

Contractualisering van de verhouding dagelijks bestuurder en vennootschap: arbeidsovereenkomst of managementovereenkomst?

Ben De Groof

Onder wetenschappelijke begeleiding van Prof. Dr. Koenraad Geens en Dhr. Stijn De Dier

1. INLEIDING

In dit werk wordt in een eerste sectie getracht om de rechtsverhouding tussen (dagelijks) bestuurder en (naamloze) vennootschap te kwalificeren. Hiertoe worden vooreerst de termen “bestuur” en “dagelijks bestuur” in het kader van voornamelijk de naamloze vennootschap geanalyseerd. Vervolgens worden de mogelijke verbintenisrechtelijke kwalificaties van de rechtsverhouding tussen (dagelijks) bestuurder en (naamloze) vennootschap onderzocht, om daarna meer specifiek de relevante vennootschapsrechtelijke regels te analyseren.

In een tweede sectie komen we terecht bij het hoofdthema van dit werk, zodat in deze sectie de (on)mogelijkheid tot contractualisering van de rechtsverhouding tussen (dagelijks) bestuurder en (naamloze) vennootschap zal worden onderzocht. De nadruk zal worden gelegd op het dagelijks bestuur in de naamloze vennootschap, en daarom zullen er vooreerst verschillende hypothesen worden opgesteld. De opdracht van dagelijks bestuur kan namelijk in het kader van verschillende types van overeenkomsten worden vervuld. De nadruk zal enerzijds worden gelegd op de (on)mogelijkheid tot contractualisering van het bestuurdersmandaat in het kader van een arbeidsovereenkomst, en anderzijds op de (on)mogelijkheid tot contractualisering van het bestuurdersmandaat in het kader van een managementovereenkomst.

In een derde sectie komen de gevolgen van de contractualisering van de rechtsverhouding tussen dagelijks bestuurder en naamloze vennootschap aan bod, en wordt – om binnen de grenzen van dit werk te kunnen blijven – ervoor geopteerd om de boeiende materie van de aansprakelijkheidsproblematiek van de (dagelijks) bestuurder bondig te bespreken.

In een laatste sectie zal worden afgerond met enkele kritische beschouwingen.

2. KWALIFICATIE OVEREENKOMST (DAGELIJKS) BESTUURDER – VENNOOTSCHAP

De eerste vraag die moet worden onderzocht, is logischerwijs hoe de rechtsverhouding tussen (dagelijks) bestuurder en vennootschap contractueel moet worden gekwalificeerd. In een eerste sectie zullen enkele essentiële begrippen nader worden onderzocht. Dit biedt de gelegenheid om in een tweede en derde sectie dieper in te gaan op de mogelijke verbintenismatige en vennootschapsrechtelijke kwalificaties die van toepassing zijn op de overeenkomst tussen de bestuurders / zaakvoerders en de vennootschap (hierna “de bestuurdersovereenkomst¹” genoemd).²

2.1 BEGRIP (DAGELIJKS) BESTUURDER

Het “bestuur” en “dagelijks bestuur” van de vennootschap worden waargenomen door organen van de vennootschap, waarvan de bevoegdheden worden vastgesteld door het Wetboek van Vennootschappen, het doel van de vennootschap en de statuten.³ Aangezien het Wetboek van Vennootschappen alleen voor de naamloze vennootschap in specifieke regels voor het dagelijks bestuur voorziet⁴, zal het onderzoeksdomein van dit werk zich voornamelijk focussen op de naamloze vennootschap. Enerzijds betekent dit echter niet dat andere vennootschappen geen orgaan van dagelijks bestuur kunnen hebben. Alleen moet in de oprichting en de bevoegdheden daarvan door de statuten worden voorzien.⁵ Anderzijds betekent dit ook niet dat in een naamloze vennootschap noodzakelijkerwijs een orgaan moet worden belast met het dagelijks bestuur. Uit het gebruik van het woord “mogen” in artikel 525 van het Wetboek van Vennootschappen blijkt immers dat het dagelijks bestuur een facultatief orgaan is. Bovendien kan het dagelijks bestuur in een naamloze vennootschap volgens datzelfde artikel 525 van het Wetboek van Vennootschappen aan één of meer personen worden opgedragen, waarbij de verschillende mogelijkheden om het dagelijks bestuur uit te oefenen in een verderop besproken onderdeel nader zullen worden onderzocht (zie *infra* nr. 3.2).

¹ Voor een uitvoeriger bespreking van het begrip “bestuurdersovereenkomst”, zie: X., “De ‘bestuurdersovereenkomst’: What’s in a name?”, *De Venn.* 2005/1, 6-7.

² B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen: statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 3.

³ Art. 61 W.Venn.

⁴ Art. 525 -527 W.Venn.

⁵ W. VAN EECKHOUTTE, “Bestuurders van vennootschappen: sociaalrechtelijke aspecten” in M. GOIRIS (ed.), *Bestuurder en besturen is twee. De uitdaging en invulling van het bestuursmandaat*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2003, 109.

De wetgever heeft zich niet aan de definiëring van het begrip “dagelijks bestuur” gewaagd.⁶ Een analyse van de wettelijke bepalingen leverde dan ook niets op en daarom werd teruggегреpen naar de ontwikkelingen in de rechtspraak. Ook het Hof van Cassatie is echter niet verder dan een omschrijving gekomen: de handelingen of verrichtingen “*die niet verder reiken dan de behoeften van het dagelijks leven van de vennootschap, of de behoeften die om reden zowel van het minder belang dat ze vertonen, als van de noodzakelijkheid een spoedige oplossing te treffen, de tussenkomst v/d raad van bestuur niet rechtvaardigen*”.⁷ Een recent arrest van het Hof van Cassatie van 26 februari 2009 heeft voor het eerst uitdrukkelijk aangegeven hoe de verschillende elementen van de definitie zich tot elkaar verhouden.⁸ In zijn noot bij dit arrest, bespreekt auteur CLOTTENS de interessante vraag of de toepassingsvoorwaarden van de tweede categorie van deze klassieke omschrijving cumulatief of alternatief moeten worden vervuld.⁹ De hierboven vermelde klassieke definitie van het dagelijks bestuur bestaat immers duidelijk uit twee categorieën: de handelingen of verrichtingen die niet verder reiken dan (i) de behoeften van het dagelijks leven van de vennootschap, of (ii) de behoeften die om reden zowel van het minder belang dat ze vertonen, als van de noodzakelijkheid een spoedige oplossing te treffen, de tussenkomst van de raad van bestuur niet rechtvaardigen.¹⁰ De eerste categorie omvat de handelingen die nodig zijn voor de dagelijkse werking van de vennootschap, de tweede categorie omvat daarentegen de handelingen die de tussenkomst van de raad van bestuur niet rechtvaardigen om reden *zowel* van het minder belang dat ze vertonen, *als* van de noodzakelijkheid een spoedige oplossing te treffen.¹¹ In zijn arrest van 26 februari 2009 heeft het Hof van Cassatie uitdrukkelijk gesteld dat de voorwaarden van de tweede categorie cumulatief moeten worden vervuld, waardoor enerzijds niet-urgente handelingen van

⁶ E. WYMEERSCH, “Besturen in tijden van Corporate Governance”, in *Liber amicorum Walter Van Gerven*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 503-504.

⁷ Cass. 17 september 1968, *Arr. Cass.* 1969, 60, *Pas.* 1969, I, 61 en *RPS* 1970, 197; Cass. 21 februari 2000, *Arr. Cass.* 2000, 463, *Bull.* 2000, 457, *TRV* 2000, 283, *JTT* 2000, 300 en *JDSC* 2001, 149, met noot C. BERTSCH; M. WYKAERT, “Kroniek”, *TRV* 2000, 347.

⁸ Cass. 26 februari 2009, *TRV* 09/5, 448, met noot C. CLOTTENS.

⁹ C. CLOTTENS, “De omvang van het dagelijks bestuur van de NV bij vertegenwoordiging in rechte” (noot onder Cass. 26 februari 2009), *TRV* 09/5, 446-451.

Voor twee nog recentere annotaties van het arrest van het Hof van Cassatie van 26 februari 2009, zie: W. GOOSSENS en B. CAFMEYER, “Bevoegdheden dagelijks bestuurder beperkt door het Hof van Cassatie” (noot onder Cass. 26 februari 2009), *RW* 2009-10, 1130-1132; E. POTTIER en A. BERTRAND, “Gestion journalière: la prudence s’impose” (noot onder Cass. 26 februari 2009), *TBH* 2009/9, 951-955.

¹⁰ Voor een uitgebreidere bespreking hieromtrent, zie onder andere ook: J. VAN RYN en P. VAN OMMESLAGHE, “Examen de jurisprudence (1966-1971) – Les sociétés commerciales”, *RCJB* 1973, 410; J. RONSE, K. VAN HULLE, J.-M. NELISSEN GRADE en B. VAN BRUYSTEGEM, “Overzicht van rechtspraak – Vennootschappen (1968-1977)”, *TPR* 1978, 828-829; J. RONSE, J.-M. NELISSEN GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS en H. LAGA, “Overzicht van rechtspraak (1978-1985) vennootschappen”, *TPR* 1986, 1018-1021;

K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, “Overzicht van rechtspraak – Vennootschappen (1992-1998)”, *TPR* 2000, 276-277.

¹¹ C. CLOTTENS, “De omvang van het dagelijks bestuur van de NV bij vertegenwoordiging in rechte” (noot onder Cass. 26 februari 2009), *TRV* 09/5, 450.

gering belang buiten het dagelijks bestuur dreigen te vallen, en anderzijds urgente handelingen van groot belang ook buiten het dagelijks bestuur dreigen te vallen wanneer het niet-courante handelingen betreft.

Uit deze vage begripsomschrijvingen van het Hof van Cassatie vloeit voort dat het dagelijks bestuur nauwelijks te omschrijven valt, wat natuurlijk niet bevorderlijk is voor de rechtszekerheid. Bovendien verschilt het dagelijks bestuur van vennootschap tot vennootschap en zal het maar definitief kunnen worden ingevuld door de rechter.¹² Zo behoren volgens de rechtspraak handelingen die de dagelijkse uitvoering zijn van de beleidlijnen uitgestippeld door de raad van bestuur tot het dagelijks bestuur.¹³ De rechterlijke appreciatiemarge is echter een reden te meer om te besluiten dat JAN RONSE in het verleden reeds terecht stelde dat toenmalig artikel 63 van het Wetboek van Vennootschappen één van de meest hinderlijke regels van het Belgisch recht uitmaakte.¹⁴ Bovendien stelt auteur CLOTTENS terecht dat het arrest van het Hof van Cassatie van 26 februari 2009 de kloof tussen het recht en de praktijk – en de daarmee gepaard gaande rechtsonzekerheid – alleen maar heeft vergroot, door een (overdreven) restrictieve interpretatie van het dagelijks bestuur te hanteren, waarbij de voorwaarden van het beperkte belang van de niet-courante verrichting en de noodzaak van een snelle oplossing samen moeten zijn vervuld.¹⁵ Het Hof van Cassatie heeft dus duidelijk aangegeven dat het cumulatieve voorwaarden betreft.

2.2 ONDERZOEK MOGELIJKE VERBINTENISRECHTELIJKE KWALIFICATIES RECHTSVERHOUDING (DAGELIJKS) BESTUURDER – VENNOOTSCHAP

Het Wetboek van Vennootschappen geeft geen rechtstreekse indicaties over de aard van de rechtsverhouding tussen de (dagelijks) bestuurder en de vennootschap.¹⁶ Daarom worden in deze sectie kort de mogelijke verbintenisrechtelijke kwalificaties van de bestuurdersovereenkomst onderzocht, zodat zij mogelijks als basis of als aanvulling (zie *infra* nr. 2.3.2) kunnen dienen voor het specifieke vennootschapsrechtelijke karakter van de bestuurdersovereenkomst. Aangezien de bestuurdersovereenkomst duidelijk een dienstenovereenkomst is, komen er vier overeenkomsten in aanmerking voor de verbintenisrechtelijke kwalificatie van de bestuurdersovereenkomst.

¹² C. CLOTTENS, “De omvang van het dagelijks bestuur van de NV bij vertegenwoordiging in rechte” (noot onder Cass. 26 februari 2009), *TRV* 09/5, 451.

¹³ Gent 27 mei 1924, *Pas.* 1925, II, 52; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen: statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 664.

¹⁴ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 392-393. Zie recenter eveneens: K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, “Overzicht van rechtspraak – Vennootschappen (1992-1998)”, *TPR* 2000, 279.

¹⁵ C. CLOTTENS, “De omvang van het dagelijks bestuur van de NV bij vertegenwoordiging in rechte” (noot onder Cass. 26 februari 2009), *TRV* 09/5, 451.

¹⁶ W. VAN EECKHOUTTE, “Bestuurders van vennootschappen: sociaalrechtelijke aspecten” in M. GOIRIS (ed.), *Bestuurder en besturen is twee. De uitdaging en invulling van het bestuursmandaat*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2003, 97.

