SZYDLO; *Juristenkrant* 2009 (weergave B. HEGIAN, A. GODFROID G. MALFLIET), afl. 196, 7; <http://curia.europa.eu> (17 december 2008), concl. M. POIARES MADURO; *JDE* 2009 (samenvatting), afl. 155, 32; *JT* 2009, afl. 6375, 793 en <http://jt.larcier.be> (8 januari 2010), noot D. PASTEGER; *NJB (NL)* 2009 (weergave), afl. 6, 378 en <http://www.njb.nl> (3 maart 2009); *NIPR (NL)* 2009, afl. 1, 50 en <http://nipr-online.eu/> (27 juni 2012); *Pb C* 21 februari 2009 (dispositief), afl. 44, 3 en <http://eur-lex.europa.eu> (16 maart 2009); *RAE* 2007-08 (weergave J. BARBATO), afl. 4, 805; *Rev.crit.dr.intern.privé (FR)* 2009, afl. 3, 548 en <http://daloz-revues.fr> (18 december 2009), noot J. HEYMANN; *Rec.CJCE* 2008, afl. 12 (A), I, 9641, concl. M. POIARES MADURO; *SEW* 2009 (weergave), afl. 1, 29; *TBH* 2009 (weergave K. SZYCHOWSKA), afl. 6, 625 en <http://www.rdc-tbh.be> (8 juli 2009); *TBH* 2009, afl. 6, 569 en <http://www.rdc-tbh.be> (8 juli 2009), noot K. MARESCEAU; *Tijdschrift@ipr.be* 2008, afl. 4, 6 en <http://www.ipr.be> (23 maart 2009); *TRV* 2009, afl. 6, 579, noot F. JENNE; *TFR* 2009 (weergave M. VAN ZANDWEGHE, K. MORBEE), afl. 355, 134 en <http://tfrnet.larcier.be> (24 februari 2009); HvJ 12 juli 2012 C-378/10 (arrest *Vale Epitesi Kft*), <http://curia.europa.eu> (30 december 2014), concl. N. JAASKINEN; *JDE* 2012 (samenvatting), afl. 192, 262; *NIPR (NL)* 2012, afl. 3, 439 en <http://nipr-online.eu/> (18 oktober 2012); *Pb C*

nationale lidstaten inmiddels hebben voorzien in een optioneel systeem voor een monistisch of een dualistisch bestuursmodel en tevens in deze context dat er verschillende lidstaten hebben gewerkt of nog werken aan een versoepeling en een vereenvoudiging van de regels voor de verschillende rechtsvormen.¹³⁰⁷ Daarnaast koos de Europese regelgever er, naar aanleiding van de invoering van de Europese Venootschap (SE), zeer bewust voor om de aandeelhouders van de SE de vrije keuze te laten tussen de implementatie van een monistisch of een dualistisch bestuursmodel.¹³⁰⁸ Deze pragmatische aanpak¹³⁰⁹ van de Europese wetgever toen, heeft er mede voor gezorgd dat de keuzemogelijkheid tussen alternatieve bestuursmodellen ingeburgerd raakte in het vennootschapsrecht van de Europese lidstaten.

Monistische bestuurssystemen zijn daarbij de regel, maar in de praktijk zijn deze systemen meestal semi-duaal. In Belgische vennootschappen miskent het orgaan van dagelijks bestuur de beperkte betekenis die het krijgt van het Hof van Cassatie door op een systematische wijze zijn bevoegdheden te overschrijden.¹³¹⁰ Hierdoor wordt de raad van bestuur *de facto* in de rol van het toezichthoudende orgaan geduwd.¹³¹¹

22 september 2012 (dispositief), afl. 287, 3 en <http://eur-lex.europa.eu> (5 november 2012); RAE 2012 (weergave M. HO-DAC), afl. 3, 653; *Rev.crit.dr.intern.privé* (FR) 2013, afl. 1, 236 en <http://daloz-revues.fr/> (12 juni 2013), noot J. HEYMANN.; *Rev.prat.soc.* 2013, afl. 2, 225, noot E. NAVEZ; SEW 2012 (weergave H. VAN EIJKEN, J. FANOY, S. VAN KRAANEN-BELHAJ, M. DE LEEUW, M. MAASSEN, M. VERHOEVEN), afl. 10, 414; TBH 2013, afl. 4, 256 en <http://www.rdc-tbh.be/> (26 april 2013), noot K. MARESCEAU; TRV 2013, afl. 6, 618 en <http://www.trv.be/> (15 oktober 2013), noot A. VAN HOE; TFR 2012 (samenvatting K. MORBEE), afl. 427, 796 en <http://ffrnet.larcier.be/> (13 februari 2013).

¹³⁰⁷ In Nederland bijvoorbeeld werd bijvoorbeeld het BV-recht vereenvoudigd door de invoering van de Flex-BV. Het vereiste om een minimumkapitaal van 18.000 euro te voorzien werd afgeschaft, waardoor het naar Nederlands BV-recht mogelijk is geworden om een BV op te richten zonder kapitaal. De schuldeiserbescherming, die de voornaamste reden vormde voor het vereiste van minimumkapitaal, wordt er nu bewerkstelligd door een nieuwe wettelijke uitkeringstest die plaatsvindt bij de uitkering van winstans aan de aandeelhouders. Zie hierover K. RENIERS, "Dient het vennootschapsrecht de kleine en middelgrote onderneming?", in K. RENIERS en M. VANMEENEN (eds), *Regelgeving op maat van KMO's*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2013, p. 104 en verder. België kent een gelijkaardige evolutie met de aankomende modernisering van het vennootschapsrecht, die wellicht zal leiden tot een vermindering van het aantal rechtsvormen en een verregaande vereenvoudiging en versoepeling van het BV(BA)- en NV-recht. H. BRAECKMANS, G. HORSMANS, en J.M. NELISSEN-GRADE, "Oogmerk en perspectieven" in *De modernisering van het vennootschapsrecht. La modernisation du droit des sociétés*, Brussel, Larcier, 2014, 7 en verder.

¹³⁰⁸ Verordening 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese Venootschap, *Pb L*, 10 november 2001, 294/1. Zie hierover ook H. BRAECKMANS, "De Europese venootschap (Societas Europaea)", *RW* 2004-05, nr. 32, p.1248.

¹³⁰⁹ H. BRAECKMANS, "De Europese venootschap (Societas Europaea)", *RW* 2004-05, nr. 32, p.1248.

¹³¹⁰ C. CLOTTENS, "De omvang van het dagelijks bestuur van de nv bij vertegenwoordiging in rechte" (noot onder Cass. 26 februari 2009), *TRV* 2009, afl. 5, p. 451; M. WYCKAERT en K. GEENS, "Het gebruik van het facultatief duaal systeem in Belgische beursgenoteerde vennootschappen", *TRV* 2010, afl. 7, p. 529.

¹³¹¹ M. WYCKAERT en K. GEENS, "Het gebruik van het facultatief duaal systeem in Belgische beursgenoteerde vennootschappen", *TRV* 2010, afl. 7, p. 529 en verder. Na een empirisch onderzoek dat in 2010 werd doorgevoerd bij negentien vennootschappen van de BEL20 en twintig andere, willekeurig gekozen Belgische genoteerde vennootschappen, besluiten WYCKAERT en GEENS, gelet op het beperkte succes van het directiecomité en het succes van het dagelijks bestuur en/of een uitvoerend management, dat

496. In Nederland doet zich een gelijkaardig fenomeen voor, waar een toenemend aantal (genoteerde) vennootschappen kiest voor een bestuursmodel dat bestaat uit het bestuur in de aanwezigheid van een *executive committee* ('Exco'), een uitvoerend orgaan waarin zowel bestuurders als kernfunctionarissen zetelen uit de managementlaag onder de raad van bestuur en dat in sommige vennootschappen slechts een adviserende rol heeft, maar in andere vennootschappen de vennootschap bestuurt samen met de raad.¹³¹² Het voordeel van een dergelijk imperfecte duale structuur is, naast het gegeven dat het beheer van de agencykosten geoptimaliseerd wordt, dat een bepaalde flexibiliteit wordt geboden in de manier waarop ondernemers hun vennootschap kunnen aansturen. Doordat de vennootschap in de statuten (of in een intern reglement) zelf kan bepalen - en ook op ieder moment kan wijzigen - hoe het uitvoerend managementorgaan samengesteld is, kunnen de leden van het management eenvoudig tot dit orgaan worden benoemd of opnieuw afgezet worden, waardoor een draagvlak gecreëerd wordt om het topmanagement op een eenvoudige en efficiënte manier bij de besluitvorming te betrekken. Op die manier creëert men een bepaalde dynamiek die men niet bereikt in een zuiver duaal systeem.

497. Vanuit dit oogpunt kan het dagelijks bestuur de aanzet zijn voor de organisatie van een imperfect dualistisch systeem dat tegelijkertijd erg flexibel is. De doelstelling van het vennootschapsrecht bestaat er immers niet in om tot in de puntjes voor te kauwen hoe de ondernemer zijn onderneming moet organiseren, maar heeft als kerntaak ervoor te zorgen dat aan onze Belgische bedrijven een efficiënt werkinstrument ter beschikking wordt gesteld.¹³¹³

België dus 'volstrekt' tevreden lijkt te zijn met het onduidelijke en hybride quasi-duale model dat, onder lichtjes verschillende variaties, uit de praktijk gegroeid is.

¹³¹² CH. E. HONÉE, "Het executive committee, haken en ogen aan een nieuwe trend", *Ondernemingsrecht*, 2014, nr. 23, p. 1 en verder.

¹³¹³ H. BRAECKMANS, G. HORSMANS en J.-M. NELISSEN GRADE, "Oogmerk en perspectieven" in *De modernisering van het vennootschapsrecht/La modernisation du droit des sociétés*, Brussel, Larcier, 2014, p. 12 (Nederlandstalig deel).

Afdeling III Voorbehouden orgaan voor de kleine- en middelgrote vennootschappen

§ 1. Waaron de keuze voor een selectief behoud

498. Ondanks de toenemende afkeer die een belangrijke stroming uit de rechtsleer vandaag heeft tegen een wettelijk orgaan van dagelijks bestuur, is het wenselijk om te reflecteren over de vraag of het goede zomaar met het slechte moet worden weggegooid. Enige realiteitszin is hier aan de orde: het merendeel van de Belgische vennootschappen zijn kleine- en middelgrote vennootschappen met een familiaal karakter.¹³¹⁴ Voor zulke kleine vennootschappen kan het als overdreven ervaren worden wanneer zij, geconfronteerd met de groei van hun onderneming, slechts de keuze hebben tussen een zuiver monistisch tegenover een zuiver dualistisch bestuursmodel. Het falen van het directiecomité als operationeel orgaan in de NV is o.a. te wijten aan de vrees voor eigen betekenisverlies in hoofde van de raad van bestuur dat traditioneel een grote vat wil houden op haar organen en vertegenwoordigers.

Daarnaast is het voor vele kleinere NV's vanuit financieel oogpunt niet gewenst of zelfs niet mogelijk om een directiecomité in te richten. Aan het aantrekken van een professioneel uitvoerend management hangt een bepaald prijskaartje en niet elke onderneming zal deze prijs willen betalen. Tenslotte is het eerder uitzonderlijk dat men in de kleinere vennootschap aan functiescheiding doet. Vaak oefenen dezelfde personen een hele reeks mandaten uit in één vennootschap: de referentieaandeelhouder is een lid van de raad van bestuur, de gedelegeerd bestuurder die tegelijkertijd de bevoegdheid heeft over het dagelijks beleid van de vennootschap en ook de rol van CEO van de vennootschap vervult (i.e. het CEO-model).¹³¹⁵

¹³¹⁴ Uit een studie die werd gehouden door het netwerk van familiebedrijven van België blijkt dat 77% van alle Belgische vennootschappen met personeel, een familiebedrijf is. Uit hetzelfde onderzoek blijkt dat slechts 3% van deze familiebedrijven een actieve raad van bestuur heeft. In de familiale naamloze vennootschappen ligt dat percentage iets hoger: 20% heeft een actieve raad van bestuur. J. LAMBRECHT en V. MOMMY, *Het economisch belang van het familiebedrijf in België*, FBNet, 2011, zie www.fnet.be/nl/welkom; H. SWENNEN, "De KMO in het handelsrecht en het economisch recht", in K. RENIERS en M. VANMEENEN, *Regelgeving op maat van KMO's*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2013, p. 6-7.

¹³¹⁵ WYCKAERT en GEENS omschrijven het CEO-model als het zandlopermodel, waarbij de gedelegeerd bestuurder als enige formeel belast wordt met het dagelijks bestuur en rond zich een ploeg van kaderleden uitbouwt die geen bestuurder of directeur zijn en die samen met de gedelegeerd bestuurder het operationele bestuur voeren. M. WYCKAERT en K. GEENS, "Het gebruik van het facultatief duaal systeem in Belgische beursgenoteerde vennootschappen", *TRV* 2010, afl. 7, p. 529. Zie ook E. LEROUX, "Delegatie

499. Ten behoeve van een goed bestuur en toezicht is het niettemin aanbevolen om een systeem van scheiding te voorzien in elke vennootschap, groot of klein, zodat een systeem van *checks and balances* ingebouwd wordt en niet alle macht in één hand wordt verenigd. Het voorbehouden van de wettelijke keuzemogelijkheid om in kleinere vennootschappen een imperfecte duale structuur te voorzien, wat in de bedrijfswereld overigens de meest gangbare praktijk is, lijkt op het eerste gezicht dan ook niet onzinnig te zijn. Het uitgangspunt is de vrijheid van de ondernemer om het bestuursmodel te kiezen dat aangepast is aan de noden van zijn onderneming, maar dat - welke keuze men ook maakt - het voordeel biedt van de eenvoud, rechtszekerheid en transparantie naar derden toe. Meer specifiek kan men zich afvragen of de mogelijkheid om een orgaan van dagelijks bestuur op te richten niet selectief dient worden voorbehouden aan een welbepaald organisatiemodel en, voor zover er op deze vraag een positief antwoord kan worden gegeven, ten behoeve van welk model dit systeem dan moet worden behouden.

§ 2. Voorstel voor een selectief behoud de lege ferenda

A) Uitsluitend in de kleine NV

500. *De lege lata* kan het behoud van een facultatief orgaan van dagelijks bestuur m.i. enkel nog dienstig zijn in de kleine naamloze vennootschap.¹³¹⁶ Het principe van de vrije keuze van het bestuursmodel indachtig, dient de delegatie aan dit orgaan een facultatieve aangelegenheid te blijven, waarover de raad van bestuur autonoom kan beslissen en dit op ieder moment, in functie van de behoefte van de betreffende NV. Het is bovendien opportuun om in bepaalde gevallen de mogelijkheid tot oprichting van een orgaan van dagelijks bestuur uitdrukkelijk uit te sluiten. Dit is vooreerst het geval voor de NV die reeds gebruik maakt van de mogelijkheid uit artikel 524bis W. Venn. tot oprichting van een directiecomité. De installatie van een orgaan van dagelijks bestuur naast een directiecomité dat - voor zover de

van bevoegdheden door de raad van bestuur in de naamloze vennootschap', in X (ed.), *Delegatie en taakverdeling in de raad van bestuur van de naamloze vennootschap*, Larcier, 2016, nr. 3.

¹³¹⁶ Voor zover de kleine NV, in het licht van de vooropgestelde modernisering van het vennootschapsrecht, nog enige overlevingskans heeft. Zie *infra* randnummer 0.

raad van bestuur de bevoegdheid niet heeft voorbehouden - eveneens bevoegd is voor het dagelijks bestuur, is verwarrend en kan leiden tot bevoegdheidsconflicten tussen de verschillende vennootschapsorganen.¹³¹⁷ Daarnaast dienen ook grotere kapitaalvennootschappen nadrukkelijk van het toepassingsgebied worden uitgesloten. Van de 'groten' kan worden verwacht dat zij voldoende middelen hebben om het bestuursmodel te professionaliseren, of door te kiezen voor een zuiver duaal stelsel, of om te werken met een systeem van delegatie via *ad hoc*-volmachten aan het topmanagement. Om te weten wanneer een vennootschap "groot" is, kan aansluiting gezocht worden bij de vennootschapsrechtelijke regel uit artikel 15 W. Venn.

501. In de mate dat men kiest voor een selectief behoud van het orgaan van dagelijks bestuur enkel in de kleine NV, zal een grondige aanpassing van de tekst van artikel 525 W. Venn. nodig zijn om de huidige rechtsonzekerheid m.b.t. het orgaan van dagelijks bestuur weg te nemen. Een essentiële voorwaarde is dan dat het concept 'dagelijks bestuur' in de wettekst zelf gedefinieerd moet worden als een werkbaar begrip, dit is met voldoende aandacht voor de nood van de bedrijfswereld aan een orgaan van dagelijks bestuur met een meer extensieve bevoegdheid dan die welke die nu door het Hof van Cassatie in zijn arrest van 26 februari 2009 wordt voorzien.¹³¹⁸

Het nut, zelfs van een selectief behoud, is evenwel afhankelijk van het resultaat van de voorgestelde hervorming van het vennootschapsrecht. *De lege ferenda* is er immers een waardevolle, verregaande vereenvoudiging en modernisering van het vennootschapsrecht op komst.¹³¹⁹ Een belangrijke pijler uit de beleidsnota die in dit verband door het BCV werd opgesteld is, naast o.a. het voorstel om het aantal vennootschapsrechtelijke groeperingen terug te dringen tot drie, de gewijzigde invulling van het NV- en het BV(BA)-recht. Op grond van dit voorstel zou de NV in de toekomst enkel voorbehouden worden aan de grote vennootschappen met een verhoging van de regelspecialiteit, bijvoorbeeld door een verplichte veralgemening van het duaal systeem, en zou de 'BV' door alle vennootschappen benut kunnen worden met een versoepeling van

¹³¹⁷ Zie *supra* randnummer 113.

¹³¹⁸ Zie in dezelfde zin: O. CAPRASSE en M. WYCKAERT, "Beperking van het aantal vennootschapsvormen: waarheen met de kapitaalvennootschappen (NV, BVBA, CV)?" in *De modernisering van het vennootschapsrecht/La modernisation du droit des sociétés*, Brussel, Larcier, 2014, p. 85 (Nederlandstalig deel).

¹³¹⁹ Beleidsnota van het BCV zoals deze overhandigd werd aan de minister van justitie in juli 2015, http://www.bcv-cds.be/files/bcv_nota_minister_justitie_nl_20151002.pdf

de regel-specialiteit, bijvoorbeeld inzake de overdraagbaarheid van aandelen.¹³²⁰ Hierbij wordt in overweging genomen om aan de keuze voor de NV-vorm, en dus aan de kwalificatie 'grote'¹³²¹ vennootschap die de vorm van een NV kan aannemen, een cijfermatig criterium mee te geven, om oprichters en vennoten naar de meest gepaste vennootschapsvorm te leiden. Er wordt bovendien aan gedacht om te opteren voor een dwingende afleiding in zoverre de NV als vennootschapsvorm niet zou openstaan voor kleine vennootschappen.¹³²² Als deze ideeën van het BCV worden aangenomen door de wetgever, lijkt de rol van het orgaan van dagelijks bestuur in het NV-recht zo goed als uitgespeeld.

B) Voorstel voor een wettekst

502. In de mate dat het orgaan van dagelijks bestuur op een beperkte manier wordt behouden in ons vennootschapsrecht is het wenselijk om enerzijds in een wettelijke definitie te voorzien en anderzijds om het begrip naar het voorstel van P. LAMBRECHT¹³²³, tegen de bestaande rechtspraak van het Hof van Cassatie in, te verruimen naar drie categorieën van handelingen. LAMBRECHT spreekt zich uit voor het behoud van het orgaan van het dagelijks bestuur, op voorwaarde dat in een meer uitgebreide wettelijke definitie wordt voorzien. Concreet stelt hij voor om artikel 525 W. Venn. aan te vullen als volgt:

"Les actes de la gestion journalière sont ceux qui sont commandés par les besions de la vie quotidienne de la société et ceux qui, en raison de leur peu d'importance ou de la

¹³²⁰ H. BRAECKMANS, G. HORSMANS en J.-M. NELISSEN GRADE, "Oogmerk en perspectieven" in *De modernisering van het vennootschapsrecht/La modernisation du droit des sociétés*, Brussel, Larcier, 2014, p. 11 (Nederlandstalig deel).

¹³²¹ Als voorlopige werkdefinitie wordt als 'groot' beschouwd: de vennootschap die op een geconsolideerde basis voldoet aan twee van de drie hiernavolgende criteria: een gemiddeld aantal werknemers gedurende het betrokkene boekjaar van minstens 250; een balanstotaal hoger dan 43 miljoen euro en een jaarlijkse netto-omzet hoger dan 50 miljoen euro. O. CAPRASSE en M. WYCKAERT, "Beperking van het aantal vennootschapsvormen: waarheen met de kapitaalvennootschappen (NV, BVBA, CV)?" in *De modernisering van het vennootschapsrecht/La modernisation du droit des sociétés*, Brussel, Larcier, 2014, p. 71-72 (Nederlandstalig deel).

