

Zo zijn we niet getrouwd.

Over de loyaliteitsplicht van werknemer en bestuurder.

Stijn De Dier en Aline Van Bever

Onder wetenschappelijke leiding van Prof. Dr. M.E. Storme

1. INLEIDING

1.1. REFERENTIEKADER EN WERKHYPOTHESE

Het is in barre beurstijden zoals aan het begin van dit academiejaar dat begrippen als loyaliteitsplicht en goede trouw veel van hun evidentie verliezen, en dat zowel in het arbeidsrecht als in het vennootschapsrecht. Enerzijds wordt het voor werknemers steeds moeilijker om op een geruste manier loyaal te blijven aan hun werkgevers. Anderzijds komt de loyaliteitsplicht van de bestuurder (opnieuw) in opspraak, nu de financiële crisis ten dele wordt gezien als een gevolg van te weinig loyaliteit vanwege de bestuurders jegens de aandeelhouders (die op dit vlak de vennootschap vertegenwoordigen). En dat in een tijd die werkelijk barst van de *corporate governance*-initiatieven. Op het eerste zicht lijkt het dus relevant om even stil te staan bij die loyaliteitsplicht.

Het referentiekader van dit werk is de goede trouw. Goede trouw is een van de basisbeginselen van het Belgisch privaatrecht. Deze bijdrage onderzoekt haar invloed op twee takken van het privaatrecht: arbeidsovereenkomstenrecht en vennootschapsrecht.

Omdat een volledig overzicht van de impact van de goede trouw op beide rechtstakken als te omvattend zou voorkomen in het bestek van deze bijdrage, wordt ervoor geopteerd op zoek te gaan naar een doorsnede, wat het tevens mogelijk maakt om de uiteindelijke onderzoeksresultaten per bestudeerde rechtstak met elkaar te vergelijken. In dit opzicht is onze blik gevallen op de goede trouw zoals die inwerkt op de uitvoering van, enerzijds, de arbeidsovereenkomst als werknemer, en, anderzijds, de bestuurdersovereenkomst als bestuurder van een vennootschap¹; meer concreet: de loyaliteitsplicht van de werknemer respectievelijk bestuurder.

¹ Wij gaan voorbij aan de rol die de goede trouw speelt in buiten- of precontractuele situaties. Wij zullen wel bijzondere aandacht besteden aan de eventuele nawerking van de goede trouw na de

De rechtsposities van werknemer en bestuurder zijn o.i. uitermate interessant om te vergelijken, aangezien de filosofie achter de inrichting van hun statuut zo drastisch verschilt. Een werknemer presteert immers steeds onder het gezag van een werkgever (art. 2 en 3 Arbeidsovereenkomstenwet) en dient bij de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst een zekere loyaliteit aan de dag te leggen. Een bestuurder daarentegen voert - als lid van het collegiale bestuursorgaan van de vennootschap - mede gezag. Toch is ook de laatste een zekere loyaliteit verschuldigd aan de vennootschap en meer bepaald aan de eigenaars van de vennootschap (de aandeelhouders, verzameld in de algemene vergadering). Bestuurders dienen immers bij elke beslissing rekening te houden met het belang van de vennootschap (art. 522 W. Venn.).

1.2. VRAAGSTELLING

Gelet op de zonet verwoorde werkhypothese, wordt de onderzoeksvraag als volgt geformuleerd: welke rol speelt het beginsel van de goede trouw in de loyaliteitsplicht van de werknemer en de bestuurder? Wanneer we over werknemer spreken, bedoelen we de persoon die met een andere partij verbonden is door een arbeidsovereenkomst zoals gedefinieerd in art. 2 en 3 Arbeidsovereenkomstenwet (arbeid verrichten tegen loon en dat onder werkgeversgezag). De term bestuurder daarentegen dient in zijn technisch-vennootschapsrechtelijke betekenis te worden verstaan, zodat hij enkel doelt op de vennootschapsmandataris, lid van het bestuursorgaan *sensu stricto* van de vennootschap (ook al duidt men die soms aan met zaakvoerder), zonder hetwelk de vennootschap² niet zou kunnen handelen. De persoon belast met het dagelijks bestuur of het lid van het directiecomité worden dus niet bedoeld met de term 'bestuurder'³.

Teneinde die vraagstelling (deels) te beantwoorden, zullen wij eerst een algemeen deel wijden aan de huidige theorievorming rond de goede trouw, zonder evenwel al te veel in detail te treden⁴. Daarna laten we onze pen vallen op twee gevallen waarin de loyaliteitsplicht speelt: de discretieplicht en het verbod concurrentie te voeren (of de plicht tot niet-concurrentie). Op het juridische vlak brengen die twee gevallen telkens een loyaliteitsconflict met zich mee. Het gevaar van een niet objectieve, niet loyale belangenbehartiging is in reële mate aanwezig⁵.

Het verbod een concurrerende activiteit te voeren, spreekt voor zich en lijkt op het eerste zicht vooral van betekenis te zijn voor de arbeidsovereenkomst. Toch moet men *redelijkerwijze* aannemen dat de op artikel 1134, derde lid

beëindiging van de overeenkomst, omdat hier o.i. toch ook een rol voor de goede trouw-vereiste is weggelegd.

² Het accent ligt in deze bijdrage op de naamloze vennootschap (verder 'NV').

³ Al zou een analogische toepassing van onze onderzoeksresultaten hier en daar niet uitgesloten zijn.

⁴ Voor een overzicht van standaardwerken hieromtrent, zie *infra*.

⁵ PH. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 6 (hierna verkort PH. ERNST, *Belangenconflicten*).

B.W. gesteunde verplichting het bestuursmandaat te goeder trouw en dus - meer specifiek - in het belang van de vennootschap uit te oefenen het verbod impliceert concurrentie te voeren met de door de vennootschap uitgeoefende activiteit.

De discretie- of geheimhoudingsplicht houdt in dat de tot discretie gehouden persoon de informatie die hij verwerft tijdens en door het uitoefenen van de overeengekomen bedrijvigheid voor zich houdt indien hij weet of redelijkerwijze wordt geacht te weten dat het verspreiden van die informatie zijn professionele omgeving kan schaden. Die definitie is bewust zo breed mogelijk gehouden zodat zij zowel de discretieplicht van de werknemer als die van de bestuurder omvat. Het spreekt voor zich dat de invulling ervan kan verschillen. De werknemer is in beginsel enkel discretie verschuldigd jegens zijn werkgever (art. 17, 3° Arbeidsovereenkomstenwet). De bestuurder is eveneens discretie verplicht jegens de vennootschap.

Het weze duidelijk dat wij voornamelijk stilstaan bij (het verbod van) concurrentie en discretieplichten *tijdens* de uitvoering van de arbeidsovereenkomst dan wel de bestuurdersovereenkomst. Er wordt slechts sporadisch ingegaan op de (loyaliteits)plichten van partijen na afloop van de overeenkomst. Te denken valt aan de werking van het verbod op concurrentie na de beëindiging van de overeenkomst, evenals aan de positiefrechtelijke aspecten van het niet-concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst (art. 65 en 104 Arbeidsovereenkomstenwet) of bestuurdersovereenkomst, dat betrekking heeft op de concurrentie na afloop van de overeenkomst.

Aan het einde van die analyse zal het mogelijk zijn om tot een vergelijking te komen tussen enerzijds de werknemer en anderzijds de bestuurder, telkens aan de hand van de twee vernoemde toepassingen.

1.3. METHODE

De methode zal voornamelijk een beschrijving zijn van de positiefrechtelijke opvattingen omtrent het concurrentieverbod en de discretieplicht bij werknemers en bestuurders. De goede trouw wordt daarbij gehanteerd als referentiekader, waarbij telkens wordt nagegaan in welke mate en hoe zij precies speelt. Daarin ligt dan ook de toegevoegde waarde van dit werkstuk.

Bovendien zullen wij hier en daar aan rechtsvergelijking doen, doch enkel indien ons dat een relevante aanvulling lijkt.

2. DE GOEDE TROUW EN DE LOYALITEITSPlicht

In dit hoofdstuk zullen wij het begrip goede trouw duiden aan de hand van een overzicht van haar functies. De bedoeling van dit hoofdstuk is niet in de eerste

plaats om het hele concept van de goede trouw uit te werken in al haar nuances⁶, doch om de lezer vertrouwd te maken met dit beginsel van Belgisch privaatrecht op een manier die toelaat onze verdere analyses en hypothesen te begrijpen.

2.1. INLEIDING. DE GOEDE TROUW BIJ DE UITVOERING VAN DE OVEREENKOMST ALS ÉÉN VAN DE BASISBEGINSELEN VAN HET BELGISCH OVEREENKOMSTENRECHT

Volgens DE PAGE vormt het principe van de uitvoering te goeder trouw een van de basisprincipes van het Belgisch overeenkomstenrecht, naast het principe van wilsautonomie, van consensualisme en van de bindende kracht van de overeenkomst⁷.

Het *principe van wilsautonomie* verleent contractspartijen de bevoegdheid om op soevereine wijze de voorwaarden en modaliteiten te regelen van de door hen opgenomen verbintenissen⁸, mits de openbare orde, de goede zeden en de bepalingen van dwingend recht worden gerespecteerd. Krachtens het *principe van consensualisme* volstaat het dat partijen daartoe een loutere wilsovereenstemming bereiken⁹. De wilsovereenstemming vormt dus een wezenlijke, maar eveneens voldoende voorwaarde opdat er sprake is van een overeenkomst. Eenmaal de partijen tot een dergelijke wilsovereenstemming - voldoende om een overeenkomst te sluiten - zijn gekomen, strekken de bepalingen van die wettig¹⁰ gesloten overeenkomst de partijen tot wet (art.

⁶ De hoeveelheid aan literatuur over de goede trouw is niet meer te overzien. De lezer die zich dieper op dit begrip wil toeleggen, moet zeker volgende werken consulteren: F. BAERT, "De goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomsten", *R.W.* 1956-57, 489 (hierna verkort F. BAERT, "De goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomsten"); H. BOCKEN, "De goede trouw bij de uitvoering van verbintenissen", *R.W.* 1989-90, 1041; L. CORNELIS, "La bonne foi: aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté", in S. DAVID-CONSTANT, *La bonne foi*, Luik, Jeune barreau de Liège, 1990, 47 (hierna verkort L. CORNELIS, "La bonne foi"); L. CORNELIS, "Rechtsverwerking: een toepassing van de goede trouw?", *T.P.R.* 1990, 215 (hierna verkort L. CORNELIS, "Rechtsverwerking"); W. DE BONDT, "Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht", *T.P.R.* 1984, 95 (hierna verkort W. DE BONDT, "Redelijkheid en billijkheid"); J.-L. FAGNART, "L'exécution de bonne foi des conventions: un principe en expansion", noot onder Cass. 19 september 1983, *R.C.J.B.* 1986, 285 (hierna verkort J.-L. FAGNART, "L'exécution de bonne foi"); P.-A. FORIERS, "Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle", (noot onder Cass. 30 januari 1992), *R.C.J.B.* 1994, 189; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Brussel, Bruylant, 2000; M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen: een onderzoek betreffende rechtsgrondslag, tekortkoming en rechtsverwerking bij overeenkomsten*, Brussel, Story-Scientia, 1990; J. VAN RYN en X. DIEUX, "La bonne foi dans le droit des obligations", *J.T.* 1991, 289 (hierna verkort J. VAN RYN en X. DIEUX, "La bonne foi").

⁷ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, 437 (hierna verkort H. DE PAGE, *Traité*).

⁸ H. DE PAGE, *Traité*, 437; Zie ook M. COIPEL, *Éléments de la théorie générale des contrats*, Diegem, Story-Scientia, 1999, 16.

⁹ R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk Recht*, II, *Verbintenissen*, Brussel, Bruylant, 1971, 22-23 (hierna verkort R. DEKKERS, *Handboek*); H. DE PAGE, *Traité*, 453.

¹⁰ Opdat we kunnen spreken van een wettig gesloten overeenkomst is vereist dat aan de voorwaarden van art. 1108 B.W. voldaan is: het moet gaan om overeenkomsten met een duidelijk

1134, eerste lid B.W., ook wel het *principe van de bindende kracht van de overeenkomst* genoemd): *pacta sunt servanda*. Het principe van de bindende kracht van de overeenkomst bouwt logisch voort op het principe van wilsautonomie: de bevoegdheid van partijen om op soevereine wijze de voorwaarden en modaliteiten te regelen van de door hen opgenomen verbintenissen, zou immers maar weinig waard zijn indien de daarop gebaseerde afspraken geen van hen verbond¹¹. Men is gebonden door hetgeen men vrijwillig (en wettig) heeft beloofd. Door te bepalen dat wettig gesloten overeenkomsten niet kunnen worden herroepen dan met wederzijdse toestemming van de contractspartijen of op gronden door de wet erkend, bevestigt art. 1134, tweede lid B.W. het eerste lid van hetzelfde artikel. Daaruit volgt dat het de rechter niet is toegelaten te raken aan de inhoud of de strekking van de overeenkomst, ook niet in geval van uitzonderlijke, plots tussengekomen omstandigheden¹² of uit billijkheidsoverwegingen. De billijkheid vormt immers geen “*door de wet erkende grond*” in de zin van artikel 1134, tweede lid B.W.¹³. De rechter mag de overeenkomst wel uitleggen overeenkomstig de eisen van de goede trouw en met inachtnaam van de werkelijke bedoeling van de partijen, meer zelfs, hij kan de overeenkomst eventueel aanvullen met door redelijkheid ingegeven verplichtingen, maar raken aan de kern van de overeenkomst mag hij niet, tenzij op grond van wet¹⁴. Ten slotte dient de overeenkomst te goeder trouw te worden uitgevoerd (art. 1134, derde lid B.W.). Hierover verder meer.

omschreven voorwerp, die niet zijn aangetast door enig wilsgebrek, maar in alle vrijheid en met inachtnaam van de openbare orde en de goede zeden werden aangegaan door partijen die daartoe over de vereiste bekwaamheid beschikten. Zie: R. DEKKERS, *Handboek*, 23; H. DE PAGE, *Traité*, 454.

¹¹ In dezelfde zin: H. DE PAGE, *Traité*, 453.

¹² De improvisieeler kan in België immers niet op algemene erkenning rekenen. Zie ondermeer: F. BAERT, “De goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomsten”, 506; B. DELCOURT, “La convention-loi”, in JADOUL, P. (ed.), *Obligations. Traité Théorique et pratique*, Brussel, Éditions Kluwer, 116 (hierna verkort B. DELCOURT, “La convention-loi”); H. DE PAGE, *Traité*, 457 en 559; J. PÉRILLEUX, “La bonne foi dans l’exécution du contrat. Rapport belge”, in *Travaux de l’association Henri Capitant, La bonne foi : journées louisianaises*, Parijs, Litec, 1994, 248 (hierna verkort J. PÉRILLEUX, “La bonne foi dans l’exécution du contrat. Rapport belge”); M.E. STORME, “Het contractsbegrip op dieet?”, *T.P.R.* 2008, 314; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst: haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, Brussel, Larcier, 1977, 31; W. VAN HILLE, “Bevoegdheid van de rechter om overeenkomsten te wijzigen”, *R.W.* 1939-40, 1053-1070. Nochtans werden in de rechtsleer al pogingen ondernomen om de improvisieeler, via het principe van de goede trouw, in het Belgische recht te introduceren, zie o.a.: F. BAERT, “De goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomsten”, 507-510; F. LAURENT, *Avant-projet de révision du code civil*, IV, Brussel, Bruylant, 1884, 265-351; D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l’économie contractuelle*, Brussel, Bruylant, 714p. Voor een stand van zaken, zie: A. VAN OEVELEN, “Overmacht en improvisie in het Belgische contractenrecht”, *T.P.R.* 2008, 603-641.

¹³ Aldus Cass. 31 oktober 1935, *Pas.* 1936, I, 22. In dezelfde zin: Cass. 17 maart 1904, *B.J.* 1904, 1011; Cass. 3 februari 1950, *Pas.* 1950, I, 380 en *R.W.* 1949-50, 1321.

¹⁴ R. DEKKERS, *Handboek*, 23; H. DE PAGE, *Traité*, 454-455, met verwijzing naar Cass. 31 oktober 1935, *Pas.* 1936, I, 22; Cass. 3 februari 1950, *Pas.* 1950, I, 380; Brussel 23 februari 1960, *Pas.* 1960, II, 243.

2.2. HET PRINCIPE VAN DE UITVOERING TE GOEDER TROUW

Het principe van de uitvoering te goeder trouw kan terecht tot een van de belangrijkste basisprincipes van het Belgisch overeenkomstenrecht worden gerekend. Het belang van die bepaling, blijkt ondermeer uit het feit dat ze werd opgenomen in artikel 1134 B.W., basisartikel van het overeenkomstenrecht (althans wat de gevolgen van de overeenkomst betreft) waarop ook het principe van de bindende kracht van de overeenkomst is gegrond (art. 1134, eerste en tweede lid B.W.)¹⁵. Bovendien moet 1134 B.W., derde lid, uit haar aard zelf, geacht worden van openbare orde te zijn. Partijen mogen er niet contractueel van afwijken¹⁶.

2.2.1. *Subjectieve en objectieve goede trouw*

Naar Belgisch recht is de zogenaamde subjectieve goede trouw die van het niet weten, noch behoren te weten¹⁷. Het is een negatief begrip¹⁸ dat ook buiten het overeenkomstenrecht speelt. Zo speelt de notie subjectieve goede trouw een belangrijke rol in het vennootschapsrecht voor wat betreft de gehoudenheid van de vennootschap tegenover derden voor de handelingen van de bestuurders en zaakvoerders¹⁹. Daar statutaire bevoegdheidsbeperkingen aan derden niet tegenwerpelijk zijn, zelfs al zijn ze bekendgemaakt, zal de vennootschap in beginsel gebonden zijn door de handelingen op onbevoegde wijze gesteld door het bestuursorgaan (overeenkomstig de zogenaamde *Prokura-leer*²⁰). Algemeen wordt echter reeds geruime tijd aangenomen dat het onbevoegde optreden van het orgaan aan de derde kan worden tegengeworpen in het geval die derde te kwader trouw is, een en ander ontleend aan het Duitse recht²¹. Te

¹⁵ F. BAERT, "De goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomsten", 492.

¹⁶ F. BAERT, "De goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomsten", 497.

¹⁷ M.-E. STORME, "Contractuele aansprakelijkheid volgens de eisen van redelijkheid (goede trouw) of misbruik van contractueel recht", noot onder Kh. Gent 1 juni 1984, *R.W.* 1984-85, 1727 (hierna verkort M.-E. STORME, "Contractuele aansprakelijkheid volgens de eisen van redelijkheid").

¹⁸ F. BAERT, "De goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomsten", 491.

¹⁹ A. VAN OEVELEN, "De zgn. 'subjectieve' goede trouw in het Belgische materiële privaatrecht (in het bijzonder in de materies die het notariaat aanbelangen)", in VLAAMSE JURISTENVERENIGING, *De Goede Trouw Redelijkheid en Billijkheid in het Privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 145.

²⁰ H. COING, *Le développement de la procuration (Vollmacht) en droit allemand*, Brussel, U.L.B., 1964, 45-53.

²¹ A. BENOIT-MOURY en P. PELTZER, "Représentation de la société anonyme depuis la première directive européenne de coordination du droit des sociétés", *Rev. Prat. Soc.* 1977, 38; M. MASSAGE, "Modifications apportées par la loi du 6 mars 1973 aux lois coordonnées sur les sociétés commerciales", *Rev. Banque* 1973, 627; J. RONSE "De vertegenwoordiging van rechtspersonen bij rechtshandelingen naar Belgisch recht", in *De vertegenwoordiging van rechtspersonen naar Nederlands- en Belgisch recht*, Deventer, Kluwer, 1978, 78 (hierna verkort J. RONSE, "De vertegenwoordiging van rechtspersonen"); N. GEELHAND, "De externe vertegenwoordigingsmacht van de organen van de vennootschap (art. 54, lid 3 en art. 130, lid 3 Venn. W.) - Een rechtsvergelijkende schets m.b.t. goede en kwade trouw van de derde medecontractant", *T.R.V.* 1994, 63; L. SIMONT, *La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales*, Brussel, Bruylant, 1975, 43; B. TILLEMANS, *Bestuur van*

kwader trouw is de derde die wist of behoorde te weten dat hij handelde met een onbevoegd persoon²².

Art. 1134, derde lid B.W. handelt echter over de zogenaamde objectieve goede trouw, ook wel de goede trouw van het handelen genoemd en heeft niets van doen met de zogenaamde subjectieve goede trouw, i.e. de goede trouw van het niet-weten. De objectieve goede trouw is een positief begrip. Het is normatief van aard en verwijst naar de eerlijkheid en loyaliteit die wordt vereist bij het aangaan en uitvoeren van verbintenissen²³. Objectief te goeder trouw handelen, betekent *“handelen zoals een eerlijk, redelijk en fatsoenlijk mens handelt”*²⁴, *“volgens de eisen van redelijkheid die elk voorzichtig en bezorgd man in de gegeven omstandigheden in acht zou nemen”*²⁵. Daar de loyaliteitsplicht van de werknemer of de bestuurder zich situeert op het gebied van de uitoefening (te goeder trouw) van de arbeidsovereenkomst respectievelijk de bestuurdersovereenkomst, zullen wij enkel dat aspect van de goede trouw behandelen.

2.2.2. De functies van de zogenaamde objectieve goede trouw

Het principe van de uitvoering te goeder trouw won de afgelopen decennia aan belang. Dat laat zich voelen in de uiteenlopende toepassingen die rechtsleer en rechtspraak van dat principe maken. Doorheen de jaren werden aan die toepassingen verschillende werkingen van de goede trouw gekoppeld. Wij onderscheiden er hieronder drie: de interpretatieve, de aanvullende en de beperkende werking van de goede trouw^{26, 27}. Sommige rechtsgeleerden gaan

vennootschappen: statuut, interne werking en vertegenwoordiging, Brugge, die Keure, 2005, 651 (hierna verkort B. TILLEMANS, *Bestuur*).

²² J. RONSE, “De vertegenwoordiging van rechtspersonen”, 78.

F. BAERT, “De goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomsten”, 491; M.-E. STORME, “Contractuele aansprakelijkheid volgens de eisen van redelijkheid”, 1729. Zie ook P. SAERENS, “La bonne foi”, in P. JADOUX (ed.), *Obligations. Traité Théorique et pratique*, Brussel, Éditions Kluwer, 175; SAERENS spreekt over *“la volonté d’agir de façon honnête et loyale”*.

²⁴ F. BAERT, “De goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomsten”, 496.

²⁵ M.-E. STORME, “Contractuele aansprakelijkheid volgens de eisen van redelijkheid”, 1728.

²⁶ Die driedeling wordt ondermeer ook gevolgd door L. CORNELIS, “La bonne foi”, 47; S. DAVID-CONSTANT, *La bonne foi, une mer sans rivages*, Luik, Ed. Jeune barreau, 1990, 13 e.v. Andere auteurs onderkennen slechts twee verschillende werkingen van de goede trouw. Zo onderscheidt VAN GERVEN “*l’effet constructif et l’effet restrictif de la bonne foi*” (W. VAN GERVEN, “Langdurige overeenkomsten”, in: *Hommage à René Dekkers*, Brussel, Bruylant, 1982, 381) en koppelt DE BONDY aan de goede trouw “*une fonction supplétive et une fonction modification*” (W. DE BONDY, “Redelijkheid en billijkheid”, 112). Nog andere auteurs, waaronder STORME, SCHOORDIJK en VAN DUNNÉ, stellen dat van de goede trouw enkel een interpretatieve werking uitgaat die zowel de aanvullende als de beperkende werking omvat.

²⁷ Die laatste werking wordt soms ook aangemerkt als de derogerende of matigende werking van de goede trouw. (*la fonction modératrice, limitative ou restrictive du principe de bonne foi*). Strikt gezien, betekenen de beperkende (matigende) en derogerende werking van de goede trouw echter niet hetzelfde. Te denken valt aan de situatie waarin de goede trouw extra verplichtingen oplegt los van enige contractuele lacune. De goede trouw werkt dan niet *aanvullend*, want van een contractuele lacune is geen sprake (*infra*). Wanneer men de term ‘beperkend’ letterlijk opvat, zal de *beperkende* werking van de goede trouw evenmin soelaas bieden. Hier werkt de goede trouw immers *derogierend*, i.e. afwijkend van het strikt overeengekomene, zonder dat de overeenkomst in

echter verder en durven gewag maken van een vierde werking: de wijzigende werking van de goede trouw²⁸. Onder meer omdat de improvisieeler in België niet wordt erkend, kan die laatste visie o.i. niet worden bijgevallen²⁹.

2.2.2.1. Interpretatieve werking van de goede trouw

Een eerste functie die aan het beginsel van de uitvoering ter goede trouw wordt toegeschreven is een interpretatieve functie: “*Elle n’a d’autre portée que de préciser l’interprétation que le juge peut faire du contrat.*”³⁰ Hiermee bedoelt DE PAGE dat de rechter, steunend op de goede trouw, de overeenkomst - indien die onduidelijk, dubieus of onvolledig is³¹ - moet interpreteren op een redelijke en billijke wijze, waarbij de geest van het contract primeert boven de tekst. Er dient dan vooral aandacht te worden besteed aan de bedoeling van de partijen bij het sluiten van de overeenkomst³².

Niet iedereen is echter bovenstaande mening toegedaan³³. Art. 1134, derde lid B.W. heeft immers uitdrukkelijk betrekking op de uitvoering van de overeenkomst en werd dan ook niet opgenomen in de afdeling ‘*uitlegging van de overeenkomsten (art. 1156-1164 B.W.)*’. Het beginsel van de goede trouw opvatten als zou het slechts een interpretatieve werking hebben, lijkt dan een overbodige herhaling van de interpretatieregel vervat in art. 1156 B.W., die stelt dat overeenkomsten veeleer naar de geest dan naar de letter moeten worden uitgelegd³⁴. Wel kan worden gesteld dat interpretatie en uitvoering van de overeenkomst in de praktijk dikwijls door elkaar lopen: de rechter wordt namelijk veelal in de uitvoeringsfase aangesproken om de overeenkomst uit te leggen en de draagwijdte van de verbintenissen van de partijen te bepalen³⁵.

haar essentie wordt gewijzigd (geen erkenning van de *wijzigende* werking van de goede trouw, *infra*).

²⁸ B. DELCOURT, “La convention-loi”, 116; J. PÉRILLEUX, “La bonne foi dans l’exécution du contrat. Rapport belge”, 246-248.

²⁹ Volgens het Hof van Cassatie mag de rechter immers niet aan de bindende kracht van de overeenkomst tornen. Het Hof verwierp dan ook de idee dat van de goede trouw een wijzigende werking zou uitgaan: Cass. 7 februari 1994, *Arr. Cass.* 1994, 146, *Pas.* 1994, I, 150, *J.T.T.* 1994, 208, *R.W.* 1994-95, 121; Cass. 14 april 1994, *Arr. Cass.* 1994, 369, *Pas.* 1994, I, 365, *R.W.* 1994-95, 434.

³⁰ H. DE PAGE, *Traité*, 458-459.

³¹ W. DE BONDT, “Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven”, *R.W.* 1996-97, 1013-1014 en 1015-1017 (hierna verkort W. DE BONDT, “Uitlegging van overeenkomsten”).

³² W. VAN EECKHOUTTE, “De goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht: een aanzet tot herbronning en reïntegratie”, *T.P.R.* 1990, 975 (hierna verkort W. VAN EECKHOUTTE, “De goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht”).

³³ J.-L. FAGNART, “L’exécution de bonne foi”, 289; F. BAERT, “De goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomsten”, 495

³⁴ W. DE BONDT, “Redelijkheid en billijkheid”, 111; Baert, *R.W.* 1956-57, 495.

³⁵ S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, “Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)”, *J.T.* 1996, 702 (hierna verkort S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, “Chronique de jurisprudence”); W. RAUWS, A. VAN OEVELEN en I. VAN PUYVELDE, *De bedongen arbeid. Notie en relatie tot de goede trouw en goed werkgeverschap*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 26.

Gelet op het bovenstaande, bekritiseert STORME de traditionele zienswijze van DE PAGE, waarin de interpretatieve werking van de goede trouw wordt beperkt tot het - ingeval van betwisting - interpreteren van de overeenkomst, daarbij uitgaand van de oorspronkelijke partijbedoelingen. Door het principe van de uitvoering te goeder trouw te herleiden tot de interpretatieregel van artikel 1156 B.W. zou de taak van de rechter zich beperken tot de vaststelling van de bedoeling van de partijen *ex tunc*, i.e. ten tijde van de contractssluiting.³⁶ Een overeenkomst uitleggen houdt voor hem evenwel meer in dan alleen het achterhalen van de betekenis van de wilsverklaring van partijen³⁷: “*bij de uitleg van overeenkomsten [gaat het] niet (uitsluitend) om de werkelijke bedoeling der partijen (...), maar om wat partijen geacht moeten worden te hebben bedoeld.*”³⁸ Partijbedoelingen zijn hier ondergeschikt aan de eisen van de goede trouw. Volgens STORME functioneert de goede trouw niet enkel als gedragsnorm, maar tevens “*als uitlegnorm voor de overeenkomst*”³⁹. STORMES opvatting vindt echter niet overal weerklank⁴⁰.

Vandaag neemt een groot deel van de rechtsleer een positie in die het midden houdt tussen de traditionele invulling van de interpretatieve werking van de goede trouw en STORMES opvatting⁴¹. Vooral DE BONDTs ‘visie van de redelijke uitleg of de uitleg te goeder trouw’, valt hier op⁴². Die visie houdt in dat de rechter, bij het opsporen van de gemeenschappelijke partijbedoeling, op zoek moet gaan naar hetgeen partijen *redelijkerwijs* bedoeld kunnen hebben⁴³.

In ieder geval wordt algemeen aanvaard dat van de goede trouw een interpretatieve werking uitgaat. Over de precieze draagwijdte van die functie blijven de meningen verdeeld.

³⁶ M.-E. STORME, “Contractuele aansprakelijkheid volgens de eisen van redelijkheid”, 1725-1726.

³⁷ W. DE BONDT, “Uitlegging van overeenkomsten”, 1012-1013.

³⁸ M.-E. STORME, “De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij een partijbeslissing”, *T.P.R.*, 1988, 1266 (hierna verkort M.-E. STORME, “De bepalingen van het voorwerp bij een partijbeslissing”).

³⁹ M.-E. STORME, “De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij een partijbeslissing”, 1266. STORME treedt hier in de voetsporen van de Nederlandse auteurs SCHOORDIJK (*Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer, Kluwer, 1979, 21 e.v.) en VAN DUNNÉ (*Normatieve uitleg van rechtshandeling*, Deventer, Kluwer, 1971, 478p.), beiden aanhangers van de normatieve-uitleg-methode. Die methode begrijpt onder *interpretatie* ook de toepassing van de ongeschreven normen van redelijkheid en billijkheid en laat de *in concreto* vaststelling van de contractsinhoud niet alleen afhangen van partijbedoelingen (C.J.H. BRUNNER en G.T. DE JONG, *Verbintenissenrecht algemeen*, Deventer, Kluwer, 2004, 22).

⁴⁰ Zie bv. W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 98 (hierna verkort W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*).

⁴¹ Zie ondermeer: W. VAN GERVEN en A. DEWAELE, “Goede trouw en getrouw beeld”, in: *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 105 (hierna verkort W. VAN GERVEN en A. DEWAELE, “Goede trouw en getrouw beeld”); S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contrats et l’abus de droits contractuels”, *J.T.* 1990, 34 (hierna verkort S. STIJNS, “Abus”).

⁴² W. DE BONDT, “Uitlegging van overeenkomsten”, 1013-1014.

⁴³ VAN GERVEN verwoordt het als volgt: “Te goeder trouw, d.i. naar redelijkheid en billijkheid, interpretern, betekent (...) dat men zich bij het opsporen van de gezamenlijke bedoeling van partijen laat leiden, door de zin die men redelijkerwijze aan de wederzijds afgelegde verklaringen en de omringende omstandigheden mag toekennen.” (W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 97-98).

2.2.2.2. Aanvullende werking van de goede trouw

De aanvullende werking van de goede trouw komt aan de orde wanneer de overeenkomst lacunes bevat die niet wettelijk worden gepreciseerd⁴⁴. Op grond van zowel art. 1134, derde lid als 1135 B.W.⁴⁵ kunnen aan de partijen verbintenissen worden opgelegd die bij het sluiten van de overeenkomst niet waren voorzien. Het principe van de aanvullende werking van de goede trouw werd door het Hof van Cassatie aanvaard in een arrest van 22 juni 1978⁴⁶. Sindsdien wordt de goede trouw niet enkel meer aanzien als een loutere interpretatieregel, maar ook als een gedragsnorm die partijen opdraagt te handelen naar redelijkheid en billijkheid⁴⁷.

Op die manier impliceert de goede trouw een aantal aanvullende plichten voor de partijen, zoals een loyaliteitsplicht, een verplichting tot gematigdheid, een plicht tot samenwerking, een plicht tot beperking van de schade geleden door de benadeelde partij, een verplichting de uitvoering van de overeenkomst te vergemakkelijken of althans niet te verzwaren enz.⁴⁸.

