

Joeri Vananroye

---

## BEGINSELEN VAN ORGANISATIERECHT

Rechtspersonen, vennootschappen en andere ondernemingsvormen

---

VERSIE 28 SEPTEMBER 2021

SYLLABUS

“Bepalingen gemeen aan alle rechtspersonen”  
KU Leuven - Master Vennootschapsrecht

*citeerwijze: J. Vananroye, “Beginselen van organisatierecht”,  
[corporatefinancelab.org/beginselen](http://corporatefinancelab.org/beginselen), 28 september 2021*

## Contactgegevens

**Prof. Dr. J. Vananroye**

KU Leuven Faculteit Rechtsgeleerdheid  
Onderzoekseenheid Economisch Recht  
<https://www.law.kuleuven.be/ihir/nl>  
Tiensestraat 41 - bus 3434, 3000 Leuven  
[joeri.vananroye@kuleuven.be](mailto:joeri.vananroye@kuleuven.be)  
tel 016/32.52.14

## Volg ons via:

<https://corporatefinancelab.org/>  
twitter: @ Corp Fin Lab  
Facebook: Corporate Finance Lab

## Ten geleide

In 2004 schreef ik in *TPR 2004 (Liber amicorum Tijdschrift voor privaatrecht en Marcel Storme)*, 793:

“Het is dan ook de ironie van de geschiedenis dat waar het privaatrecht grotendeels de rechtspersoon negeert, de rechtspersoon als typevoorbeeld van een organisatie misschien wel de verborgen motor was van één van haar belangrijkste evoluties. De toekomst zal uitwijzen of zich rond het begrip organisatie een nieuwe breuklijn in het privaatrecht gaat vormen, ter vervanging van klassieke *distinguo's* zoals commercieel/burgerlijk of rechtspersoon/natuurlijk persoon.”

In 2014 hield ik aan de KU Leuven mijn inaugurale les over Organisatierecht: werfbezoek aan een onvoltooide piramide (*Acta Falconis*, Antwerpen, Intersentia, 2015).

Met de Wet van 15 april 2018 houdende hervorming van het ondernemingsrecht heeft de wetgever effectief het klassieke *distinguo* tussen commerciële en burgerlijke ondernemingsvormen opgeheven en vervangen door een drieledig ondernemingsbegrip dat natuurlijke persoon, rechtspersoon én andere organisaties zonder rechtspersoonlijkheid tot hun recht laat komen.

Dat leek een mooie gelegenheid om rond de organisatie enkele beginselen te schrijven. Het gaat hier zeker niet om een overzicht van alle of zelfs maar de belangrijkste regels. Het werk dat voorligt heeft de ambitie als een medische *scan* te zijn. Het wil niet de oppervlakte beschrijven, maar de interne samenhang van regels reveleren en inzoomen op essentiële details, die het systeem dragen dan wel zorgen voor pathologieën.

De piramide is hiermee zeker niet afgewerkt. Het blijft een werfbezoek. Maar er staat toch al een mastaba.

\* \*  
\*

Dit werk werd geschreven als syllabus voor het vak Bepalingen gemeen aan alle rechtspersonen van de Master Vennootschapsrecht van de KU Leuven (campus Brussel). Dit verklaart de focus op rechtspersonen, al worden andere organisatievormen ook wel besproken, voornamelijk om het contrast met de rechtspersoon aan te tonen. Of het gebrek daaraan.

Niet alle onderwerpen van dit vak komen aan bod in dit werk. Sommige thema's behandelen we niet om dat ze te moeilijk dan wel te makkelijk zijn.

De aandacht gaat per de voornemens in 2004 niet enkel naar de bepalingen in het WVV, maar ook naar toepassing van de regels van het privaatrecht, ontworpen voor fysieke mensen, op zielloze organisaties.

\* \*  
\*

*Hoofdstuk 1* kijkt naar de concrete juridische gevolgen van de rechtspersoonstechniek. We doen dat door de positie van de eigenaar van een handelszaak te contrasteren met die van de aandeelhouder in een vennootschap. In *hoofdstuk 2* worden de vennootschappen en verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid en de vennootschappen met onvolkomen rechtspersoonlijkheid (VOF, CommV) aan de vergelijking toegevoegd. Aandachtspunten voor de contractspraktijk krijgen een aparte plek in *hoofdstuk 4*.

De titel van het eerste hoofdstuk is "*Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale*", naar de Franse jurist – de meningen verschillen wie – die hiermee de rechtspersoon als een fictie wegzette. (In het Frans wordt de rechtspersoon meestal 'zedelijke persoon' genoemd. De student die op het examen antwoordde dat zijn moeder een rechtspersoon is, zou in het Frans dan nog het voordeel van de twijfel gekregen kunnen hebben).

Dit kaderde in een versleten debat tussen de fictieleer en de realiteitsleer. De fictieleer zag de rechtspersoon als een creatie van het recht en zag daarin de verantwoording voor een strenge regulering. De realiteitsleer zag de rechtspersoon als een realiteit die door het recht enkel werd erkend. Dit gold als verantwoording voor een liberale regulering.

Ik noem dit debat versleten omdat elke jurist hopelijk inziet dat een begrip als rechtspersoon, maar ook andere begrippen als rechtssubject, vordering, schuld, ... ficties zijn, die niet *in rerum natura* worden teruggevonden. Ze bevinden zich niet in de zichtbare of onzichtbare schepping, maar in het hoofd van mensen. Het verschil met literaire fictie is dat de juridische fictie met overheidsgeweld wordt afgedwongen.

We kiezen dus resoluut, en verder onuitgesproken, voor een opvatting van de rechtspersoon als een juridische techniek. Uit deze keuze op zich leiden we geen normatieve stellingnames af. Dit kan zowel gecombineerd worden met een restrictieve als met een liberale benadering.

Wel kijken we met een normatieve blik naar de concrete gevolgen van de techniek, in het bijzonder beperkte aansprakelijkheid en vermogensaf-scheiding in hoofdstuk 3. Wat zijn de redenen voor deze gevolgen? Wat zijn de risico's ervan? En welke remedies voor deze risico's zitten of zou-den er moeten zitten in de gereedheidskist van het organisatierecht?

Het motto van hoofdstuk 5 is een antwoord op de hiervóór geciteerde Franse jurist door een collega: “*Moi non plus, mais je l'ai souvent vue payer l'addition*”. Als juridische techniek creëert de rechtspersoon een fictief subject waaraan rechten en verplichtingen worden toegerekend. Hoe deze toerekening gebeurt, is essentieel voor het optreden van een orga-nisatie in het rechtsverkeer. Het gaat hier om vertegenwoordiging, on-rechtmatige daden, misdrijven en subjectieve gesteldheden. Ook de rechtsbekwaamheid en algemene grenzen als wettelijke specialiteit, sta-tutaire specialiteit en vennootschapsbelang komen hier aan bod. Hoewel geschreven op maat van de rechtspersoon, gelden de besproken principes ook voor andere organisaties.

Hoofdstuk 7 kijkt naar de structuur van het Belgische organisatierecht. Hoe is het WVV georganiseerd? Welke vormen zitten bij het WVV? Wat karakte-riseert een vennootschap en een vereniging? Hoe passen organisaties in het formele en het functionele ondernemingsbegrip van het onderne-mingsrecht?

Hoofdstuk 8 kijkt naar wat de rechtspersoon onderscheidt van andere or-ganisatievormen: oprichtingsformaliteiten en publiciteitsvoorschrift. Ook het handelen namens de rechtspersoon in oprichting wordt hier bespro-ken.

Hoofdstuk 9 bespreekt uitgebreid één van de belangrijkste remedies tegen de risico's van de rechtspersoonstechniek: bestuursaansprakelijkheid, zo-als in het WVV, het gemeen aansprakelijkheidsrecht en het insolventie-recht.

Drie hoofdstukken blijven onafgewerkt en werden niet opgenomen: hoofdstuk 5 over het IPR (keuze van en verandering van het toepasselijk recht), hoofdstuk 10 over liquiditeit en liquidatie (ontbinding, overdracht van aandelen, beslag op aandelen, uittredingsregelingen) en hoofdstuk 11 over twee modellen van vermogensovergang (vereffening en overdracht onder algemene titel).

\* \*  
\*

Dit werk is mede gebaseerd op eerdere versies van deze syllabus ontwikkeld samen met Prof. M. Wauters tijdens de periode 2010-2012, toen we het betrokken vak samen mochten doceren. Ik scheef samen met hem ook een van de artikels dat aan de basis ligt van hoofdstuk 4. Voor het vak werd ook gebruik gemaakt van eerdere syllabi voor dit opleidingsonderdeel van Prof. K. Geens en Prof. R. Tas. Deze personen dienen in het bijzonder te worden bedankt, maar hun treft geen verantwoordelijkheid voor de gebreken van dit werk.

Joeri Vananroye  
september 2020

## Inhoud

|            |                                                                                                                                    |            |
|------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>[1]</b> | <b>"Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale" .....</b>                                                                     | <b>10</b>  |
| 1.         | Een rechtssubject dat geen natuurlijke persoon is .....                                                                            | 10         |
| 2.         | Implicaties van de rechtspersoonstechniek .....                                                                                    | 14         |
| <b>[2]</b> | <b>Volkomen rechtspersonen, vennootschappen en verenigingen<br/>zonder rechtspersoonlijkheid en onvolkomen rechtspersonen ....</b> | <b>38</b>  |
| 1.         | Vennootschappen en verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid .....                                                                 | 38         |
| 2.         | Vennootschappen met onvolkomen rechtspersoonlijkheid .....                                                                         | 48         |
| <b>[3]</b> | <b>Beperkte aansprakelijkheid en afgescheiden vermogen: redenen,<br/>risico's en remedies.....</b>                                 | <b>53</b>  |
| 1.         | De verrassend zwakke case voor beperkte aansprakelijkheid van<br>aandeelhouders .....                                              | 54         |
| 2.         | Vennootschapsaansprakelijkheid en haar grenzen .....                                                                               | 61         |
| 3.         | Gevallen van foutloze aandeelhoudersaansprakelijkheid .....                                                                        | 65         |
| 4.         | Bestuursaansprakelijkheid als alternatief voor<br>aandeelhoudersaansprakelijkheid .....                                            | 70         |
| 5.         | Ondernemingsaansprakelijkheid: aansprakelijkheid voor sommige<br>aandeelhouders .....                                              | 76         |
| <b>[4]</b> | <b>Enkel gevolgen van de rechtspersoonstechniek voor de<br/>contractspraktijk .....</b>                                            | <b>92</b>  |
| 1.         | Economische versus juridische realiteit.....                                                                                       | 92         |
| 2.         | Engagementen van de vennootschap en van aandeelhouders .....                                                                       | 95         |
| 3.         | Rechtspersoon, onderneming, aandeelhouder .....                                                                                    | 104        |
| 4.         | "Persoonlijke schade" bij rechtspersonen .....                                                                                     | 109        |
| <b>[5]</b> | <b>"Mais je l'ai souvent vue payer l'addition" .....</b>                                                                           | <b>118</b> |
| 1.         | Rechtsbekwaamheid, wettelijke specialiteit, statutaire specialiteit, belang<br>.....                                               | 118        |

|     |                                                                     |            |
|-----|---------------------------------------------------------------------|------------|
| 2.  | Toerekening van rechtshandelingen (vertegenwoordiging) .....        | 128        |
| a.  | Vertegenwoordiging in het algemeen .....                            | 128        |
| b.  | Vertegenwoordiging bij organisaties.....                            | 134        |
| 3.  | Toerekening van proceshandelingen .....                             | 151        |
| 4.  | Toerekening van onrechtmatige handelingen .....                     | 159        |
| 5.  | Toerekening van psychische of intellectuele eigenschappen .....     | 168        |
| [6] | <b>Keuze en wijziging van toepasselijk vennootschapsrecht .....</b> | <b>170</b> |
| [7] | <b>Structuur van het Belgisch rechtspersonenrecht .....</b>         | <b>171</b> |
| 1.  | Structuur van het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen.....  | 171        |
| 2.  | Wat is een vennootschap: irrelevant voor rechtspersonen? .....      | 179        |
| 3.  | Wat is een vennootschap: de kwalificatie van een maatschap .....    | 183        |
| 4.  | Vennootschap vs. vereniging.....                                    | 189        |
| 5.  | Onderneming in formele zin in het WER, Ger.W. en BW .....           | 204        |
| 6.  | Onderneming in de <i>functionele</i> zin in het WER .....           | 217        |
| [8] | <b>Oprichting en publiciteit van rechtspersonen .....</b>           | <b>230</b> |
| 1.  | Oprichting .....                                                    | 230        |
| 2.  | Nietigheidsregeling .....                                           | 246        |
| [9] | <b>Aansprakelijkheid van leden van bestuursorganen.....</b>         | <b>249</b> |
| 1.  | Overzicht en ratio van bestuursaansprakelijkheid .....              | 249        |
| 2.  | Bepalingen gemeen aan interne en externe bestuursaansprakelijkheid  | 260        |
| 3.  | Interne bestuursaansprakelijkheid .....                             | 267        |
| 4.  | Externe bestuursaansprakelijkheid .....                             | 277        |
| 5.  | Bestuursaansprakelijkheid na faillissement.....                     | 282        |
| a.  | Enkele gronden van bijzondere faillissementsaansprakelijkheid ..... | 283        |
| b.  | Vorderingen van de boedel en van individuele schuldeisers ...       | 293        |

|      |                                                                                                     |            |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 6.   | Beperkingen op en matiging van bestuursaansprakelijkheid.....                                       | 300        |
| [10] | <b>Liquiditeit en liquidatie: ontbinding, overdracht van en beslag op aandelen, uittreding.....</b> | <b>311</b> |
| [11] | <b>Vereffening en overdracht onder algemene titel.....</b>                                          | <b>312</b> |

# [1] ‘Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale’

## Over juridische gevolgen van de rechtspersoonstechniek

**Bibliografie.** Veel van de besproken thema's worden grondig behandeld in K. Geens en M. Wyckaert, *De Vennootschap - Algemeen deel*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011 en het proefschrift van V. Simonart, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruylant, 1995. Nog altijd actueel is J. Ronse, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1970. Zie over doorbraak van rechtspersoonlijkheid de proefschriften van S. Van Crombrugge, *De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Kluwer, 1987 en K. Vandekerckhove, *Piercing the corporate veil*, Kluwer, 2007, met ook veel aandacht voor Belgisch recht. Zie verder J. Vananroye, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon. Technieken van vermogensafschieding, vermogensovergang en vermogensvereffening*, Antwerpen, Biblo, 2014, 411 p. over de (relatieve) verschillen tussen vennootschappen zonder, met onvolkomen en met volkomen rechtspersoonlijkheid.

### 1. Een rechtssubject dat geen natuurlijke persoon is

- (1) **Rechtspersoon als rekentechniek.** Laten we beginnen met een niet al te ingewikkelde vermogensrechtelijke verhouding die moet worden ontrafeld: een feestje dat vijf vrienden samen organiseren, en waarbij ze overeenkomen om winst of verlies gelijk te delen.

Elk van de vijf vrienden heeft een vermogensrechtelijke verhouding met de vier anderen, bv. een vordering van 1/5 voor de uitgaven die hij of zij heeft gedaan voor gemene rekening en op zijn beurt een schuld t.a.v. elk van de vier anderen voor 1/5 van hun uitgaven. Dit maakt een totaal van negen wederzijdse verhoudingen (vriend 1 en vriend 2, vriend 1 en vriend 3, vriend 1 en vriend 4, vriend 1 en vriend 5, vriend 2 en vriend 3, enz.) die moeten worden afgewikkeld om ieders aandeel te kennen.

In de praktijk zal niemand de verhouding zo afwikkelen, zeker niet als er vele deelgenoten zijn. Er zal voor ieder individueel worden gekeken wat zijn nettovordering of -schuld aan het feestje is, met andere woorden of hij nog iets aan

het collectief verschuldigd is dan wel van dit collectief te goed heeft. De optelsom daarvan is het tekort of overschot van het feestje dat onder de vrienden wordt verdeeld. Negen wederzijdse verhoudingen worden gereduceerd tot vijf verhoudingen.

Deze rekenkundige techniek – die bijna instinctief wordt gebruikt – voor de afwikkeling van meer of minder ingewikkelde samenhangende vermogensrechtelijke verhoudingen tussen verschillende personen komt erop neer dat de verzameling van deze personen wordt gepersonifieerd. Naast de deelgenoten wordt een bijkomende, fictieve persoon, de gemeenschap, gedacht.

Er wordt gedaan alsof deze personen niet langer wederzijdse schuldeiser en schuldenaar zijn voor de verschillende elementen in hun onderlinge vermogensrechtelijke verhouding. In de plaats wordt gedaan alsof een gemeenschap als aparte entiteit schuldeiser of schuldenaar is van deze vorderingen en schulden. Naast de schulden van en de schuldvordering op de deelgenoten, worden ook de andere gezamenlijke gemeenschappelijke schulden en goederen beschouwd als passiva en activa van de boedel i.p.v. passiva en activa van de deelgenoten. Opnieuw wordt hier de gemeenschap tussen de deelgenoten gepersonifieerd: niet langer de deelgenoten maar de gemeenschap wordt als schuldenaar of eigenaar beschouwd. Op basis hiervan wordt berekend wat het nettoactief van de gemeenschap is en wordt – volgens de verdeelsleutel die geldt tussen de deelgenoten – vastgesteld wat de waarde van ieders “aandeel” in dit nettopassief is. Voor deze verdeelvordering wordt de gemeenschap opnieuw behandeld als schuldenaar van de deelgenoten.

- (2) **Rechtspersoon als onstoffelijk rechtssubject.** De rechtspersoonstechniek geeft juridische inhoud aan deze rekentechniek en maakt van de gemeenschap een rechtssubject, dit is een zelfstandige drager van rechten en verplichtingen.

Een rechtspersoon (*personne juridique*) – in de oudere literatuur ook wel eens: “zedelijke persoon” (*personne morale*) – wordt meestal negatief omschreven: de rechtspersoon is een rechtssubject dat geen natuurlijke persoon is.

De rechtspersoon is daarmee een door het recht erkend “toerekeningspunt” van rechten en verplichtingen. De rechten en verplichtingen van een entiteit met rechtspersoonlijkheid gelden als de rechten van die entiteit zelf.

- (3) **Trennungsprinzip / corporate veil.** Dat de rechten en verplichtingen van een entiteit met rechtspersoonlijkheid gelden als de rechten van die entiteit zelf, krijgt vooral betekenis bekeken vanuit de deelgenoten (bv. aandeelhouders, leden).

De deelgenoten zijn de personen (i) die de beslissingsmacht hebben over het vermogen van die entiteit (rechtstreeks of door de bevoegdheid om bestuurders aan te stellen) en/of (ii), bij rechtspersonen met winstoogmerk die het vermogensrechtelijk voordeel halen uit het vermogen van die entiteit.

Titularis van de rechten en verplichtingen van het vermogen zijn niet de deelgenoten, maar de entiteit zelf als abstract toerekeningspunt. De band tussen enerzijds het titularis zijn van de bestanddelen van het vermogen en anderzijds het gerechtigd zijn tot de economische waarde en/of het bestuur van een vermogen wordt door de rechtspersoonlijkheid doorgeknipt. De deelgenoten in een rechtspersoon hebben geen zakelijke rechten op (de bestanddelen van) het vennootschapsvermogen (J. Heenen, "Nature des droits de l'associé sur l'actif d'une société commerciale avant et après la dissolution", *RCJB* 1953, 293, nr. 3). In de plaats hebben ze lidmaatschapsrechten en (tenminste in de rechtspersonen met winstoogmerk) patrimoniale rechten.

Dat hét kenmerk van de rechtspersoonstechniek is dat zakenrechtelijk de band tussen deelgenoten en vermogen wordt doorgeknipt, wordt sterk benadrukt door de Duitse doctrine, die hier spreekt van het *Trennungsprinzip* (W. Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*: Band 1, Teil 2: *Die juristische Person*: 1./2, Springer, Berlijn, 1983, 31 e.v.).

Dit idee zat ook zeer duidelijk in de omschrijving die art. 2 van de Vennootschapswet van 1873 gaf aan rechtspersoonlijkheid: "*une individualité juridique distincte de celle des associés*".

Het is de rechtspersoon zelf die juridisch geldt als eigenaar, schuldeiser, schuldenaar, eiser of verweerder, ... van de goederen, vorderingen, schulden of rechtsvorderingen van de entiteit met rechtspersoonlijkheid, en niet de personen die schuilgaan achter de rechtspersoon, ook als deze personen het economische voordeel halen uit of feitelijk meesterschap hebben over de rechtspersoon en zijn vermogen. Dit is, op positieve wijze uitgedrukt, de *corporate veil*, de sluier van de rechtspersoonstechniek die over de deelgenoten hangt (en die meestal enkel negatieve aandacht krijgt bij pogingen tot doorbraak ervan).

- (4) **Vermoeiende en verhelderende *a contrario*-redeneringen.** Traditioneel wordt de aard van de rechtspersoon verder uitgediept door de entiteit met rechtspersoonlijkheid af te zetten tegen respectievelijk (i) de natuurlijke persoon (die sinds de afschaffing van slavernij en de "burgerlijke dood" altijd een rechtssubject is); en (ii) groeperingen zonder rechtspersoonlijkheid (bv. maatschap en zgn. feitelijke vereniging).

De tegenstelling met de natuurlijke persoon betreft vooral vragen van bekwamheid en toerekening en komt in hoofdstuk [5] aan bod.

De tweede tegenstelling kan aanleiding geven tot vergissingen. Ten onrechte wordt klassiek vaak gezocht naar de eigen aard van de rechtspersoon in de tegenstelling tussen de rechtspersoon en de groeperingen zonder rechtspersoonlijkheid. De, begrijpelijke, gedachtegang luidt: “wat eigen is aan de rechtspersoon, zal ontbreken bij de niet-rechtspersoon”.