¹³²² Een grote vennootschap zou wel nog voor de BVBA-vorm mogen kiezen. O. CAPRASSE en M. WYCKAERT, "Beperking van het aantal vennootschapsvormen: waarheen met de kapitaalvennootschappen (NV, BVBA, CV)?" in *De modernisering van het vennootschapsrecht/La modernisation du droit des sociétés*, Brussel, Larcier, 2014, p. 71 (Nederlandstalig deel).

¹³²³ P. LAMBRECHT, "L'amendement. Pour une définition légale de la gestion journalière", *TRV* 2016, afl. 4 ; p. 474.

nécessité d'une prompte solution, ne justifie pas l'intervention du conseil lui-même.
”

Vernieuwend is *in casu* de wijziging van de woorden « zowel » en « als » door « of », waardoor het dagelijks bestuur bevoegd wordt voor drie, in plaats van de huidige twee, categorieën van handelingen, met name:

- de handelingen die horen tot het dagelijks leven van de vennootschap;
- de handelingen van gering belang;
- de handelingen die, omwille van urgentie, de tussenkomst van de raad van bestuur niet rechtvaardigen.¹³²⁴

Voor de tweede categorie van handelingen dienen de criteria aan de hand waarvan men kan beoordelen of een handeling al dan niet van gering belang is, in de wet te worden opgenomen. Voor de derde categorie van handelingen, dient gepreciseerd te worden dat de urgentie beoordeeld moet worden in functie van het vennootschapsbelang.

503. Onder verwijzing naar de inhoud van dit proefschrift, suggereer ik dan ook om artikel 525 W. Venn. n.a.v. de modernisering van het vennootschapsrecht te wijzigen als volgt:

“525 – §1 Het dagelijks bestuur van de vennootschap kan gedelegeerd worden aan één of meer personen die alleen of gezamenlijk optreden. De benoeming, het ontslag en de bevoegdheid worden geregeld in de statuten van de vennootschap. Beperkingen van de statutaire vertegenwoordigingsbevoegdheid ten aanzien van het dagelijks bestuur kunnen aan derden niet worden tegengeworpen, zelfs indien ze openbaar gemaakt zijn. De bepaling dat het dagelijks bestuur wordt opgedragen aan één of meer personen die alleen of gezamenlijk optreden, kan aan derden worden tegengeworpen onder de voorwaarden bepaald in artikel 76.

¹³²⁴ P. LAMBRECHT, "L'amendement. Pour une définition légale de la gestion journalière", *TRV* 2016, afl. 4 ; p. 474.

§2 Vennootschappen die gebruik maken van de mogelijkheid tot de oprichting van een directiecomité in de zin van artikel 524bis, worden van het toepassingsgebied van dit artikel uitgesloten evenals vennootschappen die niet kunnen beschouwd worden als kleine vennootschappen in de zin van artikel 15.

525bis *§1 Het dagelijks bestuur van de vennootschap heeft betrekking op alle handelingen die intrinsiek deel uitmaken van het dagelijks leven van de vennootschap waarin de opdracht wordt uitgeoefend met inachtneming van de omvang en het maatschappelijk doel van de vennootschap. Daarnaast heeft het dagelijks bestuur betrekking op alle handelingen die de tussenkomst van de raad van bestuur niet rechtvaardigen omdat zij ofwel dringend zijn, in die zin dat zonder de miskennis van het vennootschapsbelang niet kan worden gewacht op de eerstvolgende vergadering van de raad van bestuur, ofwel omdat zij van gering belang zijn. Het gering belang van een handeling dient te worden beoordeeld aan de hand van de omvang, het maatschappelijk doel en het organigram van de vennootschap samen met de aard van de te stellen handeling en het economisch gewicht ervan.*

§2 Of een handeling wel of niet als een handeling van dagelijks bestuur wordt beschouwd, dient te allen tijde concreet en met inachtneming van alle omstandigheden beoordeeld te worden.

525ter *- In een vennootschap waarvan de aandelen zijn toegelaten tot de verhandeling van op een in artikel 4 bedoelde markt zijn de artikelen 520bis en 520ter mutatis mutandis van toepassing op de persoon aan wie, alleen of gezamenlijk, het dagelijks bestuur wordt opgedragen en op de andere leiders bedoeld in artikel 96§3, laatste lid."*

Hoofdstuk II: ARGUMENTEN DIE PLEITEN VOOR DE AFSCHAFFING VAN HET DAGELIJKS BESTUUR IN DE NV

Afdeling I Ratio legis de lege ferenda

504. De ratio om een dagelijks bestuurder aan te stellen is door de jaren sterk gewijzigd. Waar een dagelijks bestuur(der) vroeger aangesteld werd omdat het voor de bestuurders van de vennootschap - die te ver van de maatschappelijke zetel van de vennootschap woonden en bovendien in sommige gevallen in meerdere raden van bestuur zetelden - vaak onmogelijk was om zich voor elke kleinigheid te verplaatsen of zij niet de moeite namen om dit te doen, bestaat de belangrijkste reden voor de oprichting van een orgaan van dagelijks bestuur vandaag uit het inlossen van de behoefte om een snelle en efficiënte bedrijfsvoering te organiseren in de vennootschap. Door een orgaan van dagelijks bestuur te creëren wordt immers vermeden dat telkens een raad van bestuur moet samenkomen om een bestuursbeslissing te nemen.¹³²⁵

505. Er zijn daarnaast nog andere redenen die betekenis geven aan een orgaan van dagelijks bestuur in de NV. Hoewel het nog steeds juist is dat men van de raad niet kan verwachten dat hij inderdaad permanent zetelt - het volstaat dat de vergaderingen van de raad vaak genoeg worden gehouden, opdat de raad zijn opdrachten *naar behoren* kan vervullen¹³²⁶ - en zich met de minste bijzonderheden uit het dagelijks leven van de vennootschap bezighoudt, kan men niet om de constante, maar toch duidelijke evolutie heen dat het takenpakket van het bestuur zeer sterk geëvolueerd is en nog in weinig opzichten te vergelijken is met de bestuursraden van dertig jaar geleden. De raad is een actieve raad, wat door de *corporate governance*-codes, impliciet of expliciet, wordt onderschreven.¹³²⁷ Dit betekent nog niet dat goed bestuur betekent dat de raad ononderbroken zou moeten zetelen, maar wel dat hij op een permanente wijze toezicht dient uit te oefenen op de organen of de vertegenwoordigers van

¹³²⁵ H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia 2012, p. 295, nr. 543.

¹³²⁶ Principe 2.8, Code 2009; De Code Buysse II suggereert dat de raad 'op een *regelmatige basis*' en minstens vier maal per jaar dient samen te komen. Aanbeveling 5.8, Code Buysse II.

¹³²⁷ Principe 2, Code 2009 ("De vennootschap heeft een *doeltreffende en efficiënte raad van bestuur die beslissingen neemt in het vennootschapsbelang*"); Code Buysse II, Aanbeveling 5, "Een *actieve raad van bestuur*".

de vennootschap waaraan hij een deel van zijn bevoegdheden gedelegeerd heeft. Verder wordt van een raad van bestuur verwacht dat hij zich niet bezighoudt met de dagelijkse bedrijfsvoering en dat hij dus voldoende afstand neemt van het management, dit om zijn functie als strateeg en klankbord van de vennootschap naar behoren te kunnen vervullen.¹³²⁸

Van de raad van bestuur wordt niet verwacht dat hij zelf het operationele bestuur van de vennootschap waarneemt, maar wel dat hij op een zorgvuldige wijze een performant systeem van bevoegdheidsdelegatie en/of –overdracht organiseert dat bovendien aangepast is aan de omvang van de vennootschap en de doelstellingen die men collectief wenst te bereiken.¹³²⁹ In die optiek is het doorleiden van zijn bevoegdheid over het dagelijks bestuur van de vennootschap aan het orgaan bedoeld in artikel 525 W. Venn. één van de (vele) mogelijkheden voor de raad om een adequate vennootschapsorganisatie op touw te zetten.

Echter, om te garanderen dat de raad van bestuur voldoende afstand zou bewaren van de dagelijkse bedrijfsvoering, biedt het Wetboek van vennootschappen voldoende alternatieve organen en/of vertegenwoordigers aan wie de bevoegdheid m.b.t. het dagelijks beleid eventueel kan worden toevertrouwd.¹³³⁰ Voor het opzetten van een behoorlijk systeem van bevoegdheidsoverdracht en/of -delegatie is het dus evenmin ondenkbaar dat het orgaan van dagelijks bestuur wordt weggelaten uit ons vennootschapsrecht.

506. Er is ook nog een ander motief, van een eerder pragmatische aard, dat de bestaansreden - het aanhoudende succes zelfs - van het orgaan van het dagelijks bestuur verdedigt. Voor het orgaan van dagelijks bestuur zou er immers een cruciale rol weggelegd zijn inzake het behoud van de machtsverhoudingen tussen de verschillende organen en vertegenwoordigers van de vennootschap. Om die reden is men in de bedrijfswereld dan ook sterk gekant tegen de afschaffing van artikel 525 W. Venn. Het laten wegvallen van de

¹³²⁸ De Code Buysse II schrijft m.b.t. de werking van de raad van bestuur uitdrukkelijk voor dat de raad van bestuur op de vergaderingen die hij houdt voldoende afstand moet nemen van de dagelijkse bedrijfsvoering, dit om de uitvoering van de ondernemingsstrategie te kunnen beoordelen en vanuit een langetermijnvisie die waar nodig moet bijgestuurd worden. Code Buysse II, aanbeveling 5.8, 'werking van de raad van bestuur'. Tevens, zo staat in de Code te lezen, kan de raad zijn klankbordfunctie slechts naar behoren vervullen, indien hij voldoende afstand kan nemen van het senior management (aanbeveling 6.7, 'een performant (senior) management').

¹³²⁹ H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia 2002, p. 130, nr. 211. DE WULF preciseert dat het operationeel beleid formeel-juridisch gezien zonder twijfel tot de bevoegdheden van de raad van bestuur behoort, maar dat het niet zijn juridische plicht is om zich met het operationele niveau in te laten.

¹³³⁰ Hierbij kan onder meer worden gedacht aan artikel 522§2 W. Venn., artikel 524bis W. Venn., maar evenzeer aan de mogelijkheid om *ad hoc*-lastgevingen te verlenen aan het management.

mogelijkheid om een dagelijks bestuurder te benoemen zou, zo wordt gevreesd, tot een verstoring van de vennootschapsinterne machtsconcentraties kunnen leiden. Hoewel het in functie van een goed bestuur en toezicht best kan worden vermeden dat alle bevoegdheden zich bij één enkele of bij slechts een gering aantal personen concentreren, heeft een dergelijk argument m.i. niet voldoende slagkracht in de discussie *pro* het behoud van het orgaan van dagelijks bestuur.

De organisatie van een systeem van "checks" en "balances", door middel van een bepaalde rol- en taakverdeling tussen de verschillende vennootschapsorganen en zelfs binnen de organen zelf, kan wellicht ook anders gestructureerd worden. Bovendien wegen de voordelen van de oprichting van een orgaan van dagelijks bestuur voor het behoud van de machtsverhoudingen allerm minst op tegen de bezwaren die artikel 525 W. Venn. met zich meebrengt.

Afdeling II Conformiteit met het Europese recht

507. Op grond van artikel 9, lid 1 van de eerste vennootschapsrichtlijn wordt de vennootschap ten opzichte van derden gebonden door de rechtshandelingen die door haar organen worden gesteld.¹³³¹ Artikel 9 werd in het leven geroepen om derden die met de vennootschap handelen zoveel mogelijk te beschermen tegen het risico dat de verbintenissen, die zij met de vennootschap zijn aangegaan, nadien ongeldig zouden worden verklaard ten gevolge van het optreden van een onbevoegd vennootschapsorgaan. De rechtsoverwegingen bij de richtlijn vragen daarom expliciet aan de lidstaten om de gevallen van nietigheid zoveel mogelijk te beperken.¹³³² Enkel de wettelijke bevoegdheidsbeperkingen kunnen aan derden

¹³³¹ Artikel 9 van de eerste richtlijn van de raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van art. 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, thans artikel 10 richtlijn 2009/101/EG van 16 september 2009, *Pb. L.* 258, 1 oktober 2009, p. 11. Zie *supra* randnummers 24 en 25.

¹³³² Rechtsoverweging 9 en 10 bij de gecodificeerde versie van de richtlijn luiden: "(9) De bescherming van derden moet worden verzekerd door middel van bepalingen die de gronden van ongeldigheid van de ten name van de vennootschap aangegane verbintenissen zoveel mogelijk beperken. (10) De beperking van de gevallen van nietigheid en van de terugwerkende kracht van de nietigverklaring, alsmede het vaststellen van een korte termijn voor het derdenverzet tegen deze nietigverklaring zijn noodzakelijk om de rechtszekerheid te waarborgen in de betrekkingen tussen de vennootschap en

worden tegengeworpen, omdat elk individu wordt geacht om de (vennootschaps-) wet te kennen.

Artikel 9 lid 1 maakt inderdaad een uitzondering voor de handelingen waarmee de bevoegdheden van het orgaan overschreden worden die aan deze organen volgens de wet toekomen of kunnen worden toegekend.¹³³³ In die optiek is de wettelijke beperking van de bevoegdheid van het orgaan van dagelijks bestuur tot enkel handelingen die deel uitmaken van het dagelijks beleid, *i.e.* na het arrest Delhaize van Hof van Cassatie enerzijds handelingen m.b.t. het dagelijks leven van de vennootschap en anderzijds de handelingen die het optreden van de raad van bestuur niet vereisen omdat zij zowel van gering belang als urgent zijn, dan ook niet in strijd met de eerste vennootschapsrichtlijn.

508. Het gevolg van een bevoegdheidsoverschrijding door het dagelijks bestuur is dat de vennootschap niet gebonden is door de onbevoegd gestelde handeling, behoudens in die gevallen waarin de raad van bestuur de handeling nadien nog zou hebben bekrachtigd of als er sprake is van een schijntoestand die aan de vennootschap en de betrokken dagelijks bestuurder kan worden toegerekend of wanneer er door middel van lastgeving een ruimere volmacht werd verleend aan de betrokken dagelijks bestuurder.¹³³⁴ De wettelijk begrenzing van de bevoegdheid van het dagelijks bestuur tot het dagelijks beleid van de vennootschap waarin de opdracht wordt uitgeoefend, samen met het feit dat de opdracht van het dagelijks bestuur anders moet worden ingevuld naargelang de omvang van de onderneming, het maatschappelijk doel ervan en andere factoren, zorgen er evenwel voor dat derden die met de dagelijks bestuurder van de vennootschap handelen enig onderzoek moeten verrichten naar de reële omvang van diens bevoegdheden en dat zij, zelfs na hun onderzoek, nog geen zekerheid hebben over de geldigheid van de door hen aangegane verbintenissen.¹³³⁵ Het

derden alsmede tussen de deelnemers in de vennootschap." Artikel 9 van de eerste richtlijn van de raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van art. 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, thans art. 10 richtlijn 2009/101/EG van 16 september 2009, *Pb. L.* 258, 1 oktober 2009, p. 11.

¹³³³ Artikel 10, lid 1 van de gecodificeerde versie van de richtlijn: "1. De vennootschap wordt ten opzichte van derden gebonden door de rechtshandelingen welke door haar organen worden verricht, ook al vallen deze handelingen niet onder het vennootschapsdoel, tenzij door genoemde handelingen de bevoegdheden worden overschreden welke aan deze organen volgens de wet toekomen of kunnen worden toegerekend."

¹³³⁴ Zie *supra* randnummers 259 en verder.

¹³³⁵ In geval van twijfel zou weliswaar in een overeenkomst kunnen bedongen worden dat de raad van bestuur de verplichting heeft om de handeling te bekrachtigen op de eerstvolgende raadsvergadering. Een dergelijke oplossing kan door de praktijk evenwel als al te complex ervaren worden.

probleem is per slot van rekening dat het niet steeds duidelijk is of een handeling wel of niet tot de bevoegdheid van het dagelijks bestuur behoort.

Het is dit verdergaand onderzoek, dat van derden wordt verwacht, dat regelrecht ingaat tegen de doelstellingen van de eerste vennootschapsrichtlijn op grond waarvan het van de lidstaten wordt verwacht dat zij derden zoveel mogelijk in bescherming nemen tegen een eventueel bevoegdheidsoverschrijdend handelen van de vennootschapsorganen. De onzekere reikwijdte van dat dagelijks bestuur en wat daar allemaal wel of niet toe behoort, staat dan ook op gespannen voet met de vermelde Europese richtlijn: aan derden mag geen onderzoeksplicht worden opgelegd en zij hoeven slechts te controleren welke organen de vennootschap kunnen verbinden.¹³³⁶ Er kan van hen geen aanvullend onderzoek vereist worden. De huidige vorm van een algemene bevoegdheidsdelegatie aan een orgaan van dagelijks bestuur is dan ook minstens vatbaar voor verbetering in functie van een verhoogde conformiteit met het Europese recht en een betere bescherming van derden die met de vennootschap handelen.

Afdeling III Rechtsonzekerheid m.b.t. de bevoegdheid van het orgaan

509. Een ander argument tegen het behoud van een orgaan van dagelijks bestuur in de NV is de rechtsonzekerheid die de alternerende invulling van het begrip met zich meebrengt. In feite is het 'dagelijks bestuur' van de vennootschap een open norm, waaraan helaas zelfs niet door de vennootschap zelf een concrete invulling kan worden gegeven, zelfs niet door in de statuten van de vennootschap of in een intern reglement over de werking van een bepaald orgaan de bevoegdheid van dit orgaan te omschrijven. Een dergelijke statutaire of reglementaire regeling heeft wel gevolgen voor de beoordeling van de interne aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder tegenover de vennootschap, maar heeft geen enkele invloed op diens vertegenwoordigingsbevoegdheid die tegenover derden steeds wettelijk beperkt blijft tot het 'dagelijks bestuur' dat bij de betrokken vennootschap hoort.

¹³³⁶ Zie hierover E.E.G. GEPKEN-JAGER, *Vertegenwoordiging bij NV en BV*, Steendam, Kluwer, 2000, p. 187-188.

Het gegeven dat eenzelfde handeling in de ene vennootschap wel en in de andere niet tot de bevoegdheid van het dagelijks bestuur kan behoren en daarenboven een feitenkwestie is waarover *post factum* een beslissing wordt genomen door de rechtbank, is problematisch in het licht van een vlotte organisatie van het handelsverkeer. De rechtszekerheid is nochtans één van de fundamentele elementen van de rechtstaat en op de wetgever rust de verantwoordelijkheid om niet alleen internationaalconforme, transparante maar ook rechtszekere regelgeving te maken.