2.2.2.3. Beperkende werking van de goede trouw

Een laatste werking die veelal aan de goede trouw van art. 1134, derde lid B.W. wordt gekoppeld is haar beperkende werking⁴⁹. Dat de goede trouw *beperkend werkt*, houdt in “*qu'on puisse déroger directement à la convention-loi et à la force obligatoire du contrat, à l'égard de comportements qui sont particulièrement contraires à l'exigence de bonne foi*”.⁵⁰ Krachtens het principe van de uitvoering te goeder trouw komt het de rechter immers toe de uitoefening van het recht terug te brengen binnen de grenzen die hij redelijk acht.⁵¹ Hij beschikt over een matigingsbevoegdheid die hem toelaat te

⁴⁴ P. HUMBLET, *De gezagsuitoefening*, 113.

⁴⁵ F. BAERT, “De goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomsten”, 499; S. STIJNS, “Abus”, 35; Een uitstekend overzicht van de verschillende interpretaties die in de Belgische rechtsleer aan art. 1135 B.W. gegeven zijn, vindt men bij E. CAUSIN, “L’interprétation des contrats en droit belge”, in: M. VAN DE KERKHOVE (ed.), *L’interprétation en droit*, Brussel, Fac. St. Louis, 1978, 329 e.v.

⁴⁶ Cass. 22 juni 1978, *R.W.* 1978-79, 1443, *De Verz.* 1978, 539, met noot J.R.

⁴⁷ F. BAERT, “De goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomsten”, 498; W. DE BONDT, “Redelijkheid en billijkheid”, 111.

⁴⁸ W. DE BONDT, “Redelijkheid en billijkheid”, 113; J.-L. FAGNART, “L’exécution de bonne foi”, 290-308; S. STIJNS, “Abus”, 35; W. VAN EECKHOUTTE, “De goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht”, 977.

⁴⁹ L. CORNELIS, “Rechtsverwerking”, 585.

⁵⁰ B. DELCOURT, “La convention-loi”, 116; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, “Chronique de jurisprudence”, 704.

⁵¹ B. DELCOURT, “La convention-loi”, 116; E. DIRIX, “Over de beperkende werking van de goede trouw”, (noot onder Cass. 18 februari 1988), *T.B.H.* 1988, 663 (hierna verkort E. DIRIX, “Over de beperkende werking van de goede trouw”): Met de beperkende werking van de goede trouw “wordt bedoeld dat de rechter op grond van de eisen van de goede trouw aan een schuldeiser het recht geheel of gedeeltelijk kan ontfangen om nog verder een bepaald contractueel recht uit te oefenen.”

“oordelen dat een overeenkomst of een bepaald beding ongeoorloofd is en daarom geen uitwerking kan krijgen”.⁵² Het contractueel bepaalde terzijde schuiven of wijzigen, kan hij echter niet.⁵³ De beperkende werking van de goede trouw raakt immers niet aan de geldigheid van het overeengekomene, maar beteugelt enkel de *kennelijk* onbehoorlijke uitoefening ervan (marginale rechterlijke controle).⁵⁴ *Het recht blijft bestaan, maar wordt in zijn uitoefening gematigd of beperkt.*⁵⁵

Juridisch gezien is dat allesbehalve vanzelfsprekend. Door de beperkende werking van de goede trouw ontstaat immers een duidelijk conflict met het principe van de bindende kracht van de overeenkomst, vervat in art. 1134, eerste en tweede lid B.W. Daarom nam de Belgische rechtspraak lange tijd een terughoudende houding aan tegenover de toepassing van artikel 1134, derde lid B.W. boven artikel 1134, eerste en tweede lid B.W. en de erkenning van het feit dat er van de goede trouw een beperkende werking kan uitgaan⁵⁶. Ook in de rechtsleer bestond er op dat punt veel twijfel: waar BAERT de beperkende werking van de goede trouw ten stelligste verdedigde⁵⁷, leek DE POTTER veeleer te focussen op het gevaar voor rechtsonzekerheid en rechterlijke willekeur om bijgevolg voorrang te verlenen aan artikel 1134, eerste en tweede lid B.W. en te besluiten dat het eerbiedigen van de overeenkomst het eerste gebod is van de goede trouw⁵⁸.

⁵² E. DIRIX, “Over de beperkende werking van de goede trouw”, 664-665; S. STJNS en I. SAMOY, “La confiance légitime en droit privé des contrats”, in E. DIRIX en Y.-H. LELEU (eds.), *The Belgian reports at the congress of Urecht of the International Academy of Comparative Law*, Brussel, Bruylant, 2006, 237 (hierna verkort S. STJNS en I. SAMOY, “La confiance légitime en droit privé des contrats”).

⁵³ *Supra*: Cass. 19 november 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, nr. 174 en *Pas.* 1983, I, 342; Cass. 15 oktober 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 190, *Pas.* 1988, I, 177, *R.W.* 1987-88, 1506, *J.T.* 1988, 143, *Rev. not.* 1988, 48, met noot J.E.M. en R.R.D. 1988, 17; Cass. 18 november 1988, *Pas.* 1989, I, 311 en *R.W.* 1989-90, 324; Cass. 30 november 1989, *Pas.* 1990, I, 392.

⁵⁴ Cass. 16 december 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 578: in dit arrest was de sanctie niet het volledige verval van het recht, maar wel de beperking ervan tot de normale uitoefening (of het herstel van de erdoor veroorzaakte schade); Cass. 18 februari 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 790, *Pas.* 1988, I, 728, *R.W.* 1988-89, 1226 en *T.B.H.* 1988, 660, met noot E. DIRIX, “Over de beperkende werking van de goede trouw”.

⁵⁵ W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbindenissenrecht*, 102 met verwijzing naar Cass. 11 juni 1992, *Arr. Cass.* 1992, 963, *Pas.* 1992, I, 898 en *R.W.* 1992-93, 973; Cass. 8 februari 2001, *Arr. Cass.* 2001, 245, *Pas.* 2001, I, 244, *J.T.* 2002, 475, *R.W.* 2001-02, 778, met noot A. VAN OEVELEN, “De sanctie van het misbruik van contractuele rechten”, *R.G.D.C.* 2004, 396 en *T. Not.* 2001, 473, met noot C.

⁵⁶ Cass. 17 maart 1904, *B.J.* 1904, 1011; Cass. 31 oktober 1935, *Pas.* 1935, I, 22; Kh. Luik 1 maart 1940, *Jur. Liège* 1940, 135; Gent 19 februari 1948, *R.W.* 1947-48, 1018; Luik 21 juni 1949, *R.C.J.B.* 1951, 48, met noot J. FALLY; Cass. 3 februari 1950, *R.W.* 1949-50, 1321; Kh. Luik 28 november 1950, *Jur. Liège* 1950-51, 494; Brussel 23 januari 1952, *R.W.* 1951-52, 1457; Kh. Bergen 21 april 1952, *Bull. Ass.* 1952, 414.

⁵⁷ F. BAERT, “De goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomsten”, 507-510.

⁵⁸ H. DE POTTER, “De goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten”, *R.W.* 1956-57, 518-520.

Het arrest van 19 september 1983 betekende evenwel een ommekeer⁵⁹. Daarin stelde het Hof van Cassatie dat het op grond van art. 1134, derde lid B.W. voor een contractspartij verboden is misbruik te maken van de rechten die het contract haar toekent⁶⁰ en aanvaardde het - toch volgens sommigen - de beperkende werking van de goede trouw. Voor het eerst koppelde het Belgische Hof het verbod van misbruik van contractuele rechten aan artikel 1134, derde lid B.W. Door dat te doen, benaderde het de goede-trouw-plicht plots vanuit een negatieve invalshoek⁶¹. Sindsdien beschouwt het Hof van Cassatie het misbruik van recht als een noodzakelijke en voldoende voorwaarde om wettig te besluiten tot een miskenning van het principe van de uitvoering te goeder trouw^{62, 63}. Dat heeft ertoe geleid dat sommige rechtsleer stelt dat het Hof expliciet de autonomie van de beperkende werking van de goede trouw heeft verworpen. Volgens hen kan er immers geen sprake zijn van een matiging van de rechtsuitoefening ingevolge een miskenning van het principe van de uitvoering te goeder trouw buiten het geval van rechtsmisbruik⁶⁴.

⁵⁹ Cass. 19 september 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 52, *Pas.* 1984, I, 55, *R.W.* 1983-84, 1480, met noot, *T.B.H.* 1984, 244-263, met noot W. RAUWS, *J.T.* 1985, 56, met noot S. DUFRENE, *R.C.J.B.* 1986, 282, met noot J.-L. FAGNART.

⁶⁰ P. HUMBLET, *De gezagsuitoefening door de werkgever: een juridische analyse*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1994, 112 (hierna verkort P. HUMBLET, *De gezagsuitoefening*).

⁶¹ W. VAN EECKHOUTTE, "De goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht", 980.

⁶² Zie Cass. 16 januari 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 683, *Pas.* 1986, I, 601, met noot, *J.T.* 1986, 404, *Rev. Rég. Dr.* 1986, 37, *R.R.D.* 1986, 37, *R.G.D.C.* 1987, 130, *R.W.* 1987-88, 1470, met noot A. VAN OEVELEN, *T.B.B.R.* 1987, 130 en *R.C.J.B.* 1991, 4, met noot M. FONTAINE; Cass. 18 juni 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 1441, *R.W.* 1987-88, 503; Cass. 15 oktober 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 190, *Pas.* 1988, I, 177 en *R.W.* 1987-88, 1506; Cass. 20 november 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 359 en *R.W.* 1987-88, 1099; Cass. 18 februari 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 790, *Pas.* 1988, I, 728, *R.W.* 1988-89, 1226 en *T.B.H.*, 1988, 696, met noot E. DIRIX; Cass. 17 mei 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1188, *Pas.* 1990, I, 1061, *R.W.* 1990-91, 1085, *Ann. Dr. Liège* 1990, 283, met noot I. MOREAU-MARGRÈVE, *J.L.M.B.* 1990, 881, met noot P. HENRY, *R.C.J.B.* 1990, 595, met noot J. HEENEN en *T.B.H.* 1991, 207, met noot S. CNUDE; Cass. 20 februari 1992, *Pas.* 1992, I, 549, *J.T.* 1992, 454, met noot en *J.L.M.B.* 1992, 530; Cass. 8 februari 2001, *Arr. Cass.* 2001, 245, *Pas.* 2001, I, 244, *J.T.* 2002, 475, *R.W.* 2001-02, 778, met noot A. VAN OEVELEN, *R.G.D.C.* 2004, 396 en *T. Not.* 2001, 473, met noot C. DEWULF.

⁶³ Nochtans dient opgemerkt dat het Hof soms ook afwijkt van de hier door haar gestelde regel. Zo oordeelde het Hof in het arrest Post/Locabel van 21 september 1989 (*Arr. Cass.* 1989-90, 92, *Pas.* 1990, I, 84, *R.C.J.B.* 1987, 74-113, met noot P.A.FORIERS, "Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause") dat het beginsel van de uitvoering te goeder trouw zich ertegen verzet dat een partij van de andere de uitvoering eist van een contractuele bepaling die doelloos is geworden en niet langer verantwoord is.. Aldus leek het Hof de beperkende werking van de goede trouw niet aan het verbod op rechtsmisbruik, maar wel aan het leerstuk van het wegvallen van voorwerp (*caducité*) te koppelen.

⁶⁴ P.-A. FORIERS, "Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle", noot onder Cass. 30 januari 1992, *R.C.J.B.* 1994, nr. 31-32; J.-M. NELISSEN GRADE, noot onder Kh. Brussel, 31 mei 1991, *R.D.C.* 1991, nr. 3; S. STIJNS, "La 'rechtsverwerking': fin d'une attente (dé)raisonnable? Considérations à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 mai 1990", *J.T.* 1990, 689; S. STIJNS en I. SAMOY, "La confiance légitime en droit privé des contrats", 238-239.

2.3. DE LOYALITEITSPlicht: EEN TOEPASSING VAN DE GOEDE TROUW OP DE ARBEIDSOVEREENKOMST RESPECTIEVELIJK DE BESTUURDERSOVEREENKOMST

Zoals vermeld, bespreken wij in dit werkstuk de toepassing van de goede trouw op twee bijzondere overeenkomsten, namelijk de arbeidsovereenkomst en de bestuurdersovereenkomst. Daar art. 1134, derde lid B.W. is opgenomen in Titel III van Boek III van het B.W. ('contracten en verbintenissen uit overeenkomst in het algemeen'), dient er sprake te zijn van een overeenkomst, wil men kunnen zeggen dat de goede trouw speelt. Wat de arbeidsovereenkomst betreft, kan geen twijfel bestaan. Die benaming wordt immers door de wet zelf gegeven aan de rechtsverhouding waarbij een werknemer zich ertoe verbindt, tegen loon en onder gezag van een werkgever, arbeid te verrichten (art. 2 en 3 Arbeidsovereenkomstenwet). Voor de bestuurdersovereenkomst ligt dat iets moeilijker.

2.3.1. *Kwalificatie van de interne rechtsbetrekking tussen de bestuurder en de vennootschap: het probleem van een onbenoemde overeenkomst*

Vooreerst moet een duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen het orgaan van de vennootschap met rechtspersoonlijkheid en personen waaruit dat orgaan bestaat. Het bestaan van een orgaan is een noodzakelijk gevolg van de rechtspersoonlijkheidstheorie: rechtspersonen zijn handelingsbekwaam, doch kunnen hun rechten (en plichten) slechts uitoefenen met de hulp van natuurlijke personen, organen genoemd. Die noodzaak aan vertegenwoordiging wordt als organieke vertegenwoordiging aangeduid⁶⁵. Daarnaast bevindt de bestuurder, lid van het orgaan, zich tevens in een bepaalde interne relatie tot de vennootschap, die moet worden onderscheiden van de organieke vertegenwoordiging. Wanneer het bestuursorgaan kan bestaan uit één persoon, vallen organieke vertegenwoordiging en interne rechtsbetrekking echter samen. Indien het bestuursorgaan bij wet uit meerdere personen dient te bestaan, die optreden als college, dan maakt enkel dat college, en niet de individuele bestuurder, het orgaan uit⁶⁶.

Naast zijn functie als lid van het bestuursorgaan van de vennootschap, staat de bestuurder dus ook steeds in een zekere rechtsverhouding met de vennootschap. Die interne rechtsbetrekking wordt gekwalificeerd als een

⁶⁵ L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, Parijs, L.G.D.J., 1932, I, 130; V. SIMONART, "La théorie de l'organe", in *Liber Amicorum Michel Coipel*, Brussel, Kluwer, 2004, 719.

⁶⁶ J.-M. NELISSEN-GRADE, *Vennootschapsrecht*, s.l., s.n., 2004, 8; D. VAN GERVEN, *Rechtspersonen*, in *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2007, 141; Anders: B. BEELE, J. HUYSENTRUYT, G. VERHAEGHE, F. LALLEMAND en A. WEYN, *Het bestuur van een NV. Vennootschapsrechtelijke, sociale en fiscale aspecten - Een leidraad voor de praktijk*, Antwerpen, UGA, 2005, 14: "De bestuurders van een NV [...] worden als organen van de vennootschap beschouwd".

wederkerig contract. Zowel de rechtsleer⁶⁷ als de rechtspraak⁶⁸ zijn het daarover eens. De rechtsverhouding ontstaat dus uit overeenkomst en doet wederkerige contractuele verbintenissen ontstaan⁶⁹. Aan die kwalificatie wordt geen afbreuk gedaan door het feit dat de bestuurder wordt benoemd of verkozen⁷⁰. De benoeming (door de algemene vergadering of in de oprichtingsakte) is volgens RONSE een aanbod vanwege de vennootschap dat door de bestuurder of zaakvoerder moet worden aanvaard⁷¹. De bestuurdersovereenkomst ontstaat dan bij de uitdrukkelijke of stilzwijgende⁷² aanvaarding van dat aanbod (art. 1984 tweede lid B.W.). Indien de bestuurder of zaakvoerder zichzelf vóór de verkiezing kandidaat heeft gesteld, kan het benoemingsbesluit, waarbij de bestuurder of zaakvoerder wordt verkozen, worden gezien als de aanvaarding door de vennootschap - handelend door de algemene vergadering - van het door die bestuurder of zaakvoerder gedane aanbod⁷³.

Het is evenwel over de aard van dat contract dat er discussie bestaat. Anders dan voor de voor de verhouding tussen werknemer en werkgever het geval is, wordt die rechtsbetrekking immers niet door de wet gedefinieerd⁷⁴. Traditioneel wordt de interne rechtsbetrekking tussen bestuurder en vennootschap als lastgeving gekwalificeerd⁷⁵. Om verscheidene redenen - die het bestek van dit werkstuk te buiten gaan - wordt die opvatting echter bekritiseerd⁷⁶. Het volstaat hier aan te geven dat de meerderheid van de hedendaagse Belgische rechtsleer de interne rechtsbetrekking kwalificeert als een onbenoemde, gemengde overeenkomst, waarop men vervolgens de regels

⁶⁷ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 342 (hierna verkort J. RONSE, *Algemeen deel*); L. MAHIEU, "De la durée du mandat d'administrateur conféré sans limitation de temps", *Rev. Part. Soc.* 1901, nr. 1185, p. 5; C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GREGOIRE, *Traité des sociétés anonymes*, Brussel, Swinnen, 1982, II, 83 (hierna verkort CH. RESTEAU e.a., *Traité*); B. TILLEMANS, "De bestuurdersovereenkomst naar Belgisch recht", in: DE KLUIVER, H.-J. en WOUTERS, J. (ed.), *Beginnels van het vennootschapsrecht in binationaal perspectief*, Tilburg, Intersentia, 1997, 255 (hierna verkort B. TILLEMANS, "De bestuurdersovereenkomst"); H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA", *Not. Fisc. M.* 2002, 229 (hierna verkort H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie").

⁶⁸ Zie bv. Corr. Gent 21 juni 2006, *T. Strafr.* 2006/6, 271; Rb. Brussel 4 maart 1970, *Rev. Prat. Soc.* 1970, nr. 5567, 132; Luik 20 april 1948, *Rev. Prat. Soc.* 1948, nr. 4047, 256.

⁶⁹ J. RONSE, *Algemeen deel*, 342; H. VAN DRIESSCHE, "Bevoegdheidsdelegatie", 229.

⁷⁰ J. RONSE, *Algemeen deel*, 342.

⁷¹ J. RONSE, *Algemeen deel*, 343.

⁷² J. RONSE, *Algemeen deel*, 343; B. TILLEMANS, *Bestuur*, 129-130.

⁷³ J. RONSE, *Algemeen deel*, 343; Zie ook: B. BEELE, J. HUYSENTRUYT, G. VERHAEGHE, F. LALLEMAND en A. WEYN, o.c., 61; B. TILLEMANS, *Bestuur*, 129.

⁷⁴ Behoudens enkele sporadische verwijzingen naar lastgeving in art. 133 derde lid, 170, 1° en 524 § 4 W. Venn., waaraan verder geen betekenis moet worden gehecht.

⁷⁵ H. DE PAGE, *Traité*, IV, 867 en V, 353 e.v.; J. STEYAERT, C. DE GANCK en L. DE SCHRIJVER, *Arbeidsovereenkomst*, in *A.P.R.*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 45.

⁷⁶ Voor een beknopt overzicht, zie: M. COIPEL, *Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales*, in *Rép. Not.*, t. XII, II, Brussel, Larcier, 1982, 212; J. RONSE, *Algemeen deel*, 343; B. TILLEMANS, "De bestuurdersovereenkomst", 257-258.

van de lastgeving naar analogie toepast, doch slechts “voor zover zij een doelmatige en redelijke ordening verschaffen voor de rechtsstof”⁷⁷.

2.3.2. De loyaliteitsplicht

Zoals elke overeenkomst moeten ook de arbeidsovereenkomst en de bestuurdersovereenkomst te goeder trouw worden uitgevoerd (art. 1134, derde lid B.W.)⁷⁸. De goede trouw kan, volgens DE WULF, evenwel niet worden gebruikt om nieuwe ‘verbintenissen’ te creëren los van de wilsovereenstemming van de partijen⁷⁹. Dat volgt uit het eerste lid van art. 1134 B.W. DE WULF steunt zijn opvatting op de tekst van art. 1135 B.W.: de overeenkomst verbindt de partijen ook tot de gevolgen die door de billijkheid aan de verbintenis, volgens haar aard, worden toegekend. Met andere woorden, de goede trouw (of de ‘billijkheid’) kan aan de door wilsovereenstemming tot stand gekomen ‘verbintenissen’ slechts ‘gevolgen’, of beter, bijkomende ‘verplichtingen’ vastknopen⁸⁰. Art. 1135 B.W. spreekt o.i. echter duidelijk over het ‘verbinden’ van partijen tot de gevolgen van de hoofdverbintenissen van de overeenkomst. De vraag rijst nu wat precies het verschil is tussen ‘verbintenissen’ en ‘verplichtingen’. Wellicht schuilt het antwoord in de nivellering van het geheel van verbintenissen. De goede trouw creëert inderdaad geen nieuwe hoofdverbintenis(sen) ten laste van een partij bij de overeenkomst, maar helpt wel die verbintenissen te interpreteren, beperken of aanvullen. In dat laatste geval kan er o.i. wel een nieuwe ‘nevenverbintenis’ ontstaan, zij het dat die ondergeschikt is aan de (uitvoering van de) hoofdverbintenis. Ondergeschikt omdat die nieuwe nevenverbintenis slechts kan worden gehonoreerd wanneer daarop aanspraak wordt gemaakt, terwijl de

⁷⁷ J. RONSE, *Algemeen deel*, 346; Vgl. W. VAN EECKHOUTTE, “De sociaalrechtelijke positie van bedrijfsleiders”, in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, 648 en P. VAN OMMESLAGHE, *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1960, 345 en 353.

⁷⁸ Zie ook: L. CORNELIS, “Aansprakelijkheid in de ban de goede trouw?”, in: M.E. STORME (ed.), *Recht halen uit aansprakelijkheid*, Gent, Mys&Breesch, 1993, 13; E. DIRIX, “Over de beperkende werking van de goede trouw”, 665; W. VAN GERVEN en A. DEWAELE, “Goede trouw en getrouw beeld”, 104 e.v. Dergelijke redenering wordt evenwel niet gevolgd door aanhangers van de normatieve-uitleg-methode, zoals STORME, VAN DUNNÉ en SCHOORDIJK, volgens welke de interpretatieve werking van de goede trouw tevens haar aanvullende en beperkende werking omvat (zie ondermeer: H.C.F. SCHOORDIJK, *Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer, Kluwer, 1979, 21 e.v.; M.-E. STORME, “De bepalingen van het voorwerp bij een partijbeslissing”, 1266; J.M. VAN DUNNÉ, *Normatieve uitleg van rechtshandeling: een onderzoek naar de grondslagen van het geldende verbintenissenrecht*, Deventer, Kluwer, 1971, 478 p. Zie hierover ook: C.J.H. BRUNNER en G.T. DE JONG, *Verbintenissenrecht algemeen*, Deventer, Kluwer, 2004, 22).

⁷⁹ H. DE WULF, *Taak en loyaliteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2002, 407 (hierna verkort: H. DE WULF, *Taak en loyaliteitsplicht van het bestuur*).

⁸⁰ H. DE WULF, *Taak en loyaliteitsplicht van het bestuur*, 407. Hij spreekt dan ook van loyaliteitsplicht en niet van loyaliteitsverbintenis, aangezien hij benadrukt dat de goede trouw geen nieuwe verbintenissen in het leven roept, doch slechts gevolgen (in de vorm van dergelijke plichten) aan de bestaande verbintenissen toevoegt. Zie: H. DE WULF, *Taak en loyaliteitsplicht van het bestuur*, 410.

hoofdverbintenis steeds moet worden uitgevoerd. Men zou die ‘nevenverbintenis’ in de terminologie van DE WULF als een ‘verplichting’ kunnen aanstippen. De keuze voor de notie ‘nevenverbintenis’ dan wel ‘verplichting’ blijft echter een loutere kwestie van terminologie.

De loyaliteits-‘plicht’ van de werknemer respectievelijk de bestuurder kan o.i. dus worden opgevat als een ‘nevenverbintenis’, gesteund op art. 1134, derde lid B.W. Vertrekkende van de idee dat de goede trouw een regel is “*die de partijen [...] verplicht om aan de verbintenissen van het contract die gevolgen vast te knopen die er in ingebakken zitten*”⁸¹, is de loyaliteitsplicht dan een van de belangrijkste gevolgen die aan die verbintenissen door de goede trouw worden vastgeknoopt. Het vormt een toepassing van de goede trouw op de specifiek betrokken overeenkomst, die de werknemer of de bestuurder ertoe *verbindt* op bepaalde momenten en in bepaalde situaties zijn houding of gedrag bij te sturen door bv. zich discreet op te stellen of geen schadelijke concurrentie te bewerkstelligen. Zij is dus ondergeschikt aan de hoofdverbintenis (arbeid presteren respectievelijk besturen), maar maakt evengoed een verbintenis uit in hoofde van de werknemer of bestuurder.

Bij een arbeidsovereenkomst worden verbintenissen hoofdzakelijk gecreëerd ten laste van de werknemer die er contractueel mee instemt zijn belangen (al dan niet voor een bepaalde tijd) ondergeschikt te maken aan die van zijn werkgever teneinde de overeengekomen arbeid te verrichten. De bestuurder verbindt zich er dan weer toe de vennootschap te besturen en te vertegenwoordigen, en dat enkel in het belang van de vennootschap, zodat ook hier sprake is van een onderschikking van belangen^{82, 83}. In wat volgt zullen wij – voor wat betreft die twee overeenkomsten – de precieze gevolgen van de toepassing van de goede trouw in de vorm van de loyaliteitsplicht bestuderen in twee situaties: de discretieplicht en het concurrentieverbod.

3. GOEDE TROUW EN HET VERBOD OP CONCURRENTIE

3.1. HET BEGINSSEL VAN DE VRIJHEID VAN ARBEID

De principiële vrijheid van arbeid⁸⁴ vindt zijn grondslag in het Decreet d’Allarde van 2-17 maart 1791.⁸⁵ Art. 7 van dat Decreet bepaalt dat het

⁸¹ H. DE WULF, *Taak en loyaliteitsplicht van het bestuur*, 408

⁸² In dezelfde zin: H. DE WULF, *Taak en loyaliteitsplicht van het bestuur*, 409

⁸³ Weliswaar worden die verbintenissen beantwoord door verbintenissen vanwege de werkgever respectievelijk de vennootschap – het is immers een wederkerig contract, doch op die verbintenissen gaat deze bijdrage niet verder in.

⁸⁴ De vrijheid van arbeid houdt in dat ieder individu vrij is zijn beroepsbezigheid te kiezen en, eens die keuze gemaakt, zijn arbeid moet kunnen verrichten. Het recht om vrij de arbeid te verrichten die men wenst, werd bovendien bevestigd door het Hof van Cassatie (Cass. 2 mei 1988, *Pas.* 1988, I, 1063).

eenieder vrij staat naar goeddunken elke handel te drijven of elk beroep, bedrijf of ambacht uit te oefenen.⁸⁶ Die bepaling heeft een bijzondere betekenis in onze maatschappij⁸⁷. De vrijheid van handel, nijverheid en beroep wordt immers beschouwd als een van de hoekstenen van ons economisch bestel⁸⁸, als ‘*un facteur de progrès et de civilisation*’⁸⁹. Het speelt zowel in de relatie tussen de overheid en haar rechtsonderhorigen, als in de relatie tussen twee particulieren onderling⁹⁰. Wat die laatste privaatrechtelijke component van de vrijheid van handel, nijverheid en beroep betreft, valt ondermeer te denken aan de arbeidsrelatie of aan de relatie bestuurder-vennootschap.

Het Hof van Cassatie stelde bij herhaling dat de vrijheid van concurrentie een afgeleide is van de vrijheid van handel, nijverheid en beroep⁹¹. *Op het eerste gezicht* lijkt het er dan ook op dat werknemer en werkgever elkaar in hun onderlinge relatie concurrentie mogen aandoen. Hetzelfde geldt voor de bestuurder ten opzichte van de vennootschap. In onze rechtsorde heeft het Decreet d’Allarde evenwel slechts de waarde van een gewone wet.⁹² De wetgever kan van de erin vervatte vrijheid afwijken of die aan bepaalde beperkingen onderwerpen. Zo heeft de wetgever in de loop der tijden op verschillende vlakken wetgeving uitgevaardigd waardoor de bepaling van art. 7 van het Decreet d’Allarde aan rechtstreeks belang heeft ingeboet⁹³. Een van die wetgevingen vormt de Arbeidsovereenkomstenwet van 22 augustus 1978⁹⁴.

⁸⁵ Décret portant suppression de tous les droits d’Aides, de toutes les Maîtrises et Jurandes etc. du 2-17 mars 1791.

⁸⁶ « (...) il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d’exercer telle profession, art ou métier, qu’elle trouvera bon. »

⁸⁷ Of die bepaling wel of niet van openbare orde is, wordt betwist. Zie ondermeer: Contra: B.-H. VINCENT, “La concurrence de l’ancien salarié à son ancien employeur: les enseignements de l’article 17 de la loi sur les contrats de travail”, *Ors.* 2001, 71-72 (hierna verkort B.-H. VINCENT, “La concurrence de l’ancien salarié”) - Pro: J. HERMAN, “Goede trouw van de werknemer bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst: discretieplicht en concurrentieverbod”, *Or.* 1988, 225 (hierna verkort J. HERMAN, “Goede trouw van de werknemer”); J. VAN RYN EN J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, I, 976 (hierna verkort J. VAN RYN EN J. HEENEN, *Principes de droit commercial*).

⁸⁸ G. PHILIPSEN, “Art. 7 Decr. d’Allarde”, in H. SWENNEN, E. WYMEERSCH, J. TYTECA EN J. STUYCK (eds.), *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2000, www.jura.be (hierna verkort G. PHILIPSEN, “Art. 7 Decr. d’Allarde”).

⁸⁹ Zie de voorbereidende werken van de wet van de 7 augustus 1922 betreffende de arbeidsovereenkomst voor bedienden (*B.S.* 16-17 augustus 1922); R. SWENNEN, “De oneerlijke concurrentie in het arbeidsrecht”, *Soc. Kron.* 1985, 2 (hierna verkort R. SWENNEN, “De oneerlijke concurrentie”).

⁹⁰ M. GOTZEN, *Vrijheid van beroep en bedrijf en onrechtmatige mededinging*, Brussel, Larcier, 1963, 450-453 (hierna verkort M. GOTZEN, *Vrijheid van beroep*); Cass. 12 juli 1917, *Pas.* 1918, I, 65; Cass. 13 september 1991, *R.W.* 1991-92, 882; Cass. 11 maart 2005, www.cass.be.

⁹¹ Cass. 12 juli 1917, *Pas.* 1918, I, 65; Cass. 13 september 1991, *R.W.* 1991-92, 882; G. PHILIPSEN, “Art. 7 Decr. d’Allarde”.

⁹² G. PHILIPSEN, “Art. 7 Decr. d’Allarde”.

⁹³ G. PHILIPSEN, “Art. 7 Decr. d’Allarde”.

⁹⁴ *B.S.* 22 augustus 1978, err. *B.S.* 30 augustus 1978. Hoewel een algemene uitspraak over de dwingende dan wel suppletieve aard van het arbeids(overeenkomsten)recht onmogelijk lijkt (W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal compendium. Arbeidsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2008, 196 (hierna verkort W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal compendium. Arbeidsrecht*); C. WANTIEZ, “Dispositions

De principiële vrijheid van handel, nijverheid en beroep (arbeid) en de daarvan afgeleide vrijheid van concurrentie gelden dus niet absoluut⁹⁵. Zo wordt bijvoorbeeld het domein van de mededinging tussen werknemer en werkgever vandaag de dag geregeld en begrensd door de artikelen 17, 3°, b), 65, 86 en 104 Arbeidsovereenkomstenwet. Met betrekking tot de bestuurder bestaat echter, zoals verder zal blijken, geen uitdrukkelijke wettelijke bepaling die hem verbiedt van concurrentie te voeren. Voor de bestuurder, evenals in de gevallen waar de Arbeidsovereenkomstenwet het stilzwijgen bewaart, moet daarom rekening worden gehouden met art. 1134, derde lid B.W. en de daarin vervatte verplichting van contractspartijen de overeenkomst te goeder trouw uit te oefenen⁹⁶. Die bepaling geldt immers ook voor de bestuurdersovereenkomst en de arbeidsovereenkomst⁹⁷, en begrenst de vrijheid van werknemer en bestuurder om de werkgever respectievelijk de vennootschap te beconcurreren. Als partijen bij hun respectievelijke overeenkomst dienen zij immers alle gedragingen na te laten die een loyaal contractant in dezelfde omstandigheden zou nalaten⁹⁸.

3.2. GOEDE TROUW EN HET VERBOD OP CONCURRENTIE TIJDENS DE UITVOERING VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST

3.2.1. *Goede trouw en concurrentie tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst*

Tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst is concurrentie tussen werkgever en werknemer steeds ongeoorloofd en dus verboden⁹⁹. Of het gaat

impératives et d'ordre public en droit de travail", in *Imperat lex. Liber Amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Larcier, 2003, 443-467), kan uit de bewoordingen van art. 6 Arbeidsovereenkomstenwet worden afgeleid dat die wet principieel een dwingend karakter heeft. Art. 6 Arbeidsovereenkomstenrecht, dat de vrijheid van handelen van de werkgever beperkt, stelt immers dat geen enkel door de wet aan de werknemer toegekend recht mag worden ingeperkt en geen van zijn verplichtingen boven de door de wet gestelde grenzen mag worden verzwaaard (J. STEYART, C. DE GANCK en L. DE SCHRIJVER, *Arbeidsovereenkomst*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 77).