Recente wetgeving laat hier geen twijfel meer over bestaan: ook de maatschap heeft een afgescheiden vermogen volgens het WvV en het met de Wet Hervorming Ondernemingsrecht toegevoegde art. 703 § 2 Ger.W. regels het *ius standi* van groeperingen zonder rechtspersoonlijkheid. Zie verder nr. (21) en (24).

Hierna in hoofdstuk 2 willen we argumenteren dat de vennootschappen en verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid beter worden begrepen door hun gelijkenissen met de rechtspersoon dan door hun verschillen ermee. Geens spreekt in dit verband van “vermoeiende *a contrario* conclusies” (K. Geens, boekbespreking Asser-Maeijer 5-V, TPR 1998, 1149).

Daarom willen we nu eerst de eigen aard van de rechtspersoonstechniek beschrijven zonder te vergelijken met groeperingen zonder rechtspersoonlijkheid.

- (5) **Onderscheid met onderneming (handelszaak).** Het scherpst komt de eigen aard van de rechtspersoon tot uiting in de tegenstelling met de onderneming, in de zin van het geheel van activa dat voor een concrete economische activiteit wordt ingeschakeld (vaak ook: de handelszaak). ‘Onderneming’ heeft in het WvO en andere wetgeving meerdere betekenissen, telkens als kwalificatie voor rechtssubjecten. Hier verwijzen we echter naar een rechtsobject.

Economisch gezien is de onderneming onmiskenbaar een vermogen met een bepaalde affectatie: het is een samenhangend geheel van activa en passiva met een duidelijke economische finaliteit. Deze samenhang en finaliteit is vaak zelfs duidelijker dan in een rechtspersoon. Niets belet immers dat het vermogen van een rechtspersoon een toevallig en onsamenvattend samenraapsel is met als enige verbindende factor dat die rechtspersoon de titularis is. Bij een onderneming daarentegen behoort de bestemming voor een bepaalde ondernemingsactiviteit tot het wezen van de figuur.

Boekhoudkundig wordt de onderneming bovendien als een autonome entiteit beschouwd: de onderneming wordt behandeld als eigenaar van haar activa en schuldenaar van haar passiva. Door aftrek van de passiva van de activa bekomt men het *eigen vermogen* van de onderneming. Dit *eigen vermogen* van de onderneming staat aan de passiefzijde, als ware het een schuld aan de eigenaar van de onderneming.

Juridisch is de onderneming echter geen autonome entiteit: de activa en passiva van de onderneming zijn activa en passiva van de eigenaar. De onderneming (of correcter: elk van de individuele bestanddelen ervan) is een *rechtsobject*, geen *rechtssubject*.

Er is dan ook geen sprake van een eigen vermogen in juridische zin: de activa van de onderneming zijn niet (exclusief of zelfs maar bij voorrang) bestemd voor de passiva van de onderneming. Boekhoudkundig mag de handelszaak dan wel worden beschouwd als een geheel van activa en passiva, juridisch impliceert dit niet dat de handelsschulden bij voorrang kunnen worden verhaald op de goederen in het handelsfonds.

Het meest sprekend is de vergelijking tussen de BV met één vennoot en de één-persoonsonderneming. Doordat de enige vennoot in een eenpersoons-BV de volledige patrimoniale en lidmaatschapsrechten met betrekking tot het vennootschapsvermogen heeft, lijkt zijn situatie economisch gezien het meest op die van een eigenaar van een één-persoonsonderneming. In deze vergelijking verschijnt dan ook het *Trennungsprinzip* het zuiverst en komen de eigen kenmerken van de rechtspersoonstechniek het scherpst naar voor.

## **2. Implicaties van de rechtspersoonstechniek**

- (6) **a/. Niet-aansprakelijkheid van de deelgenoten.** Bij de onderneming gelden de ondernemingsschulden als schulden van de drager van de ondernemer. Hij is er dan ook onbeperkt voor aansprakelijk.

Bij de rechtspersoon zijn de schulden van de entiteit daarentegen niet de schulden van de deelgenoten, maar van de entiteit als rechtssubject. Dit komt het duidelijkst naar voor bij contractuele schulden, waar de toerekening door een formeel criterium wordt bepaald, nl. in wiens naam de verbintenissen zijn aangegaan. In beginsel heeft enkel deze partij een contractuele schuld (en niemand anders). Derden zijn, in beginsel, geen schuldenaar onder een overeenkomst

(art. 1165 BW). Deze relativiteit van de overeenkomst geldt ook voor “derden” die *insiders* zijn van een rechtspersoon-contractant, zoals de deelgenoten.

Hieruit volgt de zgn. "beperkte aansprakelijkheid" van deelgenoten, die verbintenissenrechtelijk als een niet-aansprakelijkheid kan worden aangeduid. Vennootschapsrechtelijk is er meestal sprake van "beperkte aansprakelijkheid" omdat de deelgenoten doorgaans verplichtingen hebben met betrekking tot de vorming of de instandhouding van het vermogen van de rechtspersoon.

De wetgever kan uiteraard afwijken van de beperkte aansprakelijkheid, zoals bij de onbeperkte aansprakelijkheid van de (werkende) vennoten in de VOF en CommV. "Niet-aansprakelijkheid" van de deelgenoten is echter het normale gevolg van de rechtssubjectiviteit van een organisatie. Zo werd de beperkte aansprakelijkheid van leden van een VZW nooit ernstig betwist, ook niet vóór dit in 2002 uitdrukkelijk in art. 2bis VZW-Wet werd ingeschreven.

- (7) **Niet-aansprakelijkheid van de deelgenoten bij niet-contractuele schulden.** De niet-aansprakelijkheid van de deelgenoten in een rechtspersoon speelt ook bij niet-contractuele schulden. De onrechtmatige daad van de rechtspersoon geldt niet automatisch als onrechtmatige daad van de deelgenoten.

Wel verschijnt de niet-aansprakelijkheid hier minder scherp dan bij contractueel handelen. Voor contractuele verbintenissen gebeurt de toerekening op grond van een formeel criterium: is de verbintenis al dan niet aangegaan in naam van de rechtspersoon. Bij beoordeling van niet-contractueel handelen (bv. aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad) heeft de hoedanigheid waarin een onrechtmatige handeling wordt gesteld minder belang. In ieder geval sluit de omstandigheid dat iemand in hoedanigheid handelt niet de toerekening uit aan andere personen (zoals bv. de deelgenoot). Zo sluit de omstandigheid dat een onrechtmatige daad door een bestuurder of andere vennootschapsfunctionaris in uitoefening van zijn of haar functie wordt gesteld, de eigen aansprakelijkheid van een bestuurder of andere functionaris niet uit.

Zie o.m. Cass. 20 juni 2005 (DAOR 2005, afl. 76, 340, JT 2006, 435, JLMB 2005, 1199, Pas. 2005, 1354, RPS 2005, 183, TBH 2006, 418), dat bovendien voor precontractueel handelen het regime van de onrechtmatige daad vooropstelt:

"Overwegende dat het arrest beslist dat de aansprakelijkheid buiten overeenkomst van de eisers in het gedrang is gebracht wegens de fout die zij,

als orgaan van de vennootschap naar Luxemburgs recht Comptigest, be-  
gaan hebben bij de onderhandeling van de overdracht, door die vennoot-  
schap, van een activiteit aan de verweerders ;  
Overwegende dat, enerzijds, uit geen enkele overweging blijkt dat het ar-  
rest de bepalingen van de Luxemburgse wet, die volgens het middel ge-  
schonden zijn, zou toepassen ;  
Dat, anderzijds, het arrest niet vaststelt dat de eisers gehandeld zouden  
hebben in een andere hoedanigheid dan die van orgaan van de vennoot-  
schap Comptigest ;  
Dat het middel, in zoverre het de schending aanvoert van de daarin ver-  
melde bepalingen van de Luxemburgse wet en in zoverre het betoogt dat  
de eisers "op zijn minst" zouden hebben gehandeld als lasthebbers van die  
vennootschap, feitelijke grondslag mist ;  
Overwegende, voor het overige, dat de fout die een orgaan van een ven-  
nootschap begaat bij de besprekingen die tot een overeenkomst hebben  
geleid, de aansprakelijkheid van die rechtspersoon weliswaar rechtstreeks  
in het gedrang brengt, maar dat die aansprakelijkheid, in de regel, de per-  
soonlijke aansprakelijkheid van dat orgaan niet uitsluit maar met laatstge-  
noemde aansprakelijkheid samen bestaat ;  
Dat, in zoverre, het middel, dat het tegendeel voorhoudt, faalt naar recht;"

Dit komt later uitgebreider aan bod.

Bijzondere aansprakelijkheidsregels kunnen bovendien een ander aanknopings-  
punt gebruiken dan de rechtspersoon. Een mooi voorbeeld zijn de Europese me-  
dedingingsregels die zich richten tot de onderneming als economische entiteit,  
waardoor de aansprakelijkheid voor schendingen kan uitdijen voorbij de rechts-  
persoon aan wie de schending volgens de gewone burgerrechtelijke regels  
wordt toegerekend. Zie verder nr. (57).

- (8) **b./ Mogelijkheid van rechtsverhoudingen tussen rechtspersoon en deelgenoot.**  
Tussen de deelgenoot en de rechtspersoon kunnen rechtsverhoudingen ont-  
staan (bv. overeenkomsten of aansprakelijkheidsvorderingen). Ook bij een een-  
persoons-BV kunnen er overeenkomsten worden afgesloten tussen de enige  
vennoot en de BV (vertegenwoordigd door die enige vennoot als zaakvoerder).  
Het is ook mogelijk dat de BV zich als een vermogensrechtelijke Frankenstein  
tegen zijn oprichter gaat keren d.m.v. een aansprakelijkheidsvordering (bv. als  
bij faillissement de BV door een curator wordt vertegenwoordigd).

Bij een onderneming daarentegen zijn er geen rechtsverhoudingen mogelijk tus-  
sen de onderneming en de drager van die onderneming.

- (9) **c./ Niet verhaalbaarheid van de activa van de rechtspersoon door de persoonlijke schuldeiser van de deelgenoten.** De activa van een onderneming vallen in het vermogen van de drager van die onderneming en strekken daar tot verhaal van al zijn schuldeisers, ongeacht of hun vordering al dan niet een band heeft met de onderneming.

Bij de rechtspersoon is het de entiteit zelf, en niet de deelgenoten, die zakelijk gerechtigd is tot de goederen van het vermogen van de rechtspersoon. In het vermogen van de deelgenoten valt enkel hun aandeel in de rechtspersoon.

Het vermogen van de rechtspersoon strekt tot onderpand van zijn schuldeisers (art. 3:36 NBW; voorheen art. 7-8 Hyp.W.). Omgekeerd betekent dit dat het vermogen van de rechtspersoon niet tot onderpand strekt van de loutere privé-schuldeisers van de deelgenoten in die rechtspersoon. De rechtspersoon is immers niet hun debiteur; zijn goederen vormen daarom niet hun onderpand.

De rechtspersoon is hierdoor niet louter een instrument om een onderneming te voeren, maar kan ook gebruikt worden als mechanisme om bepaalde activa en passiva te *ring fencen*. Dit verklaart voor een groot stuk het succes van vennootschapsgroepen: door een activiteit in een aparte dochtervennootschap onder te brengen wordt de rest van de onderneming afgeschermd van het risico van deze activiteit, terwijl het netto-patrimoniaal voordeel toch naar boven stroomt.

- (10) **d./ Deelgenoot heeft niet de vrije beschikking voor eigen rekening over (de bestanddelen van) de activa van de rechtspersoon.** De drager van een onderneming kan vrij beschikken over de goederen van die onderneming en ze met name gebruiken voor doeleinden die geen uitstaans hebben met de ondernemingsactiviteit. Niets belet dat de ondernemer de sofa van de wachtkamer versleept naar het salon en voor louter privédoeleinden gebruikt.

Voor de deelgenoot in een rechtspersoon daarentegen zijn de goederen van de rechtspersoon *andermans* goederen, zelfs in de éénpersoons-BV. Hij heeft over deze goederen geen bevoegdheid om ze te gebruiken of erover te beschikken, tenzij op grond van de bestuursregeling die geldt voor de betrokken rechtspersoon waarbij hij *voor rekening* van de rechtspersoon zelf kan optreden. Indien de deelgenoot optreedt voor rekening van de rechtspersoon staat hij in een fiduciaire verhouding tot de rechtspersoon: hij voert bewind over andermans vermogen (i.e. dat van de rechtspersoon) en dient dit bewind te voeren in het be-

lang van die (rechts)persoon. Indien dit bewind niet in het belang van de rechtspersoon wordt gevoerd, kan de rechtspersoon de deelgenoot aansprakelijk stellen.

- (11) **e./ Recht van deelgenoten is een "netto-recht".** Uit het voorgaande volgt dat de patrimoniale waarde van het aandeel in een rechtspersoon als een netto-aandeel in de activa van het vermogen van de rechtspersoon moet worden beschouwd. De aandeelhouder kan niet zomaar activa onttrekken: hij is maar gerechtigd tot de waarde van het "eigen vermogen" van de rechtspersoon, dit zijn de activa met aftrek van de passiva (*bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*). Deze voorwaarden trachten te bereiken dat de rechten van de vennootschapsschuldeisers door deze uitkeringen niet in het gedrang zullen komen. Het recht van de aandeelhouders is een recht op de nettowaarde van de vennootschapsactiva, d.i. met aftrek van de aanspraken van de vennootschapsschuldeisers. *Bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*. Enkel wie solvabel is kan ca-deaus uitdelen.

De uitkering door de rechtspersoon aan een deelgenoot zonder (evenwaardige) tegenprestatie (bv. dividend in een vennootschap) is enkel rechtmatig indien de rechten van de schuldeisers van de rechtspersoon zijn voldaan of redelijkerwijze door de uitkering niet in het gedrang komen. Het vennootschapsrecht kent daarom grenzen aan de uitkeringen die aan aandeelhouders kunnen gebeuren. Doordat de aandeelhouder achtergesteld is aan de schuldeiser, is er een belangenconflict tussen aandeelhouders en vennootschapsschuldeisers. Heel wat regels in het vennootschapsrecht vormen een antwoord op dit belangenconflict tussen de aandeelhouders en de vennootschapsschuldeisers. De uitkeringsregels in het vennootschapsrecht schuiven overigens de gewone vermogensbeschermingsregels niet aan de kant. Het *bona non intelliguntur*-idee blijft bij uitkeringen aan aandeelhouders naast en boven de regels inzake kapitaalbescherming van het W.Venn. een rol spelen onder de vorm van aansprakelijkheidsregels en/of de *actio pauliana* (die kan worden beschouwd als "kapitaalbeschermingsregel van gemeen recht").

In de mate er een tendens is om de kapitaalbeschermingsregels te versoepelen of af te schaffen, zouden de vermogensbeschermingsregels van het gemeen recht aan belang winnen bij kapitaalvennootschappen (zie J.M. Nelissen Grade en M. Wauters, "Reforming Legal capital: harmonisation or fragmentation of creditor protection?", in *The European Company Law Action Plan Revisited*, Leuven University Press, 2010, 47-50).

Het belang van die rechtspersoon valt omwille van het voorgaande ook niet volledig samen met het belang van de deelgenoten (ook niet in een rechtspersoon met winstoogmerk). Minstens moet rekening worden gehouden met de verhaalsanspraken van de schuldeisers van de rechtspersoon die de netto-aanspraak van de deelgenoten meebepalen.

Het recht van de drager van een onderneming daarentegen t.a.v. de goederen van die onderneming is een bruto-aanspraak. De ondernemer heeft de vrije beschikking over die goederen zonder dat hij de aanspraken van de ondernemings-schuldeisers voor dient te laten gaan. Over de activa bestemd voor de ondernemingsactiviteit heeft hij dezelfde bevoegdheid als over zijn louter persoonlijke activa.

- (12) **f./ Nettovereffening.** Een bijzonder toepassingsgeval van het nettokarakter van de aanspraak van de deelgenoten is dat bij vereffening in beginsel eerst de schulden dienen te worden voldaan alvorens het nettoactief aan de deelgenoten kan worden uitgekeerd. Deze fundamentele regel zit, enigszins verborgen, in art. 2:9 § 3 al. 1 WVV:

**Na betaling van de schulden of consignatie van de nodige gelden om die te voldoen, verdeelt de vereffenaar onder de aandeelhouders of vennoten de gelden of waarden die gelijk verdeeld kunnen worden; hij overhandigt hun de goederen die hij voor nadere verdeling heeft moeten overhouden.**

Dit is immers de enige manier om met zekerheid de netto-aanspraak vast te stellen waar de deelgenoten recht op hebben. Een vereffening van een gemeenschap van goederen dient vooral het belang van de schuldeisers van de rechtspersoon, die op deze manier hun bevoorrechte aanspraken op de goederen van de rechtspersoon kunnen veiligstellen nu het onderpand van hun exclusief verhaalsrecht verdwijnt. De uitkering van het vereffeningssaldo is daarmee, in alle betekenissen, de ultieme uitkering.

De onderneming, daarentegen, kan worden opgedoekt zonder dat er een vereffening moet gebeuren, waarbij de ondernemingsschulden bij voorrang met de ondernemingsactiva zouden dienen te worden voldaan.

- (13) **Samenloop.** Om tot een spoedige vereffening te komen, is het eveneens logisch dat de vereffening van een rechtspersoon via een collectieve procedure gebeurt waarbij actief alle schuldeisers van de rechtspersoon betrokken worden en een gelijke behandeling krijgen. Een vereffening die afhankelijk is van de diligentie

van individuele schuldeisers dreigt immers aan te slepen en kan leiden tot ongelijkheden tussen schuldeisers naargelang het ogenblik dat ze zich op de boedel willen verhalen. De samenloop vervangt daarom het *iura vigilantibus*-principe bij de vereffening van een rechtspersoon, minstens in de mate dat die rechtspersoon insolvent is.

De collectieve vereffening dringt zich des te meer op omdat omwille van de niet-aansprakelijkheid van de deelgenoten de goederen van de rechtspersoon het enige onderpand vormen van de schuldeisers van de rechtspersoon. Bij gebreke hiervan zouden onwetende of onoplettende schuldeisers immers met lege handen komen te staan, terwijl de deelgenoten meer dan hun netto-aandeel in dit vermogen ontvangen zonder dat ze gehouden zijn tot de schulden die dit vermogen bezwaren.

Een arrest van 23 november 1939 van het Hof van Cassatie, dat de regels van de samenloop van toepassing verklaarde bij de ontbinding van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid, gaf de beperkte aansprakelijkheid expliciet aan als grondslag voor de regel van de gelijkheid:

"cette disposition trouve sa raison d'être dans le fait qu'une société commerciale dissoute disparaissant par la clôture de sa liquidation, ne laisse aux créanciers incomplètement payés aucune possibilité d'obtenir à l'avenir paiement de ce qui leur reste dû." (Cass. 23 novembre 1939, *Pas.* 1939, I, 486)

- (14) **g./ Roerend karakter van aandelen in een rechtspersoon met onroerende goederen in haar vermogen.** Zie artikel 529 al. 1 van het (oud) BW:

"Roerend door wetsbepaling zijn verbintenissen en vorderingen die opeisbare geldsommen of roerende goederen betreffen, aandelen of belangen in maatschappijen van geldhandel, koophandel of nijverheid, ook wanneer onroerende goederen, tot die ondernemingen betrekking hebbende, aan de maatschappijen toebehoren. Die aandelen of belangen worden slechts ten opzichte van ieder der deelgenoten geacht roerend te zijn, zolang de maatschappij duurt."

De voorbereidende werken van de *Code civil* leggen expliciet de band tussen deze bepaling en de rechtspersoonstechniek, die een recht *in rem* vervangt door een recht *in waarde*:

"Chacune de ces compagnies est une personne morale qui agit, administre et régit les affaires de l'association d'après des statuts qui règlent les

nombre, la qualité et les attributions de chacun de ses agens : ceux-ci, en se conformant à leur mandat, obligent l'association, et le résultat de leurs opérations peut être de créer des hypothèques, et par une suite inévitable, de donner lieu à des poursuites en expropriation forcée des immeubles appartenant à l'association, et qui conservent leur qualité d'immeubles sous tout autre rapport que celui des actionnaires considérés individuellement. Chacun des sociétaires ou des intéressés ne pourrait sans doute hypothéquer sa portion virile dans ces immeubles, et son droit se borne à demander soit son dividende d'après le contrat de société, soit, lors de la dissolution de la société, la liquidation de sa portion afférente dans l'association ; mais tant que dure la société n'est pas propriétaire de sa portion de l'immeuble dont il ne peut user, mais de sa portion dans la valeur de cet immeuble. C'est donc avec raison que le projet de loi statue que, pendant la durée de la société, et relativement à chaque sociétaire seulement, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, sont meubles, quand même des immeubles dépendraient de ces entreprises." (Goupil-Préfet, *Rapport au Tribunal*, 17 januari 1804, in *Frénet*, deel XI.)

De drager van de onderneming daarentegen is eigenaar van de verschillende goederen die er deel van uitmaken; zijn recht daarin wordt telkens bepaald door de aard van het betrokken goed.

- (15) **h./ De activa van de rechtspersoon maken geen deel uit van de nalatenschap van overleden deelgenoot.** De erfgenamen van een overleden deelgenoot kunnen geen erfrechten laten gelden ten aanzien van de activa van de rechtspersoon.

De in statuten van vennootschappen nog altijd vaak gebruikte stijlclausule dat de erfgenamen van een vennoot geen zegellegging op de goederen van de vennootschap kunnen uitlokken of ervan de verdeling of de veiling kunnen vorderen is dan ook overbodig.

Bij meerdere erfgenamen wordt de continuïteit van de activiteiten van de vennootschap niet doorbroken door een verdeling in natura onder de erfgenamen. Niet de onderneming maar de aandelen van de vennootschap dienen te worden verdeeld.