Het gaat met name om de bewaargeving, de arbeidsovereenkomst, de huur van werk en de lastgeving, die hierna kort zullen worden besproken.¹⁷

2.2.1 Bewaargeving

Artikel 1915 van het Burgerlijk Wetboek definieert bewaargeving in het algemeen als de handeling waarbij men de zaak van een ander aanneemt, onder verplichting om die te bewaren en in natura terug te geven. De bewaarnemer heeft een bewarende opdracht, waardoor het vrij vlug duidelijk wordt dat de bestuurdersovereenkomst moeilijk als een bewaargevingsovereenkomst kan worden gekwalificeerd. Het besturen is immers een dynamische activiteit, zodat de (dagelijks) bestuurder logischerwijs ruimere bevoegdheden heeft dan een loutere bewaarnemer.¹⁸

2.2.2 Arbeidsovereenkomst

Artikel 3 van de Arbeidsovereenkomstenwet¹⁹ definieert de arbeidsovereenkomst voor bedienden als de overeenkomst waarbij een werknemer, de bediende, zich verbindt om tegen loon en onder gezag van een werkgever in hoofdzaak hoofdarbeid te verrichten. De werknemer is noodzakelijkerwijs ondergeschikt aan de werkgever (zie *infra* nr. 3.2.1 en 3.2.2 voor een bespreking van het gezagsbegrip in het arbeidsrecht), waardoor naar Belgisch recht algemeen wordt aangenomen dat de functie van bestuurder als zodanig niet in het kader van een arbeidsovereenkomst kan worden uitgeoefend. De kwalificatie van de bestuurdersovereenkomst als een arbeidsovereenkomst is immers moeilijk verzoenbaar met het feit dat een bestuurder zijn functie autonoom moet kunnen uitoefenen ter vrijwaring van het vennootschapsbelang.²⁰

Op dit vlak moet wel een onderscheid worden gemaakt tussen de bestuurder en de dagelijks bestuurder, aangezien de persoon belast met het dagelijks bestuur geenszins een bestuurder van de vennootschap hoeft te zijn (zie *infra* nr. 3.2 en het citaat uit het cassatie-arrest van 22 januari 1981). Wat tot hertoe vooral belangrijk is om in het achterhoofd te houden, is het feit dat de bestuurder in zijn zuivere hoedanigheid van bestuurder niet in een band van ondergeschiktheid kan staan.²¹ Naast het hoger vermelde

¹⁷ B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen: statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 3.

¹⁸ *Bestuur van vennootschappen: statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 3-4.

¹⁹ Wet 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, BS 22 augustus 1978, hierna afgekort als Arbeidsovereenkomstenwet.

²⁰ J. RONSE, *Vennootschapsrecht. Algemeen deel*, Mechelen, Acco, 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.

²¹ W. VAN EECKHOUTTE, "Bestuurders van vennootschappen: sociaalrechtelijke aspecten" in M. GOIRIS (ed.), *Bestuurder en besturen is twee. De uitdaging en invulling van het*

vennootschapsbelang, is het feit dat het bestuurdersmandaat ad nutum herroepbaar is²² - wat in het geval van de naamloze vennootschap zelfs van openbare orde wordt geacht²³ - een reden te meer om tot de onverenigbaarheid van de regels van het arbeidsrecht en de bestuurdersovereenkomst te besluiten.

2.2.3 *Huur van werk*

Artikel 1710 van het Burgerlijk Wetboek definieert de huur van werk als een overeenkomst waarbij de ene partij zich verbindt om de andere het genot van een zaak te doen hebben gedurende een zekere tijd, en tegen een bepaalde prijs, die de laatstgenoemde zich verbindt te betalen. Meer algemeen is de huur van werk een vorm van een aannemingsovereenkomst, die wordt gedefinieerd als een overeenkomst waarbij de ene partij (de dienstverlener) zich ertoe verbindt om in alle onafhankelijkheid en zonder enige band van ondergeschiktheid tegen een prijs voor de andere partij (de opdrachtgever) een bepaald werk of een bepaalde dienst te verrichten.²⁴ Het onderscheid met de hierna besproken lastgevingsovereenkomst ligt erin dat de dienstverlener in het kader van een huur van werk zich in hoofdzaak verbindt materiële handelingen te verrichten, terwijl de lasthebber zich daarentegen in hoofdzaak verbindt rechtshandelingen te verrichten. Hoewel een bestuurder meestal zowel materiële als rechtshandelingen stelt, is men – voornamelijk omwille van het vertegenwoordigingsaspect – over het algemeen echter eerder geneigd om de bestuurdersovereenkomst te kwalificeren als een lastgevingsovereenkomst (zie evenwel betreffende de kritiek hieromtrent: *infra* nr. 2.3.1). Op laatstgenoemde overeenkomst zal dan ook in een volgend punt dieper worden ingegaan.

2.2.4 *Lastgeving*

Artikel 1984 van het Burgerlijk Wetboek definieert lastgeving als een handeling waarbij een persoon aan een ander de macht geeft om iets voor de lastgever en in zijn naam te doen. Bij deze beperkte definitie moet essentieel worden gedacht dat de lasthebber rechtshandelingen stelt en geen materiële handelingen. Een betere definitie van de lastgeving is dus de overeenkomst waarbij een persoon (de lastgever) een andere persoon (de lasthebber) de opdracht geeft om in zijn naam en voor zijn rekening rechtshandelingen te stellen.²⁵ Uit deze definities blijft dat vertegenwoordiging essentieel is voor de lastgevingsovereenkomst, en zoals hoger aangegeven is dit

bestuursmandaat, Brussel, De Boeck & Larcier, 2003, 98; W. VAN EECKHOUTTE, “Corporate governance en arbeidsovereenkomstenrecht”, *TPR* 2004, 860.

²² Art. 518, §3 W. Venn.

²³ Zie onder andere: Cass. 22 januari 1981, *RCJB* 1981, 495, met noot S.J. NUDELHOLE; Cass. 13 april 1989, *Pas.* 1989, I, 825, *RW* 1989-90, 253, *TRV* 1989, 321, met noot M. WYCKAERT en F. BOUCKAERT, *Rev. not. belge* 1989, 410, *TBH* 1989, 878, *JT* 1990, 710, met noot D.

MICHIELS, *RCJB* 1991, 205, met noot J.-M. NELISSEN GRADE; Gent 2 juni 2003, *TRV* 2003, 595, met noot J. VANANROYE.

²⁴ Y. MERCHERS, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 213.

²⁵ Y. MERCHERS, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 253.

vertegenwoordigingsaspect volgens de meerderheid van (arbeids)rechtsgeleerden doorslaggevend om in het algemeen de bestuurdersovereenkomst te kwalificeren als een lastgevingsovereenkomst. In die hypothese zou voor derde partijen het optredende orgaan dan gelijk zijn aan de vennootschap, zodat handelen met het orgaan dus handelen met de vennootschap zou betekenen.

Bovendien bevat het Wetboek van Vennootschappen – hoewel het zoals hoger aangegeven geen rechtstreekse indicaties over de aard van de bestuurdersovereenkomst bevat – wel een aantal onrechtstreekse indicaties over de aard van de bestuurdersovereenkomst.²⁶ Zo zegt het Wetboek van Vennootschappen dat vennootschappen “ handelen door hun organen²⁷ ”. Specifiek voor de naamloze vennootschap wordt bijvoorbeeld bepaald dat de raad van bestuur “ de vennootschap vertegenwoordigt jegens derden²⁸ ” en dat de naamloze vennootschap “ is verbonden²⁹ ” door de handelingen van de raad van bestuur. Verder wordt ook nog bepaald dat de bestuurders “ overeenkomstig het gemeen recht³⁰ ” verantwoordelijk zijn voor de vervulling van de hun opgedragen taak en aansprakelijk zijn voor de tekortkomingen in hun bestuur. Die verscheidene onrechtstreekse indicaties vormen een bijkomend element om de bestuurdersovereenkomst te kwalificeren als een lastgevingsovereenkomst.³¹

Dat een vennootschap als rechtspersoon niet zelf beslissingen kan nemen, en dus noodzakelijkerwijs moet worden vertegenwoordigd door natuurlijke personen (zogenaamde “organen van de vennootschap”), mag volgens sommige belangrijke (vennootschaps)rechtsgeleerden echter geenszins leiden tot de gelijkshakeling van de lastgeving met de zogenaamde “organieke vertegenwoordiging”.³² In het Belgische vennootschapsrecht dient immers het essentiële onderscheid te worden gemaakt tussen de bestuursbevoegdheid, die betrekking heeft op het intern beleid van de vennootschap, en de vertegenwoordigingsbevoegdheid, die betrekking heeft op de rechtshandelingen welke, in uitvoering van de daden van bestuur, namens de

²⁶ W. VAN EECKHOUTTE, “Bestuurders van vennootschappen: sociaalrechtelijke aspecten” in M. GOIRIS (ed.), *Bestuurder en besturen is twee. De uitdaging en invulling van het bestuursmandaat*, Brussel, De Boeck & Larquier, 2003, 97.

²⁷ Art. 61, 1^e lid W. Venn.

²⁸ Art. 522, §2 W. Venn.

²⁹ Art. 526 W. Venn.

³⁰ Art. 527 W. Venn.

³¹ W. VAN EECKHOUTTE, “Bestuurders van vennootschappen: sociaalrechtelijke aspecten” in M. GOIRIS (ed.), *Bestuurder en besturen is twee. De uitdaging en invulling van het bestuursmandaat*, Brussel, De Boeck & Larquier, 2003, 97-98.

³² Zie met betrekking tot het onderscheid tussen lasthebber en organiek vertegenwoordiger onder andere: W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, “Kroniek vennootschapsrecht 1999-2000”, *TRV* 2000, 344-345; P. VAN OMMESLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, in Y. POULLET (ed.), *Liber Amicorum Michel Coipel*, Brussel, Kluwer, 2004, 765-767.

vennootschap worden verricht in haar betrekkingen met derden (zie *infra* nr. 2.3.1, *in fine*).³³

2.3 GEMENGD KARAKTER RECHTSVERHOUDING (DAGELIJKS) BESTUURDER – VENNOOTSCHAP

Zoals hierboven beschreven zijn er dus verscheidene argumenten *pro* de kwalificatie van de bestuurdersovereenkomst als lastgevingsovereenkomst, of kan de bestuurdersovereenkomst toch minstens worden gekwalificeerd als een gemengde overeenkomst, met name deels een huur van werk, deels een lastgeving, waarop de regels van de lastgeving in beginsel bij analogie kunnen worden toegepast.³⁴ Een (belangrijke) minderheid in de rechtsleer is echter de mening toegedaan dat de bestuurdersovereenkomst een rechtsverhouding *sui generis* creëert. Zo vermeldt onder andere auteur TILLEMAN dat er een “deel van de rechtsleer³⁵” is die, in navolging van een arrest van het Franse Hof van Cassatie, uit het specifieke karakter van de “organieke vertegenwoordiging” afleidt dat een bestuurder van een vennootschap toch geen lasthebber is.³⁶ Een (dagelijks) bestuurder zou volgens deze strekking in de rechtsleer dan ook beter met de term “organiek vertegenwoordiger” dan met de term “lasthebber” worden aangeduid. Hieronder zal kort worden nagegaan wat het belang van dergelijk onderscheid is.

2.3.1 *Vennootschapsrechtelijke regels als basis*

De critici van de kwalificatie van de bestuurdersovereenkomst als lastgevingsovereenkomst zijn het minstens met elkaar eens dat de regels van de lastgeving niet onverkort op de bestuurdersovereenkomst kunnen worden toegepast. Zij stellen immers dat de bestuurdersovereenkomst een specifiek karakter heeft, en dit wordt meestal ondergebracht onder de noemer “organieke vertegenwoordiging”. Het specifieke karakter van de vertegenwoordiging bij rechtspersonen wordt vooral verdedigd vanuit de noodzaak tot vertegenwoordiging bij rechtspersonen. Anders dan een natuurlijke persoon, kan een rechtspersoon immers uitsluitend handelen via zijn vertegenwoordigers.³⁷ Dit is logisch, want een vennootschap kan als rechtspersoon niet zelf beslissingen nemen. Dit impliceert dat een

³³ J.M. NELISSEN GRADE, “Vennootschapsrecht: Capita Selecta”, *Leidraad bij cursus vennootschapsrecht* 2009-2010, 5.

³⁴ W. VAN EECKHOUTTE, “Bestuurders van vennootschappen: sociaalrechtelijke aspecten” in M. GOIRIS (ed.), *Bestuurder en besturen is twee. De uitdaging en invulling van het bestuursmandaat*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2003, 98.

³⁵ TILLEMAN verwijst hier naar VAN RYN, die reeds in 1954 kritiek uitte op de traditionele visie inzake de kwalificatie van de bestuurdersovereenkomst, in zijn werk (1^e editie): J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, I, Brussel, Bruylant, 1954, 320.

³⁶ B. TILLEMAN, *Bestuur van vennootschappen: statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 6.

³⁷ B. TILLEMAN, *Bestuur van vennootschappen: statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 533.

vennootschap dus noodzakelijkerwijs door natuurlijke personen moet worden vertegenwoordigd. Voor derde partijen wordt het optredende orgaan dan bestempeld als een orgaan van de vennootschap (zie ook *supra* nr. 2.1), en niet als lasthebber.³⁸ Zo kan bijvoorbeeld specifiek inzake de naamloze vennootschap een bestuurder (maar ook een niet-bestuurder, zie *infra* nr. 3.2) worden aangesteld als een orgaan van dagelijks bestuur dat bestuurs- en vertegenwoordigingsbevoegd is voor handelingen van dagelijks bestuur.³⁹ Bovendien omvat de opdracht van (dagelijks) bestuur meer dan alleen een lastgeving.⁴⁰ Zoals hoger reeds aangehaald (zie *supra* nr. 2.2.4), wordt een lastgeving immers enkel gegeven om rechtshandelingen te stellen. De meerderheid van de handelingen die (dagelijks) bestuurders stellen, betreffen echter materiële bestuursdaden.⁴¹ Het lastgevingsaspect zou aldus niet tot de voorbarige conclusie mogen leiden dat de bestuurdersovereenkomst *ipso facto* als een lastgevingsovereenkomst zou moeten worden gekwalificeerd.