⁹⁵ W. VAN EECKHOUTTE, "Goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht: een aanzet tot herbronning en reïntegratie", in X., *Goede trouw. Redelijkheid en billijkheid in het privaatrecht*, 34^{ste} Rechtscongres van de Vlaamse Juristenvereniging, Gent, Story Scientia, 1990, 48 (hierna verkort W. VAN EECKHOUTTE, "Goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht"). Zie ook: M. GOTZEN, *Vrijheid van beroep*, 447; M. HERBIET, "Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et sa protection par le Conseil d'Etat", *A.P.T.* 1987, 185.

⁹⁶ J. HERMAN, "Goede trouw van de werknemer", 222.

⁹⁷ M. JAMOULLE, "Le contrat de travail et contrat d'emploi", in *R.P.D.B.*, Compl. III, Brussel, Bruylant, 1969, nr. 296 e.v. (hierna verkort M. JAMOULLE, "Le contrat de travail").

⁹⁸ W. DE BONDT, "Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht", *T.P.R.* 1984, 112.

⁹⁹ J. HERMAN, "Goede trouw van de werknemer", 221-222 en 224-227; B. VANSCHOEBEKE, A. WITTERS, M. SIMON en A. GIELEN, *Kroniek ontslagrecht. Overzicht van rechtspraak 2002-2005*, Brussel, Larcier, 2006, 387 (hierna verkort B. VANSCHOEBEKE, A. WITTERS, M. SIMON en A. GIELEN, *Kroniek ontslagrecht*). Maar ook tijdens de opzegtermijn, evenals tijdens de periode van schorsing van uitvoering van de arbeidsovereenkomst geldt de verplichting van goede trouw en het verbod op concurrentie (Arbh. Gent 22 oktober 1986, *T.G.R.* 1986, 91; Arbh. Bergen 23 maart 1987, *J.T.T.* 1987, 252; Arbh. Brussel 13 april 1990, *J.T.T.* 1990, 441; W. VAN EECKHOUTTE, "Goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht", 48-49).

om eerlijke, dan wel oneerlijke concurrentie is daarbij volstrekt irrelevant¹⁰⁰. Toch maken we in deze bespreking een onderscheid tussen beide vormen van concurrentie, gegrond op de verscheiden rol die de goede trouw in beide hypothesen vervult. We spitsen ons daarbij voornamelijk toe op het concurrentieverbod van de werknemer ten opzichte van de werkgever. Pas op het einde zullen we (zeer kort) ingaan op het concurrentieverbod in hoofde van de werkgever.

3.2.1.1. Verbod op oneerlijke concurrentie tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst

Het verbod op oneerlijke concurrentie tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, kwam al voor in de wet van 7 augustus 1922 betreffende de arbeidsovereenkomst voor bedienden. Artikel 20, tweede lid van die wet bepaalde dat de bediende moest nalaten de *‘geheimen der fabriekering of der zaken van het bedrijfshoofd aan een persoon of aan elk anderen persoon bekend te maken’*, evenals *‘elke andere daad van oneerlijke concurrentie te verrichten of daaraan deel te nemen’*, en dat *‘zoowel wanneer de overeenkomst van kracht is als na het eindigen daarvan’*. Vandaag de dag is die bepaling terug te vinden in artikel 17, 3°, b) Arbeidsovereenkomstenwet¹⁰¹. Wat opvalt, is dat niet enkel het eigenhandig stellen van daden van oneerlijke concurrentie, maar ook de medewerking eraan verboden is. Oneerlijke concurrentie staande de arbeidsovereenkomst wordt in de rechtspraak veelal beschouwd als een dringende reden die de onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever, zonder betaling van enige vergoeding, kan rechtvaardigen¹⁰². Daarnaast kan oneerlijke concurrentie ook de betaling van een vergoeding voor de geleden schade verschuldigd maken.

Wat onder ‘oneerlijke concurrentie’ moet worden begrepen, is evenwel minder duidelijk. Wanneer houdt concurrentie op ‘eerlijk’ te zijn? De voorbereidende werken bij de wet van 1922 stellen in dit verband het volgende: *“Quant à dire d’une façon théorique à quel moment précis un procédé de concurrence cesse d’être loyal pour devenir déloyal, c’est chose impossible. Seuls des cas*

¹⁰⁰ Arbh. Brussel 13 april 1990, *J.T.T.* 1990, 441; Arbrb. Gent 18 januari 1991, *R.W.* 1991-92, 336; Arbh. Bergen 22 november 1991, *J.T.T.* 1993, 53; Arbrb. Oudenaarde 6 maart 1997, *A.J.T.* 1997-98, 90; Arbh. Luik 16 december 1997, *R.R.G.* 1998, 106; Arbrb. Brussel 9 mei 2005, *A.R.* 42 988/02-43 126/02, *onuitg.*

¹⁰¹ Daarnaast kan het verbod op oneerlijke concurrentie ook gesteund worden op de artikelen 1382 en 1383 B.W., evenals op de algemene norm van artikel 94/3 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken, de voorlichting en bescherming van de consument (*B.S.* 29 augustus 1991, err. *B.S.* 10 oktober 1991; hierna verkort WHPC) (*infra*).

¹⁰² Arbh. Gent 13 april 1977, *De Verz.* 1977, 643; Arbh. Brussel 15 mei 1979, *Med. V.B.O.* 1980, 329; Arbh. Brussel 23 mei 1986, *Med. V.B.O.* 1987, 1737; R. SWENNEN, “De oneerlijke concurrentie”, 4. Toch dient opgemerkt dat het niet vereist is dat de concurrentie oneerlijk is. Ook ‘eerlijke’ concurrentie staande de arbeidsovereenkomst kan dus aanleiding geven tot ontslag om dringende reden: Arbh. Antwerpen 13 oktober 1975, *J.T.T.* 1976, 358, noot; Arbrb. Luik 29 januari 1980, *J.T.T.* 1981, 18; C. ENGELS, “Daden van concurrentie tijdens de arbeidsovereenkomst als dringende reden voor ontslag”, *Or.* 1988, 202 (hierna verkort C. ENGELS, “Daden van concurrentie tijdens de arbeidsovereenkomst”).

d'espèce sont susceptibles d'une solution précise (...)" Veel zal afhangen van wat men in het economische leven wel of niet behoorlijk acht¹⁰³. Bij de beoordeling daarvan heeft de rechter het laatste woord.

Is bij dit alles enige rol weggelegd voor de goede trouw? Op het eerste gezicht lijkt er weinig beweegruimte. Artikel 17, 3°, b) Arbeidsovereenkomstenwet stelt immers heel nadrukkelijk dat elke vorm van oneerlijke concurrentie tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst vanwege de werknemer verboden is. Die bepaling lijkt ons van dwingend recht¹⁰⁴. Niet de goede trouw, maar wel de wet ligt dus aan dat verbod ten grondslag¹⁰⁵. En toch lijkt de goede trouw, zij het eerder marginaal en onrechtstreeks, van tel¹⁰⁶. Rechtsleer en rechtspraak gaan bij de beoordeling van het al dan niet eerlijk karakter van de concurrentie immers steeds vaker uit van de loyaliteitsplicht van de werknemer, afgeleid van de verbintenisrechtelijke goede trouw¹⁰⁷. Die loyaliteit veronderstelt trouw en gehechtheid aan de belangen van de onderneming c.q. werkgever.¹⁰⁸ Het behoort bijgevolg tot de essentie van de arbeidsovereenkomst dat een werknemer zijn arbeid ter beschikking stelt van de werkgever¹⁰⁹. Oneerlijke concurrentie, gezien als de versterkende trap van - krachtens art. 1134, derde lid B.W. onaanvaardbare - 'eerlijke concurrentie'

¹⁰³ J. HERMAN, "Goede trouw van de werknemer", 226. Zie ook de voorbereidende werken van de wet van de 7 augustus 1922 betreffende de arbeidsovereenkomst voor bedienden: "(La concurrence) cesse d'être loyale lorsqu'elle emploie des procédés qu'une conscience normale reprouve."

¹⁰⁴ Nu art. 17, 3°, b) en het daarin vervatte verbod op concurrentie staande de arbeidsovereenkomst de vrijheid van arbeid en ondernemen van de werknemer beperkt, kan het dwingend karakter van die bepaling worden betwist. Wij menen evenwel dat die bepaling en het daarin vervatte concurrentieverbod van dwingend recht is, nu het rechtstreeks raakt aan het ondernemingsbelang en een wezenlijke impact kan hebben op het functioneren van de onderneming, zodat daardoor – onrechtstreeks – ook de belangen van de andere werknemers (derden) op het spel kunnen staan.

¹⁰⁵ HERMAN ("Goede trouw van de werknemer", 221) merkt evenwel terecht op dat het de werknemer ook bij ontstentenis van een expliciete wettekst, zoals art. 17, 3°, b) Arbeidsovereenkomstenwet, verboden zou zijn de werkgever op oneerlijke wijze te beconcurreren op grond van de plicht de (arbeids)overeenkomst te goeder trouw uit te oefenen (art. 1134, derde lid B.W.).

¹⁰⁶ Hoe de goede trouw hier precies werkt, is ons niet geheel duidelijk. Men zou kunnen beargmenteren dat de goede trouw hier werkt ter interpretatie van de term 'oneerlijk' en aldus de *interpretatieve werking* van de goede trouw kunnen aanhalen. Tegen die redenering valt evenwel in te brengen dat de invulling van 'oneerlijk' los staat van de overeenkomst en een kwestie van wetsinterpretatie is waarop art. 1134, derde lid B.W. niet toepasselijk is nu dit zich beperkt tot de uitvoering van de overeenkomst. Bij wijze van verweer kan dan worden opgeworpen dat de interpretatie van de wet mede van invloed is op de interpretatie van de overeenkomst – in het licht van de uitvoering van de overeenkomst – en dus zo, zij het indirect, art. 1134, derde lid B.W. er wel toe doet. Een andere weg die kan bewandeld worden, is deze van de aanvullende werking van de goede trouw. Door expliciet de loyaliteitsplicht van de werknemer als criterium naar voor te schuiven om uit te maken wat kan en niet kan (zoals in dit werk), wordt immers aangesloten bij de *aanvullende werking* van de goede trouw.

¹⁰⁷ Als vermeld in de inleiding moet de bepaling, uit haar aard zelf, geacht worden van openbare orde te zijn. Partijen mogen er niet contractueel van afwijken (F. BAERT, "De goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomsten", *R.W.* 1956-57, 497)..

¹⁰⁸ B.-H. VINCENT, "La concurrence de l'ancien salarié", 72.

¹⁰⁹ C. ENGELS, "Daden van concurrentie tijdens de arbeidsovereenkomst", 202; V. VANNES, *Le contrat de travail. Aspects théoriques et pratiques*, Brussel, Bruylant, 1996, 291.

(*infra*), tast die essentie aan en brengt de activiteiten van de werkgever in gevaar¹¹⁰. Zij is o.i. dan ook terecht wettelijk verboden. De loyaliteitsnotie, zoals uitgewerkt en geconcretiseerd in de rechtsleer en rechtspraak en sterk beïnvloed door de concrete omstandigheden van het geval, wordt dan als startcriterium naar voor geschoven om te beoordelen wat nu precies ‘oneerlijke concurrentie’ is en wat niet. Aansluiting kan daarvoor worden gevonden in de hierboven geciteerde passage uit de voorbereidende werken bij de wet van 1922, welke ook de loyaliteitsnotie centraal stelt.

Bovendien het verbod op oneerlijke concurrentie in verband worden gebracht met art. 16, eerste lid Arbeidsovereenkomstenwet, luidens hetwelk werkgever en werknemer elkaar eerbied en achting verschuldigd zijn. Hoewel die open bepaling nog (te) weinig doorweegt in de Belgische rechtspraak en veelal wordt opgevat als een loutere intentieverklaring die op zichzelf (d.i. los van art. 1134, derde lid B.W.) weinig rechtswaarde lijkt te hebben¹¹¹, kan zij immers – voor zover gekoppeld aan art. 1134, derde lid B.W. - *onrechtstreeks* als bron van aanvullende verplichtingen worden beschouwd¹¹². De plicht de werkgever met eerbied en achting te benaderen, impliceert o.i. tevens de plicht de werkgever niet te beconcurreren, *a fortiori* niet op *deloyale wijze* te beconcurreren.

Zo bekeken, geven de goede trouw en de daaruit volgende getrouwheidsplicht van de werknemer het verbod op oneerlijke concurrentie staande de arbeidsovereenkomst meer gestalte. Dat blijkt ondermeer uit het vonnis van de arbeidsrechtbank te Charleroi van 1 februari 1966. Vertrekkende van de verbintenis tot getrouwheid van de werknemer, besloot de arbeidsrechtbank dat de werknemer niet voor eigen rekening een activiteit mocht uitoefenen die de werkgever rechtstreeks nadeel zou berokkenen doordat die activiteit die van de werkgever op oneerlijke wijze beconcurrereert¹¹³. Evenzo zouden de *malafide* verkoop van producten van de concurrent¹¹⁴, het zonder akkoord van de onderneming verkopen van ondernemingsgoederen of -grondstoffen¹¹⁵, het met kunstgrepen aanzetten van cliënteel naar een concurrerende onderneming over te stappen¹¹⁶, het op bedrieglijke wijze kopiëren van prijslijsten en afronselen van klanten¹¹⁷, alsook onzuivere pogingen om medewerkers voor een concurrerende werkgever te doen werken¹¹⁸, strijdig worden geacht met de

¹¹⁰ Arbrb. Luik 13 juni 1974, *F.E.B.* 1976, 184; Cass. 5 mei 1976, *Pas.* 1976, I, 957, *J.T.T.* 1976, 350.

¹¹¹ V. DOOMS, *De verhouding tussen de vordering ex contractu en ex delicto in het kader van de arbeidsovereenkomst*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2003, 24 (hierna verkort V. DOOMS, *De verhouding tussen de vordering ex contractu en ex delicto*); J. STEYAERT, C. DE GANCK en L. DE SCHRIJVER, *De arbeidsovereenkomst*, Brussel, Story Scientia, 1990, 141.

¹¹² V. DOOMS, *De verhouding tussen de vordering ex contractu en ex delicto*, 24-25.

¹¹³ Arbrb. Charleroi 1 februari 1966, *T.S.R.* 1967, 47.

¹¹⁴ Arbrb. Luik 13 juni 1974, *F.E.B.* 1976, 184.

¹¹⁵ Kh. Hasselt 1 maart 1976, *R.W.* 1976-77, 104; Voorz. Kh. Brussel 20 maart 1979, *J.T.* 1979, 285.

¹¹⁶ Arbh. Gent 13 april 1977, *De Verz.* 1977, 643; Arbh. Bergen 3 februari 2004, *J.T.T.* 2004, 288.

¹¹⁷ Antwerpen 9 februari 1978, *B.R.H.* 1978, 422.

¹¹⁸ Wrr. Luik 24 oktober 1969, *Jur. Liège* 1969-70, 167, noot.

goede trouw, voor zover natuurlijk alles staande de arbeidsovereenkomst plaatsvindt¹¹⁹. Al die activiteiten werden dan ook als vormen van oneerlijke concurrentie aangemerkt en gaven aanleiding tot ontslag om dringende redenen¹²⁰.

3.2.1.2. Verbod op eerlijke concurrentie tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst

Naast oneerlijke concurrentie, verhindert de (loyale) uitvoering van de arbeidsovereenkomst ook elke daad van *eerlijke* concurrentie. Nochtans bevat de Arbeidsovereenkomstenwet geen uitdrukkelijke verbodsbepaling ter zake. Zoals hierboven opgemerkt, moet in dergelijk geval worden gekeken naar de beginselen die het gemeen overeenkomstenrecht vooropstelt, zoals het beginsel van de uitvoering te goeder trouw (art. 1134, derde lid B.W.)¹²¹. Aldus vereisen de goede trouw en de daaruit voortvloeiende plicht tot getrouwheid van de werknemer dat die laatste zijn werkgever geen concurrentie aandoet tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst¹²². Het verbod op eerlijke concurrentie staande de arbeidsovereenkomst kan dan worden gezien als een toepassing van de *aanvullende werking* van de goede trouw¹²³. Door het sluiten van de arbeidsovereenkomst verbindt de werknemer er zich immers toe de overeenkomst loyaal uit te voeren¹²⁴. De goede trouw vestigt in zijn hoofde solidariteits- en samenwerkingsplichten ten opzichte van de werkgever c.q. onderneming. Die plichten verhinderen de werknemer de belangen van de werkgever c.q. onderneming te schaden en gebieden hem deze te beschermen, zodat elke daad van concurrentie uitgesloten is¹²⁵. JAMOULLE stelt het als

¹¹⁹ In principe speelt de goede trouw van art. 1134, derde lid B.W. immers enkel tijdens de *uitvoering* van de (arbeids)overeenkomst. Nochtans zal die stelling hieronder, wanneer we ingaan op het verbod op concurrentie na afloop van de arbeidsovereenkomst, enigszins worden genuanceerd (*infra*, ‘*nawerking*’ van de goede trouw).

¹²⁰ C. ENGELS, “Daden van concurrentie tijdens de arbeidsovereenkomst”, 202-203.

¹²¹ J. HERMAN, “Goede trouw van de werknemer”, 222; B.-H. VINCENT, “La concurrence de l’ancien salarié”, 73.

¹²² M. JAMOULLE, “Le contrat de travail”, nr. 299; W. VAN EECKHOUTTE, “Goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht”, 48. Teneinde duidelijkheid te scheppen kan de werkgever de uitsluiting van enige vorm van concurrentie bovendien expliciet opnemen in de arbeidsovereenkomst.

¹²³ Sommige auteurs gewagen bovendien van een toepassing van de *beperkende werking* van de goede trouw: de goede trouw zou de werknemer dan verbieden zijn contractsrechten uit te oefenen op een wijze die strijdt met de eisen van goede trouw. Vraag rijst dan echter welke contractsrechten hier in het geding zijn, waarvan de uitoefening moet worden beperkt? Als antwoord zou dan kunnen worden gesteld dat de werknemer, op grond van de vrijheid van handel, nijverheid en beroep, een concurrerende activiteit zou kunnen opstarten, hetgeen hem een reeks nieuwe contractsrechten oplevert, en dat die nieuwe contractsrechten hier worden gevisieerd. De uitoefening van die rechten zou dan kunnen worden gematigd door de rechter, wanneer in een geschil met de werkgever de schending van het concurrentieverbod zou worden opgeworpen. Bij gebrek aan wettelijke rechtsgrond kan men zich te dien einde enkel op de *beperkende werking* van de goede trouw beroepen.

¹²⁴ J. HERMAN, “Goede trouw van de werknemer”, 225.

¹²⁵ Arbh. Gent 22 oktober 1986, *T.G.R.* 1986, 91; E. CARLIER, *Concurrentie tijdens en na de arbeidsrelatie*, Mechelen, Kluwer, 2006, 5 (hierna verkort E. CARLIER, *Concurrentie tijdens en na*

volgt: “[La bonne foi] permet de poser le principe selon lequel le salarié doit fournir son activité de manière à réaliser l’intérêt patronal ou du moins à s’en rapprocher le plus possible, tout en s’abstenant de comportements susceptibles de compromettre le résultat attendu.”¹²⁶ De eis van loyaliteit veronderstelt immers dat de werknemer zijn werkgever enig nut oplevert. Het verbiedt elke contractspartij handelingen te stellen die de andere partij verhinderen het normaal verwachte voordeel uit de overeenkomst te halen¹²⁷. Bovendien blijkt uit de rechtspraak dat hoe groter de autonomie en verantwoordelijkheden van de werknemer, hoe meer de loyaliteitsplicht speelt. Zo geldt de plicht te goeder trouw te handelen sterker in hoofde van de werknemer die een directie- of vertrouwensfunctie bekleedt¹²⁸.

De goede trouw en plicht tot getrouwheid van de werknemer staan er dus aan in de weg dat de werknemer, staande de arbeidsovereenkomst, prestaties zou leveren voor de concurrent van de werkgever, concurrerende activiteiten zou verrichten of zou deelnemen aan de oprichting van een concurrerend bedrijf, ook al is er van *oneerlijke handelspraktijken* geen sprake¹²⁹.

Er moet wel daadwerkelijke concurrentie voorhanden zijn¹³⁰. De loutere intentie een concurrerende onderneming op te richten¹³¹ of het feit dat de werknemer de mogelijkheden en modaliteiten om dergelijke onderneming op te starten, onderzoekt¹³², volstaan dus niet¹³³. Anders zou te veel afbreuk worden gedaan aan de principiële vrijheid van handel, nijverheid en beroep van de werknemer. De gelding van eventuele concurrentiebedingen daar

de arbeidsrelatie); M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, II, Luik, Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Liège, 1986, nr. 115 (hierna verkort M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*).

¹²⁶ Arbh. Antwerpen 26 oktober 1981, *J.T.T.* 1982, 179; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, 126.

¹²⁷ J.L. FAGNART, “L’exécution de bonne foi des conventions: un principe en expansion”, *R.C.J.B.* 1986, 282 (hierna verkort J.L. FAGNART, “L’exécution de bonne foi”).

¹²⁸ Arbrb. Brussel 21 juni 1982, *J.T.T.* 1984, 488; Arbrb. Brussel 17 oktober 1990, A.R. nr. 48 195/89, *onuitg.*; C. ENGELS, “Daden van concurrentie tijdens de arbeidsovereenkomst”, 202; B.-H. VINCENT, “La concurrence de l’ancien salarié”, 73.

¹²⁹ Arbh. Antwerpen 13 oktober 1975, *J.T.T.* 1976, 358, noot; Cass. 5 mei 1976, *Pas.* 1976, I, 957, *J.T.T.* 1976, 350; Arbh. Brussel 24 september 1999, *Bull. V.B.O.* 2000, 86; J. HERMAN, “Goede trouw van de werknemer”, 225.

¹³⁰ C. ENGELS, “Daden van concurrentie tijdens de arbeidsovereenkomst”, 202.

¹³¹ Arbh. Brussel 21 november 1973, *T.S.R.* 1974, 231.

¹³² Arbrb. Luik 29 januari 1980, *J.T.T.* 1981, 18; Arbh. Luik 16 februari 1983, *J.T.T.* 1984, 485; Arbrb. Brussel 6 oktober 1986, *J.T.T.* 1986, 469; Arbh. Luik 23 september 1992, *J.T.T.* 1993, 255.

¹³³ Dat louter voorbereidende handelingen die geen effectieve concurrentie inhouden geoorloofd zijn, blijkt ondermeer uit de volgende uitspraken (E. CARLIER, *Concurrentie tijdens en na de arbeidsrelatie*, 6): Arbh. Brussel 2 september 1987, *T.S.R.* 1988, 120; Arbrb. Ieper 4 januari 1991, *Soc. Kron.* 1991, 196; Arbrb. Namen 15 april 1991, *R.R.D.* 1991, 343; Kh. Hasselt 15 oktober 1993, *A.P.C.* 1993, 468; Arbh. Gent 28 maart 1994, *R.W.* 1994, 128; Arbrb. Brussel 11 december 1996, *J.T.T.* 1997, 131; Arbh. Luik 16 december 1997, *R.R.G.* 1998, 106; Arbrb. Brussel 24 april 2002, *Soc. Kron.* 2006, 363, Gent 20 december 2004, 2004/A.R./210, *onuitg.*

Nochtans oordeelde het Arbeidshof te Brussel (27 mei 1977, *T.S.R.*, 428, *R.W.* 1977-78, 2014) dat het louter feit van oprichting van een concurrerend bedrijf tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, zonder er werkelijk handelsactiviteiten te ontplooiën, reeds een verboden daad van concurrentie uitmaakt. Dat de werknemer zich aldus schuldig maakte aan een zwaarwichtige tekortkoming werd in cassatie bevestigd (Cass. 5 mei 1976, *Pas.* 1976, I, 957, *J.T.T.* 1976, 350).

gelaten, kan de werkgever zijn werknemer dan ook niet verwijten, na afloop van de arbeidsovereenkomst, een concurrerende onderneming te willen opstarten en daarvoor reeds voorbereidingen te treffen staande de arbeidsovereenkomst, bv. tijdens de opzegtermijn. Vereist is dan wel dat de eisen van goede trouw en, aldus het Arbeidshof te Brussel, de “*regels van rechtschapenheid*” in acht worden genomen¹³⁴. Daaraan is niet voldaan indien de werknemer het cliënteel van zijn werkgever opzoekt *met als enig oogmerk* hen ervan te overtuigen hun contracten met zijn werkgever op te zeggen teneinde er nieuwe te sluiten met een door hem beoogde onderneming¹³⁵. In dat geval zou men zelfs kunnen spreken van oneerlijke concurrentie staande de arbeidsovereenkomst, die een dringende reden uitmaakt om de arbeidsovereenkomst onmiddellijk te beëindigen.

De loyaliteitsplicht van de werknemer reikt evenwel niet zo ver dat de werknemer naast zijn normale uurrooster - dus buiten de arbeidstijd - geen nevenactiviteit zou mogen uitvoeren voor een andere onderneming dan die van de werkgever¹³⁶. Voorwaarde is wel dat dergelijke nevenactiviteit de behoorlijke uitoefening van de gewone beroepsactiviteit niet ongunstig beïnvloedt of verhindert¹³⁷. De goede trouw eist immers dat het voordeel dat de werkgever uit de uitvoering van de arbeidsovereenkomst kan halen, niet wordt beperkt of tenietgedaan¹³⁸. Het moet dus gaan om een niet-concurrerende nevenactiviteit, anders komen de legitieme belangen van de werkgever in het gedrang. Aldus belet de principiële vrijheid van arbeid *in beginsel* dat de werkgever de werknemer contractueel zou verbieden enige andere activiteit uit te oefenen buiten de arbeid die het voorwerp uitmaakt van de arbeidsovereenkomst¹³⁹. Dergelijke “exclusiviteitsbedingen” zijn echter wel

¹³⁴ Arbh. Brussel 2 september 1987, *T.S.R.* 1988, 120.

¹³⁵ Voorz. Kh. Brussel 14 mei 1999, *J.T.T.* 1999, 358; Gent 20 december 2004, 2004/A.R./210, *onuitg.* Men spreekt dan van onrechtmatige ‘afwerving van cliënteel’. Hoewel de vrijheid van mededinging impliceert dat niemand aanspraak kan maken op zijn cliënteel en de ex-werknemer die een eigen activiteit wil opstarten dus probleemloos gebruik mag maken van de kennis betreffende het klantenbestand van zijn voormalige werkgever, verhindert de goede trouw (en het verbod van rechtsmisbruik) een dergelijke ‘afwerving van cliënteel’ met de enkele intentie de onderneming van de werkgever te ontreddeuren. Daarnaast wordt afwerving van cliënteel onrechtmatig geacht wanneer daarbij gebruik wordt gemaakt van kunstgrepen, zoals verwarringstichting of slechtmaking van de voormalige werkgever, of wanneer ze gebeurt in omstandigheden die aan het geheel een onrechtmatig karakter geven. Zie: G. PHILIPSEN, “Art. 7 Decr. d’Allarde”; R. SWENNEN, “De oneerlijke concurrentie”, 5 en de daar aangehaalde rechtspraak.

¹³⁶ Arbrb. Verviers 2 maart 1977, A.R.. nr. V/1745/75, *onuitg.*; E. CARLIER, *Concurrentie tijdens en na de arbeidsrelatie*, 5-6; M.-C. JANSSENS, *Uitvindingen in dienstverband met bijzondere aandacht voor uitvindingen aan universiteiten*, Brussel, Brylant, 1996, 253; R. SWENNEN, “De oneerlijke concurrentie”, 4; W. VAN EECKHOUTTE, “Goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht”, 49.

¹³⁷ Arbh. Brussel 21 juni 1988, *Soc. Kron.* 1989, 135; E. CARLIER, *Concurrentie tijdens en na de arbeidsrelatie*, 6; J. HERMAN, “Goede trouw van de werknemer”, 225.

¹³⁸ Arbh. Gent 22 oktober 1986, *T.G.R.* 1986, 91; J. HERMAN, “Goede trouw van de werknemer”, 225; J.L. FAGNART, “L’exécution de bonne foi”, 282; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, nr. 115.

¹³⁹ Arbh. Luik 15 juni 1983, *J.T.T.* 1984, 484; Arbh. Luik 19 juni 1985, *J.T.T.* 1985, 470, *T.S.R.* 1986, 221; Arbh. Bergen 21 januari 1988, *J.T.T.* 1988, 160, noot; Arbh. Brussel 2 juni 1988, *Soc.*

rechtsgeldig indien het duidelijk is dat de uitoefening van een nevenactiviteit afbreuk zou doen aan de loyale uitvoering van de arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld omdat de werknemer er zo vermoeid door geraakt dat dit hem belet de arbeidsovereenkomst behoorlijk uit te voeren¹⁴⁰.

Tot nu toe hebben we het steeds gehad over de plicht tot getrouwheid van de werknemer die hem verbiedt enige daad van concurrentie uit te oefenen ten nadele van zijn werkgever. De praktijk leert dat concurrentievraagstukken immers voornamelijk rijzen aan de zijde van de werknemer. Nochtans dient opgemerkt dat een equivalente loyaliteitsplicht ook bestaat in hoofde van de werkgever. Zo verhindert de goede trouw ook de werkgever zijn werknemer te beconcurreren. Of nog, de *aanvullende werking* van de goede trouw legt de werkgever de negatieve plicht op niets te ondernemen dat rechtsreeks of onrechtstreeks de nakoming kan beletten van de verbintenis van de werknemer.¹⁴¹ Gedacht kan worden aan de verbintenis van de werknemer-handelsvertegenwoordiger een minimale verkoop te realiseren in een bepaalde sector¹⁴². Wanneer de werkgever in die sector met een andere, gelijkaardige exploitatie van wal steekt, maakt dat, van de kant van de werkgever een onredelijke uitvoering uit van de arbeidsovereenkomst.

3.2.2. *Concurrentie na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst: de goede trouw, een plicht ex(tra) contractu?*

Hoewel het in beginsel buiten het bestek van deze bespreking valt, willen we toch kort iets zeggen over de geoorlooftheid van concurrentie *na* de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Aangezien we vooral geïnteresseerd zijn in de rol van de goede trouw, gaan we voorbij aan de gelding van concurrentiebedingen (cf. artikelen 65, 86 en 104 Arbeidsovereenkomstenwet¹⁴³). De vraag die we dus stellen, is in hoeverre de

Kron. 1989, 135; W. VAN EECKHOUTTE, "Goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht", 49; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, nr. 179.

¹⁴⁰ Arbh. Luik 15 juni 1983, *J.T.T.* 1984, 484; J. HERMAN, "Goede trouw van de werknemer", 225; W. VAN EECKHOUTTE, "Goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht", 49. Exclusiviteitsbedingen moeten wel redelijk (te goeder trouw) worden geïnterpreteerd en mogen er niet te leiden dat elke activiteit buiten de arbeidsovereenkomst verboden zou zijn (E. CARLIER, *Concurrentie tijdens en na de arbeidsrelatie*, 6 en 10-11; R. SWENNEN, "De oneerlijke concurrentie", 4). Aldus oordeelde de Arbeidsrechtbank te Brussel dat '*la clause qui interdit un employé de s'intéresser à toute affaire en voie de création susceptible de faire concurrence à son employeur*' te ruim omschreven was, en bijgevolg niet kon worden afgedwongen (Arbrb. Brussel 24 april 2002, *Soc. Kron.* 2006, 363, onderstreping toegevoegd). Anders is het wanneer het beding verbiedt '*d'entreprendre directement ou indirectement pour son compte ou pour le compte de tiers de tous travaux rentrant l'objet social de la société*'. In casu geraakte het beding echter feitelijk in onbruik, zodat de schending ervan geen dringende reden tot ontslag kon opleveren (Arbh. Bergen 10 december 2001, A.R. nr. 16471, *onuitg.*).

¹⁴¹ W. VAN EECKHOUTTE, "Goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht", 50-51.

¹⁴² Arbh. Brussel, 22 mei 1973, A.R. nr. 3102, *onuitg.*

¹⁴³ Hoewel de al dan niet opname van een concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst afhankelijk is van de (althans *de iure*) wilsovereenstemming van de partijen en concurrentiebedingen in die zin een zeker *suppletief* karakter vertonen, wordt algemeen aangenomen dat de arbeidsrechtelijke regeling ervan (door de art. 65, 86 en 104

goede trouw het de gewezen werknemer mogelijk maakt dan wel verhindert zijn voormalig werkgever enige concurrentie aan te doen, los van de gelding van een concurrentiebeding.