Een ander belangrijk gevolg hiervan is dat een beding in de statuten van een vennootschap dat de omvang van de (patrimoniale of lidmaatschaps)rechten over de goederen van de vennootschap regelt bij het overlijden van een deelgenoot vennoot, niet automatisch een verboden beding over een nalatenschap uitmaakt. (Wel kan er sprake zijn van een onrechtstreekse schenking). De regel van art. 4:18 WvV (oud art. 1868 BW en

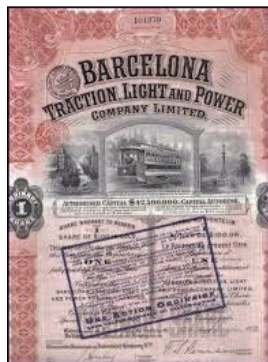
art. 42 W. Venn.) dient hiervoor zelfs niet altijd te worden ingeroepen. Het beding regelt immers de rechten binnen de rechtspersoon en betreft niet noodzakelijk de nalatenschap.

- (16) **i./ Aandeelhouder heeft geen vorderingsrecht voor afgeleide schade.** De economische waarde van het aandeel in een rechtspersoon, in het bijzonder een vennootschap, zal de invloed ondergaan van stijgingen of dalingen in het eigen vermogen van de rechtspersoon. Toch heeft de deelgenoot geen aansprakelijkheidsvordering op grond van schade die louter bestaat in de reflectie van schade aan het vennootschapsvermogen op de waarde van zijn aandeel. De aansprakelijkheidsvordering komt enkel toe aan de rechtspersoon en is onderworpen aan de voorrang van de schuldeisers van de rechtspersoon en de bestuursregeling die geldt in de betrokken rechtspersoon.

Zie Cass. 23 februari 2012, RW 2011-2012, 1659, noot F. Parrein, TRV 2012, noot J. Vananroye, “Aandeelhouders hebben geen zelfstandig vorderingsrecht voor afgeleide schade”, TRV 2012, 320:

“De vennootschap is gerechtigd om schadevergoeding te vorderen van een derde door wiens fout het vennootschapsvermogen werd aangetast. Voor deze schade aan het vennootschapsvermogen komt aan de aandeelhouders geen zelfstandig vorderingsrecht toe.”

Het is anders in een onderneming die niet werd geïncorporeerd. Als een ondernemingsgoed wordt beschadigd, komt de vergoedingsaanspraak hiervoor toe aan de eigenaar. Die eigenaar kan over het provenu van die aanspraak (net zoals over andere ondernemingsactiva) naar eigen goeddunken beschikken: gebruiken voor de onderneming dan wel voor doeleinden die niets met de onderneming te maken hebben.



De band tussen de rechtspersoonstechniek en de onmogelijkheid om afgeleide schade te vorderen blijkt zeer mooi uit de bekende *Barcelona Traction*-uitspraak van het Internationaal Gerechtshof van 5 februari 1970 (België v. Spanje, 5 februari 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, ICJ Reports 1970, 3). In dit geschil tussen België en Spanje werd België *ius standi* ontzegd voor schadeveroorzakend handelen toerekenbaar aan de Spaanse staat aan een vennootschap naar Canadees recht met voornamelijk Belgische aandeelhouders. Ter verantwoording hiervan beroept het Internationaal Gerechtshof

zich op de regel inzake afgeleide schade in de nationale rechtstelsels en zoekt hiervoor de verklaring in de rechtspersoonstechniek in termen die zeer mooi het *Trennungsprinzip* uitdrukken:

"41. Municipal law determines the legal situation not only of such limited liability companies but also of those persons who hold shares in them. Separated from the company by numerous barriers, the shareholder cannot be identified with it. The concept and structure of the company are founded on and determined by a firm distinction between the separate entity of the company and that of the shareholder, each with a distinct set of rights. The separation of property rights as between company and shareholder is an important manifestation of this distinction. So long as the company is in existence the shareholder has no right to the corporate assets.

42. It is a basic characteristic of the corporate structure that the company alone, through its directors or management acting in its name, can take action in respect of matters that are of a corporate character. The underlying justification for this is that, in seeking to serve its own best interests, the company will serve those of the shareholder too. Ordinarily, no individual shareholder can take legal steps, either in the name of the company or in his own name. If the shareholders disagree with the decisions taken on behalf of the company they may, in accordance with its articles or the relevant provisions of the law, change them or replace its officers, or take such action as is provided by law. Thus to protect the company against abuse by its management or the majority of shareholders, several municipal legal systems have vested in shareholders (sometimes a particular number is specified) the right to bring an action for the defence of the company, and conferred upon the minority of shareholders certain rights to guard against decisions affecting the rights of the company vis-à-vis its management or controlling shareholders. Nonetheless the shareholders' rights in relation to the company and its assets remain limited, this being, moreover, a corollary of the limited nature of their liability.

43. At this point the Court would recall that in forming a company, its promoters are guided by all the various factors involved, the advantages and disadvantages of which they take into account. So equally does a shareholder, whether he is an original subscriber of capital or a subsequent purchaser of the company's shares from another shareholder. He may be seeking safety of investment, high dividends or capital appreciation or a combination of two or more of these. Whichever it is, it does not alter the legal status of the corporate entity or affect the rights of the shareholder. In any event he is bound to take account of the risk of reduced dividends, capital depreciation or even loss, resulting from ordinary commercial hazards or from prejudice caused to the company by illegal treatment of some kind.

44. Notwithstanding the separate corporate personality, a wrong done to the company frequently causes prejudice to its shareholders. But the mere fact that damage is sustained by both company and shareholder does not imply that both are entitled to claim compensation. Thus no legal conclusion can be drawn from the fact that the same event caused damage simultaneously affecting several natural or juristic persons. Creditors do not have any right to claim compensation from a person who, by wronging their debtor, causes them loss. In such cases, no doubt, the interests of the aggrieved are affected, but not their rights. Thus whenever a shareholder's interests are harmed by an act done to the company, it is to the latter that he must look to institute appropriate action; for although two separate entities may have suffered from the same wrong, it is only one entity whose rights have been infringed.

45. However, it has been argued in the present case that a company represents purely a means of achieving the economic purpose of its members, namely the shareholders, while they themselves constitute in fact the reality behind it. It has furthermore been repeatedly emphasized that there exists between a company and its shareholders a relationship describable as a community of destiny. The alleged acts may have been directed at the company and not the shareholders, but only in a formal sense: in reality, company and shareholders are so closely interconnected that prejudicial acts committed against the former necessarily wrong the latter; hence any acts directed against a company can be conceived as directed against its shareholders, because both can be considered in substance, i.e., from the economic viewpoint, identical. Yet even if a company is no more than a means for its shareholders to achieve their economic purpose, so long as it is in esse it enjoys an independent existence. Therefore the interests of the shareholders are both separable and indeed separated from those of the company, so that the possibility of their diverging cannot be denied."

N.B.: deelgenoot heeft wel vorderingsrecht voor bijzondere schade, d.i. schade die een andere oorzaak heeft dan louter de waardevermindering van het vennootschapsvermogen. (bv. aandeelhouder die aandelen heeft gekocht afgaande op financiële informatie die niet correct blijkt). Zie het hoofdstuk over bestuursaansprakelijkheid.

- (17) **Betwisting van de regel inzake afgeleide schade.** De regel dat aandeelhouders geen vorderingsrecht hebben voor hun afgeleide schade, is wellicht het enige van de opgesomde gevolgen van de rechtspersoonstechniek dat betwist is in een deel van de hedendaagse doctrine. Zie in het bijzonder D. De Marez, *De afgeleide schade van aandeelhouders van een naamloze vennootschap*, proefschrift, K.U.Leuven, 2004; L. Cornelis, "Persoonlijk: over schade en de aansprakelijkheidsvordering van de curator", in *Liber amicorum Y. Merchiers*, Brugge, Die

Keure, 61; H. De Wulf, “Direct shareholder suits for damages based on reflective losses”, in *Unternehmen, Markt und Verantwortung. Festschrift K. Hopt*, Berlin, De Gruyter, 2010, 1537 e.v.

De betrokken auteurs stellen daarbij dat de regel inzake afgeleide schade een toepassing is van de algemene verbintenissenrechtelijke regels inzake schade door weerkaatsing. Deze schade is enkel vergoedbaar op het ogenblik dat deze schade zeker wordt. Hieruit leiden ze af dat indien de afgeleide schade van de aandeelhouders zeker wordt, met name indien de rechtspersoon te kennen geeft geen vergoeding te zullen vorderen, de aandeelhouders een eigen zelfstandig vorderingsrecht krijgen voor hun deel in de afgeleide schade.

Dit miskent o.i. dat aandeelhouders niet zomaar derden zijn *naast* de primaire schadelijder die door weerkaatsing worden getroffen. Zij zijn deelgenoten *in* de primaire schadelijder met enkel een netto-aandeel (nr. (11)) en zonder bevoegdheid om voor eigen rekening over de activa van die schadelijder te beschikken (nr. (10)). Het *Trennungsprinzip* impliceert dat de vordering van de rechtspersoon geen vordering is van de deelgenoten. Deze regel geldt voor alle activa van de rechtspersoon en heeft een dubbele doelstelling: (i) de activa van de rechtspersoon tot voorkeur bestemmen voor de schuldeisers van die rechtspersoon en (ii) de activa aan een bijzondere beheersregime te onderwerpen (bv. meerderheidsprincipe en autonomie van het bestuur in een NV of BV). Er is geen reden om hiervan af te wijken voor één actiefbestanddeel van de rechtspersoon, nl. een onrechtmatige daadsvordering, en een “omgekeerde doorbraak” van de *corporate veil* te aanvaarden.

Ook de schadeveroorzaker zelf heeft er een rechtmatig belang bij dat afspraken die hij geldig gemaakt zou hebben met de rechtspersoon als schadelijder (bv. dading), niet worden doorbroken door de deelgenoten die economisch gerechtigt zijn in deze rechtspersoon.

Wel heeft de deelgenoot in sommige rechtspersonen een vordering tegen bestuurders voor schade veroorzaakt door deze bestuurder aan de rechtspersoon (zie bv. de zgn. minderheidsvordering van art. 7:157 van het WvV voor de NV (voormalig art. 562 al. 1 W.Venn.)). De deelgenoot heeft in deze gevallen een vordering voor afgeleide schade. Het betreft hier echter een “afgeleide vordering” (*derivative action*), i.e. een vordering voor rekening van de rechtspersoon.

Het bestaan van deze afgeleide vordering bevestigt hiermee net de regel dat de deelgenoot voor afgeleide schade geen eigen, niet-afgeleide, vordering, heeft. Zie in die zin ook Rb. Brussel 3 februari 2011 (“Fortis-zaak”):

“[...]”

#### A. Ontvankelijkheid

11. Verweerder voert de onontvankelijkheid van de vordering van eisers aan wegens gebrek aan belang en hoedanigheid.

Volgens artikel 17 van het Gerechtelijk Wetboek kan de rechtsvordering niet worden toegelaten indien de eiser geen hoedanigheid en belang heeft om ze in te dienen. Artikel 18, lid 1 van het Gerechtelijk Wetboek voegt hieraan toe dat het om een reeds verkregen en dadelijk belang moet gaan.

Het processueel belang wordt omschreven als ieder voordeel, hetzij materieel, hetzij moreel, dat door de eiser door middel van zijn vordering in rechte kan worden betrokken. Uit de stukken C1, C2 en C3 blijkt dat eerste, tweede en derde eiser minstens vanaf 16 oktober 2007 tot 17 juni 2010, datum waarop het attest werd afgeleverd, eigenaar waren van aandelen Fortis. Zij voeren aan persoonlijk morele en materiële schade te hebben geleden door fouten begaan door verweerder in deze periode, en vorderen vergoeding van deze schade op grond van artikel 1382 en artikel 1383 van het Burgerlijk Wetboek, minstens voeren zij aan recht te hebben op een billijke vergoeding wegens onteigening of quasi-ontteigening. Het staat dan ook vast dat eisers voordeel kunnen putten uit hun vordering, met name door het herstel van de door hen ingeroepen schade, zodat zij blijf geven van het wettelijk vereiste belang.

De vraag of eisers als aandeelhouders van Fortis nv/sa al dan niet persoonlijke schade hebben geleden, en of die schade een zeker karakter heeft, raakt de grond van het geschil en niet de ontvankelijkheid van de vordering.

Eisers beschikken om deze reden eveneens over de vereiste hoedanigheid voor het instellen van deze vorderingen op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 16 van de Grondwet. Het is voor de ontvankelijkheid van deze vorderingen niet vereist dat eisers zouden aantonen nog steeds aandeelhouder van Fortis te zijn op het ogenblik van de in beraad name van de zaak.

Eisers dienen hun vordering in te stellen tegen degene die over de vereiste hoedanigheid beschikt om hierop te antwoorden. Aangezien eisers een schadevergoeding vorderen vanwege verweerder voor schade die zij stellen te hebben geleden door tussenkomst van de organen en aangestelden van verweerster, en dit voorafgaand aan de tussenkomst van het FPIM, minstens een billijke vergoeding vorderen van verweerder bij toepassing van artikel 16 van de Grondwet, beschikt verweerder ontegensprekelijk over hoedanigheid om op deze vordering te antwoorden.

De vordering van eisers is ontvankelijk.

## B. Ten gronde

### B.1. 1382 Burgerlijk Wetboek

12. Eisers verwijten de Belgische Staat buiten de wet te hebben gehandeld door zich rechtstreeks te mengen in het bestuur van de Fortis vennootschappen, en ook bij de uitwerking van diverse rechtshandelingen te hebben gehandeld in strijd met verschillende rechtsnormen en rechtsregels.

Hierbij maken zij een onderscheid tussen de transacties met de Nederlandse Staat in de periode op en rond 3 oktober 2008, en bij de transacties met BNP Paribas op en rond 5 en 6 oktober 2008. De rechtsgeldigheid van de eerste reddingsoperatie van 27 en 28 september 2008 wordt niet betwist.

Zij verwijten de Belgische Staat in concreto :

- [...] zich zonder mandaat noch toestemming van de respectieve algemene vergaderingen te hebben gedragen en te hebben gehandeld als feitelijke bestuurder van Fortis sa/nv en Fortis nv, minstens van Fortis Brussels nv en Fortis Utrecht nv Fortis Insurance nv;
- [...] te zijn opgetreden als onwettige zaakwaarnemer, zonder dat de gemandateerden van de aandeelhouders, met name de bestuurders, verhinderd waren om hun belangen te behartigen;
- [...] te hebben gehandeld met miskenning van de wet en met miskenning van de statuten door de respectieve raden van bestuur van Fortis sa/ nv en Fortis nv, minstens van Fortis Brussels nv en Fortis Utrecht nv en Fortis Insurance nv niet bij de onderhandelingen te betrekken, en door integendeel achteraf de reeds getroffen regeling af te dwingen en op te leggen : zij verwijten de Belgische Staat hierbij te hebben nagelaten de raad van bestuur te horen, het onderzoek van het dossier gebrekkig te hebben gevoerd, en zijn machtspositie te hebben misbruikt.
- [...] te hebben nagelaten de transacties aan de voorafgaande toestemming van de algemene vergadering van Fortis sa/nv en Fortis nv te onderwerpen in strijd met artikel 14 van de Fortis statuten en artikel II.3.2. van de Fortis Government Statement.
- [...] zich schuldig te hebben gemaakt aan een derde medeplichtigheid aan contractbreuk door de Nederlandse Staat, die zijn verbintenis van 28 september 2008 om een kapitaalverhoging te doen van Fortis Bank Nederland (holding) nv niet naleefde, door een latere afwijkende overeenkomst te onderhandelen en nadien te helpen realiseren;

- [...] te hebben gehandeld in strijd met artikel 10 en 11 van de Grondwet door geen staatswaarborg toe te kennen aan Fortis SA/nv en Fortis nv en in diezelfde periode wel aan onder meer Dexia Bank nv en KBC nv;
- [...] te hebben gehandeld in strijd met artikel 10 en 11 van de Grondwet door enkel de belangen van de spaarders en het personeel na te streven, en niet dat van de aandeelhouder;
- [...] niet over een noodplan, rampenplan en andere voorbereidingen zoals opleidingen met simulaties voor haar aangestelden te beschikken, door geen objectieve omstandige en zorgvuldig voorbereide schattingen en berekeningen te laten maken, door geen time out te organiseren, en op volmaakt geïmproviseerde wijze te werk te gaan;
- [...] Fortis Verzekeringen Nederland nv en Fortis Insurance Belgium nv mee te hebben verkocht zonder dat daartoe enige juridisch, economisch of financieel verantwoorde reden was, aangezien deze vennootschappen geen financiële moeilijkheden kenden;
- [...] een rechtstreekse of onrechtstreekse onteigening van activa van Fortis nv/sa en Fortis nv ten nadele van eisers te hebben gerealiseerd in strijd met artikel 1 van het eerste protocol bij het EVRM en artikel 16 van de Grondwet en artikel 544 van het Burgerlijk Wetboek;
- [...] misleidende informatie te hebben verstrekt omtrent het definitieve karakter van de reddingsoperatie en door actief mee te werken aan de wanprestatie van de Nederlandse Staat;

Eisers voeren aan persoonlijke schade te hebben geleden bestaande uit de volgende aspecten :

- een waardevermindering (damnum emergens) ex aequo et bono begroot op 3 euro per aandeel, uitgaande van de waarde van het Fortis aandeel op 25 september 2008, gelijk aan 6,53 euro, en de waarde op het ogenblik van het schrijven van de conclusies, gelijk aan 2 euro;
- verlies aan potentieel van het aandeel (lucrum cessans) ex aequo et bono geraamd op 10 euro per aandeel : zij voeren aan dat het Fortis aandeel dezelfde evolutie zou hebben gehad als het aandeel KBC en Dexia indien de ontmanteling niet had plaatsgevonden én er een staatswaarborg was gekomen;
- morele schade.

#### Schade

13. De schade die eisers aanvoeren te hebben geleden, bestaande uit een waardevermindering van hun aandeel en een verlies aan potentieel van hun aandeel, kan worden omschreven als patrimoniale reflexschade.

Eisers dienen aan te tonen dat de door hen geleden schade zeker en eigen is.

Er bestaat geen betwisting over het feit dat afgeleide schade *sensu strictu* niet tot schadeloosstelling kan leiden wanneer het hoofdslachtoffer een herstel of vergoeding van de door hem geleden schade nastreeft of nog over de mogelijkheid beschikt om dit te doen (zie onder meer D. DE MAREZ, De afgeleide schade van aandeelhouders van een naamloze vennootschap, KULeuven, 2004, 271). Enkel zekere schade kan leiden tot schadeloosstelling. Eisers voeren aan dat op de laatste algemene vergadering zou zijn bevestigd dat de vennootschap Fortis/Aegeas niet[s] zal ondernemen tegen verweerder, zonder dat dit punt door verweerder wordt betwist.

De schade van de aandeelhouders is echter in deze niets anders dan de schade aan de vennootschap die alle aandeelhouders op gelijke wijze treft, in verhouding tot hun participatie. Dit is een bijzondere vorm van schade door weerkaatsing (hierna : afgeleide schade *sensu strictu*), die hierdoor wordt gekenmerkt dat de schade van het slachtoffer door weerkaatsing volledig verdwijnt indien het onmiddellijke slachtoffer, de vennootschap, wordt vergoed. De traditionele rechtsleer en rechtspraak neemt unaniem aan dat voor een individuele vordering naast de vennootschapsvordering geen plaats is (zie onder meer in die zin RPDB, v° "société anonyme", nr. 946, 419; VAN RYN, J., Principes de droit commercial, Brussel, Bruylant, 1959, nr. 514, 398, FREDERICQ, L. en FREDERICQ, S., Handboek van Belgisch Handelsrecht, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 836, 668; HORMANS, G. en T-KINT, F., "La société anonyme (1960 à 1972)", JT, 1973, nr. 63 442; RONSE, J., Algemeen deel van het vennootschapsrecht, Leuven, Acco, 1975. 462; X, noot onder Kh. Brussel 6 juni 1977, RPS, 1977, nr. 5952, 217; RESTEAU, C., BENOIT-MOURY, A. en GREGOIRE, A., Traité des sociétés anonymes, Brussel, Swinnen, 1982, II, nr. 979, 224; VAN CROMBRUGGE, S., De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen, Antwerpen, Kluwer, 1984, nr. 129, 150; DIRIX, E., Het begrip schade, Antwerpen, Kluwer, 1984, nr. 148, 100; R. DALCQ, "Traité de la responsabilité civile", II, in Les Nouvelles, Brussel, Larcier, 1962, nr. 2997). Deze stelling wordt ook in recentere rechtsleer bijgetreden (LAGA, H., "De minderheidsvordering en het deskundigenonderzoek", Jan Ronse Instituut (red.), NV en BVBA na de wet van 18 juli 1991, Kalmthout, Biblo, 1992, nr. 5, 221; TILQUIN, T. en SIMONART, V., Traité des sociétés, Diegem, Kluwer, 1996, nr. 738, 536; J. VANANROYE, "Zelfstandige vorderingsrechten van aandeelhouders voor schade aan het vennootschapsvermogen" in H.-J. DE KLUIVER en J. WOUTERS eds., Beginselen van vennootschapsrecht in binationaal perspectief : vergelijkende beschouwingen naar Belgisch en Nederlands recht, Antwerpen, Intersentia, 1998, 235-236).

De schade van de aandeelhouder vloeit enkel voort uit de hoedanigheid van lid en valt bovendien samen met de schade door de rechtspersoon geleden, derwijze dat het herstel van de maatschappelijke schade meteen ook iedere

schade van de leden doet ophouden te bestaan (DIRIX E., Het begrip schade, Antwerpen, Kluwer, 1984, nr. 148, 100).

Ofschoon de leden van de groepering belang hebben bij het behoud van het maatschappelijk vermogen der groepering kunnen zij naast de aanspraak van de groep geen eigen rechten laten gelden. Waar de leden, door hun inbreng, een maatschappelijk vermogen stichten, beperken zij daardoor de mogelijkheid om daarin schade te leiden tot de maatschappelijke schade (zie J. RONSE, Schade en schadeloosstelling in de reeks APR, Gent, Story, 1957, 507, nr. 731).

