

De managementovereenkomst en het belangenconflict binnen de raad van bestuur

Noot onder Antwerpen, 13 september 2007

Matthias Moortgat

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE HASSELT

14 april 2004 – 8^{de} kamer
Rechters: P. Martens, Habraken en Hoedemakers

Advocaten: G. Hayen en Bielen

NV KPD SERVICES NV t./ BERTELS PETER

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE HASSELT

7 juni 2006 – 8^{de} kamer
Rechters: S. Lettens, R. Nulens en R. Geerts

Advocaten: H. Lamon en G. Hayen

JOPECO BVBA t./ KPD SERVICES NV en KPD SERVICES NV t./BERTELS PETER

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

13 september 2007 – 5^{de} kamer
Raadsheren: E. Hulpiau, A. Winants en J. Embrechts
Advocaten: H. Lamon en G. Hayen

BERTELS PETER EN JOPECO BVBA t./ KPD SERVICES NV

1. INLEIDING

1. Aan de grondslag van de hierboven aangehaalde rechtspraak ligt een conflict tussen BVBA Jopeco (vanaf hier: “Jopeco”) en KPD Services NV (vanaf hier: “KPD”). In de statuten van het in 2001 opgerichte KPD wordt het doel van de vennootschap omschreven als “*computeradviesbureau, onderneming voor het verlenen van diensten in verband met software pakketten, opleidings- en sturingscentrum, software-huis; groothandel, aan- en verkoop van hardware in verband met de software-pakketten*”. KPD heeft 4 aandeelhouders: Marc Goossens, Peters Bertels en hun echtgenotes. Het echtpaar Goossens en Peter Bertels worden benoemd tot bestuurders. Het betreft een onbezoldigd mandaat tot een andersluidende beslissing door de algemene vergadering. Sonia, de echtgenote van Marc, wordt benoemd tot voorzitter van de raad van bestuur. Peter en Marc van hun kant worden aangesteld als afgevaardigd bestuurder.

2. In de periode van oktober 2001 tot december 2002 betaalt KPD aan Peter Bertels een maandelijkse bezoldiging als bestuurder, ten bedrage van 6.200 euro. Zij betaalt eveneens de op dit bedrag verschuldigde sociale bijdragen.

3. Jopeco is de managementvennootschap van Peter Bertels. Op 26 september 2002 komt tussen Jopeco en KPD Services een managementovereenkomst tot stand waarbij een maandelijkse vergoeding van 10.500 euro wordt overeengekomen. Het afgesproken bedrag zou gedurende enkele maanden zijn betaald. De authentieke akte ter oprichting van Jopeco wordt nadien pas verleden op 1 februari 2003.

4. Ter gelegenheid van het jaarlijks nazicht van de jaarrekening en de boekhouding bij de afsluiting van het boekjaar stelt KPD Services vast dat Peter Bertels misbruik had gemaakt van zijn functie als afgevaardigd bestuurder. Hij zou meer bepaald zonder instemming of kennisgeving van andere bestuurders zijn maandelijkse bezoldiging hebben verhoogd van 6.200 euro tot 10.500 euro. Bovendien zou hij zichzelf extra bezoldigingen hebben toegekend en zou hij zijn persoonlijke sociale bijdragen hebben betaald met gelden van de vennootschap. Op 18 december 2003 ontslaat de raad van bestuur van KPD Services hem als afgevaardigd bestuurder. Twee weken later wordt hij door de algemene vergadering ontslaan als bestuurder. Eind 2003 wordt de managementovereenkomst beëindigd.

5. KPD Services weigert verder over te gaan tot betaling van de overeengekomen vergoedingen. Op 6 februari 2004 dagvaardt Jopeco dan ook KPD voor de Hasseltse Rechtbank van Koophandel. Jopeco vordert dat de door haar gefactureerde bedragen moeten worden voldaan. Bovendien eist ze een schadevergoeding op grond van de ontijdige verbreking van de managementovereenkomst, nu KPD slechts een opzeggingstermijn van één maand toekende. Van haar kant betwist KPD de managementvergoedingen verschuldigd te zijn. Meer bepaald vordert KPD de nietigheid van deze overeenkomst onder meer op basis van de schending van artikel 523 § 2 W.Venn. Deze bepaling voorziet in een belangenconflictenprocedure in de schoot van de raad van bestuur (zie randnr. 2). KPD meent dat deze procedure moest worden toegepast op het afsluiten van een overeenkomst met de managementvennootschap van één van haar bestuurders. Bovendien voert KPD aan dat zij geen opzegtermijn dient te respecteren, nu het mandaat van een bestuurder ad nutum herroepbaar is. Een termijn van één maand moet dan ook als zeer redelijk worden beschouwd. Ten derde stelt KPD dat de loutere facturatie van de managementvergoedingen zelf geen voldoende grondslag voor de betaling ervan vormt, aangezien Peter Bertels zelf aan de basis stond van de financiële transacties binnen KPD Services. Zij vordert dan ook de terugbetaling van de teveel betaalde managementvergoedingen.

6. In eerste aanleg oordeelt de Rechtbank van Koophandel te Hasselt dat de managementovereenkomst tussen Jopeco en KPD nietig is. Zij verklaart de vordering van Jopeco ten overstaan van KPD tot betaling van achterstallige

managementvergoedingen en een opzegvergoeding toelaatbaar doch ongegrond en de eis van KPD tot terugbetaling door Jopeco van teveel betaalde managementvergoedingen ontvankelijk en deels gegrond. Bijgevolg veroordeelt zij Jopeco tot betaling van 38.700 EUR voor het teveel aan betaalde vergoedingen ten nadele van KPD.

In hoger beroep oordeelt het Hof van Beroep te Antwerpen daarentegen niet tot de nietigheid van de overeenkomst gesloten tussen Jopeco en KPD en veroordeelt KPD tot betaling van achterstallige vergoedingen aan Jopeco ten belope van 17.545 EUR.

7. Deze rechterlijke beslissingen roepen verschillende vragen op. In de inleiding is reeds duidelijk naar voren getreden dat de Hasseltse Rechtbank van Koophandel en het Antwerpse Hof van Beroep er een andere opvatting op na houden m.b.t. de toepasbaarheid van artikel 523 W.Venn. Deze bepaling verdient dan ook de nodige aandacht. In wat volgt wordt stilgestaan bij het toepassingsgebied van de belangenconflictenprocedure, alsook bij de voorwaarden die dienen vervuld te worden opdat art 523 W. Venn van toepassing zou zijn. Zo zal worden nagegaan wat precies wordt bedoeld met de termen “verrichting” en “beslissing” en wanneer die mogelijks als courant worden aangemerkt. Vervolgens zal worden nagegaan wanneer sprake is van een strijdig belang van vermogensrechtelijke aard en welke uitzonderingsgevallen art 523 W. Venn. kent. Bij het bespreken van de uitzonderingen zal een kort intermezzo worden gehouden over functiegebonden belangenconflicten. Tot slot zal de onderhavige zaak kritisch en adequaat worden getoetst aan de theoretische uiteenzetting van art 523 W. Venn..