Bij gebreke aan een concurrentiebeding, staat het de werknemer in beginsel vrij de werkgever na afloop van de arbeidsovereenkomst te beconcurreren. De vrijheid van handel, nijverheid en arbeid herwint dan immers haar volle werking¹⁴⁴. Niets belet de werknemer zijn eigen bedrijf op te richten en identieke of concurrerende producten te verkopen, dan wel zich ten dienste te stellen van een concurrerende onderneming¹⁴⁵. Er mag echter geen sprake zijn van oneerlijke concurrentie¹⁴⁶. De grondslag van het verbod op oneerlijke concurrentie na afloop van de arbeidsovereenkomst situeren wij opnieuw in art. 1134, derde lid B.W. oftewel het goede-trouw-beginsel. Hoewel de plicht tot inachtnaam van de goede trouw, neergelegd in art. 1134, derde lid B.W., uitsluitend betrekking heeft op de *uitvoering* van de overeenkomst en er geen eensgezindheid bestaat rond de wel of niet erkenning van het principe van de goede trouw als een algemeen rechtsbeginsel dat ook speelt na afloop van de overeenkomst¹⁴⁷, menen wij immers toch enige ‘nawerking’ van de goede trouw te erkennen. Ook al heeft de arbeidsovereenkomst een einde genomen en bevinden de gewezen werknemer en zijn voormalig werkgever zich niet meer in een contractuele relatie, toch kan de contractuele goede trouw van art. 1134, derde lid B.W. o.i. nog een rol spelen. De (arbeids)overeenkomst op zich vormt immers een rechtsfeit en als rechtsfeit kan zij niet worden beëindigd. Dat de arbeidsovereenkomst werd beëindigd, betekent dan dat de hoofdverplichtingen van werknemer en werkgever een einde namen. De werknemer zal zijn arbeid niet langer ter beschikking moeten stellen van de werkgever en de werkgever is bevrijd van zijn plicht de werknemer werk te verschaffen en hem voor de verrichte arbeid te verlonen. Die vaststelling sluit

Arbeidsovereenkomstenrecht) van *dwingend* recht is. Die regeling strekt er immers toe de belangen van de (veelal) economische zwakkere werknemer te beschermen (zie hiervoor ondermeer: Cass. 2 mei 1988, *Pas.* I, 1036; E. CARLIER, *Concurrentie tijdens en na de arbeidsrelatie*, 26; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal compendium. Arbeidsrecht*, 77-78). Die arbeidsrechtelijke bescherming strekt er in de eerste plaats toe de ongelijkheid tussen werkgever en werknemer te compenseren, wat – in ondermeer de Nederlandse rechtsleer – wel eens wordt aangestipt als het beginsel van de (machts)ongelijkheidscompensatie (zie ondermeer: R.S. VAN COEVORDEN en E.J. HENRICHS, “Liberaliseren”, in: *Stelling - “Bestuurders van vennootschappen dienen geen werknemers te zijn”*, *NJB* 2003, 1761).

¹⁴⁴ Gent 20 december 2004, 2004/A.R./210, *onuitg.*; J. HERMAN, “Goede trouw van de werknemer”, 225; B. VANSCHOEBEKE, A. WITTERS, M. SIMON en A. GIELEN, *Kroniek ontslagrecht*, 388.

¹⁴⁵ Kortrijk 18 april 1952, *R.W.* 1952-53, 1695; Kh. Brussel 1 februari 1962, *Jur. Comm. Brux.* 1962, 204; Kh. Brussel 9 april 1968, *B.R.H.* 1968, III, 743; Voorz. Kh. Kortrijk 3 mei 1993, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1993, 396; Luik 4 december 1997, *T.B.H.* 1999, 117.

¹⁴⁶ Luik 20 januari 2003, *R.R.D.* 2003, 154; Gent 20 december 2004, 2004/A.R./210, *onuitg.*; B. VANSCHOEBEKE, A. WITTERS, M. SIMON en A. GIELEN, *Kroniek ontslagrecht*, 388-389.

¹⁴⁷ Pro: P. VAN OMMESLAGHE, “L’exécution de bonne foi: principe général de droit?”, *T.B.B.R.* 1987, 101-110; Contra: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 326-330 en 335-338; H. DE WULF, *Taak en loyaleitheidsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 415-417; J. VAN RYN en X. DIEUX, “La bonne foi dans le droit des obligations”, *J.T.* 1991, 289-292.

evenwel niet uit dat uit de arbeidsovereenkomst op zich nog (loyaliteits)verplichtingen kunnen voortvloeien voor de periode na de beëindiging ervan. Te denken valt dan aan de hier bedoelde plicht *ex contractu* geen oneerlijke concurrentie te voeren, evenals aan de verderop besproken discretieplicht van de werknemer ten opzichte van zijn (voormalige) werkgever. Beide plichten worden o.i. vaak onterecht als “postcontractueel” aangemerkt, nu ze beide - tenminste in onze redenering - een vorm van ‘verdere uitvoering’ van de (arbeids)overeenkomst vormen. Volgt men die redenering niet, dan zou men – in ondergeschikte orde – nog een beroep kunnen doen op de buitencontractuele zorgvuldigheidsplicht van art. 1382-1383 B.W., die o.i. veel wegheeft van het principe van de goede trouw. Daarnaast speelt ook art. 94/3 WHPC, dat oneerlijke handelsgebruiken verbiedt, een rol.

De rechtspraak levert enkele voorbeelden. Aldus verhinderen de goede trouw van art. 1134, derde lid B.W. (dan wel - in ondergeschikte orde - de zorgvuldigheidsplicht van art. 1382-1383 B.W.) evenals het verbod op oneerlijke handelsgebruiken (art. 94/3 WHPC) dat de gewezen werknemer een zaak opstart met een naam die zo lijkt op de ondernemingsnaam van zijn voormalige werkgever dat daardoor manifest verwarring wordt gecreëerd¹⁴⁸. Evenzo is het de gewezen werknemer verboden een negatieve vergelijking te maken tussen zijn prijzen en producten en die van zijn vorige werkgever¹⁴⁹. Wat de afwerving van cliënteel en het gebruik van bedrijfs- of productiegeheimen betreft, is alles minder vanzelfsprekend. Veel zal dan afhangen van de concrete omstandigheden. Zo is de afwerving van cliënteel van een concurrent principieel geoorloofd, omdat er geen recht op cliënteel bestaat¹⁵⁰. Bijzondere omstandigheden, zoals het gebruik van gekopieerde klantenlijsten, kunnen de afwerving van cliënteel echter een onrechtmatig karakter verlenen¹⁵¹. Hetzelfde geldt voor het gebruik van knowhow, verworven bij de vroegere werkgever. Terwijl het gebruik van vertrouwelijke bedrijfsgeheimen en ontvreemde knowhow niet kan worden toegelaten, kan immers niet worden verhinderd dat de gewezen werknemer gebruik maakt van de ervaring en vrij toegankelijke gegevens die hij bij zijn vorige werkgever heeft verworven (*infra*)¹⁵².

3.3. HET CONCURRENTIEVERBOD VAN DE BESTUURDER

Men kan zich verschillende situaties indenken waarbij een bestuurder het gevaar loopt concurrentie te voeren met de vennootschap waarin hij zijn mandaat uitoefent. *Grosso modo* kan hij op twee manieren concurrentie

¹⁴⁸ Antwerpen 22 november 1958, *R.W.* 1959-60, 1317.

¹⁴⁹ Rb. Antwerpen 30 april 1959, *R.W.* 1959-60, 842.

¹⁵⁰ Gent 20 december 2004, 2004/A.R./210, *onuitg.*; R. SWENNEN, “De oneerlijke concurrentie”, 5.

¹⁵¹ R. VAN DEN BERGH, “Handen af van mijn klanten! Is afwerving van cliënteel onrechtmatig?”, noot onder Antwerpen 29 juni 1983, *R.W.* 1983-84, 2614-2616.

¹⁵² Antwerpen 9 februari 1978, *B.R.H.* 1978, III, 422; Gent 20 december 2004, 2004/A.R./210, *onuitg.*

voeren. Vooreerst kan hij zelf een concurrerende activiteit opstarten. Men spreekt dan van ‘activiteitenconcurrentie’. Daarnaast kan hij ook een functie uitoefenen in een concurrerende vennootschap, hetzij als werknemer, als aandeelhouder of als bestuurder. In dat geval is sprake van ‘functieconcurrentie’. Vooral die laatste concurrentievorm wordt in de literatuur inzake bestuurdersconcurrentie geïllustreerd. We moeten evenwel aannemen dat de loyaliteitsplicht van de bestuurder, gefundeerd op zijn contractuele plicht de bestuurdersovereenkomst te goeder trouw uit te voeren (art. 1134, derde lid B.W.), alle voornoemde hypothesen omsluit. De bestuurder moet zijn mandaat te goeder trouw en dus op loyale wijze uitoefenen. Daaruit volgt dat hij in beginsel geen tewerkstelling, geen aandeelhouderschap en geen bestuursmandaat in een concurrerende vennootschap mag aanvaarden, noch zelf een concurrerende activiteit mag exploiteren. In dat laatste geval, d.i. het geval waarin de bestuurder, zelfs na de beëindiging van zijn bestuursmandaat, een economische activiteit opstart die concurreert met de vennootschap waarin hij bestuurder is, kan hij zich bovendien schuldig maken aan oneerlijke concurrentie. Indien hij daarbij ongeoorloofde handelspraktijken zou aanwenden, zoals het gebruik van klantenlijsten of bedrijfsspecifieke knowhow, kan hij mogelijks worden aangesproken onder de algemene norm van art. 94/3 WHPC¹⁵³. Die regel is echter enkel toepasselijk op verkopers en het is algemeen aanvaard dat de bestuurder van een NV, uit hoofde van zijn mandaat, geen verkoper is in de zin van voormelde bepaling¹⁵⁴. Art. 94/4 WHPC verbiedt dus niet het uitoefenen van een mandaat in een concurrerende vennootschap, doch wel de oneerlijke concurrentie die voortvloeit uit het opstarten van een economische activiteit waarin de ex-bestuurder optreedt als een verkoper in de zin van art. 1, 6° WHPC.

3.3.1. Grondslag van het concurrentieverbod van de bestuurder

3.3.1.1. Artikel 1134, derde lid B.W.

Dat de grondslag van het concurrentieverbod van de bestuurder (in de twee zonet besproken betekenissen) in de loyaliteitsplicht dient te worden gezocht¹⁵⁵, heeft alles te maken met het feit dat de wetgever nergens¹⁵⁶ een

¹⁵³ H. DE WULF, “Rechten en plichten van bestuurders: een overzicht van de algemene juridische beginselen”, in : VAN DEN BERGHE, L. BAELDEN, T. en BELGIAN GOVERNANCE INSTITUTE (eds.), *Vademecum van de bestuurder*, Mechelen, Kluwer, 2007, 137 (hierna verkort H. DE WULF, “Rechten en plichten van bestuurders”); A. GOEMINNE, “De herroeping van een bestuurder”, *V.&F.* 1997, 136.

¹⁵⁴ Brussel 6 september 1994, *DAOR* 1994, 87, noot G. BALLON; B. FERON en J. MEUNIER, “La double casquette de l’administrateur de société anonyme”, *J.T.*, 2000, 698 (hierna verkort B. FERON en J. MEUNIER, “La double casquette de l’administrateur”).

¹⁵⁵ K. BYTTEBIER en F. CLEEREN, “De organen van de NV”, in H. BRAECKMANS en K. VAN HULLE, *NV in de praktijk*, Diegem, Ced.Samson, 1994, I.4.2.-14 (hierna verkort K. BYTTEBIER en F. CLEEREN, “De organen van de NV”); B. FERON en J. MEUNIER, “La double casquette de l’administrateur”, 697; J. RONSE, *Algemeen deel*, 451; D. VAN GERVEN, “Gezamenlijke

dergelijk verbod heeft omschreven specifiek met betrekking tot de bestuurder¹⁵⁷. Op dit punt wordt dan ook duidelijk dat de goede trouw, zoals verwoord in art. 1134, derde lid B.W., niet enkel strekt tot interpretatie van de overeenkomst, maar tevens een objectieve gedragsregel poogt te vestigen¹⁵⁸. De bestuurder die zijn overeenkomst met de vennootschap wil uitvoeren, dient zich te schikken naar de eisen die de goede trouw stelt. Het concurrentieverbod is een aanvulling bij de bestuurdersovereenkomst. Hier werkt de goede trouw dus *aanvullend*¹⁵⁹.

Het concurrentieverbod van de bestuurder vertaalt zich in de plicht de vennootschap waarvoor hij werkt geen concurrentie aan te doen. Die plicht is echter te vaag omschreven. Daar de goede trouw de bestuurder immers oplegt zijn mandaat naar redelijkheid en billijkheid uit te oefenen, moet ook die aanvullende plicht een redelijke plicht zijn. In de rechtsleer wordt aldus gesteld dat de bestuurder, wil hij zijn mandaat te goeder trouw uitoefenen, de plicht heeft elke concurrerende functie of activiteit te weigeren die hem niet zou toelaten of hem zou verhinderen zijn bestuursmandaat naar behoren te vervullen. Nu het voor een bestuurder geenszins onmogelijk is om bv. mandaten uit te oefenen in concurrerende vennootschappen, wordt tegen die stelling soms opgeworpen dat ze te ver gaat. Toch is het uitoefenen van een mandaat in een concurrerende vennootschap o.i. *redelijkerwijs* onmogelijk. We komen hierop verder terug.

3.3.1.2. Het verbod voor de lasthebber op te treden als tegenpartij?

vennootschappen, vennootschapsrechtelijke aspecten van de joint venture”, *T.B.H.* 1995, p. 123; M. WYCKAERT, “Oneerlijke concurrentie door een aandeelhouder t.o.v. zijn vennootschap”, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1994, 330-334. Zie ook: Kh. Kortrijk 22 april 1965, *R.P.S.* 1965, nr. 5263, p. 103.

¹⁵⁶ Art. 94/3 WHPC is een algemene regel (‘catch all’) en is toepasselijk op elke verkoper, zijnde “*elke handelaar of ambachtsman en elke natuurlijke persoon of rechtspersoon, die producten of diensten te koop aanbieden of verkopen in het kader van een beroepsactiviteit of met het oog op de verwezenlijking van hun statutair doel*” alsook “*de personen die, hetzij in eigen naam, hetzij in naam of voor rekening van een al dan niet met rechtspersoonlijkheid beklede derde, met of zonder winstoogmerk, een commerciële, financiële of industriële activiteit aan de dag leggen en die producten of diensten te koop aanbieden of verkopen*” (art. 1, 6°, a) en c) WHPC).

¹⁵⁷ B. FERON en J. MEUNIER, “La double casquette de l’administrateur”, 597; R. VAN BOVEN, “Niet-concurrentie als bestuurder of aandeelhouder”, *Accountancy & Tax* 2002, 23 (hierna verkort R. VAN BOVEN “Niet-concurrentie als bestuurder of aandeelhouder”).

¹⁵⁸ G. KEUTGEN en Y. DE CORDT, “La loyauté et la bonne foi dans le droit des sociétés”, in: J. VERHOEVEN (ed.), *La Loyauté. Mélanges offerts à Etienne Cerexhe*, Brussel, Larcier, 1997, 193.

¹⁵⁹ Men zou de niet-concurrentieplicht van de bestuurder ook kunnen zien als een toepassing van de *beperkende werking* van de goede trouw, in die mate dat de uitoefening van contractuele rechten die de bestuurder ter beschikking staan wordt beperkt. Op grond van de bovengenoemde vrijheid van handel en werk zou de bestuurder een concurrerende activiteit kunnen opstarten of functies in concurrerende vennootschappen kunnen opnemen, hetgeen hem een reeks nieuwe contractuele rechten oplevert. De uitoefening van die rechten zou echter kunnen worden gematigd door de rechter, wanneer in een geschil de schending van het concurrentieverbod zou worden opgeworpen. Ter illustratie geldt de mogelijkheid voor de vennoten om de stopzetting van de concurrerende activiteit(en) te vorderen (*infra*).

TILLEMANS werpt nog een alternatieve grond op ter fundering van het concurrentieverbod van de bestuurder. Hij meent dat dat verbod tevens zou kunnen worden gebaseerd op “het algemeen rechtsbeginsel dat de lasthebber die omtrent de te verrichten rechtshandeling strijdige belangen heeft met de lastgever, onbekwaam is om in dit geval als lasthebber op te treden”¹⁶⁰. Hij verwijst daarvoor naar de cassatierechtspraak volgens dewelke het de lasthebber verboden is als tegenpartij op te treden in de wederkerige rechtshandeling die hij namens de lastgever moet sluiten¹⁶¹. ERNST acht die grondslag echter minder geschikt, omdat de geviseerde bestuurder bij het verrichten van een concurrerende activiteit in de regel niet optreedt als lasthebber¹⁶². Zich steunende op de boven geformuleerde vuistregel inzake de toepassing van het lastgeversrecht op de bestuurdersovereenkomst indachtig, weerlegt TILLEMANS deze alternatieve rechtsgrond op een meer overtuigende manier. De regels van de lastgeving kunnen immers slechts worden toegepast naar analogie en voor zover doelmatig voor de rechtsstof. Nu het vennootschapsrecht in specifieke regels inzake belangenconflicten voorziet, is de toepassing van het bovengenoemde algemeen rechtsbeginsel niet doelmatig en o.i. dus allerminst noodzakelijk¹⁶³.

3.3.2. Redenen voor het concurrentieverbod

In beginsel roept het Belgisch vennootschapsrecht de cumulatie van bestuursfuncties (d.i. het opnemen van bestuursmandaten in verschillende, doch *niet noodzakelijk concurrerende* vennootschappen) geen halt toe¹⁶⁴. Het aantal dubbelmandaten komt dan ook veelvuldig voor, zeker in grote vennootschappen. Er wordt soms gesteld dat het opnemen van verschillende functies (en meer in het bijzonder, van verschillende mandaten) in verschillende vennootschappen de bestuurder kan beletten zijn bestuursmandaat *redelijk* te vervullen. De (uitvoerende of interne^{165, 166})

¹⁶⁰ B. TILLEMANS, *Bestuur*, p. 95; Zie ook: B. TILLEMANS, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, Deurne, Kluwer, 1997, 55.

¹⁶¹ Cass. 18 maart 2004, www.cass.be; Cass. 7 december 1978, *Pas.* 1979, I, 408, *Arr. Cass.* 1979-79, 407.

¹⁶² Bovendien meent ERNST dat het optreden als wederpartij bij strijdigheid van belangen niet leidt tot onbekwaamheid, maar tot onbevoegdheid. Zie: PH. ERNST, *Belangenconflicten*, 363, voetnoot (1586).

¹⁶³ De specifieke regels inzake belangenconflicten in het Wetboek van Vennootschappen vormen, aldus TILLEMANS, een *lex specialis* en hebben voorrang op het gemeen lastgeversrecht: B. TILLEMANS, *Bestuur*, 95. Zie ook: H. DE WULF, *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur*, 702.

¹⁶⁴ H. DE WULF, *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur*, 684-685; PH. ERNST, *Belangenconflicten*, 357.

¹⁶⁵ H. DE WULF, *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur*, 685.

¹⁶⁶ Het onderscheid tussen niet-uitvoerende en uitvoerende leden van de raad van bestuur is een onderscheid dat zijn intrede heeft gedaan naarmate *corporate governance* meer terrein won in het vennootschapsrecht. Het gaat om het onderscheid tussen leden van de raad van bestuur die tevens een uitvoerende (management)functie bekleden in het dagelijkse leven van de vennootschap (die aldus los staat van hun bestuursmandaat en dikwijls in het kader van een arbeidsovereenkomst wordt gepresteerd; *uitvoerende* of *interne bestuurders*) en leden die enkel een bestuursmandaat

bestuurder die vele mandaten cumuleert, zal zijn tijd immers moeten verdelen over elk van die vennootschappen, wat deugdelijk bestuur kan bemoeilijken, doch dit is sterk afhankelijk van de concrete omstandigheden. Nu noch het vennootschapsrecht, noch de goede trouw de opname van dubbelmandaten verhindert, kan men echter hoogstens in de statuten een regeling treffen die dergelijke mandaten verbiedt of beperkt¹⁶⁷. De vennootschap kan ook met elke bestuurder afzonderlijk een overeenkomst sluiten waarin zij de betrokkene verbiedt andere mandaten op te nemen. Gebeurt zulks niet, dan staat het de bestuurder principieel vrij om mandaten in andere vennootschappen op te nemen.

Indien de bestuurder een mandaat aanvaardt in een *concurrerende* vennootschap ligt de situatie evenwel anders. DE WULF maakt hier een onderscheid tussen niet-uitvoerende en uitvoerende bestuurders. Wat de eerste categorie betreft, kan men geneigd zijn te denken dat mandaten in concurrerende vennootschappen in hun hoofde geen loyaliteitsproblemen doen ontstaan, daar zij zich niet inlaten met de concrete uitvoering van het beleid¹⁶⁸. Uitvoerende bestuurders daarentegen nemen actief deel aan de uitvoering van de door de raad van bestuur genomen beslissingen, hetgeen moeilijk verzoenbaar is met een (uitvoerend) mandaat in een concurrerende vennootschap¹⁶⁹. Bovendien getuigt zulk optreden van weinig loyaliteit ten opzichte van de eerste vennootschap. Nochtans beschikken ook niet-uitvoerende of externe bestuurders niet over een vrijbrief om mandaten te aanvaarden in concurrerende vennootschappen. Uit hoofde van hun functie beschikken zij immers over gevoelige en/of private informatie betreffende de vennootschap en haar (financiële) verslaggeving. Wanneer nu die bestuurder in een concurrerende vennootschap deelneemt aan het collegiale debat in de raad van bestuur, is het “*volkomen onvermijdelijk dat [hij] bij zijn eigen oordeelsvorming de informatie die hij over de ene vennootschap heeft, gebruikt bij het bepalen van zijn standpunt in de andere vennootschap*”¹⁷⁰. Dat geldt bovendien voor elke categorie van bestuurders, zij het uitvoerend, niet-uitvoerend of zelfs onafhankelijk. Het uitoefenen van bestuursmandaten in concurrerende vennootschappen zou dus een toestand bewerkstelligen “*waarbij de discretieplicht op geïnstitutionaliseerde manier in gevaar wordt gebracht*”¹⁷¹.

De voorgaande redenering gaat ook op voor de bestuurder die aandeelhouder wordt van een concurrerende vennootschap. Tijdens de stemming op de algemene vergadering zou hij immers gebruik kunnen maken van niet-publieke

opnemen en voor het overige niet betrokken zijn in het dagelijkse leven van de vennootschap (*niet-uitvoerende* of *externe bestuurders*). In die laatste categorie onderscheidt men ook dikwijls enkele onafhankelijke bestuurders, wiens lidmaatschap beantwoordt aan enkele criteria teneinde hun onafhankelijkheid te bewaren.

¹⁶⁷ Zie: J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, I, Brussel, Bruylant, 1954, 383.

¹⁶⁸ H. DE WULF, *Taak en loyaliteitsplicht van het bestuur*, 694.

¹⁶⁹ H. DE WULF, *Taak en loyaliteitsplicht van het bestuur*, 695.

¹⁷⁰ H. DE WULF, *Taak en loyaliteitsplicht van het bestuur*, 695.

¹⁷¹ H. DE WULF, *Taak en loyaliteitsplicht van het bestuur*, 695, die verwijst naar: J. REICHERT en M. SCHLITT, “Konkurrenzverbot für Aufsichtsratsmitglieder”, *AG* 1995, 244.

kennis, vergaard uit hoofde van zijn al dan niet uitvoerend bestuursmandaat. Ook bij ‘activiteitenconcurrentie’ vanwege de bestuurder lijkt een schending van de discretieplicht onvermijdelijk¹⁷². De uitoefening van een arbeidsovereenkomst in een concurrerende vennootschap lijkt minder problematisch, doch de bestuurder is in dat geval als werknemer onderworpen aan het gezag van de werkgever (zijnde het bestuur van de concurrerende vennootschap). Bovendien is het in dat geval onvermijdelijk dat de werknemer zijn discretieplicht schendt wanneer hij zijn standpunt probeert te bepalen als bestuurder in de andere vennootschap.

3.3.3. *Vergelijking met het Duitse recht*

Het Duitse recht behoeft in dit verband geen beroep op de goede trouw, aangezien § 88, 1 AktG. een uitdrukkelijk concurrentieverbod bevat. Doch, het Duitse recht gaat veel verder. Het is de leden van de *Vorstand* verboden om, zonder toestemming van de *Aufsichtsrat*, een handelsbedrijf te voeren (eerste hypothese; cf. ‘activiteitenconcurrentie’), lid van het bestuursorgaan, zaakvoerder of zelfs persoonlijk aansprakelijke vennoot te zijn van een andere handelsvennootschap (tweede hypothese, cf. ‘functieconcurrentie’) en in de bedrijfstak van de vennootschap handelstransacties aan te gaan, hetzij voor eigen rekening, hetzij voor rekening van een derde (derde hypothese). Bij de twee eerste hypothesen is het niet relevant of de activiteiten of de functies de vennootschap concurrentie aandoen, noch of de vennootschap werkelijk schade ondervindt¹⁷³. Naar Belgisch recht echter gaat de verbintenisrechtelijke goede trouw helemaal niet zo ver. Bij de derde hypothese is wel concurrentie vereist: het moet gaan om activiteiten die concurreren met de door de vennootschap werkelijk gevoerde activiteiten (*der wirkliche Geschäftsbetrieb*)¹⁷⁴. ERNST meent dat dergelijk Duits systeem bij ons aan te bevelen is¹⁷⁵. Het is echter de vraag of dat in België kan worden bedongen. Uitgangspunt blijft immers de principiële vrijheid van handel en nijverheid. Bedingen die het recht van een contractpartij om zich op die vrijheid te beroepen beperken, moeten restrictief worden uitgelegd¹⁷⁶. Dergelijk beding kan dus moeilijk andere activiteiten of functies verbieden, zonder dat het noodzakelijk is dat de activiteiten of de functies de vennootschap concurrentie aandoen. Een contractuele beperking van de vrijheid van handel en nijverheid moet immers beantwoorden aan een proportionaliteitseis, wat impliceert dat

¹⁷² Dit geeft reeds aan dat het concurrentieverbod voor de bestuurder nauw verbonden is met de discretieplicht. Het concurrentieverbod kan zelfs worden opgevat als een onderdeel van de discretieplicht. Zie *infra*.

¹⁷³ J.-H. MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, II, 1., Keulen, Carl Heymanns Verlag, 1989, § 88, nr. 8, p. 218 (Hierna verkort J.-H. MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*); Zie ook: PH. ERNST, *Belangenconflicten*, 366.

¹⁷⁴ En dus niet het statutair doel. J.-H. MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, nr. 9, p. 219; Voor een illustratie, zie; BGH 5 december 1983, *NJW* 1984, Heft 23, 1351, *BGHZ* 1984, 170.

¹⁷⁵ PH. ERNST, *Belangenconflicten*, 382.

¹⁷⁶ In dezelfde zin: B. TILLEMANS, *Bestuur*, 97.

het enkel die rechten mag beperken waarvan de uitoefening redelijkerwijze¹⁷⁷ een concurrentieel gevaar voor de vennootschap zou kunnen betekenen (zie ook *infra*).

DE WULF bemerkt bovendien dat wij, anders dan het Duitse recht, een monistisch bestuursstelsel kennen¹⁷⁸. Bij gebrek aan een toezichtsorgaan, zou de algemene vergadering haar instemming kunnen verlenen. Doch, “[h]et is de vraag of de algemene vergadering voldoende kennis van zaken heeft om te kunnen beslissen over de opportuniteit van bijkomende mandaten. De raad van bestuur bezit ongetwijfeld de nodige informatie, maar het gevaar lijkt niet denkbeeldig dat de raad nagenoeg nooit zijn instemming [...] zou weigeren, omdat de bestuurders weten dat zij in de toekomst misschien ook een bijkomend mandaat zullen willen opnemen”¹⁷⁹.

3.3.4. Draagwijdte, duur en sancties

3.3.4.1. De draagwijdte van het concurrentieverbod van de bestuurder

Hoever reikt nu het concurrentieverbod van de bestuurder? Twee opvattingen doen zich voor. Vooreerst kan men het statutaire doel voor ogen nemen. Doch, zoals TILLEMANS terecht opmerkt, wordt dat doel dikwijls zeer ruim omschreven¹⁸⁰. In navolging van het Duitse recht¹⁸¹ meent hij dan ook dat het verbod slechts slaat op door de vennootschap werkelijk uitgeoefende activiteiten, dat dan wel ruim moet worden opgevat¹⁸².

Indien de statuten of de aanstellingsovereenkomst een niet-concurrentiebeding bevatten, met uitwerking tijdens de overeenkomst¹⁸³, bepaalt dat beding de draagwijdte van het concurrentieverbod, rekening houdende met de

¹⁷⁷ Vgl. V. THIELMANS, “Juridische problematiek van de oneerlijke concurrentie gepleegd door (ex-) werknemers/- zelfstandige medewerkers/- (werkende) vennoten” *DAOR* 1990, 49 (hierna verkort V. THIELMANS, “Juridische problematiek van de oneerlijke concurrentie”), die het volgende stelt: “De basisidee is dat de beperking op de concurrentievrijheid redelijk moet zijn, hetgeen een beoordeling vraagt van het concurrentiebeding in relatie met de feitelijke situatie”.

¹⁷⁸ H. DE WULF, *Taak en loyaliteitsplicht van het bestuur*, 685. Een monistisch bestuursstelsel is een organiek systeem waarin het bestuur van de vennootschap wordt waargenomen door één bestuursorgaan. Het onderscheidt zich van een dualistisch bestuursstelsel, waarbij het bestuur *sensu lato* zich uitsplitst in een bestuursorgaan (dat zich bezighoudt met de dagelijkse gang van zaken; deze rol wordt in het Duitse recht vervuld door de *Vorstand*) en een toezichtsorgaan (dat toezicht houdt op het bestuursorgaan; deze rol wordt in het Duitse recht vervuld door de *Aufsichtsrat*).

¹⁷⁹ H. DE WULF, *Taak en loyaliteitsplicht van het bestuur*, 685.

¹⁸⁰ B. TILLEMANS, *Bestuur*, 96.

¹⁸¹ *Supra*.

¹⁸² Zo zou een bestuurder aan zijn niet-concurrentieplicht tekortkomen indien hij een ‘corporate opportunity’ onbenut laat teneinde die persoonlijk te exploiteren. Hier wordt tevens het verband met de belangenconflictregelgeving duidelijk. Zie: B. FERON en J. MEUNIER, “La double casquette de l’administrateur”, 598; B. TILLEMANS, *Bestuur*, 96; R. VAN BOVEN “Niet-concurrentie als bestuurder of aandeelhouder”, 23

¹⁸³ De geoorlooftheid van dergelijk beding wordt algemeen aanvaard. Zie: Luik 9 maart 2000, *J.T.* 2001, 702; Cass. 3 februari 1971, *Pas.* 1971, I, 511; R. VAN BOVEN “Niet-concurrentie als bestuurder of aandeelhouder”, 24.

voorwaarden zoals verder geformuleerd voor niet-concurrentiebedingen met uitwerking na de overeenkomst¹⁸⁴.

3.3.4.2. De duur van het concurrentieverbod van de bestuurder

Het concurrentieverbod neemt een aanvang bij het begin van de bestuurdersovereenkomst (d.i. de aanvaarding door de bestuurder van zijn bestuursmandaat of de benoeming door de algemene vergadering wanneer de bestuurder zich vooraf kandidaat heeft gesteld; *supra*) en eindigt met de beëindiging van diezelfde overeenkomst (hetzij door het verstrijken van de duur van het mandaat, hetzij door het (on)vrijwillig ontslag van de bestuurder)¹⁸⁵. De bestuurder moet echter zijn mandaat verder blijven uitoefenen tot de vennootschap in zijn vervanging heeft voorzien of hierin redelijkerwijze heeft kunnen voorzien. Gedurende die tijd blijft de bestuurder persoonlijk aansprakelijk voor eventuele bestuursfouten of nalatigheden. Het is dan ook redelijk, gelet op het voortlopen van de aansprakelijkheid, om aan te nemen dat de goede trouwvereiste van toepassing blijft totdat in zijn vervanging wordt voorzien of totdat dat redelijkerwijze het geval zou moeten zijn. Zolang mag de bestuurder dan ook geen concurrentie voeren, en dit op grond van de loyaliteitsplicht waarmee art. 1134, derde lid B.W. zijn bestuurdersovereenkomst aanvult.

Een bestuurder mag, net zoals de werknemer, tijdens de duur van zijn mandaat wel reeds voorbereidende handelingen stellen met het oog op het opstarten van een *concurrerende activiteit*, maar die activiteit reeds opstarten, mag hij niet¹⁸⁶. Onder voorbereidende handelingen wordt ondermeer het huren van bedrijfslokalen verstaan, maar niet het proberen meelokken van bepaalde werknemers¹⁸⁷. O.i. valt moeilijk in te zien hoe de voorbereiding van *functieconcurrentie* kan verlopen zonder dat de bestuurder reeds concurrentie begint te voeren en zo zijn discretieplicht in gevaar brengt.

3.3.4.3. Sancties in geval de bestuurder zijn concurrentieverbod miskent

De bestuurder die zich tijdens zijn mandaat waagt aan concurrentie, riskeert door de algemene vergadering te worden afgezet. In de NV gebeurt dat *ad nutum*, d.i. zonder dat de algemene vergadering haar beslissing tot herroeping

¹⁸⁴ De rechtsleer drukt zich echter niet steeds duidelijk uit over het verschil tussen niet-concurrentiebedingen met uitwerking tijdens en na de overeenkomst. Over het concurrentieverbod met uitwerking na de beëindiging van de bestuurdersovereenkomst wordt verder gehandeld.