510. Zoals de situatie vandaag geregeld is, bestaat er evenwel geen enkele zekerheid over de bevoegdheid van het orgaan van dagelijks bestuur. Deze onzekerheid komt het best tot uiting in de bevoegdheid van de dagelijks bestuurder om de vennootschap in rechte te vertegenwoordigen. Volgens de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie, hierin quasi unaniem gevolgd door de lagere rechtbanken, dient de bevoegdheid van het dagelijks bestuur om een bepaalde proceshandeling te kunnen stellen *in concreto* beoordeeld te worden in functie van de aard van de vordering rekening houdend met de omvang en het doel van de vennootschap. In principe kan de proceshandeling door het orgaan van dagelijks bestuur dan ook gesteld worden in zoverre het geschil onder de bevoegdheid van dat dagelijks bestuur ressorteert.¹³³⁷ De Raad van State houdt er een afwijkende regeling op na. Volgens de vaste rechtspraak van de Raad kan het indienen van een annulatieberoep, gelet op het openbare orde-karakter van deze handeling, nooit tot de bevoegdheid van het dagelijks bestuur van de NV horen, tenzij deze persoon tegelijkertijd bestuurder is en aan hem de individuele

¹³³⁷ Cass. (3^e k.) 9 oktober 2000 (Jericho Management NV/Belgische Staat), <http://www.cass.be> (18 oktober 2001); Arr. Cass. 2000, 1529; Bull. 2000, 1497; Bull. Bel. 2002, afl. 832, 3563; JDSC 2003, 206, noot C. BERTSCH; JLMB 2002, afl. 5, 180 en <http://jlmbi.larcier.be> (4 februari 2003), Rév. prat. soc. 2000, 324; Cass. (1^e k.) 24 oktober 2002 (Publi/Stad Namen), Arr. Cass. 2002, afl. 10, 2299; <http://www.cass.be> (26 november 2002); JLMB 2003 (verkort), afl. 21, 907 en <http://jlmbi.larcier.be> (3 juni 2003); pas. 2002, afl. 9-10; 2056; JDSC 2003 (verkort), 204, noot C. BERTSCH; Rév. prat. soc. 2003, afl. 2, 209, noot - ; RW 2004-05, afl. 42, 1670 en <http://www.rw.be> (22 juni 2005); Cass. (1^e k.) 26 februari 2009 (Gemeente Elsene/ NV Gebroeders Delhaize en Cie 'De Leeuw'), Arr. Cass. 2009, afl. 5, 660; FJF 2010, afl. 6, 615 en <http://www.monkey.be> (5 augustus 2010), noot; <http://www.cass.be> (20 augustus 2009); JLMB 2010, afl. 4, 154, en <http://jlmbi.larcier.be> (30 juni 2010), noot; LRB 2009 (samenvatting M. DE JONCKHEERE EN P. GABRIËL), afl. 2, 164; Pas. 2009, afl. 2, 592; JDSC 2010, 59, noot M. COIPEL, RGCF 2010, afl. 2, 156; noot, Rev. Prat. Soc. 2010 (samenvatting), afl. 1-2, 298, noot V. SIMONART, RW 2009-10, afl. 27, 1129 en <http://www.rw.be> (15 maart 2010), noot W. GOOSSENS EN B. CAFMEYER, TBH 2009, afl. 9, 948 en <http://www.rdc-tbh.be> (18 december 2009), noot E. POTTIER EN A. BERTRAND., TBH 2010 (weergave HAEX, D.), afl. 7, 724 en <http://www.rdc-tbh.be> (10 september 2010); TRV 2009, afl. 5, 444, noot, C. CLOTTENS; Daarin gevolgd door de lagere rechtspraak: Brussel 5 december 2002, FJF 2003, afl. 6, 560 en <http://www.monkey.be> (1 september 2008), noot - ; JDSC 2005, 143; TFRnet <http://tfrnet.larcier.be> (14 juli 2003); Brussel 13 november 2003, FJF 2004, afl. 7, 692 en <http://www.monkey.be> (1 september 2008); JDSC 2005, 1-46; Luik (18^e k.) 15 september 2006, JDF 2009, afl. 7-8, 225.

vertegenwoordigingsbevoegdheid werd verleend op grond van artikel 522§2 W. Venn.¹³³⁸ Volgens de Raad overstijgt het doel van een annulatieberoep de behoeften van het dagelijks leven van de vennootschap en kan het ook geenszins om een handeling van 'gering belang' gaan gelet op het doel ervan: een uitvoerbare handeling van een overheidsinstantie met terugwerkende kracht en definitief uit de rechtsorde laten verdwijnen.¹³³⁹

De Raad opteert derhalve voor een absolute benadering en verzet zich vooralsnog tegen een *in concreto*-beoordeling van de gestelde handeling in functie van de concrete eigenschappen van de vennootschap. Het standpunt van de Raad van State gaat hier diametraal in tegen het standpunt van het Hof van Cassatie. Nog los van de vraag welke hoven en rechtbanken het m.b.t. deze kwestie bij het rechte eind hebben - de rechtbanken van het subjectieve of het objectieve contentieux - blijkt hieruit de ononverkomelijke rechtsonzekerheid die gepaard gaat met de openheid die de wetgever biedt aangaande de invulling van het begrip en dus m.b.t. de bevoegdheid van het dagelijks bestuur. De vraag rijst of de regeling omtrent het dagelijks bestuur niet ook vanuit dit oogpunt voor verbetering vatbaar is.

¹³³⁸ R. v. St. 26 juni 1987, Arr. R. v. St. 1987, zp; TBP 1988 (weergave), 495; R. v. St. 26 maart 2001, <http://www.raadvst-consetat.be> (28 januari 2002), APM 2001 (samenvatting), 88; JDSC 2003, 198, noot C. BERTSCH; R. v. St. (algemene vergadering) 10 december 2002, APM 2003 (samenvatting), afl. 1, 5; NJW 2003, afl. 39, 842, noot M. DE WULF; Rév. prat. soc. 2003, afl. 2, 214, noot -; Rév. prat. soc. 2010 (samenvatting), afl. 1-2, 315, noot O. CAPRASSE; <http://www.raadvst-consetat.be> (14 april 2003), RW 2002-03, afl. 31, 1221 en <http://www.rw.be> (14 april 2003), noot; TBP 2004 (verkort), afl. 2, 116; R. v. St. 7 juli 2003, APM 2003 (samenvatting), afl. 7, 144; JDSC 2006, 59, noot M. ERNOTTE; <http://www.raadvst-consetat.be> (28 januari 2005); R. v. St. 26 november 2004, APM 2004 (samenvatting), afl. 10, 233; Rév. prat. soc. 2004, afl. 3, 278, noot -; <http://www.raadvst-consetat.be> (10 december 2005), TBP 2006 (verkort), afl. 4, 228; R. v. St. 8 juni 2006, APM 2006 (samenvatting), afl. 7, 136; <http://www.raadvst-consetat.be> (3 maart 2008); R. v. St. 12 januari 2010, JDSC 2012, afl. 11, 131, noot W. DAVID; <http://www.raadvst-consetat.be> (30 juni 2010); TBP 2010, afl. 6, 339; R. v. St. 29 maart 2011, OOO 2011 (samenvatting), afl. 2, 237; <http://www.raadvst-consetat.be> (21 september 2011); R. v. St. 29 juni 2011, OOO 2011, afl. 3, 360; <http://www.raadvst-consetat.be> (1 maart 2012); R. v. St. 21 juni 2012, Rév. prat. soc. 2012, afl. 2, 263; noot O. CAPRASSE en R. AYDOGDU; <http://www.raadvst-consetat.be> (19 december 2012); B. TILLEMANS, *Proceshandelingen van en tegen vennootschappen*, Antwerpen, Kluwer, 1997, p. 266-267, nr. 539.

¹³³⁹ R. v. St. (alg. verg.) nr. 113 490 (Belgacom Directory Services NV/stad Saint-Hubert) 10 december 2002, APM 2003 (samenvatting), afl. 1, 5, NJW 2003, afl. 39, 842, noot M. DE WULF, Rév. Prat. Soc. 2003, afl. 2, 214, noot; Rév. Prat. Soc. 2010 (samenvatting), afl. 1-2, 355, noot O. CAPRASSE; <http://www.raadvst-consetat.be> (14 april 2003); RW 2002-03, afl. 31, 1221 en <http://www.rw.be> (14 april 2003), noot; TBP 2004 (verkort), afl. 2, 116. Rév. prat. soc. 2003, 209; R. v. St. 12 december 2005; CDPK 2006, afl. 3, 739, noot R. JAFFERALI; <http://www.raadvst-consetat.be> (11 mei 2005); TRV 2006, afl. 1, 50, noot C. CLOTTENS

Afdeling IV Internationalisering

511. Hoewel er in elke vennootschap - en zeker in vennootschappen van een bepaalde omvang - nood is aan een doeltreffende organisatie van de dagelijkse leiding, kent slechts één van de vergeleken landen (Luxemburg) een gelijkaardig orgaan waaraan het dagelijks beleid op een algemene wijze kan worden gedelegeerd. In een internationale context is het voor de vennootschapswetgever, naast het optimaliseren van het klimaat voor de binnenlandse ondernemingen, nochtans minstens even belangrijk om buitenlandse bedrijven en investeerders te overtuigen om te kiezen voor België en er gebruik te maken van de vennootschapstructuren die het W. Venn. biedt.

512. Uiteraard is een goed vestigingsklimaat afhankelijk van veel meer factoren, zoals de politieke stabiliteit van een land, het fiscale klimaat ervan, de juridische infrastructuur waaronder de aanwezigheid van betrouwbare en goed functionerende rechtbanken etc.. Bovendien is de factor of zijn de factoren die de doorslag geven anders voor elke vennootschap en dus van geval tot geval verschillend. Dit neemt echter niet weg dat meer zekerheid, transparantie en de eenvoud van een systeem niet zouden kunnen bijdragen in het verhogen van de aantrekkingskracht van België voor vennootschappen die zich er zouden willen vestigen. Een coherent en duidelijk systeem, kan er wel degelijk toe aanzetten dat vreemde ondernemingen voor België kiezen.

Hoofdstuk III: DAGELIJKS BELEID IN DE NV HERDACHT

513. Naast de mogelijkheid om de wettelijke regeling over het dagelijks bestuur uit te breiden en te herwerken, bestaat ook de hypothese om *tabula rasa* te maken met het huidige systeem en verder te gaan met de alternatieven die in het huidige Wetboek van Vennootschappen worden voorzien om tot een doeltreffende dagelijkse leiding van de vennootschap te komen. Een eventuele afschaffing van het orgaan van dagelijks bestuur neemt de zorgen over een adequate organisatie van de dagelijkse leiding in de NV evenwel nog niet weg.

De vraag rijst in welke mate er in ons huidige systeem doeltreffende oplossingen gevonden kunnen worden voor een efficiënt dagelijks beheer van de vennootschap. Zo is er in de eerste plaats de reeds bestaande mogelijkheid uit het W. Venn. om tussen de bestuurders onderling een taakverdeling af te spreken. Het is niet ondenkbaar dat de verantwoordelijkheid over de dagelijkse leiding bij één enkele bestuurder of, in een grotere vennootschap, bij een aantal bestuurders, wordt gelegd. De huidige regeling heeft evenwel zijn beperkingen, waardoor de vraag kan worden gesteld of er in het licht van een mogelijke afschaffing van de mogelijkheid om het dagelijks bestuur te delegeren aan een afzonderlijk orgaan, geen ruimte is voor een uitbreiding van dit systeem. Daarnaast is het eveneens mogelijk om, op maat van de betrokken vennootschap, een systeem van bijzondere bevoegdheidsdelegaties uit te werken. Beide technieken zijn een vorm van lastgeving *ad hoc* buiten de orgaanvorming om die nu reeds bestaan in ons recht.

Afdeling I Interne taakverdeling tussen de leden van de raad van bestuur

514. Op grond van artikel 522§1, lid 2 W. Venn. kunnen bestuurders hun taken onder elkaar verdelen, weliswaar zonder dat deze interne taakverdeling aan derden kan worden tegengeworpen (prokura).¹³⁴⁰ De oprichting van bestuurscomités zoals het benoemings- en aanwijzingscomité, het remuneratiecomité en overige adviescomités bijvoorbeeld, moeten in deze context geplaatst worden (artikel 526*bis* en *quater* W. Venn.). Dergelijke comités zijn in principe wettelijke nuanceringen van het collegialiteitsbeginsel en zijn bedoeld om de effectiviteit van de raad te verhogen.¹³⁴¹ Zonder een wettelijke tussenkomst is er bij taakverdelingen tussen de bestuurders onderling evenwel geen sprake van een werkelijke delegatie van beslissingsbevoegdheid aan een individueel lid van de raad. Het uitgangspunt is immers steeds de collegialiteit van het bestuur, op grond waarvan het besturen van de

¹³⁴⁰ Artikel 522§1, lid 2 W. Venn. bepaalt dat de bevoegdheden van de raad van bestuur door de statuten beperkt kunnen worden, maar dat zodanige beperking, net als de eventuele verdeling van taken door de bestuurders onderling, niet aan derden kunnen worden tegengeworpen. Zelfs niet als de interne bevoegdheidsverdeling gepubliceerd is. P. DE WOLF, "Fragmentation des organes et spécialisation des tâches" in *Actualités en droit des sociétés*, Bruylant, 2011, p. 132, nr. 12.

¹³⁴¹ B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, p. 501; L. VAN DEN BERGHE en P. LAMBRECHT, "Board Insights V," Bestuurscomités op de radar", http://www.guberna.be/sites/default/files/general/Board%20Insights%20V_NL.pdf

vennootschap een taak is van het voltallige college als zodanig.¹³⁴² Aan een lid van de raad kan dus een bijzondere verantwoordelijkheid toevertrouwd worden met betrekking tot een bepaald aspect van het bestuur, bijvoorbeeld m.b.t. het dagelijks bestuur. De uiteindelijke beslissingsbevoegdheid blijft echter bij de voltallige raad die niet gebonden is aan de voorstellen en/of de adviezen van de betreffende bestuurder.

Anderzijds is het ook niet de bedoeling dat het besluitvormingsproces, dat reeds ter voorbereiding werd gedaan in de schoot van een comité of van een individuele bestuurder, volledig wordt overgedaan op de raadsvergadering. Dit is bovendien ook niet de betekenis van 'collegialiteit' in de zin van artikel 521 W. Venn. Met de regeling wil men alleen maar 'rubber stamping' voorkomen, waarbij de raad zonder werkelijk te delibereren een aan hem voorgeschotelde beslissing neemt. Vereist is enkel dat de raad daadwerkelijk debiteert over de oplossing die hem wordt voorgelegd. Beslissingen die routinematig zijn of slechts een geringe impact kunnen hebben op de vennootschap, kunnen volstaan met de vaststelling dat er geen redenen zijn om van de voorgestelde oplossing af te wijken.¹³⁴³

Beslissingen die betrekking hebben op het dagelijks leven van de vennootschap, hebben zeer vaak een terugkerend karakter en ook veelal maar een geringe impact op de vennootschap, zodat een interne taakverdeling voor wat betreft het dagelijks management perfect mogelijk is en de raad van bestuur reeds ten dele kan ontlasten van een resem routinetaken, waarvoor hij overigens niet het best geplaatste orgaan is.

515. Elke verdeling van taken heeft een uitsluitend interne werking (artikel 522 §1, lid 2 W. Venn.). Het feit dat de bevoegdheidsverdeling slechts uitwerking heeft binnen de vennootschap, is ingegeven ter bescherming van derden van wie niet kan worden gevraagd dat zij zich zouden informeren over de interne organisatie van de vennootschap waarmee zij handelen. De volledige raad blijft in beginsel dan ook aansprakelijk voor de mogelijke

¹³⁴² Voor een goede omschrijving van de notie collegialiteit kan opnieuw worden verwezen naar het arrest Wijsmuller van de Nederlandse Hoge Raad van 15 juli 1968: "Dat de betekenis van een bepaling in de statuten van een rechtspersoon, in geval waarin dat orgaan uit meer personen is samengesteld in het bijzonder hierin is gelegen, dat het besluit tot stand komt als vrucht van onderling overleg van alle leden van dat orgaan die, na daartoe in gelegenheid te zijn gesteld, aan dat overleg wensen deel te nemen" HR. 15 juli 1968, NJ 1969, 101. Zie ook: H. De Wulf, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in een naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 298, nr. 497; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen, Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 482-483, nr. 794.

¹³⁴³ H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia 2002, p. 315, nr. 520.

schadelijke gevolgen van de foutieve beslissingen die door een individueel lid van de raad van bestuur worden genomen. Intern kan de 'onbevoegde' bestuurder wel nog ter verantwoording worden geroepen omwille van zijn bevoegdheidsoverschrijdend handelen (artikel 527 W. Venn.). Hoe dan ook gelden de beslissingen van een individueel bestuurslid niet als een bestuursbeslissing: een collectieve beraadslaging - lang of kort - is een noodzakelijke voorwaarde voor de totstandkoming van een geldig bestuursbesluit. De toewijzing van de interne bestuursbevoegdheid over het dagelijks bestuur gecombineerd met het verlenen van de externe vertegenwoordigingsbevoegdheid zoals bedoeld in artikel 522§2 W. Venn. aan één enkel lid van de raad verleent deze laatste reële slagkracht m.b.t. het dagelijks beleid van de vennootschap, maar garandeert wel nog het behoud van voldoende *checks and balances* tussen de leiding van de vennootschap onderling.

Een concreet voorbeeld kan dit machtsevenwicht illustreren. Stel dat in een naamloze vennootschap 'A', een producent en verdeler van kleding, de raad van bestuur bestaat uit X, Y en Z. De bestuurders beslissen onderling dat de interne beslissingsbevoegdheid m.b.t. het dagelijks beleid van de vennootschap wordt verleend aan X. Tegelijkertijd is X ook de gedelegeerd bestuurder van de NV A. De vennootschap werkt voor een deel van de productie samen met een buitenlandse producent. Deze laatste levert ondermaatse prestaties en de samenwerking moet worden herbekeken. X heeft de bevoegdheid om al het voorbereidende werk te leveren. Zo kan hij/zij de contractonderhandelingen voeren in het buitenland, voorstellen doen in verband met een nieuwe samenwerking en suggereren dat en welke vorderingen moeten worden ingesteld tegen de nalatige producent. Wanneer X zijn concrete, uitgewerkte plannen tijdig meedeelt aan de raad, kan deze op de eerstvolgende raadsvergadering vlot zijn akkoord verlenen m.b.t. het nemen van verdere maatregelen. X heeft nu het vertrouwen van de raad en zijn voorstellen gelden als beslissingen van de voltallige raad, waardoor de interne aansprakelijkheid van de betrokken bestuurder ten aanzien van de raad voor een belangrijk stuk wordt gedekt. X kan hierna zijn plan uitvoeren en de vennootschap vertegenwoordigen ten aanzien van de oude en de nieuwe producent en ook verdere maatregelen in rechte (laten) nemen.

516. Het Nederlandse NV-recht kent een gelijkaardige regeling, maar gaat een stap verder dan de Belgische regeling. In Nederland introduceerde de Wet bestuur en toezicht een nieuwe wettelijke bepaling met betrekking tot portefeuillevreiding binnen de raad van bestuur. Op

grond van artikel 2:129a lid 3 NBW kan in de statuten van de vennootschap bepaald worden dat een of meer bestuurders rechtsgeldig kunnen beslissen over aangelegenheden die tot hun takenpakket behoren.¹³⁴⁴ De mogelijkheid staat enkel open voor die vennootschappen die naar Nederlands recht voor een monistische bestuursvorm kiezen en, zo blijkt uit de parlementaire voorbereiding, is de nieuwe regeling er gekomen op vraag van de bedrijfswereld omwille van een praktische behoefte. Vernieuwend aan de regeling is dat de individuele bestuurder ook effectief en zelfstandig beslissingen kan nemen die toegerekend worden aan het bestuur: elk besluit geldt als een besluit van het bestuur. De parlementaire voorbereiding benadrukt dat alle bestuurders zich dienen te realiseren dat ondanks de toerekening van het door slechts een deel van de bestuurders genomen besluit, de gezamenlijke verantwoordelijkheid van de leden van de raad volledig in stand blijft.¹³⁴⁵

De bedoeling is geensins om in te boeten aan de principes van de collegialiteit: de raad blijft verplicht om regelmatig informatie te vragen aan de betrokken bestuurders en zo nodig in te grijpen door de gedelegeerde taken te evoceren, tegen de eerder gemaakte afspraken in. Aangezien de raad niet aan gezag inboet, behoudt hij bovendien ook het recht om instructies te geven aan de individuele bestuurder over het te nemen besluit.¹³⁴⁶ Weliswaar is een statutaire toelating vereist: bij gebreke van de toepassing van de wettelijke bepaling door de vennootschap, kan een besluit van een individuele bestuurder niet gelden als een bestuursbesluit.¹³⁴⁷ Gelet op het behoud van de verantwoordelijkheid in hoofde van de voltallige raad, is er overigens ook hier geen sprake van een werkelijke, exclusieve bevoegdheidsdelegatie: het bestuur blijft concurrerend bevoegd en beschikt ter zake over een evocatie- en een instructierecht.

¹³⁴⁴ Artikel 2:129a lid 3 NBW luidt: "bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat een of meer bestuurders rechtsgeldig kunnen besluiten omtrent de zaken die tot zijn respectievelijk hun taak behoren. Bepaling krachtens de statuten geschiedt schriftelijk." <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2011-275.html>

¹³⁴⁵ Kamerstukken II, 2008-2009, 31 763, nr. 3, p. 17; A.F. VERDAM, "Ondernemingsrecht, van collegiaal bestuur, bestuursbesluiten, aantastbaarheid en delegatie, en het besluit van een bestuurslid onder het nieuwe artikel 2:129a lid 3", *Ondernemingsrecht* 2013/102, p. 4.

¹³⁴⁶ 'Waar het meerdere mag, mag ook het mindere', A.F. VERDAM, "Ondernemingsrecht, van collegiaal bestuur, bestuursbesluiten, aantastbaarheid en delegatie, en het besluit van een bestuurslid onder het nieuwe artikel 2:129a lid 3", *Ondernemingsrecht* 2013/102, p. 4.

¹³⁴⁷ Artikel 2: 129a, lid 3 NBW; A.F. VERDAM, "Ondernemingsrecht, van collegiaal bestuur, bestuursbesluiten, aantastbaarheid en delegatie, en het besluit van een bestuurslid onder het nieuwe artikel 2:129a lid 3", *Ondernemingsrecht* 2013/102, p. 7.

517. Men kan in overweging nemen of een dergelijke regeling, naar het voorbeeld van het Nederlandse recht, kan worden geïmplementeerd in ons recht. In de hypothese dat het orgaan van dagelijks bestuur wordt afgeschaft, kan het wenselijk zijn voor vennootschappen die groot genoeg zijn om een NV op te richten, maar toch te klein om te opteren voor een directiecomité, om de keuze te hebben voor een monistische bestuursstructuur in een fel afgezwakte vorm. Het beginsel van collegiaal bestuur blijft het uitgangspunt en komt hierdoor alleszins niet onder druk te staan. Bovendien wordt ook de aansprakelijkheid van de voltallige raad gevrijwaard, vermits de aansprakelijkheid van de bestuurder die verantwoordelijk is voor het dagelijks beleid niet aan een ander aansprakelijkheidsregime onderworpen wordt als zijn collega's-bestuurders.