Zoals hierboven reeds aangehaald (zie *supra* nr. 2.2, *in fine*) is het in het Belgische vennootschapsrecht immers van cruciaal belang een onderscheid te maken tussen enerzijds de bestuursbevoegdheid en anderzijds de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de (dagelijks) bestuurder.⁴² De raad van bestuur en het orgaan van dagelijks bestuur zijn organen van bestuur én vertegenwoordiging. De interne rechtsverhouding tussen de vennootschap en de (dagelijks) bestuurder is van contractuele aard. De externe rechtsverhouding tussen de vennootschap en het wettelijke orgaan (met name de dagelijks bestuurder, de raad van bestuur of de individuele bestuurder met éénhandtekeningsbevoegdheid) wordt aangeduid met de term “organieke vertegenwoordiging”. Die term impliceert dat voornoemde organen de vennootschap rechtstreeks door hun rechtshandelingen verbinden.⁴³

2.3.2 Verbintenisrechtelijke regels als aanvulling

Het specifieke vennootschapsrechtelijke karakter van de bestuurdersovereenkomst belet niet dat op de bestuurdersovereenkomst nog steeds een aantal regels van de lastgeving kunnen / moeten worden toegepast. Zo stelde auteur RONSE (en in navolging hiervan onder andere auteur TILLEMANN) reeds voor om de bestuurdersovereenkomst te kwalificeren als een gemengde overeenkomst, waarop de regels van de lastgeving in beginsel analogisch kunnen worden toegepast.⁴⁴ Hij stelde wel als vereiste dat die

³⁸ J. RONSE, *Vennootschapsrecht. Algemeen deel*, Mechelen, Acco, 1975, 360.

³⁹ Art. 525 W. Venn.

⁴⁰ W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, “Kroniek vennootschapsrecht 1999-2000”, *TRV* 2000, 344-345.

⁴¹ Zie hieromtrent onder andere: Kh. Charleroi, 3 september 1996, *TRV* 1999, 439, met noot W. GOOSSENS; W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, “Kroniek vennootschapsrecht 1999-2000”, *TRV* 2000, 344.

⁴² J. RONSE, *Vennootschapsrecht. Algemeen deel*, Mechelen, Acco, 1975, 342 en 360.

⁴³ J.M. NELISSEN GRADE, “Vennootschapsrecht: Capita Selecta”, *Leidraad bij cursus vennootschapsrecht 2009-2010*, 5.

⁴⁴ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 346;

zogenaamde analogische toepassing van de verbintenisrechtelijke regels van de lastgeving doelmatig moet zijn, wat bijvoorbeeld het geval is inzake de regeling betreffende de aansprakelijkheid van de (dagelijks) bestuurder (zie *infra* nr. 4.1).⁴⁵ Er kan dan ook worden besloten dat de bestuurdersovereenkomst een specifiek vennootschapsrechtelijk karakter heeft, waarbij de regels van de lastgeving toch nog kunnen worden toegepast voor zover zij niet door het vennootschapsrecht terzijde worden gesteld.⁴⁶

3. (ON)MOGELIJKHEID TOT CONTRACTUALISERING RECHTSVERHOUDING (DAGELIJKS) BESTUURDER – VENNOOTSCHAP

In deze sectie zal voornamelijk de (on)mogelijkheid tot contractualisering van de bestuurdersovereenkomst in het kader van het dagelijks bestuur worden onderzocht. De definitie en de omvang van het dagelijks bestuur werden hoger reeds besproken (zie *supra* nr. 2.1). Er werd eveneens reeds aangehaald dat er verschillende mogelijkheden zijn om een opdracht van dagelijks bestuur te vervullen. Het kan namelijk (1) ofwel gaan om een opdracht van dagelijks bestuur waarbij een dagelijks bestuurder als rechtspersoon is aangeduid, en waarbij een natuurlijk persoon dus de facto over een bestuurdersmandaat beschikt, (2) ofwel gaan om een opdracht van dagelijks bestuur in het kader van een managementovereenkomst, (3) ofwel gaan om een opdracht van dagelijks bestuur in het kader van een arbeidsovereenkomst. De persoon belast met het dagelijks bestuur hoeft immers niet noodzakelijkerwijs een bestuurder van de vennootschap te zijn, het zou ook kunnen dat hij door een arbeidsovereenkomst of managementovereenkomst met de vennootschap verbonden is. Daarom is het allereerst noodzakelijk deze drie hypothesen verder uit te werken.

3.1 HYPOTHESE 1: RECHTSPERSOON ALS DAGELIJKS BESTUURDER

Een eerste mogelijkheid bestaat erin dat de rechtspersoon als dagelijks bestuurder is aangeduid.⁴⁷ De facto zal het dagelijks bestuur dan logischerwijs wel door een natuurlijk persoon worden uitgeoefend in het kader van een

B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen: statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 7.

⁴⁵ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 346;

Zie ook: H. DE WULF, *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 10; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen: statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 7.

⁴⁶ J. RONSE, *Vennootschapsrecht. Algemeen deel*, Mechelen, Acco, 1975, 343-344.

⁴⁷ Art. 61 W.Venn.; Cass. 31 mei 1957, *Pas.* 1957, I, 1176; Cass. 17 mei 1962, *RW* 1962-63, 839; M. WAUTERS, "De bestuurder – rechtspersoon en zijn vaste vertegenwoordiger" in JAN RONSE INSTITUUT (ed.) *Nieuw Vennootschapsrecht 2002: Wet Corporate Governance*, Kalmthout, Biblio, 2003, 13.

bestuurdersmandaat, waardoor op dit punt kan worden verwezen naar de hoger besproken problematiek omtrent de kwalificatie van de bestuurdersovereenkomst.

3.2 HYPOTHESE 2: CONSTITUTIEVE BESTANDELEN VOOR CONTRACTUALISERING RECHTSVERHOUDING (DAGELIJKS) BESTUURDER – VENNOOTSCHAP IN EEN ARBEIDSOVEREENKOMST

Een tweede mogelijkheid bestaat erin dat de opdracht van dagelijks bestuur in de overeenkomst tussen vennootschap en dagelijks bestuurder in het kader van een arbeidsovereenkomst is toegewezen. Dat de persoon belast met het dagelijks bestuur geenszins een bestuurder van de vennootschap hoeft te zijn, wordt door auteur NUDELHOLE in zijn noot bij het basisarrest van het Hof van Cassatie van 22 januari 1981 als volgt verduidelijkt: “*Il en résulte qu’il n’existe aucun obstacle légal à ce que l’administrateur délégué soit, dans l’exercice de ses fonctions de délégué à la gestion journalière, lié à la société par un contrat d’emploi*”.⁴⁸ Niets belet dus dat het dagelijks bestuur door een niet-bestuurder wordt waargenomen krachtens een arbeidsovereenkomst. Daartoe is vereist dat de bestuurder het dagelijks bestuur waarneemt onder het gezag van een orgaan, een andere bestuurder of een aangestelde van de vennootschap.⁴⁹

Hoger (zie *supra* nr. 2.2.2) werd reeds aangegeven dat op dit vlak het onderscheid tussen bestuurders en dagelijks bestuurders van essentieel belang is. Bestuurders van vennootschappen kunnen als zodanig immers niet verbonden zijn door een arbeidsovereenkomst. Een bestuurder staat immers niet onder het gezag van de vennootschap zoals dat het geval is met een werknemer ten opzichte van zijn werkgever. Een bestuurder werkt autonoom en in het belang van de vennootschap.⁵⁰ Er wordt dan ook gesteld dat het stellen van bestuursdaden tot de kern van de bestuursfunctie behoren. Die zogenaamde bestuursdaden kunnen in principe worden omschreven als het nemen van beslissingen die bepalend zijn voor het financiële, industriële of het commerciële lot van de vennootschap.⁵¹ Bovendien verzet de herroepbaarheid *ad nutum* van het bestuurdersmandaat zich tegen het bestaan van een arbeidsovereenkomst.⁵² Artikel 32 van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt immers duidelijk dat een arbeidsovereenkomst alleen kan worden beëindigd

⁴⁸ S.J. NUDELHOLE, “Délégation à la gestion journalière de la société anonyme et contrat d’emploi” (noot onder Cass. 22 januari 1981), *RCJB* 1981, 520.

⁴⁹ Cass. 30 mei 1988, *RW* 1988-89, 539.

⁵⁰ C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Leuven, die Keure, 1989, 337.

⁵¹ Kh. Brussel 20 september 1979, *JT* 1980, 49; Kh. Brussel 30 maart 1981, *JT* 1981, 524; Kh. Brussel 22 oktober 1982, *TBH* 1982, 583; Luik 1 december 1969, *RPS* 1971, 280, met noot C. LEMPEREUR; P. COLLE, “Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond art. 63ter Venn.W.”, *TBH* 1985, 167-168; J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, 198-202.

⁵² C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Leuven, die Keure, 1989, 337.

volgens de gemeenrechtelijke wijzen van beëindiging van overeenkomsten (voor zover deze niet in strijd zijn met het arbeidsrecht) of volgens de arbeidsrechtelijke wijzen van beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Bovendien wordt de herroepbaarheid *ad nutum* bij een naamloze vennootschap zelfs geacht van openbare orde te zijn (zie ook *supra* nr. 2.2.2).⁵³ Zodoende kan de vennootschap niet worden verplicht om bij onvrijwillig ontslag van de werknemer krachtens artikel 82 van de Arbeidsovereenkomstenwet een opzeggingsvergoeding te betalen.⁵⁴

Het feit dat een bestuurder als zodanig niet een werknemer van de vennootschap kan zijn, belet de bestuurder evenwel niet zijn bestuurdersmandaat te cumuleren met een activiteit krachtens een arbeidsovereenkomst, zodat de betrokkene zowel de rechtspositie van zelfstandig bestuurder als die van werknemer verkrijgt.⁵⁵ Voor een geldige cumulatie van een opdracht in het kader van een bestuurdersmandaat en een opdracht in het kader van een arbeidsovereenkomst, worden door de rechtspraak twee vereisten gesteld: (1) de vereiste van een gezagsverhouding tussen de bestuurder (voor wat de uitoefening van de als werknemer vervulde functie betreft) en de vennootschap; en (2) de vereiste van een dualiteit van functies, in die zin dat de bestuurder een van zijn bestuursopdracht onderscheiden (uitvoerende) taak moet verrichten, die van technische, commerciële, financiële, administratieve, boekhoudkundige, personeelstechnische of andere aard kan zijn.⁵⁶ Die twee vereisten zullen hierna dan ook verder worden onderzocht.

3.2.1 Vereiste van een gezagsverhouding tussen (dagelijks) bestuurder - vennootschap wat de uitoefening van de als werknemer vervulde functie betreft

De arbeidsovereenkomst is een overeenkomst waarbij een werknemer zich verbindt 'arbeid' te verrichten tegen 'loon' onder het 'gezag' van een andere

⁵³ B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen: statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 290.

⁵⁴ S. DE DIER, "Over de dualiteitsvoorwaarde bij cumulatie van managementovereenkomst met bestuursmandaat" (noot onder Kh. Turnhout 10 juni 2008), *TRV* 2009/7, 655.

⁵⁵ Cass. 28 mei 1984, *RW* 1984-85, 334, concl. adv.-gen. LENAERTS.

Zie – naast dit basisarrest – onder andere: Luik 4 maart 1982, *JTT* 1983, 9; Brussel 21 juni 1988, *JTT* 1989, 308; Arbh. Luik 19 maart 1992, *JTT* 1991, 377; Kh. Brussel 8 februari 2002, *TBH* 2005, 425, met noot E. DESMET.

⁵⁶ Zie onder andere: B. ADRIAENS en D. DEJONGHE, "De vennootschapsmandataris en hetsociaal recht", *Or.* 2002, 27; N. BEAUFILS, "Cumul mandat social et contrat de travail", *JTT* 1990, 247; L. ELLIAERTS, "De Arbeidsrelatiewet, vennootschapsmandatarissen en vennoten", *TRV* 2008, 88; C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1989, 336; W. VAN EECKHOUTTE, "Bestuurders van vennootschappen: sociaalrechtelijke aspecten" in M. GOIRIS (ed.), *Bestuurder en besturen is twee. De uitdaging en invulling van het bestuursmandaat*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2003, 113.

persoon.⁵⁷ Van deze drie wettelijk gedefinieerde voorwaarden (met name ‘loon’, ‘arbeid’ en ‘gezag’) voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst is het belangrijkste element het uitoefenen van ‘gezag’ over een andere persoon. Bij een zelfstandige samenwerking is er immers in principe ook sprake van ‘arbeid’ die wordt verricht tegen een bepaald ‘loon’. De aanwezigheid van een gezagsband (de zogenaamde band van ondergeschiktheid) is dan ook cruciaal om te kunnen spreken over een arbeidsovereenkomst.⁵⁸ De inhoud van het begrip ‘band van ondergeschiktheid’ wordt echter vooralsnog niet nader door de wet bepaald. Om dit begrip beter te kunnen situeren, wordt daarom teruggegrepen naar de rechtspraak en rechtsleer. Vaste rechtspraak stelt dat de band van ondergeschiktheid moet blijken uit het feit dat de ene partij zijn diensten presteert onder gezag van de andere partij, en dat het al dan niet bestaan van de band van ondergeschiktheid door de rechter *in concreto* zal moeten worden beoordeeld, rekening houdend met alle feitelijke elementen van de zaak.⁵⁹ Aangezien het begrip ‘gezag’ immers een feitelijk element uitmaakt, zal de rechter zich onder andere de vraag stellen of de dagelijks bestuurder over een soort autonomie binnen de vennootschap beschikt. Dit kan immers een belangrijke indicatie zijn voor het al dan niet bestaan van een arbeidsovereenkomst, aangezien de band van ondergeschiktheid in twijfel kan worden getrokken wanneer het antwoord op die vraag positief luidt. Zoals hierboven (zie *supra* nr. 2.2.2) reeds aangegeven wordt bovendien gesteld dat de regel van de *ad nutum* herroepbaarheid van het bestuurdersmandaat⁶⁰, die in het geval van de naamloze vennootschap zelfs van openbare orde wordt geacht, onverenigbaar is met de toepassing van de regels van het arbeidsrecht op de bestuurdersovereenkomst.⁶¹

3.2.2 Vereiste van een dualiteit van functies in geval van cumulatie bestuurdersmandaat en arbeidsovereenkomst

Zoals hoger ook reeds aangegeven, sluit het bekleden van een bestuurdersmandaat van een naamloze vennootschap echter de uitoefening van een andere functie onder het gezag van een orgaan van de vennootschap niet

⁵⁷ Art. 3 Arbeidsovereenkomstenwet.