¹⁸⁵ K. BYTTEBIER en F. CLEEREN, "De organen van de NV", I.4.2.-14; H. DE WULF, "Rechten en plichten van bestuurders", 136; B. TILLEMANS, *Bestuur*, 97; R. VAN BOVEN "Niet-concurrentie als bestuurder of aandeelhouder", 23.

¹⁸⁶ H. DE WULF, "Rechten en plichten van bestuurders", 137; R. VAN BOVEN "Niet-concurrentie als bestuurder of aandeelhouder", 23-24.

¹⁸⁷ H. DE WULF, "Rechten en plichten van bestuurders", 137.

moet motiveren¹⁸⁸. Maar ook in de BVBA wordt de schending van het wettelijk (of conventioneel) concurrentieverbod aanzien als een wettige grond tot ontslag van een statutaire zaakvoerder (art. 256, tweede lid W. Venn.)¹⁸⁹. Schending van het concurrentieverbod betekent echter eerstens een schending van de contractuele plicht de overeenkomst te goeder trouw uit te voeren. De vennootschap (hier vertegenwoordigd door de (meerderheid ter) algemene vergadering) heeft dan als tegenpartij recht op uitvoering *in natura*, wat concreet wordt gerealiseerd door de stopzetting van de schadelijke concurrerende activiteit. Zij kan echter ook een schadevergoeding eisen vanwege de bestuurder¹⁹⁰. De stopzetting van de schadelijke concurrerende activiteit kan volgens bepaalde rechtsleer eveneens worden gevorderd op grond van de minderheidsvordering¹⁹¹. Inderdaad, dergelijke vordering wordt evengoed ingesteld voor rekening van de vennootschap (en niet enkel voor rekening van de minderheid die ze instelt).

Dezelfde sancties kunnen worden teruggevonden in het Duitse recht, met dit verschil dat de vennootschap hier door de *Aufsichtsrat* wordt vertegenwoordigd¹⁹². Daarnaast kent het Duitse recht nog een andere vordering op grond van § 88, 2 AktG.: het zgn. *Eintrittsrecht*, waarbij de *Aufsichtsrat* in plaats van een schadevergoeding kan opteren voor de fictie dat de handelsdaden die de bestuurder in eigen naam heeft gesteld, worden geacht te zijn gesteld voor rekening van de vennootschap. Daaruit volgt dat de voordelen die voor de bestuurder voortvloeien uit de door hem gestelde handelsdaden aan de vennootschap worden afgedragen. Er wordt dus een bijkomende plicht gecreëerd ten laste van de bestuurder tegenover de vennootschap, namelijk dat hij het voordeel moet afdragen. Voor het overige verandert er niets: de vennootschap wordt geen contractspartij en verkrijgt dus geen rechten of plichten ten opzichte van de tegenpartij. De Duitse rechtspraak heeft immers herhaaldelijk gesteld dat het *Eintrittsrecht* geen externe werking heeft¹⁹³. Op het eerste gezicht lijkt dit aan te knopen bij de Belgische leer betreffende schijnvertegenwoordiging. Doch, dit overtuigt niet, aangezien schijnvertegenwoordiging veronderstelt dat de persoon handelt in naam van de vertegenwoordigde, wat hier juist niet gebeurt. Om dezelfde reden is een

¹⁸⁸ Die regel wordt in de NV door het Hof van Cassatie van openbare orde geacht. Zie: Cass. 13 april 1989, *Pas.* 1989, I, 825, *R.W.* 1989-90, 253, *T.R.V.* 1989, 321, met noot M. WYCKAERT en F. BOUCKAERT, *Rev. not. belge* 1989, 410, *T.B.H.* 1989, 878, *J.T.* 1990, 751, met noot D. MICHELIS, *R.C.J.B.* 1991, 205, met noot J.-M. NELISSEN GRADE; Cass. 22 januari 1981, *R.C.J.B.* 1981, 495, met noot S.J. NUDELHOLE. Zie ook: Gent 2 juni 2003, *T.R.V.* 2003, 595, met noot J. VANANROYE; Kh. Mechelen 19 februari 1999, *T.R.V.* 1999, 538 en *J.D.S.C.* 2001, 141.

¹⁸⁹ B. FERON en J. MEUNIER, "La double casquette de l'administrateur", 598.

¹⁹⁰ B. FERON en J. MEUNIER, "La double casquette de l'administrateur", 598; B. TILLEMANS, *Bestuur*, 97-98; R. VAN BOVEN "Niet-concurrentie als bestuurder of aandeelhouder", 24.

¹⁹¹ H. LAGA, "De minderheidsvordering en het deskundigenonderzoek", in *NV en BVBA na de wet van 18 juli 1991*, Kamlthout, Biblo, 1992, 221; Impliciet: J. RONSE, J.-M. NELISSEN GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS en H. LAGA, "Overzicht van rechtspraak - vennootschappen (1978-1985)", *T.P.R.* 1986, 1248.

¹⁹² J.-H. MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, nr. 12, p. 220.

¹⁹³ BGH 5 december 1983, *NJW* 1984, Heft 23, 1351, *BGHZ* 1984, 170; BGH 6 december 1962, *BGHZ* 1963, 310; J.-H. MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, nr. 21, p. 222.

beroep op de figuur van de baattrkking uitgesloten (art. 50 *in fine* W. Venn.)¹⁹⁴. Dergelijke sanctie kan wel een bijzondere vorm van herstel in natura zijn van de niet-nakoming van een contractuele loyaliteitsplicht.

3.3.5. *Het concurrentieverbod van de bestuurder na de beëindiging van zijn bestuurdersmandaat*

Na de definitieve beëindiging van zijn bestuursmandaat mag de bestuurder in principe zowel een functie in een concurrerende vennootschap opnemen als zelf een concurrerende exploitatie opstarten, op voorwaarde dat de gevoerde concurrentie niet oneerlijk is (*supra*). Let wel, net zoals gesteld bij de arbeidsovereenkomst, moet ook hier een zeker nawerking van de goede trouw worden aanvaard¹⁹⁵. Dat impliceert dat uit de bestuurdersovereenkomst nog loyaliteitsplichten voortvloeien voor de periode na de beëindiging ervan. Het betreft dus geen buitencontractuele werking van de goede trouw, doch een zuiver contractuele plicht met uitwerking na de overeenkomst. Die nawerking moet evenwel worden geïnterpreteerd in het licht van de principiële vrijheid van handel en nijverheid, wat het uitgangspunt blijft.

Volgt men die redenering niet, dan zou men – in ondergeschikte orde – nog een beroep kunnen doen op de buitencontractuele zorgvuldigheidsplicht van art. 1382-1383 B.W.

Aan een geldig niet-concurrentiebeding, opgenomen in de statuten of in de aanstellingsovereenkomst¹⁹⁶ en met uitwerking na het einde van de overeenkomst, komt in principe dezelfde nawerking toe. Zulk beding moet beperkt zijn in de tijd en de ruimte en mag slechts betrekking hebben op welomschreven activiteiten¹⁹⁷. Naast die negatieve voorwaarden, stelt de rechtspraak ook een positieve geldigheidsvoorwaarde: het niet-concurrentiebeding moet beantwoorden aan een wettig belang in hoofde van

¹⁹⁴ Een beroep op art. 1993 B.W. zal evenmin slagen. Overeenkomstig dat artikel is de bestuurder gehouden tot het geven van rekenschap en verantwoording van al hetgeen hij krachtens zijn volmacht heeft ontvangen, ook al was het door hem ontvangene aan de lastgever niet verschuldigd. In de hier besproken situatie worden de voordelen echter niet verkregen door de bestuurder krachtens zijn volmacht.

¹⁹⁵ DE WULF stelt dat “*de bestuurder ook na zijn ontslag niet mag concurreren mits gebruikmaking van informatie die hij krachtens zijn discretieplicht niet mocht bekendmaken*”. Zie: H. DE WULF, “Rechten en plichten van bestuurders”, 137. De nawerking van het concurrentieverbod vloeit dus voort uit het verband met de (nawerking van de) discretieplicht.

¹⁹⁶ Luik 9 maart 2000, *J.T.* 2001, 702; Cass. 3 februari 1971, *Pas.* 1971, I, 511; B. FERON en J. MEUNIER, “La double casquette de l’administrateur”, 597; C. GUYOT, “Les clauses de non-concurrence et de confidentialité dans les cessions d’actifs et d’actions”, *DAOR* 2001, 13-14; R. VAN BOVEN “Niet-concurrentie als bestuurder of aandeelhouder”, 24; Zie ook : S. DE RAEDT, “De niet-concurrentievergoeding voor bestuurders in het kader van de overdracht van de onderneming: geen beroepsinkomen, wel divers inkomen, eventueel onbelast”, noot onder Brussel 24 mei 2006, *T.F.R.* 2007, 658 e.v.

¹⁹⁷ Het betreft cumulatieve voorwaarden. Zie ook: R. VAN BOVEN “Niet-concurrentie als bestuurder of aandeelhouder”, 24; Anders: V. THIELMAN, “Juridische problematiek van de oneerlijke concurrentie”, 50.

de begunstigde¹⁹⁸. Dat wettig belang wordt meestal aanvaard in het geval van een niet-concurrentiebeding ten laste van een bestuurder¹⁹⁹, aangezien hij zich toch op ingrijpende wijze heeft ingelaten met het reilen en zeilen van de vennootschap, en concretiseert de negatieve voorwaarden doordat het zich manifesteert als een proportionaliteitseis. Het beding mag niet langer duren dan noodzakelijk voor de begunstigde en mag zich niet zodanig in de ruimte uitstrekken dat het tevens gebieden omvat waar feitelijk geen concurrentie met de begunstigde mogelijk is²⁰⁰. Indien het beding niet aan die voorwaarden voldoet, is het absoluut nietig, gezien de vrijheid van handel en nijverheid van openbare orde is²⁰¹.

4. GOEDE TROUW EN DISCRETIE

4.1. DE DISCRETIEPLICHT VAN DE WERKNEMER

Spreeken is zilver, zwijgen goud. Nauw verbonden met het verbod op concurrentie in hoofde van de werknemer, is zijn plicht tot geheimhouding, beter bekend als de discretieplicht of confidentialiteitsplicht. Die plicht bestaat erin tijdens en na afloop van de arbeidsovereenkomst geen vertrouwelijke of concurrentiegevoelige informatie over het bedrijf, de werkprocedures, het personeel en cliënteel, etc. naar buiten te brengen. Miskent hij die plicht staande de arbeidsovereenkomst, dan begaat hij een contractuele fout, die naargelang de ernst van de situatie een dringende reden tot ontslag kan uitmaken en mogelijks ook de betaling van een vergoeding voor de geleden schade verschuldigd maakt. In bepaalde situaties kan de miskenning van die plicht de werknemer bovendien blootstellen aan strafsancities.

Ook al geldt de discretieplicht zowel tijdens als na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst (ongeacht de wijze van beëindiging), toch zullen wij hier voornamelijk stilstaan bij de fase van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Nochtans dient ook hier opgemerkt dat artikel 1134, derde lid B.W. de werknemer ook *na* de beëindiging van de (arbeids)overeenkomst gebiedt de nodige goede trouw en loyaliteit in acht te nemen. Net als de (negatieve) plicht voor de werknemer zijn voormalige werkgever niet oneerlijk te beconcurreren (*supra*), kan de hier besproken

¹⁹⁸ Luik 9 maart 2000, *J.T.* 2001, 702; Cass. 3 februari 1971, *Pas.* 1971, I, 511; R. VAN BOVEN "Niet-concurrentie als bestuurder of aandeelhouder", 24.

¹⁹⁹ V. THIELMAN, "Juridische problematiek van de oneerlijke concurrentie", 49.

²⁰⁰ Cass. 3 februari 1971, *Pas.* 1971, I, 511; R. VAN BOVEN "Niet-concurrentie als bestuurder of aandeelhouder", 24.

²⁰¹ D. MATRAY, C. DUVIEUSART en L. MASSON, "Les clauses conventionnelles de garantie dans les cessions de fonds de commerce", in: H. COUSY, B. TILLEMEN en A. BENOÎT-MOURY (eds.), *De Handelszaak*, Brugge, die Keure, 2001, 227; N. ULBURGHES, "Het niet-concurrentiebeding in overname-overeenkomsten", *V&F* 1998, 104; Voor een toepassing: Antwerpen 13 september 1979, *R.W.* 197-80, 2009.

discretieplicht van de werknemer aangemerkt worden als een verplichting *ex contractu* die doorwerkt na afloop van de (arbeids)overeenkomst.

4.1.1. *Wettelijke grondslag van de discretieplicht van de werknemer*

Dat het verbod op concurrentie nauw verbonden is met de discretieplicht van de werknemer blijkt ondermeer uit de wettelijke grondslag van beide. Zo bepaalt het hierboven besproken artikel 17, 3°, a) Arbeidsovereenkomstenwet niet enkel dat het de werknemer verboden is daden van oneerlijke concurrentie te verrichten of daaraan mee te werken, maar tevens dat de werknemer zich er, zowel tijdens de arbeidsovereenkomst als na afloop ervan, van moet onthouden fabrieksgeheimen, zakengeheimen of geheimen in verband met persoonlijke of vertrouwelijke aangelegenheden waarvan hij in de uitoefening van zijn beroepsarbeid kennis heeft of kan hebben, bekend te maken.

Zoals wij hebben gesteld in het deel rond concurrentie, zou de werknemer bovendien ook zonder dergelijke uitdrukkelijke bepaling tot discretie gehouden zijn. De plicht, voortvloeiend uit art. 1134, derde lid B.W., om de arbeidsovereenkomst te goeder trouw uit te voeren, gebiedt de werknemer immers ook hier de nodige loyaliteit in acht te nemen ten opzichte van de werkgever en diens onderneming. Die loyaliteit impliceert, onder andere ook dat de werknemer de nodige discretie bewaart inzake informatie die de werkgever als vertrouwelijk aanmerkt of die redelijkerwijze als vertrouwelijk moet worden opgevat. De werkgever kan er immers belang bij hebben dat dergelijke informatie niet bekend raakt bij derden, zoals zijn rechtstreekse concurrent²⁰². Door te bepalen dat de discretieplicht van de werknemer impliciet deel uitmaakt van elke arbeidsovereenkomst, lijkt het Hof van Cassatie die redenering, in diens arrest van 19 februari 1960, te bevestigen.²⁰³ Verder zal blijken dat de op de *aanvullende* werking van art. 1134, derde lid B.W. gesteunde discretieplicht van groot belang kan zijn. Zo kan de algemene goede-trouw-plicht van de werknemer zijn discretieplicht immers uitbreiden tot informatie die niet onder de bescherming van de Arbeidsovereenkomstenwet of het Strafwetboek valt²⁰⁴.

²⁰² Hieruit blijkt des te meer de nauwe band tussen het concurrentieverbod en de discretieplicht van de werknemer.

²⁰³ Cass. 19 februari 1960, *Pas.* 1960, I, 708. Zo bekeken bevestigt het in 1978 ingeschreven art. 17, 3° van de Arbeidsovereenkomstenwet enkel wat reeds algemeen werd aanvaard door het Hof van Cassatie en de rechtsleer. Zie: J.-L. DEVOGELE, "De bestuurder van een naamloze vennootschap en diens individuele rechten op informatie: controlerecht en discretieplicht", *DAOR* 2007, 40 (hierna verkort J.-L. DEVOGELE, "Controlerecht en discretieplicht"); M. JAMOULLE, "Contrat de travail et contrat d'emploi", in *R.P.D.B.*, Compl. III, Brussel, Bruylant, 1969, nr. 294; A. NAESSENS, "Verplichtingen en aansprakelijkheid van werknemer en werkgever in de loop van de arbeidsovereenkomst", in R. BLANPAIN (ed.), *Arbeidsrecht*, II-3, Brugge, die Keure, nr. 30.

²⁰⁴ Dat volgt ook uit het cassatiearrest van 19 februari 1960 (*Pas.* 1960, I, 708). V. THIELMAN, "Juridische problematiek van de oneerlijke concurrentie gepleegd door ex-werknemers, zelfstandige werknemers, werkende vennoten", *DAOR* 1990, 62 (hierna verkort V. THIELMAN, "Juridische problematiek van de oneerlijke concurrentie"); B. TILLEMANS, "De plicht tot geheimhouding en discretie van bestuurders", *T.R.V.* 1992, 284 (hierna verkort B. TILLEMANS, "De plicht tot geheimhouding en discretie").

De discretieplicht van de werknemer kent tot hertoe dus twee fundamente: een algemeen verbintenisrechtelijke (art. 1134, derde lid B.W.) en een bijzondere arbeidsrechtelijke (art. 17, 3°, a) Arbeidsovereenkomstenwet). Die laatste grondslag fungeert dan als een *lex specialis* t.o.v. het algemeen overeenkomstenrecht. Een mengeling van beide grondslagen is echter eveneens mogelijk. Op grond van het verbintenisrechtelijke principe van de wilsautonomie der partijen, dat ook toepassing vindt in het arbeidsovereenkomstenrecht, staat het de werknemer en werkgever immers vrij in hun arbeidsovereenkomst speciale bedingen overeen te komen. Zo zouden ze kunnen bedingen dat de werknemer verplicht is tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst (en eventueel ook gedurende een redelijke termijn na afloop ervan) geheimhouding te betrachten met betrekking tot bepaalde bedrijfsgegevens, zoals financiële gegevens, bedrijfsstrategieën, interne processen, knowhow enz. Miskent de werknemer die plicht, dan is hij aan de werkgever een schadevergoeding verschuldigd. Men spreekt in dat verband van confidentialiteits- of geheimhoudingsbedingen. In feite herbevestigen dergelijke bedingen de wettelijke geheimhoudingsplicht van de werknemer, zij het mogelijks op meer specifieke wijze. Het grote voordeel ervan is dan ook dat ze loyaliteitsplichten van de werknemer, ontleend aan de *aanvullende werking* van art. 1134, derde lid B.W., verfijnen, eventueel uitbreiden en meer concreet gestalte geven²⁰⁵. Confidentialiteitsbedingen die de bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet miskennen en bovendien de rechten van de werknemer inkorten of zijn plichten verzwaren, zijn echter nietig²⁰⁶. Vooral in arbeidsovereenkomsten van werknemers die actief zijn in grote researchafdelingen of informaticakantoren vormen confidentialiteitsbedingen een veelvoorkomende praktijk²⁰⁷.

Ten slotte kan de discretieplicht van de werkgever ook gesteund worden op artikel 309 Stafwetboek (Sw.), dat stelt dat *“hij die geheimen van de fabriek waarin hij werkzaam geweest is of nog is, kwaadwillig of bedrieglijk aan anderen meedeelt, wordt gestraft met gevangenisstraf van drie maanden tot drie jaar en met geldboete van 50 tot 11.000 euro”*²⁰⁸. Indien vervolging op grond van dit artikel mogelijk is, zal er naast een delictuele aanspraak ook steeds een contractuele aanspraak op grond van art. 17, 3°, a) Arbeidsovereenkomstenwet, dan wel op grond van art. 1134, derde lid B.W. of op grond van een geldig confidentialiteitsbeding mogelijk zijn.

²⁰⁵ In dezelfde zin: J. HERMAN, “Goede trouw van de werknemer bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst”, *Or.* 1988, 224 (hierna verkort J. HERMAN, “Goede trouw van de werknemer”).

²⁰⁶ Art. 6 Arbeidsovereenkomstenwet. Meer daarover: J. HERMAN, “Goede trouw van de werknemer”, 224.

²⁰⁷ J. HERMAN, “Goede trouw van de werknemer”, 224.

²⁰⁸ We gaan, wat de werknemer betreft, voorbij aan de bespreking van artikel 458 Sw., dat de schending van het beroepsgeheim strafbaar stelt. Beroepsgeheimen onderscheiden zich van zakengeheimen, fabrieksgeheimen, evenals van persoonlijke of vertrouwelijk informatie doordat zij gebonden zijn aan specifieke beroepen, zoals het beroep van geneesheer, advocaat, ed.

4.1.2. *Geheim te houden informatie*

Bij de bespreking van de draagwijdte van de discretieplicht van de werknemer, rijzen enkele cruciale vragen, zoals: wat is een geheim precies en welke zijn de grenzen aan de discretieplicht van de werknemer? Hieronder pogen wij een antwoord te geven.

Een eerste grens op de discretieplicht van de werknemer volgt uit het feit dat de plicht enkel betrekking heeft op 'geheimen'. Er moet dus sprake zijn van een geheim. Een 'geheim' staat hier tegenover een 'gegeven van algemene bekendheid'²⁰⁹. Het omvat informatie die vanaf het ontstaan ervan slechts bekend is bij een beperkte kring onmiddellijk betrokkenen²¹⁰, die een rechtmatig belang hebben bij de geheimhouding ervan²¹¹. Omdat de bekendmaking van het geheim hen schade of minstens een verlies van voordeel kan opleveren, mag het slechts met hun unanieme instemming worden verspreid²¹². 'Gegevens van algemene bekendheid' daarentegen betreffen informatie waarvan de geheimhouding de onderneming geen meerwaarde bezorgt. Ze kunnen spontaan en zonder voorbehoud naar buiten worden gebracht. Logischerwijze valt die laatste soort informatie dan ook niet onder de discretieplicht van de werknemer.

Anderzijds begrenzen art. 17, 3°, a) Arbeidsovereenkomstenwet en art. 309 Sw. de verschillende categorieën van confidentiële informatie die de werknemer discreet dient te houden. De Arbeidsovereenkomstenwet spreekt immers enkel over *'fabrieksgeheimen, zakengeheimen of geheimen in verband met persoonlijke of vertrouwelijke aangelegenheden, waarvan hij in de uitoefening van zijn beroepsarbeid kennis kan hebben'*. Het Strafwetboek vermeldt dan weer *'de geheimen van de fabriek'*. Wat met al die termen precies wordt bedoeld, bespreken we hieronder. Nochtans is de begrenzing van de discretieplicht van de werknemer op grond van de genoemde categorieën confidentiële informatie niet absoluut. De algemene goede-trouw-plicht van de werknemer, gebaseerd op art. 1134, derde lid B.W., breidt diens discretieplicht immers uit tot confidentiële informatie die niet onder de bescherming van de Arbeidsovereenkomstenwet of het Strafwetboek valt (cf. *aanvullende werking van de goede trouw*)²¹³. Te denken valt bijvoorbeeld aan informatie die de

²⁰⁹ Zie ook: A. VAN MENSEL, "De bescherming van fabrieksgeheimen of technische know-how naar Belgische recht", *R.W.* 1981-82, 2007 (hierna verkort A. VAN MENSEL, "De bescherming van fabrieksgeheimen").

²¹⁰ Dat het geheim slecht gekend is door 'een beperkte kring onmiddellijk betrokkenen' neemt niet weg alle werknemers binnen (een afdeling van) de onderneming, en mogelijks zelfs personen buiten de onderneming er weet van kunnen hebben. Wat 'geheim' is, blijft immers uitermate relatief. In dezelfde zin: J. HERMAN, "Goede trouw van de werknemer", 222.

²¹¹ In casu zal het vooral de werkgever zijn die belang heeft bij de geheimhouding van de beschermde informatie.

²¹² Elk geheim omvat dus zowel een objectief (geen algemene bekendheid), als een subjectief (geheimhoudingswil) element. Zie: B. TILLEMANS, "De plicht tot geheimhouding en discretie", 283.

²¹³ Cass. 19 februari 1960, *Pas.* 1960, I, 708. *Supra*, voetnoot (204).

goede naam van de onderneming of de persoon van de werkgever kan bedreigen²¹⁴.

4.1.2.1. Fabrieksgeheimen

Fabrieksgeheimen in de zin van art. 17, 3°, a) Arbeidsovereenkomstenwet en art. 309 Sw.²¹⁵ betreffen informatie met een confidentieel karakter aangaande het productieproces binnen de onderneming²¹⁶. Dergelijke geheimen omvatten technische gegevens die ertoe strekken de producten van de onderneming te creëren en te realiseren, en zijn van die aard dat zij de fabrikant enig technisch voordeel opleveren²¹⁷. Fabrieksgeheimen verzekeren de fabrikant een zekere superioriteit ten opzichte van diens concurrenten en bezorgen hem aldus een belangrijke economische voorkeurspositie. Concreet gaat het dan bijvoorbeeld om technische productieprocedures, recepten en fabricageontwerpen. Of de werknemer daarvan kennis kreeg naar aanleiding van de uitoefening van zijn arbeidsovereenkomst of niet, speelt geen belang. Ook toevallig ontdekte fabrieksgeheimen vallen immers onder de bescherming van art. 17, 3°, a) Arbeidsovereenkomstenwet²¹⁸ en art. 309 Sw.²¹⁹. Zo moet ook de werknemer die niet actief is binnen de productieafdeling van de onderneming de door hem gekende fabrieksgeheimen voor zich houden²²⁰.

4.1.2.2. Zakengeheimen

Anders dan fabrieksgeheimen, die vooral van bedrijfstechnische aard zijn, houden ‘zakengeheimen’ verband met de commerciële of financiële knowhow

²¹⁴ J.-L. DEVOGELE, “Controlerecht en discretieplicht”, 40.

²¹⁵ Arbrb. Oudenaarde 6 maart 1997, *A.J.T.* 1997-98, 87; J. HERMAN, “Goede trouw van de werknemer”, 223.

²¹⁶ E. CARLIER, *Concurrentie tijdens en na de arbeidsrelatie*, Mechelen, Kluwer, 19 (hierna verkort E. CARLIER, *Concurrentie tijdens en na de arbeidsrelatie*); A. VAN MENDEL, “De bescherming van fabrieksgeheimen”, 2006.

²¹⁷ Zie ondermeer: Cass. 27 september 1943, *Pas.* 1943, I, 1043; Cass. 26 juni 1975, *Arr. Cass.* 1975, 1152.

Worden deze gegevens niet vrijgegeven, dan spreekt men ook wel van *technische know-how* (J. HERMAN, “Goede trouw van de werknemer”, 222; A. VAN MENDEL, “De bescherming van fabrieksgeheimen”, 2002-2004).

²¹⁸ Vereist is dan wel dat de werknemer van de informatie kennis kreeg *tijdens* de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst. In het andere geval is art. 17, 3° Arbeidsovereenkomstenwet niet op hem van toepassing. Het is hier belangrijk in te zien dat er een verschil bestaat tussen het verwerven van informatie enerzijds *naar aanleiding van* de uitoefening van de arbeidsovereenkomst, d.i. als normaal te verwachten (en zelfs beoogd) gevolg van de uitoefening van zijn functie, en anderzijds *tijdens* de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. In dat laatste geval is de kennisname van de informatie eerder toevallig en geen logisch gevolg van de uitoefening van zijn functie.

²¹⁹ E. CARLIER, *Concurrentie tijdens en na de arbeidsrelatie*, 22.

²²⁰ J. HERMAN, “Goede trouw van de werknemer”, 223.

waarover een onderneming beschikt²²¹. Voorbeelden daarvan zijn vertrouwelijke herstructureringsplannen²²², gemaakte productiekosten²²³, genoten voorkeurstarieven²²⁴ en de gehanteerde winstmarges bij de verkoop van gefabriceerde eenheden²²⁵. Ook hier kan de niet-verspreiding ervan de werkgever en onderneming een belangrijk concurrentieel voordeel opleveren²²⁶. Bovendien speelt het hier evenmin een rol hoe en wanneer dergelijke commercieel-financiële informatie de werknemer ter kennis kwam. De werknemer moet het zakengeheim dus niet verworven hebben *naar aanleiding van* de uitoefening van zijn functie opdat het beschermd zou zijn.

4.1.2.3. Geheimen in verband met persoonlijke of vertrouwelijke aangelegenheden

De laatste categorie beschermde informatie waarover de Arbeidsovereenkomstenwet spreekt, betreft de geheimen in verband met persoonlijke of vertrouwelijke aangelegenheden. Die ruime en in subjectieve termen omschreven categorie dekt alle confidentiële informatie die de werknemer heeft verworven *naar aanleiding van de uitoefening van zijn functie*²²⁷. Vertrouwelijke informatie verworven *buiten* het kader van de arbeidsovereenkomst valt *a contrario* niet onder de discretieplicht van de werknemer, althans niet in de zin van art. 17, 3°, a) Arbeidsovereenkomstenwet. Dat betekent evenwel niet dat de bekendmaking ervan steeds straffeloos blijft. De loyaliteitsplicht van de werknemer, afgeleid van art. 1134, derde lid B.W, kan immers zijn discretieplicht uitbreiden tot andere informatie dan diegene die expliciete wettelijke bescherming geniet, met name tot informatie waarvan de werknemer *redelijkerwijze* moet aannemen dat ze niet bekend mag worden gemaakt (*supra*). Zo getuigt de verspreiding van gegevens over de gezondheid van de werkgever of over verwickelingen in diens gezinssituatie door zijn privésecretaresse bijvoorbeeld van weinig loyaliteit²²⁸. Of dat voldoende is om een ontslag om dringende redenen te rechtvaardigen, dan wel de betaling van een vergoeding van de aldus geleden commerciële dan wel morele schade verschuldigd maakt, blijft echter een andere vraag (*infra*).

²²¹ E. CARLIER, *Concurrentie tijdens en na de arbeidsrelatie*, 20; B. TILLEMANS, "L'obligation au secret et à la discrétion des administrateurs de société", *J.T.T.* 1993, 552 (hierna verkort B. TILLEMANS, "L'obligation au secret").

²²² Arbh. Brussel, 20 februari 1980, A.R. nr. 10.075, *V.B.O.* 1981, 1784.

²²³ J. HERMAN, "Goede trouw van de werknemer", 222.

²²⁴ Arbh. Bergen, *Rev. Liège* 1989, 200, geciteerd in TILLEMANS, "De plicht tot geheimhouding en discretie", 283.

²²⁵ J. HERMAN, "Goede trouw van de werknemer", 222.

²²⁶ R. HENRION, "Le secret des affaires en droit belge", in *Le secret et le droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant, XIV, Parijs, Dalloz, 1974, 195-225; V. THIELMAN, "Juridische problematiek van de oneerlijke concurrentie", nr. 103.

²²⁷ J. HERMAN, "Goede trouw van de werknemer", 223.

²²⁸ Zo ook: J.-L. DEVOGELE, "Controlerecht en discretieplicht", 40; B. TILLEMANS, "L'obligation au secret", 552.

4.1.2.4. Wat met verworven ervaring en klantenkennis?

Een van de probleempunten verbonden aan de discretieplicht van de werknemer betreft de vage grens tussen wettelijk beschermde geheimen enerzijds en verworven ervaring en klantenkennis anderzijds. Waar de eerste onder de plicht tot geheimhouding vallen, is dat voor de tweede minder vanzelfsprekend. Zo redeneerde de Arbeidsrechtbank te Brussel dat de *in casu* gewezen werknemer de geheimhouding moest bewaren omtrent gehanteerde werkprocedures, niet-gepatenteerde uitvindingen, verbeteringen of wijzigingen aangebracht aan gepatenteerde machines in zoverre dat alles het voorwerp uitmaakte en het resultaat vormde van onderzoek en denkwerk binnen de onderneming²²⁹. Anderzijds kon de werknemer probleemloos gebruikmaken van de ervaring opgedaan bij zijn voormalige werkgever, nu die ervaring tot zijn persoonlijke capaciteiten en bekwaamheid behoorde²³⁰. Indien men de werknemer zou verhinderen opdrachten uit te denken of offertes te formuleren op de wijze die hij bij zijn vorige werkgever heeft geleerd of gepraktiseerd, zou men hem immers verhinderen zijn beroep uit te oefenen²³¹. Daarom ook dat niets zich ertegen verzet voordeel te halen uit voorheen verworven klantenkennis en het bij het cliënteel opgebouwde vertrouwen²³². Verwarringstichting, derdemedepligtigheid aan contractsbreuk, gebruik van wederrechtelijk in bezit genomen klantenfiches en laster ten koste van de voormalige werkgever zijn daarbij wel uit den boze²³³. We komen hier erg in de buurt van het hoger besproken leerstuk inzake concurrentie tijdens en na de arbeidsrelatie, met inbegrip van de problematiek van de voorbereiding van concurrerende activiteiten staande de arbeidsovereenkomst en de afwerving van cliënteel. Nu dat laatste probleempunt niet tot de kern van deze studie behoort, beperken we ons hier tot een verwijzing naar hetgeen we daarover in het vorige deel (rond de goede trouw en het verbod op concurrentie in het arbeidsovereenkomstenrecht) hebben uiteengezet.

4.1.2.5. Wat met uitvindingen?

²²⁹ Arbrb. Brussel 24 april 2002, *Soc. Kron.* 2006, 357. Zie ook: Vz. Kh. Charleroi 18 februari 1994, *Ing. Conseil* 1994, 123.