2. BELANGENCONFLICTENPROCEDURE

8. Overeenkomstig het in 1995 ingevoerde artikel 523 W. Venn. dient een bestuurder die rechtstreeks of onrechtstreeks een belang van vermogensrechtelijke aard heeft dat strijdig is met een beslissing of verrichting die tot de bevoegdheid van de raad van bestuur behoort, dit mee te delen aan de andere bestuurders vóór de raad van bestuur een besluit neemt¹. Wanneer de vennootschap één of meer commissarissen heeft benoemd², moet de betrokken bestuurder tevens die commissarissen van het strijdig belang op de hoogte

¹ Artikel 523 W. Venn is een herneming van het oude art 60 Venn. W. Een laatste wijziging werd doorgevoerd door art. 31 W. 2 augustus 2002).

² Commissarissen worden benoemd door de Algemene Vergadering. Overeenkomstig art 142 W. Venn. wordt aan de commissaris de taak opgedragen controle uit te oefenen in vennootschappen op de jaarrekening. De kleine vennootschappen in de zin van art 15 W.Venn. zijn vrijgesteld van de verplichting tot het benoemen van commissarissen. Zie hierover K. BYTTEBIER, P. PIU en S. ROELAND, *Corporate governance: eigendom, bestuur en controle van vennootschappen*, Antwerpen, Maklu, 2003, p. 219-22.

brengen. Zijn verklaring moet worden opgenomen in de notulen van de raad van bestuur die de beslissing moet nemen. Ook de rechtvaardigingsgronden m.b.t. het strijdig belang moeten in deze notulen worden opgenomen.

2.1. TOEPASSINGSGEBIED

9. De procedure is van toepassing zowel op de NV, alsook op de SE en de Comm. VA voorzover die wordt bestuurd door een college van zaakvoerders³. Voor de belangenconflictenprocedure in de BVBA kan verwezen worden naar artikel 259 W.Venn. In tegenstelling tot artikel 524 W.Venn.⁴ (de belangenconflictenprocedure voor intragroepsverrichtingen) is artikel 523 W. Venn. van toepassing op alle NV's, en niet enkel op de genoteerde vennootschappen. Voor laatstgenoemde vennootschappen dient in de context van artikel 523 W.Venn. wel met een bijzondere regel rekening te worden gehouden: het is de bestuurder in kwestie namelijk niet geoorloofd deel te nemen aan beraadslagingen, noch aan de stemming. Voor wat de niet-genoteerde NV's betreft bestaat zulke onthoudingsplicht niet: de bestuurder in wiens hoofde een belangenconflict heerst, kan er gewoon meestemmen.^{5 6}

10. De procedure dient te worden gerespecteerd telkens wanneer beslissingen of verrichtingen plaatsgrijpen die behoren tot de bevoegdheid van de raad van bestuur én die aanleiding kunnen geven tot een belangenconflict tussen bestuurder en vennootschap, meerbepaald tussen het eigen belang van de bestuurder en het vennootschapsbelang dat hij dient te behartigen⁷. Hiervan is sprake wanneer het vermogensrechtelijk belang van een bestuurder rechtstreeks of onrechtstreeks strijdig is met een niet-courante verrichting of beslissing die tot de bevoegdheid van de raad van bestuur behoort. Het is van

³ P. ERNST, *Belangenconflicten in Naamloze vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 1997, p. 337-338-457

⁴ Art 524 W. Venn. behelst een belangenconflictenregeling voor groepsinterne belangenconflicten. Meerbepaald beoogt art 524 W. Venn. de bescherming van de Belgische genoteerde vennootschap. Het viseert enerzijds betrekkingen tussen de genoteerde vennootschap en een verbonden vennootschap (verschillend van haar dochters) (art 524, §1, 1° W. Venn.) en anderzijds betrekkingen tussen een dochtervennootschap (van de genoteerde vennootschap) en een vennootschap die met de dochter verbonden is (verschillend van haar dochters) (art 524, §1, 2° W.Venn.).

⁵ A. FRANCOIS, "De nieuwe regeling van belangenconflicten in de raad van bestuur: een (voorlopig) eindpunt?", in X., *De gewijzigde vennootschapswet 1995*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1996, 234-235; K. BYTTEBIER, P. PIU, S. ROELAND, *Corporate Governance: eigendom, bestuur en controle van vennootschappen*, Antwerpen, Maklu, 2003, p. 173

⁶ Reden hiervoor is dat in niet beursgenoteerde vennootschappen het aantal bestuurders meestal kleiner is dan in beursgenoteerde vennootschappen waardoor de kans op patstellingen of omkeringen van de meerderheidsregel daar reëler is. Doch, men kan hieromtrent de bedenking maken waarom belangconflicten van dezelfde aard anders worden behandeld afhankelijk in welke vennootschapsvorm ze zich voordoen

⁷ K. BYTTEBIER, P. PIU, S. ROELAND, *Corporate Governance*, Antwerpen, Maklu, 2003, p. 171

generlei tel of het conflicterend belang ook effectief de beslissing heeft beïnvloed.⁸ De procedure dient immers te worden gevolgd van zodra de “objectieve” mogelijkheid van een belangentegenstelling bestaat, of nog zodra abstract en objectief vaststaat dat het eigenbelang van de bestuurder conflicteert met het vennootschapsbelang.

11. De sanctie van het niet respecteren van art 523 W. Venn. bestaat in de aansprakelijkheid van de betrokkene, zowel t.a.v. de vennootschap voor de schade die ze leed door het niet vervullen van de opgelegde formaliteiten als t.a.v. de vennootschap of derden voor de schade die ze hebben geleden uit een verrichting of beslissing waarbij een belangenconflict bestond, ongeacht of aan de formaliteiten werd voldaan. Op voorwaarde dat de formaliteiten niet werden nageleefd en dat de handelingen gesteld nadele van de vennootschap een onrechtmatig voordeel hebben verschaft aan de bestuurder kan de vennootschap *de nietigheid* vorderen van de handelingen gesteld ter uitvoering van de bewuste beslissing/verrichting. Het betreft een relatieve nietigheid. Wel dient te worden opgemerkt dat de nietigheid enkel kan worden gevorderd indien de wederpartij bij de verrichting wist of had moeten weten dat de procedure vervat in art. 523 W. Venn. niet of althans niet naar behoren werd nageleefd.