518. Het Engelse vennootschapsrecht, dat traditioneel een zuiver monistische *board* kent, kan bij de praktische uitwerking van deze regeling als een voorbeeld dienen. Hoewel de Engelse *board* verantwoordelijk is voor het bestuur van de vennootschap, is het in de praktijk - zeker in complexe, moderne *public limited companies* - niet de voltallige *board* die zich bezighoudt met het *daily management*. Een onderscheid wordt gemaakt tussen de *executives*, die al dan niet deel uitmaken van de *board*, en de *non-executives*, die als belangrijkste taak hebben om advies te geven over strategische zaken en toezicht te houden op de taakuitoefening van de *executives*.

Wat hun aansprakelijkheidsregime betreft zijn de *non-executives*, ondanks de duidelijke verschillen in hun takenpakket, aan eenzelfde regeling onderworpen. Dit kan oneerlijk lijken, omdat de *non-executives* zich - hoewel zij zich in principe niet bezighouden met het dagelijks beleid van de vennootschap - toch op eenzelfde manier blootstellen aan alle aansprakelijkheidsrisico's, ongeacht of zij zich *in good faith* houden aan de gedragsregels die als *best practice* worden beschouwd voor *non-executive directors*.¹³⁴⁸ De Engelse rechtsleer voorziet hiervoor in een oplossing, niet in de vorm van een wetswijziging, maar wel door de maatstaf van de aansprakelijkheidsbeoordelling te subjectiveren, daarbij rekening houdend met het concrete takenpakket dat de betrokken bestuurder op zich nam - of had moeten nemen - in de vennootschap. Aan de rechtbank wordt gevraagd om alle relevante factoren in aanmerking te nemen, waaronder de mate van betrokkenheid van de betreffende bestuurder bij de vennootschap, de tijd die hij hieraan besteed heeft (in het licht van de tijd die hij hierin

¹³⁴⁸ D.A.M.H.W. STRIK, "Aansprakelijkheid van niet-uitvoerende bestuursleden: *you cannot have your cake and eat it*", *Ondernemingsrecht* 2003, p. 369.

diende te steken), de sectorkennis die over het algemeen groter zal zijn bij een *executive* dan bij een *non-exective*, etc.¹³⁴⁹

519. Het enigszins afzwakken van de collegialiteit van de raad in het voordeel van de individueel beslissingsbevoegde bestuurder die verantwoordelijk is voor het dagelijks beleid, is een waardevol mechanisme ter vervanging van een dagelijks bestuur *sensu stricto* als orgaan. De regeling dient nochtans alleen maar open te staan voor de NV die kiest voor een monistische bestuursvorm. In die hypothese dat een NV naast de raad ook een directiecomité heeft waaraan de operationele managementactiviteiten van de vennootschap overgedragen worden, bestaat er minder behoefte om aan een individueel bestuurslid meer slagkracht te verlenen door individuele beslissingen binnen een bepaald activiteitenterrein toe te wijzen aan de raad van bestuur.

Afdeling II Systeem van bijzondere bevoegdheidsdelegaties

520. De raad kan, op grond van de algemene lastgevingsregels uit de artikelen 1994 en verder B.W., volmachten verlenen aan niet-organen van de vennootschap, o.a. aan het management. De grens is steeds dat men niet de bevoegdheid delegeert over het algemeen beleid en dat de volmacht een bijzonder karakter heeft, d.w.z. dat deze beperkt is tot een bepaalde rechtshandeling of tot een bepaalde categorie van rechtshandelingen.¹³⁵⁰ Het bestuur moet er daarbij tevens over waken dat het zijn eigen ambt niet uitholt, door via een verregaande delegatie de eigen opdracht waarvoor het zich tegenover de vennootschap geëngageerd heeft, zonder voorwerp te maken. Het bestuurdersmandaat heeft een *intuitu personae*-karakter: de bestuurder moet het dus ook zelf uitoefenen.¹³⁵¹ In geval van delegatie is bovendien een taakafbakening tussen de raad en het management onmisbaar. Zoals in elk goed huwelijk is het ook in het kader van een samenwerking tussen raad en management van essentieel belang om goede afspraken te maken. De Code 2009 pleit er daarom voor dat de bevoegdheden van raad en management duidelijk geëxpliciteerd worden in een intern

¹³⁴⁹ D.A.M.H.W. STRIK, "Aansprakelijkheid van niet-uitvoerende bestuursleden: *you cannot have your cake and eat it*", *Ondernemingsrecht* 2003, p. 370.

¹³⁵⁰ Zie *infra* randnummers 62, 63 en 66.

¹³⁵¹ M. WYCKAERT en K. GEENS, "Het gebruik van het facultatief duaal systeem in Belgische beursgenoteerde vennootschappen", *TRV* 2010, afl. 7, p. 530, nr. 3.

reglement.¹³⁵² Hierin kan men beschrijven wat de precieze verantwoordelijkheden zijn van de betrokken manager en ook de financiële drempels al dan niet gerelateerd aan specifieke projecten.¹³⁵³

In feite kan de dagelijkse leiding van de vennootschap dus evenzeer op een efficiënte wijze gedelegeerd worden aan het management, dit in uitvoering van de managementovereenkomst, het intern reglement en vanuit de *mission statement* van de vennootschap. Het deels delegeren van de leiding van de onderneming van welke aard dan ook - de delegatie kan van operationele, functionele of hiërarchische aard zijn - maakt overigens onlosmakelijk deel uit van de managementovereenkomst.¹³⁵⁴ Dankzij de delegatie verkrijgt de aangeduide persoon de bevoegdheid om beslissingen te nemen binnen zijn activiteitenterrein en binnen de afgesproken budgetten, maar beschikt hij - tenzij hij tegelijkertijd ook lid is van de raad, het directiecomité en/of het orgaan van dagelijks bestuur - nog niet automatisch over de bevoegdheid om de vennootschap te vertegenwoordigen. De vertegenwoordigingsbevoegdheid komt in beginsel toe aan de raad van bestuur (artikel 522§2 W.Venn.). Via een specifieke volmachtregeling, zo men wil enkel uitgewerkt in de managementovereenkomst¹³⁵⁵, kan men ervoor zorgen dat het management ook bevoegd is om de vennootschap bij derden te vertegenwoordigen.

521. Anders dan bij de vertegenwoordiging door organen is de volmacht die op een *ad hoc*-basis aan niet-organen wordt verleend, niet onbeperkt en onvoorwaardelijk. Algemeen

¹³⁵² Principe 6, 6.1: "De raad legt, in nauw overleg met de CEO, het intern reglement van het uitvoerend management vast, waarin de verantwoordelijkheden, verplichtingen, de bevoegdheden, de samenstelling en de werking van het uitvoerend management gedetailleerd worden. (...)". Zie ook L. VAN DEN BERGHE en P. LAMBRECHT, "Board Insights III, Het huwelijkscontract aan de top van de onderneming: bestuur en management",

http://www.guberna.be/sites/default/files/general/Board%20Insights%20III_NL.pdf

¹³⁵³ Wanneer de manager onder deze drempels blijft, heeft hij een autonome beslissingsbevoegdheid. Zodra de drempels overschreden worden, moet het dossier voor goedkeuring worden voorgelegd aan de raad van bestuur. L. VAN DEN BERGHE en P. LAMBRECHT, "Board Insights III, Het huwelijkscontract aan de top van de onderneming: bestuur en management", http://www.guberna.be/sites/default/files/general/Board%20Insights%20III_NL.pdf

¹³⁵⁴ 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, 212; S. BEYAERT, "De managementovereenkomst", in X, *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, p. 21. B. DEGROOF, "Contractualisering van de verhouding dagelijks bestuurder en vennootschap: arbeidsovereenkomst of managementovereenkomst", *Jura Falc.* 2009-2010, Nr. 3, p. 489; E. JANSSENS, "Enkele praktische aspecten van de managementovereenkomst, in R. FELTKAMP en E. JANSSENS (eds.), *Ondernemingscontracten stap voor stap (2^{de} editie)*, Brussel, Larcier, 2013, p. 130.

¹³⁵⁵ Er bestaan geen publicatievereisten voor de volmacht. Dit is niettemin aanbevolen, omdat de volmachthouder tegenover derden van het bestaan en de omvang van zijn volmacht blijk moet geven. M. WYCKAERT en K. GEENS, "Het gebruik van het facultatief duaal systeem in Belgische beursgenoteerde vennootschappen", *TRV* 2010, afl. 7, p. 530, nr. 3.

neemt men aan dat de prokureregeling niet van toepassing is bij de niet-organieke vertegenwoordiging.¹³⁵⁶ Indien men dus het orgaan van dagelijks bestuur doet verdwijnen in het voordeel van een systeem van bijzondere bevoegdheidsdelegaties in overeenstemming met het positieve recht, wijzigt er niet meteen iets aan de onderzoeksplicht van de derden die met de vennootschap handelen. In de relatie derde-dagelijks bestuurder, kan de derde moeilijk inschatten wat precies de reikwijdte is van de omvang van dat bestuur en loopt hij het risico dat de vennootschap *post factum* aangeeft dat zij, omwille van een bevoegdheidsoverschrijdend handelen, hierdoor niet gebonden is. Eenzelfde scenario is evenwel mogelijk in de relatie derde-gevolmachtigde. De vertegenwoordigingsbevoegde manager die een overeenkomst sluit buiten het hem toegekende activiteitenterrein dan wel boven het budget waarbinnen hij diende te blijven, loopt een identiek risico: de vennootschap kan inroepen dat deze zich niet verplicht ziet om de verbintenissen uit de overeenkomst na te komen. Men kan de onzekerheid weliswaar wegwerken door de inhoud van de volmacht bekend te maken via een publicatie in het Belgisch Staatsblad - de bevoegdheid van de volmachthouder wordt immers bewezen door de overlegging van de volmacht¹³⁵⁷ - maar ook dit biedt geen sluitende garantie tegenover derden te goeder trouw.

522. Naar Duits recht kent men de speciaal voor het handelsverkeer ontwikkelde *kaufmännischen volmachten*, waaronder de *Prokura* en de *Handlungsvollmacht* (§§48-55 HGB). Van beide figuren leunt de *Generalhandlungsvollmacht* het dichtste aan bij de figuur van het dagelijks bestuur zoals wij deze in ons huidig recht kennen.

De *Generalhandlungsbevollmächtigte* is bevoegd om de vennootschap te vertegenwoordigen bij alle rechtshandelingen die gebruikelijk zijn voor het dagelijks bestuur van een bepaald type onderdeming. De *bevollmächtigte* van een retailer bijvoorbeeld heeft andere bevoegdheden dan de *bevollmächtigte* van een immobiliënvennootschap. De volmacht is beperkt tot rechtshandelingen die gebruikelijk zijn voor de volmacht, zodat de *Handlungsbevöllmächtigte* nooit bevoegd is om ongebruikelijke rechtshandelingen te stellen. Daarnaast voorziet de Duitse wet

¹³⁵⁶ De vertegenwoordigingsbevoegdheid van de volmachtdrager wordt immers niet bepaald door de wet, maar door de volmacht zelf. Kwantitatieve en kwalitatieve beperkingen op de bevoegdheid van de lasthebber zijn tegenstelbaar aan derden, zodra de tegenpartij zich nauwkeurig zal moeten vergewissen van het bestaan en de omvang van het mandaat en veiligheidshalve de voorlegging van de volmacht zal moeten vragen. H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, afl. 8-9, p. 241.

¹³⁵⁷ H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheid Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV", *Not. Fisc. M.* 2002, p. 231.

in een reeks handelingen, die de *bevollmächtigte* enkel kan stellen als deze bevoegdheid hem expliciet verleend werd.¹³⁵⁸ Andere beperkingen van de volmacht, bijvoorbeeld kwantitatieve of kwalitatieve beperkingen die niet vallen onder de wettelijke beperkingen uit §54(2) HGB, kunnen aan derden niet worden tegengeworpen als zij deze kenden of dienden te kennen.¹³⁵⁹

Gevallen van bevoegdheidsoverschrijdend handelen binden derden die te goeder trouw zijn in beginsel niet, waardoor zij zich ten aanzien van de vennootschap op de onbevoegd gestelde rechtshandeling kunnen beroepen. De vennootschap is niet verplicht om de *Handlungsvollmacht* te publiceren. Meer zelfs, het inschrijven van de volmacht in het handelsregister wordt verboden. Gelet op de frequentie waarmee van de volmacht gebruik wordt gemaakt, zou het verplichten van het nemen van een inschrijven leiden tot een onoverzichtelijk handelsregister. Dit kan nadelig zijn voor derden, aangezien zij hierdoor niet kunnen weten tot welke handelingen de gevolmachtigde precies bevoegd is. Eventuele onbillikheden die hierdoor ontstaan, worden getemperd door de schijnleer.¹³⁶⁰

523. De Duitse Prokurist is, anders dan de *Handlungsbevollmächtigte*, quasi algemeen vertegenwoordigingsbevoegd. Op grond van §49 HGB is hij bevoegd om alle gerechtelijke en buitengerechtelijke handelingen en transacties te stellen die het voeren van de commerciële activiteit met zich meebrengt.¹³⁶¹ De algemene vertegenwoordigingsmacht van de prokurist wordt slechts beperkt door de wettelijke grens uit §49 (2) HGB, op grond waarvan hij niet zonder een expliciete bevoegdheidsverlening kan overgaan tot het vervreemden en hypotheekeren van de onroerende goederen van de vennootschap. Daarnaast kan de prokurist ook geen handelingen stellen die de continuïteit van de vennootschap kunnen beïnvloeden. Tot het sluiten van een overeenkomst tot overdracht van de onderneming, het aanvragen van het faillissement en het aanbrengen van veranderingen in de organisatiestructuur van de

¹³⁵⁸ §54 (2) HGB bepaalt dat de bevoegdheid expliciet moet worden verleend voor het vervreemden of bezwaren van *onroerend goed, het aangaan van wisselverplichtingen, het aangaan van kredieten en bij de vertegenwoordiging in rechte*. §54 (2) luidt: „(2) Zur Veräußerung oder Belastung von Grundstücken, zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, zur Aufnahme von Darlehen und zur Prozeßführung ist der Handlungsbevollmächtigte nur ermächtigt, wenn ihm eine solche Befugnis besonders erteilt ist.“

¹³⁵⁹ De tekst luidt als volgt: §54 (3) HGB „(3) Sonstige Beschränkungen der Handlungsvollmacht braucht ein Dritter nur dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er sie kannte oder kennen mußte.“

¹³⁶⁰ E.E.G. GEPKEN-JAGER, *Vertegenwoordiging bij NV en BV*, Steendam, Kluwer, 2000, p. 123.

¹³⁶¹ §49(1) HGB „ (1) Die Prokura ermächtigt zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt.“

vennootschap is de prokurist niet bevoegd.¹³⁶² Voor het overige is zijn bevoegdheid zeer ruim, met dien verstande dat hij tevens bevoegd is om handelingen te stellen die niet tot de normale commerciële exploitatie horen.

Derden hebben geen onderzoeksplicht. Beperkingen van welke aard dan ook zijn hen niet tegenstelbaar.¹³⁶³ De derde die met een prokurist handelt kan erop vertrouwen dat hij in dezelfde mate wordt beschermd als wanneer hij handelt met de *Kauffman* zelf. Beperkingen die zijn aangebracht op de bevoegdheden van de prokurist werken alleen in de interne verhouding tussen de prokuraverlener en de prokurist, wat zorgt voor een grote rechtszekerheid in het handelsverkeer.¹³⁶⁴

524. Duitsland kiest dus voor een uitbreiding van de prokurairegeling naar alle vertegenwoordigers van de vennootschap, zelfs als deze geen lid zijn van het bestuur ervan. Met deze keuze voor een uitbreiding van het systeem komt het Duitse vennootschappenrecht tegemoet aan de zorg van de Europese wetgever om derden te goeder trouw zoveel mogelijk in bescherming te nemen en hun onderzoeksplicht zoveel mogelijk te beperken. Het risico wordt bij de vennootschap gelegd, die geacht wordt om de gevolgen van haar keuzes te dragen. De rigiditeit van het systeem wordt verzacht door de gemeenrechtelijke regels van *Mißbrauch der Vertretungsmacht*, op grond waarvan de handeling nietig kan worden verklaard.¹³⁶⁵ De vennootschap mag in geen geval het slachtoffer worden van derden die met kennis van de bevoegdheidsoverschrijding handelen dan wel van een samenspannen tussen de prokurist en de derde met kwade bedoelingen (i.e. de vennootschap opzettelijk beschadigen).

De volmacht van de prokurist heeft geen uitwerking zolang deze niet in het handelsregister wordt ingeschreven.¹³⁶⁶ Het nemen van een inschrijving in het register is verplicht, opdat

¹³⁶² E.E.G. GEPKEN-JAGER, *Vertegenwoordiging bij NV en BV*, Steendam, Kluwer, 2000, p. 116.

¹³⁶³ §50 HGB bepaalt dat enige beperking van het toepassingsgebied niet tegenwerpelijk is aan derden (,onwerkzaam') en dit zowel voor beperkingen van de bevoegdheid tot een bepaalde categorie van handelingen, onder bepaalde omstandigheden, voor een bepaalde tijd en zelfs voor bepaalde vestigingen van de vennootschap. „(1) Eine Beschränkung des Umfangs der Prokura ist Dritten gegenüber unwirksam. (2) Dies gilt insbesondere von der Beschränkung, daß die Prokura nur für gewisse Geschäfte oder gewisse Arten von Geschäften oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten ausgeübt werden soll.“

¹³⁶⁴ E.E.G. GEPKEN-JAGER, *Vertegenwoordiging bij NV en BV*, Steendam, Kluwer, 2000, p. 116.

¹³⁶⁵ §138 en 826 BGB.

¹³⁶⁶ De verplichte publicatie van de *prokura* is een belangrijk verschil met de *Handlungsvollmacht*, die niet mag gepubliceerd worden in het register.

derden kunnen weten wie de vennootschap kan verbinden zonder dat zij daarvoor de statuten hoeven te raadplegen.¹³⁶⁷ De *Prokura* kan bovendien worden toegekend aan één persoon, maar evenzeer aan verschillende personen die samen moeten optreden (*'Gesamtprokura'*).¹³⁶⁸

525. Het opnemen van een volmachtregeling, die geïnspireerd is op het Duitse recht, kan de afschaffing van het orgaan van dagelijks bestuur opvangen en bovendien tegemoetkomen aan de onzekerheden die inherent zijn aan het systeem zoals het tot nu geregeld is. De introductie van een *Prokura*, al dan niet met twee snelheden, zou ook bij ons zijn vruchten kunnen afwerpen, niet in het minst omdat het systeem duidelijke garanties biedt voor de transparantie, rechtszekerheid en zo grotendeels tegemoetkomt aan de eisen van een vlotte economie.

Hoofdstuk IV: CONCLUSIE: AFSCHAFFING VAN EEN HINDERLIJKE REGEL UIT ONS RECHT

526. De uitspraak van JAN RONSE, namelijk dat artikel 525 W. Venn. moet worden beschouwd als één van de meest hinderlijke regels uit ons recht, is vandaag brandend actueel, mede in het licht van de modernisering en de vereenvoudiging van ons vennootschapsrecht. Artikel

¹³⁶⁷ §55 HGB „(1) Die Erteilung der Prokura ist von dem Inhaber des Handelsgeschäfts zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Ist die Prokura als Gesamtprokura erteilt, so muß auch dies zur Eintragung angemeldet werden.(2) Das Erlöschen der Prokura ist in gleicher Weise wie die Erteilung zur Eintragung anzumelden.“

¹³⁶⁸ §48 (2) HGB „(2) Die Erteilung kann an mehrere Personen gemeinschaftlich erfolgen (Gesamtprokura).“ Een prokurist aan wie de bevoegdheid is verleend om de vennootschap te vertegenwoordigen samen met een andere prokurist, kan de vennootschap niet alleen verbinden. Er is evenwel geen werkelijk gezamenlijk optreden vereist, maar het is voldoende dat de *Gesamtprokuristen* overeenstemming hebben bereikt over de te stellen rechtshandeling (i.e. wilsovereenstemming). Zolang de andere prokurist zijn toestemming niet heeft verleend is de handeling *'schwebend unwirksam'* en heeft deze dus geen uitwerking tot op het ogenblik van bekrachtiging door de andere prokurist. In de praktijk wordt ook toegelaten dat de volledige vertegenwoordigingsbevoegdheid wordt toegekend aan de ene prokurist, de *'Einzelprokurist'* terwijl de andere prokurist de vennootschap alleen maar kan vertegenwoordigen wanneer hij samenwerkt met de andere prokurist. Deze vorm van samenwerking staat niet in de Duitse wet, maar is in de bedrijfswereld gekend als de *'halbseitigen Gesamtprokura'*. Tenslotte kan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de prokurist nog beperkt worden door de geldigheid van zijn handelingen te koppelen aan een verplicht optreden van een vennootschapsorgaan (de zgn. *'gemischte Gesamtprokura'*). De andere prokurist kan een lid van de *Vorstand* zijn (*'Vorstandmitglied'*). Zie hierover E.E.G. GEPKEN-JAGER, *Vertegenwoordiging bij NV en BV*, Steendam, Kluwer, 2000, p. p. 117 en verder.

525 W. Venn., samen met de huidige cassatierechtspraak,¹³⁶⁹ creëert een grote onzekerheid omtrent de omvang van de bevoegdheid van het dagelijks bestuur. Een vlotte handel heeft nochtans nood aan eenvoud, zekerheid en transparantie en mag geen weerstand ondervinden van een overdreven formalistisch systeem. De economie heeft daarbij geen baat. De wettelijke organisatie van de dagelijkse leiding in de NV mankeert het tot op vandaag echter aan deze drie voornoemde essentiële kenmerken.