⁵⁸ Cass. 31 oktober 1980, *RW* 1980-81, 1056; Brussel, 22 januari 1992, *TBH* 1993, 366; 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.

⁵⁹ Zie onder andere: Cass. 23 januari 1959, *TSR* 1960, 38; Cass. 3 oktober 1961, *TSR* 1962, 366; Cass. 6 oktober 1961, *TSR* 1962, 366; Cass. 17 november 1961, *RW* 1961-62, 1949; Cass. 11 januari 1962, *TSR* 1962, 366; Cass. 3 december 1965, *Pas.* 1966, I, 1398; Cass. 24 maart 1966, *Pas.* 1966, I, 965; Cass. 30 juni 1966, *Pas.* 1966, I, 1398; Cass. 20 maart 1967, *Pas.* 1967, I, 880; Cass. 17 mei 1972, *Arr.Cass.* 1972, 867; Cass. 7 september 1992, *Soc. Kron.* 1993, 13; Arbh. Bergen 26 maart 2001, *JLMB* 2003, 93; C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Leuven, die Keure, 1989, 258-261; J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, 198-202.

⁶⁰ Art. 518, §3 W.Venn.

⁶¹ B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen: statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 4.

uit.⁶² De regel van de *ad nutum* herroepbaarheid van het bestuurdersmandaat geldt immers niet voor de delegatie van bevoegdheden van de raad van bestuur aan het dagelijks bestuur.⁶³ Hierbij wordt vereist dat de bestuurder naast zijn bestuurdersfunctie (uitvoerende) taken uitoefent met een technisch, juridisch, boekhoudkundig of commercieel karakter.⁶⁴ Deze taken moeten wel voldoende duidelijk onderscheiden zijn van zijn bestuurdersfunctie, zoniet loopt men het risico op herkwalificatie van de overeenkomst door de rechter. Recent (zie het mijlpaalarrest van het Hof van Cassatie van 23 december 2002 en andere zogenaamde “kwalificatiearresten” in dezelfde zin⁶⁵) heeft de rechtspraak met het oog op de rechtszekerheid evenwel het primaat van de feitelijke uitvoering van de overeenkomst (zie *supra* nr. 3.2.1 en de talrijke voorbeelden uit de rechtspraak met betrekking tot de zogenaamde “indiciënmethod”) laten varen ten nadele van het primaat van het principe van de wilsautonomie.⁶⁶ De wetgever heeft het Hof van Cassatie gevolgd⁶⁷ en heeft het principe van de wilsautonomie expliciet geponereerd in artikel 331, 1^e lid van de Programmawet van 27 december 2006 (in vaktermen ook wel de “Arbeidsrelatiewet” genoemd, hoewel deze benaming enkel betrekking heeft op Titel XIII van de Programmawet).⁶⁸ Verder werden in artikel 333, §1 van de Programmawet van 27 december 2006 een viertal algemene criteria opgesteld om het al dan niet bestaan van een gezagsband te beoordelen. De feitelijke elementen van de zaak blijven van belang, maar de feitenrechter zal in eerste instantie voorrang moeten geven aan de door de partijen gekozen juridische kwalificatie (artikel 331, 2^e lid van de Programmawet van 27 december 2006). Op die manier trachtte de wetgever het hierboven besproken (zie *supra* nr. 3.2.1) gezagsbegrip te verfijnen en te verduidelijken aan de hand van algemene (en desgevallend ook specifieke) criteria.⁶⁹

⁶² Arbh. Luik 6 februari 1975, *TSR* 1976, 238 (verkort); Arbh. Antwerpen 21 februari 1977, *RW* 1976-77, 2415; Arbh. Luik (4^e k.) 4 maart 1982, *JTT* 1983, 9; Arbh. Brussel 25 juni 1997, *Soc. Kron.* 1999, 186; Arbh. Bergen (6^e k.) 5 december 1997, *JLMB* 1999, 126; Arbrb. Hoei (3^e k.) 18 februari 1977, *JTT* 1977, 223; N. BEAUFILS, “Cumul mandat et contrat de travail”, *JTT* 1990, 245-249.

⁶³ Cass. 20 januari 2003, *TRV* 2003, 667-673, met noot D. VAN GERVEN; R. BAUWENS, *Huur van diensten – Aanneming van werk*, Brussel, Larcier, 2007, 155; D. VAN GERVEN, “Kan het ad nutum-karakter van de opdracht van bestuurder in een N.V. worden afgezwakt? Enkele woorden over het ontslag van bestuurders in een N.V.”, *TRV* 1988, 48; D. VAN GERVEN, “Het ontslag van bestuurders van een N.V.”, *TRV* 1999, 171-175.

⁶⁴ B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen: statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 4.

⁶⁵ Basisarrest: Cass. 23 december 2002, AR S010169F, www.cass.be, *JTT* 2003, 271; zie verder onder andere ook: Cass. 28 april 2003, *JTT* 2003, 261; L. ELLIAERTS, “De Arbeidsrelatiewet, vennootschapsmandatarissen en vennoten”, *TRV* 2008, 82.

⁶⁶ Voor een overzicht van de evolutie in de rechtspraak ter zake zie: K. NEVENS, “Schijnzelfstandigen in het offensief: analyse van de toepasselijke regelen inzake bewijs, interpretatie en kwalificatie van de arbeidsovereenkomst”, *RW* 2004-05, 1201-1213.

⁶⁷ Zie: Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2006-2007, nr. 2773/001, 201-203.

⁶⁸ Programmawet (I) 27 december, *BS* 28 december 2006 (ed.3).

⁶⁹ P. HUMBLET, M. RIGAUX, R. JANVIER, W. RAUWS en A. VAN REGENMORTEL, *Synopsis van het Belgische arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 43.

3.3 HYPOTHESE 3: CONSTITUTIEVE BESTANDELEN VOOR CONTRACTUALISERING RECHTSVERHOUDING (DAGELIJKS) BESTUURDER – VENNOOTSCHAP IN EEN MANAGEMENTOVEREENKOMST

Een derde mogelijkheid bestaat erin dat de opdracht van dagelijks bestuur in de overeenkomst tussen vennootschap en dagelijks bestuurder in het kader van een managementovereenkomst is toegewezen. Aangezien er geen wettelijke definitie van het begrip ‘managementovereenkomst’ voorhanden is⁷⁰, werd teruggegrepen naar de rechtspraak en rechtsleer ter zake. De managementovereenkomst wordt traditioneel omschreven als een overeenkomst waarbij het beheer van een vennootschap geheel of gedeeltelijk aan een bepaald persoon wordt toegekend en dat tegen een vergoeding.⁷¹ Inzake de mogelijkheid van een (dagelijks) bestuurder om zijn opdracht uit te oefenen in het kader van een managementovereenkomst, moet min of meer dezelfde redenering worden gevolgd als bij een arbeidsovereenkomst.⁷² Zodoende mag hier reeds worden besloten dat de opdracht van bestuurder als zodanig niet in het kader van een managementovereenkomst kan worden uitgeoefend. Als voornaamste reden daarvoor kan worden verwezen naar de hoger reeds besproken *ad nutum* herroepbaarheid van het bestuurdersmandaat, die in het geval van de naamloze vennootschap zelfs van openbare orde wordt geacht (zie *supra* nr. 2.2.2). Zodoende kan de vennootschap niet worden verplicht om bij onvrijwillig ontslag van de manager krachtens de kwalificatie die aan de managementovereenkomst wordt gegeven een opzeggingsvergoeding te betalen.⁷³ Wanneer de manager voornamelijk materiële handelingen stelt, dan gaat het om een aannemingsovereenkomst en bepaalt artikel 1794 Burgerlijk Wetboek immers dat de opdrachtgever een opzeggingsvergoeding moet betalen indien hij de overeenkomst eenzijdig stopzet.⁷⁴ Wanneer de manager voornamelijk rechtshandelingen stelt, dan gaat het om een lastgevingsovereenkomst en is de manager *ad nutum* afzetbaar. De artikelen 2003 en 2004 van het Burgerlijk Wetboek bepalen echter dat daar contractueel vanaf geweken kan worden.⁷⁵ Hoewel bepaalde rechtsleer stelt dat

⁷⁰ Gent 2 juni 2003, *TRV* 2003, 597, met noot J. VANANROYE; S. DE DIER, “Over de dualiteitsvoorwaarde bij cumulatie van managementovereenkomst met bestuursmandaat” (noot onder Kh. Turnhout 10 juni 2008), *TRV* 2009/7, 656.

⁷¹ V. SIMONART, “Le contrat de management. Aspects de droit des obligations et de droits des sociétés” in M. EKELMANS, J.F. ROMAIN en V. SIMONART (eds.), *Questions d’actualité de droit économique*, Brussel, Bruylant, 1994, 212.

⁷² S. DE DIER, “Over de dualiteitsvoorwaarde bij cumulatie van managementovereenkomst met bestuursmandaat” (noot onder Kh. Turnhout 10 juni 2008), *TRV* 2009/7, 654.

⁷³ S. DE DIER, “Over de dualiteitsvoorwaarde bij cumulatie van managementovereenkomst met bestuursmandaat” (noot onder Kh. Turnhout 10 juni 2008), *TRV* 2009/7, 655.

⁷⁴ S. BEYAERT, “De managementovereenkomst”, in J.H. HERBOTS, H. COUSY en S. STIJNS (eds.), *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, 30.

⁷⁵ S. DE DIER, “Over de dualiteitsvoorwaarde bij cumulatie van managementovereenkomst met bestuursmandaat” (noot onder Kh. Turnhout 10 juni 2008), *TRV* 2009/7, 655.

de managementovereenkomst ook zou kunnen worden gekwalificeerd als huur van goederen, vruchtgebruik of stille vennootschap⁷⁶, blijft de kwalificatie van de managementovereenkomst traditioneel beperkt tot een lastgeving of een aanneming.

Ook inzake de managementovereenkomst sluit het voorgaande evenwel geenszins uit dat het bestuurdersmandaat met een managementovereenkomst kan worden gecumuleerd. Om de constitutieve bestanddelen die nodig zijn voor de cumulatie van een bestuurdersmandaat met een managementovereenkomst na te gaan, moet als basis de hierboven besproken redenering omtrent de vereisten voor de cumulatie van een bestuurdersmandaat met een arbeidsovereenkomst worden gevolgd (zie *supra* nr. 3.2). De twee vereisten die de rechtspraak heeft ontwikkeld om tot een geldige cumulatie van een bestuurdersmandaat met een arbeidsovereenkomst te komen, kunnen echter niet onverkort worden toegepast op de managementovereenkomst, aangezien de eerste voorwaarde omtrent de gezagsverhouding tussen (dagelijks) bestuurder en vennootschap (zie *supra* nr. 3.2.1) geen constitutief bestanddeel van de managementovereenkomst uitmaakt. In een volgend punt zal dan ook dieper worden ingegaan op de vereiste van een dualiteit van functies in geval van cumulatie van het bestuurdersmandaat met de managementovereenkomst.

3.3.1 Vereiste van een dualiteit van functies in geval van cumulatie bestuurdersmandaat en managementovereenkomst

In geval van cumulatie van het bestuurdersmandaat met de managementovereenkomst moet de managementovereenkomst – net zoals de arbeidsovereenkomst – betrekking hebben op andere taken dan diegene die worden uitgeoefend in het kader van het bestuurdersmandaat.⁷⁷ Aangezien de regel van de *ad nutum* herroepbaarheid van het bestuurdersmandaat niet geldt voor de delegatie van bevoegdheden van de raad van bestuur aan het dagelijks bestuur⁷⁸, belet niets dat het dagelijks bestuur wordt waargenomen in het kader van een managementovereenkomst.⁷⁹ Dit wordt door de rechtsleer gegrond op

⁷⁶ V. SIMONART, “Le contrat de management. Aspects de droit des obligations et de droits des sociétés”, *TBH* 1991, 1041-1042.

⁷⁷ S. BEYAERT, “De managementovereenkomst”, in J.H. HERBOTS, H. COUSY en S. STIJNS (eds.), *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, 37; W. VAN EECKHOUTTE, “Bestuurders van vennootschappen: sociaalrechtelijke aspecten” in M. GOIRIS (ed.), *Bestuurder en besturen is twee. De uitdaging en invulling van het bestuursmandaat*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2003, 119-120.