2.2. VERRICHTING EN BESLISSING

12. De begrippen “verrichting” en “beslissing” omvatten alle gevallen die tot de bevoegdheid van de raad van bestuur behoren.⁹ Voorbereidende handelingen, adviezen en beslissingen van wettelijke organen andere dan de raad van bestuur vallen buiten het toepassingsgebied van art 523. W. Venn.¹⁰ Bij potentiële belangenconflicten die zouden rijzen n.a.v. beslissingen van andere vennootschapsorganen zoals de algemene vergadering en het directiecomité/dagelijks bestuur dient de procedure van art 523 W. Venn dus niet te worden gevolgd.¹¹

13. Niet zelden worden in de praktijk bevoegdheden gedelegeerd met het oogmerk om aan de belangenconflictenprocedure te ontkomen. De vraag blijft evenwel of dit opzet ook juridisch zal slagen. Zo waarschuwen GEENS en

⁸ K. BYTTEBIER, P. PIU, S. ROELAND, *Corporate Governance: eigendom, bestuur en controle van vennootschappen*, Antwerpen, Maklu, 2003, p. 172; Ernst, P., *Belangenconflicten in Naamloze vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 1997, p. 434

⁹ P. ERNST, *Belangenconflicten in Naamloze vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 1997, p. 479; kopijen nrs 365-366

¹⁰ K. BYTTEBIER, P. PIU, S. ROELAND, *Corporate Governance*, Antwerpen, Maklu, 2003, p. 172; E. WYMEERSCH., *De belangenconflictenregeling in de vennootschappen*, Antwerpen, Maklu, p. 33

¹¹ H. LAGA, “Belangenconflicten, aantal bestuurders en schriftelijke besluitvorming in de N.V.”, in Jan Ronse Instituut, *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, Biblio, 1995, p. 184

WYCKAERT terecht voor de uitholling van art 523 W.Venn. wanneer men systematisch bevoegdheden die wettelijk de raad van bestuur toekomen gaat delegeren aan ad hoc comités.¹² Dat gevaar blijft nochtans vrijwel beperkt gezien de mogelijkheid tot delegatie overeenkomstig art 522 §1 W.Venn. beperkt blijft tot adviserende comités.¹³ Uiteindelijk is het nog maar de vraag of in voornoemde waarschuwing dient te worden gelezen dat beide rechtsgeleerden van oordeel zijn dat art. 523 W. Venn. niet van toepassing is in het kader van een delegatie. Het merendeel van de rechtsleer besluit dat de ruime bewoordingen van art 523 W. Venn. nopen tot de vaststelling dat de belangenconflictenprocedure eveneens van toepassing is op de overdracht van bevoegdheden aan comités. Omwille van de ruime interpretatie zal art 523 W. Venn. van toepassing zijn op alle verrichtingen en beslissingen die tot de bevoegdheid van de raad van bestuur behoren, ook al heeft deze die bevoegdheid niet effectief uitgeoefend.¹⁴ In de versie van 1991 stond: “voor de raad van bestuur besluit tot een verrichting of een reeks verrichtingen of een beslissing neemt (...)”. Uit deze bewoordingen valt af te leiden dat de toepassing van art 523 W. Venn. beperkt blijft tot de gevallen waar de raad van bestuur effectief een beslissing neemt. Na de wetwijziging van 1995 dient de belangenconflictenprocedure te worden gevolgd in geval een verrichting of beslissing tot de bevoegdheid van de raad van bestuur behoort. Met andere woorden wordt niet langer een effectieve beslissing vereist. Daarenboven wordt een beslissing van een comité ad hoc geacht een beslissing van de raad van bestuur zelf te zijn daar zulk een comité geen zelfstandige beslissingsbevoegdheid heeft.

14. De keuze van de wetgever voor de termen “verrichting” en “beslissing” moet duidelijk maken dat het de bedoeling is de procedure van toepassing te maken op *alle* gevallen die ter beoordeling en ter beslissing van de raad van bestuur worden voorgelegd.¹⁵ Zo vallen ook verrichtingen die ondanks voorlegging aan de raad van bestuur niet tot een effectieve beslissing leiden eveneens onder het toepassingsgebied. Zowel interne¹⁶ als externe¹⁷

¹² K. GEENS en M. WYCKAERT, “Discretie of transparantie in het vennootschapsbeang: spreken is zilver, zwijgen blijft goud?”, in *Liber amicorum Eddy Wymeersch. Van alle markten*, Antwerpen, Intersentia, 2008, p. 532, nr. 6

¹³ Voor meer informatie over de inrichting van comités zie K. BYTTEBIER, A. FRANCOIS en J. DELVOIE, *De wet corporate governance ont(k)leed*, Mechelen, Kluwer, 2004, p. 155-156 nr. 30-34.

¹⁴ E. JANSSENS, N. BETSCH., “Vennootschapsrechtelijke en contractuele aspecten van de managementovereenkomst”, in R. Bauwens, N. Betsch, S.Callens, P. Depuydt, W. Goossens, E. Janssens, *Huur van diensten – Aanneming van werk*, Brussel, Larcier, 2006, p. 127; L. SIMONT, “Des conflits d’intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis”, *Rev. Prat. Soc.*, 1996, p. 375; P. ERNST, *Belangenconflicten in Naamloze vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 1997, p. 483; P. DRUYLANS., “Les conflits d’intérêts”, *C.F.P.*, 1995, (68), p. 69,70

¹⁵ *Gedr. St.*, Senaat, 1990-1991, nr. 1107/1, 75.

¹⁶ Met “interne belangenconflicten” worden de belangenconflicten bedoeld waarbij de bestuurder louter optreedt in zijn hoedanigheid van bestuurder.

belangenconflicten worden gedekt door de termen verrichting en beslissing.¹⁸ Omwille van de ruime omschrijving kan het toepassingsgebied van art 523 W. Venn. zelfs worden uitgebreid tot het stilzitten van de raad van bestuur, of hoe de passiviteit van de raad van bestuur art. 523 W. Venn. kan activeren. Van zodra een persoonlijk belang strijdig is met bovengenoemde beslissing of verrichting dient de procedure uit art. 523 W. Venn. te worden gevolgd.

2.3. UITZONDERING VOOR COURANTE BESLISSINGEN OF VERRICHTINGEN EN VERBONDEN VENNOOTSCHAPPEN

15. Artikel 523 W.Venn. voorziet in twee uitzonderingsgevallen. De belangenconflictenprocedure dient niet te worden gevolgd hetzij wanneer de beslissingen van de raad van bestuur kunnen worden gekwalificeerd als gebruikelijke of courante verrichtingen¹⁹, hetzij in de omstandigheid van verbonden vennootschappen²⁰. Courante beslissingen of verrichtingen vallen buiten het toepassingsgebied van de belangenconflictenprocedure. Van een dergelijke verrichting of beslissing is sprake wanneer ze betrekking heeft op een dagelijkse of courante activiteit, of nog wanneer het handelingen betreft die de vennootschap stelt in haar gewone, dagelijkse bedrijf²¹. Zo zal de kostprijsbepaling voor het voeren van telefoongesprekken bij een telefoonmaatschappij ten aanzien van een bestuurder evident niet worden aanzien als een niet-courante beslissing. Ook de toekenning van een lening door een hypotheekmaatschappij aan één van haar bestuurders tegen normale voorwaarden en tegen de markttrent zal als gebruikelijk worden beschouwd.²² Het toekennen van bezoldigingen aan bestuurders werd tijdens de bespreking in de senaatscommissie evenwel onterecht geciteerd als een gebruikelijke verrichting daar dit een exclusieve bevoegdheid van de algemene vergadering is.²³

¹⁷ Met "externe belangenconflicten" worden de belangenconflicten bedoeld die zich voordoen wanneer een bestuurder met de vennootschap handelt in een andere hoedanigheid (bv. als privé-persoon medecontractant van de vennootschap, of bestuurder of aandeelhouder van een andere vennootschap met wie de vennootschap een overeenkomst sluit)

¹⁸ L. SIMONT, "Des conflits d'intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis", *Rev. Prat. Soc.*, 1996, p. 375

¹⁹ zie supra.