De rechtbank treedt de motivering van de heer Dalcq bij, die onder meer het volgende stelt :

Le préjudice que cause à l'associé le dommage subi par la société ne se distingue pas de ce dernier. Si les associés subissent une perte patrimoniale ou extra-patrimoniale, c'est uniquement en leur qualité de membres du groupe, et le dommage dont ils pourraient alléguer l'existence n'existe qu'à travers l'être moral. Ils subissent une diminution de la valeur des droits que leur confère la qualité d'associé, mais ce préjudice disparaît nécessairement dès qu'est réparé le dommage subi par l'être moral lui-même. Il y a donc bien confusion entre les deux préjudices. La personne morale s'interpose entre les associés et l'auteur de la faute. Son existence constitue un obstacle aux actions individuelles des associés (Vrije vertaling : Het nadeel veroorzaakt aan de vennoot door de schade geleden in hoofde van de vennootschap onderscheidt zich niet van dit laatste. Wanneer vennoten een patrimoniale of extra-patrimoniale schade ondergaan, dan is dat uitsluitend in hun hoedanigheid van leden van de groep, en de schade waarop zij zich zouden menen te kunnen beroepen bestaat slechts in hoofde van de rechtspersoon. Zij ondergaan een vermindering van de waarde van de rechten die zij ontleen aan de hoedanigheid van de vennoot, maar dat nadeel verdwijnt noodzakelijkerwijze zodra het nadeel ondergaan door de rechtspersoon zelf hersteld wordt. De beide nadelen zijn niet van elkaar te onderscheiden. De rechtspersoon plaatst zich tussen de vennoten en de dader van de fout. Het bestaan van de rechtspersoon maakt een obstakel uit voor individuele vorderingen van de vennoten) (R.O. DALQ, Traité de la responsabilité civile, T. II, in Les nouvelles, T, V-2, Brussel, Larcier, 1962, 311-312, nr. 2996; L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, P. ERNST en J.L. SCHUERMANS, "Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad - schade en schadeloosstelling (1983-1992)", T.P.R. 1994, (851), 935, nr. 4.2).

Les actionnaires ne peuvent pas agir, même si la société s'abstient de réclamer personnellement réparation du préjudice qui lui est causé. Cette décision les lie en vertu du contrat de société et le préjudice qu'ils subiraient dans ce cas ne trouverait pas sa cause dans la faute du tiers, mais bien dans

le contrat de société lui-même. Le dommage qui est uniquement une conséquence de leur qualité d'actionnaire ne donne pas naissance dans leur chef à un droit à réparation à charge du tiers responsable (Vrij vertaald : De aandeelhouders kunnen niet in rechte optreden, zelfs indien de vennootschap zich ervan onthoudt om persoonlijk herstel te vorderen van de schade die haar werd berokkend. Deze beslissing verbindt de aandeelhouders ingevolge het vennootschapscontract en de schade die zij zouden ondergaan in dit geval, vindt niet haar oorzaak in de fout van de derde maar wel degelijk in het vennootschapscontract zelf. De schade die slechts een gevolg is van hun hoedanigheid van aandeelhouder doet in hunnen hoofde geen recht op herstel ontstaan ten laste van de derde die verantwoordelijk is) (R.O. DALCQ, o.c., nr. 2997).

Dit standpunt vindt ook onrechtstreeks steun in het recent wetgevend werk inzake de aansprakelijkheid van bestuurders. De wetgever opteerde in 1991 voor de invoering van de minderheidsvordering (wet van 18 juli 1991 tot wijziging van de wetten betreffende de handelsvennootschappen gecoördineerd op 30 november 1935 in het kader van een doorzichtige organisatie van de markt van de ondernemingen en van de openbare overnameaanbiedingen, B.S. 26 juli 1991). De wetgever achtte het hierbij "niet aangevozen om aan iedere aandeelhouder afzonderlijk, of aan een minderheid onder hen de mogelijkheid te bieden voor eigen rekening en eigen voordeel een gedeelte van de schadevergoeding te vorderen, waartoe de bestuurders hadden kunnen worden veroordeeld, mocht de vennootschap besloten hebben tegen hen een vordering in te stellen" (Parl. St. Senaat 1990-1991, nr. 1107-1, Memorie van Toelichting, 29 en 82).

De stelling van De Marez, die ruimte ziet voor een vordering van de aandeelhouder voor schade die zich niet onderscheidt van de schade van de vennootschap, kan niet worden bijgetreden.

De vordering van eisers tot vergoeding van materiële schade is ongegrond, bij gebrek aan bewijs van persoonlijke schade, onderscheiden van de schade van de vennootschap waarvan zij aandeelhouder is.

14. Eisers tonen ten slotte niet aan morele schade te hebben geleden ten gevolge van de beweerde fouten van verweerder. Een dergelijke schade wordt niet vermoed. [...]

- (18) **j./ Een verandering in het deelgenotenbestand impliceert geen overgang van het vermogen van de rechtspersoon.** Het aanknopingspunt voor vermogensrechtelijke verhoudingen (bv. overeenkomsten) is de abstracte rechtspersoon. Een verandering in het deelgenotenbestand (bv. overdracht van alle of enkele aandelen in een vennootschap) impliceert hiermee geen overgang van activa of passiva van de rechtspersoon. Dit heeft onder meer de volgende gevolgen:

- Een overdracht van de aanspraak van deelgenoot op vermogen van de rechtspersoon gebeurt *ut universi* door de overdracht van het aandeel in de rechtspersoon (indien in de betrokken rechtspersoon een overdracht mogelijk is). Er dient geen overdracht te gebeuren van (aandelen in) individuele bestanddelen van het vermogen van de rechtspersoon.
- Er is in beginsel een continuïteit van de vermogensrechtelijke verhoudingen van de rechtspersoon ondanks een wisseling in de deelgenoten (bv. geen noodzaak van contractsoverdrachten, overdracht van licenties etc.).
- Een overeenkomst die *intuitu personae* is in hoofde van de rechtspersoon, is in principe niet verbreekbaar louter omwille van de wijziging van deelgenoten in de rechtspersoon. (Om deze reden wordt contractueel of reglementair net vaak een zgn. *change in control*-clausule als alternatief mechanisme voorzien).
- De nieuwe deelgenoot die de aandelen verkrijgt "ondergaat" in zijn aandeel ook de passiva van vóór zijn intrede, niet doordat hij hiervoor aansprakelijk is – de niet-aansprakelijkheid speelt hier uiteraard nog altijd – wel omdat die passiva de nettowaarde van zijn aandelen meebepalen.

Hiermee is de overdracht van aandelen in een rechtspersoon veel makkelijker dan de overdracht van een onderneming, die een overdracht van activa en een overname van passiva van die onderneming impliceert:

- Een overdracht van de onderneming gebeurt voor elk van de individuele bestanddelen ervan *ut singuli* met inachtnaam van de grond- en vormvoorwaarden voor die overdrachten.
- De overdracht zorgt voor een discontinuïteit in de vermogensrechtelijke verhoudingen van de ondernemingen (bv. noodzaak van contractsoverdrachten).
- Die discontinuïteit maakt dat overdraagbaarheidsbeperkingen voor een bestanddeel de overgang van dat bestanddeel kunnen verhinderen (bv. een overeenkomst die bv. *intuitu personae* is in hoofde van de eigenaar van de onderneming).
- Doordat de overdracht *ut singuli* gebeurt kunnen de partijen ook kiezen welke activa en passiva overgaan. Klassiek daarbij is dat een overnemer bedingt dat hij niet aansprakelijk is voor passiva van de onderneming die dateren van vóór zijn overname.

(19) **k./ Rechtspersoon heeft *ius standi*.** De entiteit met rechtspersoonlijkheid als dusdanig heeft hoedanigheid om in rechte op te treden.

De rechtspersoon kan in beginsel enkel voor zijn eigen belang optreden (“datgene wat het bestaan van de rechtspersoon, zijn vermogensrechtelijke goederen en zijn morele rechten raakt”). Behoudens bij vertegenwoordiging (bv. op grond van volmachtverlening in de statuten) of in geval van een wettelijke uitzondering, kan een rechtspersoon niet optreden voor het belang van zijn deelgenoten. Een vormspecifieke uitzondering geldt er voor de VZW erkend als beroepsvereniging, zie art. 9:25 WV (voorheen art. 10 Wet van 31 maart 1898 op de beroepsverenigingen):

**De vereniging erkend als beroepsvereniging of federatie van beroepsverenigingen mag in rechte optreden, hetzij als eiser, hetzij als verweerder, voor de verdediging van de persoonlijke rechten waarop haar leden aanspraak mogen maken in die hoedanigheid, onverminderd het recht voor die leden om rechtstreeks op te treden, zich bij het geding aan te sluiten of tussen te komen in de loop van het rechtsgeding. Dat is met name het geval voor de rechtsgedingen tot uitvoering van de overeenkomsten gesloten door de vereniging voor haar leden, en voor de rechtsgedingen tot vergoeding der schade veroorzaakt door hun niet-uitvoering.**

Het enkele feit dat een rechtspersoon of een natuurlijke persoon een doel, ook al is het statutair, nastreeft, doet in beginsel geen eigen belang ontstaan (Cass. 19 september 1996).

Artikel 137 van de Wet van 21 december 2018 houdende diverse bepalingen betreffende justitie (Staatsblad 31 december 2018) vult artikel 17 van het Ger.W. (vereiste van hoedanigheid en belang) aan met de volgende alinea, die een belangrijke algemene uitzondering vormt op dit principe.

**De rechtsvordering van een rechtspersoon, die de bescherming beoogt van de rechten van de mens of fundamentele vrijheden zoals zij zijn erkend in de Grondwet en in de internationale instrumenten die België binden, is eveneens ontvankelijk onder de volgende voorwaarden:**  
1° het maatschappelijk doel van de rechtspersoon is van bijzondere aard, onderscheiden van het nastreven van het algemeen belang;  
2° de rechtspersoon streeft op duurzame en effectieve wijze dit maatschappelijk doel na;  
3° de rechtspersoon treedt op in rechte in het kader van dat maatschappelijk doel, met het oog op de verdediging van een belang dat verband houdt met dat doel;  
4° de rechtspersoon streeft met zijn rechtsvordering louter een collectief belang na.

Deze bepaling is geïnspireerd op gelijkaardige vorderingsbevoegdheden in o.m. de Wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden en de Wet van 12 januari 1993 betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu (zie meer bij K. Geens, M. Denef, F. Hellemans, R. Tas en J. Vananroye, “Vennootschappen. Overzicht van rechtspraak (1992-98)”, TPR 2000, p. 206-212).

De Wet van 21 december 2018 past overigens ook deze en andere wettelijke bepalingen aan i.v.m. het vorderingsrecht van rechtspersonen met betrekking tot een belang dat niet hun eigen belang is in de zin van art. 17 al. 1 Ger.W. De bedoeling is een “gemeenrechtelijk regime van vordering ter bescherming van collectieve belangen.” Daarmee wordt bedoeld dat de regels op mekaar worden afgestemd. Een gemeen recht in de formele zin is er met de nieuwe regels niet.

Deze vorderingen wijken af van de gewone regels waarbij het belang van een rechtspersoon alleen datgene omvat wat zijn bestaan, zijn materiële goederen en morele rechten inzonderheid zijn vermogen, eer en goede naam raakt. De Memorie van Toelichting stelt hierover:

“Deze Titel heeft tot doel de wijziging van artikel 17 van het Gerechtelijk Wetboek en van bijzondere wetten om een gemeenrechtelijk regime van vordering ter verdediging van collectieve belangen op te richten met het oog om tegemoet te komen een arrest van het Grondwettelijk Hof nr 133/2013 van 10 oktober 2013. Volgens het Hof wordt een rechtspersoon die een gerechtelijke vordering instelt die overeenstemt met een van zijn statutaire doelen, om een einde te maken aan onmenselijke en vernederende behandelingen in de zin van artikel 3 van het EVRM, die onontvankelijk wordt verklaard omdat zij geen betrekking heeft op het bestaan van de rechtspersoon, de vermogensgoederen of de morele rechten ervan, gediscrimineerd ten opzichte van verenigingen die een beroep kunnen doen op de bijzondere wetgeving inzake kansengelijkheid en de bestrijding van xenofobie en racisme. Het Hof oordeelde als volgt: “Het komt echter aan de wetgever toe te preciseren onder welke voorwaarden een vorderingsrecht kan worden toegekend aan de rechtspersonen die een vordering wensen in te stellen die overeenstemt met hun statutair doel en de bescherming beoogt van de fundamentele vrijheden zoals zij zijn erkend in de Grondwet en in de internationale Verdragen waarbij België partij is.” (GwH, 10 oktober 2013, nr.°133/2013, § B.11).”

Elders hebben we geargumenteed dat een schadevergoeding, andere dan een louter symbolische, bij een vordering tot verdediging van collectieve belangen problematisch is (TPR 2000, 211-212, nr. 132). Minstens heeft zulke schadevergoeding een andere doelstelling en aard dan de klassieke

schadevergoeding uit het private aansprakelijkheidsrecht: “Neem b.v. een VZW die zich tot doel stelt om de belangen van gevangenen te verdedigen en die een schadevergoedingsvordering instelt tegen de Belgische Staat wegens de onrechtmatige toestand waarin gevangenen zich bevinden. Aan wie dient deze schadevergoedingsvordering toe te komen indien de vordering ontvankelijk en gegrond wordt verklaard? De schadelijders zijn uiteraard de gevangenen, niet de vereniging die geen eigen recht heeft. De vergoeding hoort daarom niet thuis in het vermogen van de vereniging, terwijl zij nochtans, als partij in eigen naam, de enige executiegerechtigde zal zijn. Het is niet meteen duidelijk hoe het technisch te realiseren valt het procesrechtelijke voordeel van de vordering over te maken aan de werkelijke schadelijders en hoe zij daarbij ingedekt kunnen worden tegen de insolventie van de vereniging.” (TPR 2000, 2, nr. 125).

Omgekeerd kan een deelgenoot in principe niet optreden voor het belang van de rechtspersoon. Wel zijn er, naar gelang de op de betrokken rechtspersoon toepasselijke regels, een hele reeks vorderingen waarbij de deelgenoot kan ingrijpen in het bestuur van de vennootschap. De deelgenoot kan echter niet een vordering van de vennootschap zelf uitoefenen. De hoger in nr. (16) vermelde uitzondering hierop van de afgeleide vordering (minderheidsvordering) bevestigt die regel, omdat deze vordering net voor rekening van de vennootschap wordt ingesteld.

Alhoewel de rechtspersoon noodzakelijk via een vertegenwoordiger moet werken, is het de rechtspersoon zelf die procespartij is en niet die vertegenwoordiger of de deelgenoten. Het procesrechtelijk voor- of nadeel (bv. gezag van gewijsde) van een vonnis geldt voor de rechtspersoon en niet voor de vertegenwoordiger of de deelgenoten.

Een onderneming daarentegen kan als dusdanig niet in rechte optreden. M.b.t. het belang van de onderneming heeft enkel de eigenaar *ius standi*. Het is de eigenaar die procespartij is. Het procesrechtelijk voor- of nadeel van een vonnis geldt voor de eigenaar persoonlijk.

- (20) **Recapitulatie.** De onderstaande tabel recapituleert het voorgaande, bekeken vanuit de vergelijking van de positie van de eigenaar bij een onderneming en de vennoot bij een vennootschap met (volkomen) rechtspersoonlijkheid.

|                                        | <b>onderneming (één-manszaak)</b>                                                                                                | <b>rechtspersoon</b>                                                                                                      |
|----------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>a. aansprakelijkheid</b>            | eigenaar onbeperkt aansprakelijk                                                                                                 | vennoot niet aansprakelijk                                                                                                |
| <b>b. verhouding met gerechtigde</b>   | geen rechtsverhoudingen mogelijk tussen onderneming en eigenaar                                                                  | rechtsverhoudingen mogelijk tussen rechtspersoon en vennoot                                                               |
| <b>c. zaakcrediteuren</b>              | zaakcrediteuren geen bevoorrechte positie t.a.v. activa van de onderneming   samenloop met persoonlijke crediteuren van eigenaar | zaakcrediteuren als enigen verhaal op activa van rechtspersoon   geen samenloop met persoonlijke crediteuren van vennoten |
| <b>d. beschikken over activa</b>       | eigenaar kan vrij beschikken                                                                                                     | niet beschikken voor eigen rekening (enkel voor rekening van rechtspersoon – in eigen belang van rechtspersoon)           |
| <b>e. aard van aanspraak op activa</b> | bruto-aanspraak (geen afgescheiden vermogen)                                                                                     | netto-aanspraak (afgescheiden vermogen)                                                                                   |
| <b>f. vereffening</b>                  | vereffeningsprocedure die recht doet aan rechten schuldeisers (samenloop)                                                        | vereffeningsprocedure die recht doet aan rechten schuldeisers (samenloop)                                                 |
| <b>g. aard van recht</b>               | roerend of onroerend, naargelang betrokken bestanddeel                                                                           | aandeel roerend, ook als de rechtspersoon onroerende goederen heeft                                                       |
| <b>h. overlijden</b>                   | activa en passiva maken deel uit van nalatenschap eigenaar                                                                       | enkel aandeel maakt deel uit van nalatenschap vennoot                                                                     |
| <b>i. afgeleide schade</b>             | eigenaar heeft aanspraak voor schade aan onderneming                                                                             | Vennoot heeft geen aanspraak voor schade aan rechtspersoon                                                                |
| <b>j. overdracht van aanspraak</b>     | <i>ut singuli</i> met discontinuïteit (overdracht activa en overname passiva)                                                    | <i>ut universi</i> met continuïteit (overdracht van aandeel)                                                              |
| <b>k. ius standi</b>                   | onderneming geen ius standi   enkel eigenaar                                                                                     | (enkel) rechtspersoon ius standi   enkel voor eigen belangen                                                              |



## [2] **Volkomen rechtspersonen, vennootschappen en verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid en onvolkomen rechtspersonen**

**Over de vergelijking van de rechtspersoonstechniek met de onverdeelde boedel en de onvolkomen rechtspersoon als tussen-vorm**

**Bibliografie.** Zie, naast de hoger genoemde werken, K. Geens en J. Vananroye, “De gradaties in de rechtspersoonlijkheid en het vennootschappelijk vermogen”, in *Rechtspersonenrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999 en J. Vananroye, “Slingerende toerekening: zakelijke rechten in een maatschap”, *TRV* 2014, 233 e.v. Zie recent de discussie omtrent het begrip “onvolkomen rechtspersoonlijkheid” in de vele besprekingen van het cassatiearrest van 19 december 2008 dat bevestigde dat faillietverklaring van een VOF of CommV ook inhoudt dat met gezag van gewijsde vaststaat dat de werkende vennoten zich in staat van faillissement bevinden, o.m.: V. Simonart in *RPS*. 2009, afl. 4, 491, J. Vananroye in *RW* 2008-09, 1428; M. Coipel in *TBH* 2009, afl. 9, 938 en H. Dewulf in *TRV* 2009, 456.

### **1. Vennootschappen en verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid**

- (21) **Rechtspersoonskenmerken van vennootschappen en verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid.** De techniek van de onverdeelde boedel die wordt gebruikt in de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid (maatschap, evt. in tijdelijke of stille vorm) en de vereniging zonder rechtspersoonlijkheid (zgn. “feitelijke” vereniging) is in veel opzichten het functionele equivalent van de rechtspersoonstechniek.

Met het WVV en boek 3 van het NBW is het niet langer betwist dat een onverdeelde boedel, en in het bijzonder de onverdeelde maatschapsboedel, een afgescheiden vermogen vormt.

Zie in het WVV art. 4:13 – 4:15. Zie ook art. 3:68 NBW al. 2 “Indien de mede-eigendom betrekking heeft op een juridisch geheel van goederen, hebben de rechten van de mede-eigenaars enkel dat geheel tot voorwerp en niet de afzonderlijke goederen.”

Dit ene zinnetje vat op elegante wijze heel wat rechtsgevolgen samen. Hieruit volgt immer de onoverdraagbaarheid van de zakelijke deelgerechtigheid in een afzonderlijk goed van de boedel. Deze onoverdraagbaarheid van de zakelijke deelgerechtigheid in een afzonderlijk deel van de boedel hangt uiteraard nauw samen met de aard van de boedel als algemeenheid van goederen. De rechten van de deelgenoten krijgen door het boedelkarakter een nettokarakter; zij zijn afhankelijk van een (mogelijke, al dan niet verregaande) vereffening. Hierdoor kan vóór de vereffening-verdeling de omvang van de rechten in de afzonderlijke goederen nog niet vaststaan.

Franse auteurs spreken van een *vlottend recht* voor de deelgenoot in een onverdeelde boedel: zijn rechten gelden anders dan bij een zaaksgemeenschap niet ten aanzien van een specifiek goed (J. Vincent, "Les propriétés collectives, les indivisions et l'effect déclaratif du partage", *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1932, 335). Dit idee vinden we reeds terug bij de beschouwingen van Pothier over de declaratoire werking van de verdeling:

“De tout ceci il suit aussi que chacun des cohéritiers n’a pu hypothéquer à ses créanciers le droit qu’il avoit dans la succession qui lui est échue, que tel qu’il avoit: *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*; L. 54, ff. de reg.jur. Or, chacun des cohéritiers n’avait avant le partage, qu’un droit indéterminé dans les biens de la succession, qui devait se restreindre et se déterminer aux effets qui lui écherraient par le partage pour son lot.” (R. Pothier, *Traité des successions*, 293.)