⁷⁸ R. BAUWENS, *Huur van diensten – Aanneming van werk*, Brussel, Larcier, 2007, 155; D. VAN GERVEN, “Kan het ad nutum-karakter van de opdracht van bestuurder in een N.V. worden afgezwakt? Enkele woorden over het ontslag van bestuurders in een N.V.”, *TRV* 1988, 48.

⁷⁹ S. BEYAERT, “De managementovereenkomst”, in J.H. HERBOTS, H. COUSY en S. STIJNS (eds.), *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, 37-38; W. VAN EECKHOUTTE, “Bestuurders van vennootschappen: sociaalrechtelijke aspecten” in M. GOIRIS (ed.), *Bestuurder en besturen is twee. De uitdaging en invulling van het bestuursmandaat*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2003, 120.

de hoger besproken (zie *supra* nr. 3.2) rechtspraak van het Hof van Cassatie, waarin werd geoordeeld dat het dagelijks bestuur – zelfs al werd dit opgedragen aan een bestuurder – in het kader van een arbeidsovereenkomst kan worden uitgeoefend.⁸⁰ De persoon belast met het dagelijks bestuur hoeft immers geenszins een bestuurder van de vennootschap te zijn (zie *supra* nr. 2.2.2; nr. 3.2 en het citaat uit de noot van S.J. NUDELHOLE bij het cassatie-arrest van 22 januari 1981). Op dit vlak moet dus wederom worden verwezen naar het te maken onderscheid tussen de bestuurder en de dagelijks bestuurder. Dat onderscheid tussen bestuur en dagelijks bestuur is immers noodzakelijk om te kunnen spreken van voldoende duidelijk onderscheiden functies, wat op zijn beurt de dualiteitsvoorwaarde voor een rechtsgeldige cumulatie van het bestuurdersmandaat met de managementovereenkomst uitmaakt.⁸¹ Bovendien moet de dualiteitsvoorwaarde als impliciet vervuld worden beschouwd door het enkele feit dat de betrokkene de functie van dagelijks bestuurder uitoefent.⁸²

3.3.2 Nader te bepalen bijkomende vereiste(n)

Zoals auteur DE DIER in zijn noot bij het vonnis van de rechtbank van koophandel te Hasselt van 10 juni 2008 besluit, mag echter uit het (impliciet) vervuld zijn van de dualiteitsvoorwaarde niet worden afgeleid dat dit voldoende is om te kunnen spreken van een afzonderlijke managementovereenkomst.⁸³ De rechtbank van koophandel te Hasselt oordeelde dan ook in laatstgenoemd vonnis dat de dualiteitsvoorwaarde dus kan worden beschouwd als een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde voor het bestaan van een managementovereenkomst. Met die uitspraak blijft echter de vraag bestaan naar wat dan wel voldoende is om te kunnen spreken van een managementovereenkomst.⁸⁴ Door de hoger vermelde definities van het dagelijks bestuur (zie *supra* nr. 2.1) en van de managementovereenkomst (zie *supra* nr. 3.3) met elkaar te vergelijken, zou immers kunnen worden afgeleid dat wanneer de opdracht van dagelijks bestuur tegen een vergoeding wordt volbracht, er sowieso sprake is van een managementovereenkomst.⁸⁵

⁸⁰ Cass. 22 januari 1981, *RCJB* 1981, 495, met noot S.J. NUDELHOLE; Cass. 28 mei 1984, *RW* 1984-85, 333, concl. adv. gen. H. LENAERTS; Rb. Kh. Turnhout 10 juni 2008, *TRV* 2009/7,

⁸¹ Gent 2 juni 2003, *TRV* 2003, 597, met noot J. VANANROYE; S. DE DIER, “Over de dualiteitsvoorwaarde bij cumulatie van managementovereenkomst met bestuursmandaat” (noot onder Kh. Turnhout 10 juni 2008), *TRV* 2009/7, 656.

⁸² C. ALLATTA, “Le statut social et fiscal de l’administrateur comme dirigeant d’entreprise” in L. VAN DEN BERGHE, T. BAELDEN en BELGIAN GOVERNANCE INSTITUTE (eds.), *Vademecum van de bestuurder*, Mechelen, Kluwer, 2007, 209.

⁸³ S. DE DIER, “Over de dualiteitsvoorwaarde bij cumulatie van managementovereenkomst met bestuursmandaat” (noot onder Kh. Turnhout 10 juni 2008), *TRV* 2009/7, 659.

⁸⁴ Rb. Kh. Turnhout 10 juni 2008, *TRV* 2009/7, 654-659, met noot S. DE DIER.

⁸⁵ Zie in die zin: S. DE DIER, “Over de dualiteitsvoorwaarde bij cumulatie van managementovereenkomst met bestuursmandaat” (noot onder Kh. Turnhout 10 juni 2008), *TRV* 2009/7, 659.

4. GEVOLGEN CONTRACTUALISERING RECHTS- VERHOUDING (DAGELIJKS) BESTURDER – VENNOOTSCHAP

De kwalificatie van de bestuurdersovereenkomst is belangrijk voor de gevolgen die aan de overeenkomst zijn verbonden. Naargelang de kwalificatie kunnen er bijvoorbeeld verschillen bestaan op het vlak van de mogelijke aansprakelijkheidsgronden (en aansprakelijkheidsbeperkingen) van de (dagelijks) bestuurder. Op dit vlak is het eerst en vooral van cruciaal belang om na te gaan in hoeverre de (dagelijks) bestuurder enerzijds overeenkomsten binnen zijn functie mag afsluiten en anderzijds of de beslissingen van de (dagelijks) bestuurder tegenwerpelijk zijn aan derden. Daarom is het – zeker met het oog op de aansprakelijkheid die in een volgende sectie wordt besproken – vooral belangrijk om te weten met welke vertegenwoordigingsbevoegdheid de (dagelijks) bestuurder nu precies is bekleed. Zoals hoger reeds omschreven (zie *supra* nr. 3.2) kunnen bestuursdaden in principe worden omschreven als het nemen van beslissingen die bepalend zijn voor het financiële, industriële of het commerciële lot van de vennootschap.⁸⁶ Het is dan ook belangrijk om in een concreet geval na te gaan of de (dagelijks) bestuurder al dan niet de bevoegdheid heeft gekregen om bestuursdaden te stellen. Deze vraag is immers cruciaal om na te gaan of de gestelde bestuursdaad al dan niet binnen of buiten het mandaat van de bestuurder valt, en in het laatste geval dus mogelijk een bestuursfout uitmaakt.⁸⁷ Een gewone bestuursfout is een bestuursfout waarvoor de bestuurder door de vennootschap – zijn opdrachtgever – kan worden aangesproken op grond van artikel 527 van het Wetboek van Vennootschappen, zonder dat deze fout een inbreuk vormt op bepalingen van het Wetboek van Vennootschappen of op de statuten van de vennootschap. Zo wordt bijvoorbeeld het afsluiten van overeenkomsten tegen kennelijk ongunstige voorwaarden voor de vennootschap in de rechtspraak bestempeld als een loutere bestuursfout.⁸⁸ Hierbij moeten we wel de bedenking maken dat volgens vaste rechtspraak een contractspartij in de uitoefening van een contractueel recht artikel 1134, 3^o lid van het Burgerlijk Wetboek pas schendt,

⁸⁶ Kh. Brussel 20 september 1979, *JT* 1980, 49; Kh. Brussel 30 maart 1981, *JT* 1981, 524; Kh. Brussel 22 oktober 1982, *TBH* 1982, 583; C. LEMPEREUR, noot onder Luik 1 december 1969, *RPS* 1971, 280; P. COLLE, “Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond art. 63ter Venn.W.”, *TBH* 1985, 167-168; J. TIMP, “De feitelijke bestuurder in het vennootschapsrecht”, *Jura Falc.* 1995-96, 198-202.

⁸⁷ H. GEINGER en N. HEIJERICK, *Inleiding tot het vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2006, 117.

⁸⁸ M. GOIRIS, *Bestuurder en besturen is twee*, Gent, Larcier, 2003, 5-6.

wanneer rechtsmisbruik aanwezig is.⁸⁹ Dit zal enkel het geval zijn wanneer de (dagelijks) bestuurder zijn recht uitoefent “op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bezorgd persoon”.⁹⁰ Met het oog op de bestuurdersaansprakelijkheid, waar in een volgende sectie dieper op in gegaan wordt, is het dus van belang om de vraag te stellen of de (dagelijks) bestuurder de goede trouw, die de basis vormt van de loyauteitsplicht⁹¹, al dan niet in acht heeft genomen.⁹² De rechter die zich over de aansprakelijkheidsprocedure dient uit te spreken, zal dus moeten onderzoeken of de bestuurder in de feitelijke omstandigheden van de zaak mocht handelen zoals hij dat gedaan had. De rechter beschikt hier over een beperkte beoordelingsbevoegdheid, namelijk over een marginaal toetsingsrecht.⁹³

4.1 VERSCHILLENDE AANSPRAKELIJKHEIDSMOGELIJKHEDEN

Het uitgangspunt van het Corporate Governance-wetsontwerp bestond erin “de leden van het directiecomité⁹⁴ op dezelfde wijze aansprakelijk te stellen als de bestuurders: elkeen evenwel binnen de eigen sfeer van zijn bevoegdheid”.⁹⁵ De

⁸⁹ Cass. 19 oktober 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 238, *Pas.* 1990, I, 212 en *RW* 1989, 1254; Cass. 1 februari 1996, *Arr.Cass.* 1996, 139 en *Pas.* 1996, I, 158; Cass. 11 september 2003, AR C010470N, www.cass.be.

⁹⁰ Cass. 10 september 1971, *RCJB* 1976, 300, noot P. VAN OMMESLAGHE; Cass. 19 november 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 354, *Pas.* 1988, I, 332 en *RW* 1987-88,1060; Cass. 10 juni 2004, AR C020039N, www.cass.be.

⁹¹ Art. 1134, 3^e lid BW.

⁹² H. DE WULF, *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 406-407; P. VAN OMMESLAGHE, “L’exécution de bonne foi, principe général de droit?”, *TBBR* 1987, 101; P.-A. FORIERS, “L’apparence, source autonome d’obligations, ou application du principe général de l’exécution de bonne foi”, *JT* 1989, 540; E. DIRIX, “Over de beperkende werking van de goede trouw”, *TBH* 1988, 660; W. RAUWS, “Misbruik van contractuele rechten: het cassatiearrest van 19 september 1983”, *TBH* 1984, 244; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 113.

⁹³ E. DIRIX, H. VANHEES en Y. MONTANGIE, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 104-105; M. DEBAENE en L. CORNELIS, *Aansprakelijkheidsrecht: Actuele tendensen*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2005, 74; H. DE WULF en I. DE POORTER, “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen” in DE VLAAMSE CONFERENTIE DER BALIE VAN GENT (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, 205-206; J.F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2004, 105-106; J. RONSE, “Marginale toetsing in het privaatrecht”, *TPR* 1977, 210; J. RONSE en J. LIEVENS, “L’administration des sociétés, la responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite” in L. DABIN, L. SIMONT en G. HORSMANS (eds.), *Les sociétés commerciales*, Brussel, Jeune Barreau, 1985, 195; J. RONSE, J.-M. NELISSEN GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS en H. LAGA, “Overzicht van rechtspraak (1978-1985) vennootschappen”, *TPR* 1986, 1275; S. VAN CROMBRUGGE, “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders”, *RW* 1989-90, 1444; P. VAN OMMESLAGHE, “Développements récents de la responsabilité professionnelle en matière économique” in P. VAN OMMESLAGHE, J. HEENEN en P. COPPENS (eds.), *L’évolution récente du droit commercial et économique*, Brussel, Jeune Barreau, 1978, 30.

⁹⁴ Art. 524 bis W.Venn.

⁹⁵ Wetsontwerp houdende wijziging van het Wetboek van vennootschappen alsook van de wet van 2 maart 1989 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde

Corporate Governance-wet van 2 augustus 2002⁹⁶ (die voornamelijk het Wetboek van Vennootschappen wijzigde) heeft het toepassingsgebied van de regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid dan ook uitgebreid waardoor de artikelen 527, 528 en 529 van het Wetboek van Vennootschappen voortaan ook toepasselijk zijn op de leden van het directiecomité, waarvan de dagelijks bestuurder mogelijk deel uitmaakt.⁹⁷

Daarnaast houdt een belangrijke strekking in de rechtsleer voor dat feitelijke bestuurders volgens dezelfde aansprakelijkheidsregels moeten worden beoordeeld als de personen die formeel tot bestuurder benoemd zijn, ook buiten de expliciet wettelijk geregelde hypothese van artikel 530 (zie *infra* nr. 4.1.1.3) van het Wetboek van Vennootschappen.⁹⁸ Daarom zal in de verdere uiteenzetting de aansprakelijkheid van de dagelijks bestuurders naar analogie met de aansprakelijkheid van de werkelijke bestuurders (met name leden van de raad van bestuur) worden beoordeeld. Bij de bespreking van de bestuurdersaansprakelijkheid wordt traditioneel een onderscheid gemaakt tussen de gewone bestuursfouten en de overtredingen van het Wetboek van Vennootschappen of de statuten. Hierbij dient wel rekening gehouden te worden met het feit dat er een onderscheid bestaat tussen de interne aansprakelijkheid, met name deze ten aanzien van de vennootschap, en de externe aansprakelijkheid, met name deze ten aanzien van derden.⁹⁹

4.1.1 Hypothese 1: Bestuurdersaansprakelijkheid

vennootschappen en tot reglementering van de openbare overnameaanbiedingen, *Parl. St. Kamer* 2000-01, nr. 1211/01, 37-38.