Daarbij komt nog dat de huidige wettelijke regeling haaks staat op de praktijk, waardoor de regeling nog minder voorspelbaar is geworden. Geïnspireerd door het buitenlandse, voornamelijk het Amerikaanse, rechtssysteem is, veelal in NV's van een grotere omvang, de praktijk gegroeid om een strikte scheiding te organiseren tussen het bestuur van de vennootschap en het management. Genoteerde vennootschappen kiezen in de regel sowieso voor een gelaagde bestuursstructuur en dus voor een perfect dualistisch bestuursmodel. De raad van bestuur fungeert er als een raad van toezicht (te vergelijken met de Duitse *Aufsichtsrat*) dat zich laat bijstaan door een uitvoerend managementcomité - dat zich al dan niet organiseert als een directiecomité in de zin van artikel 524*bis* W. Venn. - met daarin de managers van de vennootschap en de CEO (te vergelijken met de Duitse *Vorstand*). De managementstructuur, de tweede laag, volgt de wettelijke structuur meestal niet.

Kleinere NV's besteden sowieso minder aandacht aan de manier waarop het bestuur en de vertegenwoordiging van de vennootschap georganiseerd moet worden. Bij de op- en inrichting van hun onderneming laten zij zich hiervoor vaak bijstaan door de huisaccountant dan wel door de instrumenterende notaris. Dit is op zich geen verkeerde houding, indien er effectief wordt nagedacht over de manier waarop men de vennootschap wenst te structureren, rekening houdend met de omvang, de aard en de verwachte groei ervan. Eventueel zou kunnen worden gedacht aan een systeem waarbij men, naar het voorbeeld van het Duitse en het Engelse recht, bij de oprichting van de vennootschap kan kiezen voor modelstatuten die in de wet ingeschreven zijn.

527. Hét probleem met artikel 525 W. Venn. is dat de onzekerheid vastkleeft aan de precieze draagwijdte van het begrip dagelijks bestuur. Wat voor de ene NV hoort tot het

¹³⁶⁹ Cass. 26 februari 2009, *TRV* 2009, 444, noot C. CLOTTENS; *TBH* 2009, afl. 9, 948, noot E. POTTIER en A. BERTRAND; *RW* 2009-10, 1129; noot W. GOOSSENS en B. CAFMEYER; *FJF* 2010, afl. 6, 615; *JLMB* 2010, afl. 4, 154; *Pas.* 2009, afl. 2, 592; *JDSC* 2010, 59, noot M. COIPEL; *RGCF* 2010, afl. 2, 156, noot.

dagelijks beleid van de onderneming, hoort niet tot het dagelijks beleid van een andere NV. Dagelijks bestuur is een rekbaar begrip - wat de bedrijfswereld jarenlang ook letterlijk heeft genomen door de bevoegdheden van de dagelijks bestuurder op te blazen - en kan nooit op een eenduidige wijze worden ingevuld laat staan samengevat worden in een allesomvattende wettelijke omschrijving van het begrip. Aangezien de omschrijving van het begrip samenvalt met de bevoegdheid van het dagelijks bestuur enerzijds en de wettelijke consequentie is dat bevoegdheidsoverschrijdend handelen leidt tot een ongeldige rechtshandeling anderzijds, kan aan de bestaande onzekerheid moeilijk worden geredieerd door de bestaande wettelijke regeling verder uit te werken.

Daarnaast geldt dat het orgaan door de vele wetswijzigingen overbodig is geworden, hoogstens een aanvullend karakter heeft verkregen. Voor de invoering van de figuur van de gedelegeerd bestuurder in ons vennootschappenrecht, gold de dagelijks bestuur als de lange arm van de raad van bestuur, van wie niet kon worden verwacht dat hij zich zou bezighouden met minder belangrijke zaken. Het zou bovendien niet werkbaar zijn om de raad telkens als er een beslissing genomen moest worden, te laten samenkomen en collegiaal te laten beslissen. De introductie van een lid van het bestuur waaraan een algemene vertegenwoordigingsmacht kon worden toegekend, nam een groot deel van de bestaansreden van de dagelijks bestuurder weg. Met de invoering van het directiecomité verloor de dagelijks bestuurder opnieuw aan betekenis en dan vooral in de grotere NV's. Vennootschappen die kiezen voor een dualistisch bestuursmodel waarbij de operationele bevoegdheid gedelegeerd wordt aan een managementcomité (directiecomité), hebben geen nood meer aan een afzonderlijk orgaan dat autonoom beslissings- en vertegenwoordigingsbevoegd is voor een deel van de reeds aan een ander orgaan gedelegeerde bevoegdheid. Het naast elkaar in werking stellen van beide organen zou bovendien kunnen resulteren in bevoegdheidsconflicten, aangezien de dagelijks bestuurder en het lid van het directiecomité in beginsel concurrerend bevoegd zijn om beslissingen te nemen m.b.t. het dagelijks beleid van de vennootschap. In dat opzicht is het overigens verwarrend dat de wetgever, wanneer hij het directiecomité introduceerde, de mogelijkheid voor de oprichting van een directiecomité naast een orgaan van dagelijks bestuur niet uitdrukkelijk heeft uitgesloten.

Een bijkomend argument dat pleit voor de afschaffing is dat, in de landen die het voorwerp hebben uitgemaakt van het rechtsvergelijkend onderzoek, dit zijn Nederland, Frankrijk,

Duitsland, Zwitserland, de UK en de VSA, met uitzondering dan van Luxemburg, geen orgaan van dagelijks bestuur bestaat en dat het ontbreken van dit orgaan er evenmin zorgt voor een disfunctioneren van de dagelijkse werking van de vennootschap. Het ontbreken van een dagelijks bestuurder is er geen gemis, zodat het niet onoverkomelijk kan zijn om de figuur ook bij ons weg te laten uit het vennootschappenrecht. Aan een buitenlandse onderneming die zich in ons land wil vestigen, zal overigens moeten uitgelegd worden wie de dagelijks bestuurder is en waartoe hij bevoegd is. De context van een steeds toenemende internationalisering en het belang van het aantrekken van vreemd kapitaal voor ons land, doet besluiten dat de laatste dagen van artikel 525 W. Venn. geteld zouden moeten zijn.

528. Uit dit onderzoek is gebleken dat het aanbevolen is om het orgaan van dagelijks bestuur in te wisselen voor een ander systeem van bevoegdheidsdelegatie.

Hierbij kan eraan worden gedacht om te opteren voor een gesofisticieerd systeem van een uitgewerkte volmachtregeling dat niet meer of minder is dan een niet-organieke vorm van *ad hoc*-lastgeving. Vereist is dat dit systeem wettelijk wordt uitgewerkt, maar toch nog voldoende ruimte laat voor de vennootschap om de bevoegdheidsverdeling naar eigen wens te kunnen organiseren. Een concreet voorbeeld is dat een vennootschap aan haar manager een volmacht verleent voor alle beslissingen met betrekking tot het HR-beleid. De manager is dan extern algemeen vertegenwoordigingsbevoegd m.b.t. dit beleid, maar is op grond van het interne reglement niet bevoegd om een lid van het topmanagement te ontslaan. Het verbod om een topmanager te ontslaan uit zijn functie, hoeft de betrokken manager nog niet te blokkeren. Het intern reglement kan in een toestemmingsvereiste voorzien, op grond waarvan de raad van bestuur als de manager één van zijn collega's zou willen ontslaan, zijn voorafgaande goedkeuring dient te geven. Een dergelijke oplossing is bevredigend, omdat de gevolmachtigde manager voldoende slagkracht behoudt, maar er tegelijk geremedieerd wordt aan een mogelijk belangenconflict door in de volmachtregeling een systeem van *checks and balances* in te bouwen.

529. Ten behoeve van een optimalisering van de huidige volmachtregeling, kan m.i. aansluiting gevonden worden bij het Duitse vennootschappenrecht en dan meer bepaald bij het systeem van de *kaufmännischen Vollmachten*, met name bij de *Prokura* en de (*General*)*Handlungsvollmacht*).¹³⁷⁰ De huidige wetgeving zal dan ingrijpend gewijzigd moeten

¹³⁷⁰ Zie *supra* randnummers 48, 49 en 255.

worden. Vooreerst zal er een handelsrechtelijke volmacht geïntroduceerd moeten worden in ons recht, zonder dat er evenwel geraakt hoeft te worden aan de gemeenrechtelijke regels van de lastgeving die hun aanvullende werking kunnen behouden. Geheel in lijn met de geest van de eerste Europese vennootschapsrichtlijn zal vervolgens de prokurairegeling uitgebreid moeten worden tot alle vertegenwoordigers van de vennootschap. Het principe dat interne bevoegdheidsbeperkingen, van welke aard ook, de externe vertegenwoordigingsmacht ten aanzien van derden niet beïnvloeden, dient m.a.w. tevens toepasselijk te zijn bij de niet-organieke vertegenwoordiging, zelfs als de vennootschap hiervoor niet-bestuurders aanstelt. Het rechtstreekse gevolg hiervan is dat gevallen van bevoegdheidsoverschrijdend handelen enkel nog aan bod kunnen komen op het interne niveau tussen de vennootschap en haar vertegenwoordiger. Miskennis van bevoegdheid kan ertoe leiden dat de gevolmachtigde intern aansprakelijk wordt gesteld voor de fout of de onzorgvuldigheid die hij beging en de schade die de vennootschap hierdoor geleden heeft. Het risico wordt hierdoor, los van de mogelijkheid om misbruik van vertegenwoordigingsmacht in te roepen, zoveel mogelijk verlegd naar de vennootschap die dient in te staan voor de gevolgen van het selectieproces dat zij heeft doorlopen. Het feit dat de vennootschap een verkeerde persoon heeft aangeduid om haar zaken te behartigen mag de handel niet beïnvloeden.

Het is daarbij een suggestie aan de wetgever om, net als in Duitsland, bepaalde handelingen te onttrekken aan de bevoegdheid van de prokurist. Bovendien verdient het aanbeveling om de publicatie van de prokura in de bijlagen bij het Staatsblad wettelijk verplicht te maken, opdat derden eenvoudig kunnen weten wie er ter zake over enige vertegenwoordigingsbevoegdheid beschikt en wie niet. Daarnaast moet het mogelijk zijn om een volmacht te verlenen aan één persoon dan wel aan meerdere personen die de vennootschap enkel samen kunnen verbinden. Een dergelijke wettelijke regeling komt alleszins tegemoet aan de wil van de Europese wetgever, die in de overwegingen bij de eerste vennootschapsrichtlijn uitdrukkelijk benadrukt heeft dat gevallen van bevoegdheidsoverschrijdend handelen in het nationale recht geminimaliseerd moeten worden. Daarnaast garandeert de prokura een rechtszekere regeling en maakt het komaf met overbodig formalisme.

Het idee om daarbij ook de interne taakverdeling op het niveau van de raad van bestuur uit te breiden, is geen bevredigende oplossing en wordt door vennootschapsjuristen zelfs als zinloos omschreven. Genoteerde vennootschappen werken in de praktijk reeds met een

gelaagde structuur, waarbij een taakverdeling wordt doorgevoerd op het niveau van het management. Het bestaan van figuren als de CEO, COO, CRO en CTO zijn het bewijs van een functionele taakverdeling bij het management. De kleinere NV kan daarentegen wel baat hebben bij een uitbreiding van de mogelijkheid om intern taken te verdelen, maar een functionele taakverdeling kan evengoed via een volmachtensysteem worden bereikt. In die optiek wordt een uitbreiding van artikel 522§2 W. Venn. dan ook overbodig geacht.

ALGEMEEN BESLUIT: EEN OVERBODIG ORGAAN

The secret of change is to focus all of your energy, not on fighting the old, but building the new.

Socrates

In the middle of difficulty lies opportunity.

Albert Einstein

530. De terughoudendheid van het Hof van Cassatie in het arrest van 26 februari 2009 deed heel wat stof opwaaien.¹³⁷¹ Naar aanleiding van deze rechtspraak werd er in de rechtsleer felle kritiek geleverd op het feit dat de bevoegdheden van het dagelijks bestuur, in tegenstelling tot de tendens in de bedrijfswereld om de macht van het dagelijks bestuur te maximaliseren, werden teruggebracht tot slechts twee categorieën van handelingen: recurrenente handelingen en handelingen die én urgent én van gering belang zijn met dien verstande dat ze de tussenkomst van de raad van bestuur niet rechtvaardigen.¹³⁷²

Aanleiding van dit onderzoek was enerzijds de grote afstand die er ingevolge het arrest was ontstaan tussen theorie en de praktijk. Anderzijds waren er de inzichten dat die afstand voortvloeit uit een wettelijke regeling die wellicht al te summier is en dat er onzekerheid is, die inherent zou kunnen zijn aan de notie 'dagelijks bestuur'. Tegelijk was er de vaststelling dat het dagelijks bestuur in het bedrijfsleven sterk ingeburgerd is en dat eerdere initiatieven tot het bewerkstelligen van een bevoegdheidsverschuiving van het dagelijks bestuur naar andere organen in de NV (cfr. de gedelegeerd bestuurder en het directiecomité), weinig hebben opgebracht. Dit grote succes contrasteert met de stiefmoederlijke behandeling van het orgaan van dagelijks bestuur in de wet en de rechtspraak.

¹³⁷¹ Cass. 26 februari 2009, TRV 2009, 444, noot C. CLOTTENS; TBH 2009, afl. 9, 948, noot E. POTTIER en A. BERTRAND; RW 2009-10, 1129; noot W. GOOSSENS en B. CAFMEYER; FJF 2010, afl. 6, 615; JLMB 2010, afl. 4, 154; Pas. 2009, afl. 2, 592; JDSC 2010, 59, noot M. COIPEL; RGCF 2010, afl. 2, 156, noot.

¹³⁷² Zie *supra* randnummers 125 en verder.

De bezorgdheid die bij het begin van dit onderzoek geuit werd, was dat het - rekening houdend met de voortschrijdende internationalisering en in het licht van het aantrekken van vreemd kapitaal - essentieel is dat het bestuursmodel van de NV op een transparante en eenvoudige wijze georganiseerd kan worden. Daarnaast spelen er ook andere fundamentele beginselen, zoals modernisering, rechtszekerheid en behoud van efficiëntie. Dit onderzoek strekte ertoe de bestuurs- en vertegenwoordigingsmacht van de dagelijks bestuurder *de lege ferenda* te bepalen en *de lege lata* de bevoegdheidsdelegatie in de NV te optimaliseren, desnoods door te zoeken naar alternatieve mechanismen voor een afzonderlijk orgaan van dagelijks bestuur.¹³⁷³

531. In deel I werd het orgaan van dagelijks bestuur doorgelicht. In hoofdstuk 1 werd de ontstaansgeschiedenis van het orgaan weergegeven en kwam, onder verwijzing naar een citaat van JAN RONSE, naar voor dat er omtrent artikel 525 W.Venn. altijd al veel onduidelijkheid is geweest.¹³⁷⁴ In hoofdstuk 2 werd onderzocht of ook andere landen, al dan niet met een gelijkaardig rechtssysteem, een afzonderlijk orgaan van dagelijks bestuur hebben en, voor zover dit niet het geval was, hoe zij dan wel de dagelijkse leiding organiseren in kapitaalvennootschappen die kunnen worden vergeleken met de Belgische NV. Hier bleek dat geen van de onderzochte landen een apart orgaan van dagelijks bestuur hebben zoals het Belgische vennootschapsrecht.¹³⁷⁵ Deze conclusie hoefde niet te verwonderen voor landen die traditioneel een dualistisch bestuursmodel kennen, zoals Nederland en Duitsland. In een duaal bestuursmodel wordt het bestuur en het toezicht op dat bestuur waargenomen door twee verschillende organen met als gevolg dat het besturen van de vennootschap, daarin begrepen het dagelijks bestuur, toevertrouwd wordt aan het bestuursorgaan dat op haar beurt de mogelijkheid heeft om bepaalde taken te delegeren aan gevolmachtigden. Dat landen met een traditioneel monistisch bestuursmodel, zoals Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland, ook geen separaat orgaan van dagelijks bestuur kennen, wekte daarentegen wel enige verwondering en leidde tot de vaststelling dat de aanwezigheid van een dagelijks bestuurder geen *conditio sine qua non* is om een snelle en efficiënte besluitvorming in de NV te realiseren.

¹³⁷³ Zie *supra* randnummer 12.

¹³⁷⁴ Zie *supra* randnummer 112.

¹³⁷⁵ Zie *supra* randnummers 29 en verder.

532. In deel II werd de evolutie in de rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake de notie en de bevoegdheid van het dagelijks bestuur besproken. In hoofdstuk 1 werd de notie 'dagelijks bestuur' geanalyseerd.¹³⁷⁶ Hier werd belicht dat er na de tussenkomst van het arrest van het Hof van Cassatie van 26 februari 2009 geen ruimte meer is voor een uitgebreide interpretatie van dit orgaan. In tegenstelling tot wat de rechtsleer had verwacht, schroefde het Hof de bevoegdheden van het dagelijks bestuur terug tot twee categorieën van handelingen, met name deze die horen tot de dagelijkse bedrijfsvoering en deze waarvoor de tussenkomst van de raad van bestuur niet kan worden afgewacht, omdat zij zowel dringend zijn als van gering belang.¹³⁷⁷ Op basis van deze rechtspraak en de uitvoerige rechtsleer hierover, werd getracht om objectieve criteria aan te reiken aan de hand waarvan de bevoegdheidsgrenzen van het dagelijks bestuur kunnen worden voorspeld.¹³⁷⁸ In hoofdstuk 2 werd de actieradius van de bevoegdheid van het dagelijks bestuur behandeld, waarna in hoofdstuk 3 een overzicht wordt gegeven waarvan uit de rechtspraak is gebleken dat de dagelijks bestuurder daarvoor bevoegd is.¹³⁷⁹

Cruciaal in dit overzicht is het luik met betrekking tot het stellen van proceshandelingen door de dagelijks bestuurder. Hier zagen we dat er een verschil is tussen de rechtspraak van de rechtscolleges van de rechterlijke macht en de Raad van State. Bij de gewone rechtscolleges kan de dagelijks bestuurder bevoegd zijn om de vennootschap te vertegenwoordigen bij de rechtscolleges van de rechterlijke macht, voor zover het geschil waarin namens de vennootschap wordt opgetreden, zich binnen de grenzen van dat beleid situeert. Bij de Raad van State kan hij nooit bevoegd zijn om een schorsings- en/of een annulatieverzoek in te stellen. De vraag was op welke manier komaf kan worden gemaakt met deze ontoelaatbare discrepantie.¹³⁸⁰ Een oplossing zou kunnen zijn dat een tweede paragraaf toegevoegd wordt aan artikel 525 W. Venn., op grond waarvan de aard van een handeling steeds concreet en met inachtneming van alle omstandigheden moet worden getoetst.¹³⁸¹

¹³⁷⁶ Zie *supra* randnummers 108 en verder.

¹³⁷⁷ Zie *supra* randnummer 129.

¹³⁷⁸ Zie *supra* randnummers 160 en verder.

¹³⁷⁹ Zie *supra* randnummers 190 en verder.

¹³⁸⁰ Zie *supra* randnummers 206 en verder.

¹³⁸¹ Zie *supra* randnummer 503, waar een voorstel wordt gedaan als volgt: "§2 Of een handeling wel of niet als een handeling van dagelijks bestuur wordt beschouwd, dient te allen tijde concreet en met inachtneming van alle omstandigheden beoordeeld te worden."

In hoofdstuk 4 worden tenslotte oplossingen geformuleerd, die kunnen remediëren aan een bevoegdheidsoverschrijdend handelen van het dagelijks bestuur.¹³⁸²

533. De vraag die aan bod kwam in deel III was op welke manier de samenwerking tussen de dagelijks bestuurder en de vennootschap kan worden gecontractualiseerd.¹³⁸³ In hoofdstuk 1 werd op zoek gegaan naar het sociale statuut van de dagelijks bestuurder die, ingevolge enkele belangwekkende arresten van het Hof van Cassatie, zijn taak zowel als een zelfstandige dan als een werknemer kan uitvoeren.¹³⁸⁴ Hierbij kwam tevens de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie aan bod met betrekking tot de mogelijkheid tot herkwalificatie van de arbeidsrelatie door de feitenrechter en de primauteit van de keuze van partijen.¹³⁸⁵ De conclusie bij dit hoofdstuk is dat er, mede gelet de beperkte bevoegdheid van het dagelijks bestuur, geen bezwaar is tegen het opnemen van een mandaat als dagelijks bestuurder in onderschikt verband en dus in het kader van een arbeidsovereenkomst. Dit bezwaar zou er evenmin zijn bij een eventuele wettelijke uitbreiding van de macht van het dagelijks bestuur, voor zover een ander orgaan effectief gezag uitoefent over diens handelingen. In hoofdstuk 2 werd ingegaan op de omschrijving en de kwalificatie van de managementovereenkomst. Verder werden hier ook de praktische aspecten van deze overeenkomst belicht.