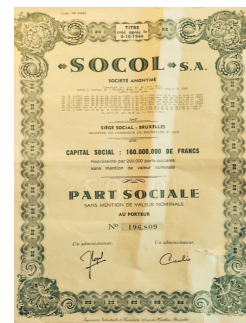
Pothier neemt als uitgangspunt de onmogelijkheid voor de erfgenaam om zijn aandeel in de afzonderlijke goederen over te dragen en te hypothekeken. Verder is het frappant dat hij hiervoor een verklaring zoekt vanuit de *nemo plus*-regel. De onoverdraagbaarheid wordt m.a.w. niet verklaard door de zakelijke werking van een (impliciete) onoverdraagbaarheidsbepaling. Wel wordt gesteld dat de deelgenoot geen rechten t.a.v. een afzonderlijk goed van de boedel kan overdragen omdat hij zelf geen actuele, bepaalde rechten heeft t.a.v. dat goed. Vóór de verdeling heeft de deelgenoot zelf t.a.v. een afzonderlijk goed geen volwaardige zakenrechtelijke aanspraak. Hij heeft slechts een *droit indéterminé*. Het recht van een deelgenoot in een boedel is dan ook eerder te analyseren als een recht op een zekere economische waarde die door de vereffening en de verdeling kan worden gerealiseerd, eerder dan een recht op welbepaalde goederen. Vóór de vereffening kan de deelgenoot t.a.v. de afzonderlijke goederen niet claimen er een vaststaand aandeel van te hebben.

De zakenrechtelijke band tussen deelgenoten en individuele boedelgoederen lijkt doorgeknipt in alles behalve in naam. De deelgenoten zijn

titulair mede-eigenaar van de afzonderlijke boedelgoederen, zonder dat ze de normale attributen hiervan hebben. Een andere manier om de zakenrechtelijke situatie te beschrijven is dat de boedel zelf als het ware eigenaar is van de boedelgoederen en dat de deelgenoten slechts een aandeel hebben in de ganse boedel en onderworpen zijn aan de uitkomst van een vereffening van die boedel. Hieruit blijkt hoe dicht de boedeltechniek aanleunt tegen het *Trennungsprinzip* van de rechtspersoonstechniek.

Toegespitst op het vennootschapsrecht: de maatschap, als onderneming met twee of meer eigenaars, lijkt in vele opzichten veel meer op de volkomen rechtspersoon dan op de onderneming met één eigenaar:

- 1./ Er zijn rechtsverhoudingen mogelijk tussen de onverdeelde boedel en een deelgenoot. De maat kan schuldeiser of schuldenaar zijn van de maatschap, zonder dat een gedeelte van de schuld door schuldvermenging uitdooft. Een maat kan in rechte optreden tegen de maatschap of er door worden gedaagd.
- 2./ De maatschapsschuldeisers hebben als enigen verhaal op de onverdeelde maatschapsgoederen, wat betekent dat ze een preferente aanspraak hebben t.a.v. de louter persoonlijke schuldeisers van de maten.
- 3./ De maten kunnen niet voor eigen rekening beschikken over de onverdeelde activa van de maatschap. Zij kunnen dit enkel doen voor rekening van de maatschap, overeenkomstig de bestuurs- en vertegenwoordigingsregeling die geldt in de maatschap. Dat betekent dat hun bevoegdheid functioneel in het maatschapsbelang moet worden uitgeoefend, waarbij dit belang niet louter samenvalt met dat van de gezamenlijke maten, maar ook wordt gekleurd door de preferente aanspraak van de maatschapsschuldeisers.
- 4./ De maten hebben een netto-aanspraak, d.w.z. dat hun gerechtigdheid tot de goederen afhankelijk is van de uitkomst van de vereffening en het preferente verhaalsrecht van de maatschapsschuldeisers. Die netto-aanspraak is net zoals de onmogelijkheid om voor eigen rekening over de onverdeelde goederen te beschikken, tegenwerpelijk aan de persoonlijke schuldeisers van de maten, ook bij faillissement zoals het Socol-arrest leert (Cass. 28 februari 1985, RW 1985-86, 997, noot E. Dirix, JT 1986, noot F. 't Kint, RCJB 1987, 571, noot A. Meinertzhagen-Limpens).



- 5./ Het netto-karakter van hun aanspraak maakt dat niet de onverdeelde goederen van de maten in hun nalatenschap vallen, maar hun onlichamelijke aandeel in de maatschap. Evenmin hebben de maten een eigen aanspraak voor schade die de boedel treft, ook al heeft dit invloed op de waarde van hun aandeel in de maatschap.
- 6./ Door de overdracht van een aandeel in de maatschap volgt de verkrijger de overdrager op onder algemene titel. De maten kunnen hun zakelijke gerechtigdheid tot de onverdeelde goederen hierdoor *ut universi* overdragen, met in principe net zoals bij de aandelenoverdracht in een rechtspersoon een continuïteit van de vermogensrechtelijke verhoudingen tussen de maatschap en derden. Een uitzondering hierop – en dit zal cruciaal blijken – betreft de publiciteit bij onverdeelde registergoederen (bv. noodzaak **van overschrijving van overdracht** aandeel in onroerend goed).
- 7./ Enkel de maatschap heeft *ius standi* met betrekking tot maatschapsvorderingen. Evenmin als een rechtspersoon kan een onverdeelde boedel in beginsel optreden voor de belangen van de deelgenoten, als het niet eigen gemeenschappelijke vermogensrechtelijke of morele belangen betreft.

(22) **Trennungsprinzip: onverdeelde boedel en rechtspersoon.** De kern van de rechtspersoonstechniek hebben we gezocht in het *Trennungsprinzip / corporate veil* (nr. (3)). De band tussen enerzijds het titularis zijn van de bestanddelen van het vermogen en anderzijds het gerechtigd zijn tot de economische waarde en/of het bestuur van een vermogen wordt door de rechtspersoonstechniek doorgesplitst.

Het gevolg van de rechtspersoonsskenmerken van de boedeltechniek is dat ook in de onverdeelde boedel er in verregaande mate een scheiding is tussen de deelgenoten en de boedelgoederen. De deelgenoten hebben wel een zakelijk recht op elk van de boedelgoederen, maar het lijkt in weinig op een zeker en actueel zakelijk recht. Het is slechts een *droit indéterminé*, een netto-aanspraak, die onderworpen is aan het alea van de vereffening en het verhaalsrecht van de boedelschuldeisers. Het mooist wordt dit geïllustreerd in de vereniging zonder rechtspersoonlijkheid, waar dit zakelijk recht zelfs geen economische inhoud heeft, en dus louter titulair is. Fundamenteel geldt dit echter in elke onverdeelde boedel.

De *Trennung* tussen de activa en passiva van de entiteit en die van de deelgenoten wordt in de onverdeelde boedel echter niet even consequent doorgetrokken als bij de rechtspersoon. Hiermee raken we de kern van het onderscheid tussen beide technieken: de sluier van de boedeltechniek is net iets meer doorschijnend dan die van de rechtspersoonstechniek:

1./ Verbintenissenrechtelijk is er een toerekening van het handelen namens de onverdeelde boedel aan ook elk van de (openlijke) deelgenoten:

- Dit heeft vooral belang voor de vennootschapsschulden: die zijn meteen ook schulden van elk van de deelgenoten (hoofdelijk dan wel voor een gelijk deel naargelang de boedel al dan niet commercieel is). De niet-aansprakelijkheid van de deelgenoten in een rechtspersoon (nr. (6)) geldt niet in de onverdeelde boedel.
- Het betekent ook dat de daden die namens een onverdeelde boedel worden gesteld, ook aan elk van de (openlijke) deelgenoten worden toegerekend. De maten in een maatschap zijn ondernemer wanneer de maatschap zelf een beroepsactiviteit uitoefent. De hoedanigheid van de maatschap wordt automatisch toegerekend aan de maten. In tegenstelling tot de kwalificatie als onderneming van de maatschap, zijn diens activiteiten wel nog relevant voor de hoedanigheid van de maten.
- Ook proceshandelingen namens de onverdeelde boedel gesteld, worden aan elk van de deelgenoten toegerekend. Het procesrechtelijke voor- of nadeel van een vonnis lastens de boedel geldt daarom ook lastens elke van de deelgenoten.

2./ Zakenrechtelijk mogen ze dan wel geen zekere en actuele aanspraak hebben t.a.v. de boedelgoederen, elk van de deelgenoten (en dus niet de boedel zelf) geldt wel als mede-eigenaar van elk van de boedelgoederen.

De reden waarom de boedeltechniek zakenrechtelijk slingert tussen entiteit en deelgenoten behandelen we hierna in nr. (23).

- (23) **Persoonsgebonden identificatie in het rechtsverkeer.** De ratio van de onverdeelde boedel als figuur die zich onderscheidt van de rechtspersoon, is even prozaïsch als van praktisch groot belang: de identificatie in het rechtsverkeer, en in het bijzonder bij naamsgebonden publiciteitssystemen voor registergoederen zoals het regime voor onroerende goederen.

Bij een naamsgebonden publiciteitssysteem botst de onverdeelde boedel op zijn grenzen. De onverdeelde boedel is immers niet onderworpen aan een formeel regime inzake oprichting en openbaarmaking, zoals dat wel geldt voor rechtspersonen. De onverdeelde boedel is daarmee een *persona incerta*: de identificatie onder de groeperingsnaam is voor sommige rechtsverhoudingen te vluchtig, zodat de identificatie kan gebeuren door de identificatie van elk van de deelgenoten individueel. Daarom, en enkel daarom, is de onverdeelde boedel zelf geen rechtssubject en staan zijn rechten en verplichten *ten naam van* de deelgenoten. Door de afwezigheid van een zeker publiciteitsregime kan de *Trennung* tussen entiteit en deelgenoten niet consequent worden doorgetrokken en blijven de deelgenoten gelden als mede-eigenaars van de boedelgoederen, al is die zakelijke gerechtigheid inhoudelijk louter nominaal.

Dit verklaart waarom het zakenrecht slingert tussen de individuele en collectieve benadering van het de onverdeelde boedel. Collectief, omdat de boedel zelf het eerst aanknopingspunt is voor de rechten en verplichtingen van de gezamenlijke deelgenoten, wier rechten slechts afhankelijk zijn van de vereffening van deze boedel. Individueel, omdat deze boedel bij persoonsgebonden publiciteitsmechanismen niet door een collectieve naam kan worden geïdentificeerd en bijgevolg de deelgenoten individueel geregistreerd moeten staan als aanknopingspunt.

- (24) **Identificatie bij optreden in rechte.** Een klassiek domein waar de persoonsgebonden identificatie ook belangrijk was, betrof het optreden in rechte. Net hier heeft zich een versoepeling voorgedaan. De Wet Hervorming Ondernemingsrecht voegt een tweede § toe aan art. 703 Ger.W.:

**§ 2. Indien een groepering zonder rechtspersoonlijkheid in de Kruispuntbank van Ondernemingen is ingeschreven, volstaat de vermelding van haar benaming en zetel die bij haar gegevens in de Kruispuntbank zijn opgenomen om, in gedingen met betrekking tot de gezamenlijke rechten en verplichtingen van de leden van de groepering, te doen blijken van de identiteit van haar gezamenlijke deelgenoten.**

Indien de inschrijving in de Kruispuntbank tevens de identificatiegegevens omvat van een algemeen lasthebber, kan de groepering in dezelfde gedingen in rechte optreden, als eiser of als verweerder, en tevens in persoon verschijnen door tussenkomst van die lasthebber, onverminderd de toepassing, wat betreft vennootschappen, van artikel 36, 1<sup>o</sup>, van het Wetboek van vennootschappen, doch uitsluitend om in rechte op te treden als verweerder.

Dit artikel bevestigt dat indien een organisatie zonder rechtspersoonlijkheid is ingeschreven in de KBO de vermelding van de naam en de zetel volstaan om de gezamenlijke leden te identificeren indien de vereniging in rechte treedt voor haar eigen onverdeelde rechten of in rechte wordt gedaagd voor de verenigingsverplichtingen.

Voorheen kon het zelfde worden bereikt via de afwezigheid van belangen-schade die in het procesrecht voor nietigheid is vereist. Het is de wet zelf die nu stelt dat de individuele leden voldoende zijn geïdentificeerd bij de vermelding van de gegevens opgenomen in de KBO.

Deze bepaling geldt vooreerst voor maatschappen. Maatschappen worden immers door de Wet Hervorming Ondernemingsrecht principieel inschrijvingsplichtig in de KBO (art. III.49 § 1, 1° en 2° WER). Feitelijke verenigingen zijn niet inschrijvingsplichtig in de KBO; organisaties zonder rechtspersoonlijkheid die geen uiteringsoogmerk hebben zijn immers uitgesloten van het formele ondernemingsbegrip (art. I.1.1° al. 2 (b)). Toch is deze bepaling ook voor verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid van buitengewoon belang. De inschrijvingsplicht op grond van art. III.49 is immers niet de enige manier om in de KBO te belanden. De KBO bevat ook de gegevens van heel wat andere entiteiten, die geen onderneming zijn. Lees het huidige en nieuwe III.16 WER. De belangrijkste daarvan zijn entiteiten die BTW-plichtig zijn of die als werkgever een RSZ-nummer hebben. Via deze weg hebben de belangrijkste verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid een KBO-nummer en is hun naam en zetel in de KBO geregistreerd.

Ook voor organisaties zonder rechtspersoonlijkheid die niet in de KBO zijn geregistreerd kan deze bepaling een betekenis hebben. De wettelijke bepaling is luidens de memorie van toelichting een bevestiging en toepassing van voornoemde rechtspraak. Voor organisaties die niet in de KBO zijn ingeschreven mag er dus niet vanuit het nieuwe artikel *a contrario* worden geredeneerd. De nieuwe regel bevestigt integendeel het algemene principe dat een verenigingsnaam waaronder aan het rechtsverkeer wordt deelgenomen voldoende zou moeten zijn.

Dat de vereniging moet worden beschouwd als het aggregaat van haar leden, belet niet dat deze leden aan het rechtsverkeer kunnen deelnemen onder de loutere vermelding van de verenigingsnaam. Bij de rechtspersoon volgt dit uit de eigen rechtssubjectiviteit. Bij de onverdeelde boedel is een sprongetje nodig via de procesrechtelijke nietigheidsleer (*pas de nullité sans grief*): in principe is immers een vermelding van de identiteit van alle leden vereist op straffe van nietigheid; deze nietigheid zal echter enkel

worden uitgesproken bij belangenschade. Het doel van de verplichte vermelding van de identiteit van de materiële procespartij is de tegenpartij in staat stellen alle middelen en excepties die eigen zijn aan de materiële procespartij in te roepen (W. Van Gerven, *Bewindsbevoegdheid*, 291, nr. 212). Aan dit doel is voldaan indien een vertegenwoordiger van de groepering optreedt onder de groeperingsnaam zonder de identiteit van de individuele leden te vermelden (Cass. 30 mei 1968, *Arr.Cass.* 1968, (1197) 1199.).

De rechtspraak van het Hof van Cassatie toont echter aan dat dit sprongetje gemakkelijk wordt genomen (tenminste voor de gewone hoven en rechtbanken), zodat er op dit vlak praktisch nauwelijks een verschil was tussen rechtspersoons- en boedeltechniek (Zie voor de toepassingen in lagere hoven en rechtbanken en voor de afwijkende rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en de Raad van State o.a. M. Deneef en A. Blondeel, “Kroniek verenigingen en stichtingen (2007-2008)”, *TRV* 2010, 225-228 en M. Deneef en S. Verschaeve, “Kroniek verenigingen en stichtingen (2009-2010)”, *TRV* 2012, 190-192.):

- Reeds een arrest van het Hof van Cassatie uit 1889 achtte het voldoende dat een dagvaarding uitgaande van de vereffenaars van een maatschap enkel de vennootschapsnaam vermeldt en niet de identiteit van de vennoten (Cass. 13 april 1889, *Pas.* 1889, I, (179) 181).
- In een arrest uit 1985, met de *Lloyd's of London* als verweerder, heeft het Hof van Cassatie beslist dat een vordering gericht tegen “de feitelijke vereniging samengesteld uit de leden van het Lloyd's syndicaat nr. ...” geacht moet worden te zijn gericht tegen de natuurlijke personen die lid zijn van dit syndicaat (Cass. 18 februari 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 827 en *Pas.* 1985, 741). Het middel van onontvankelijkheid wegens gebrek aan rechtspersoonlijkheid werd dan ook terecht verworpen.
- Ook het bekende *Cuivre et Zinc*-arrest uit 1988 (beter bekend als principearrest inzake schijnvertegenwoordiging) bevestigt dit (Cass. 20 juni 1988, *TRV* 1989, 541, noot P. Callens en S. Stijns). De vordering was ingesteld tegen de gewestelijk secretaris van het FGVB *qualitate qua*. De eiser in cassatie werpt o.a. op dat de naam van alle vertegenwoordigde leden moest worden vermeld. Het Hof van Cassatie verwierpt dit bezwaar. (Merk op dat de vindplaats in het TRV de enige is die de relevante bepalingen over optreden in rechte publiceert).
- Dit wordt bevestigd voor het actief optreden in rechte met een cassatiearrest van 15 april 2004, dat een vordering ingesteld door een formele gedingpartij in haar hoedanigheid van “voorzitter van het ABVV-Textiel, Kleding en Diamant, hiertoe gevolmachtigd door de leden van het Nationaal Bestuur”, zonder vermelding van de leden, niet onontvankelijk verklaart wegens een gebrek aan rechtspersoonlijkheid (Cass. 15 april 2004, *TRV* 2004, 686, noot J. Vananroye).

- Ook interessant is het cassatiearrest van 2 mei 2002 (Cass. 2 mei 2002, *NJW* 2002, 24, noot, *RW* 2002-03, 501, noot A. Van Oevelen en *TBBR* 2003, 337). Dit arrest is vooral bekend als principearrest inzake de zgn. buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten. De betrokken overeenkomst was *in casu* een overeenkomst van vereniging zonder rechtspersoonlijkheid, die ook partij was in het geding. Eiser in cassatie was nl. de “Belgische spaarbankenvereniging, feitelijke vereniging op vervolging en benaerstiging van haar voorzitter F.V.”, met ook de vermelding van alle leden voor het cassatieberoep; opnieuw was hier – terecht – geen probleem van onontvankelijkheid.

De gelijkenis tussen het optreden van een rechtspersoon en van een groepering zonder rechtspersoonlijkheid betekent niet dat er geen verschillen zijn. Indien de verenigingsnaam wordt gebruikt moet er nog altijd een vertegenwoordiger als formele procespartij worden geïdentificeerd bij een organisatie. Bij een rechtspersoon is dit niet nodig. Indien er geen formele gedingpartij wordt vermeld en de leden niet individueel worden geïdentificeerd, dan is de vordering op grond van de rechtspraak van het Hof van Cassatie onontvankelijk wegens een gebrek aan rechtspersoonlijkheid. Zie voor een toepassing hiervan het recente cassatiearrest van 3 april 2017: een eerste vordering werd verkeerdelijk gericht tegen de feitelijke vereniging de Belgische Transportarbeidersbond; een tweede vordering werd correcter gericht tegen de voorzitter-secretaris als vertegenwoordiger van de leden van deze bond. De tweede vordering werd echter na de verjaring ingesteld; de eerste vordering was daarbij geen grond tot stuiting. Het is niet nodig een formele gedingpartij te vermelden indien alle leden individueel worden geïdentificeerd.

Hier ligt het belangrijkste verschil met rechtspersonen: omdat de vereniging zonder rechtspersoonlijkheid zelf wegens afwezigheid van een publiciteitssysteem geen voldoende aanknopingspunt is voor belangrijke rechtsverhoudingen, is een identificatie vereist van minstens de vertegenwoordiger (formele gedingpartij) of van de individuele leden (materiële gedingpartij).

- (25) **Maatschap als *persona incerta*: concrete problemen in het rechtsverkeer.** De afwezigheid van het vennootschapsrechtelijk publiciteitssysteem voor de maatschap geeft zeer concrete problemen bij het optreden in het rechtsverkeer namens deze vorm. Voorzichtige tegenpartijen zullen immers in de regel eisen dat alle maten meetekenen en niet vertrouwen op bevoegdheidsdelegaties in de statuten. Zelfs indien de maatschapsovereenkomst zeer expliciet de bevoegdheid tot het aangaan van een overeenkomst omvat, bestaat er altijd een theoretisch risico op succesvolle betwisting:

Een maat zou kunnen aanvoeren dat de bevoegdheid weliswaar binnen de formele grenzen viel, maar gebeurde met afwending van die bevoegdheid voor andere doeleinden dan het vennootschapsbelang. Dit kan tegenwerpelijk zijn aan derden (zie J. Vananroye, “Vermogensstructuur, aansprakelijkheid en verhaalbaarheid in de maatschap” in *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, Biblio, Kalmthout, 1999, 246, nr. 54). Een aangevoerd belangenconflict of zelfs een wanverhouding tussen de aangegane verbintenissen en het vermogen en risico-profiel van de maatschap zou bv. een grond kunnen zijn om te spreken van een afwending van bevoegdheid.

Daarbij komt dat een overeenkomst afgesloten namens de maatschap ook zou kunnen worden aangevochten als later blijkt dat de voorgelegde statuten van de maatschap ongeldig waren of niet langer actueel op het ogenblik van voorlegging. Mogelijke vragen waarover een kredietverschaffer in dit verband verontrust kan worden zijn bv.: is de maatschap geldig aangegaan?; is de maatschap intussen ontbonden, hetzij vrijwillig, hetzij van rechtswege, hetzij door een rechterlijk vonnis?; is de zaakvoerder intussen nog bevoegd, hetzij door vrijwillig ontslag, hetzij door een rechterlijk vonnis? ...

De crux daarbij is dat een derde bij een maatschap hieromtrent veel minder bescherming geniet dan bij een vennootschap met rechtspersoonlijkheid. Bij een rechtspersoon ligt een derde niet echt wakker van de *geldigheid*: een eventuele nietigheid heeft slechts gevolgen te rekenen van de dag waarop deze nietigheid door een rechter is uitgesproken. Bovendien kan deze nietigheid enkel aan derden worden tegengeworpen vanaf bekendmaking door neerlegging ter griffie en publicatie in de Bijlagen tot het Belgisch Staatsblad.