⁹⁶ Wet 2 augustus 2002 houdende wijziging van het Wetboek van vennootschappen alsook van de wet van 2 maart 1989 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen en tot reglementering van de openbare overnameaanbiedingen, *BS* 22 augustus 2002 (ed. 2).

⁹⁷ M. DEBAENE en L. CORNELIS, *Aansprakelijkheidsrecht: Actuele tendensen*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2005, 69; K. BYTTEBIER, "Nieuwe corporate governance-opportunities op het vlak van de bestuursinrichting" in K. BYTTEBIER, A. FRANCOIS en J. DELVOIE (eds.), *De Wet Corporate Governance ont(k)leed*, Mechelen, Kluwer, 2004, 179; X. DIEUX en D. WILLERMAIN, *Corporate Governance. La loi du 2 août 2002*, Brussel, Larcier, 2004, 37; P. ERNST en L. VAN DEN EYNDEN, "Het directiecomité in de Corporate Governance-Wet. Een eerste analyse", *TRV* 2002, 572; P. ERNST en L. VAN DEN EYNDEN, "De Corporate Governance-Wet verleent aan het directiecomité een wettelijke basis en een flexibel regime", in H. BRAECKMANS en E. WYMEERSCH (eds.), *Behoorlijk vennootschapsbestuur: het nieuwe recht ingevolge de wet van 2 augustus 2002 (corporate governance)*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 69-71; J.-M. NELISSEN GRADE, "Het nieuw directiecomité", in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *Nieuw Vennootschapsrecht 2002. Wet Corporate Governance*, Kalmthout, Biblo, 2003, 148-151.

⁹⁸ J. RONSE en J. LIEVENS, "L'administration des sociétés, la responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite" in L. DABIN, L. SIMONT en G. HORMANS (eds.), *Les sociétés commerciales*, Brussel, Jeune Barreau, 1985, 215.

⁹⁹ M. GOIRIS, *Bestuurder en besturen is twee: de uitdaging en invulling van het bestuurdersmandaat*, Brussel, Larcier, 2003, 1-12; M. DEBAENE en P. SOENS, *Aansprakelijkheidsrecht: Actuele tendensen*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2005, 68-69.

De eerste hypothese is dat de (dagelijks) bestuurder in verhouding tot de vennootschap over een bestuurdersmandaat beschikt (zie *supra* nr. 3.1). Indien dit het geval is, kan de (dagelijks) bestuurder aan de hiernavolgende aansprakelijkheden worden blootgesteld.¹⁰⁰

a. Aansprakelijkheid voor gewone bestuursfouten

(Dagelijks) bestuurders zijn in beginsel overeenkomstig het gemeen recht (lastgeving) verantwoordelijk voor de vervulling van de hun opgedragen taak.¹⁰¹ Hoewel in beginsel de lastgever (de vennootschap) is gebonden door rechtshandelingen die gesteld zijn door de lasthebber (de bestuurder)¹⁰², kunnen bestuurders intern door de vennootschap aansprakelijk worden gesteld voor bestuursfouten.¹⁰³ Een andere benaming voor deze vennootschapsvordering is de actio mandati.¹⁰⁴ Deze aansprakelijkheid voor bestuursfouten is een individuele aansprakelijkheid van de bestuurders tegenover de vennootschap, tenzij de schade haar oorzaak vindt in de samenlopende fouten van verschillende bestuurders en zonder de fout van één van hen de fouten van de anderen niet hadden kunnen volstaan om de schade te veroorzaken.¹⁰⁵

b. Aansprakelijkheid wegens overtreding van een wettelijke bevoegdheid

Het bijzonder aansprakelijkheidsregime inzake overtredingen van de vennootschapswetgeving en de statuten geldt zowel voor de interne als de externe aansprakelijkheid. De (dagelijks) bestuurder van een naamloze vennootschap kan zich namelijk ook schuldig maken aan een overtreding van een wettelijke bevoegdheid. Voor deze gevallen voorziet het Wetboek van Vennootschappen in een strenger aansprakelijkheidsregime.¹⁰⁶ De bestuurders zijn dus niet alleen tegenover de vennootschap maar ook tegenover derden aansprakelijk voor alle schade die voortvloeit uit een inbreuk op het voorvernoemde wetboek of de statuten.

c. Buitengewone aansprakelijkheid

¹⁰⁰ H. BRAECKMANS, “De nieuwe vennootschapswet 18.07.1991”, *RW* 1991-92, 1046; J.F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2004, 114.

¹⁰¹ Cass. 16 februari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 303; Cass. 20 juni 2005, AR C030105F, www.cass.be.

¹⁰² Art. 1998, 1^e lid BW; art. 526 W.Venn.

¹⁰³ Art. 1998, 2^e lid BW.

¹⁰⁴ Cass. 25 september 2003, *TRV* 2004, 35, met noot J. VANANROYE, *RDC* 2005, 382, met noot S. GILCART; Kh. Hasselt 27 maart 2000, *TRV* 2000, 188-191, met noot B. VAN BRUYSTEGEM; Y. MERCHIERS, “Aansprakelijkheid van bestuurders in NV en BVBA”, *TPR* 1996, 406.

¹⁰⁵ Art. 527 W.Venn.; S. VAN CROMBRUGGE, “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders”, *RW* 1989-1990, 1439-1450.

¹⁰⁶ Art. 528 W.Venn.

(Dagelijks) bestuurders zijn persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk tegenover de vennootschap en derden ten gevolge van een beslissing of verrichting die heeft plaatsgevonden, daar waar deze (dagelijks) bestuurder rechtstreeks of onrechtstreeks, een belang van vermogensrechtelijke aard heeft dat strijdig is met een beslissing of verrichting die behoort tot de bevoegdheid van de raad van bestuur, en indien hij dit niet vooraf heeft meegedeeld aan de raad van bestuur.¹⁰⁷ Bovendien zijn (dagelijks) bestuurders of gewezen (dagelijks) bestuurders persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel of een deel van de schulden van de vennootschap tot het beloop van het tekort, indien komt vast te staan dat een door hen begane, kennelijk grove fout heeft bijgedragen tot het faillissement.¹⁰⁸ Tot de wet van 20 juli 2006¹⁰⁹ konden (dagelijks) bestuurders enkel aansprakelijk worden gesteld voor onbetaald gebleven voorheffingen of BTW-schulden indien een kennelijk grove fout werd aangetoond. Na de invoering van de wet van 20 juli 2006 werd de aansprakelijkheid voor de (dagelijks) bestuurders verzwaaard door een verschuiving van de bewijslast in bepaalde gevallen (en zelfs de invoering van een niet-weerlegbaar aansprakelijkheidsvermoeden in artikel 530 §2 Wetboek van Vennootschappen) ten voordele van de fiscus en de RSZ, hoewel in theorie de vereiste van een kennelijk grove fout vanwege de (dagelijks) bestuurder overeind bleef.¹¹⁰

d. Buitencontractuele aansprakelijkheid

Ten aanzien van derden kunnen (dagelijks) bestuurders aansprakelijk worden gesteld voor onrechtmatige daden die ze begaan, zelfs al doen ze dit binnen hun bestuurstaak (zie evenwel *infra* nr. 4.2). Deze aansprakelijkheid kan zowel bestaan in een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm als in een schending van een specifieke wettelijke of reglementaire bepaling.¹¹¹ De aansprakelijkheid van de (dagelijks) bestuurders wegens onrechtmatige daad¹¹² is een *in solidum* aansprakelijkheid die geldt voor alle schade, zowel de rechtstreekse als de onrechtstreekse, gelet op het feit dat het een buitencontractuele aansprakelijkheidsgrond betreft.

4.1.2 Hypothese 2: Aansprakelijkheid in kader van arbeidsovereenkomst

Zoals reeds verscheidene malen is aangehaald, kan de functie van bestuurder als zodanig niet onder gezag en dus niet in het kader van een arbeidsovereenkomst worden uitgeoefend, en voor bestuursfouten kan men

¹⁰⁷ Art. 523 W.Venn. en art. 529 W.Venn.

¹⁰⁸ Art. 530 W. Venn.

¹⁰⁹ Wet 20 juli 2006, *BS* 28 juli 2006 (ed. 2).

¹¹⁰ S. DE GEYTER, "Bestuurdersaansprakelijkheid wegens niet-betaalde socialezekerheidsbijdragen", *NJW* 2010, 62-63; Ph. MALHERBE, "Les dirigeants responsables de dettes tributaires", *Rev. prat. soc.* 2007, 377-382.

¹¹¹ M. DEBAENE en L. CORNELIS, *Aansprakelijkheidsrecht: Actuele tendensen*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2005, 68-76.

¹¹² Art. 1382 BW.

zich bijgevolg nooit op de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet beroepen. Hoger werd ook reeds duidelijk gesteld dat de dagelijks bestuurder niet noodzakelijkerwijs een bestuurder van de vennootschap is. Er bestaat binnen de rechtsleer dan ook discussie over de vraag of artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet van toepassing kan zijn op de dagelijks bestuurder die het statuut van werknemer heeft. Verschillende auteurs menen dat een dagelijks bestuurder die zijn mandaat in het kader van een arbeidsovereenkomst uitoefent, zonder verdere argumentatie wordt beschermd door artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet.¹¹³ Bij auteur VAN EECKHOUTTE (arbeidsrechtsgeleerde) kan daarentegen wel een argumentatie worden gevonden. Hij stelt namelijk dat artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet primeert op de aansprakelijkheidsregels van het Wetboek van Vennootschappen, omdat artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet (dwingend recht) de *lex specialis* zou zijn ten opzichte van de vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsregels die verwijzen naar het gemeenrecht (met name de aansprakelijkheid van de lasthebber tegenover de vennootschap en derden, zie ook *supra* nr. 4.1.1.1) en derhalve van aanvullend recht zijn.¹¹⁴

Het ziet er dus naar uit dat de dagelijks bestuurder zich weldegelijk kan beroepen op de aansprakelijkheidsbeperking die voortvloeit uit artikel 18 Arbeidsovereenkomstenwet indien hij aansprakelijk wordt gesteld voor een handeling die hij heeft gesteld als werknemer. Ook wanneer een bestuurder van een vennootschap een voldoende van zijn bestuurdersmandaat onderscheiden taak of functie in de vennootschap vervult, is het mogelijk dat hij die taak of functie als werknemer uitoefent. Voor fouten in verband met die taak of functie zou het dan ook mogelijk zijn om artikel 18 Arbeidsovereenkomstenwet in te roepen.¹¹⁵

4.1.3 Hypothese 3: Aansprakelijkheid in kader van managementovereenkomst

Zoals in de vorige hypothese (zie ook *supra* nr. 3.3.1), kan worden gesteld dat de manager niet noodzakelijkerwijs bestuurder van de vennootschap hoeft te zijn. Om de aansprakelijkheid van de (dagelijks) bestuurder te beoordelen, kan verwezen worden naar de regels inzake de bestuurdersaansprakelijkheid (zie

¹¹³ B. BEELE, J. HUYSENTRUYT, G. VERHAEGE, F. LALLEMAND en A. WEYN, *Het bestuur van een NV. Vennootschapsrechtelijke, sociale en fiscale aspecten. Een leidraad voor de praktijk*, Heule, UGA, 2005, 355; A. FRANCOIS en L. CORNELIS, "Het statuut en de aansprakelijkheid van de zaakvoerder-werknemer in de (E.)BVBA", *Or.* 1995, 57 ; D. VAN GERVEN en A. FONTAINE, "La responsabilité civile et pénale des mandataires sociaux" in *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Brussel, Kluwer, 2005, 17.

¹¹⁴ W. VAN EECKHOUTTE, "Corporate governance en arbeidsovereenkomstenrecht", *TPR* 2004, 860.

¹¹⁵ Cass. 28 mei 1984, *RW* 1984-85, 333, concl. adv. gen. H. LENAERTS; W. VAN EECKHOUTTE, "Bestuurders van vennootschappen: sociaalrechtelijke aspecten" in M. GOIRIS (ed.), *Bestuurder en besturen is twee. De uitdaging en invulling van het bestuursmandaat*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2003, 99.

supra nr. 4.1.1). Aangezien de dagelijks bestuurder echter niet noodzakelijkerwijs bestuurder van de vennootschap is, zal het gemeen recht spelen om de *aansprakelijkheid* van de manager te beoordelen wanneer laatstgenoemde niet als bestuurder optreedt. Zodoende zal de manager dus aansprakelijk zijn als lasthebber of als aannemer (zie *supra* nr. 3.3).