534. Aangezien het aansprakelijkheidsregime van de dagelijks bestuurder als zelfstandige anders is dan het regime van de dagelijks-bestuurder werknemer, werd in deel IV onderzocht hoe verschillend beide systemen zijn en ook wat het belang is van deze verschillen voor de praktijk.¹³⁸⁶ Hier was de conclusie dat de werkelijke invloed van de verschillen eerder gering zijn, enerzijds omdat beide regimes de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurder onverkort laten én er steeds de mogelijkheid is tot een herkwalificatie als een feitelijke leider (met als gevolg dat het bestuurdersaansprakelijkheidsregime van toepassing zal zijn) en anderzijds omdat, in het geval van de dagelijks bestuurder-werknemer, diens toezichthouder aansprakelijk blijft voor een gebrekkig toezicht op zijn ondergeschikte. Vooraf werd toegelicht op welke gronden het dagelijks bestuur aansprakelijk kon worden gesteld en

¹³⁸² Zie *supra* randnummers 238 en verder.

¹³⁸³ Zie *supra* randnummers 309 en verder.

¹³⁸⁴ Zie *supra* randnummers 282 en verder.

¹³⁸⁵ Zie *supra* randnummers 292 en verder.

¹³⁸⁶ Zie *supra* randnummers 361 en verder.

benadrukt dat het dagelijks bestuur sowieso aan een beperkter aansprakelijkheidsregime onderworpen wordt dan de bestuurder.¹³⁸⁷

535. In deel V werd nagedacht over een mogelijke reorganisatie van het dagelijks bestuur in de Belgische NV. In hoofdstuk 1 werden de voordelen van een orgaan van dagelijks bestuur belicht en werd de denkpiste van een selectief behoud voor bepaalde NV's en de BVBA ontwikkeld.¹³⁸⁸ In hoofdstuk 2 werden de nadelen genoemd, waarna in hoofdstuk 3 duidelijk gemaakt werd dat het perfect mogelijk is om artikel 525 W. Venn. weg te denken uit ons rechtssysteem.¹³⁸⁹ In hoofdstuk 4 werd bijgevolg aangegeven waarom het een verbetering zou kunnen zijn om dit keer resoluut te gaan voor de afschaffing van het orgaan van dagelijks bestuur in de NV.¹³⁹⁰

536. Heeft het Hof van Cassatie de bevoegdheid van het dagelijks bestuur niet al te zeer beperkt? Wordt het tijd voor een grondige wijziging van artikel 525 W. Venn. of, meer zelfs, voor een radicaal omdenken van het bestuursmodel in de NV door een afschaffing van het orgaan van dagelijks bestuur *as such*? Deze onderzoeksvragen stonden centraal in dit onderzoek. Het antwoord op al deze vragen is positief. De gewijzigde rechtspraak van het Hof van Cassatie heeft de dagelijks bestuurder herleid tot een onbruikbare figuur niet alleen in het recht, maar vooral in het ondernemingsleven. Aan deze problematiek moet door de wetgever dringend geredieerd worden. Het recht mag zich immers niet verliezen in differentiatie en versnippering. Minstens dient de inhoud van artikel 525 W. Venn. gewijzigd te worden door een omschrijving van de notie dagelijks bestuur op te nemen in de wettekst, waarbij de bevoegdheid van de dagelijks bestuurder, in overeenstemming met de behoefte van het bedrijfsleven, opnieuw moet worden uitgebreid tot drie categorieën van handelingen: de recurrente handelingen, handelingen die van gering belang zijn en handelingen die urgent zijn in die zin dat een vergadering van de raad van bestuur niet kan worden afgewacht. Tevens dient het dagelijks bestuur voorbehouden te worden voor de kleinere kapitaalvennootschap

¹³⁸⁷ Zie *supra* randnummers 364 en verder.

¹³⁸⁸ Zie *supra* randnummers 489 en verder.

¹³⁸⁹ Zie *supra* randnummers 504 en verder.

¹³⁹⁰ Zie *supra* randnummers 526 en verder.

die kiest voor een monistisch bestuur. Dit is bij voorkeur enkel de kleine NV. Elke aanpassing/uitbreiding van artikel 525 W. Venn. dient in elk geval beschouwd te worden als de overgangsfase naar een bestuursmodel zonder een orgaan van dagelijks bestuur.

537. Globalisering, vereenvoudiging, modernisering, rechtszekerheid, een vlotte economie en het spanningsveld met het Europees recht verantwoorden deze radicale ommekeer, die finaal tot een optimalisering van het bestuur zal leiden. In een internationale context zorgt het orgaan voor verwarring, omdat andere rechtsstelsel geen affiniteit hebben met een dergelijke instelling. Wat het Europees recht betreft, is er een onbetwistbaar spanningsveld tussen de doelstellingen van de eerste vennootschapsrichtlijn (minimaliseren van de onderzoeksplicht van derden) en de onzekerheid die inherent is aan de omvang van het dagelijks bestuur van een bepaalde onderneming, net omdat dit begrip zo moeilijk te vatten is in één omschrijving of door een lijst aan bevoegdheden.¹³⁹¹ Dé doorslaggevende reden voor een weglating van dit orgaan uit ons rechtssysteem is echter ingegeven door de vaststelling dat het orgaan op zichzelf overbodig is. Minimale aanpassingen in ons recht maken alternatieve systemen, waaronder het verlenen van *ad hoc*-volmachten aan managers en/of bestuurders, uitermate geschikt om het orgaan van dagelijks bestuur te vervangen.¹³⁹² De verstoring van het machtsevenwicht, opgeworpen door de bedrijfswereld als een argument tegen de afschaffing, weegt niet op tegen de moeilijkheden die artikel 525 W. Venn. met zich brengt. Een eventuele statutenwijziging, die tal van vennootschappen eventueel zullen moeten ondergaan, kan eenvoudig worden opgevangen met overgangstermijn van één of twee jaar voor de vennootschap om zichzelf in regel te stellen.

¹³⁹¹ Zie *supra* randnummer 108 en verder.

¹³⁹² Zie *supra* randnummer 513 en verder.

Bibliografie

BELGISCHE BRONNEN:

- ADRIAENS, B., DEJONGHE, D., "De vennootschapsmandataris en het sociaal recht", *Or.* 2002, 25-40.
- ALLATA, C., "Le statut social et fiscal de l'administrateur comme dirigeant d'entreprise" in L. Van Den Berghe, T. Baelden en Belgian Governance instituut (eds.), *Vademecum van de bestuurder*, Mechelen, Kluwer, 2007, 197-218.
- ALLEMEERSCH, B., VANANROYE, J., "Het optreden in rechte van vennootschappen: enkele actuele aandachtspunten voor advocaten", in B. ALLEMEERSCH, V. SAGAERT en VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP (eds.), Antwerpen, Intersentia, 2010, 253 – 300.
- AYDOGDU, R. en CAPRASSE, O., "La représentation des SA devant le Conseil d'Etat" (noot onder R. v. St. 21 juni 2012), *Rév. prat. soc.* 2012, afl. 2, 241-263.
- BAERT, J., DEBERSAQUES, G., "Raad van State. Ontvankelijkheid" in *Administratieve rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 1996, 164-170.
- BAETEN, X., "De vergoeding van managers", in L. VAN DEN BERGHE en T. BAELDEN, *Vademecum van de bestuurder*, Kluwer, 2007, 227-243.
- BECKERS, J-B. en BAART, T., "De *ad nutum*-afzetbaarheid van de bestuurder in de NV nader onderzocht", *Not. Fisc. M.* 2011, afl. 8, 245-251.
- BEELE, B., HUYSINTRUT, J., e.a., *Het bestuur van een NV : vennootschapsrechtelijke, sociale en fiscale aspecten. Een leidraad voor de praktijk*, UGA, Heule, 2005, 345-378.
- BEKAERT, J., « De nieuwe bestuurdersaansprakelijkheid voor fiscale schulden : slapeloze nachten voor de bestuurders of much ado about nothing », *RW* 2006-07, nr. 43, 1750-1756.
- BENOIT-MOURY, A., "Clauses statutaires et pouvoirs des organes sociaux", *Ann. dr. Liège* 1976, 270.
- BERTSCH, C., "L'introduction d'une réclamation fiscale peut-elle être sous-déléguée par les délégués à la gestion journalière d'une société anonyme?", *JDSC* 2005, 145-146.
- BERTSCH, C., "De la confusion des organes de société pour admettre la recevabilité d'un recours en annulation au Conseil d'Etat", *JDSC* 2005, 149-151.

- BERTSCH, C., "Pouvoir général de représentation de l'administrateur délégué d'une société anonyme en vertu de l'article 522§2 du Code des sociétés", *JDSC* 2003, 187-188.
- BERTSCH, C., "La décision d'introduire un recours au Conseil d'Etat par une société anonyme: gestion journalière" (noot onder R. v. St. 26 maart 2001), *JDSC* 2003, 199.
- BERTSCH, C., "L'action en justice peut-elle relever de la gestion journalière d'une société anonyme?" (noot onder Cass. 9 oktober 2000), *JDSC* 2003, 206.
- BERTSCH, C., "Les tiers ont-ils la faculté de se prévaloir de la méconnaissance des limitations statutaires des pouvoirs des organes sociaux?", *JDSC* 2001, 179-180.
- BERTSCH, C., "Définition jurisprudentielle de la notion légale de gestion journalière", *JDSC* 2001, 150-151.
- BERTSCH, C., "La gestion de l'entreprise et la représentation des SA, SPRL et SC", in X, *Droit des sociétés commerciales. SA, SPRL et SCRL*, 611-693.
- BEYAERT, S., "De managementovereenkomst", in X., *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, 1030 p.
- BIHAIN, L., « Responsabilités des dirigeants de sociétés à l'égard des tiers. Pas d'immunité de principe en faveur des organes de sociétés », noot onder Cass. 20 juni 2005, *JT* 2006, afl. 6230, 421-427.
- BOUCKAERT, F., *Notarieel vennootschapsrecht. NV en BVBA*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 2 dln., 1162 p.
- BRAECKMANS, H., HORSMANS, G. en NELISSEN-GRADE, J.M., "Finalités et perspectives" in X (ed.), *De modernisering van het vennootschapsrecht*, Larcier, Gent, 446 p.
- BRAECKMANS, H., "Actualia vennootschapsrecht" in X, *CBR Jaarboek*, Antwerpen, Intersentia, 2011-2012, 163-202.
- BRAECKMANS, H., HOUBEN, R., *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 924 p.
- BRAECKMANS, H., "Conflicten in vennootschappen en het wetboek van vennootschappen: de vlag dekt niet de lading", *TPR* 2010, afl. 4, 1603-1701.
- BRAECKMANS, H., "De Europese vennootschap (Societas Europaea)", *RW* 2004-05, nr. 32, 1241-1254.
- BRAECKMANS, H., "De wet van 2 augustus 2002 inzake behoorlijk vennootschapsbestuur (Corporate Governance)", *RW* 2002-2003, nr. 42, 1641-1651.
- BRAECKMANS, H., "Bestuur van de BVBA door een vaste vertegenwoordiger en de vaste

vertegenwoordiger van de bestuurder-rechtspersoon", in H. Braeckmans en E. Wymeersch (eds.), *Behoorlijk vennootschapsbestuur. Een analyse van de wet van 2 augustus 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 1-21.

BRICOUT, P., "Het weerlegbaar onweerlegbaar vermoeden van onderwerping aan het sociaal statuut der zelfstandigen. Uitoefening van mandaten in vennootschappen en verenigingen.", *RW* 2010 11, afl. 27, 1114-1119.

CAPRASSE, O., "La délégation à la gestion journalière et les mandats particuliers dans la société anonyme", *JT* 2011, 224-227.

CAPRASSE, O., "Société Anonyme. Gestion journalière et recours en annulation devant le Conseil d'Etat", *RPS* 2010, 316-321.

CAPRASSE, O., "Le délégué à la gestion journalière et les délégations particulières de pouvoirs" in Commission droit et vie des affaires (ed.), *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, Brussel, Bruylant, 2004, 87-114.

CAPRASSE, O., "Sociétés et ASBL, questions d'actualité", Reeks "Commission Université-Palais (CUP)", nr. 62, Formation Permanente CUP, Luik, 2003, 369 p.

CARETTE, N., "Exoneratiebedingen in het gemeen recht", *Jura Falc.* 2004-2005, afl. 1, 63-86.

CAUFFMAN, C., "De vertrouwensleer", in X, *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. IV. Commentaar verbintenissenrecht. Titel I, Hfdst.1, Afd. 3*, 26 p.

CLEEREN, F., "Het orgaan van dagelijks bestuur", *RW* 1996-97, 209-220.

CLOTTENS, C., "Na het mandaat *ad litem* aanvaardt het Grondwettelijk Hof eindelijk ook de prokura-leer" (noot onder GwH 30 april 2015), *TRV RPS* 2016, 173-177.

CLOTTENS, C., "Het Grondwettelijk Hof aanvaardt het mandaat *ad litem* zoals toegepast door de Raad van State (noot onder GwH 17 september 2014), *TRV* 2014, afl. 8, 784-786.

CLOTTENS, C., "De omvang van het dagelijks bestuur van de NV bij vertegenwoordiging in rechte" (noot onder Cass. 26 februari 2009), *TRV* 2009, afl. 5, 446-451.

CLOTTENS, C., "De weerlegging van het vermoeden van het mandaat *ad litem* (artikel 440, lid 2 Ger. W.) bij proceshandelingen in naam van een rechtspersoon" (noot onder Cass. 9 januari 2007), *TRV* 2008, afl. 8, 668-674.

CLOTTENS, C., "Het optreden in rechte van naamloze vennootschappen bij beroepen tot nietigverklaring bij de Raad van State", *TRV* 2007, afl. 3, 182.

CLOTTENS, C., "De (niet-)ontvankelijkheid van het annulatieberoep bij de Raad van State ingesteld lastens de gedelegeerd bestuurder van een NV" (noot onder R. v. St. 12 december 2005), *TRV* 2006, afl. 1, 52-60.

- COIPEL, M., "Le dépassement de la notion légale de gestion journalière et l'excès de pouvoir" (noot onder Arbh. Luik 7 december 2009), *JDSC* 2011, 173.
- COIPEL, M., 'Quelques réflexions sur les procès-verbaux des réunions du conseil d'administration et sur le principe collégial', *JDSC* 2011, 165-168.
- COIPEL, M., "Le Conseil d'Etat reste fermé à certaines subtilités du droit des sociétés", *JDSC* 2011, 177-180.
- COIPEL, M., "La définition de la gestion journalière par la Cour de Cassation : faut-il désespérer?" (noot onder Cass. 26 februari 2009), *JDSC* 2010, 63-67.
- COLLARD, G., "De la notion d'imputabilité et de légitimité en matière d'apparence de pouvoir de représentation des sociétés anonymes", *RPS* 2001, 323-347.
- COOLS, S., *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta media group, 2015, 735 p.
- CORBISIER, I., "Quelques réflexions en filigrance des développements récents qu'a connus le droit de responsabilité des administrateurs d'une personne morale", *RPS* 1994, 87-88;
- CORNELIS, L., "Allesbehalve kinderspel" in X (ed.), *Liber amicorum H. Bocken. Dare la luce*, die Keure, Brugge, 2009, 691 p.
- CORNELIS, L., "Panta rei, kai ouden menei. Over verjaring van de rechts- en schuldvordering", in CBR (ed.), *De verjaring*, Antwerpen -Oxford, Intersentia, 2007, 317-343.
- CORNELIS, L., *Beginzelen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. De onrechtmatige daad.*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu, 1989, 744 p.
- COUNE, C., HUBIN, D., "Aansprakelijkheid van bedrijfsleiders en verzekering", *T. Verz.* 2012, afl. 2, 181-190.
- CRAB, P., noot onder Cass. 22 december 1977, *Rév. Prat. Soc.* 1978, nr. 5978, p. 191.
- DAVID, W., "La gestion et la représentation des SA, SPRL et SCRL" in COIPEL, M. (ed.), *Droit des sociétés commerciales. SA, SPRL et SCRL*, Waterloo, Kluwer, 2012, 541-656.
- DAVID, W., "La ratification de la décision d'introduire un recours ne peut intervenir après l'échéance du délai du recours" (noot onder R. v. St. 3 november 2010), *JDSC* 2012, 134-135.
- DAVID, W., "Le Conseil d'Etat et les pouvoirs du délégué à la gestion journalière" (noot onder R. v. St. 12 januari 2010), *JDSC* 2012, 131-133.
- DEAR, L., "Le statut social du dirigeant d'entreprise", *JTT* 2013, afl. 1167, 373-382 ; *Le pli juridique* 2013, afl. 24, 14-22.
- DEBERSAQUES, G., EGGERMONT, F., "De hervorming van de Raad van State 2014: een eerste analyse van de voornaamste nieuwigheden", *RW* 2013-14, nr. 36, 1403-1423.

- DEBERSAQUES, G., "Het in rechte treden van een rechtspersoon voor de Raad van State", *RW* 1998-1999, 251-254.
- DE BOECK, A., "Wilsuiting, werkelijke wil – uitgedrukte wil, veinzing" in X, *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Commentaar verbintenissenrecht, Titel II, Contractenrecht, Hfdst 2.1-17*, 17 p.
- DECROES, A., "La représentation en justice de personnes morales et l'article 440, alinéa 2 du code judiciaire" (noot onder Cass. 9 januari 2007), *Rév. prat. soc.* 2008, afl. 1, 79-84.
- DE KOSTER, E., "Het belang van variabele beloning bij executives", *Jura Falc.* 2013-2014, afl. 1, 13-77.
- DE DIER, S., "Over de dualiteitsvoorwaarde bij cumulatie van managementovereenkomst met bestuursmandaat", *TRV* 2009, afl. 7, 654-659.
- DE DIER, S., VAN BEVER, A., "Standpunt : het arbeidsrechtelijke statuut van een lid van het directiecomité van een NV (artikel 524 bis W. Venn.)", *TRV* 2011, afl. 4, 217-225.
- DE DIER, S., VAN BEVER, A., "Over de loyaliteitsplicht van werknemer en bestuurder. Zo zijn we niet getrouwd", *Jura Falc.* 2008-2009, nummer 3, 321-391.
- DE GEYTER, S., DE POORTER, I., LEROUX, E., *Delegatie en taakverdeling in de raad van bestuur van de naamloze vennootschap*, Larcier, 2016, 270 p.
- DE GEYTER, S., "Over remuneratie van bestuurders en topmanagers", *TRV* 2013, afl. 1, 16-23.
- DE GEYTER, S., "De toezichtstaak van de raad van bestuur in de naamloze vennootschap", *TPR* 2012, afl. 3, 1175-1221.
- DE GEYTER, S., *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 531 p.
- DE GROOF, B., "Contractualisering van de verhouding dagelijks bestuurder en vennootschap: arbeidsovereenkomst of managementovereenkomst?", *Jura Falc.* 2009-2010, nr. 3, 475-506.
- DE GROOF, B., "De invloed van de cumulatie van het bestuursmandaat met een arbeids-of managementovereenkomst op de ad nutum-herroepbaarheid van de bestuurder in de NV", *Jura Falc.* 2012-2013, nr. 2, 279-352.
- DELMOTTE, B., "Behoudt of verliest de raad van bestuur de bevoegdheden die hij heeft verleend aan het directiecomité", *TRV* 2004, 219-224.
- DELVAUX, T., "Représentation et comparution des sociétés devant les juridictions de l'ordre judiciaire", *Act. dr.* 2002, afl. 4, 443-493.
- DELVOIE, J., *Orgaantheorie in rechtspersonen van privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 590 p.
- DEMEUR, P., "La gestion journalière et les procédures judiciaires ou arbitrales", *RPS* 1961, 65.

- DESCHEPPER, I., « De bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering », in X, L. Vandenberghe, T. Baelden (eds.), *Vademecum van de bestuurder. Vade-mecum de l'administrateur*, Mechelen, Kluwer, 2007, 339 p.
- DE WOLF, P., "Fragmentation des organes et spécialisation des tâches" in *Actualités en droit des sociétés*, Brussel, Bruylant, 2011, 126-166.
- DE WOLF, P., STEVENS, G., Artikel 525 C. Soc., in X., *Commentaire systématique du 'nouveau' Code des sociétés*, 1-6.
- DE WOLF, P., "Le conseil d'administration: répartition, délégation de pouvoirs et mandats spéciaux", JT 1988, 217-224 en <http://jt.larcier.be> (1 juli 2008).
- DE WULF, C., *Het opstellen van notariële contracten*, III, Mechelen, Kluwer, 2005, 724 p.
- DE WULF, H., DE GEYTER, S., "Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers", in X, *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Mechelen, Kluwer, 2007, 103-191.
- DE WULF, H., DE POORTER, I., "De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen" in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht* Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, 195-285.
- DE WULF, H., "De wet corporate governance en het bestuur: directiecomité en intra-groepsverrichtingen", in X, *Financiële regulering : op zoek naar nieuwe evenwichten. Volume I. Privaat bankrecht, Ondernemingsrecht, Insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 197-258.
- DE WULF, H., "Het Hof van Cassatie en de extracontractuele aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders", in *Liber amicorum C. De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 517-546.
- DE WULF, H., *Taak en loyaleitplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 910 p.
- DE WULF, M., "Annulatieberoep, een aangelegenheid van dagelijks bestuur?", *NJW* 2003, afl. 39, 843.
- DE WULF, P., DIELS, S., STAAR, M.A., "De Arbeidsrelatiewet: 5 jaar rechtspraak", *Or.* 2012, afl. 7, 179-192.
- DIEPVENS, N., "De aansprakelijkheid van het directiecomité voor de fiscale schulden in een NV", *AFT* 2014 afl. 2, 4-22.
- DOOMS, V., MESSIAEN, T., *Schijnzelfstandigheid*, Brussel, Larcier, 2008, 235 p.
- DOOMS, V., "Over de vergaande gevolgen van het niet kwalificeren van een overeenkomst" noot onder Arbh. Antwerpen 20 april 2006, *RABG* 2007, afl. 2, 88-92.