²⁰ Wanneer de beslissingen die tot de bevoegdheid van de raad van bestuur behoren betrekking hebben op beslissingen of verrichtingen tot stand gekomen tussen vennootschappen waarvan de ene (rechtstreeks of onrechtstreeks) ten minste 95% bezit van de stemmen verbonden aan het geheel van de door de andere vennootschap uitgegeven effecten, dan wel tussen vennootschappen waarvan ten minste 95% van de stemmen verbonden aan het geheel van de door elk van hen uitgegeven effecten in het bezit zijn van een derde vennootschap.

²¹ E. WYMEERSCH, *De belangenconflictenregeling in de vennootschappen*, Antwerpen, Maklu, p. 43.

²² *Gedr. St. Senaat*, 1993-94, nr. 1086/2, p. 157.

²³ H. LAGA, "Belangenconflicten, aantal bestuurders en schriftelijke besluitvorming in de N.V.", in Jan Ronse Instituut, *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 189; P. ERNST, *Belangenconflicten in Naamloze vennootschappen*, Antwerpen,

16. In casu betreft het weliswaar geen toekenning van een bestuurdersbezoldiging, waarvoor de algemene vergadering bevoegd is, doch het sluiten van een managementovereenkomst, wat volgens het vonnis in eerste aanleg niet kan worden beschouwd als een handeling van dagelijks bestuur gelet op het voorwerp en de financiële draagwijdte van de overeenkomst. Daar het sluiten van een managementovereenkomst dus niet kan worden gekwalificeerd als een courante verrichting zal zij niet onder de uitsluiting vallen. Bovendien is het sluiten van managementovereenkomsten geen aan de algemene vergadering toegewezen bevoegdheid. Bijgevolg zal de belangenconflictenprocedure van toepassing zijn op deze beslissing.

17. Voor bovengenoemde courante beslissingen of verrichtingen (die plaatshebben onder de voorwaarden en tegen de zekerheden die op de markt gewoonlijk gelden voor soortgelijke verrichtingen) wordt in een uitzondering voorzien op de belangenconflictenprocedure in art 523 § 2 W.Venn. Overeenkomstig de voorbereidende stukken dient het gebruikelijk karakter van de verrichting te worden beoordeeld in het licht van het maatschappelijk doel van de vennootschap onafgezien van het feit of de verrichting eenmalig dan wel meermaals plaatsvindt.²⁴ Men kan aannemen dat het dient te gaan om verrichtingen die kaderen in de courante activiteit van de vennootschap, i.e. handelingen die de vennootschap gewoonlijk stelt ter verwezenlijking van haar doel²⁵. In casu zal geen beroep kunnen worden gedaan op de uitzondering zoals voorzien in art. 523 §3 W. Venn. Het afsluiten van managementovereenkomsten behoort immers duidelijk niet tot de courante activiteit van KPD, die een computeradviesbureau exploiteert.

18. Voorheen was een deel van de rechtsleer reeds geneigd in tweede instantie de verrichtingen ook te interpreteren in het licht van wat gebruikelijk is op de markt of in het rechtsverkeer gezien de mogelijkheid door de wetgever gelaten tot een ruime omschrijving van het maatschappelijk doel.²⁶ Na de wetwijziging van art. 523 W.Venn werd dit expliciet door de wetgever opgenomen. De vraag of de gebruikelijke verrichtingen plaatsvinden tegen marktvoorwaarden blijft uiteraard een feitenkwestie. Tot slot dient te worden benadrukt dat de wetgever als referentiepunt duidelijk heeft geopteerd voor voorwaarden zoals deze normaal gelden op de markt en niet voor voorwaarden

Intersentia, 1997, p. 518; Geens, K., Noot onder Vz. Kh. Brussel, 18 oktober 1988, *T.R.V.*, 1989, (145), p. 155.

²⁴ *Gedr. St.*, Senaat, 1993-94, nr. 1086/2, p. 93 en 130; P. ERNST, *Belangenconflicten in Naamloze vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 1997, p. 517-518.

²⁵ voor Frans vennootschapsrecht zie: J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, Parijs, Dalloz, 1972, p 901; M. GUILBERTEAU, noot onder Cass. 21 april 1977, *Rev. Soc.*, 1978, p 255; M. COZIAN, A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, Parijs, Litec, 1992, p 245.

²⁶ L. SIMONT, "Les conflits d'intérêts, nouvelles implications des articles 60 et 60bis", in *Séminaire Vanham & Vanham*, 1995.

die door de vennootschap normaliter worden bedongen voor soortgelijke verrichtingen.

2.4 UITZONDERING VOOR FUNCTIEGEBONDEN BELANGENCONFLICTEN?

19. De uitzondering voor functiegebonden belangenconflicten – i.e. conflicten op grond van het enkele feit dat de bestuurder in kwestie tevens bestuurder is in de vennootschap waarmee de voorgenomen handeling zal worden gesteld – zoals ingevoerd door de wetgever in 1991 in het toenmalige art 60 Venn. W., is in het huidige artikel 523 W.Venn. niet langer opgenomen. Deze uitzondering wordt geacht impliciet vervat te zijn in het woord “onrechtstreeks”²⁷ doch niet in haar oorspronkelijke betekenis. Voortaan zal een bestuurder in twee vennootschappen enkel nog geacht worden een tegenstrijdig belang te hebben voorzover dit van vermogensrechtelijke aard is, evenwel niet omwille van het enkele feit dat hij bestuurder is in beide contracterende vennootschappen.²⁸ WYMEERSCH neemt duidelijk standpunt in dat wanneer een bestuurder tevens bestuurder is in de contracterende vennootschap een uit de voorgenomen handeling voortvloeiend voordeel een vermogensvoordeel zou zijn enkel in hoofde van die andere vennootschap, niet in hoofde van de bestuurder.²⁹ CORNELIS deelt die zienswijze en onderbouwt zijn redenering tweevoudig. Enerzijds behartigt de bestuurder in de regel geen persoonlijke belangen. Anderzijds verhindert de afzonderlijke rechtspersoonlijkheid van de vennootschap dat het persoonlijk belang van de vennootschap zonder meer wordt gelijkgesteld met dat van haar bestuurders.³⁰

20. Dit ligt m.i. enigszins anders in geval van een managementvennootschap die slechts één bestuurder of zaakvoerder telt en waarbij men kan zeggen dat het persoonlijk belang samenvalt met het vennootschapsbelang daar de bestuurder als het ware de personificatie vormt van de managementvennootschap. De managementvennootschap is immers een persoonlijke vennootschap daar haar oprichters ze in het leven hebben geroepen om hun managementactiviteiten in onder te brengen.³¹ Strikt genomen kan men volgens de letter van de wet echter niet anders dan een principiële toepassing van art 523 W. Venn. in geval van dubbelmandaten afzweren voor zover geen bewijs voorligt van enig belang van vermogensrechtelijke aard.

²⁷ *Gedr. St.*, Senaat, 1993-1994, nr. 1086/2, 161.

²⁸ X. DIEUX, “Observations complémentaires sur le régime des conflits d’intérêts au sein du conseil d’administration de la société anonyme”, in A. BENOIT-MOURY, *Actualité en droit des sociétés : l’entrée en vigueur de la loi du 13 avril 1995 modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales*, Brussel, Vanham & Vanham, 1996, p. 8-9.