4.2 VERSCHILLENDE AANSPRAKELIJKHEIDSBEPERKINGEN

Om binnen de grenzen van dit werk te kunnen blijven, werden verschillende aansprakelijkheidsbeperkingen reeds kort aangehaald bij de verschillende aansprakelijkheidsmogelijkheden. Toch wil de auteur hier kort even benadrukken dat de hoger besproken (zie *supra* nr. 4.1.1.4) (theoretische) basisregel van de buitencontractuele aansprakelijkheid van (dagelijks) bestuurders in aanzienlijke mate moet worden genuanceerd. De rechtsleer neemt immers overwegend aan dat (dagelijks) bestuurders ook als uitvoeringsagenten moeten worden beschouwd wanneer het er op aankomt hun buitencontractuele aansprakelijkheid tegenover medecontractanten van de vennootschap te beoordelen.¹¹⁶ In België moet dan ook rekening worden gehouden met de beperkende leer van de samenloop tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid en de daarop gebaseerde leer van de “quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent”.¹¹⁷ Krachtens deze leer van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent, die ook voor organieke vertegenwoordigers geldt¹¹⁸, kan de schadelijder de persoon door wiens toedoen zijn medecontractant heeft gehandeld, slechts onder dezelfde dubbele voorwaarde als bij de samenloopleer persoonlijk aanspreken.¹¹⁹ Deze dubbele voorwaarde is met name dat (1) de fout niet enkel een schending van de contractuele verbintenis mag uitmaken, maar tevens van de algemene zorgvuldigheidsnorm die zich aan elkeen opdringt én (2) de fout andere schade heeft veroorzaakt dan deze die het gevolg is van de slechte uitvoering van het contract.¹²⁰

Andere interessante *topics* in het licht van de aansprakelijkheidsproblematiek zullen buiten beschouwing moeten worden gelaten. Hierbij kan worden gedacht aan onder andere de problematiek rondom (de geldigheid van) exoneratiebedingen en de problematiek rondom het schijnmandaat. Er rest toch

¹¹⁶ J. RONSE, J.-M. NELISSEN GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS en H. LAGA, “Overzicht van rechtspraak (1978-85) vennootschappen”, *TPR* 1986, 859; S. VAN CROMMENBRUGGE, “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders”, *RW* 1989-90, 1445-1446; *Contra*: C. PARMENTIER, “La responsabilité des dirigeants d’entreprises en cas de faillite”, *TBH* 1986, 741-751.

¹¹⁷ Cass. 5 oktober 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 125, *Pas.* 1991, I, 115 en *JT* 1991, 128; Cass. 7 november 1997, *RCJB* 1999, 730, met noot V. SIMONART; G. HORSMANS, “La transparence organique et fonctionnelle et la responsabilité des organes” in W. VAN GERVEN, H. COUSY en S. STIJS (eds.), *Liber amicorum Walter Van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, 553.

¹¹⁸ Cass. 7 november 1997, *TRV* 1998, 284, met noot I. CLAEYS.

¹¹⁹ Cass. 3 december 1975, *Pas.* 1976, I, 412; Cass. 14 oktober 1985, *RCJB* 1988, 341, met noot M. VAN QUIKENBORNE.

¹²⁰ Cass. 4 juni 1971, *Pas.* 1971, I, 940; Cass. 3 december 1975, *Pas.* 1976, I, 412.

nog even aan te stippen dat in het licht van dit werk vooral de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet (zie *supra* nr. 4.1.2) relevant is, en hieronder (zie *infra* nr. 5.1.3 en 5.2, *in fine*) dan ook verder zal worden bestudeerd.

5. CONCLUSIE (MET ENKELE KRITISCHE VRAGEN)

5.1 ENKELE KRITISCHE VRAGEN

5.1.1 Wordt het begrip dagelijks bestuur niet te restrictief geïnterpreteerd door het Hof van Cassatie?

De eerste vraag die kan worden gesteld, is of het Hof van Cassatie in zijn hoger besproken (zie *supra* nr. 2.1) arrest van 26 februari 2009 de draagwijdte van het begrip dagelijks bestuur niet al te zeer inperkt. Zoals hoger aangegeven stelt het Hof van Cassatie in dit arrest immers dat de verschillende elementen van de tweede categorie van het begrip dagelijks bestuur cumulatief moeten worden vervuld. Met die visie gaat het Hof van Cassatie in tegen een groot deel van de rechtsleer, die deze elementen eerder als alternatieve voorwaarden beschouwt.¹²¹

Door deze Cassatierechtspraak dreigen enerzijds niet-urgente handelingen van gering belang buiten het dagelijks bestuur te vallen, en anderzijds dreigen urgente handelingen van groot belang ook buiten het dagelijks bestuur te vallen wanneer het niet-courante handelingen betreft. Voor de praktijk heeft dit verregaande gevolgen. Enerzijds is het immers niet werkbaar dat de raad van bestuur collegiaal zou moeten beslissen over alle niet-urgente zaken. Anderzijds is het ook niet werkbaar dat de raad van bestuur collegiaal zou moeten beslissen over alle niet-courante zaken, zelfs wanneer het urgente zaken betreft. Toch volstaat urgentie, met name de onmogelijkheid om de raad van bestuur nog tijdig samen te roepen, volgens het Hof van Cassatie niet om het orgaan van dagelijks bestuur te laten optreden in zaken die zo belangrijk zijn dat zij normaliter het dagelijks bestuur te buiten gaan.¹²²

Ondanks het voorafgaande, kan men zich echter afvragen of die (restrictieve) interpretatie van het Hof van Cassatie niet te rechtvaardigen is. Men kan zich immers de vraag stellen of de hierboven verdedigde visie – namelijk dat de omvang van het begrip dagelijks bestuur door het Hof van Cassatie te restrictief wordt geïnterpreteerd – niet beter kan worden genuanceerd. Men zou

¹²¹ Zie onder andere: Ph. MALHERBE, “Réception de la société anonyme au Conseil”, in *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Brussel, Bruylant, 2006, 709; B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen: statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 663-666 en 676; D. VAN GERVEN, *Rechtspersonen*, Beginselen van Belgisch privaatrecht, Deel I, IV, Mechelen, Kluwer, 2007, 147-148.

¹²² C. CLOTTENS, “De omvang van het dagelijks bestuur van de NV bij vertegenwoordiging in rechte” (noot onder Cass. 26 februari 2009), *TRV* 09/5, 451.

immers kunnen argumenteren dat het Hof van Cassatie de omvang van het begrip dagelijks bestuur terecht inperkt, om op die manier het belang van het eigendomsrecht van de aandeelhouder te beschermen. Mijn inziens moet echter voorrang worden gegeven aan de praktische werkbaarheid voor de vennootschap, desnoods zelfs ten nadele van de aandeelhouders. De vennootschap als geheel is immers van grotere waarde dan haar afzonderlijke onderdelen. Bovendien zou – indien de aandeelhouders dit wensen – nog altijd statutair kunnen worden afgeweken van een ruimere omschrijving van het begrip dagelijks bestuur. Die statutaire beperkingen zullen dan evenwel niet kunnen worden tegengeworpen aan derden, zelfs niet indien zij zijn openbaargemaakt (zie hieromtrent het Duitse ‘*prokurasysteem*¹²³’). Zij hebben dus louter interne werking tussen de vennootschap en het orgaan van dagelijks bestuur.¹²⁴

Zo is het dus duidelijk geworden dat er tot op de dag van vandaag een belangrijke kloof heerst tussen de behoeften en gewoonten van de praktijk enerzijds, en het dagelijks bestuur “in de boeken” anderzijds.¹²⁵ Door haar arrest van 26 februari 2009 heeft het Hof van Cassatie die kloof tussen het recht en de praktijk nog vergroot door een mijns inziens overdreven restrictieve interpretatie van het dagelijks bestuur te hanteren, wat geenszins bevorderlijk is voor de praktijk en de daarmee gepaard gaande rechtszekerheid.

5.1.2 Is het wel wenselijk dat de ad nutum herroepbaarheid van het bestuurdersmandaat raakt aan de openbare orde in de naamloze vennootschap?

Het openbare orde-karakter van de *ad nutum* herroepbaarheid van het bestuurdersmandaat wordt betwist door de rechtsleer, maar werd reeds meerdere malen bevestigd door het Hof van Cassatie (zie *supra* nr. 2.2.2).¹²⁶ Dat impliceert dat elke overeenkomst die – zelfs na de herroeping gesloten – van zulke aard zou zijn om de vennootschap te doen verzaken aan het beginsel van de *ad nutum* herroepbaarheid, absoluut nietig is.¹²⁷ Of het wel wenselijk is dat de *ad nutum* herroepbaarheid nog steeds de openbare orde raakt, kan fel worden betwijfeld en wordt hierna kort besproken in het licht van dit werk.

¹²³ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 372.

¹²⁴ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 371.

¹²⁵ C. CLOTTENS, “De omvang van het dagelijks bestuur van de NV bij vertegenwoordiging in rechte” (noot onder Cass. 26 februari 2009), *TRV* 09/5, 451.

¹²⁶ Voor een overzicht van de desbetreffende rechtspraak, zie: K. GEENS en H. LAGA, “Overzicht van rechtspraak – Vennootschappen (1986-1991)”, *TPR* 1993, 1027-1028.

Recenter opnieuw bevestigd, zie onder andere: Gent 2 juni 2003, *TRV* 2003, 595, met noot J. VANANROYE.

¹²⁷ F. BOUCKAERT, M. DENEFF en K. GEENS, “Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht”, *Biblo*, Kalmthout, 1999, 475-478; K. GEENS en M. WYCKAERT, “De ruimte voor contractuele vrijheid bij de vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, tussen toenadering en remediëring”, *TRV* 2008, 543.

Een van de vier grote beginselen van het gemeen recht is de beheersautonomie van de eigenaar, en wordt geponeerd in artikel 544 van het Burgerlijk Wetboek. Een afwijkend beginsel van het recht van de vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid is de macht van het bestuursorgaan.¹²⁸ Voor de naamloze vennootschap wordt dit afwijkend beginsel geponeerd in artikel 522, §1 van het Wetboek van Vennootschappen. Dit afwijkend beginsel kan worden gerechtvaardigd, aangezien de *ratio legis* erachter precies is om het de vennootschap makkelijker te maken. Het vennootschapsrecht geeft namelijk aan het bestuursorgaan van de naamloze vennootschap de middelen die toestaan om op een efficiënte manier de vennootschap tot bloei te brengen, in haar eigen belang en in het belang van haar aandeelhouders.¹²⁹ De *ad nutum* herroepbaarheid werkt echter in grote mate remediërend aan dit afwijkend beginsel, aangezien zij de algemene vergadering machtigt om op elk moment het bestuur wandelen te sturen. Bovendien is het bestuursorgaan in belangrijke mate rekenschap verplicht aan de algemene vergadering. Hoewel er heden ten dage in het vennootschapsrecht een grote tendens tot contractualisering heerst, wordt de naamloze vennootschap geen mogelijkheid tot verzaking aan de *ad nutum* herroepbaarheid van haar bestuurders gelaten. In tegenstelling tot het suppletief karakter van de *ad nutum* herroepbaarheid in het gemeen recht en het dwingend karakter van de *ad nutum* herroepbaarheid in de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, raakt de *ad nutum* herroepbaarheid in de naamloze vennootschap immers de openbare orde.

Of dergelijk fundamenteel onderscheid tussen de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid moet worden gemaakt, kan mijns inziens echter – mede gelet op de Europese harmonisatie – ten zeerste worden betwijfeld.¹³⁰ Bovendien kan men zich meer in het algemeen afvragen of het principe van de *ad nutum* herroepbaarheid geen al te grote aandacht schenkt aan de bescherming van de aandeelhouders / eigenaars ten nadele van de zogenaamde “vastheid van betrekking” van de bestuurders. Ter vrijwaring van het vennootschapsbelang is immers een zekere continuïteit van leiding gewenst, en dit wordt net verhinderd wanneer men het beleid al te vaak in vraag stelt. Bovendien kan het principe van de *ad nutum* herroepbaarheid ook resulteren in heuse “machtsstrijden” binnen vennootschappen.¹³¹

Zoals reeds verscheidene malen uit dit werk is gebleken, wordt nu net dat openbare orde-karakter van de *ad nutum* herroepbaarheid van het bestuurdersmandaat in een naamloze vennootschap aangehaald als de

¹²⁸ K. GEENS en M. WYCKAERT, “De ruimte voor contractuele vrijheid bij de vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, tussen toenadering en remediëring”, *TRV* 2008, 530.

¹²⁹ K. GEENS en M. WYCKAERT, “De ruimte voor contractuele vrijheid bij de vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, tussen toenadering en remediëring”, *TRV* 2008, 531.

¹³⁰ Zie in die zin onder andere: B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen: statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 292.

¹³¹ B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen: statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 294.

voornaamste reden waarom een bestuurder van een naamloze vennootschap zich niet als zodanig kan verbinden door een arbeidsovereenkomst of een managementovereenkomst. De tendens tot contractualisering in het vennootschapsrecht wordt hier dus onmogelijk gemaakt, precies omdat artikel 518, §3 van het Wetboek van Vennootschappen geen enkele ruimte voor aanpassing laat. Luidens de parlementaire voorbereiding is de *ratio legis* achter dit wetsartikel dat de wetgever de aandeelhouders wilde beschermen, zodat zij niet het slachtoffer zouden kunnen worden van de kwade trouw of oneerlijkheid van de bestuurders.¹³² Verder moet de *ratio legis* worden gezocht in het feit dat – wanneer afgeweken zou mogen worden van de *ad nutum* herroepbaarheid – de vennootschap, bij onvrijwillig ontslag van de werknemer (zie *supra* nr. 3.2) of de manager (zie *supra* nr. 3.3), wettelijk of contractueel verplicht zou zijn een opzeggingsvergoeding te geven.¹³³

Het voorgaande hoeft voor het bestuursorgaan evenwel geen ramp te zijn. Er is immers uit dit werk reeds uitvoerig gebleken dat het bestuurdersorgaan onder bepaalde voorwaarden weldegelijk te cumuleren is met een arbeidsovereenkomst of managementovereenkomst. Zodoende hebben partijen dan wel de vrijheid hebben om van de *ad nutum* herroepbaarheid af te wijken.¹³⁴ Zo kan uit de onvrijwillige beëindiging van de functie van dagelijks bestuurder bijvoorbeeld voortvloeien dat de opzeggingsvergoedingen en / of opzeggingstermijnen uit het arbeidsovereenkomstenrecht moeten worden nageleefd.¹³⁵ Dat zal het geval zijn wanneer het dagelijks bestuur tegen een bezoldiging en in ondergeschikt verband (zie *supra* nr. 3.2.1) wordt uitgeoefend.¹³⁶

Van die mogelijkheid tot begunstiging van de bestuursleden mag echter geen misbruik worden gemaakt. Er kan via die mogelijkheid immers worden geraakt aan de eigenaars. Zo worden de voordelen die aan de rechtspositie van werknemer zijn verbonden, vaak nagestreefd zonder dat zij aan de werkelijkheid beantwoorden. Wanneer de dubbele hoedanigheid van zowel zelfstandig bestuurder als van werknemer wordt nagestreefd zonder dat zij aan de werkelijkheid beantwoordt, spreekt men van een fictieve cumulatie. Dergelijke fictieve cumulatie wordt door de rechtspraak verworpen.¹³⁷

Er kan mijns inziens worden gesteld dat – in het belang van de “goede werking” van de vennootschap – de *ad nutum* herroepbaarheid niet langer zou

¹³² Voor een uitvoerigere bespreking, zie: B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen: statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 290.