- ELIAERTS, L., "De arbeidsrelatiewet, vennootschapsmandatarissen en vennoten", *TRV* 2008, afl. 2, 81-112;
- ERNOTTE, M., "L'initiative des actes de procédure d'une société contre le gérant d'une SPRL ou l'administrateur d'une SA" (noot onder Gent 6 maart 2006), *JDSC* 2009, 144-146.
- ERNOTTE, M., "Ratification par la société anonyme d'un acte accompli par un administrateur seul en violation de la clause statutaire de représentation générale" (noot onder Gent 10 maart 2008), *JDSC* 2009, 161.
- ERNOTTE, M., "La portée de l'art. 440 al. 2 C. jud." (noot onder Cass. 9 januari 2009), *JDSC* 2009, 140-141.
- ERNOTTE, M., "La recevabilité des actions en justice introduites par des personnes morales devant les juridictions de l'ordre judiciaire" noot onder Kh. Charleroi 15 mei 2006), *JDSC* 2007, 51-54.
- ERNOTTE, M., "Les exigences posées par le Conseil d'Etat en ce qui concerne la recevabilité d'un recours en annulation introduit par une société anonyme" (noot onder R. v. St. 7 juli 2003), *JDSC* 2006, 62-67.
- ERNST, P., Bestuurdersaansprakelijkheid, enkele recente evoluties aansprakelijkheid in geval van faillissement, aansprakelijkheid voor onbetaalde sociale zekerheidsbijdragen en aansprakelijkheid voor onbetaalde bedrijfsvoorheffing en BTW" in *CBR Jaarboek 2007-2008*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 221-253.
- ERNST, P., VAN DEN EYNDEN, L., "Het directiecomité in de Corporate Governance-wet. Een eerste analyse", *TRV* 2002, afl. 8, 547-575.
- ERNST, P., *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 1153 p.
- EYBEN, AC., "Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion", *Rév. prat. soc.* 2003, afl. 2, 131-171.
- FAGNART, J., "La responsabilité dans la relation de travail", in *Le contrat de travail dix ans près la loi du 3 juillet 1978*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 163-181.
- FORIERS, P., "Décharge, réception et quittance" in X (ed.), *De behoorlijke beëindiging van overeenkomsten*, Brussel, Vlaams pleitgenootschap bij de balie van Brussel, 1993, 113-171.
- FRANQUET, V., "Mandats de la gestion journalière, de la représentation permanente et de la représentation légale: quelle consequence pour l'assujettissement au statut social des travailleurs indépendants?", *Or.* 2013, afl. 8, 2-8.
- FRANSEN, T., "Managementovereenkomsten met vennootschapsmandatarissen", *De Venn.* 2008, afl. 5, 8-9.
- FREDERICQ, L., *Traité de droit commercial Belge*, 10 delen, 1946-1954.

- FUNCK, J.F., *Droit de la sécurité sociale*, Brussel, Larcier, 2006, 672 p.
- GEENS, K., WYCKAERT, M., CLOTTENS, C., PARREIN, F., DE DIER, S., COOLS, S., "Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1999-2010", *TPR* 2012, afl. 1, 73-683.
- GEENS, K., WYCKAERT, M., m.m.v. CLOTTENS, C., DE DIER, S., PARREIN, F., *Verenigingen en vennootschappen. Deel 2. De vennootschap. Algemeen deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, 906 p.
- GEENS, K., VANANROYE, J., "Bestuurdersaansprakelijkheid in de NV en de BVBA", in X, *Vennootschaps- en financieel recht*, Reeks 'Themis', nr. 11, Brugge, die Keure, 2002, 5-26.
- GEENS, K., DENEFF, M., TAS, R., HELLEMANS, F., VANANROYE, J., "De naamloze vennootschap", *TPR* 2000, 243-454.
- GEENS, K. en LAGA, H., "Overzicht van rechtstpraak. Vennootschappen (1986-1991)", *TPR* 1993, 933-1197.
- GEYS, C., "Beperking van de externe aansprakelijkheid van bestuurders of zaakvoerders voor fouten begaan in de uitvoering van hun mandaat: enkele beschouwingen omtrent de mogelijke draagwijdte van Cass. 16 februari 2001", *TBH* 2002, afl. 9, 700-702.
- GIELIS, M., ARNOLD, H., "De managementvennootschap", in *Reeks Recht & Onderneming in de praktijk*, Kortrijk, UGA, 209 p.
- GILIS, B., JENNE, F., e.a., "De managementovereenkomst : een praktisch antwoord op 20 prangende vragen", in X., *Reeks 'Dossiers voor bedrijfsjuristen'*, nr. 9, Larcier, Gent, 2011, 75 p.
- GODDEERIS, F., "Over vertegenwoordiging bij volmacht van een bestuurder in de NV" in C. CASTELEIN, A. VERBEKE en L. WEYTS (eds.), *Notariële Clausules. Liber Amicorum Professor Johan Verstraete*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 383-393.
- GOEMAN, C., BAART, T., "Sociaalrechtelijke aspecten van de corporate-governancewetgeving", *Or.* 2003, afl. 5, 119-129.
- GOEMINNE, A., BECKERS, K., "Kan de bestuurder van een NV aanspraak maken op een vergoeding naar aanleiding van zijn ontslag?", *TRV* 2013, afl. 5, 508-513 en <http://www.trv.be> (27 augustus 2013).
- GOEMINNE, A., "Kwijting van bestuurders en zaakvoerders", *RW* 1995-96, nr. 30, 1001-1021.
- GOOSSENS, W., CAFMEYER, B., "Bevoegdheden dagelijks bestuurder beperkt door Hof van Cassatie" (noot onder Cass. 26 februari 2009), *RW* 2009-2010, 1129-1132.
- GOOSSENS, W., *Aanneming van werk: het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Brugge, die Keure 2003, 1327 p.
- GUILLERY, J., *Des sociétés commerciales en Belgique. Commentaire de la loi du 18 mai 1873*, II, Brussel, Bruylant, 1875.

- HAINAUT-HAMENDE, P., RAUCQ, G., *Les sociétés anonymes. Constitution et fonctionnement*, Brussel, Larcier, 2005, 729 P.
- HEENE, M., "Deugdelijk bestuur in beursgenoteerde vennootschappen", *NJW* 2010, nr. 229, 647-653;
- HELLEMANS, F., *De algemene vergadering. Een onderzoek naar haar grondslagen, haar bestaansreden en de geldigheid van haar besluiten*, Kalmthout, Biblo, 2001, 814 p.
- HOFKENS, J., MAEREVOET, K., VAN ENDE, K., VAN VALCKENBORGH, F., *De Europese vennootschap*", Mechelen, Kluwer, 2005, 230 p.
- HORSMANS, G. en 'T KINT, J., "Chronique Jurisprudence. La Société anonyme (1960-1972)", *JT* 1973, 439-440.
- JAFFERALI, R., "L'auberge espagnole ou la représentation des sociétés devant le Conseil d'Etat" (noot onder R. v. St. 12 december 2005), *CDPK* 2006, afl. 3, 623-643.
- JANSEN, A., "Actio mandati: quand les actionnaires ont le premier et le dernier mot", noot onder Gent 6 maart 2006, *DAOR* 2008, afl. 88, 336-348.
- JANSSENS, E., "Enkele praktische aspecten van de managementovereenkomst, in R. Feltkamp en E. Janssens (eds.), *Ondernemingscontracten stap voor stap (2^{de} editie)*, Brussel, Larcier, 2013, 127-160.
- JANSSENS, E., "A posteriori ratificatie van de actio mandati" (noot onder Kh. Gent 9 oktober 2006), *RABG* 2008, afl. 8, 485-487.
- JASSOGNE, C., LEBEAU, J., "Les divers types de dirigeants et les variantes en matière de responsabilité et décharge – responsabilités spécifiques mises à charge des dirigeants de sociétés", in C. JASSOGNE (ed.), *Traité pratique de droit commercial. Tome 4 – Les sociétés – vol. 2*, Waterloo, Kluwer, 2014, 664-700.
- JEHASSE, P., "Rôle tribunal de commerce dans le cadre de la clôture d'une liquidation volontaire" (noot onder Kh. Gent 9 oktober 2006), *JDSC* 2009, 298-299.
- KEMPENEERS, I., "Kwijting of décharge", *DAOR* 2001, afl. 57, 25-38.
- KILESTE, P., STAUDT, C., "Tempéraments au principe de révocabilité ad nutum des gérants non-statutaires" (noot onder Gent 6 maart 2006), *JDSC* 2009, 121-122.
- KILESTE, P., STAUDT, C., "Rénumération du mandat des administrateurs de société" (noot onder Kh. Gent 9 oktober 2006) *JDSC* 2009, 114-115.
- KILESTE, P., STAUDT, C., "De la possibilité de mettre fin à la mission d'un administrateur délégué de SA", *JDSC* 2006, 126-128.
- KILESTE, P., STAUDT, C., "De la révocation des administrateurs délégués de SA", *JDSC* 2006, 41-42.
- KILESTE, P., STAUDT, C., "Des différents relations entre une société et ses administrateurs", *JDSC*

2005, 130-132.

- KILESTE, P, BERTSCH, C., STAUDT, C., "Exercice des fonctions de gestion journalière par un administrateur dans le cadre d'un contrat de travail", *JDSC* 2003, 169-171.
- KILESTE, P., BERTSCH, C., noot onder Cass. 17 mei 1962, *JDSC* 1999, 69.
- LAGA, H. "Bestuur : monistisch of dual?" , in X., *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht. Zoeken naar oplossingen voor de 21^e eeuw.*, Biblo, Kalmthout, 1999, 467-508.
- LAGA, H., "Belangenconflicten, aantal bestuurders en schriftelijke besluitvorming in de N.V.", in *De nieuwe Vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, reeks Rechtspersonen- en vennootschapsrecht, Jan Ronse Instituut, Biblo, 1995, p. 175-224;
- LAGA, H., "De vertegenwoordiging van een NV als zaakvoerster in een VOF" (noot onder Arbeidsh. Antwerpen 10 januari 1991), *TRV* 1991, 418-421.
- LAGA, H., "De Raad van State en het annulatieberoep ingesteld door een handelsvennootschap", *TRV* 1988, 173-181.
- LAMBRECHT, P., "L'amendement: Pour une définition légale de la gestion journalière", *TRV RPS* 2016, afl. 4, 472-474.
- LAMBRECHT, P, DE PIERPONT, G., "L'administration et la gestion journalière (de la société)", in X, *Evolution et perspectives du droit des sociétés anno 2006*, 191-221.
- LAUVAUX, M., "De burgerlijke aansprakelijkheid van werknemers", *Or.* 2005, 65-75.
- LAVRYSEN, L., "Milieu-inbreuken door vennootschap en management", *NJW* 2007, afl. 169, 760.
- LEHRER, P., "La notion de gestion journalière. Recherche d'une methode", *RPS* 1957, 72-74.
- LEMAITRE, H.P., "La réforme de 1995 du droit des sociétés: l'article 60 et la procession d'Echternach", *DAOR* 1995, afl. 36, 9-30.
- LINDEMANS, D., "Het mandaat ad litem van rechtspersonen en de regelmatigheid van de beslissing van de rechtspersoon om in rechte te treden" (noot onder Cass. 9 januari 2007), *P&B* 2007, afl. 6, 350-356.
- MAES, J., "Vrijwaringsbedingen", *NJW* 2012, afl. 271, 698-715.
- MALHERBE, J., LAMBRECHTS, P., DE CORDT, Y., MALHERBE, P., *Droit des sociétés. Précis. Droit européen. Droit belge*, Brussel, Bruylant 2011, 1503 p.
- MALHERBE, P., "Réception de la société anonyme au conseil (d'Etat)", in X., *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruylant, Brussel, 2006, 701-719.
- MICHIELS, C., "Envy ratio's, sweet capital and ratchets: mogelijkheden en beperkingen naar Belgisch vennootschapsrecht" in R. HOUBEN en S. RUTTEN, *Actuele problemen van financieel, vennootschaps- en fiscaal recht: feestbundel 20 jaar Werkgroep financieel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 440 p.

- NELISSEN GRADE, J.M., "Het nieuwe directiecomité", in X., *Nieuw Venootschapsrecht 2002: Wet Corporate Governance*, Biblo, Kalmthout, 2003, 106-156.
- NIEUWDORP, R., "Het einde van het bestuursmandaat", in L. VAN DEN BERGHE en T. BAELDEN, *Vademecum van de bestuurder*, Kluwer 2007, 327-339.
- 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 NV vanuit het perspectief van de "voorbehouden bevoegdheden" van de raad van bestuur", *DAOR* 2006, afl. 79, 227-269.
- OLISLAEGERS, M. en CASAER, D., "De bescherming van corporate opportunities, bedrijfsgeheimen en cliënteel: wettelijke regelingen en contractuele mogelijkheden", *Cah. Jur.* 2013, 75-91.
- OLIVIER, H., BONTE, J.P., en DE BOECK, C., *Vademecum van de bestuurder van naamloze vennootschappen*, Brussel, Créadif, 1992, 364 p.
- OLIVIER, H., AFSCHRIFT, T., *Vademecum van de bestuurder van naamloze vennootschappen*, Brussel, Créadif, 1985, 224 p.
- PARREIN, F., "De belangenconflictprocedure en de notie "gerbruikelijke verrichtingen" (noot onder Kh. Antwerpen 15 februari 2012), *TRV* 2014, afl. 5, 539-543 en <http://www.trv.be/> (21 augustus 2014).
- PARREIN, F., "Het ontslag van een niet-statutaire zaakvoerder en de bekrachtiging van de actio mandati" (noot onder Gent 6 maart 2006), *TRV* 2008, afl. 1, 75-78.
- PARREIN, F., "De tweehandtekeningclausule in een NV, de stilzwijgende aanvaarding van een en de schijnvertegenwoordiging", *DAOR* 2008, afl. 87, 228-231.
- PARREIN, F., "De vermindering van het verzekerde kapitaal, de tweehandtekeningclausule in een NV en de schijnvertegenwoordiging", *TBH* 2008, afl. 9, 788-790.
- PARREIN, F., "It is not lonely enough at the top. De tegenstellingen tussen het Hof van Cassatie en het Arbitragehof", *Jur. Falc.* 2005-2006, nummer 3, 285- 328.
- PAULUS, C., BOES, R., "De recente cassatierechtspraak i.v.m. lastgeving", in *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 199-218.
- PHILIPPART DE FOY, B., "Behoort ondertekenen bezwaarschrift tot het dagelijks bestuur?", *Fiscoloog* 2009, afl. 1180, 6-9.
- POTTIER, E., BERTRAND, A., "Gestion journalière : la prudence s'impose", *TBH* 2009, afl. 9, 951-955;
- PVC, "Vertegenwoordigingsbevoegdheid in een NV", *TGR* 2001, 45-46.

- RAUWS, W., "Het tijdstip van het ontslag in geval van de belangrijke eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst", *RW* 2007-08, afl. 10, 1673-1676 en <http://www.rw.be> (12 juni 2008).
- RAUWS, W., "De verjaring in het arbeidsrecht", in CBR (ed.), *De verjaring*, Antwerpen -Oxford, Intersentia, 2007, 2-31.
- RENARD, V., "Action et representation en justice des personnes morales", *JT* 2002, 225-235.
- RENIERS, K., VANMEENEN, M., « Regelgeving op maat van KMO's », Antwerpen – Cambridge, Intersentia, 2013, 240 p.
- RESTEAU, CH., *Traité des sociétés anonymes*, II, Brussel, Swinnen, 1983 (3de editie).
- RONSE, J., NELISSEN-GRADE, J.M., VAN HULLE, K., LIEVENS, J. en LAGA, H., "Vennootschappen. Overzicht van rechtspraak (1978-1985)", *TPR* 1986, 859-1023.
- RONSE, J., "Proceshandelingen van en tegen vennootschappen", in G. Van Dievoet (ed.), *Actuele problemen van gerechtelijk privaatrecht*, Leuven, Acco, 1976, 83-110.
- RONSE, J., *De vennootschapswetgeving 1973. Commentaar van de wet van 6 maart 1973 tot aanpassing aan de eerste E.E.G.-Richtlijn van 9 maart 1968.*, Gent-Leuven, Story's rechtskundige uitgaven, 1973, 282 p.
- RONSE, J., *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, 390-402.
- SAMOY, I., "Bekrachtiging en rechtstreekse aanspraken tussen lastgever en wederpartij na een optreden van een onbevoegde lasthebber in eigen naam", *T. Not.* 2009, 606-611.
- SAMYN, B., "Raad van bestuur – vennootschap", in X, *Bestendig handboek vennootschap & aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, losbl., 176 p.
- SIMONART, V., "Le délégué à la gestion journalière, le chief executive officer et les administrateurs exécutifs", *RPS* 2010, afl. 1-2, 300-314.
- SIMONART, V., "Le contrat de management. Aspects de droit des obligations et de droit des sociétés", *TBH* 1991, 1031-1073.
- SIMONS, E., VAN TONGELEN, W., "Artikel 524bis W. Venn." in X, *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbl., 5 dln., z.p.
- SIMONT, L. en VAN OMMESLAGHE, P., "La notion d'organe statutaire", *R. Crit. J.B.* 1964, p. 75.
- SIMONT, L., "La loi du 6 mars modifiant la législation relative aux sociétés commerciales", *RPS* 1974, nr. 5786, 39.
- SOENS, P., CUSSE, K., "Hoe ver reikt het dagelijks bestuur van een vennootschap?" (noot onder Cass. 26 februari 2009), *Pacioli* 2010, afl. 304, 1-5.

- STIJNS, S., Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie", *RW* 2001-02, afl. 34, 1258-1286.
- STOX, Y., "Niets is wat het lijkt. Over schijnvertegenwoordiging in het Belgische en in het Nederlands recht", *Jura Falc.* 2002-2003, afl. 4, 525-550.
- STROOBANT, P, FYON, M, ANDRE-DUMONT, A., "Nomination et cessation des fonctions des dirigeants de sociétés, in X., *Le statut de dirigeant d'entreprise*, 53-122.
- THEATE, T., "Du directeur dans les sociétés anonymes", *RPS* 1894, 289-305.
- THEUNIS, J., "Het mandaat *ad litem* voor het Grondwettelijk Hof" (noot onder GwH 17 september 2014), *RW* 2014-15, nr. 39, 1540-1542.
- TILLEMANS, B., *Proceshandelingen van en tegen vennootschappen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 293 p.
- TILLEMANS, B., *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 663-666.
- TILLEMANS, B., DURSIN, E., TERRY, E., HEEB, C., NAEYAERT, P., [Lastgeving] "Vertegenwoordiging t.o.v. derden", *TPR* 2010, afl. 2, 676-763.
- TILLEMANS, B., "Interne werking van de raad van bestuur", in B. ALLEMEERSCH, V. SAGAERT, VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 111-172.
- T'KINT, J., "À propos de la délégation de pouvoir excédant la gestion journalière", *RPS* 1968, 257-259.
- UYTVANCK, J., noot onder Kh. Brussel 28 januari 1952, *JT* 1953, 108.
- VANACKERE, C., SWERTS, K. en PEETERS, N., "De vertrouwensleer", in X, *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, II.3-1 – II.3-8, 8p.
- VANANROYE, J., "Naar een méér natuurlijke rechter: de rechtbank van koophandel en het vennootschaps- en verenigingscontentieux", *TRV* 2014, afl. 6, 630-634.
- VANANROYE, J., "Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties", *TPR* 2004, 753 -793.
- VANANROYE, J., "Een bestuurder van een NV moet te allen tijde herroepbaar zijn" (noot onder Gent 2 juni 2003), *TRV* 2003, 597-598.
- VANANROYE, J., "Proceshandelingen *qualitate qua*, de bevoegdheid van de advocaat (artikel 440, lid 2 Ger. W.) en de vertegenwoordiging van een rechtspersoon" (noot onder Cass. 17 april 1997), *TRV* 1998, 517-525.
- VAN BAEL, J., "De vertegenwoordiging van de vennootschap bij het sluiten van vastgoedcontracten" in MEULEMANS, D. (ed.), *Het sluiten van vastgoedcontracten door een vennootschap of een vereniging*, Gent, Larcier, 2009, 63-89.