Bij betwistingen rond de geldigheid van de maatschap geldt in principe het gemeen nietigheidsrecht: (i) de nietigheid van de maatschap werkt *ex tunc*, d.w.z. tot het ogenblik van het oprichten van de maatschap; (ii) de nietigheid van de maatschap neemt retroactief de bevoegdheid weg van de zaakvoerder (*quod nullum est nullum effectum producit*); en (iii) dit retroactief wegvallen van de bevoegdheid kan in beginsel aan derden worden tegengeworpen (S. De Dier, *Nietigheid van bestuursbesluiten in een vennootschap*, Roularta, Antwerpen, 2016, nr. 138, p. 132 en nr. 176, p. 163). Dit zou betekenen dat als op tijdstip t<sub>1</sub> een maatschap wordt opgericht met aanduiding van een zaakvoerder en op t<sub>2</sub> deze zaakvoerder een overeenkomst sluit, een nietigverklaring van de maatschap op t<sub>3</sub> de bevoegdheid van de zaakvoerder op t<sub>2</sub> retroactief wegneemt.

Bij een rechtspersoon krijgt een derde makkelijk comfort omtrent de *actualiteit* van de statuten en/of een volmachtverlening die wordt voorgelegd. Derden zullen dit immers kunnen checken op de griffie en/of in de publicatie in de Bijlagen tot het Belgisch Staatsblad. Indien eventuele wijzigingen daar niet zijn geregistreerd, zijn ze niet tegenwerpelijk aan derden te goeder trouw.

Bij de maatschap is elke wijziging aan de overeenkomst (inclusief het beëindigen daarvan) in principe onmiddellijk tegenwerpelijk aan derden, zonder dat er een publiciteitssysteem is dat de derde comfort kan verschaffen. Sterk comfort kan de derde enkel krijgen door een bevestiging van de betrokken handeling door iedere maat.

Al deze risico's bij een maatschap moeten zeker niet overdreven worden. Indien een kredietverschaffer er redelijkerwijze van uit kon gaan dat de zaakvoerder bevoegd was, zal hij beroep kunnen doen op schijnvertegenwoordiging.

Deze gronden maken dat een succesvolle aanvechting in de praktijk uitzonderlijk zal zijn bij een duidelijke statutaire clause, ook al hebben niet alle maten specifiek met de concrete handeling ingestemd.

Het overblijvend risico is door het feitelijk karakter van de beoordeling *post factum* (bv. was er rechtmatig vertrouwen?; was er een toerekenbare schijn?) echter iets waarover een *legal opinion* door een juridisch adviseur vooraf geen bijkomend comfort zal kunnen verschaffen.

## 2. Vennootschappen met onvolkomen rechtspersoonlijkheid

- (26) **De onvolkomen rechtspersoon: “onverdeelde boedel met publiciteit”.** Het voorgaande laat toe om de onvolkomen rechtspersoon (VOF en CommV) te plaatsen. (Eenvoudigheidshalve hebben we het hierna enkel over de VOF).

Indien de VOF optreedt, is het alsof de gezamenlijke vennoten zelf handelen (J. Van Ryn, *Principes de droit commercial*, I, 288, nr. 407). De vertegenwoordiger van de VOF vertegenwoordigt meteen ook de vennoten zelf. De vennoot is zelf schuldenaar van een vennootschapsschuld; zijn gehoudenheid is niet die van een borg. Net zoals in de maatschap.

De handelsdaden van de vennootschap worden daarom, net zoals in de maatschap, aan de vennoten toegerekend. Dit verklaart de klassieke regel dat de vennoten handelaar zijn, louter door hun hoedanigheid van vennoot in een VOF met

een commercieel doel (Cass. 15 december 1938, *Pas.* 1938, 383, *J.Comm.Br.* 1939, 153, noot R. Piret; *BJ* 1939, 85, noot L.S.).

De toerekening van een handeling aan de VOF is meteen ook een toerekening aan de vennoten. Net hierom wordt een VOF een onvolkomen rechtspersoon genoemd. Het optreden van de VOF is in de eerste plaats het optreden van de gezamenlijke vennoten. In dit opzicht leunt de VOF zeer sterk aan bij de maatschap, een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid waar de VOF sterker op lijkt dan op de zgn. volkomen rechtspersonen. In de VOF is de vennootschap zelf de drager van de rechten en verplichtingen, maar worden deze net als in de maatschap meteen ook aan de vennoten zelf toegerekend. In de maatschap zijn de gezamenlijke vennoten de drager van de rechten en verplichtingen, maar net als in de VOF is er een afgescheiden vermogen waardoor de vennoten niet in eigen naam over de vennootschapsgoederen (of hun aandeel daarin) kunnen beschikken.

De onbeperkte aansprakelijkheid van de vennoten volgt hieruit: de verbintenissen van de VOF zijn altijd ook de verbintenissen van elk der vennoten.

- (27) **Onderscheid tussen VOF en maatschap.** Het wezenlijke verschil tussen de VOF en de maatschap is dat de VOF gebruik kan, en moet, maken van het vennootschapsrechtelijk publiciteitssysteem van neerlegging ter griffie en publicatie in de Bijlagen tot het Belgisch Staatsblad.

Hierdoor is de VOF een zeker toerekeningspunt voor rechten en verplichtingen, zonder dat er naar de gezamenlijke vennoten dient te worden verwezen. Om deze reden kan de drager van de rechten en verplichtingen van de vennootschap een apart rechtssubject zijn en niet louter de gezamenlijke vennoten. Hierdoor is er bij de VOF op zakenrechtelijk vlak wel de band doorgeknipt tussen de vennootschapsgoederen en de vennoten.

- (28) **Doelmatigheid van het begrip “onvolkomen rechtspersoon”.** Traditioneel worden de VOF en de CommV door de Belgische rechtsleer als onvolkomen rechtspersonen aangeduid (J. Ronse, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 204-207). Zij worden hiermee onderscheiden van de vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid, die zich onder meer kenmerken door een beperkte aansprakelijkheid.

De rechtspersoonlijkheid bij de VOF en Comm. V brengt weinig meer tot uitdrukking dan dat deze vennootschappen onderworpen zijn aan het openbaarmakingsregime voor rechtspersonen; verder gelijken ze meer op de maatschap dan

op de volkomen rechtspersoon (met dien verstande dat de maatschap zelf meer op de volkomen rechtspersoon lijkt dan traditioneel werd aangenomen). Het begrip onvolkomen rechtspersoonlijkheid stelt in het licht dat de normale consequenties die volgen uit de aparte rechtssubjectiviteit van de vennootschap voor de VOF en CommV niet worden getrokken.

- (29) **Cassatie bevestigt idee achter “onvolkomen rechtspersoon” onder nieuwe ondernemingsrecht.** In een arrest van 20 juni 2018 (C.17.0587.F) stelt het Hof van Cassatie dat de vennoot in een VOF of de werkende vennoot in een CommV een ‘onderneming’ is:

“Aux termes de l’article 202 du Code des sociétés, la société en commandite simple est celle que contractent un ou plusieurs associés responsables et solidaires, que l’on nomme les commandités, et un ou plusieurs associés simples bailleurs de fonds, que l’on nomme les commanditaires.  
En vertu de l’article 205 du même code, la société est en nom collectif à l’égard des associés indéfiniment responsables et en commandite simple à l’égard des bailleurs de fonds.  
Les personnes qui font commerce en nom collectif sont présumées être des entreprises. Elles acquièrent cette qualité par leur participation à la société. Tous les associés d’une société en nom collectif sont qualifiés d’entreprises. Partant, les commandités d’une société en commandite simple doivent aussi être qualifiés d’entreprises.”

Dit cassatiearrest en het arrest *a quo* calceren daarmee de traditionele rechtspraak i.v.m. het handelaarschap van een werkende vennoot in een CommV of VOF naar de vraag i.v.m. de kwalificatie als onderneming: wie werkende vennoot is in een CommV of VOF met handelskarakter is ipso facto zelf handelaar.

Het betrokken ondernemingsbegrip is het functionele ondernemingsbegrip: elke natuurlijke of rechtspersoon die duurzaam een economische activiteit uitoefent. Interessant is dat de advocaat-generaal verwijst naar Boek XX, dat gebruik maakt van het nieuwe ‘formele’ ondernemingsbegrip en terecht vaststelt dat Boek XX uitgaat van toerekening van de VOF of CommV naar de werkende vennoten (zie eerder onze argumenten in Hof van Cassatie wijzigt klassieke rechtspraak over gevolg van veroordeling van VOF voor firmanten). Hieruit kan worden afgeleid dat deze rechtspraak ook geldt voor het nieuwe ‘formele’ ondernemingsbegrip. Het is overigens de logica zelve dat dezelfde principes gelden. Zie over de kwalificatie van de onbeperkt aansprakelijke vennoten van een onvolkomen rechtspersoon ook verder nr. (148).

- (30) **Breuklijnen in het ondernemingsrecht.** Het begrip onvolkomen rechtspersoonlijkheid verdient o.i. dan ook een blijvende plaats in de Belgische terminologie omdat het in het licht stelt dat de *summa divisio* van het vennootschapsrecht niet loopt tussen vennootschappen met rechtspersoonlijkheid en vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid, maar tussen de onderneming gedragen door één persoon en vennootschappen.

Ook binnen de vennootschappen zelf ligt de belangrijkste breuklijn niet tussen rechtspersonen en niet-rechtspersonen, maar tussen enerzijds onverdeelde boedels en onvolkomen rechtspersonen en anderzijds volkomen rechtspersonen:

| onderneming                                                                                                                      | Maatschap                                                                                                                       | VOF                                                                                                                                    | volkomen rechtspersoon                                                                                                                 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| eigenaar onbeperkt aansprakelijk                                                                                                 | vennoot onbeperkt aansprakelijk                                                                                                 | vennoot onbeperkt aansprakelijk                                                                                                        | vennoot niet aansprakelijk                                                                                                             |
| geen rechtsverhoudingen mogelijk tussen onderneming en eigenaar                                                                  | rechtsverhoudingen mogelijk tussen boedel en vennoot                                                                            | rechtsverhoudingen mogelijk tussen rechtspersoon en vennoot                                                                            | rechtsverhoudingen mogelijk tussen rechtspersoon en vennoot                                                                            |
| ondernemingshandelen toegerekend aan eigenaar                                                                                    | ondernemingshandelen toegerekend aan vennoten                                                                                   | ondernemingshandelen toegerekend aan vennoten                                                                                          | handelen van rechtspersoon wordt niet toegerekend aan vennoten                                                                         |
| zaakcrediteuren geen bevoorrechte positie t.a.v. activa van de onderneming   samenloop met persoonlijke crediteuren van eigenaar | zaakcrediteuren als enigen verhaal op activa van boedel   geen samenloop met persoonlijke crediteuren van vennoten              | zaakcrediteuren als enigen verhaal op activa van rechtspersoon   geen samenloop met persoonlijke crediteuren van vennoten              | zaakcrediteuren als enigen verhaal op activa van rechtspersoon   geen samenloop met persoonlijke crediteuren van vennoten              |
| eigenaar kan vrij beschikken over ondernemingsactiva                                                                             | vennoot kan niet beschikken voor eigen rekening over ondernemingsactiva (enkel voor rekening van en in eigen belang van boedel) | vennoot kan niet beschikken voor eigen rekening over ondernemingsactiva (enkel voor rekening van en in eigen belang van rechtspersoon) | vennoot kan niet beschikken voor eigen rekening over ondernemingsactiva (enkel voor rekening van en in eigen belang van rechtspersoon) |
| eigenaar heeft bruto-aanspraak (geen afgescheiden vermogen)                                                                      | vennoot heeft netto-aanspraak (afgescheiden vermogen)                                                                           | vennoot heeft netto-aanspraak (afgescheiden vermogen)                                                                                  | vennoot heeft netto-aanspraak (afgescheiden vermogen)                                                                                  |

|                                                                                                                                     |                                                                                                                                          |                                                                                                                     |                                                                                                  |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|
| geen vereffeningspro-<br>cedure                                                                                                     | vereffeningsproce-<br>dure die recht doet<br>aan rechten<br>schuldeisers (vol-<br>gens ons: samen-<br>loop)                              | vereffeningspro-<br>cedure die recht<br>doet aan rechten<br>schuldeisers (sa-<br>menloop)                           | vereffeningsprocedure die recht<br>doet aan rechten schuldeisers (sa-<br>menloop)                |
| eigenaar heeft roerend<br>of onroerend recht,<br>naargelang betrokken<br>bestanddeel                                                | aandeel is roerend<br>of onroerend, naar-<br>gelang betrokken<br>bestanddeel                                                             | aandeel is roe-<br>rend, ook als de<br>rechtspersoon<br>onroerende goe-<br>deren heeft                              | aandeel is roerend, ook als de<br>rechtspersoon onroerende goe-<br>deren heeft                   |
| activa en passiva maken<br>deel uit van nalaten-<br>schap eigenaar                                                                  | enkel aandeel<br>maakt deel uit van<br>nalatenschap ven-<br>noot                                                                         | enkel aandeel<br>maakt deel uit<br>van nalatenschap<br>vennoot                                                      | enkel aandeel maakt deel uit van<br>nalatenschap vennoot                                         |
| eigenaar heeft eigen<br>aanspraak voor schade<br>aan onderneming                                                                    | vennoot heeft geen<br>eigen aanspraak<br>voor schade aan<br>onverdeelde boe-<br>del                                                      | vennoot heeft<br>geen eigen aan-<br>sprak voor<br>schade aan<br>rechtspersoon                                       | vennoot heeft geen eigen aan-<br>sprak voor schade aan rechts-<br>persoon                        |
| overdrachtgerechtigd-<br>heid in beginsel <i>ut sin-<br/>guli</i> met discontinuïteit<br>(overdracht activa en<br>overname passiva) | overdracht van aan-<br>deel <i>ut universi</i> met<br>continuïteit (over-<br>dracht van aandeel<br>als overgang onder<br>algemene titel) | overdracht van<br>aandeel <i>ut uni-<br/>versi</i> met conti-<br>nuïteit (over-<br>dracht van aan-<br>deel)         | overdracht van aandeel <i>ut uni-<br/>versi</i> met continuïteit (overdracht<br>van aandeel)     |
| onderneming geen <i>ius<br/>standi</i>   enkel eigenaar                                                                             | (enkel) boedel <i>ius<br/>standi</i> voor ven-<br>nootschapsvorde-<br>ring   enkel voor ei-<br>gen belangen                              | (enkel) rechtspers-<br>soon <i>ius standi</i><br>voor vennoot-<br>schapsvordering  <br>enkel voor eigen<br>belangen | (enkel) rechtspersoon <i>ius standi</i><br>vennootschapsvordering   enkel<br>voor eigen belangen |

### [3] Beperkte aansprakelijkheid en afgescheiden vermogen: redenen, risico's en remedies

- (31) **Overzicht.** In dit hoofdstuk gaat de aandacht weer naar vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid, zoals een NV, BV of CV. Aandeelhouders in zo'n vennootschap zijn *niet aansprakelijk* voor de schulden van de rechtspersoon. Omdat deze aandeelhouders wel hun claim op de goederen van de rechtspersoon riskeren, spreken we van *beperkte aansprakelijkheid*. Dit hoofdstuk bekijkt de case voor beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders. We beperken ons tot vennootschappen met rechtspersoonlijkheid waarbij alle vennoten beperkt aansprakelijk zijn.

Die case is zwakker dan vaak gedacht, meer bepaald voor onvrijwillige en andere schuldeisers en in geval van besloten vennootschappen en in gevallen waarbij één onderneming is opgesplitst in verschillende entiteiten met beperkte aansprakelijkheid.

Door beperkte aansprakelijkheid externaliseren aandeelhouders risico's naar derden. Die derden zijn in de regel schuldeisers van de vennootschap. We kijken welke schuldeisersbescherming wordt geboden door de aansprakelijkheid van de vennootschap zelf (§2), door indirecte vormen van aandeelhoudersaansprakelijkheid (§3) en door bestuursaansprakelijkheid (§4), wat ook een vorm van indirecte aandeelhoudersaansprakelijkheid zal blijken. We kijken ook hoe bijkomend schuldeisersbescherming kan worden geboden door *enterprise liability*, waarbij aansprakelijk kan uitdijen naar meerdere entiteiten van dezelfde groep (§5). We argumenteren dat het bestaande recht aanknopingspunten biedt voor zo'n aansprakelijkheid.

Het woord 'schuldeisersbescherming' roept vaak het beeld op van een hardvochtige deurwaarder uit een roman van Ferdinand Bordewijk, die op last van een onverbiddelijke schuldeiser de meubeltjes van een treurige weduwe oplaadt. In het vennootschapsrecht is niets aan van dit beeld. In het vennootschapsrecht bestaan er immers geen schuldenaars – dat zijn daar enkel abstracte toerekeningspunten – enkel schuldeisers en aandeelhouders. 'Schuldeisersbescherming' is daar de bescherming van de belangen van de andere stakeholders tegen misbruik door aandeelhouders of hun agenten. Schuldeisersbescherming is dan ook *corporate social responsibility* voorbij de mooie woorden.

## 1. De verrassend zwakke case voor beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders

- (32) **De evidente nadelen van beperkte aansprakelijkheid.** De rechtspersoon is een juridische techniek met voor derden bindende effecten. De schulden en de goederen die aan dit fictief rechtssubject worden toegerekend, gelden juridisch niet als schulden of goederen van de aandeelhouders. Schuldeisers van de vennootschap hebben hierdoor geen verhaal op de goederen van de vennootschap: beperkte aansprakelijkheid (*limited liability*). Schuldeisers van een aandeelhouder hebben geen verhaal op de goederen van de vennootschap: vermogensafschieding (*entity shielding*).

De voor derden bindende kenmerken van de rechtspersoonstechniek geven aandeelhouders en bestuurders de mogelijkheid om opportunistisch te schuiven met activa en passiva ten nadele van derden.

Beperkte aansprakelijkheid komt daarbij het meest in het vizier. Wie geniet van beperkte aansprakelijkheid wordt verleid tot roekeloos gedrag. Hoog rendement gaat vaak samen met een groot risico. Beperkte aansprakelijkheid laat toe om het rendement zelf ten volle te genieten en het risico grotendeels af te wentelen op derden. Als de vennootschap insolvent is kan de aandeelhouder de sleutels afgeven aan de schuldeisers en zonder verdere aansprakelijkheid vertrekken.

Beperkte aansprakelijkheid stimuleert een activiteit, klinkt het vaak als verantwoording van beperkte aansprakelijkheid. Dat is juist, maar het recht is er net vaak op ingesteld om activiteiten af te remmen, bv. als het negatieve effecten voor derden heeft. Aansprakelijkheid zorgt ervoor dat het rechtssubject deze externaliteiten internaliseert en er terug rekening mee houdt in zijn gedrag. Beperkte aansprakelijkheid kan deze internalisering ongedaan maken. Als externaliseringstechniek is de rechtspersoon met beperkte aansprakelijkheid uiteraard aantrekkelijk voor aandeelhouders, maar de maatschappelijke wenselijkheid ervan ligt niet voor de hand.

- (33) **Vermogensafschieding is ook vorm van aansprakelijkheidsbeperking.** Ook vermogensafschieding laat toe om te ontkomen aan aansprakelijkheid. Correcter: vermogensafschieding voorkomt geen aansprakelijkheid, maar zorgt er wel voor dat een aandeelhouder activa door inbreng in een vennootschap kan af-

schermen van verhaal. In dat opzicht zijn beperkte aansprakelijkheid en vermogensafscheiding, hoewel juridisch verschillende technieken, economisch erg gelijkend.

Vermogensafscheiding wordt verder gebetonneerd door bescherming tegen liquidatie (*capital lock-in*). Schuldeisers kunnen niet zomaar de vennootschapsactiva laten verdelen via een ontbindingsvordering (J. Vananroye, “Fifty ways to leave your lover: verdeling, ontbinding, overdracht en uittreding”, *Not.Fisc.M.* 2015, 157-158, nr. 8). De persoonlijke schuldeisers kunnen uiteraard in principe wel verhaal nemen op de aandelen zelf. In principe, want wettelijke en statutaire overdrachtsbeperkingen m.b.t. de aandelen kunnen deze uitwinning door een persoonlijke schuldeiser frustreren (K. Geens en M. Wyckaert, “Doorwerking van het gemeen contractenrecht in het vennootschappelijk rechtspersonenrecht” in *Preadviezen 2013 voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2013, 298; J. Vananroye en B. Van Baelen, “Beslag op aandelen: een stroef verhaal”, *TRV* 2017, 392).

België heeft daarbij geen regel zoals die van art. 474g 4° van het Nederlands Wetboek Burgerlijke Rechtsvordering die toelaat dat een rechter deze overdrachtsbeperkingen aan de kant schuift als ze op een onredelijke wijze het verhaal frustreren:

“De wettelijke en statutaire bepalingen ter zake van vervreemding van aandelen moeten worden in acht genomen, met dien verstande, dat alle ten aanzien van de vervreemding aan de aandeelhouder toekomende rechten en op hem drukkende verplichtingen worden uitgeoefend en nagekomen door de deurwaarder. Ook de beschikking der rechtbank zal ten aanzien van deze wettelijke en statutaire bepalingen geen afwijkingen mogen inhouden behoudens voor zover inachtneming van deze bepalingen de executoriale verkoop onmogelijk zou maken.”

Zelfs indien deze juridische uitwinningsobstakels kunnen worden overwonnen, blijkt er nog voor besloten vennootschappen of vennootschappen die deel uitmaken van een groep de economische realiteit dat er nauwelijks een markt zal zijn die toelaat de aandelen te realiseren aan een interessante waarde.

Beperkte aansprakelijkheid en vermogensafscheiding hebben daardoor zeer gelijkaardige gevolgen. Het verschil zit in de klasse van schuldeisers die getroffen worden: de vennootschapsschuldeisers door beperkte aansprakelijkheid, de

persoonlijke schuldeisers van aandeelhouders door vermogensafschieding. De positie van persoonlijke schuldeisers krijgt ten onrechte te weinig aandacht.