²⁹ E. WYMEERSCH, *De belangenconflictenregeling in de vennootschappen*, Antwerpen, Maklu, p. 25.

³⁰ L. CORNELIS, “De aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in groepsverband”, in *Aspecten van ondernemingsgroepen*, H. BIRON, C. DAUW, Antwerpen, Kluwer, 1989, p. 175-176.

³¹ R. BAUWENS e.a., *Huur van diensten – Aanneming van werk*, Brussel, Larcier, 2006, p 101

21. In de rechtsleer wordt vrijwel³² unaniem aangenomen, zoals ook bijgeteden door ERNST en LIEVENS, dat 523 W.Venn. zonder de minste twijfel twijfel niet van toepassing kan zijn in geval van een louter functiegebonden belangenconflict, te verstaan in de zin dat de bestuurder geen enkel vermogensrechtelijk belang heeft.³³ Zo zou art 523 W. Venn. niet spelen indien de bestuurder in de vennootschap-wederpartij een onbezoldigd mandaat uitoefent. Immers, art. 523 W. Venn. vereist expliciet een belang van vermogensrechtelijke aard. Van dit vermogensrechtelijk karakter is volgens beide auteurs wel degelijk, weliswaar onrechtstreeks, sprake van zodra de bestuurder tevens aandeelhouder is in de vennootschap waarmee gecontracteerd wordt^{34,35}. Dit op zich is evenwel niet voldoende (zie randnr. 24). Zo dient eveneens te worden aangenomen dat het tegenstrijdig belang wel degelijk van vermogensrechtelijke aard is zodra de bestuurder in de vennootschap-wederpartij een bezoldigd mandaat uitoefent of naast zijn mandaat een andere bezoldigde functie in de vennootschap uitoefent.³⁶ Sommige rechtsleer, waaronder ERNST, gaan zelfs nog verder en menen dat art. 523 W. Venn. eveneens speelt wanneer de bestuurder in de vennootschap wederpartij een bezoldigde functie uitoefent of op enige andere wijze vergoedingen ontvangt onafgezien van een eventueel mandaat.

2.5. STRIJDIG BELANG VAN VERMOGENSRECHTELIJKE AARD

22. Het belang van de bestuurder dient strijdig te zijn met dat van de vennootschap. Bovendien behoort dit strijdig belang van vermogensrechtelijke en dus niet louter morele of affectieve aard zijn³⁷. Dit vraagt om enige nuance³⁸. De vraag is zonder meer aan de orde of het de bedoeling van de

³² X. DIEUX, "Les nouveaux articles 60 et 60bis des lois coordonnées sur les sociétés commerciales: un faux pas en avant, un vrai pas en arrière", in *La nouvelle réforme du droit des sociétés. Un examen détaillé de la loi qui vient d' être votée par la Chambre le 3 avril 1995*, Syllabus Seminarie Vanham&Vanham, Brussel, 17 mei 1995, p. 11-12.

³³ J. LIEVENS, *De Reparatiwet Vennootschapsrecht*, Brussel, EHSAL, 1995, p. 68.

³⁴ P. ERNST, *Belangenconflicten in Naamloze vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 1997, p. 511-512.

³⁵ E. WYMEERSCH, *De belangenconflictenregeling in de vennootschappen*, Antwerpen, Maklu, p. 25.

³⁶ H. LAGA, "Belangenconflicten, aantal bestuurders en en schriftelijke besluitvorming in de N.V.", in Jan Ronse Instituut, *De nieuwe vennootschaps wetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, Biblio, 1995, p. 182.

³⁷ K. BYTTEBIER, P. PIU, S. ROELAND, *Corporate Governance*, Antwerpen, Maklu, 2003, p. 172; dit in tegenstelling tot de status questionis in 1991 toen de wetgever de belangenconflictenprocedure eveneens toe in geval van morele of affectieve belangen. Op grond van de gehanteerde terminologie "persoonlijk belang" kon het toepassingsgebied immers niet worden verengd tot een belang van vermogensrechtelijke aard. Zie hierover Verslag Verhaegen-Bayenet, *Parl. St.*, Senaat, 1990-91, 140.

³⁸ A. FRANCOIS, "De nieuwe regeling van belangenconflicten in de raad van bestuur: een (voorlopig) eindpunt?", in Jan Ronse Instituut, *De gewijzigde vennootschaps wet 1995*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1996, p. 216-217; H. LAGA, "Belangenconflicten,

wetgever was alle mogelijke persoonlijke belangen te vatten, hetzij materiële, hetzij morele of louter affectieve belangen. In theorie is het immers denkbaar dat een bestuurder zich ertoe kan laten verleiden af te wijken van de behartiging van het vennootschapsbelang omwille van zowel materiële als morele motieven. De facto zijn morele of affectieve belangen evenwel moeilijk identificeerbaar, laat staan kwalificeerbaar. uit de voorbereidende werken bij de Wet van 15 april 1995 mag evenwel blijken dat onze wetgever de regeling wenst te beperken tot vermogens-, financiële of materiële belangen³⁹. Om na te gaan of er een mogelijks rechtstreeks dan wel onrechtstreeks vermogensrechtelijk belang bestaat wordt het criterium gehanteerd dat de beslissing van de raad van bestuur van dien aard dient te zijn een positieve of negatieve invloed te *kunnen* hebben op het vermogen van de bestuurder.⁴⁰ De beslissing dient er in te bestaan dat de bestuurder een rechtstreeks of onrechtstreeks materieel voordeel kan behalen of materieel nadeel kan ontlopen. Bijgevolg dient het belang van de bestuurder dus niet effectief strijdig te zijn met het vennootschapsbelang opdat art. 523 W. Venn. zou moeten worden toegepast.⁴¹ De objectieve mogelijkheid dat een belangenconflict zou rijzen, leidt immers reeds tot dubbelzinnigheid. Aan die dubbelzinnigheid wenst de wetgever tegemoet te komen door de transparantie op te leggen die de procedure van artikel 523 W. Venn. biedt.

23. Om de tegenstrijdigheid van belangen te bepalen zal moeten worden nagegaan of de bestuurder bij een bepaalde beslissing een voordeel kan bekomen ten nadele van de vennootschap. Daarbij is evenwel niet vereist dat de handeling die de vennootschap wenst te stellen ook daadwerkelijk nadelig is voor de vennootschap. Zoals eerder reeds vermeld zal de loutere mogelijkheid van een belangenconflict immers volstaan.⁴²

24. Het doet niet ter zake of het vermogensrechtelijk belang rechtstreeks dan wel onrechtstreeks speelt in hoofde van de bestuurder. Van een rechtstreeks belang zal sprake zijn wanneer de bestuurder zelf met de vennootschap contracteert. Van een onrechtstreeks belang zal sprake zijn wanneer de desbetreffende vennootschap contracteert met een andere vennootschap of tussengeplaatst persoon en het belang van die handeling kan worden toegerekend aan de bestuurder. Die toerekening kan onder meer te wijten zijn

aantal bestuurders en schriftelijke besluitvorming in de N.V.”, in Jan Ronse Instituut, *De nieuwe Vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, Biblio, 1995, p. 180.