²³⁰ Arbrb. Brussel 24 april 2002, *Soc. Kron.* 2006, 357. Zie ook: Brussel 20 februari 1996, *R.W.* 1996-97, 445; Brussel 21 februari 1996, *A.P.C.* 1996, 432; Vz. Kh. Antwerpen 5 december 1996, *A.P.C.* 1996, 559; Vz. Kh. Brussel 20 mei 1998, *A.P.C.* 1998, 555; Brussel 3 december 1998, *A.P.C.* 1998, 520; Vz. Kh. Antwerpen 3 december 1998, *A.P.C.* 1998, 587; G. BALLON, "Know how en zijn bescherming", in R. BLANPAIN, *Liber Amicorum Prof. dr. Roger Blanpain*, Brugge, die Keure, 1998, 690-692. Het onderscheid tussen kennis en ervaring, behorend tot de wetenschap, capaciteiten en bekwaamheid van de werknemer enerzijds en kennis en kunde eigen aan de onderneming en vallend onder de bescherming van art. 17, 3° Arbeidsovereenkomstenwet en art. 309 Sw. anderzijds, is echter niet altijd even klaar. Zie: B. MICHAUX, "Concurrence déloyale et anciens co-contractants. Les mises au point de la dernière jurisprudence", *T.B.H.* 1994, 581-582.

²³¹ Arbrb. Brussel 24 april 2002, *Soc. Kron.* 2006, 357.

²³² Vz. Kh. Luik 18 juli 1995, *A.P.C.* 1995, 338; Vz. Kh. Hasselt 16 februari 1996, *A.P.C.* 1996, 507.

²³³ Arbrb. Brussel 24 april 2002, *Soc. Kron.* 2006, 357.

Een andere vaak gestelde vraag betreft de door de werknemer gedane uitvindingen: strekt de discretieplicht van de werknemer zich uit over de door hem gedane uitvindingen? M.a.w., moet de werknemer daarover - in het belang van de onderneming - het stilzwijgen bewaren? Om die vraag te beantwoorden, maakt men een onderscheid tussen dienstuitvindingen, vrije uitvindingen en afhankelijkke uitvindingen.

Van een '*dienstuitvinding*' is sprake wanneer de werknemer, op initiatief van de werkgever, iets uitvindt of ontdekt. De uitvinding is dan het rechtstreeks gevolg van de uitvoering door de werknemer van zijn normale arbeidstaak, zijnde de onderzoeksopdracht of inventieve taak waarvoor hij werd aangeworven of waarmee hij tijdens de arbeidsovereenkomst werd belast, dan wel van een bijzondere inventieve opdracht die aan de werknemer werd opgedragen naast of in de plaats van zijn normale arbeidstaken²³⁴. Dienstuitvindingen gebeuren binnen de arbeidstijd en worden met middelen van de werkgever of onderneming gepresteerd²³⁵. De werknemer die een dienstuitvinding doet moet zijn werkgever daarvan onverwijld op de hoogte brengen²³⁶. Die laatste wordt dan immers zonder meer titularis van de aan de uitvinding verbonden vermogensrechten²³⁷. Logisch gevolg daarvan is dat de werknemer dergelijke uitvindingen geheim moet houden. Zijn discretieplicht geldt onverkort.

Een '*vrije uitvinding*' daarentegen gaat uit van de werknemer, vindt plaats buiten de arbeidsrelatie (in de vrije tijd van de werknemer), vertoont geen enkel verband met de arbeidstaak van de werknemer, noch met de activiteiten van de onderneming en wordt door de werknemer met zijn eigen middelen gerealiseerd²³⁸. Dergelijke uitvinding is zonder meer eigendom van de werknemer²³⁹; hij beslist vrij of hij die uitvinding aan discreet houdt of niet²⁴⁰.

Bij een '*afhankelijke uitvinding*' is de oplossing echter minder duidelijk. Afhankelijke uitvindingen zijn uitvindingen waarbij de band tussen de arbeidsovereenkomst en de uitvinding aanwijsbaar is, doch minder expliciet dan bij dienstuitvindingen²⁴¹. Hoewel de uitvinding plaatsvindt binnen het

²³⁴ M.-C. JANSSENS, *Uitvindingen in dienstverband met bijzondere aandacht voor uitvindingen aan universiteiten*, Brussel, Brylant, 1996, 221-222 (hierna verkort M.-C. JANSSENS, *Uitvindingen in dienstverband*).

²³⁵ M. JAME, "Uitvindingen in dienstverband. Het belang van een contractuele regeling", Hasselt, Nieuwsbrief van Gompel – Renette, 2006, 4, www.vangompelrenette.be/content/documents/Zomer%202006.pdf, geconsulteerd op 18 maart 2009 (hierna verkort M. JAME, "Uitvindingen in dienstverband").

²³⁶ M.-C. JANSSENS, *Uitvindingen in dienstverband*, 236.

²³⁷ P. DE JONG, "Inleiding tot het octrooierecht. Voorwaarden voor en inhoud van de bescherming en exploitatie van octrooien", Workshopreeks Intellectuele Rechten, Lessius Hogeschool, 2007, 8, www.designvlaanderen.be/0/0/db/contentitem/presentatie_philip_de_jong.pdf, geconsulteerd op 18 maart 2009; P. DE JONG, O. VRINS en C. RONSE, "Evoluties in het octrooierecht. Overzicht van rechtspraak 2003-2006", *T.B.H.* 2007, 423-480; M.-C. JANSSENS, *Uitvindingen in dienstverband*, 225.

²³⁸ M.-C. JANSSENS, *Uitvindingen in dienstverband*, 262.

²³⁹ M.-C. JANSSENS, *Uitvindingen in dienstverband*, 263.

²⁴⁰ J. HERMAN, "Goede trouw van de werknemer", 222.

²⁴¹ M. JAME, "Uitvindingen in dienstverband", 4.

kader van de arbeidsovereenkomst en met middelen van de onderneming, vormt ze immers niet het rechtstreeks beoogde gevolg van de uitoefening van de arbeidstaken door de werknemer. Doorslaggevend om een uitvinding het statuut van 'afhankelijke uitvinding' te verlenen, is, aldus JANSSENS, dat een duidelijke inbreng van de werkgever, financieel-materieel, dan wel intellectueel-immaterieel, kan worden aangetoond²⁴². Gedacht kan worden aan de uitvinding van een technisch machinestuk door een technicus wiens normale arbeidstaak niet bestaat uit het verrichten van onderzoeksactiviteiten, maar wel uit het onderhoud van machines²⁴³. Zowel de werknemer als de werkgever zouden dan als eigenaar van het machinestuk en de daaraan verbonden rechten kunnen worden beschouwd. Of een van hen exclusief eigenaar is en, zo ja, wie, wordt in de rechtsleer betwist²⁴⁴. Dat maakt het moeilijk een algemene uitspraak te doen over de vraag of de discretieplicht van de werknemer zich ook uitstrekt over afhankelijke uitvindingen. Volgens ons lijkt dat wel het geval, zo niet op grond van art. 17, 3°, a) Arbeidsovereenkomstenwet of art. 309 Sw.²⁴⁵, dan toch op grond van art. 1134, derde lid B.W. en de daarvan afgeleide loyaliteitsplicht van de werknemer. Die laatste grond vormt o.i. tevens de basis voor een discretieplicht in hoofde van de werkgever aangaande 'afhankelijke uitvindingen'. Immers, ook de werknemer kan er in dergelijk geval belang bij hebben dat de werkgever de nodige discretie bewaart. Van een 'loyaal' werkgever kan dan ook worden verwacht dat hij evenzeer rekening houdt met

²⁴² M.-C. JANSSENS, *Uitvindingen in dienstverband*, 243. De enkele omstandigheid dat de uitvinding verband vertoont met de activiteiten van de onderneming, zonder aanwijsbare inbreng van de werkgever, is aldus, volgens JANSSENS, onvoldoende om van een 'afhankelijke uitvinding' te spreken.

²⁴³ M. JAME, "Uitvindingen in dienstverband", 4.

²⁴⁴ W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium Arbeidsrecht 2007-2008. Met fiscale notities*, Mechelen, Kluwer, 2008, 760. Zie voor die discussie: M.-C. JANSSENS, *Uitvindingen in dienstverband*, 247-251. Waar volgens de ene stelling de werkgever de vermogensrechten op de uitvinding verwerft en de werknemer hoogstens recht heeft op een vergoeding (zie ondermeer: F. GOTZEN, "Industriële eigendomsrechten", in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (eds.), *Beginnelen van Belgisch Privaatrecht*, XIII, *Handels- en economische recht*, Deel I, *Ondernemingsrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 322-323), huldigt een ander deel van de rechtsleer en rechtspraak de strekking dat de vermogensrechten op de (afhankelijke) uitvinding eigendom blijven van de werknemer (zie ondermeer: Brussel 22 februari 1930, *Ing. Cons.* 1930, 43; Luik 16 februari 1931, *Ing. Cons.* 1932, 66; Arbrb. Charleroi 13 januari 1992, *T.S.R.* 1992, 308; M.-C. JANSSENS, *Uitvindingen in dienstverband*, 247; P. VAN ORSHOVEN, "Systematiek van het octrooierecht met beknopt overzicht van de octrooibaarheidsvereisten en van de octrooiprocedure", in P. VANCRAESBEECK, *Problemen van octrooierecht*, Diegem, Kluwer, 1994, 18; W. VAN EECKHOUTTE, "De goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht: een aanzet tot herbronning en reïntegratie", *T.P.R.* 1990, 1041).

²⁴⁵ Te denken valt dan aan de hypothese dat de afhankelijke uitvinding gesteund is op, dan wel gebruik zou maken van fabrieksgeheimen, zodat een octrooiaanvraag of exploitatie van die uitvinding dreigt te resulteren in de bekendmaking en verspreiding van vertrouwelijke technische bedrijfsinformatie (know-how) (M.-C. JANSSENS, *Uitvindingen in dienstverband*, 254). De werknemer zal de aanvraag of exploitatie in dergelijk geval moeten uitstellen tot hij daarvoor de toestemming van de werkgever verkrijgt, dan wel totdat de betreffende fabrieksgeheimen publiek worden gemaakt, wat hem evenwel voor het risico stelt dat de nieuwigheid van zijn uitvinding intussen achterhaald is (M.-C. JANSSENS, *Uitvindingen in dienstverband*, 254).

het belang van de werknemer bij de geheimhouding van de uitvinding, zeker nu niet absoluut vaststaat wie als (al dan niet exclusief) eigenaar moet worden beschouwd.

4.1.2.6. Uitzondering

Hieronder, bij de bespreking van de discretieplicht van de bestuurder, zal blijken dat die plicht moet worden getemperd door de op de bestuurder rustende transparantieverplichtingen. Analooq moet ook de discretieplicht van de werknemer in bepaalde gevallen worden genuanceerd en eventueel zelfs worden opzijgeschoven, zij het dan niet op grond van een specifieke wet, doch krachtens de algemene zorgvuldigheidsnorm van art. 1382-1383 B.W. We vermelden hier de situatie waarin de werknemer kennis krijgt van onoorbare praktijken. Te denken valt dan bijvoorbeeld aan het gebruik van gevaarlijke, illegale stoffen in de loop van het productieproces, evenals aan de aanwending door de onderneming van oneerlijke en bedrieglijke handelspraktijken teneinde bepaalde voorkeurstarieven af te snoepen. Dergelijke praktijken moeten worden gemeld, al was het maar op grond van de in de maatschappij geldende moraal, juridisch vertaald in de zorgvuldigheidsnorm van art. 1382-1383 B.W.

Anderzijds kan de werknemer ook kennis krijgen van handelingen of gedragingen van andere werknemers die zeer nadelig zijn voor de onderneming. Hier is dan niet meer de discretieplicht van de werknemer t.o.v. de werkgever in het geding, maar wordt de werknemer eerder, op grond van de goede trouw, zoals geconcretiseerd is het ondernemingsbelang, geboden de werkgever op de hoogte te brengen van die onoorbare praktijken van zijn collega's.

De moeilijkheid bestaat er echter in de grens te trekken tussen wat 'onoorbaar' is en wat niet. Algemeen kan worden gesteld dat al wat onoorbaar is, de maatschappij in haar geheel schokt en verder reikt dan wat *persoonlijk* wordt aangevoeld als 'onfatsoenlijk' of 'ongepast'. Een van de criteria om een praktijk als 'onoorbaar' te kwalificeren, kan zijn dat de praktijk de belangen van derden benadeelt of hun rechten schendt, hoewel schade kon worden vermeden. Louter 'onfatsoen' volstaat o.i. echter niet om de discretieplicht terzijde te schuiven.

4.1.3. *Miskening van de discretieplicht door de werknemer*

4.1.3.1. Wanneer miskent de werknemer zijn discretieplicht?

Opdat de werknemer zijn discretieplicht van art. 17, 3°, a) Arbeidsovereenkomstenwet zou miskennen, is vereist dat hij een van de hierboven besproken gegevens *kenbaar* maakt. Maakt de werknemer persoonlijk gebruik van voornoemde gegevens zonder die gegevens bekend te maken, dan miskent hij art. 17, 3°, a) Arbeidsovereenkomstenwet dus niet. Toch zou het handelen van de werknemer ook in dergelijk geval als foutief kunnen worden beschouwd, met name wanneer het getuigt van een gebrek aan

loyaliteit ten opzichte van de werkgever en de onderneming. De werknemer miskent dan immers de regel dat de arbeidsovereenkomst te goeder trouw moet worden uitgevoerd²⁴⁶.

De kenbaarmaking kan ofwel mondeling ofwel schriftelijk, actief of uit nonchalance, opzettelijk of uit nalatigheid. Daar waar de Arbeidsovereenkomstenwet en de goede-trouw-vereiste geen opzet onderstellen en bijgevolg ook de onopzettelijke verspreiding van beschermde informatie sanctioneren, vereist art. 309 Sw. wel een bijzondere vorm van opzet. Teneinde strafbaar te zijn, moeten de in dat artikel geviseerde fabrieksgeheimen immers *kwaadwillig* of *bedrieglijk* worden meegedeeld. 'Kwaadwillig' betekent 'met de bedoeling (de werkgever) te schaden'; 'bedrieglijk' slaat op de bedoeling zichzelf of een ander een ongeoorloofd voordeel te verschaffen²⁴⁷. Loutere nalatigheid is echter onvoldoende.

Een ander verschil tussen de discretieplicht op grond van de Arbeidsovereenkomstenwet en die op grond van het Strafwetboek betreft de vraag of derden daadwerkelijk kennis moeten hebben gekregen van de 'verspreide' gegevens opdat de werknemer sancties riskeert. Terwijl het 'bekendmaken' in art. 17, 3°, a) Arbeidsovereenkomstenwet niet noodzakelijk impliceert dat de personen voor wie de informatie geheim moest blijven, er ook effectief kennis van kregen, veronderstelt de term 'meedelen' in het Strafwetboek wel een daadwerkelijke kennisname in hoofde van die derden²⁴⁸. Terwijl de Arbeidsovereenkomstenwet dus al de *mogelijkheid tot kennisname* door derden sanctioneert²⁴⁹, hoeft de werknemer slechts strafsancities te vrezen indien die derden effectief weet hebben van de beschermde fabrieksgeheimen.

4.1.3.2. Gevolgen van de miskennen van de discretieplicht

Miskent de werknemer art. 309 Sw., dan riskeert hij de in dat artikel bepaalde strafsancities. Schendt hij wat bepaald is in art. 17, 3°, a) Arbeidsovereenkomstenwet of handelt hij in strijd met de goede trouw, dan begaat hij een contractuele fout. Naargelang van de ernst van de contractuele fout kan dat aanleiding geven tot de betaling van een vergoeding voor de door de werkgever geleden en bewezen schade, tot de gerechtelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst of eventueel zelfs tot een ontslag om dringende reden. Opdat van een dergelijke dringende reden sprake zou zijn, vereist art. 35 Arbeidsovereenkomstenwet een *"ernstige tekortkoming die elke professionele samenwerking tussen de werkgever en de werknemer onmiddellijk en definitief*

²⁴⁶ J. HERMAN, "Goede trouw van de werknemer", 223.

²⁴⁷ J. HERMAN, "Goede trouw van de werknemer", 223.

²⁴⁸ E. CARLIER, *Concurrentie tijdens en na de arbeidsrelatie*, 20 en 22; A. VAN MENSEL, "De bescherming van fabrieksgeheimen", 2007. 'Derden' moet hier worden gelezen 'elke persoon, ook collega's of medewerkers, die het geheim niet kent, noch ervan op de hoogte dienen zijn' (J. HERMAN, "Goede trouw van de werknemer", 223; B. TILLEMANS, "L'obligation au secret", 550).

²⁴⁹ E. CARLIER, *Concurrentie tijdens en na de arbeidsrelatie*, 20-21: De kennisname kan dus puur hypothetisch zijn. Wel moet de bekendmaking zelf effectief zijn (Voorz. Kh. Brussel 2 november 1994, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 1994, 401). Zie ook: J. HERMAN, "Goede trouw van de werknemer", 223.

*onmogelijk maakt*²⁵⁰. Is zulke tekortkoming voorhanden, dan zal de getroffen partij (d.i. de werkgever) de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang en zonder betaling van enige opzegvergoeding kunnen beëindigen. Herstel *in natura* lijkt uitgesloten, nu door de verspreiding van de geheimen het kwaad al is geschied.

4.1.3.3. Toepassingen

Er bestaat weinig jurisprudentie over de miskenning van de discretieplicht door de werknemer. De reden daarvan is logisch: gelet op het confidentieel karakter van de beschermde informatie zal de werkgever niet snel geneigd zijn miskenningen ervan aan de grote klok te hangen. Bovendien vormen indiscreties langs werknemerszijde op zich zelden een dringende reden voor ontslag. Indien toch tot ontslag om dringende reden wordt besloten, draait het immers meestal om verschillende beroepsfouten tegelijk.

Niettegenstaande het geringe aantal rechtszaken betreffende de discretieplicht van de werknemer, vonden we toch enkele mooie toepassingen. Zo constitueerde de bekendmaking door een hogere bediende van herstructureringsplannen, waarvan die bediende wist dat ze uiterst vertrouwelijk waren, volgens het Arbeidshof te Brussel, een dringende reden om de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang te beëindigen²⁵¹. Dergelijke dringende reden is eveneens voorhanden wanneer een werknemer gedurende zijn opzegtermijn fabrieksgeheimen optekent die behoren tot een andere afdeling dan die waar hij is tewerkgesteld²⁵². De conclusie luidt echter anders indien een werknemer fotokopieën maakt van vertrouwelijke stukken teneinde het nog aan hem verschuldigd loon schriftelijk te kunnen bewijzen en op voorwaarde dat de werkgever niet kan aantonen dat de stukken werden overgemaakt aan de concurrent²⁵³.

4.2. DE DISCRETIEPLICHT VAN DE WERKGEVER

Hoewel minder uitvoerig besproken in de rechtsleer en minder nadrukkelijk geregeld in de wet, rust ook op de werkgever een zekere geheimhoudings- of discretieplicht. De *ratio* erachter is dubbel: enerzijds moet de discretieplicht van de werkgever ervoor zorgen dat de onderneming op een normale manier kan functioneren, m.a.w. zonder dat confidentiële informatie naar buiten lekt;

²⁵⁰ Voor een uitgebreide bespreking van het ontslag om dringende reden en de constitutieve bestanddelen ervan, zie: C. ENGELS, “Daden van concurrentie tijdens de arbeidsovereenkomst als dringende reden voor ontslag”, *Or.* 1988, 193-203 (hierna verkort C. ENGELS, “Daden van concurrentie tijdens de arbeidsovereenkomst”).

²⁵¹ Arbh. Brussel, 20 februari 1980, A.R. nr. 10.075, *V.B.O.* 1981, 1784; R. SWENNEN, “De oneerlijke concurrentie in het arbeidsrecht”, *Soc. Kron.* 1985, 5 (hierna verkort R. SWENNEN, “De oneerlijke concurrentie”).

²⁵² Wrr. Ber. Brugge 13 september 1968, *T.S.R.* 1969, 17.

²⁵³ Arbh. Antwerpen 22 maart 1982, *Soc. Kron.* 1984, 220; C. ENGELS, “Daden van concurrentie tijdens de arbeidsovereenkomst”, 203; R. SWENNEN, “De oneerlijke concurrentie”, 5.

anderzijds moet de privacy van de werknemer worden beschermd (zie ook wat hierboven werd opgemerkt aangaande ‘afhankelijke uitvindingen’). Naast uitdrukkelijke wettelijke bepalingen ter zake, zoals het grondwettelijk beschermd recht op privacy²⁵⁴ en de Wet op de Bescherming van Persoonsgegevens²⁵⁵, kan de discretieplicht van de werkgever gefundeerd worden op de plicht de arbeidsovereenkomst te goeder trouw uit voeren (art. 1134, derde lid B.W.), die ook op hem rust.

4.3. DE DISCRETIEPLICHT VAN DE BESTUURDER

4.3.1. Grondslag

“Was nützt Diskretion, wenn es nichts mehr gibt, was man diskret behandeln müsste?”

Een beter citaat dan dat van Heinrich BÖLL konden we niet wensen om aan te tonen dat de discretieplicht van de bestuurder een speciale positie bekleedt. Enerzijds bestaat er verwantschap tussen de discretieplicht en het concurrentieverbod, daar beiden hun uiteindelijke grondslag vinden in de verplichting de bestuurdersovereenkomst te goeder trouw en in het belang van de vennootschap uit te voeren²⁵⁶. Anderzijds weet de bestuurder zich geconfronteerd met specifieke wettelijke verplichtingen die zijn zwijgen doorbreken. Niet zelden is die wetgeving geïnspireerd door de bekommernis het vennootschapsbelang - nu eens opgevat als het belang van alle aandeelhouders, dan weer als het belang van andere *stakeholders* - te behartigen. De discretieplicht lijkt zich dan te manifesteren als een pool op het continuüm van het spreken (of het zwijgen, zo men wil). Links staat de absolute discretie, rechts de absolute transparantie. De wetgever tracht een balans te vinden, het voormelde vennootschapsbelang voor ogen. Doch, het beeld van een continuüm is niet geheel juist, daar het zou impliceren dat discretie en transparantie op gelijke hoogte tegenover elkaar staan. In tegenstelling tot een algemene discretieplicht, gesteund op de goede trouw, acht de rechtsleer een principe van algemene transparantie evenwel onbestaande, *“nonobstant une législation de plus en plus fournie imposant à l’administrateur, en sa qualité de membre du conseil d’administration, à veiller à ce que de l’information soit fournie aux actionnaires ou aux tiers, et nonobstant l’importance accordée à la transparence au niveau européen en*

²⁵⁴ Artikel 22 Grondwet. Zie ook art. 8 EVRM.

²⁵⁵ Wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens (B.S. 18 maart 1993), zoals aangepast door de wet van 11 december 1998 (B.S. 3 februari 1999). Zie ook Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, P.B. 23 november 1995, L281/31 Europese Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995.

²⁵⁶ Het concurrentieverbod kan zelfs worden opgevat als een onderdeel van de discretieplicht. Boven hebben wij trouwens reeds gezien dat het uitoefenen van bestuursmandaten in concurrerende vennootschappen op onvermijdelijke wijze de discretieplicht in gevaar brengt.

*matière financière dans le cadre de nouvelles directives tendant à une plus grande transparence du marché*²⁵⁷. Het is echter te eenvoudig te stellen dat er geen algemene transparantieplicht bestaat enkel omdat er een discretieplicht bestaat of moet bestaan. Wij komen hier verder op terug.

Zoals gezegd, wordt de grondslag van de discretieplicht van de bestuurder overwegend in de goede trouwvereiste gezocht²⁵⁸. Zoals elke overeenkomst moet ook de bestuurdersovereenkomst te goeder trouw worden uitgevoerd. Dat impliceert dat de bestuurder zich niet laat verleiden tot het onthullen van bedrijfsinterne informatie, d.i. informatie die hij heeft verworven in het kader van zijn mandaat en die niet algemeen bekend is²⁵⁹ of waarvan de bevestiging van de waarheid ervan de vennootschap schade zou kunnen berokkenen²⁶⁰. De wettelijke grondslag voor de discretieplicht is dus art. 1134, derde lid B.W. Net als bij het concurrentieverbod vult de goede-trouw-vereiste de bestuurdersovereenkomst verder aan met wat kan worden beschouwd als een redelijke plicht (cf. *aanvullende werking* van de goede trouw): het is niet meer dan loyaal dat de bestuurder principieel zijn mond houdt. Niet zelden wordt daarvoor verwezen naar art. 17, 3° Arbeidsovereenkomstenwet dat de werknemer verbiedt bepaalde geheimen waarvan hij in de uitoefening van zijn beroep kennis kan hebben, bekend te maken (*supra*). Zoals opgemerkt, bevestigt dat artikel enkel de rechtspraak van het Hof van Cassatie, dat, steunend op de goede trouw, de discretieplicht van de werknemer steeds impliciet in elke arbeidsovereenkomst leest²⁶¹. Het feit dat een aan art. 17, 3° Arbeidsovereenkomstenwet analoge bepaling voor de bestuurder ontbreekt, betekent dus niet dat het bestaan van een discretieplicht voor de bestuurder *a priori* moet worden weerhouden. Een correcte interpretatie van genoemde cassatierechtspraak leent zich tot een erkenning van een discretieplicht in elke overeenkomst waarin het van belang is dat personen bepaalde - in de uitvoering van de overeenkomst verkregen - informatie voor zich houden, teneinde de belangen van hun tegenpartij niet te krenken. In de bestuurdersovereenkomst²⁶² is dat niet anders.

²⁵⁷ J.-L. DEVOGELE, "L'administrateur de la société anonyme et son rapport individuel à l'information : droit d'investigation et devoir de discrétion", *DAOR* 2007, 89.

²⁵⁸ L. CORNELIS, "De aansprakelijkheid van de bestuurders van vennootschappen in groepsverband", in: H. BIRON en C. DAUW (eds.), *Aspecten van ondernemingsgroepen*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 173; J.-L. DEVOGELE, "Controlerecht en discretieplicht", 39; H. DE WULF, "Rechten en plichten van bestuurders", 133; B. FERON en J. MEUNIER, "La double casquette de l'administrateur", 696-697; B. TILLEMANS, "De plicht tot geheimhouding en discretie", 285; Y. VERLEISDONK, E. JANSSENS en M. WILKENHUYSEN, *Due diligence*, Brussel, Larcier, 70 (hierna verkort Y. VERLEISDONK, E. JANSSENS en M. WILKENHUYSEN, *Due diligence*). Zie ook: Kort Ged. Rb. Gent 13 februari 1990, *T.R.V.* 1992, 325; Kort Ged. Rb. Gent 4 juni 1987, *T.R.V.* 327; Rb. Leuven 30 april 1898, *Pas.* 1901, III, 253.

²⁵⁹ J.-L. DEVOGELE, "Controlerecht en discretieplicht", 39, die verwijst naar: R. HENRION, "Le secret des affaires en droit belge", in: *Le secret et le droit*, Paris, Dalloz, 1974, 212 (hierna verkort R. HENRION, "Le secret des affaires").

²⁶⁰ Y. VERLEISDONK, E. JANSSENS en M. WILKENHUYSEN, *Due diligence*, 70.

²⁶¹ Cass. 19 februari 1960, *Pas.* 1960, I, 708.

²⁶² Bepaalde auteurs menen dat op dit vlak de regels van het gemeen lastgevingsrecht doorwerken in de bestuurdersovereenkomst (Zie: J.-L. DEVOGELE, "Controlerecht en discretieplicht", 39; Y.

Verder wordt, ter fundering van de discretieplicht van bestuurders in een NV, ook dikwijls verwezen naar het collegialiteitsbeginsel dat geldt in de raad van bestuur²⁶³. Als gevolg van dat principe is het de individuele bestuurder niet toegelaten bepaalde informatie over te maken aan de algemene vergadering. Dat is immers de collegiale taak van de raad van bestuur. Van de individuele bestuurder wordt dus discretie verwacht (tenzij wanneer een inbreuk op de wetgeving of de statuten aan het licht zou komen²⁶⁴), totdat een collegiale beslissing gevallen is over de modaliteiten van het meedelen van de informatie. Hoewel het collegialiteitsbeginsel als rechtsgrond van de discretieplicht juridisch pertinent is, lijkt het – gelet op de praktijk – toch niet geheel overtuigend. Informeel overleg tussen een bestuurder en de aandeelhouder die hij feitelijk vertegenwoordigt, komt immers geregeld voor²⁶⁵.

Net zoals het te eenvoudig is te stellen dat er geen algemene transparantieplicht bestaat omdat er net een discretieplicht bestaat, is het te gemakkelijk het bestaan van een discretieplicht af te leiden uit het feit dat er geen algemene transparantieplicht bestaat. Zulke grondslag zou zich immers schuldig maken aan een kringredenering.

4.3.2. *Het schijnbare spanningsveld tussen discretie en transparantie. Vennootschapsbelang to the rescue?*

4.3.2.1. Collegialiteit en transparantie

Boven werd al gewezen op de ietwat schizofrene positie waarin de bestuurder (van een NV) zich bevindt: moet hij nu én discreet én transparant zijn? FERON en MEUNIER stellen het als volgt: “*L’administrateur d’une société anonyme se trouve dans une double relation vis-à-vis de cette société. D’une part, en sa qualité de membre de l’organe collégial qu’est le conseil d’administration, il doit remplir ses obligations de gestion collégiale et, notamment, veiller à ce que les obligations légales de diffusion de l’information soient respectées [...]*”.

VERLEISDONK, E. JANSSENS en M. WILKENHUYSEN, *Due diligence*, 70). Doch die analoge toepassing is overbodig, aangezien art. 1134, derde lid B.W. voor elke overeenkomst geldt en het voor de toepassing van voormeld artikel niet vereist is dat aanknopng wordt gezocht bij een benoemde overeenkomst.

²⁶³ J.-L. DEVOGELE, “Controlerecht en discretieplicht”, 39-40; K. GEENS en M. WYCKAERT, “Discretie of transparantie in het vennootschapsbelang: spreken is zilver, zwijgen blijft goud”, in: *Van alle markten. Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 541 (hierna verkort K. GEENS en M. WYCKAERT, “Discretie of transparantie in het vennootschapsbelang”); B. TILLEMANS, “De plicht tot geheimhouding en discretie”, 286.

²⁶⁴ J.-L. DEVOGELE, “Controlerecht en discretieplicht”, 39-40; R. HENRION, “Le secret des affaires”, 212 ; F. T KINT en G. HORSMANS, “La société anonyme - 1960 à 1973”, *J.T.* 1973, 438. *Supra* met betrekking tot de werknemer.

²⁶⁵ H. DE WULF, “Rechten en plichten van bestuurders”, 134; B. FERON en J. MEUNIER, “La double casquette de l’administrateur”, 597.

*D'autre part, en sa qualité d'individu, l'administrateur est, de par l'exercice de ses fonctions, dépositaire de nombreuses informations secrètes ou confidentielles appartenant à la société. Il a alors vis-à-vis de cette dernière un devoir de discrétion et une obligation de loyauté, lui imposant de ne pas révéler ces informations à des tiers et de ne pas les utiliser à d'autres fins que celles de l'intérêt de la société*²⁶⁶. Uit dat spanningsveld vloeit voort dat de bestuurder dus *in principe* discretie verschuldigd is. Die *principiële* discretieplicht geldt echter slechts voor zover en in de mate dat de bestuurder, als lid van het bestuursorgaan, niet door een spreekplicht wordt getroffen. Het weze benadrukt dat de wetgever steeds moet aangeven wanneer dat het geval is, daar er geen algemene spreekplicht ten laste van de bestuurder bestaat. Het kan niet worden verwacht van de bestuurder dat hij zelf, te goeder trouw en in het licht van het vennootschapsbelang, kan uitmaken wanneer hij moet zwijgen en wanneer hij moet spreken. Daarom blijft de discretieplicht de voorkeur behouden²⁶⁷. Zeggen dat de bestuurder op grond van de goede trouw over een transparantieplicht beschikt, *even volwaardig* als zijn discretieplicht, is niet alleen in strijd met de logica (de draagwijdte van de ruime discretieplicht beperkt immers de draagwijdte van de transparantieplicht), maar eveneens met de fundamentele regels van het organiek vennootschapsrecht. Het bestuursorgaan vormt immers verplicht een college (art. 521, eerste lid W. Venn.)²⁶⁸. Die bepaling vormt een *lex specialis* tegenover de goede trouwvereiste van art. 1134, derde lid B.W. Het is het bestuursorgaan dat collegiaal bepaalt welke informatie naar buiten wordt gebracht²⁶⁹; de wet bepaalt wanneer dat zeker moet gebeuren²⁷⁰. De bestuurder die op eigen houtje

²⁶⁶ B. FERON en J. MEUNIER, "La double casquette de l'administrateur", 689. In dezelfde zin: K. GEENS en G. PARISIS, "Droits et devoirs des administrateurs en matière d'information financière", in: A. PUTTEMANS (ed.), *Actualités en droit des sociétés*, Brussel, Bruylant, 2006, 2 (hierna verkort K. GEENS en G. PARISIS, "Droits et devoirs des administrateurs").