Zie hierover vooral het baanbrekende artikel van H. Hansmann, R. Kraakman & R. Squire, "Law and the Rise of the Firm", *Harv.L.Rev.* 2005-06, 1399-1403.

In de praktijk worden deze hoedanigheden uiteraard gecumuleerd: de vennootschapsschuldeiser van de moedervernootschap is een persoonlijke schuldeiser t.a.v. de dochtervernootschap.

Zich onttrekken aan aansprakelijkheid is problematisch omdat aansprakelijkheid veruit de belangrijkste remedie is die de jurist in zijn of haar gereedschapskist heeft. Zonder aansprakelijkheid is de rechtsorde nagenoeg weerloos. Het gedragssturende effect van een regel wordt in belangrijke bepaald door de remedie. *Ubi remedium, ibi ius*. Als de remedie onderuit wordt gehaald, heeft de regel nog maar weinig beet.

- (34) **Waarom dan toch beperkte aansprakelijkheid?** Als beperkte aansprakelijkheid zo'n perverse gevolgen kan hebben, waarom staat de rechtsorde dit toe?

Dat kunnen we het best uitleggen aan de hand van het schoolvoorbeeld van een vennootschap met vele aandeelhouders en één handelszaak of onderneming. Die handelszaak is een feitelijke algemeenheid, een hoop goederen met een *going concern* waarde.

De goederen van de vennootschap zijn afgescheiden van de persoonlijke schuldeisers van de aandeelhouders. De persoonlijke schuldeisers kunnen geen beslag leggen op de goederen van de handelszaak. Hierdoor kan de *going concern* waarde van de handelszaak door hen niet worden onderuitgehaald.

Dat is natuurlijk altijd aardig voor de eigenaar van een handelszaak, maar als je met meerdere mede-eigenaars bent, is dit een absolute must. Indien je de enige eigenaar bent, kan je door je eigen handelen en gedrag er zorg voor dragen dat de persoonlijke schulden het ondernemingsactief niet onderuit halen. Met enkele mede-eigenaars zou je kunnen proberen de andere mede-eigenaars zorgvuldig te kiezen en in het oog te houden. Indien je echter met vele mede-eigenaars bent, is dit een verloren zaak. Indien de persoonlijke schuldeisers van elke aandeelhouder van Ahold Delhaize de goederen van het handelsfonds zouden

kunnen uitwinnen, zou de *going concern* waarde het wellicht geen dag overleven. De moderne beursgenoteerde vennootschap is dan ook onmogelijk zonder vermogensafscheiding.

Hetzelfde verhaal bij beperkte aansprakelijkheid: ook dit hangt samen met *vele* investeerders. Het is geen toeval dat beperkte aansprakelijkheid tot bloei is gekomen in de koopvaardij. Denk aan Amalfi, Antwerpen of uiteraard ook en vooral Amsterdam met de VOC. Het financieren van een schip, laat staan van een onderneming als de VOC, ging de investeringsmogelijkheden van een individuele patriciër in Antwerpen of Amsterdam ver te boven. De onderneming wordt enkel mogelijk als er vele investeerders worden aangetrokken. Dit heeft echter tot gevolg dat een individuele investeerder nauwelijks kan wegen op het beleid. Als je geen kapitein bent of die kapitein niet kan kiezen of in het oog houden, is onbeperkte aansprakelijkheid een ondraaglijk idee. Bij de zeevaart is het overigens fysiek onmogelijk om die kapitein te monitoren: als het goed is zit hij namelijk aan de andere kant van de aardbol. Reden te meer om in het natte handelsrecht beperkte aansprakelijkheid te willen.

Beperkte aansprakelijkheid maakt het ook mogelijk om een gediversifieerde portfolio van investeringen aan te houden. We zouden voor de voordelen van diversificatie kunnen verwijzen naar hedendaagse portfoliotheorie, maar het staat poëtischer in de begincene van de *Merchant of Venice*. De vrienden van Antonio komen toe en zien dat hij zit te treuren. Wellicht omdat hij zit te piekeren over zijn investeringen, suggereren de vrienden. Toch niet antwoordt Antonio: “Ik dank mijn goed gesternte, dat ik mijn al niet aan één schip vertrouwde of aan één plaats; ook hangt heel mijn bezit niet vast aan het geluk van ’t huidig jaar. Dus, niet mijn schepen maken mij neerslachtig.” (Act I, scene 1, vertaling W. Courteaux (Meulenhoff – Manteaux, 2007).

*My ventures are not in one bottom trusted*. In plaats van 10 te investeren in één schip, is het beter om in 10 schepen één aandeel van 1/10de te investeren. Tenminste, *als* je beperkte aansprakelijkheid hebt. Zonder beperkte aansprakelijkheid, leidt een gediversifieerde portfolio net tot meer slapeloze nachten, in de wetenschap dat de kans zeer reëel is dat minstens één schip op de klippen loopt en daarmee je ganse fortuin de dieperik ingaat.

- (35) **De bedrijfsmatige realiteit strookt niet met de theoretische case voor beperkte aansprakelijkheid.** Vermogensplitsing biedt dus evidente voordelen bij een bepaald gebruik in het ondernemingsrecht.

Vermogensplitsing wordt echter vaak gebruikt op een manier waar de traditionele voordelen niet evident zijn.

Bij de kleine, besloten vennootschap met een beperkt aantal aandeelhouders gaat de verantwoording al veel minder op.

Het eerder in nr. (36) geschetste schoolvoorbeeld van één vennootschap met één handelsfonds en vele aandeelhouders komt echter in de eenvoudige vorm waarin het werd voorgesteld simpelweg ook nooit voor bij grote beursgenoteerde vennootschappen.

In de realiteit staat er niet enkel een muur tussen de aandeelhouders en het handelsfonds; het handelsfonds zelf is in de regel opgedeeld in verschillende vennootschappen. De holdingvennootschap richt zelf nieuwe dochtervennootschappen op die elk beperkte aansprakelijkheid en vermogensafschieding verschaffen. Het handelsfonds zit niet meer in een vennootschap, maar is versplinterd over verschillende hoopjes activa en schulden waarrond een muur staat. Economisch is er een éénheid, juridisch is er een veelheid van entiteiten. Bij een beetje bank spreek je bijvoorbeeld toch al heel snel van meer dan 500 entiteiten.

Hansmann en Squire maken in dit verband het onderscheid tussen interne en externe vermogensplitsing (H. Hansmann & R. Squire, “External and Internal Asset Partitioning: Corporations and Their Subsidiaries, The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance (Forthcoming)”; Yale Law & Economics Research Paper No. 535. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2733862>, 2).

Externe vermogensplitsing is de muur tussen een vennootschap en haar externe investeerders; typisch zijn het veel investeerders. De klassieke redenen die worden aangehaald ter verantwoording van beperkte aansprakelijkheid en vermogensafschieding gelden hier onversneden.

Interne vermogensplitsing repliceert deze vermogensafschieding, zonder dat de verantwoording hiervoor opgaat. In het handelsfonds zelf worden schuttingen aangebracht, waardoor de *going concern*-waarde versplintert over de verschillende rechtspersonen. Die versplintering is voor de ultieme aandeelhouders niet zo’n probleem. Ze kunnen zelf de bedrijfsvoering zo inrichten dat de juridische veelheid als een eenheid werkt. Bij een geïntegreerde groep heeft het economische organogram vaak weinig vandoen met de juridische structuur. De formele besluitvorming in de afzonderlijke entiteiten – raad van bestuur, algemene ver-

gadering – komt vaak slechts neer op *corporate housekeeping* door junior advocaten, die implementeren wat elders reeds voorafgaand aan de vergadering werd beslist.

Zeker: er zijn juridische grenzen aan de economische eenheidsbehandeling: schuiven met activa, passiva of opportuniteiten dient rekening te houden met het belang van de afzonderlijke entiteiten. Dat is geen juridisch formalisme, zoals sommige cliënten wel eens durven denken, maar vormt een bescherming voor de schuldeisers – en als die er zijn: de minderheidsaandeelhouders – van de afzonderlijke entiteiten. De prijs van vermogensplitsing is dat de rechtsorde ook de splitsingsmuur zelf bewaakt.

De rechtspraak staat echter vrij liberaal toe dat de belangen van een afzonderlijke entiteit worden opgeofferd aan de belangen van de groep, met als verantwoording dat de onderdelen erop vooruit gaan indien de collectieve *going concern* waarde verhoogt. Indien niet meteen, dan toch op lange termijn. De insiders kunnen dus zelf vrij makkelijk over de schutting springen.

Ook voor de sterke schuldeiser – denk aan de kredietverlener – moet u geen traan laten. Die zal door persoonlijke en zakelijke zekerheden ervoor zorgen dat wat zijn verhaalsmogelijkheden betreft de juridische realiteit de economische eenheid benadert (R. Squire, "Strategic Liability in the Corporate Group", *The University of Chicago Law Review* 2011, 606). De andere schuldeisers ondergaan echter de vermogensplitsing en de mogelijkheid voor insiders en sterke schuldeisers om activa over de schutting te slepen. De verantwoording die geldt bij externe vermogensplitsing geldt hier niét.

Aan de andere kant van het ondernemingsspectrum bevindt zich een andere, meer eenvoudige, vorm van interne vermogensplitsing: de éénpersoonsvennootschap. Ik noem dit een vorm van interne vermogensplitsing omdat de enige aandeelhouder en het handelsfonds van de vennootschap economisch één en identiek zijn. De klassieke verantwoording van beperkte aansprakelijkheid en vermogensafscheiding gelden niet niét. Zij gelden indien er veel aandeelhouders zijn. Hoeveel is veel? Daarover kunnen we discussiëren. Maar wel staat vast: één is niét veel. Het onderscheid tussen externe en interne vermogensplitsing verklaart ook de traditionele argwaan tegen eenpersoonsvennootschappen.

- (36) **Beperkte aansprakelijkheid als regel van ‘aanvullend recht’.** Beperkte aansprakelijkheid is slechts een regel van aanvullend recht, in de zin dat een vennootschapsschuldeiser en een aandeelhouder er altijd van kunnen afwijken. Dit is een

belangrijk element in de verantwoording ervan. Als de schuldeiser ongelukkig is met beperkte aansprakelijkheid moet hij maar een persoonlijke zekerheid vragen of de voorwaarden van zijn krediet op een andere manier aanpassen, luidt het.

Uiteraard zou in een alternatief rechtssysteem ook een regel van onbeperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders slechts een regel van aanvullend recht zijn. Ook dan zouden aandeelhouders en schuldeisers contractueel het verhaal van de schuldeisers kunnen beperken tot het vennootschapsvermogen. Dat is wat er gebeurt bij *non-recourse loans*.

Waarom kiezen onze rechtssystemen dan voor beperkte aansprakelijkheid als de winkelinstelling van de klassieke vennootschapsvormen? Dat heeft te maken met het onderscheid tussen open vennootschappen (met veel aandeelhouders, bv. genoteerde vennootschap) en besloten vennootschappen (T. Henderson & S. Bainbridge, *Limited Liability: a legal and economic analysis*, Elgar, 2016, 10). Bij open vennootschappen liggen de transactiekosten te hoog om rond de standaardregel heen te contracteren. Er zijn gewoon te veel aandeelhouders en hun samenstelling verandert te snel. Daarom kiest men voor een standaardregel die op hun maat is gesneden. Bij besloten vennootschappen is de case voor beperkte aansprakelijkheid zwakker, maar daar kunnen schuldeisers via persoonlijke zekerheden ervan afwijken, wat ook courant gebeurt.

Die afwijkmogelijkheid geldt voor de vrijwillige schuldeiser met een sterke onderhandelingspositie, zoals een professionele kredietverlener.

Dit geldt echter niet voor onvrijwillige schuldeisers of schuldeisers die niet bij machte zijn om de voorwaarden van hun schuldvordering te onderhandelen (*non-adjusting creditors*). Te denken valt aan werknemers, de fiscus of de sociale zekerheid, slachtoffers van een onrechtmatige daad, kleine handelspartners zonder enige onderhandelingsmacht enz. Anders dan vrijwillige gesofistikeerde schuldeisers kunnen zij zich immers niet contractueel indekken tegen de beperkte aansprakelijkheid. Voor hen rijpt beperkte aansprakelijkheid dan ook in het bijzonder.

Surfen de onvrijwillige schuldeisers misschien mee op de inspanningen van de sterke schuldeisers? In zekere mate wel. Een persoonlijke zekerheid door een controlerende aandeelhouder-bestuurder zal deze wellicht meer bij de les houden. Alle schuldeisers profiteren ervan mee indien hierdoor minder roekeloos wordt gehandeld. Het verhaal is echter gemengd. Een persoonlijke zekerheid

ten voordele van een schuldeiser zal er ook voor zorgen dat in het zicht van het einde andere schuldeisers worden benadeeld.

Zie hierover A. Jonkers, *Insider guarantees in corporate finance. An economic analysis of Dutch, US and German law*, proefschrift UvA, 2020. Klassiek is het geval van *wrongful trading* waarbij de activiteiten van de vennootschap worden gerokken, niet in een eerlijke reddingspoging, maar om zoveel mogelijk de schuldeiser af te betalen waarvoor de insider zekerheid heeft gesteld (*ibid.*, 106 e.v.).

## 2. Vennootschapsaansprakelijkheid en haar grenzen

- (37) **Toerekening van aansprakelijkheid van de vennootschap zelf biedt maar een beperkt comfort.** De aandeelhouders mogen dan al niet aansprakelijkheid zijn voor de verbintenissen, de vennootschap als rechtssubject is dat uiteraard wel. De vennootschap heeft ‘zaakcrediteuren’ die een exclusieve aanspraak hebben op de goederen van het afgescheiden vermogen.

Persoonlijke schuldeisers van aandeelhouders verliezen bij vermogensafschieding, maar de vennootschapsschuldeisers gaan erop vooruit. In de ideale situatie is dit overigens geen *zero sum* verschuiving maar zijn de voordelen voor de zaakschuldeisers groter dan de nadelen voor de persoonlijke schuldeisers.

Historisch is dit een vrij recent gegeven. In de wettelijke bepalingen over de vennootschap (maatschap) in de *Code civil* was er geen enkele aandacht voor de vennootschapsschuldeisers, tenzij om te zeggen dat ze voor gelijke delen ieders persoonlijke schuldeiser waren (art. 1863 *Code civil*). De afwezigheid van beperkte aansprakelijkheid maakte daardoor dat ook vermogensafschieding onder de radar bleef.

Tot in de 19<sup>de</sup> eeuw bestond er discussie of onrechtmatige daden wel konden worden toegerekend aan een vennootschap (J. Beekhuis, *Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hare organen voor onrechtmatige daden*, Den Haag, Nijhoff, 1934, 1 e.v.).

Daarna is de toerekening van aansprakelijkheden aan de vennootschap steeds ruimer geworden, met ook onrechtmatige daden en misdrijven die aan de rechtspersoon kunnen worden toegerekend.

- (38) **Toerekeningscriteria: onderscheid tussen vrijwillige en onvrijwillige schuldeisers.** Niet enkel werd de aard van de aansprakelijkheden die aan een vennootschap kunnen worden toegerekend verruimd, ook de criteria voor deze toerekening werden ruimer en daardoor schuldeisersvriendelijker. Daarbij is opnieuw het onderscheid tussen vrijwillige en onvrijwillige schuldeisers van belang.

Voor vrijwillige schuldeisers gebeurt toerekening vanouds via de figuur van vertegenwoordiging. Daarbij staat een formeel criterium voorop: in wiens naam handelde de vertegenwoordiger? Uiteraard moet de vertegenwoordiger ook vertegenwoordigingsmacht hebben om de vennootschap te kunnen verbinden. Daar is de toerekening geobjectiveerd via figuren als een schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid of het systeem van de Eerste Richtlijn. Het formele criterium bleef altijd behouden.

Zeker bij interne vermogensplitsing lijkt een formeel criterium opportunisme door insiders zeer makkelijk te maken: ze kunnen bv. kiezen schulden te laten toerekenen aan vermogens met weinig activa. Het idee is hier echter: de vrijwillige schuldeiser stapt er *volens* in mee en moet maar uitkijken. Het recht is er voor wakkeren. Subsidiar is er nog de bescherming van precontractuele aansprakelijkheid (bv. bij bedrieglijke misleiding van de schuldenaar) en aansprakelijkheid wegens *wrongful trading*.

Die verantwoording gaat echter niet op voor onvrijwillige schuldeisers: zij krijgen vermogensplitsing op hun hoofd – soms letterlijk bij slachtoffers van onrechtmatige daad – zonder dat ze hun gedrag konden aanpassen. Een formeel toerekeningscriterium zou hier de insiders te veel speelruimte geven om beperkte aansprakelijkheid en vermogensafscheiding opportunistisch te misbruiken. Het zou volstaan om bij het voltrekken van een onrechtmatige daad het petje op te zetten van een insolvente entiteit, om de slachtoffers met lege handen achter te laten.

Voor onvrijwillige schuldeiser is er gedurende de 19<sup>de</sup> en 20<sup>ste</sup> eeuw een hevig debat geweest over de vraag hoe onrechtmatige daden en misdrijven kunnen worden toegerekend aan een rechtspersoon (zie J. Delvoie, *Orgaantheorie in rechtspersonen van privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 24 e.v.). Vandaag lijkt echter vast te staan dat toerekening van aansprakelijkheid jegens onwillige schuldeisers een *materieel* criterium behoeft. De economische realiteit weegt hier zwaarder door dan de formele hoedanigheid waarin werd opgetreden. Vanuit de positie van de onvrijwillige schuldeiser is dit een evidentie.

In het Nederlands recht wordt dit criterium gevonden in het Kleuterschool Babel-arrest van de Hoge Raad (HR 6 april 1979, NJ 1980/34): gedragingen kunnen als onrechtmatige daad van een rechtspersoon gelden indien zij in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de rechtspersoon hebben te gelden.

De formele kring van de bevoegdheid van de handelende agent is daarmee niet doorslaggevend (P. Van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Arnhem, Gouda Quint, 1995, 178).

Het materieel karakter is nog duidelijker in het criterium voor rekening van misdrijven aan rechtspersonen en aan vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid van art. 5 al. 1 van het Belgisch Strafwetboek:

**Een rechtspersoon is strafrechtelijk verantwoordelijk voor de misdrijven die hetzij een intrinsiek verband hebben met de verwezenlijking van zijn doel of de waarneming van zijn belangen, of die, zoals blijkt uit de concrete omstandigheden, voor zijn rekening zijn gepleegd.**

Formeel geldt dit artikel enkel voor de toerekening van misdrijven. In het hoofdstuk over toerekening argumenteren we echter dat dit moet worden gezien als de uitdrukking van een algemeen principe voor de toerekening van onrechtmatige daden (J. Vananroye, "Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties", *TPR* 2000, 767-771. Zie hierover kritisch J. Delvoie, *Orgaantheorie in rechtspersonen van privaatrecht*, 511 e.v.).

- (39) **Verhoogd risico op opportunistisch gedrag door beperkte aansprakelijkheid.** De mogelijkheid om de vennootschap zelf aansprakelijk te stellen, legt de band met aansprakelijkheidsregels buiten het vennootschapsrecht. Daardoor kan de verleiding bestaan om te denken dat het niet-vennootschapsrecht maar de bescherming van externe stakeholders moet opnemen. Het milieurecht beschermt slachtoffers van verontreiniging, het arbeidsrecht werknemers, het consumentenrecht consumenten... Heeft het vennootschapsrecht daar nog wel een rol?

Het lijkt me evident van wel, net omwille van beperkte aansprakelijkheid. Dit creëert immers een groter risico op schuldeisersbenadeling bij een rechtspersoon. Dat verantwoordt de nood aan een rechtspersoonstypische schuldeiserbescherming (G. Lindemans, *Schuldeiser & rechtspersoon*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 51-57).

Bij een natuurlijke persoon gaat het recht uit van een basisvertrouwen over het beheer van zijn vermogen: het uitgangspunt is de wilsautonomie over het vermogen. Een natuurlijke persoon kan in beginsel vrij beschikken over zijn activa. De basisregel van *human governance* is nog altijd naar de formulering van art. 544 *Code civil* “op de meest volstreekte wijze van een zaak het genot te hebben en daarover te beschikken”. De loutere aanwezigheid van (veel) schuldeisers doet op zich geen afbreuk aan de autonomie van een schuldenaar over zijn vermogen. Het uitgangspunt is en blijft de vrije beschikking van de eigenaar. Slechts uitzonderlijk kunnen schuldeisers ingrijpen in het vermogen (door uitwinning) of handelingen d.m.v. de *actio pauliana* terugdraaien.

Dit basisvertrouwen in het beheer van een natuurlijke persoon is verantwoord: de eigenaar die zijn schuldeisers verarmt, verarmt in principe ook immers zichzelf. De belangen van schuldenaar en schuldeisers zijn bij een natuurlijke persoon daardoor sterk gealigneerd. Aan de eigenaar van een vermogen wordt daarom principieel een grote autonomie verschaft om over de bestanddelen van dit vermogen te beschikken.

Bij de rechtspersoon is dit anders. Tussen de activa en passiva van de rechtspersoon en die van de aandeelhouders staat de muur van de rechtspersoonstechniek, die niet-aansprakelijkheid en vermogensafschieding met zich meebrengt. De leden hebben aldus volledige controle over het vermogen van de rechtspersoon, genieten bij een vennootschap van eventuele winst, maar dragen slechts beperkt de negatieve gevolgen van hun beheer: deze zijn beperkt tot het verlies in waarde van hun aandelen. Deze rechtspersoonstechniek vergroot daardoor aanzienlijk het risico op opportunistisch handelen ten nadele van schuldeisers.

Aansprakelijkheidsremedies botsen zowel bij natuurlijke als bij rechtspersonen op de grens van de insolventie. Het verschil is dat bij een rechtspersoon het risico veel groter is dat deze insolventie onderdeel is van een bewuste strategie.