³⁹ “ce qui peut être exprimé en chiffres, c’est à dire ce qui peut être évalué avec une certaine précision” in *Gedr. St.*, Senaat, 1993-1994, nr. 1086/2, 98-99; p. 102.

⁴⁰ J. LIEVENS, *De reparatiewet Vennootschapsrecht*, Brussel, EHSAL, 1995, p. 63.

⁴¹ A. FRANCOIS, “De nieuwe regeling van belangenconflicten in de raad van bestuur: een (voorlopig) eindpunt?”, in Jan Ronse Instituut, *De gewijzigde vennootschapswet 1995*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1996, p. 219.

⁴² H. LAGA, “Belangenconflicten, aantal bestuurders en schriftelijke besluitvorming in de N.V.”, in Jan Ronse Instituut, *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, Biblio, 1995, p. 179.

aan het feit dat hij tevens aandeelhouder of bestuurder is in de andere vennootschap. Van zulks onrechtstreeks belang is sprake in de onderhavige zaak. Meerbepaald contracteert KPN Services met Jopeco, een vennootschap waarin de bestuurder van eerstgenoemde hoofdaandeelhouder is (zie randnr. 19 en 21). Belangrijk te vermelden is dat artikel 523 W. Venn. eveneens speelt wanneer de bestuurder de begunstigde is van een overeenkomst tussen de vennootschap en een derde⁴³. Het belang dat ontstaat ten aanzien van een familielid van de bestuurder dient overeenkomstig de parlementaire stukken niet te worden beschouwd als een onrechtstreeks belang⁴⁴. Doch verdient dit laatste nuance in geval het gaat om de echtgeno(o)t(e) of kinderen van een bestuurder. De economische belangenverwevenheid is hier immers allerm minst gering. Uiteraard zal ook hier wederom dienen te worden nagegaan of de bestuurder zelf een vermogensrechtelijk voordeel haalt uit de voorgenomen handeling.

25. De precieze omvang van het belang is niet vaak eenvoudig te achterhalen. Hoewel hiervan nergens melding wordt gemaakt⁴⁵ en hoewel de rechtsleer op dit vlak niet unaniem is⁴⁶, gaat de meerderheid in de doctrine er van uit dat het vermogensbelang voldoende groot moet zijn om het stemgedrag van de bestuurder effectief te beïnvloeden. Volgens DIEUX dient die beïnvloeding in alle redelijkheid te worden beoordeeld. Zo stelt hij dat het belang van die aard dient te zijn “qu’il soit légitime de penser que tout homme raisonnable pourrait être amené à en subir l’influence au point de faillir à l’indépendance de sa fonction”.⁴⁷ Men kan dus niet stellen dat het louter bestaan van een vermogensbelang an sich voldoende is. Zo meent WYMEERSCH dat het vermogensvoordeel “wezenlijk” dient te zijn en van aard de beslissing van de betrokken bestuurder te beïnvloeden.⁴⁸ Niet het loutere feit dat een voorgenomen handeling een financiële weerslag heeft op de vergoeding die aan de bestuurder wordt toegekend volstaat om te concluderen dat de procedure van art 523 W.Venn. toepasselijk is. Immers, de impact van de voorgenomen handeling dient voldoende wezenlijk te zijn opdat zij de beslissing van de bestuurder zou kunnen beïnvloeden.⁴⁹ Bijgevolg zal een

⁴³ . Een klassiek voorbeeld hiervan is dat de vennootschap zich borg stelt of een zekerheid verleent voor een privé-schuld van een bestuurder.

⁴⁴ *Parl. St.*, Senaat, 1993-94, 1086/2, p. 99.

⁴⁵ Noch in de wet zelf, noch in voorbereidende werken.

⁴⁶ Zo meent ERNST Dat de omvang van het belang geen invloed heeft: elk belang, hoe klein ook, geeft in deze visie aanleiding tot de toepasselijkheid van art 523 W.Venn. (P. ERNST., *Belangenconflicten in Naamloze vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 1997, p. 499).

⁴⁷ X. DIEUX, “Observations complémentaires sur le régime des conflits d’intérêts au sein du conseil d’administration de la société anonyme”, in Benoit-Moury, A., *Actualité en droit des sociétés : l’entrée en vigueur de la loi du 13 avril 1995 modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales*, Brussel, Vanham & Vanham, 1996, p. 6.

⁴⁸ D. VAN GERVEN, “De belangenconflictenregeling ervaren door de praktijk”, in E. WYMEERSCH, *Van alle markten*, Antwerpen, Intersentia, 2008, p. 1001.

⁴⁹E. WYMEERSCH, *De belangenconflictenregeling in de vennootschappen*, Antwerpen, Maklu, p. 22.

onbelangrijk of louter marginaal belang van vermogensrechtelijke aard niet in aanmerking worden genomen om 523 W. Venn. te triggeren.⁵⁰ Het belang moet voldoende groot zijn, opdat het het stemgedrag van de bestuurder mogelijkerwijze zou kunnen beïnvloeden. Daarbij zal zowel de objectieve als de subjectieve omvang van het vermogensrechtelijk belang in aanmerking worden genomen.⁵¹ Zo neemt de gevestigde doctrine doorgaans aan dat het loutere feit dat men een aantal aandelen bezit in de contracterende vennootschap niet volstaat om te kunnen spreken van een belang in de zin van art 523 W. Venn.⁵² Het dient dus te gaan om een participatie van een zekere omvang. Wanneer de bestuurder zoals in casu een controleparticipatie bezit in de vennootschap wederpartij is het indirect belang evident voldoende groot om zijn stemgedrag te beïnvloeden.⁵⁴ Rest de vraag hoe dit enigszins vage criterium invulling te geven of te kwantificeren. De rechter zal geval per geval moeten oordelen, rekening houdend met bijzondere feitelijke omstandigheden, of een indirect tegenstrijdig belang al dan niet voldoende groot is. Als hanteerbaar criterium voor het kwantificeren van het vermogensrechtelijk belang schuift ERNST de 10% regel naar voren, zoals die te vinden is in de Amerikaanse Principles of Corporate Governance⁵⁵, voor het geval waarin de betrokken bestuurder in beide vennootschappen een vermogensrechtelijk belang heeft. Immers, wanneer men te maken heeft met een bestuurder die participaties bezit in twee in het spel zijnde vennootschappen zal het vaak niet representatief zijn de participaties procentueel in beide vennootschappen te vergelijken om vervolgens aan de hand van een kwantitatieve afweging te bepalen in welk van beide vennootschappen het vennootschapsbelang het meest in het gedrang komt en waar bijgevolg de toepassing van de belangenconflictenprocedure vereist is. De 10% bestaat er dan in dat zodra de betrokken bestuurder in één van beide vennootschappen een participatie van ten minste 10% bezit hij wordt geacht een wezenlijk vermogensrechtelijk belang te hebben tenzij de waarde van zijn participatie met zich meebrengt dat redelijkerwijs niet kan worden verwacht dat zijn stemgedrag er op een voor de vennootschap nadelige wijze wordt door beïnvloedt.⁵⁶

⁵⁰ J-M COLLIER, PH. MALHERBE, *Les sociétés commerciales. Des lois coordonnées au code des sociétés. Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Brussel, Larcier, 2002, p. 131.