²⁶⁷ Of zoals GEENS en WYCKAERT het verwoorden: "*de regel in de menselijke verhoudingen is de geheimhouding van wat vertrouwelijk is*". Zie: K. GEENS en M. WYCKAERT, "Discretie of transparantie in het vennootschapsbelang", 540. In dezelfde zin: K. GEENS en G. PARISIS, "Droits et devoirs des administrateurs", 1; D. NAPOLITANO, *De publieke vennootschap*, Brussel, Larcier, 2003, 175 (hierna verkort D. NAPOLITANO, *De publieke vennootschap*); L. SIMONT, "L'administrateur d'une société anonyme agissement isolément a-t-il un droit d'investigation individuelle", *R.P.S.* 1963, 200. In sommige rechtsleer wordt eveneens verwezen naar het feit dat een algemene transparantieplicht de zin van de wettelijke informatieplichten in vraag zou stellen. "*A quoi serviraient les nombreuses dispositions que nous évoquons au début de cette étude s'il existait de toute façon un principe général de transparence et d'information?*". Zie: B. FERON en J. MEUNIER, "La double casquette de l'administrateur", 696. Anders: Kortged. Kh. Brussel 7 september 2000; Kortged. Kh. Brussel 26 oktober 1999.

²⁶⁸ Die bepaling vormt een wettelijke uitzondering op art. 34 W. Venn.

²⁶⁹ In dezelfde zin: J.-L. DEVOGELE, "Controlerecht en discretieplicht", 39-40; X. DIEUX, "La société anonyme - Armature juridique de l'entreprise ou 'produit financier'?", in: M. FLAMEE en D. MEULEMANS, *Het vernieuwd juridisch kader van de ondernemingen : financieel, vennootschaps- en boekhoudrecht*, Brugge, die Keure, 1993, nr. 81; K. GEENS en M. WYCKAERT, "Discretie of transparantie in het vennootschapsbelang", 541. De uitzonderingen op die regel worden verder besproken.

²⁷⁰ Een andere vraag stelt zich voor de transparantie van de raad van bestuur als orgaan (dus niet de individuele bestuurder). De goede trouw lijkt daarbij geen rol te kunnen spelen, aangezien de relatie tussen de raad van bestuur en de vennootschap er geen is van contractuele aard, maar van

en buiten elke bijzondere wettekst om informatie verspreidt, handelt in strijd met het collegialiteitsbeginsel en zijn discretieplicht en dus niet te goeder trouw.

4.3.2.2. Vennootschapsbelang en discretie

De wetgever (en niet de goede trouw) duidt aan wanneer de bestuurder, als lid van de raad van bestuur, moet spreken. Een wettelijke plicht tot spreken bestaat bijvoorbeeld wanneer occasionele informatie moet worden meegedeeld (art. 10 Wet 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten jo. art. 6 K.B. 31 maart 2003 betreffende de verplichtingen van emittenten van financiële instrumenten die zijn toegelaten tot de verhandeling op een Belgische gereguleerde markt) of wanneer de bestuurders bepaalde informatie in de jaarrekening of het jaarverslag kenbaar moeten maken (respectievelijk art. 92 en 95 W. Venn.)²⁷¹.

GEENS en WYCKAERT tonen echter aan dat de wetgever op verschillende plaatsen een zekere appreciatiemarge voor de individuele bestuurder heeft gelaten. Een duidelijk voorbeeld daarvan ligt verrat in de laatste zinsnede van het eerste lid van art. 540 W. Venn.: bestuurders dienen slechts op de vragen van aandeelhouders op de algemene vergadering te antwoorden voor zover de mededeling van gegevens of feiten niet van die aard is dat zij ernstig nadeel zou berokkenen aan de vennootschap, de aandeelhouders of het personeel. Die laatste zinsnede is een duidelijke verwijzing naar de ruime invulling van het vennootschapsbelang als dat van de *stakeholders*²⁷² en geeft de bestuurders een zekere “*immunitézone*”²⁷³ waarbinnen zij kunnen terugvallen op hun zwijgrecht. “*Dit zwijgrecht kan men steunen op de algemene verplichting van de bestuurders om steeds te handelen in het belang van de vennootschap. Dat belang is dus onder omstandigheden zeker gediend bij een discretieplicht, die*

organieke aard. Doch mogen we hier niet vergeten dat de raad van bestuur zijn handelen en nalaten steeds moet toetsen aan het vennootschapsbelang. In voorkomend geval kan de goede trouw, geconcretiseerd in het vennootschapsbelang, aan de raad van bestuur als orgaan een informatieplicht opleggen. In dezelfde zin, maar niet gegrond op de goede trouw, doch enkel op het vennootschapsbelang: Y. VERLEISDONK, E. JANSSENS en M. WILKENHUYSEN, *Due diligence*, 72-73, die verwijzen naar: O. CLEVENBERGH, “La communication d’informations confidentielles dans le cadre des ‘due diligence’, en particulier dans le cas des sociétés cotées”, *T.B.H.* 2005, 119; N. VAN CROMBRUGGE, “Rechten en plichten van bestuurders bij onderhandelingen over de overname van hun vennootschap”, *DAOR* 2003, 14. Zie ook: R. PRIoux, “La transparence, principe général de droit en matière d’information des actionnaires et du marché?”, *J.T.* 1994, 226. Anders: B. FERON en J. MEUNIER, “La double casquette de l’administrateur”, 695; B. FERON en B. TAEVERNIER, *Principes généraux du droit des marchés financiers*, Brussel, Larcier, 1997, 170-171; D. NAPOLITANO, *De publieke vennootschap*, 175, die schrijft dat het algemeen uitgangspunt erin bestaat dat een *vennootschap*, behoudens andersluidende bepaling, niet gehouden is om informatie publiek te maken.

²⁷¹ Voor een overzicht van alle mogelijke informatieverplichtingen van de raad van bestuur, zie: J.-L. DEVOGELE, “Controlerecht en discretieplicht”, 27 e.v.

²⁷² J.-L. DEVOGELE, “Controlerecht en discretieplicht”, 44.

²⁷³ K. GEENS en M. WYCKAERT, “Discretie of transparantie in het vennootschapsbelang”, 540. Zie ook: H. BRAECKMANS, “Het Wetboek van Vennootschappen”, *R.W.* 2000-01, 1481 (hierna verkort H. BRAECKMANS, “Het Wetboek van Vennootschappen”).

*het wint op het verlangen van de aandeelhouders om bepaalde zaken precies te weten*²⁷⁴. BRAECKMANS merkt trouwens op dat de rechtsleer vroeger al aanvaardde dat een bestuursorgaan (juister: een *bestuurder*, aangezien het o.i. gaat om een individuele plicht), op grond van art. 77, vierde lid Venn. W., “naar omstandigheden, en uiteraard alleen in het belang van de vennootschap of wegens een conventionele geheimhoudingsplicht”, kon weigeren dergelijke vragen te beantwoorden²⁷⁵. Transparantie is dus steeds beperkt door het vennootschapsbelang en hetzelfde vennootschapsbelang zet de wetgever ertoe aan meer transparantie te creëren.

Het vennootschapsbelang bepaalt dus de grens tussen zwijgen en spreken. In de zgn. immuniteitszones staat het de bestuurder, volgens GEENS en WYCKAERT, vrij te kiezen tussen spreken en zwijgen²⁷⁶. ‘Vrij’ is hij echter niet, aangezien hij daarbij moet steunen op het vennootschapsbelang²⁷⁷. Hoewel een algemene spreekplicht door de rechtsleer en ook door ons als onbestaande wordt beschouwd, moet ook de discretieplicht steeds in het belang van de vennootschap worden gehanteerd. Het vennootschapsbelang opereert hier als een open norm aan de hand waarvan de bestuurder moet toetsen wanneer bepaalde informatie kenbaar moet worden gemaakt en wanneer niet, zelfs al legt de wet hem geen uitdrukkelijke bekendmaking op. Het is dan dat vennootschapsbelang dat de goede trouw gestalte geeft. Het enige voorbeeld van een transparantieplicht voor de individuele bestuurder die niet door de wet is opgelegd²⁷⁸ zijn de bestuursfouten²⁷⁹. De discretieplicht kan inderdaad niet dienen als dekmantel voor fouten begaan door bestuurders²⁸⁰. Het is immers in het belang van de vennootschap die fouten zo snel mogelijk te melden aan de algemene vergadering zodat die de nodige stappen kan zetten teneinde de schade te voorkomen of te beperken (bv. afzetten van het actuele bestuur en benoemen van het opvolgend bestuur). De wet voorziet trouwens in een mogelijkheid voor bestuurders om zich van hun aansprakelijkheid bevrijd te zien, ingeval collega-bestuurders het wetboek van vennootschappen of de statuten schenden, ze zelf geen deel hebben aan de overtreding en ze de overtreding op de eerstvolgende algemene vergadering bekendmaken (art. 528 W. Venn.)²⁸¹. Doch ook hier “[b]lijft [...] overleind de regel dat de bestuurder

²⁷⁴ K. GEENS en M. WYCKAERT, “Discretie of transparantie in het vennootschapsbelang”, 528.

²⁷⁵ H. BRAECKMANS, “Het Wetboek van Vennootschappen”, 1481. Zie bv.: B. VAN BRUYSTEGEM, *De Vennootschappenwet '84*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 92.

²⁷⁶ K. GEENS en M. WYCKAERT, “Discretie of transparantie in het vennootschapsbelang”, 541.

²⁷⁷ K. GEENS en M. WYCKAERT, “Discretie of transparantie in het vennootschapsbelang”, 541.

²⁷⁸ Eigenlijk wordt die transparantieplicht wel door de wet opgelegd, nl. door de verplichting de bestuurdersovereenkomst te goeder trouw uit te voeren (art. 1134, derde lid B.W.). Doch, we hebben zonet gesteld dat het collegialiteitsbeginsel een *lex specialis* vormt en dus voorrang heeft. Met ‘niet door de wet opgelegd’ bedoelen we dus ‘niet door een bijzondere wet opgelegd’.

²⁷⁹ J.-L. DEVOGELE, “Controlerecht en discretieplicht”, 41; H. DE WULF, “Rechten en plichten van bestuurders”, 134; B. FERON en J. MEUNIER, “La double casquette de l’administrateur”, 697.

²⁸⁰ Er bestaat dus geen absoluut recht op discretie. Zie: B. TILLEMANS, “De plicht tot geheimhouding en discretie”, 286.

²⁸¹ Die bepaling vormt echter geen bijzondere wettelijke basis voor een transparantieplicht.

*slechts prijsgeeft wat in deze context uitsluitend in het belang van de vennootschap is, en dat hij dat zo 'discreet' mogelijk doet*²⁸².

Bestuursfouten vormen dus de enige extralegale uitzondering waar de individuele bestuurder op eigen houtje met bepaalde informatie naar buiten moet treden (*supra*, i.v.m. het collegialiteitsbeginsel). Dan nog moet de bestuurder discreet omspringen met die uitzonderingsmogelijkheid. Het is en blijft de uitzondering die de regel bevestigt, d.i. de regel van de afwezigheid van een algemene transparantieplicht. De loyaliteitsplicht verplicht de bestuurder in beginsel immers tot zwijgen, niet tot spreken. Dat neemt echter niet weg dat de bestuurder zich in de praktijk dikwijls op informele wijze zal uitlaten over beleidsbeslissingen van het bestuur, en dat in strijd met de goede trouw en de daar voor hem uit voortvloeiende loyaliteitsplichten²⁸³ (*supra*). De vennootschap beschikt echter vaak niet over effectieve actiemiddelen om tegen zulke deloyale bestuurders op te treden. Dat kan problematisch zijn. Wanneer de vennootschap door de praktijken van een praatgrage bestuurder schade leidt en hem daarvoor in rechte aanspreekt, verleent zij immers zelf rechtvaardigheid aan de informatie die zij liever (nog) niet publiek wilde maken. De aansprakelijkheidsvordering kan dan ook de schade, namelijk de nadelige gevolgen die voortvloeien uit het verspreiden van informatie die niet verspreid mocht worden, niet ongedaan maken, maar riskeert die schade zelfs uit te breiden. Dezelfde risico's zijn verbonden aan de *ad nutum* herroepbaarheid van de bestuurder in kwestie. Men moet dan immers niet alleen alle aandeelhouders op voet van gelijkheid informeren, ook derden zullen zich vragen stellen. Daarom ook bestaat er zo weinig rechtspraak betreffende de schending door de bestuurder van zijn discretieplicht²⁸⁴.

Uit het voorgaande kan alvast één ding worden afgeleid: discretie is en blijft problematisch. De individuele bestuurder is in beginsel tot discretie gehouden, doch in beginsel niet tot transparantie. Transparantie is immers zaak van het collegiaal bestuursorgaan. Terwijl men zich echter blind staart op dit collegialiteitsvereiste, dreigt gaat men voorbij te gaan aan praktijken van informeel overleg. Praktijken van informeel overleg tussen de bestuurder en de aandeelhouder(s) die hij feitelijk vertegenwoordigt, worden door de rechtsleer soms gerechtvaardigd doordat zij zouden steunen op een stilzwijgende machtiging vanwege de gehele raad van bestuur²⁸⁵.

Waar het dus steeds op aankomt, is dat de individuele bestuurder zich moet afvragen of hij handelt in het belang van de vennootschap die hij mede

²⁸² K. GEENS en M. WYCKAERT, "Discretie of transparantie in het vennootschapsbelang", 534.

²⁸³ In dezelfde zin: H. DE WULF, "Rechten en plichten van bestuurders", 134; K. GEENS en M. WYCKAERT, "Discretie of transparantie in het vennootschapsbelang", 525.

²⁸⁴ En de rechtspraak die wel bestaat is dikwijls gedateerd. Zo wordt dikwijls verwezen naar Kh. Antwerpen 8 augustus 1923, *J. port Anvers* 1923, 365, waarbij werd geoordeeld dat de discretieplicht een bestuurder niet toelaat niet te antwoorden op de vraag van een aandeelhouder in verband met de overwaarding van een balanspost (m.a.w. een bestuursfout).

²⁸⁵ En mits zij enkel betrekking hebben op informatie die de aandeelhouder nodig heeft om zijn stem te vormen op de algemene vergadering. Zie: P. VAN OMMEFLAGHE, "L'acquisition du contrôle d'une société anonyme et l'information de l'acquéreur", in *Mélanges R.O. Dalcq*, Brussel, Larcier, 1994, 601; Y. VERLEISDONK, E. JANSSENS en M. WILKENHUYSEN, *Due diligence*, 71.

bestuurt, en dat zowel wanneer hij spreekt (bv. in het kader van informeel overleg met de aandeelhouder(s) die hij feitelijk vertegenwoordigt) als wanneer hij zwijgt (bv. in het kader van art. 528 W. Venn.). Wil men echter echt veilig spelen als bestuurder, dan zwijgt men best (tenzij men kennis heeft van bestuursfouten). Wil men toch bepaalde informatie meedelen, dan vraagt men daarvoor best een uitdrukkelijke collegiale machtiging van de raad van bestuur.

4.3.3. *Voorwerp en modaliteiten van de discretieplicht van de bestuurder*

4.3.3.1. **Voorwerp van de discretieplicht**

Het is eenvoudiger om *a contrario* te redeneren en te stellen dat de discretieplicht alle informatie omvat waarvoor geen specifieke (wettelijke) transparantieplicht bestaat en die niet is aangetast door een schending van het wetboek of de statuten. Dergelijke *a contrario* redenering is een *Binsenwahrheit*, aangezien discretie het uitgangspunt is en blijft. Toch hebben wij boven aangetoond dat er hier en daar grijze zones zijn en dat informeel overleg met aandeelhouders en derden in de praktijk voorkomt. Welnu, waarover dient de bestuurder het absoluut stilzwijgen te bewaren? Naar analogie met art. 17, 3° Arbeidsovereenkomstenwet, dient de (niet-) uitvoerende bestuurder zich niet uit te laten over fabrieksgeheimen, zakengeheimen en geheimen die verband houden met persoonlijke of vertrouwelijke aangelegenheden waarvan hij in de uitoefening van zijn functie kennis kan hebben²⁸⁶. Die begrippen werden hoger al uiteengezet (in het deel over de discretieplicht in het arbeidsovereenkomstenrecht). Voorbeelden zijn vertrouwelijke herstructureringsplannen, prospecten, de wijze waarop de vennootschap haar prijsbeleid vastlegt of het bestaan van een gunstige relatie met een leverancier of een afnemer²⁸⁷. Zoals dat het geval is voor werknemers, gaat de discretieplicht voor bestuurders verder dan het bewaren van geheimen. Meer bepaald is de bestuurder op grond van de goede trouw verplicht *“te waken over het behoud van de professionele reputatie van de vennootschap, door bijvoorbeeld de verspreiding van informatie te vermijden die weliswaar geen zakengeheim uitmaakt, maar waarvan de verspreiding de vennootschap zou kunnen schaden”*²⁸⁸. Ook dan blijft het vennootschapsbelang dus het richtsnoer.

²⁸⁶ H. DE WULF, “Rechten en plichten van bestuurders”, 135. Zie: L. CORNELIS, “De aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in groepsverband”, in: H. BIRON en C. DAUW, *Aspecten van de ondernemingsgroepen*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 173, volgens dewelke de discretieplicht op elke inlichting slaat waarvan de bestuurder kennis neemt, hetzij als bestuurder, hetzij in een andere hoedanigheid, *“wanneer hij ze enkel omwille van het bestuurderschap kon verwerven”*.

²⁸⁷ J.-L. DEVOGELE, “Controlerecht en discretieplicht”, 26; H. DE WULF, “Rechten en plichten van bestuurders”, 135.

²⁸⁸ J.-L. DEVOGELE, “Controlerecht en discretieplicht”, 41 en de verwijzing in voetnoot (109).

Zoals gesteld, beslist de raad van bestuur best duidelijk welke informatie confidentieel blijft. Dat kan stilzwijgend²⁸⁹. Bestaat er twijfel, dan doet de bestuurder er goed aan de raad te verzoeken om een uitdrukkelijke beslissing.

Wanneer de vennootschap zelf gebonden is door bepaalde geheimhoudingsplichten (bv. op grond van een overeenkomst), bindt dat niet alleen de raad van bestuur als college, doch ook elke bestuurder individueel en dat op basis van hun discretieplicht²⁹⁰. Het spreekt voor zich dat zulke contractuele geheimhoudingsplichten binnen de bescherming van de professionele *standing* van de vennootschap vallen.

4.3.3.2. Strafbepalingen

De bestuurder is echter niet gebonden door het beroepsgeheim van art. 458 Sw., omdat het ambt van bestuurder niet noodzakelijk als een vertrouwensfunctie wordt aanzien. Geheel logisch is dat echter niet, gelet op het doorheen deze bijdrage uitgebreid beklemtoonde belang van de discretieplicht van de bestuurder. Toch blijft dat de opvatting van de rechtsleer, bij gebrek aan specifieke rechtspraak²⁹¹. Wel kan hij zich schuldig maken aan een schending van art. 309 Sw., onder dezelfde voorwaarden als hierboven voor de werknemer uiteengezet.

4.3.3.3. Duur van de discretieplicht

De discretieplicht duurt in ieder geval tot het einde van de bestuurdersovereenkomst (m.i.v. de periode waarin de bestuurder zijn mandaat na zijn ontslag nog verder uitoefent tot in zijn vervanging is voorzien of redelijkerwijze moet kunnen zijn voorzien). Maar ook daarna loopt de discretieplicht door m.b.t. informatie waarover de bestuurder enkel kan beschikken uit hoofde van zijn bestuursfunctie. Boven werd al verdedigd dat aan de goede trouw een zekere nawerking toekomt. Dat impliceert dat uit de bestuurdersovereenkomst nog loyaliteitsplichten voortvloeien voor de periode na de beëindiging ervan. Het betreft dus geen buitencontractuele werking van de goede trouw, doch een zuiver contractuele plicht met uitwerking na de overeenkomst.

²⁸⁹ J.-L. DEVOGELE, "Controlerecht en discretieplicht", 41.

²⁹⁰ In dezelfde zin: J.-L. DEVOGELE, "Controlerecht en discretieplicht", 42; H. DE WULF, "Rechten en plichten van bestuurders", 134; Y. VERLEISDONK, E. JANSSENS en M. WILKENHUYSEN, *Due diligence*, 71.

²⁹¹ De rechtsleer laat zich inspireren door een arrest van het Franse Hof van Cassatie waarbij werd beslist dat de président-directeur général geen vertrouwensfunctie bekleedt. Zie: Cass. Fr. 25 februari 1970, *Jurisl. Périod. La Sem. Jurid.* 1970, 2, 16311, *Recueil Dalloz Sirey* 1970, 219, *Rev. Soc.* 1970, 131, *R.P.S.* 1970, 218, noot M. FONTAINE; R. HENRION, "Le secret des affaires", 212; B. TILLEMANS, "De plicht tot geheimhouding en discretie", 278; E. WYMEERSCH, "De nieuwe voorschriften inzake vennootschapsinformatie evenals inzake commissaristoezicht", in: H. BRAECKMANS en E. WYMEERSCH (eds.) *Het nieuwe vennootschappenrecht na de wet van 5 december 1984*, Antwerpen, Kluwer, 1985, 91. Anders: J.P. BUYLE, F. PETRE en C. VERHEYLEWEGHEN, "Het informatierecht van de aandeelhouders", *Acc. Bedr.* 1986, afl. 2, 27-35.

Men kan ook een aparte confidentialiteitsovereenkomst sluiten, wat aan te raden is omdat dergelijke overeenkomst duidelijk zou kunnen stellen wanneer de ex-bestuurder moet zwijgen. Dat dergelijke overeenkomst van belang kan zijn, volgt des te meer uit het gegeven dat het collegialiteitsbeginsel niet meer geldt ten aanzien van ex-bestuurders. Er is dan geen organisatorische hindernis meer voor ex-bestuurders om bepaalde informatie te verkondigen²⁹². Dergelijke overeenkomst moet o.i. aan dezelfde voorwaarden voldoen als het bovengenoemd niet-concurrentiebeding: de overeenkomst moet dus beperkt zijn en mag de bestuurder geen disproportionele last bezorgen.

Klapt de bestuurder na zijn ontslag uit de biecht, dan kan hij daarvoor worden aangesproken op grond van de confidentialiteitsovereenkomst of, bij gebreke aan dergelijke overeenkomst, wegens schending van de contractuele goede trouwplicht. In ondergeschikte orde kan men eveneens een beroep doen op de algemene zorgvuldigheidsplicht vervat in art. 1382-1383 B.W. Doch, ook dan zullen dergelijke vorderingen het kwaad, dat al is geschied, niet meer kunnen herstellen.

5. BESLUIT: DE ROL VAN DE GOEDE TROUW BIJ HET CONCURRENTIEVERBOD EN DE DISCRETIEPLICHT

5.1. CONCURRENTIEVERBOD STAANDE DE OVEREENKOMST

5.1.1. Beginsel van vrijheid van handel, nijverheid en beroep: concurrentievrijheid

In beginsel beschikt zowel de werknemer als de bestuurder over een concurrentievrijheid, door het Hof van Cassatie afgeleid van de vrijheid van handel, nijverheid en beroep²⁹³. Nochtans geldt die principiële

²⁹² Op grond van deze redenering kan men ook inzien dat confidentialiteitsovereenkomsten met uitwerking tijdens de uitvoering van de bestuurdersovereenkomst in theorie niet veel toegevoegde waarde hebben, aangezien het de raad van bestuur is die beslist over de bekendmaking van informatie. In de praktijk kan zulke overeenkomst echter tot extra zekerheid leiden.

²⁹³ Cass. 12 juli 1917, *Pas.* 1918, I, 65; Cass. 13 september 1991, *R.W.* 1991-92, 882.

concurrentievrijheid niet absoluut²⁹⁴. Wil men er echter van afwijken, dan zal men daarvoor - gelet op haar grote maatschappelijke waarde - zeer goede redenen moeten aanhalen. Een *lex specialis*, zoals de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978, kan zo een afwijking verantwoorden. Zo beperken het artikel 17, 3°, b) en de artikelen 65, 86 en 104 Arbeidsovereenkomstenwet het domein van de mededinging tussen werknemer en werkgever. Wanneer dergelijke wet echter niet voorhanden is, kan een concurrentieverbod worden gesteund op art. 1134, derde lid B.W. Dat artikel gebiedt contractspartijen de overeenkomst te goeder trouw uit te oefenen en ligt aan de basis van tal van loyaliteits- en samenwerkingsplichten tussen partijen. Nu op de bestuurder geen uitdrukkelijk wettelijk concurrentieverbod rust, wordt dat artikel vooral voor hem relevant ter aflijning van wat kan en niet kan, hier op het vlak van concurrentie. Verder kan art. 1134, derde lid B.W. van betekenis zijn ter aanvulling van bestaande wettelijke afwijkingen, zoals de genoemde artikelen van de Arbeidsovereenkomstenwet (cf. *aanvullende werking* van de goede trouw). Die artikelen regelen immers niet elke situatie waarin concurrentievraagstukken rijzen. Waar de wet het stilzwijgen bewaart, kan de algemene goede trouw-vereiste dan ook mogelijkserwijs tot een evenwichtige oplossing leiden, meer concreet vanuit de vraag wat van een loyaal contractant in dezelfde omstandigheden kan worden verwacht.

5.1.2. *Verbod op oneerlijke concurrentie staande de overeenkomst*

Art. 17, 3°, b) Arbeidsovereenkomstenwet verbiedt de werknemer de werkgever op oneerlijke wijze te beconcurreren staande de arbeidsovereenkomst²⁹⁵. Niet enkel het eigenhandig stellen van daden van oneerlijke concurrentie, maar ook de medewerking eraan is verboden. Oneerlijke concurrentie staande de arbeidsovereenkomst wordt in de rechtspraak veelal beschouwd als een dringende reden die de onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever, zonder betaling van enige vergoeding, kan rechtvaardigen. Daarnaast kan oneerlijke concurrentie ook de betaling van een vergoeding voor de geleden schade verschuldigd maken.

Anders dan in het arbeidsovereenkomstenrecht, bestaat er in het vennootschapsrecht geen uitdrukkelijk wettelijk verbod op oneerlijke concurrentie in hoofde van de bestuurder tijdens de looptijd van zijn overeenkomst met de vennootschap. Zoals gesteld, zal men, wat hem betreft, dan ook moeten terugvallen op art. 1134, derde lid B.W. Op grond van de aanvullende werking van dat artikel en de aldus afgeleide loyaliteitsplicht van de bestuurder t.o.v. de vennootschap, valt er immers weinig voor te zeggen dat een loyaal bestuurder, geplaatst in dezelfde omstandigheden, de vennootschap

²⁹⁴ M. GOTZEN, *Vrijheid van beroep*, 447; W. VAN EECKHOUTTE, "Goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht", 48.

²⁹⁵ Als gesteld, kan het verbod op oneerlijke concurrentie daarnaast ook worden gesteund op de artikelen 1382 en 1383 B.W., evenals op de algemene norm van artikel 94/3 WHPC.

oneerlijke concurrentie zou aandoen. De bestuurder die zijn overeenkomst met de vennootschap wil uitvoeren, dient zich te schikken naar de eisen die de goede trouw stelt. Het verbod op oneerlijke concurrentie staande de bestuurdersovereenkomst vloeit uit die eisen voort. Bovendien kan het verbod op oneerlijke concurrentie in hoofde van de bestuurder worden aangeknoopt bij het vennootschapsbelang, dat gezien kan worden als een concretisering van de goede trouw en tegelijk het directe toetsingkader vormt voor de handelingen van het bestuursorgaan, inclusief de individuele bestuurder. Over dat vennootschapsbelang, hieronder meer. De bestuurder die zich tijdens zijn mandaat waagt aan concurrentie riskeert door de algemene vergadering *ad nutum* te worden afgezet. De vennootschap heeft als tegenpartij bovendien recht op uitvoering *in natura*, wat concreet wordt gerealiseerd door de stopzetting van de schadelijke concurrerende activiteit. Zij kan ook een schadevergoeding eisen vanwege de bestuurder.

Maar, wat moet onder ‘oneerlijke concurrentie’ worden begrepen? En, is er – gelet op art. 17, 3°, b) Arbeidsovereenkomstenwet – nog een rol weggelegd voor de goede trouw wat betreft oneerlijk concurrentie staande de arbeidsovereenkomst? Beide vragen worden gezamenlijk behandeld, omdat de rol van de goede trouw zich in een situatie waarin de werknemer de werkgever oneerlijk beconcurrereert net situeert op het vlak van de invulling van de notie ‘oneerlijk’. Hoewel immers niet de goede trouw, maar wel de wet het verbod op oneerlijke concurrentie staande de arbeidsovereenkomst grondt, worden de goede trouw en de daaruit voortvloeiende loyaliteitsplicht van de werknemer steeds vaker naar voor geschoven ter beoordeling van het al dan niet eerlijk karakter van de concurrentie. Oneerlijke concurrentie is dan concurrentie die *kennelijk* niet te goeder trouw is en die niet van een loyaal werknemer, geplaatst in dezelfde omstandigheden, kan worden verwacht. Bij wijze van analogie is er sprake van oneerlijke concurrentie in hoofde van de bestuurder wanneer die de vennootschap concurrentie aandoet die, gelet op de omringende omstandigheden, *kennelijk* indruist tegen de eisen van goede trouw. We plaatsen hier bewust de term ‘kennelijk’ tussen, niet om enige marginale redelijkheidstoets te suggereren, wel omdat het in de hypothese van oneerlijke concurrentie niet louter gaat om het handelen ‘in strijd met de goede trouw’. Ook wanneer men de werkgever c.q. vennootschap ‘eerlijk’ beconcurrereert, handelt men immers tegen de eis van goede trouw in (*infra*). Is die concurrentie ‘oneerlijk’, dan is er sprake van een soort ‘verzwarende omstandigheid’ die maakt dat men ‘te kwader trouw’ of ‘malafide’ handelt, wat o.i. een stapje verder gaat²⁹⁶. De ‘goede trouw’ speelt aldus als startpunt van de evaluatie of een bepaalde handeling of gedraging van de werknemer c.q. bestuurder *louter* indruist tegen de goede trouw, dan wel als ‘te kwader trouw’ moet worden beschouwd. Het onderscheid tussen beide gradaties heeft ook een degelijk praktisch belang: ‘te kwader trouw’ gestelde handelingen,

²⁹⁶ Wij erkennen aldus een nuanceverschil tussen het handelen ‘in strijd met de goede trouw’ en het ‘te kwader trouw handelen’. Van het eerste is bijvoorbeeld sprake wanneer men de werkgever ‘eerlijk’ beconcurrereert, van het tweede wanneer men bij die concurrentie gebruik maakt van malafide praktijken.

zoals oneerlijke concurrentie, zullen immers sneller een ontslag om dringende reden, dan wel een *ad nutum* herroeping van het bestuursmandaat als gevolg hebben dan handelingen, zoals eerlijke concurrentie, die *louder* indruisen tegen de loyaliteitsplicht van de werknemer, gesteund op de goede trouw.

Nu de Arbeidsovereenkomstenwet bovendien het stilzwijgen bewaart omtrent een concurrentieverbod in hoofde van de werkgever, is ook hier een rol weggelegd voor de goede trouw van art. 1134, derde lid B.W. Zo zal de aanvullende werking van de goede trouw de werkgever gebieden tot loyaliteit t.o.v. zijn werknemer, inclusief het verbod zijn werknemer op oneerlijke wijze te beconcurreren.

5.1.3. *Verbod op eerlijke concurrentie staande de overeenkomst*

Naast oneerlijke concurrentie, verhindert de (loyale) uitvoering van de arbeidsovereenkomst c.q. bestuurdersovereenkomst ook elke daad van *eerlijke* concurrentie. Nochtans bevat noch het arbeidsovereenkomstenrecht, noch het vennootschapsrecht een uitdrukkelijke verbodsbepaling ter zake. Zoals opgemerkt, kan in dergelijk geval de algemene eis van goede trouw echter tot een evenwichtige oplossing leiden, en dat vanuit de vraag wat van een loyaal contractant in dezelfde omstandigheden kan worden verwacht. Door het sluiten van de arbeids- c.q. bestuurdersovereenkomst verbindt de werknemer respectievelijk de bestuurder er zich immers toe de overeenkomst loyaal uit te voeren. Hij mag het ondernemings- of vennootschapsbelang niet schaden, maar moet het beschermen, zodat elke daad van concurrentie is uitgesloten. Het verbod van eerlijke concurrentie vormt in die zin een toepassing van de *aanvullende werking* van de goede trouw²⁹⁷.

In de arbeidsrelatie veronderstelt de eis van loyaliteit aldus dat de werknemer zijn werkgever enig nut oplevert. Het verbiedt de werknemer handelingen te stellen die de werkgever verhinderen het normaal verwachte voordeel uit de overeenkomst te halen²⁹⁸. De loyaliteitsplicht van de werknemer reikt echter niet zo ver dat de werknemer buiten de arbeidstijd geen nevenactiviteit zou mogen uitvoeren voor een andere onderneming dan die van de werkgever²⁹⁹. Voorwaarde is wel dat dergelijke nevenactiviteit de behoorlijke uitoefening van de gewone beroepsactiviteit niet ongunstig beïnvloedt of verhindert³⁰⁰, bijvoorbeeld doordat ze de werknemer dermate zou vermoeien³⁰¹ en/of met de activiteiten van de werkgever zou concurreren. Ook hier valt echter op te merken dat een equivalente loyaliteitsplicht bestaat in hoofde van de

²⁹⁷ Sommige auteurs gewagen bovendien van een toepassing van de *beperkende werking* van de goede trouw. Wij verwijzen daarvoor naar hetgeen hierboven werd gesteld.

²⁹⁸ J.L. FAGNART, "L'exécution de bonne foi", 282.