¹³³ S. DE DIER, “Over de dualiteitsvoorwaarde bij cumulatie van managementovereenkomst met bestuursmandaat” (noot onder Kh. Turnhout 10 juni 2008), *TRV* 2009/7, 655.

¹³⁴ F. CLEEREN, “Dagelijks bestuur”, *RW* 1996-97, 218-219.

¹³⁵ F. CLEEREN, “Dagelijks bestuur”, *RW* 1996-97, 219; C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Leuven, die Keure, 1989, 403.

¹³⁶ S. DE DIER, “Over de dualiteitsvoorwaarde bij cumulatie van managementovereenkomst met bestuursmandaat” (noot onder Kh. Turnhout 10 juni 2008), *TRV* 2009/7, 657.

¹³⁷ W. VAN EECKHOUTTE, “Bestuurders van vennootschappen: sociaalrechtelijke aspecten” in M. GOIRIS (ed.), *Bestuurder en besturen is twee. De uitdaging en invulling van het bestuursmandaat*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2003, 113.

mogen raken aan de openbare orde. De remediërende werking van de *ad nutum* herroepbaarheid zou dus mogen worden gemilderd, zodat in de praktijk de naamloze vennootschap zelf kan beslissen te verzaken aan het beginsel van de *ad nutum* herroepbaarheid, en dus niet elke overeenkomst die de naamloze vennootschap hieromtrent wenst te sluiten *ab initio* als nietig wordt beschouwd. Zo bestaat er in de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijk immers wél de mogelijkheid om een “onherroepbare” statutaire zaakvoerder aan te stellen, en dient men zich mijn inziens af te vragen of dit onderscheid nog langer kan worden gerechtvaardigd. Wanneer de naamloze vennootschap dit wenst, zou zij toch ook haar bestuurder een wettelijke bescherming tegen ontslag moeten kunnen geven? Het is trouwens eigenaardig dat een (gewone) bestuurder in geen enkel geval een wettelijke bescherming tegen ontslag kan worden gegeven, terwijl dit daarentegen voor een dagelijks bestuurder – hoewel het orgaan van dagelijks bestuur in de praktijk veelal de feitelijke macht uitoefent – wel mogelijk is.¹³⁸

5.1.3 Managementovereenkomst: *What's in a name?*

Zoals hoger reeds aangehaald (zie *supra* nr. 3.3.2) zou uit de vergelijking van de (door de rechtspraak en rechtsleer ontwikkelde) definities inzake het dagelijks bestuur en de managementovereenkomst kunnen worden afgeleid dat wanneer de opdracht van dagelijks bestuur tegen een vergoeding wordt volbracht, er sowieso sprake is van een managementovereenkomst.¹³⁹ Kan een dagelijks bestuurder die bepaalde rechtshandelingen tegen een vergoeding stelt immers niet sowieso worden beschouwd als een “manager”? De manager neemt immers, net zoals de dagelijks bestuurder, een deel (of zelfs het geheel) van het beheer van een vennootschap op zich. De managementovereenkomst is dan ook, zoals hierboven besproken (zie *supra* nr. 3.3), een ruime term die verscheidene ladingen dekt. Men zou zich dan ook kunnen afvragen of de kwalificatie van de managementovereenkomst er *in se* wel toe doet.

Bovendien kunnen, zoals hierboven ook reeds werd besproken (zie *supra* nr. 2.3.2), de regels van de lastgeving in beginsel analogisch worden toegepast op de bestuurdersovereenkomst. En zij het nu net dat dit lastgevingsaspect van cruciaal belang is bij de kwalificatie van de managementovereenkomst. Het zou mijn inziens dan ook logisch zijn dat een dagelijks bestuurder (wanneer hij ook bepaalde rechtshandelingen stelt) automatisch wordt beschouwd als een “manager”, indien hij voor het stellen van zulke rechtshandelingen een vergoeding krijgt.

¹³⁸ Zie onder andere: Kh. Brussel 3 mei 1993, *TRV* 1994, 113, met noot D. VAN GERVEN; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen: statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 292-293.

¹³⁹ S. DE DIER, “Over de dualiteitsvoorwaarde bij cumulatie van managementovereenkomst met bestuursmandaat” (noot onder Kh. Turnhout 10 juni 2008), *TRV* 2009/7, 659.

5.1.4 Is het wel wenselijk dat de dagelijks bestuurder zich kan beroepen op de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet?

Men kan zich afvragen of de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet geen onredelijke discriminatie creëert tussen enerzijds dagelijks bestuurders die werknemer zijn, en anderzijds dagelijks bestuurders die dat werknemersstatuut niet hebben. Auteur VAN EECKHOUTTE verwerpt dit onderscheid door erop te wijzen dat de werknemers onder gezag werken en zich dus niet in een gelijkaardige situatie bevinden als dagelijks bestuurders die hun mandaat op zelfstandige basis uitoefenen. In dezelfde zin verwerpen auteurs DEVOS en CAIMO datzelfde onderscheid door te stellen dat de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof inzake gelijkaardige problemen¹⁴⁰ ook voor de uitoefening van het mandaat van dagelijks bestuurder van toepassing is.¹⁴¹

Aangezien hierboven (zie *supra* nr. 4.1.2) besloten werd dat het er naar uitziet dat de dagelijks bestuurder zich weldegelijk kan beroepen op de aansprakelijkheidsbeperking die voortvloeit uit artikel 18 Arbeidsovereenkomstenwet indien hij aansprakelijk wordt gesteld voor een handeling die hij gesteld heeft als werknemer, kan vanuit vennootschapsrechtelijk oogpunt uiteraard de vraag worden gesteld naar de wenselijkheid van die aansprakelijkheidsbeperking voor de vennootschap. De dagelijks bestuurders (en daarnaast nog enkele vennootschapsmandatarissen¹⁴²) krijgen immers een zekere bescherming bij de uitoefening van hun mandaat (al is het enkel voor occasionele lichte fout), terwijl het vennootschapsrecht en corporate governance daarentegen juist streven naar meer verantwoordelijkheid voor iedereen die deel uitmaakt van een bestuursorgaan.¹⁴³ Men kan zich vanuit vennootschapsrechtelijk oogpunt dan ook zeer sterk de vraag stellen of het wel wenselijk is dat (sommige) dagelijks bestuurders zich – naar analogie met het arbeidsrecht – kunnen beroepen op de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 WAO.

Zoals hierboven (zie *supra* nr. 4) reeds besproken, kan de mogelijkheid tot contractualisering van de bestuurdersovereenkomst in het kader van een managementovereenkomst of (voornamelijk) een arbeidsovereenkomst dus belangrijke gevolgen hebben op het vlak van de mogelijke

¹⁴⁰ Zie onder andere inzake de aansprakelijkheid van medici en paramedici met ofwel een zelfstandig statuut ofwel een werknemersstatuut: GwH 28 november 2006, nr. 185/2006, *RW* 2007-08 (samenvatting), 62.

¹⁴¹ W. DEVOS en V. CAIMO, “Kunnen vennootschapsmandatarissen een beroep doen op de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet?”, *TRV* 09/7, 632.

¹⁴² Zie voor een uitvoerige bespreking: W. DEVOS en V. CAIMO, “Kunnen vennootschapsmandatarissen een beroep doen op de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet?”, *TRV* 09/7, 611-637.

¹⁴³ W. DEVOS en V. CAIMO, “Kunnen vennootschapsmandatarissen een beroep doen op de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet?”, *TRV* 09/7, 637.

aansprakelijkheidsgronden van de dagelijks bestuurder. Wat de aansprakelijkheidsbeperkingen betreft, kan hier besloten worden dat het mijns inziens voornamelijk interessant is om vast te stellen dat dagelijks bestuurders in het kader van een arbeidsovereenkomst een zekere bescherming krijgen bij de uitoefening van hun mandaat (al is het enkel voor occasionele lichte fout), terwijl dagelijks bestuurders die hun mandaat op zelfstandige basis uitoefenen niet van deze aansprakelijkheidsbeperking kunnen genieten. Indien het gewenst is om alle dagelijks bestuurders (en meer in het algemeen alle vennootschapsmandatarissen¹⁴⁴) op dezelfde wijze aansprakelijk te kunnen stellen, en dit ongeacht de aard van de overeenkomst (arbeidsovereenkomst of managementovereenkomst) waarin zij werken, zal dan ook een wetswijziging aangewezen zijn om het inroepen van de bescherming van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet uit te sluiten.

5.2 EINDCONCLUSIE

Er kan weldegelijk worden geconcludeerd dat de ruimte voor contractuele vrijheid betreffende het onderwerp van dit werk zich tussen toenadering en remediëring bevindt. In eerste instantie leende het onderzoek naar de mogelijke kwalificaties van de bestuurdersovereenkomst zich uitstekend om de verhouding en de wisselwerking tussen vennootschapsrecht en gemeen recht te illustreren. Vervolgens werd het onderzoeksdomein verengd, hetgeen toeliet de nadruk te leggen op de (on)mogelijkheid tot contractualisering van de verhouding tussen de dagelijks bestuurder en de naamloze vennootschap. Na verschillende hypothesen te hebben doorlopen, werd duidelijk dat dit onderwerp zich uitstekend leende om de terugkoppeling naar het artikel van GEENS en WYCKAERT te maken. Dit werk toonde immers aan dat de dagelijks bestuurder in de naamloze vennootschap weldegelijk zijn functie in het kader van een arbeidsovereenkomst of managementovereenkomst kan uitoefenen, zij het dat deze mogelijkheid tot contractualisering gepaard gaat met een aantal beperkende voorwaarden. De wetgever tracht immers de belangen van verschillende partijen (met name aandeelhouder, dagelijks bestuurder en vennootschap als zodanig) te verzoenen, daar de contractualisering verscheidene gevolgen kan teweeg brengen. Het is mijn inziens vooral zaak om het juiste evenwicht te vinden tussen deze (soms conflicterende) belangen. Hoewel dit een moeilijke evenwichtsoefening is, beschermt de vennootschapswetgever in de naamloze vennootschap mijn inziens de belangen van de aandeelhouder op bepaalde punten te sterk ten nadele van de belangen van de (dagelijks) bestuurder. Zo werd in dit werk onder andere de *ad nutum* herroepbaarheid van de (dagelijks) bestuurder uitvoerig kritisch benaderd, en werd gesteld dat heden ten dage – mede gelet

¹⁴⁴ Zie voor een uitvoerige bespreking: W. DEVOS en V. CAIMO, “Kunnen vennootschapsmandatarissen een beroep doen op de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet?”, *TRV* 09/7, 611-637.

op de grote tendens tot contractualisering die in het vennootschapsrecht heerst – de *ad nutum* herroepbaarheid van de (dagelijks) bestuurder in de naamloze vennootschap niet langer aan de openbare orde zou mogen raken. Het is mijns inziens logisch en cruciaal dat de wetgever een dwingend kader schetst om de belangen van de aandeelhouder en belanghebbende derde te beschermen, maar dit dwingend kader mag niet ten koste van de vereisten van een deugdelijk bestuur gaan. Dit deugdelijk bestuur veronderstelt immers een zekere continuïteit in de leiding van de vennootschap en een minimum aan stabiliteit en autonomie voor de (dagelijks) bestuurder. Op die manier kan de (dagelijks) bestuurder de vennootschap het best tot bloei brengen, hetgeen in eenieders voordeel speelt. Zo zou – om terug te komen op het uitvoerig besproken voorbeeld van de *ad nutum* herroepbaarheid van de (dagelijks) bestuurder in de naamloze vennootschap – de wetgever mijns inziens de aandeelhouders of vennoten de mogelijkheid moeten laten om aan het dwingend (en tevens nog steeds van openbare orde!) karakter van de *ad nutum* herroepbaarheid van de (dagelijks) bestuurder te verzaken. Anders kan men zich immers afvragen welke uiteindelijk de praktische relevantie is van de zelfstandigheid van het bestuur, wanneer de algemene vergadering de (dagelijks) bestuurder toch op elk moment *ad nutum* kan ontslaan. Deze gedachte geldt tevens als open besluit van dit werk, dat pleit voor een verdere tendens in de richting van de wilsautonomie der partijen, en dus ook in de richting van de mogelijkheid tot contractualisering die heden ten dage in het vennootschapsrecht heerst.