⁵¹ Met een objectief belang bedoelt men ondermeer de reële omvang van de participatie die de bestuurder aanhoudt in de contracterende vennootschap.

⁵² P. ERNST, *Belangenconflicten in Naamloze vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 1997, p. 512.

⁵³ P. DE WOLF, B. FERON, "La dualité d'intérêts des administrateurs d'une société anonyme", *Rev. Prat. Soc.*, 1993, p. 16, nr. 15

⁵⁴ H. LAGA, "Belangenconflicten, aantal bestuurders en schriftelijke besluitvorming in de N.V.", in Jan Ronse Instituut, *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, Biblio, 1995, p. 182.

⁵⁵ American Law Institute, *Principles of Corporate Governance*, p 9.

⁵⁶ P. ERNST, *Belangenconflicten in Naamloze vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 1997, p. 512-513.

26. In geval van managementvennootschappen dient m.i. worden geopperd dat de bestuurder onrechtstreeks begunstigde is van de overeenkomst met de managementvennootschap daar hij als enige aandeelhouder de winsten zal genieten van de managementvennootschap, voortkomende uit de betalingen verricht door de opdrachtgever in de managementovereenkomst. Ook wanneer hij op een andere manier vergoedingen van laatstgenoemde vennootschap ontvangt (in de vorm van bezoldigingen of tantièmes) zal hij een onrechtstreeks vermogensrechtelijk voordeel behalen.⁵⁷ Overeenkomstig de heersende doctrine zal men ook hier dienen na te gaan of het belang van de bestuurder wezenlijk is. Het loutere feit dat de contracterende managementvennootschap voordeel haalt uit de handeling zal daartoe uiteraard niet volstaan. Immers, pas indien de vennootschap mogelijkerwijs zou beslissen tot winstuitkering zal de bestuurder-kleinaandeelhouder zeer onrechtstreeks een voordeel genieten.⁵⁸ Dit zal daarentegen wel het geval zijn wanneer de bestuurder-aandeelhouder een controlerende invloed uitoefent op de beslissingen van de vennootschap zomede de beslissing tot winstuitkering. Eveneens kan men gewag maken van een vermogensrechtelijk belang wanneer de bestuurder andere effecten dan aandelen bezit in de contracterende vennootschap, zoals daar zijn converteerbare obligaties, warrants, optierechten, ed..

3. MANAGEMENTOVEREENKOMSTEN

3.1. WAT, WIE, FUNCTIE?

27. Kort zal in deze paragraaf worden ingegaan op een aantal aspecten van de managementovereenkomst om een duidelijke impressie te bieden van dit fenomeen. Meerbepaald zal een licht worden geworpen op volgende vragen. Wat dient te worden verstaan onder een managementovereenkomst? Door wie wordt een managementovereenkomst gesloten? Tot slot poneren we de vraag welke functies managementvennootschappen kunnen opnemen in de opdrachtgevende vennootschap.

De eerste vraag kan beknopt worden beantwoord. Een managementovereenkomst is een contract waarbij een persoon tegen vergoeding de leiding van een onderneming of een deel ervan toevertrouwt aan een andere persoon.⁵⁹ Niet zelden zal omwille van fiscale redenen in hoofde van de dienstverrichter de managementovereenkomst worden afgesloten met

⁵⁷ P. ERNST, *Belangenconflicten in Naamloze vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 1997, p. 512, nr. 566.

⁵⁸ E. WYMEERSCH, *De belangenconflictenregeling in de vennootschappen*, Antwerpen, Maklu, p. 28.

⁵⁹ V. SIMONART, "Le contract de management, aspects de droit des obligations et de droit de sociétés" in *Questions d'actualité de droit économique*, coll. Fac. Droit U.L.B., Brussel, Bruylant, 1994, p. 212.

een managementvennootschap i.p.v. met de dienstverrichter als natuurlijk persoon.⁶⁰

28. Wat de tweede vraag betreft wordt een managementovereenkomst op het niveau van de opdrachtgevende vennootschap onderhandeld door de gedelegeerd bestuurder, het directiecomité of de RVB. Eens de overeenkomst gefinaliseerd is wordt zij in beginsel ter goedkeuring voorgelegd aan de raad van bestuur of het directiecomité. De ondertekening van de overeenkomst zal afhankelijk van de opdracht van de manager, gebeuren door de gedelegeerd bestuurder, het directiecomité of de raad van bestuur.⁶¹

29. Tot slot kunnen de diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft worden onderverdeeld in volgende categorieën; de manager kan een rol als bestuurder waarnemen, een functie opnemen als lid van het directiecomité, het dagelijks bestuur of enige andere managementfunctie bekleden. Wanneer de overeenkomst wordt afgesloten met een managementvennootschap kan deze zowel een bestuursfunctie waarnemen als andere diensten verstrekken.⁶² In onderhavige overeenkomst heeft de Jopeco zich ertoe verbonden managementprestaties te leveren.

3.2. VERBAND TUSSEN AD NUTUM HERROEPBAARHEID EN ONTSLAGVERGOEDING

30. De ad nutum-herroepbaarheid houdt in dat het de vennootschap geoorloofd is het mandaat van een bestuurder éézijdig en onmiddellijk te beëindigen. Noch dient een opzeggingstermijn te worden in acht genomen, noch dient een opzeggingsvergoeding te worden betaald.⁶³

31. In art 2 van de managementovereenkomst wordt bepaald dat de overeenkomst voor onbepaalde duur is aangegaan. In de praktijk is het allerminst ongebruikelijk dat voorwaarden worden opgenomen omtrent de

⁶⁰ zie hierover A. HAELTERMAN, "De managementvennootschap", in *De ik-vennootschap*, Kalmthout, Biblio, 1987, p. 4

⁶¹ E. JANSSENS, N. BETSCH, "Vennootschapsrechtelijke en contractuele aspecten van de managementovereenkomst", in R. Bauwens, N. Betsch, S. Callens, P. Depuydt, W. Goossens, E. Janssens, *Huur van diensten – Aanneming van werk*, Brussel, Larcier, 2006, p 125.

⁶² E. JANSSENS, N. BETSCH, "Vennootschapsrechtelijke en contractuele aspecten van de managementovereenkomst", in R. Bauwens, N. Betsch, S. Callens, P. Depuydt, W. Goossens, E. Janssens, *Huur van diensten – Aanneming van werk*, Brussel, Larcier, 2006, p 100.