²⁹⁹ E. CARLIER, *Concurrentie tijdens en na de arbeidsrelatie*, 5-6; R. SWENNEN, "De oneerlijke concurrentie", 4; W. VAN EECKHOUTTE, "Goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht", 49.

³⁰⁰ E. CARLIER, *Concurrentie tijdens en na de arbeidsrelatie*, 6; J. HERMAN, "Goede trouw van de werknemer", 225.

³⁰¹ J. HERMAN, "Goede trouw van de werknemer", 225; W. VAN EECKHOUTTE, "Goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht", 49.

werkgever die hem verhindert zijn werknemer te beconcurreren. Of nog, de *aanvullende werking* van de goede trouw legt de werkgever de negatieve plicht op niets te ondernemen dat rechtsreeks of onrechtstreeks de nakoming kan beletten van de verbintenis van de werknemer³⁰².

Wat de bestuurder betreft, vertaalt de rechtsleer de loyaliteitseis in de plicht voor de bestuurder elke concurrerende functie of activiteit te weigeren die hem niet zou toelaten of hem zou verhinderen zijn bestuursmandaat naar behoren te vervullen. Soms wordt die stelling verworpen als te verregaand, omdat het voor een bestuurder, anders dan voor een werknemer, geenszins onmogelijk is om bv. mandaten uit te oefenen in concurrerende vennootschappen. Toch is het uitoefenen van een mandaat in een concurrerende vennootschap o.i. *redelijkerwijs* onmogelijk. Ten eerste zal de bestuurder die vele mandaten cumuleert zijn tijd immers moeten verdelen over elk van die vennootschappen, wat deugdelijk bestuur kan bemoeilijken. Ten tweede beschikt elke bestuurder, uitvoerend of niet-uitvoerend, uit hoofde van zijn functie over gevoelige private informatie betreffende de vennootschap en haar verslaggeving. Wanneer nu die bestuurder in een concurrerende vennootschap deelneemt aan het collegiale debat in de raad van bestuur, is het “*volkomen onvermijdelijk dat [hij] bij zijn eigen oordeelsvorming de informatie die hij over de ene vennootschap heeft, gebruikt bij het bepalen van zijn standpunt in de andere vennootschap*”³⁰³. Het uitoefenen van bestuursmandaten in concurrerende vennootschappen zou dus de naleving van zijn discretieplicht bemoeilijken. Hetzelfde geldt voor een werknemer die bestuurder is in een concurrerende vennootschap: het is in dat geval moeilijk te vermijden dat hij zijn discretieplicht als werknemer schendt wanneer hij zijn standpunt probeert te bepalen als bestuurder in de andere vennootschap en daarbij fabrieks- of zakengeheimen onthult. Het verbod van eerlijke concurrentie en de discretieplicht zijn aldus met elkaar verbonden.

Er moet wel daadwerkelijke concurrentie voorhanden zijn. Het louter verrichten - staande de overeenkomst - van handelingen ter voorbereiding van een concurrerende activiteit is dus onvoldoende, anders zou de principiële vrijheid van handel, nijverheid en beroep te zeer worden ingeperkt. Voor zover de werknemer daarbij te goeder trouw handelt, kan men hem dus niet verwijten dat hij de intentie koestert een concurrerende onderneming op te richten³⁰⁴ of – gedurende de looptijd van de arbeidsovereenkomst of de opzegtermijn – reeds de mogelijkheden en modaliteiten onderzoekt om dergelijke onderneming te starten³⁰⁵. Analooq aanvaardt men in het vennootschapsrecht dat de bestuurder tijdens de duur van zijn mandaat al voorbereidende handelingen kan stellen, gericht op het opstarten van een concurrerende activiteit³⁰⁶. Wij hoeden ons

³⁰² W. VAN EECKHOUTTE, “Goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht”, 50-51.

³⁰³ H. DE WULF, *Taak en loyaliteitsplicht van het bestuur*, 695.

³⁰⁴ Arbh. Brussel 21 november 1973, *T.S.R.* 1974, 231.

³⁰⁵ Arbrb. Luik 29 januari 1980, *J.T.T.* 1981, 18; Arbh.. Luik 16 februari 1983, *J.T.T.* 1984, 485; Arbrb. Brussel 6 oktober 1986, *J.T.T.* 1986, 469; Arbh. Luik 23 september 1992, *J.T.T.* 1993, 255.

³⁰⁶ H. DE WULF, “Rechten en plichten van bestuurders”, 137; R. VAN BOVEN “Niet-concurrentie als bestuurder of aandeelhouder”, 23-24.

echter voor dergelijk doorgedreven analogieredenering, omdat moeilijk valt in te zien hoe de bestuurder een geplande functieconcurrentie kan voorbereiden, zonder de vennootschap al concurrentie aan te doen. In theorie mag de analogieredenering dan wel opgaan, praktisch is het effect van dergelijke voorbereidende handelingen echter veelal verschillend naargelang ze uitgaan van de werknemer dan wel van de bestuurder. Wanneer een bestuurder een geplande functieconcurrentie voorbereidt, is de kans immers groot dat hij gevoelige informatie aangaande de vennootschap, verworven n.a.v. de uitoefening van zijn mandaat, gebruikt en/of verspreidt (en dus zijn discretieplicht in gevaar brengt). Of de bestuurder in dergelijk geval nog te goeder trouw en loyaal handelt, moet dan in vraag worden gesteld. Bij werknemers daarentegen stelt dergelijk probleem zich minder scherp. Veelal beschikken werknemers, uit hoofde van hun functie, immers niet over zodanig gevoelige informatie dat het voorbereiden van een concurrerende activiteit vraagtekens zou plaatsen bij de goede trouw van de werknemer.

5.2. DISCRETIEPLICHTEN STAANDE DE OVEREENKOMST

5.2.1. *De bipolaire arbeidsrelatie versus de bestuurder als lid van het orgaan*

Vooraleer de discretieplicht van de werknemer en werkgever met die van de bestuurder te vergelijken, lijkt het ons relevant kort in te gaan op de fundamenteel verschillende uitgangspunten van het arbeidsrecht en het vennootschapsrecht. Doorheen hun geleidelijke historische groei worden beide rechtstakken immers getekend door een eigen denkwijze en systematiek, wat onvermijdelijk doorwerkt in de respectievelijke conceptie van de discretieplicht.

Het arbeidsovereenkomstenrecht is ontstaan als dwingend correctief. Het moest de onrechtvaardige uitwassen van de onverkorte toepassing van het liberale Burgerlijk Wetboek rechtzetten³⁰⁷. Het groeiend besef dat de evenwichtsrelatie tussen werknemer en werkgever, als gevolg van de toenemende industrialisatie, wankel was, deed immers de behoefte bestaan aan een wettelijk evenwichtsherstellend ingrijpen dat de zwakkere partij, d.i. veelal de werknemer, zou beschermen³⁰⁸. Vanuit die ontstaanscontext behoort het dan ook tot een van de taken van het arbeidsrecht die ongelijkheid te compenseren. Het arbeidsovereenkomstenrecht wil dan ook vooral de werknemer

³⁰⁷ M. RIGAUX, "De grondrechtelijke onderbouw van het collectief arbeidsrecht", in G. COX en M. RIGAUX (eds.), *De grondrechtelijke onderbouw van het collectief arbeidsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2005, 2-3; M. VAN PUTTEN, *Het arbeidsrecht en de onderneming: proeve tot (meta)juridisch onderzoek naar de betekenissen van arbeid en onderneming in en voor het arbeidsrecht als elementen voor een geactualiseerde reconstructie van dat recht*, Leuven, K.U.Leuven Faculteit Rechtsgeleerdheid, 2008, 90.

³⁰⁸ B.-S. CHLEPNER, *Cent ans d'histoire sociale en Belgique*, Brussel, Inst. Soc. U.L.B., 1972, 13-108; M. NEIRYNCK, "De XIX^e eeuw in België. De sociaal-economische evolutie: proeve tot synthesis", *De Gids op maatschappelijk gebied* 1966, 967-987.

beschermen tegen de werkgever³⁰⁹. Het vennootschapsrecht daarentegen leverde en levert nog steeds doelmatige rechtsvormen voor ondernemingen. Hier dient niet zo zeer een zwakkere partij te worden beschermd, maar wordt aan ondernemingen de mogelijkheid geboden (eventueel slechts in beperkte mate) in feite en in rechte op te treden en ook als zodanig door de wet te worden erkend.

De verschillende historische connotatie die beide rechtstakken met zich meedragen, doordringt en kenmerkt de relatie werknemer-werkgever c.q. bestuurder-vennootschap. De (historische) grondslag en inhoud van het arbeids- en vennootschapsrecht geeft vernoemde relaties een bepaalde gestalte. De arbeidsrelatie wordt gekenmerkt door een sterke bipolariteit: werknemer en werkgever staan er tegenover elkaar met onderscheiden, doch niet incompatibele belangen³¹⁰. Hier is dan ook een duidelijke contractuele situatie voorhanden. Die bipolariteit laat zich minder eenduidig voelen in de relatie tussen bestuurder en vennootschap. Niet alleen bestaat er immers nogal wat discussie omtrent de kwalificatie van de interne rechtsverhouding tussen de bestuurder en de vennootschap (zie *supra*), de bestuurder is tevens lid van een bestuursorgaan³¹¹. Mede geleid op de hierboven omschreven doelstelling van het vennootschapsrecht om ondernemingen doelmatige rechtsvormen te bieden, krijgt de bestuursfunctie een geheel eigen betekenis. Inderdaad, “*les sociétés ne sont pas faites [pour les] administrateurs, mais bien les administrateurs pour les sociétés*”³¹².

Verder dient men in het vennootschapsrecht een strikt onderscheid te hanteren tussen het orgaan van de vennootschap en de personen die het orgaan vormen. De vennootschap met rechtspersoonlijkheid moet zich noodzakelijkerwijze laten vertegenwoordigen door natuurlijke personen. Die organieke vertegenwoordiging behoort tot het wezen van de rechtspersoonlijkheid³¹³ en impliceert dat de personen die voor de rechtspersoon optreden, worden geacht te handelen als ware het de rechtspersoon zelf. De raad van bestuur in de NV is zo een orgaan. De functie van dat bestuursorgaan wordt toevertrouwd aan meerdere bestuurders (art. 518, §1 W. Venn.). Het feit dat de raad van bestuur enkel kan bestaan uit meerdere personen impliceert dat een van de bestuurders

³⁰⁹ Vgl. L. TIMMERMAN, “Het vennootschapsrecht en het ontslag van een bestuurder van een NV of BV”, *De NV* 1985, 6.

³¹⁰ In het andere geval zou het bereiken van een 'overeenkomst' eerder utopisch zijn.

³¹¹ De afwezigheid van een uitgesproken bipolariteit laat zich ook voelen in het niet-bestaan van een gezagsband jegens de bestuurder en de daaruit voortvloeiende onmogelijkheid om het bestuursmandaat in het kader van een arbeidsovereenkomst uit te oefenen.

³¹² CH. RESTEAU e.a., *Traité*, 101 met verwijzing naar Luik 9 februari 1905, *R.P.S.* 1905, 74.

³¹³ Cass. 31 mei 1957, *R.P.S.* 1957, nr. 4718, p. 301; D. HISSETTE, “La représentation des sociétés anonymes et sociétés privées à responsabilité limitée”, in: B. CARTUYVELS en H. MICHEL, *Le droit des sociétés - Aspects pratiques et conseils des notaires*, Brussel, Bruylant, 1999, 272; L. MAHIEU, “De la saisie-arrêt des créanciers de sociétés anonymes entre les mains des administrateurs et liquidateurs”, *R.P.S.* 1912, nr. 2186, p. 3; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 362; V. RENARD, “Action et représentation en justice des personnes morales”, *J.T.* 2002, 226; B. TILLEMANS, *Bestuur*, 553.

alleen niet het orgaan vormt³¹⁴. Met andere woorden, enkel de raad van bestuur als college, “*en niet de individuele bestuurder, is het orgaan van bestuur en vertegenwoordiging*”³¹⁵. Een enkel lid is als dusdanig geen orgaan van de vennootschap³¹⁶. Dat verschil tussen de individuele bestuurder en de raad van bestuur wordt verklaard door de zonet geformuleerde verschillende opvatting van het vennootschapsrecht: niet zozeer de individuele bestuurder staat centraal, wel de collegiale raad van bestuur, die beschikt over de residuaire bevoegdheden en *de facto* de plak zwaait in de vennootschap³¹⁷. Typerend daarvoor is de verwaarlozing van de kwalificatie van de interne rechtsverhouding tussen bestuurder en vennootschap door de wetgever³¹⁸. De verhouding bestuurder-vennootschap is bijgevolg fundamenteel verschillend van die tussen werknemer en werkgever, wat zich ook laat voelen bij de respectievelijke discretieplicht van werknemer, werkgever en bestuurder.

5.2.2. Grondslag van de discretieplicht

Art. 17, 3°, a) Arbeidsovereenkomstenwet legt de werknemer uitdrukkelijk het zwijgen op betreffende fabrieksgeheimen, zakengeheimen of geheimen in verband met persoonlijke of vertrouwelijke aangelegenheden, waarvan hij in de uitoefening van zijn beroepsarbeid kennis kan hebben. Voor de bestuurder ontbreekt zulke specifieke bepaling en wordt de grondslag volledig gezocht in de goede trouw, die hier duidelijk aanvullend werkt. Een meer genuanceerd antwoord dringt zich echter op voor wat betreft de werknemer. De bepaling van art. 17 Arbeidsovereenkomstenwet wordt immers verder aangevuld door de goede trouw-vereiste. De plicht, voortvloeiend uit art. 1134, derde lid B.W., om de arbeidsovereenkomst te goeder trouw uit te voeren, gebiedt de werknemer immers ook hier de nodige loyaliteit in acht te nemen ten opzichte van de werkgever en diens onderneming. Die loyaliteit impliceert onder andere dat de werknemer de nodige discretie bewaart inzake informatie die de werkgever als vertrouwelijk aanmerkt of die redelijkerwijze als vertrouwelijk moet worden opgevat en die niet onder de bescherming van art. 17, 3°, a)

³¹⁴ D. VAN GERVEN, *Rechtspersonen*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2007, 141 (hierna verkort D. VAN GERVEN, *Rechtspersonen*).

³¹⁵ J.-M. NELISSEN GRADE, *Vennootschapsrecht*, s.l., s.n., 2004, 8; Anders en o.i. onjuist: B. BEELE, J. HUYSENTRUYT, G. VERHAEGHE, F. LALLEMAND en A. WEYN, *Het bestuur van een NV. Vennootschapsrechtelijke, sociale en fiscale aspecten - Een leidraad voor de praktijk*, Antwerpen, UGA, 2005, 14: “*De bestuurders van een NV [...] worden als organen van de vennootschap beschouwd*”.

³¹⁶ J. RONSE, *Preadvies over nietigheid van besluiten van organen van de naamloze vennootschap*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1966, 8, die verwijst naar Cass. 15 oktober 1959, *Pas.* 1960, I, 193, *R.W.* 1960-61, 419. Een uitzondering vormt het geval waar een bestuurder van een NV de vennootschap krachtens een statutaire clause overeenkomstig art. 522, § 2 W. Venn. alleen vertegenwoordigt. In dat geval vormt die ene bestuurder toch het orgaan omdat de wet dit bepaalt. Zie: D. VAN GERVEN, *Rechtspersonen*, 141.

³¹⁷ Onverminderd art. 531 W. Venn. dat nog steeds de formele hoogste macht aan de algemene vergadering toekent.

³¹⁸ Die kwalificatie is het voorwerp van zeer veel discussie in rechtsleer en rechtspraak (*supra*).

Arbeidsovereenkomstenwet valt. De werkgever kan er immers belang bij hebben dat dergelijke informatie niet bekend raakt bij derden. Het Hof van Cassatie lijkt die redenering te bevestigen. Nu de Arbeidsovereenkomstenwet bovendien het stilzwijgen bewaart omtrent een discretieplicht in hoofde van de werkgever, is ook hier een rol weggelegd voor de goede trouw van art. 1134, derde lid B.W. Zo zal de aanvullende werking van de goede trouw de werkgever gebieden tot loyaliteit t.o.v. zijn werknemer, inclusief tot het bewaren van de nodige discretie rond informatie bij de geheimhouding waarvan de werknemer belang heeft. In het bijzonder kan hier worden gedacht aan de situatie waarin de werknemer een ‘afhankelijke uitvinding’ doet.

Waar voor de discretieplicht van de bestuurder slechts een wettelijke grondslag voorhanden is (m.n. art. 1134, derde lid B.W.), kent de discretieplicht van de werknemer dus twee fundamenteën: een algemeen verbintenisrechtelijke (art. 1134, derde lid B.W.) en een bijzondere arbeidsrechtelijke (art. 17, 3°, a) Arbeidsovereenkomstenwet³¹⁹. In situaties die onder het toepassingsgebied van art. 17, 3°, a) Arbeidsovereenkomstenwet ressorteren, heeft die bepaling voorrang als een *lex specialis* t.o.v. het algemeen overeenkomstenrecht, inclusief art. 1134, derde lid B.W. Voor andere situaties kan men terugvallen op de algemene goede trouw-eis. Nu meerdere rechtsgeleerden menen dat art. 17, 3°, a) Arbeidsovereenkomstenwet analoog moet worden toegepast op bestuurders, zelfs niet-uitvoerende³²⁰, moet het hier beschreven verschil qua grondslag in het vennootschaps- en arbeidsrecht echter worden genuanceerd.

5.2.3. *Transparantieplicht voor de individuele bestuurder?*

Onbestaande voor de werknemer, maar geheel passend in de eigen logica van het vennootschapsrecht en de betekenis van de bestuursfunctie daarin, heeft de wetgever in bepaalde omstandigheden op de bestuurder een spreekplicht gelegd. Te denken valt aan het vraagrecht van de aandeelhouders. Dat vraagrecht impliceert de principiële plicht van de bestuurders te antwoorden, voor zover de mededeling van gegevens of feiten niet van die aard is dat zij ernstig nadeel zou berokkenen aan de vennootschap, de aandeelhouders of het personeel. Ook de aansprakelijkheidsontheffende verklaring illustreert de occasionele spreekplicht van de bestuurder³²¹.

Het moet evenwel duidelijk zijn dat discretie het uitgangspunt blijft: het is de wet die bepaalt wanneer een bestuurder moet spreken; bij stilzwijgen van de wet behoort de bestuurder dan ook te zwijgen. Een algemene transparantieplicht voor de bestuurder, gesteund op de goede trouw, is dan ook onbestaande. Precies hier is het van belang het onderscheid tussen de individuele bestuurder en het bestuursorgaan goed voor ogen te houden. Hoe

³¹⁹ Beide discretieplichten kunnen ook, zij het subsidiair, worden gesteund op art. 309 Sw.

³²⁰ H. DE WULF, “Rechten en plichten van bestuurders”, 135; B. TILLEMANN, “De plicht tot geheimhouding en discretie”, 282.

³²¹ Het financieel recht bevat nog meerdere spreekplichten voor de bestuurder, waaraan deze bijdrage voorbij gaat.

belangrijk de goede trouw ook is, zij kan de wettelijke regels die de bestuurlijke organisatie van de vennootschap betreffen niet ontwrichten. Volgens die regels vormt het bestuursorgaan van een NV verplicht een college (art. 521, eerste lid W. Venn.) en is het dat orgaan dat collegiaal bepaalt welke informatie naar buiten wordt gebracht en welke niet. De bestuurder die op eigen houtje informatie verspreidt, handelt in strijd met het collegialiteitsbeginsel en zijn principiële discretieplicht en dus niet te goeder trouw. De individuele discretieplicht kan dan ook worden gezien als een aanvulling op de collegialiteit.

In situaties waarin het de bestuurder toegelaten is te kiezen tussen zwijgen of spreken, dient hij bovendien steeds het vennootschapsbelang voor ogen te houden. Dat vennootschapsbelang is dan een concretisering van de goede trouw-vereiste. Doch, het weze herhaald, enkel wanneer de bestuurder *kan* kiezen (dus enkel wanneer de wet zo bepaalt³²²) tussen zwijgen en spreken, moet hij die keuze maken in overeenstemming met de loyaliteitseisen waartoe de goede trouw hem verplicht. Let wel, er bestaat daarop één uitzondering: de bestuursfouten. Hoewel een algemene spreekplicht door de rechtsleer en ook door ons als onbestaande wordt beschouwd, moet ook de discretieplicht steeds in het belang van de vennootschap worden gehanteerd. De discretieplicht kan inderdaad niet dienen als dekmantel voor fouten begaan door bestuurders. Het is immers in het belang van de vennootschap die fouten zo snel mogelijk te melden aan de algemene vergadering zodat zij de nodige stappen kan ondernemen teneinde de schade te voorkomen of te beperken.

Voor de werknemer is de situatie geheel anders. Hij maakt - als werknemer³²³ - geen deel uit van een orgaan, laat staan een college, en is volledig individueel verbonden met de werkgever door de arbeidsovereenkomst. Er is dus voor hem geen organiek beletsel om het bestaan van een algemene spreekplicht te erkennen. Hier stelt zich dan ook geen vraag naar voorrang van discretie op transparantie of omgekeerd. Hier werkt gewoon de goede trouw, bij gebrek aan een wettelijke informatieplicht. Met informatie die vertrouwelijk is of die de werkgever zou kunnen schaden, moet de werknemer discreet omspringen, tenzij de goede trouw van hem vereist dat hij die kenbaar maakt, zoals dat het geval is voor onoorbare praktijken waarvan de werknemer kennis krijgt. Op dat laatste punt kan dan wel een parallel worden getrokken met de bestuurder, wiens discretieplicht hem geen dekmantel mag of kan verschaffen teneinde bepaalde bestuursfouten in het ongewisse te laten.

5.2.4. Draagwijdte van de discretieplicht en sancties

De draagwijdte van de discretieplicht van de werknemer en de bestuurder is dezelfde. Het feit dat de Arbeidsovereenkomstenwet een uitdrukkelijke wettelijke bepaling kent doet daaraan niets af, aangezien - volgens de

³²² Bv. in het geval van art. 540 W. Venn.

³²³ Hier wordt niet verder ingegaan op de hypothese waarbij de bestuurder zijn mandaat cumuleert met een arbeidsovereenkomst.

heersende rechtsleer - art. 17, 3°, a) Arbeidsovereenkomstenwet analoog moet worden toegepast op bestuurders.

Zoals hierboven al bleek, stelt zich echter wel een belangrijk praktisch verschil. De informatie waarover een bestuurder beschikt zal namelijk velen male belangrijker zijn dan die waarover een werknemer gewoonlijk beschikt. Een bestuurder staat immers aan het hoofd van de onderneming. Vandaar dat het concurrentieverbod bij functievoorbereiding – zoals reeds opgemerkt – o.i. ook iets strikter moet worden toegepast.

Een schending van de discretieplicht wordt voor werknemer en bestuurder op dezelfde wijze gesanctioneerd als een schending van het concurrentieverbod. Wij beperken ons hier dan ook tot een verwijzing naar wat daarover hierboven werd geschreven.

Ook hier - zeker hier - moet o.i. een zekere nawerking aan de goede touw worden gegeven.

5.3. LOYALITEITSPLICHTEN NA AFLOOP VAN DE OVEREENKOMST – NAWERKING VAN DE GOEDE TROUW?

Hoewel de plicht tot inachtnaam van de goede trouw, neergelegd in art. 1134, derde lid B.W., uitsluitend betrekking heeft op de *uitvoering* van de overeenkomst en er geen eensgezindheid bestaat rond de erkenning van het goede trouw-principe als een algemeen rechtsbeginsel dat ook speelt na afloop van de overeenkomst³²⁴, ondersteunen wij de idee van de 'nawerking' van de goede trouw. Ook al heeft de overeenkomst een einde genomen en bevinden de gewezen contractspartijen zich niet meer in een contractuele relatie, toch kan de contractuele goede trouw van art. 1134, derde lid B.W. o.i. nog een rol spelen. De (arbeids)overeenkomst op zich vormt immers een rechtsfeit en als rechtsfeit kan zij niet worden beëindigd. Dat de arbeidsovereenkomst werd beëindigd, betekent dan dat de hoofdverplichtingen van de contractspartijen een einde namen. De werknemer zal zijn arbeid niet langer ter beschikking moeten stellen van de werkgever en de werkgever is bevrijd van zijn plicht de werknemer werk te verschaffen en hem voor de verrichte arbeid te verlonen. De bestuurder van zijn kant dient de vennootschap niet langer te besturen en vertegenwoordigen in het belang van de vennootschap. Die vaststelling sluit echter niet uit dat uit de arbeidsovereenkomst c.q. bestuurdersovereenkomst op zich nog (loyaliteits)verplichtingen kunnen voortvloeien voor de periode na de beëindiging ervan. Te denken valt dan aan de plicht *ex contractu* geen oneerlijke concurrentie te voeren, evenals aan de discretieplicht van de werknemer c.q. bestuurder ten opzichte van zijn (voormalige) werkgever c.q. vennootschap. Beide plichten worden o.i. vaak onterecht als "postcontractueel"

³²⁴ Pro: P. VAN OMMESELAGHE, "L'exécution de bonne foi: principe général de droit?", *T.B.B.R.* 1987, 101-110; Contra: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 326-330 en 335-338; H. DE WULF, *Taak en loyaliteitsplicht van het bestuur*, 415-417; J. VAN RYN en X. DIEUX, "La bonne foi", 289-292.

aangemerkt, nu ze beide - tenminste in onze redenering - een vorm van 'verdere uitvoering' van de (arbeids- of bestuurders)overeenkomst vormen.

Volgt men die redenering niet, dan zou men – in ondergeschikte orde – nog een beroep kunnen doen op de buitencontractuele zorgvuldigheidsplicht van art. 1382-1383 B.W., die o.i. veel wegheeft van het principe van de goede trouw.

5.4. HET ONDERNEMINGSBELANG c.q. VENNOOTSCHAPSBELANG

Op verschillende plaatsen hebben wij aangegeven dat de werknemer en de werkgever enerzijds en de bestuurder anderzijds acht moeten slaan op het ondernemingsbelang respectievelijk het vennootschapsbelang. Over beide noties is er evenwel al heel wat geschreven, wat de kans op uiteenlopende visies vergroot.³²⁵

Het is weinig innovatief te stellen dat het ondernemingsbelang en het vennootschapsbelang hun uiteindelijke grondslag vinden in de verplichting de overeenkomst te goeder trouw uit te voeren³²⁶. FRANÇOIS beargumenteert echter dat de grondslag van het vennootschapsbelang moet worden gevonden in art. 19, eerste lid W. Venn., luidens hetwelk elke vennootschap tot het gemeenschappelijk belang van de partijen moet worden aangegaan. Het vennootschapsbelang heeft daarom voor hem een vaste, onveranderlijke inhoud, namelijk het gemeenschappelijk winstbelang van de aandeelhouders³²⁷. Die visie lijkt ons eerder restrictief, aangezien het vennootschapsbelang steeds meer wordt opgevat als het belang van alle *stakeholders*. Die categorie is niet beperkt tot de aandeelhouders, maar omvat ook schuldeisers, werknemers, klanten alsook een deel of het geheel van de regionale of zelfs nationale economie. Het vennootschapsbelang lijkt ons dan ook allesbehalve onveranderlijk. In onze visie kan het vennootschapsbelang worden gelijkgesteld met het ondernemingsbelang, aangezien het zowel de belangen van de aandeelhouders als die van de werknemers samenneemt.

Dat (door ons ruim geconcipieerde) vennootschaps- of ondernemingsbelang fungeert als toetsingskader voor het handelen van bestuurders, werknemers en

³²⁵ Zie onder meer: B. DU LAING, "De functionaliteit van de bestuursbevoegdheid in België en in Nederland", *Jur. Falc.* 1998-99, 189-205; A. FRANÇOIS, *Het vennootschapsbelang in het Belgische vennootschapsrecht : inhoud en grondslagen*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 795 p. (hierna verkort A. FRANÇOIS, *Het vennootschapsbelang*); M. VAN PUTTEN, *Het arbeidsrecht en de onderneming: proeve tot (meta)juridisch onderzoek naar de betekenis van arbeid en onderneming in en voor het arbeidsrecht als elementen voor een geactualiseerde reconstructie van dat recht*, proefschrift K.U. Leuven, 2008, 548 p.

³²⁶ Zie reeds : R. DAVID, *La protection de la minorité dans les sociétés par actions*, Parijs, Sirey, 1928, 51-52. Zie ook : P. COPPENS, *l'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, Leuven, Fonteyn, 1947, 84-85; A. FRANÇOIS, *Het vennootschapsbelang*, 216 e.v.; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, V, Gent, Fevheyre, 1950, 699-700.

³²⁷ A. FRANÇOIS, *Het vennootschapsbelang*, 743; Zie ook: H. DE WULF, *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur*, 518.

werkgevers³²⁸. Het gaat om een concretisering van de goede trouw naar de bijzondere omstandigheden die spelen binnen een onderneming, zowel gezien vanuit arbeidsrechtelijk als vanuit vennootschapsrechtelijk perspectief. Het handelen conform de goede trouw omvat en grondt het handelen conform het ondernemings- respectievelijk vennootschapsbelang, maar wordt eveneens gestuurd en gepreciseerd door die respectievelijke belangen. Op die manier ontstaat er een wisselwerking tussen ondernemings- of vennootschapsbelang en de goede trouw: het belang zal uitdrukken wat het in een onderneming betekent om te goeder trouw en loyaal te zijn.

Zo kan men ook de daaruit voortvloeiende plichten bekijken. Het concurrentieverbod en de discretieplicht vinden hun grondslag in het respect voor het ondernemingsbelang, dat op zijn beurt voortbouwt op de goede trouw. Bepaalde (on)eerlijke concurrentie schaadt de belangen van de onderneming c.q. de vennootschap. Hetzelfde kan worden gezegd van een schending van de discretieplicht. Beide plichten vormen o.i. een uitdrukking van het functionele karakter van de arbeidsovereenkomst en de bestuurdersovereenkomst. De belangrijkste parallel tussen werknemer en bestuurder situeert zich hier op het vlak van onoorbare praktijken c.q. bestuursfouten. Voor beide personen fungeert het ondernemings- of vennootschapsbelang dan als een open norm aan de hand waarvan zij moeten toetsen wanneer bepaalde informatie kenbaar moet worden gemaakt en wanneer niet, zelfs al legt de wet hun geen uitdrukkelijke bekendmaking op³²⁹. Het is dan de goede trouw die dat vennootschaps- of ondernemingsbelang gestalte geeft.

Begrippen als goede trouw, vennootschaps- en ondernemingsbelang tonen aan dat het recht - in dit geval het arbeidsovereenkomstenrecht en het vennootschapsrecht - onvermijdelijk is aangewezen op open normen.

5.5. HET BELANG VAN OPEN NORMEN IN HET RECHT

Doorheen een studie van het concurrentieverbod en de discretieplicht bij werknemer en bestuurder werd aangetoond dat de goede trouw een voornamelijk aanvullende rol kan vervullen (cf. onderzoeksvraag). De goede trouw is niet alleen in staat beide verplichtingen aan te scherpen, in zoverre zij reeds in de wet zijn voorzien, maar vult hen ook aan daar waar de wet het zwijgen bewaart.

Aldus vervullen open normen, zoals de goede trouw en het vennootschaps- of ondernemingsbelang een onmisbare rol in de arbeidsrelatie, evenals in de relatie bestuurder-vennootschap. Bij gebrek aan (voldoende) scherpe wettelijke normen komt het immers de rechter toe bestaande knelpunten te beslechten. Open normen kunnen hem daarbij begeleiden. Ze strekken ertoe in een concreet geval een 'rechtvaardige' oplossing te bereiken, waarbij de specifieke

³²⁸ Tot op zekere hoogte zou men ook van aandeelhouders kunnen verlangen dat zij het vennootschapsbelang nastreven. Dat is het voorwerp van discussie.

³²⁹ Voor de bestuurder is dat de enigste uitzondering op zijn principieel onbestaande transparantieplicht.

context bepaalt hoe specifiek arbeids- of vennootschapsrechtelijk de oplossing uiteindelijk wordt. In dit werk komt tot uiting hoezeer de goede trouw, en de belangenafwegingen die zij meebrengt, het potentieel in zich draagt in verscheidene situaties tot een evenwichtige en billijke oplossing te komen, daar waar de wet het stilzwijgen bewaart. Aldus gebiedt de goede trouw, in haar *aanvullende werking*, de werknemer, werkgever en bestuurder de wederpartij geen concurrentie aan te doen en vertrouwelijke informatie, bij de geheimhouding waarvan de wederpartij belang heeft, discreet te houden. De rol van open normen in het recht mag echter evenmin worden overschat. Al kunnen open normen de rechter begeleiden in zijn zoektocht naar de meest rechtvaardige oplossing, dan nog moeten er zekere waarborgen zijn opdat het gebruik van dergelijke normen niet tot willekeurige rechtsvinding en rechtsonzekerheid leidt. Daarom verdient het aanbeveling de grenzen van de rechterlijke rechtsvinding duidelijker te stellen. Normen als de goede trouw hoeven immers niet noodzakelijk willekeur en rechtsonzekerheid te impliceren. Verder onderzoek naar de rol van open normen in het arbeidsovereenkomsten- en vennootschapsrecht lijkt ons dan ook aangewezen. Kortom, over de goede trouw en andere open normen in het recht is misschien al veel geschreven, maar nog niet alles gezegd.