- VAN BOVEN, R., "Art. 525 W. Venn.", in X. (eds.), *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 5 dln., z.p.;
- VAN CROMBRUGGE, S., *Ondernemingscoöperatie. De nationale en internationale aspecten van samenwerkingsovereenkomsten*, Deurne, Kluwer, 1994, 133 p.
- VANDENBERGHE, H., [Foutvereiste] Overmacht en rechtvaardigingsgronden. Exoneratiebedingen., *TPR* 2010, afl. 4, p. 2115-2145.
- VANDEBOGAERDE, M., *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 210 p.
- VANDEN POEL, I., VAN EECKHOUTTE, W., HEYNDRICKX, S., DE MAESENEIRE, G., DE KEZEL, E., "Overzicht van rechtspraak. Arbeidsovereenkomsten.", *TPR* 2014, afl. 1, 116-160.
- VANDE LANOTTE, J., DUJARDIN, J., VAN DAMME, M., MAST, A., *Overzicht van het Belgisch Administratief recht [2012]*, Mechelen, Kluwer, 2012, 1375 p.
- VAN DER ELST, C., BAETEN, X., "Bezoldiging van de CEO en de leiding van Belgische vennootschappen", in *Financiële regulering in de kering, Reeks instituut financieel recht*, 14, Antwerpen, Intersentia, 2012, 709- 737.
- VAN DER ELST, C., "Het huurrecht en de nieuwe bestuursstructuur van de NV", *Huur* 2003, afl. 3, 125-133.
- VAN DER ELST, C., "Besluitvorming en werking van vennootschapsorganen", in X, *Omgaan met vennootschappen: regulering en rechtspraktijk*, Antwerpen, Maklu, 2002, 9-31.
- VAN DER HAGEN, M., "La responsabilité des administrateurs et la délégation de pouvoirs au sein des sociétés anonymes", in X, *De aansprakelijkheid van de onderneming*, Bruylant, Brussel, 2001, 101-145.
- VAN DRIESSCHE, H., "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, afl. 8-9, 223-246.
- VAN EECKHOUTTE, W., "De verjaring van contractuele en buitencontractuele vorderingen in het arbeidsrecht" in I. Claeys (ed.), *Verjaring in het privaatrecht. Weet de avond wat de morgen brengt?*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2005, 289-327.
- VAN EECKHOUTTE, W., "Corporate governance en arbeidsovereenkomstenrecht", *TPR* 2004, 835-877.
- VAN EECKHOUTTE, W., "Bestuurders van vennootschappen: sociaalrechtelijke aspecten" in GOIRIS, M. (ed.), *Bestuurder en besturen is twee. De uitdaging en invulling van het bestuurdersmandaat*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2003, 93-120.
- VAN IMPE, A., JANS, M., "Niemand kan twee heren dienen. Corporate Opportunities: over zakenkansen en loyaleiteit" noot onder Gent 31 januari 2011, *TRV* 2013, afl. 8, 807-810.

- VAN GERVEN, D., *Handboek vennootschappen. Algemeen deel*, Brussel, Larcier, 2016, 1336 p.
- VAN GERVEN, D., "Aansprakelijkheidsvordering tegen feitelijke bestuurders", *TRV* 2013, afl. 2, 174-175 en <http://www.trv.be> (8 april 2013).
- VAN GERVEN, D., *Rechtspersonen. Deel 1 Rechtspersonen in het algemeen. Verenigingen, stichtingen & publiekrechtelijke rechtspersonen in Beginselen van Belgisch privaatrecht, IV*, Mechelen, Kluwer, 2007, 688 p.
- VAN GERVEN, D., "Standpunt : de bevoegdheden van het directiecomité in de naamloze vennootschap in verhouding tot de raad van bestuur", *TRV* 2004, afl. 1, 22-27.
- VAN GERVEN, D., "Ontslag van een gedelegeerd bestuurder"(noot onder Gent 20 januari 2003), *TRV* 2003, 672-673.
- VAN GERVEN, D. en WYCKAERT, M., "Kroniek. Vennootschapsrecht. (1999-2000)", *TRV* 2000, p. 326-368.
- VAN GERVEN, D., "Het ontslag van bestuurders van een NV", *TRV* 1999, 171-172.
- VAN GERVEN, D., "De herroeping van een gedelegeerd bestuurder van een NV", *TRV* 1994, 111-114.
- VAN GYSEGEM, J., DEVOS, W., "De arbeidsrechtelijke implicaties van de beperking van de gouden parachute in de Corporate Governance Wet, *Or.* 2010, afl. 7, 177-190.
- VAN GYSEGEM, J., "Variabele vergoedingen en vertrekvergoedingen: Corporate Governance Wet in de praktijk – update", *Or.* 2012, afl. 9, 257-260.
- VAN HAVER, J., "Gedelegeerd bestuurder", *TRV* 1998, 59-60.
- VAN HECKE, G., "De *locatio operis faciendi* een bijdrage tot de systematiek van de contractentypes", *TPR* 1966, 343-358.
- VANNES, V. *Le contrat de travail: aspect théoriques et pratiques*, 3de ed., Brussel, Bruylant, 2011, 1252 p.
- VAN OEVELEN, A., "Het mandaat van de advocaat wanneer hij niet in rechte optreedt", *RW* 2009-10, afl. 38, 1586-1598 en <http://www.rw.be> (27 mei 2010).
- VAN OEVELEN, A., "De juridische grondslag en de toepassingsvoorwaarden van de verbondenheid van de lastgever bij een schijnmandaat", *RW* 1989-1990, 1426-1430.
- VAN OEVELEN, A., "De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer en van de werkgever voor onrechtmatige daden van de werknemer in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst", *RW* 1987-88, 1168-1205.
- VAN OMMESLAGHE, P. en DIEUX, X., "Examen de jurisprudence (1979-1990) – Les sociétés commerciales", *RCJB* 1993, 639-824.
- VAN OMMESLAGHE, P., "L'exécution de bonne foi, principe général de droit?", *TBBR* 1987, 101- 112.

- VAN PUYVELDE, I., "De in een NV bevoegde personen tot kennisgeving van de dringende reden aan een beschermde werknemer", *RW* 2005-2006, 1380-1383.
- VAN PUYVELDE, I., "De voor het ontslag van een personeelsafgevaardigde bevoegde persoon in een NV en een BVBA", *RW* 1998-99, 273-287 en <http://www.rw.be> (12 juli 2006).
- VAN RYN, J., HEENEN, J., *Principes de droit commercial*, Brussel, Bruylant, 1981, 709 p.
- VAN STRIJTHEM, D., VAN DEN BUNDER, M., "De limieten van de beperkte burgerlijke aansprakelijkheid van de werknemer bij toepassing van artikel 18 van de arbeidsovereenkomstenwet.", *RABG* 2010, afl. 14, 947-950.
- VERTOMMEN, S., "Is het verzoekschrift dat de advocaten van belastingplichtigen hebben ingediend in opdracht van een bijzonder gevolmachtigde van de betrokken vennootschappen ontvankelijk? Kan de afgevaardigd bestuurder van een vennootschap een geldig bezwaarschrift indienen tegen een aanslag in de gemeentebelasting?" (noot onder Brussel 1 maart 2007, *Fisc. Koer.* 2007, afl. 8, 434 – 435 en <http://www.monkey.be> (1 september 2008).
- VRONINKS, V., "De vaste vertegenwoordiger: een update", *Notariaat* 2004, afl. 15, 7-8.
- WAETERINCKX, P., *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon en zijn leidinggevendend. Een analyse vanuit de rechts- en bedrijfspraktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 250 p.
- WAUTERS, M., "Art. 61, par. 2 W. Venn.", in X (eds.), *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 5 dln., z.p.
- WERY, P., *Le mandat*, Larcier, Brussel, 2000, 341 p.
- WINTERS, B., "Bestuursbesluit als externe rechtshandeling?", *V&O* 2002, nummer 11, 189-193.
- WYCKAERT, M., "Het Belgische vennootschapsrecht treedt de 21^e eeuw binnen", *RW* 2015 - 16, afl. 13, 482 en <http://www.rw.be> (7 december 2015).
- WYCKAERT, M., "'t Amendement: Schriftelijke besluitvorming in het bestuursorgaan: keep it simple, they are grown-ups", *TRV* 2015, afl. 3, 269 en <http://www.trv.be> (8 juni 2015).
- WYCKAERT, M., "Editoriaal. Niemand kan twee meesters dienen - maar wat niet weet, niet deert", *TRV* 2014, afl. 2, 87-88 en <http://www.trv.be> (26 juni 2014).
- WYCKAERT, M., "Editoriaal. Bestuurdersaansprakelijkheid in de NV: over wetteksten en werkelijkheden", *TRV* 2012, afl. 8, 687-688.
- WYCKAERT, M., GEENS, K., "Het gebruik van het facultatief duaal systeem in Belgische beursgenoteerde vennootschappen : enkele facts and figures", *TRV* 2010, afl. 7, 527-538.
- WYCKAERT, M., BOEDTS, T., "Remuneratie van 'leiders' in genoteerde vennootschappen na de wet van 6 april 2010", *TEP* 2010, afl. 5, 291-329.

- WYLLEMAN, A., "Vertegenwoordigingsperikelen", in *Liber Amicorum Hubert Bocken. Dare la luce*, Brugge, die Keure, 2009, 211-255.
- WYNANT, L., "Aansprakelijkheid voor en van derden die voor de vennootschap werken: personeel, ter beschikking stellen van werknemers, onderaannemers", in VAN OEVELEN, A., ERNST, P., FRANCOIS, A., VAN PASSEL, M., *Bestendig handboek Vennootschap en aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2012, losbl., II.3, 236 – 262.
- WYMEERSCH, E., *De belangenconflictregering in de vennootschappen. De regeling voor de NV, bvba en de coöp. V. (artikelen 60, 60bis en 133W W. Venn., Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1996, 204 p.*
- X, "Dagelijks bestuur niet noodzakelijk in handen van de raad van bestuur", *De Venn.* 2002, afl. 8, 8-9.
- X, *Gebruikt deze mynen arbeit tot uwen besten. Verspreide geschriften Jan Ronse*, Jan Ronse Instituut (ed.) Kalmthout, Biblo, 2009, 670 p.

BUITENLANDSE BRONNEN:

GABER, M., *The effect of D&O insurance on managerial risk taking*, Cambridge – Antwerp – Portland, Intersentia Publishing Ltd, 2015, 251 p.

GEPKEN-JAGER, E., VAN SOLINGE, G. en TIMMERMAN, L., *VOC 1602-2002 - 400 Years of Company Law*, Kluwer, 2005, 459 p.

GONZALEZ, A.J., TEICHMANN, CH., *Private company law reform in Europe: the race for flexibility*, Thomson Reuters, 2015, 771 p.

MASON, F., RAMANA, A., "One tier vs. two tier management in the Netherlands", *European Lawyer* 2006, 1.

PIETRANCOSTA, A., , DEBOIS, P.H., GARCON, R., "French Corporate Boards" in NOWAK, R., VAN SOLINGE, G., DAVIES, P. and HOPT, K., (ed.), *Corporate Boards in Law en Practice*, Oxford University Press, 2014, 880 p.

DUITSLAND:

DIEKMANN, H., "Umgang mit Interessenkonflikten in Aufsichtsrat und Vorstand Aktiengesellschaft", *Die Aktiengesellschaft* 2013, Heft 5, 141-150.

LANGENBUCHER, K., *Aktien- und Kapitalmarktrecht*, München, Verlag CH. Beck oHG, 2008, 402 p.

ROTH, M., , "Corporate Boards in Germany", in R. Nowak, G. Van Solinge, P. Davies en K. Hopt (ed.), *Corporate Boards in Law en Practice*", Oxford University Press, 2014, 256.

FRANKRIJK:

MOUSSERON, P. CHATAIN-AUTAJON, *Droit des sociétés – 2ième edition*, Paris, Joly éditions, 393 p.

LE CANNU, P., DONDERO, B., *Droit des sociétés*, Paris, Lextenso éditions, 2013, 1068 p.

LEFEBVRE, F., *Sociétés commerciales 2014*, Levallois, Editions Francis Lefebvre, 2013, 1728 p.

PIETRANCOSTA, A., DEBOIS, P.H. en GARCON, F., "French Corporate Boards " in R. Nowak, G. Van Solinge, P. Davies en K. Hopt (ed.), *Corporate Boards in Law en Practice*", Oxford University Press, 2014, 190.

LUXEMBURG:

CONAC, P.-H., "Les organes de la société anonyme (SA) en droit luxembourgeois" in PRUM, A., BAHAR, R., CONAC, P.H. e.a (eds.), *Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés*, Larcier, 2008, p. 53-74.

DURO, P., GOEBEL, M., e.a., *La société en poche. Luxembourg.*, Kluwer, 2001, 957 p.

FARALDO TARMON, E., "Le pouvoir de représentation des sociétés: entre règles légales et dispositions statutaires", *ACE* 2012, afl. 4, 16-22.

STEICHEN, A., *Précis de droit des sociétés (deuxième édition)*, Editions Saint-Paul, 2010, 880 p.

WINANDY, J.P., *Manuel de droit des sociétés (édition 2008)*, Legitech, 2008, 550 p.

NEDERLAND:

ASSER, C., MAEIJER, M., VAN SOLINGE, G., NIEUWE WEME, M.P., *Rechtspersonenrecht II, De naamloze en de besloten vennootschap* in Asser Serie, Deventer, Kluwer, 2009, 1154 p.

BECKMAN, H., "Bestuurdersaansprakelijkheid en reikwijdte decharge", *Ondernemingsrecht* 2010/117.

BOSCHMA, H.E., GEPKEN-JAGER, E.E.G., "Ontwikkelingen op het terrein van vertegenwoordiging van NV's en BV's", *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2010-3, 118-134.

CALKOEN, W.J.L., "Ondernemingsrecht, Corporate Boards in Law and Practice", *Ondernemingsrecht 2014/102*, 1.

DE GROOT, H., *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer, Kluwer, 2011, 403 p.

DE VALK, S.N., *Aansprakelijkheid van leidinggevendenden naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven*, Deventer, Kluwer, 2009, 650 p.

DUMOULIN, S.H.M.A., 'Het monistisch bestuursmodel volgens de Wet bestuur en toezicht – observaties vanuit de praktijk', *Ondernemingsrecht 2012/90*, 488-495.

GEENS, K. en WYCKAERT, M., "Discretie of transparantie in het vennootschapsbelang: spreken is zilver, zwijgen blijft goud?", in X, *Van alle markten. Liber amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia 2008, 523-541.

GEPKEN-JAGER, E.E.G., "Vertegenwoordiging en volmacht", *O&F 2003*, 7-11.

GEPKEN-JAGER, E.E.G., *Vertegenwoordiging bij NV en BV*, Steendam, Deventer, Kluwer, 2000, 441 p.

GEPKEN-JAGER, E.E.G., „Onbepaalde volmachten bij ondernemingen”, *TVVS 1998*, 128-133.

HONEE, CH. E., "Het executive committee, haken en ogen aan een nieuwe trend", *Ondernemingsrecht 2014*, nr. 23, p. 1 - 13.

HUIZINK, J.B., *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming*, Deventer, Kluwer, 2009, 385 p.

JACOBS, C.R., "Rechtbank Utrecht inzake Fortis: misleidende mededelingen, koersgevoelige informatie en bestuurdersaansprakelijkheid", *V&O 2012*, nr. 6, 116-121.

JASPERS, C., "Bestuurdersaansprakelijkheid: Spaanse Villa versus Tulip Air", *V&O 2014*, nr. 10, 156-159.

KEUKENS, Q. en VISSERS, L.B., "Wet bestuur en toezicht: het 'one tier board'-model nader belicht", *Tijdschrift voor vennootschappen en rechtspersonenrecht 2012-3*, p. 80-85.

KROEZE, M.J., WEZEMAN, J.B. e.a., *Bestuur en toezicht*, Deventer, Kluwer, 2009.

MAEIJER, J.M.M., RONSE, J., *De vertegenwoordiging van rechtspersonen naar Nederlands en Belgisch recht*, Deventer, Kluwer, 1978, 83 p.

- MAEIJER, J.M.M., "De reikwijdte van art. 9 eerste EG-richtlijn met betrekking tot de vertegenwoordiging bij NV en BV" in C.D.J. Bulten, C.J.H. Jansen, G. van Solinge (eds.), *Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer*, Kluwer, 2009, 596 p.
- MARIS, J.C., "Tegenstrijdig belang rechtsvergelijkend bezien", *V&O* 2005, nummer 1, 8-10;
- MELCHERS, Th. G.J.M., "Het verschil in vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheid tussen de niet-uitvoerende bestuurder en de commissaris", *V&O* 2009, nummer 2, 26-29;
- PORTENGEN, H.J. en YEE, Q., "De (beperkte) volmacht aan de statutair directeur revisited", *V&O* 2010, nummer 9, 153-157;
- QUIST, P.H.N., , "Procuratieperikelen" II(slot), *WPNR* 2005, 6628, 563-565.
- RAAIJMAKERS, M.J.G.C., "Iets over decharge in persoonsgebonden en beursvennootschappen", *TvOB* 2013/1, 7-16.
- SANDERS, P., WESTBROEK, M., bewerkt door BUIJN, F.K., STORM, P.M., *BV en NV*, Kluwer, 2005, 759 p.
- SLAGTER, W.J., *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer, Kluwer, 2013, 1412 p.
- STEKETEE, M.M.K.J., "Ware hij bestuurder", *V&O* 2007, nummer 12, 228-230.
- STRIK, D.A.M.H.W., "Ondernemingsrecht, One tier board en aansprakelijkheid", *Ondernemingsrecht* 2012/91, 496-500.
- STRIK, D.A.M.H.W., "Aansprakelijkheid van niet-uitvoerende bestuursleden: you cannot have your cake and eat it", *Ondernemingsrecht* 2003/10, 367-374.
- VAN BEKKUM, J., "Tulip air neemt zorg en onzekerheid over Spaanse villa niet weg", *WNPR* 2015/7055, 280-286.
- VAN DE ENDE, "Wetsvoorstel bestuur en toezicht: een drietal amendementen nader belicht", *V&O* 2010, nummer 2, 25-29;
- VAN DER GRINTEN, W.C.L., Asser 2 I, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De rechtspersoon*, Zwolle: WEJ Tjeenk Willink 1990, 444 p.

VAN DER HEIJDEN, E.J.J., VAN DER GRINTEN, W.C.L., *Handboek voor de naamloze vennootschap naar Nederlands recht in Publiek – en privaatrecht*, nr. 8, Zwolle, Tjeenk Willink, 1968, 643 p.

VAN DER HEIJDEN, E.J.J., bewerkt door VAN DER GRINTEN, W.C.L., *Handboek voor de NV en de BV*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1992, 832 p.

VAN DE VEN, P.M., "De wenselijkheid van nieuwe Europese corporate governance-regelingen", *V&O* 2011, nummer 10, 177-180;

VAN ECK, G.C., "De substitutiebevoegdheid van de statutaire procuratiehouder" *V&O* 2009, nummer 3, *;

VAN ES, T.M.L., "Het aansprakelijkheidsregime van non-executives in een one tier-bestuursstructuur", *V&O* 2007, nr. 3, 50-53.

VAN SCHILFGAARDE, P., noot onder HR 23 november 2012, *NJ* 2013, 302.

VAN SCHILFGAARDE, P., *Van de BV en de NV*, Kluwer, 2013, 509 p.

VAN SCHILFGAARDE, P., "Vertegenwoordiging van rechtspersonen", *WPNR* 1979, 5472, 197-202.

VAN OLFFEN, M., "Inrichting van de one tier vennootschap bij of krachtens de statuten", *Ondernemingsrecht* 2012/89, 481-487.

VERBURG, L., *De bestuurder van de NV of BV*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2015, 175 p.

WESTENBROEK, W.A., "Ondernemingsrecht, metaalmoetheid na 88 jaar 'externe' bestuurdersaansprakelijkheid en Spaanse villa, het is tijd voor herbezinning: laat de ernstig verwijt maatstaf los", *Ondernemingsrecht* 2015/69, 1-18.

WINTERS, B., "Bestuursbesluit als externe rechtshandeling?", *V&O* 2002, nummer 11, 189-193;

VERENIGD KONINKRIJK:

DAVIES, P., "Corporate boards in the United Kingdom", in R. Nowak, G. Van Solinge, P. Davies en K. Hopt (ed.), *Corporate Boards in Law en Practice*, Oxford University Press, 2014, 724.

DIGNAM, A., LOWRY, J. *Company Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 515 p.

FRENCH, D., MAYSON, S., RYAN CH., *Company Law – 2015-2016 edition*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 731 p.

ZWITSERLAND:

BÖCKLI, P., "Corporate Board in Switzerland", in R. Nowak, G. Van Solinge, P. Davies en K. Hopt (ed.), *Corporate Boards in Law en Practice*, Oxford University Press, 2014, 653-712.

BÖCKLI, P., *Schweizer Aktienrecht*, Zürich – Basel, Schulthes, 2004, 2329 p.

BAUEN, M., VENTURI, S., *Swiss Board of Directors*, Bruylant, 2009, 363 p.

ROTH PELLANDA, K., *Organisation des Verwaltungsrates. Zusammensetzung, Arbeitsteilung, Information und Verantwortlichkeit*, Zürich, Sint-Gallen, 2008, 268 p.