⁶³ B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, Kalmthout, Biblio, 1996, p271-272; D. MATRAY, B. KOHL, M. HERBATSCHKEK, "La société de management", *Vanham & Vanham*, 2003, p. 514, nr. 18; T. AFSCHRIFT, H. OLIVIER, *Vademecum van de bestuurder van naamloze vennootschappen*, Brussel, Creadif, 1989, p. 247; A. BENOIT-MOURY, "Organisation des pouvoirs au sein des sociétés anonymes et des sociétés de personnes à responsabilité limitée", *Ann.Fac.dr.Liège*, 1982, p. 307; J. T'KINT, R. GHYSELINCK, *Les sociétés anonymes*, Brussel, Larcier, 1935, p. 99.

beëindiging van de overeenkomst.⁶⁴ Belangrijk is te vermelden dat niet wordt vereist een motivering aan te voeren voor dergelijke beëindiging. Hierachter gaat de opvatting schuil dat de managementovereenkomst haar basis vindt in de vertrouwensrelatie tussen de manager en de opdrachtgever en die overeenkomst bijgevolg in geval van een vertrouwensbreuk zonder motivering dient te kunnen worden beëindigd. In casu betreft het een managementovereenkomst van onbepaalde duur waarin bepaald kan worden dat één der partijen de overeenkomst kan beëindigen mits het respecteren van een opzegtermijn of het betalen van een opzegvergoeding. De opzegmogelijkheden kunnen ook worden beperkt tot bepaalde situaties, waaronder het niet respecteren van een niet-concurrentiebeding ed. waar geen sprake van is in de onderhavige zaak. Gelet op het voorgaande verdient de situatie waarin de managementovereenkomst een functie behelst als bestuurder in een NV bijzondere aandacht. Hoewel in onderhavig arrest niet precies wordt vermeld of de managementvennootschap een functie als bestuurder of enige andere managementfunctie zal waarnemen, mag men m.i. onder de bewoordingen “managementprestaties” toch aannemen dat het gaat om laatstgenoemde functie aangezien niet expliciet melding wordt gemaakt van een benoeming als bestuurder.

32. Toch zullen we summier beide hypothesen bespreken omwille van het niet geringe verschil in behandeling. Vooreerst de hypothese dat de managementovereenkomst een *functie als bestuurder* betreft. Ook al wordt de managementovereenkomst in principe beheerst door gemeenrechtelijke verbintenisrechtelijke principes mag de vennootschapsrechtelijke regel van openbare orde met betrekking tot de ad nutum herroepbaarheid van een bestuurdersmandaat in dergelijke hypothese niet uit het oog worden verloren.⁶⁵ In de opvatting van het Hof, namelijk dat het geoorloofd zou zijn clausules op te nemen met betrekking tot de beëindiging van de managementovereenkomst, zou bovengenoemde vennootschapsrechtelijke bepaling volledig met de voeten worden getreden. Dit evenwel enkel in een constellatie waar Jopeco een functie als bestuurder opneemt in KPD, quod in casu non. De managementovereenkomst, voorzover ze betrekking zou hebben op een functie als bestuurder in KPD, zou te allen tijde moeten kunnen worden opgezegd door de algemene vergadering zonder dat enige vergoeding of opzeggingstermijn dient te worden gerespecteerd. Indien daarentegen in een tweede hypothese, zoals in casu klaarblijkelijk mag worden aangenomen mede

⁶⁴ E. JANSSENS, N. BETSCH, “Vennootschapsrechtelijke en contractuele aspecten van de managementovereenkomst”, in R. Bauwens, N. Betsch, S. Callens, P. Depuydt, W. Goossens, E. Janssens, *Huur van diensten – Aanneming van werk*, Brussel, Larcier, 2006, p. 119-120.

⁶⁵ E. JANSSENS, N. BETSCH, “Vennootschapsrechtelijke en contractuele aspecten van de managementovereenkomst”, in R. Bauwens, N. Betsch, S. Callens, P. Depuydt, W. Goossens, E. Janssens, *Huur van diensten – Aanneming van werk*, Brussel, Larcier, 2006, p. 155.

gelet op de verantwoording door de Rechtbank van Koophandel⁶⁶, Jopeco een *managementfunctie* opneemt in KPD zal de overeenkomst gesloten voor onbepaalde duur eenzijdig kunnen worden verbroken. Die opzegging kan zoals eerder in deze paragraaf betoogd op ieder ogenblik en zonder enige motivatie doch onder de voorwaarde dat een redelijke opzegtermijn en/of vergoeding wordt bepaald. Het komt aan de rechter toe te bepalen welke opzegtermijn/vergoeding als redelijk kan worden beschouwd.⁶⁷ In onderhavige zaak heeft KPD de overeenkomst beëindigd met inachtnaam van een opzeggingstermijn van één maand. Dit werd niet gestipuleerd in de overeenkomst. Het hof besluit bijgevolg dat dit een redelijke termijn bedraagt en Jopeco niet aantoonbaar recht te hebben op een opzeggingstermijn van zes maanden.

4. BESLUIT

33. Gezien de diametrale zienswijze van de Rechtbank van Koophandel enerzijds en het Hof van Beroep anderzijds lijkt de toepassing van art. 523 W. Venn. op managementovereenkomsten bijzonder problematisch. Na het analyseren van de verscheidene toepassingsvoorwaarden kan besloten worden met volgende twee bedenkingen.

34. In de eerste plaats kan men m.i. niet anders dan besluiten dat aan alle voorwaarden van art 523 W. Venn. is voldaan zodat de belangenconflictenprocedure moet worden toegepast. Zo verklaarde ook de Rechtbank van Koophandel de belangenconflictenprocedure toepasselijk na een zorgvuldige toetsing van de toepassingsvoorwaarden van art. 523 W. Venn.. Het is dan ook bijzonder merkwaardig dat het Hof van Beroep in onderhavige zaak heeft geoordeeld dat art 523 W. Venn. geen toepassing vindt. Het Hof staft haar beslissing door te stellen dat KPD in de managementovereenkomst immers was vertegenwoordigd door een andere afgevaardigde bestuurder (dan de heer Bertels) van de vennootschap en de geldige vertegenwoordiging van de vennootschap daarbij niet ter discussie staat. Doch opdat een trigger zou ontstaan om de belangenconflictenprocedure te ontplooiën noopt een letterlijke lezing van 523 W. Venn. ertoe te besluiten dat het volstaat dat “een bestuurder” rechtstreeks of onrechtstreeks een belang van vermogensrechtelijke aard heeft dat strijdig is met een beslissing of

⁶⁶ Die in haar beoordeling stelt dat er geen onderliggend mandaat aanwezig is die betalingen als bestuurdersbezoldingen aan Jopeco verantwoordt. Verder betoogt de Rechtbank dat de betalingen dus enkel verschuldigd kunnen zijn op basis van een andere overeenkomst, zijnde de managementovereenkomst die gesloten werd tussen KPD en Jopeco.

⁶⁷ E. JANSSENS, N. BETSCH, “Vennootschapsrechtelijke en contractuele aspecten van de managementovereenkomst”, in R. Bauwens, N. Betsch, S. Callens, P. Depuydt, W. Goossens, E. Janssens, *Huur van diensten – Aanneming van werk*, Brussel, Larcier, 2006, p. 154.

verrichting die tot de bevoegdheid van de raad van bestuur behoort. Het is dus allerminst vereist, zoals het Hof m.i. evenwel onterecht voorhoudt, dat de bestuurder die de beslissing ondertekent een met de vennootschap strijdig belang heeft.

35. In de tweede en laatste plaats lijkt het mij verantwoordbaar dat een functiegebonden belangenconflict automatisch leidt tot de toepassing van de belangenconflictenprocedure voor zover één van de contracterende vennootschappen te kwalificeren is als een managementvennootschap. In een managementvennootschap is de bestuurder immers als het ware de personificatie van de vennootschap zelf en zullen vennootschapsbelang en persoonlijk belang volledig samenvallen.