- (40) **Interne vermogensplitsing en artificiële vermogensplitsing: beperkte aansprakelijkheid op stereoïden.** Het rechtspersoonstypisch risico op opportunistisch gedrag verergert nog veel meer door de mogelijkheid van interne vermogensplitsing, zoals bij een vennootschapsgroep waarbij een onderneming verspreid is over meerdere rechtspersonen. De insolventie van één onderdeel van de groep heeft brengt dan maar een beperkt verlies van ondernemingswaarde voor de aandeelhouders met zich.

Beperkte aansprakelijkheid wordt daardoor erg beperkt: bij insolventie van een onderdeel verliezen de aandeelhouders slechts een stuk van de ondernemingswaarde.

Helemaal mooi wordt het voor de aandeelhouders als er binnen een groep strategisch aan artificiële vermogensplitsing werd gedaan.

Zie daarover de bijdragen van A. Karapetian en F. Verstijlen, R. Squire en J. Vananroye, A. Van Hoe en G. Lindemans in *The 800-Pound Gorilla. Limits to Group Structures and Asset Partitioning in Insolvency, Reports to the Netherlands Association for Comparative and International Insolvency Law* (2018). Te consulteren via <http://www.nacil.org/activiteiten/nieuws/kopie-documents-nvriinacil-annual-conference-members-meeting-15-november-2018/>

Bepaalde goederen die essentieel zijn voor de *going concern* waarde van de onderneming worden dan ondergebracht in een entiteit die buiten de insolventie wordt gehouden. Een typevoorbeeld zijn intellectuele eigendomsrechten van de groep. Bij de insolventie van de andere groepsvennootschappen maakt dit dat de insiders de enige realistische bidders zijn voor de ondernemingsgoederen, die ze daardoor aan een prijke kunnen verwerven.

Hierdoor neigt *beperkte aansprakelijkheid* naar de *afwezigheid van aansprakelijkheid*. Het faillissement van de onderneming belet immers niet dat de aandeelhouders nog een groot stuk van de ondernemingswaarde kunnen behouden.

- (41) **Welke remedies?** Dit opportunistisch insolventierisico typisch voor entiteiten met beperkte aansprakelijkheid en afgescheiden vermogen brengt met zich dat hier ook typische vormen van schuldeisersbescherming hun plaats verdienen. We bespreken er hier drie: objectieve (of foutloze) aandeelhoudersaansprakelijkheid (§ 3), bestuursaansprakelijkheid als schuldeisersbescherming (§ 4) en ‘ondernemingsaansprakelijkheid’ als bijzondere vorm van aandeelhoudersaansprakelijkheid (§ 5).

### 3. Gevallen van foutloze aandeelhoudersaansprakelijkheid

- (42) **Minimumkapitaal als aansprakelijkheidsregel voor aandeelhouders.** De niet-aansprakelijkheid van de rechtspersoonstechniek werkt als een “verzekering” van de aandeelhouders tegen het ondernemingsrisico. Dat risico verdwijnt uiter-

aard niet, maar *verschuift* naar de vennootschapsschuldeisers. Economisch treden de vennootschapsschuldeisers, al dan niet willens en wetens, op als een verzekeraar van de aandeelhouders.

Zoals elke verzekeraar, dreigen die schuldeisers het slachtoffer te worden van excessief risicogedrag in hoofde van de verzekerde. Een klassieke remedie daartegen in de verzekeringspraktijk is de “franchise”: een forfaitair bedrag dat niet is gedekt, zodat een schadegeval de verzekerde altijd nog minstens een beetje pijn doet. Het idee is dat de verzekerde voorzichtiger wordt als hij weet dat hij de gevolgen van een sinister niet volledig op anderen kan afschuiven.

Het minimumkapitaal in het vennootschapsrecht heeft dezelfde functie als de franchise bij een verzekering: het tegengaan van *moral hazard* door een stuk ‘eigen risico’. Het NV-recht in Nederland en België verplicht de oprichters van meet af aan een minimale eigen inbreng te doen: het wettelijk minimumkapitaal.

Een dergelijk verplicht minimumkapitaal kan hierdoor gezien worden als regel van objectieve aansprakelijkheid voor aandeelhouders. Net zoals een persoonlijke zekerheid verschaft door een aandeelhouder ten voordele van een schuldeiser van de vennootschap, staat de aansprakelijkheid van die aandeelhouder los van enige fout. Anders dan bij zo’n persoonlijke zekerheid komt die aansprakelijkheid in principe ten goede aan alle aandeelhouders, ook de onvrijwillige en die met een zwakke onderhandelingspositie.

Meestal wordt niet opgemerkt dat de regels inzake het minimumkapitaal eigenlijk aansprakelijkheidsregels zijn. Dat komt wellicht doordat de aandeelhouders, minstens een deel, bij de oprichting of bij een latere inbreng moeten betalen (volstorten). Er moet niet betaald worden als het misloopt, maar vooraf. Als het goed afloopt, kan de aandeelhouder na vereffening de inbreng terugkrijgen.

- (43) **Een bescheiden pleidooi vóór het minimumkapitaal.** De laatste decennia is de neiging nogal groot om de techniek van het wettelijk minimumkapitaal als passé weg te zetten. Een Europees enthousiasme voor vrije rechtskeuze in het vennootschapsrecht heeft daarbij niet geholpen.

De techniek van het wettelijk minimumkapitaal is een lompe techniek. De omvang van het minimale ‘eigen risico’ wordt door de wetgever immers voor alle ondernemingsactiviteiten gelijk bepaald, zonder te kijken naar het concrete risico. One size fits all.

Lompe technieken zijn echter niet noodzakelijk slechte technieken. De eenvoud leidt ertoe dat de regel makkelijk en goedkoop is toe te passen voor de oprichters. De objectieve aansprakelijkheid van het minimumkapitaal is vooral ook veel makkelijker te handhaven dan alternatieve aansprakelijkheidsgronden gebaseerd op een fout. Bij faillissement kan de curator het nog niet-volstorte bedrag invorderen, zonder dat hij een dure analyse moet laten maken over eventuele fouten en daarover een lange, kostelijke en onzekere procedure moet voeren.

Voor grote vennootschappen biedt het minimumkapitaal nauwelijks bescherming. Voor kleine vennootschappen is dat dan anders. Het is zeker geen panacee, maar wel relevant, naast andere remedies zoals bestuursaansprakelijkheid.

Vormt het minimumkapitaal dan geen drempel voor ondernemen? Ongetwijfeld wel een beetje. Maar zoals hiervoor als gezegd: niet elke vorm van ondernemen is noodzakelijk maatschappelijk voordelig. De kostprijs die de regels inzake het minimumkapitaal opleggen, is zeer klein vergeleken met het enorme voordeel dat beperkte aansprakelijkheid oplevert. Niemand heeft me al een geloofwaardig voorbeeld kunnen opnoemen van een onderneming waarvoor beperkte aansprakelijkheid echt nodig is, terwijl de ‘prijs’ van het minimumkapitaal er te hoog zou zijn. Wellicht is het zo dat indien er een groot aansprakelijkheidsrisico is, die prijs eerder te laag is.

Mijn case vóór het minimumkapitaal is dan ook bescheiden: het heeft beperkte, maar relevante, maatschappelijke voordelen, terwijl de kost voor aandeelhouders verwaarloosbaar is.

- (44) **Achterstelling als regel van aandeelhoudersaansprakelijkheid.** De claim van de aandeelhouders met betrekking tot de goederen van de vennootschap is achtergesteld aan die van vennootschapsschuldeisers (ook wel: structurele subordinatie). Aandeelhouders komen daardoor als eerste “onder water” indien de vennootschap insolvent wordt. De aandeelhouder voelt de impact van financiële moeilijkheden dan ook vóór de schuldeisers. Ook dat aligneert in zekere mate de belangen van de aandeelhouders met die van de schuldeisers. In deze zin is ook achterstelling functioneel een regel van aandeelhoudersaansprakelijkheid.

Zie G. Lindemans, *Schuldeiser & rechtspersoon*, 67-68 en vooral het Gents proefschrift van S. Landuyt, *Tussen schuld en kapitaal: efficiënte risicoverdeling in vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en de achterstelling van aandeelhoudersvorderingen* (2020).

De niet-aansprakelijkheid wordt door het bestaan van een achtergesteld eigen vermogen van de vennootschap net “beperkte aansprakelijkheid”. Achterstelling zorgt ervoor dat de aandeelhouder gevoelig is voor de aansprakelijkheid van de vennootschap zelf.

De achterstelling of structurele subordinatie blijkt het meest sprekend bij de vereffening: aandeelhouders kunnen de vennootschapsactiva (inclusief die door hen ingebracht) bij vereffening slechts terugkrijgen als alle vennootschaps-schuldeisers betaald zijn.

- (45) **Vermogensklemmen handhaven achterstelling.** Achterstelling blijkt ook uit heel wat regels die grenzen stellen aan de mate waarin aandeelhouders goederen kunnen onttrekken aan het vennootschapsvermogen.

Zetten onder meer een klem op uitkeringen: regels over de uitkeerbare ruimte, de verplichting om uitgaven en kosten enkel in het belang van de vennootschap te doen, en het verbod om uitkeringen te doen buiten de strikte grenzen van de gereglementeerde uitkeringen.

Zie over de schuldeisersbeschermende werking van het vennootschapsbelang: J. Vananroye, “Ook de enige vennoot heeft altijd gezelschap”, *TRV* 2014, (425) 426. Zie over de vermogensbeschermende functie van het winstoogmerk: K. Geens, “Een nieuw Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen : lean and mean, fit and proper” in *Quid leges sine cogitatione*, Antwerpen, Biblo, 2011, (73) 88, nr. 14 en J. Vananroye, “De parabel van het afgesneden worstje (of: het winstoogmerk)”, *TRV* 2015, (482) 488.

- (46) **Band tussen afgeleide schade en achterstelling.** Ook de regel die verhindert dat aandeelhouders afgeleide schade kunnen vorderen (zie hiervoor nr. (16) e.v.), kan gezien worden als zo’n vermogensklem. Afgeleide schade is schade die aandeelhouders lijden met geen andere oorzaak dan de waardevermindering van het vermogen van de vennootschap. De vennootschap (en na faillissement de curator) is als enige gerechtigd om schadevergoeding te vorderen van een derde door wiens fout het vennootschapsvermogen werd aangetast. Dat geldt ook als de vennootschap zelf geen vordering instelt.

Niet enkel de belangen van de schadelijder en de schadeveroorzaker staan hierbij op het spel, maar ook die van andere schuldeisers en aandeelhouders met een claim op de vennootschap. Een eigen aansprakelijkheidsvordering van de aandeelhouder voor afgeleide schade zou erop neerkomen dat een aandeelhouder een vennootschapsactief kan “privatiseren” en zo de normale rangorde kan

doorbreken. Dit is onwenselijk omdat daardoor de aandeelhouder zou kunnen vóórsteken in de uitkeringsrij, zijn achterstelling aan de kant schuiven en een vennootschapsactief aan de schuldeisers onttrekken.

Kijk maar naar het arrest Poot/ABP van de Hoge Raad, waar de eigen vordering van Dhr. Poot, die controlerende aandeelhouder was, enkel wordt verklaard doordat de primair schadelijgende vennootschap insolvent was (HR 2 december 1994, NJ 1995/288). Een zeer gelijkaardige feitenconstellatie was overigens de achtergrond van het corresponderende Belgische principe-arrest (Cass. 23 februari 2012, TRV 2012, 319, noot J. VANANROYE.).

De regel inzake afgeleide schade dwingt aandeelhouders om de vennootschapsvordering op het niveau van het vennootschapsvermogen af te wikkelen en daarmee hun achterstelling t.a.v. de vennootschapsschuldeisers te respecteren.

Een gelijkaardige functie heeft in het faillissementsrecht de bundeling van vorderingen bij de boedel i.p.v. bij individuele schuldeisers. In Nederland staat dit bekend naar de vordering: de “Peeters/Gatzen-vordering”; in België naar het voorwerp van de vordering: “collectieve schade”. Zie hierover J. Vananroye, “Aansprakelijkheid en insolventierecht: delven in de rijke groeve”, *Vraagpunten op de grens van het insolventierecht, goederenrecht en verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 196 e.v. en verder het hoofdstuk over bestuursaansprakelijkheid.

- (47) **Dubbelrol aandeelhouder en schuldeiser.** Aandeelhouders kunnen de gevolgen van achterstelling ontlopen door hun financiering via inbreng in het eigen vermogen beperkt te houden en vooral te financieren door ook als schuldeiser van de vennootschap op te treden.

In Nederland en België is het debat begonnen of die aandeelhoudersleningen niet moeten worden achtergesteld. Dit komt ook met nadelen doordat het aandeelhouders zou kunnen ontmoedigen om bijkomende financiering te verschaffen bij moeilijkheden.

Zie in Nederland R.J. De Wijs, *Wanorde? Hoe het faillissementsrecht zich tegen schuldeisers dreigt te keren*, Den Haag, Boom, 2016 en in België, S. Landuyt, *Tussen schuld en kapitaal*, proefschrift UGent, 2020.

Merk op hoe de vermaledijde techniek van het minimumkapitaal een bot maar misschien wel evenwichtig compromis vormt: principiële vrijheid voor aandeelhouders om de wijze van financiering te kiezen, zij het met een verplichting om een minimaal bedrag via een achtergestelde inbreng te financieren.

#### **4. Bestuursaansprakelijkheid als alternatief voor aandeelhouders-aansprakelijkheid**

- (48) **Bestuursaansprakelijkheid beschermt (in hoofdzaak) derden.** De belangrijkste vennootschapsrechtelijke remedie ter bescherming van derden is ongetwijfeld bestuursaansprakelijkheid. Beperkte aansprakelijkheid voor aandeelhouders en aansprakelijkheid voor bestuurders zijn in belangrijke mate communicerende vaten: de aansprakelijkheid verschuift van de beneficiarissen van een vermogen (de aandeelhouders) deels naar de bewindvoerders over dat vermogen (de bestuurders).

Op die wijze verschaft het vennootschapsrecht de voordelen van beperkte aansprakelijkheid voor aandeelhouders (vnl. mogelijkheid om grote kapitalen bijeen te brengen bij vele financiers, mogelijkheid voor financiers om te diversifiëren over veel projecten, mogelijkheid voor financiers om bestuur te delegeren aan specialisten), terwijl de negatieve gevolgen daarvan (excessief risicogedrag) worden afgevlakt.

Een beperkt aansprakelijke aandeelhouder zal immers zeer risicozoekend zijn. Een hoog risico betekent immers een hogere opbrengst. Via zijn winstrechten strijkt de aandeelhouder die hogere opbrengsten op, terwijl het verhoogd risico in belangrijke mate op schuldeisers wordt afgewenteld. Indien het misloopt laat de aandeelhouder de vennootschap failliet gaan, zonder te moeten opdraaien voor het nettopassief. Welnu, zulk roekeloos gedrag wordt afgeremd doordat de aandeelhouders ook bestuurders moeten vinden die daarin mee willen gaan. Bestuursaansprakelijkheid leidt ertoe dat bestuurders in belangrijke mate de belangen van derden internaliseren; indien ze dat niet doen riskeren ze immers door of ten behoeve van die derden aansprakelijk te worden gesteld.

Dit verklaart ook waarom het bestuursorgaan een autonome bevoegdheid heeft, die niet zomaar naar de algemene vergadering van aandeelhouders wordt geëscaleerd (Zie in Nederland het Forumbank-arrest: HR 21 januari 1955, *NJ* 1959/43.). Dat lijkt democratischer, maar komt erop neer dat de beslissing wordt gelegd bij een orgaan met een verminderde aansprakelijkheid en dus minder waarborgen.

- (49) **Wettelijke doorbraak van beperkte aansprakelijkheid bij bestuursaansprakelijkheid.** Bij bestuursaansprakelijkheid is altijd een natuurlijke persoon mee aansprakelijk. Dit geldt ook als de bestuurder een rechtspersoon is. Zowel Nederland als België kennen hier immers een wettelijke doorbraak van beperkte aansprakelijkheid. In België geldt die doorbraak van aansprakelijkheid voor de ‘vaste vertegenwoordiger’ die verplicht moet worden aangeduid door de rechtspersoon-bestuurder (art. 2:55 WvV). In Nederland geldt die doorbraak voor alle bestuurders van de rechtspersoon-bestuurder (art. 2:11 BW).

De remedie tegen misbruik van de rechtspersoonstechniek kan dus niet worden ontlopen door diezelfde rechtspersoonstechniek te hanteren. *The buck stops here.*

- (50) **Externe bestuursaansprakelijkheid dient de belangen van derden: onderscheid tussen vrijwillige en onvrijwillige schuldeisers.** Door de literatuur wordt over het algemeen te weinig benadrukt dat bestuursaansprakelijkheid ook, en wellicht vooral, de belangen van derden dient.

Dat bestuursaansprakelijkheid derden beschermt is evident bij de externe bestuursaansprakelijkheid. Dat is de aansprakelijkheid die de bestuurder oploopt ten aanzien van derden bij onrechtmatige daden die hij begaat in hoedanigheid.

Het mooie aan de Belgische regels inzake externe bestuursaansprakelijkheid is dat ze differentiëren tussen vrijwillige schuldeisers (bv. op grond van een overeenkomst) en onvrijwillige schuldeisers (bv. slachtoffer van een onrechtmatige daad). Beperkte aansprakelijkheid is, zo bleek reeds in nr. (36), immers veel minder evident bij onvrijwillige schuldeisers: die schuldeisers hebben niet vrijwillig een band met een entiteit met beperkte aansprakelijkheid. De agent die een contract uitvoert van een organisatie wordt bovendien beschermd door de verregaande “immuniteit van de uitvoeringsagent” tegen buitencontractuele aansprakelijkheid voor fouten die hij begaat bij de uitvoering van het contract van de organisatie. Het idee hier achter is als volgt: de schuldeiser heeft vrijwillig een contract afgesloten met de vennootschap en kan die afspraken niet omzeilen door een buitencontractuele vordering tegen de agent van de vennootschap.

Voor buitencontractuele aansprakelijkheid t.a.v. onvrijwillige schuldeisers, geldt daarentegen dat iedereen die een onrechtmatige daad begaat daarvoor aansprakelijk is, ook als die onrechtmatige daad wordt begaan “in hoedanigheid”, voor rekening van een andere (rechts)persoon (zie voor bestuurders: Cass. 20 juni 2005, *TBH* 2006, 416).

Externe bestuursaansprakelijkheid is hiermee samen met de aansprakelijkheid van de vennootschap zelf de belangrijkste schakel tussen het vennootschapsrecht en het niet-vennootschapsrecht.

- (51) **Vennootschaps- en bestuursaansprakelijkheid complementeren mekaar.** Slachtoffers van het vennootschapshandelen zullen zich meestal richten naar de vennootschap als de primaire aansprakelijke. De bestuurders komen slechts in het vizier indien die vennootschap zelf niet meer al haar schuldeisers kan vergoeden.

Ook interne bestuursaansprakelijkheid beschermt schuldeisers. Wat minder wordt erkend is dat ook interne bestuursaansprakelijkheid in belangrijke – en ik durf te stellen: doorslaggevende – mate schuldeisers beschermt (zie ook J. Armour & M. J. Whincop, “The Proprietary Foundations of Corporate Law”, *Oxford Journal of Legal Studies* 2007, 453, voetnoot 104).

- (52) **Interne bestuursaansprakelijkheid is de contractuele aansprakelijkheid die bestuurders oplopen ten aanzien van de vennootschap zelf.** De aansprakelijkheid wordt namens de vennootschap afgedwongen. Deze vennootschapsvordering roept het idee op dat het belang van de aandeelhouders voorop staat; niet dat van schuldeisers. In België ligt het initiatief voor deze vordering overigens – anders dan in de meeste rechtsstelsels – bij de algemene vergadering van aandeelhouders. Dat versterkt nog het idee dat hun belangen voorop staan. Contractuele aansprakelijkheid beschermt typisch partijen, niet derden. Toch beschermt deze vordering ook schuldeisers.

Het schuldeisersbelang krijgt alvast procedureel gestalte bij insolventie of nakende insolventie doordat schuldeisers inspraak of controle kunnen krijgen over de interne vorderingen. De meest verregaande controle is het faillissement waarbij de schuldeisers de vennootschapsorganen onbevoegd kunnen laten maken en een curator als neutraal bewindvoerder kunnen laten aanstellen.

Het schuldeiserbelang geeft daarbij ook inhoud aan het vennootschapsbelang. Dit wordt m.a.w. niet louter ingevuld door het aandeelhoudersbelang.

Bewijsstuk A: ook een aansprakelijkheidsvordering die ontstond op het ogenblik dat de vennootschap “onder water is”, is een recht dat door de curator te gelde kan worden gemaakt (J. Vananroye, “Vorderingsrechten van curator en indivi-

duale schuldeisers voor schade aan het vermogen van de gefailleerde” (noot onder Cass. 5 december 1997), TRV 1998, 282-283). M.a.w.: het gaat hier om een herstel van een benadeling van de schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden.

Bewijsstuk B: ook in een vennootschap met één aandeelhouder die ook nog eens enige bestuurder is, kan het handelen van die enige bestuurder en aandeelhouder aan het vennootschapsbelang worden getoetst. Zo kan in België ook een enige aandeelhouder het misdrijf van misbruik van vennootschapsgoederen plegen (B. Tillemans en P. Traest, “Misbruik van vennootschapsgoederen” in *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Intersentia, Antwerpen, 2006, 955, nr. 25). Dat zou onzinnig zijn indien het enkel om de bescherming van aandeelhouders ging.

De praktijk in de meeste besloten vennootschappen is zelfs dat de interne aansprakelijkheidsvordering enkel na faillissement door een curator wordt ingesteld: immers, de schuldenaar van de interne aansprakelijkheid is in besloten vennootschappen doorgaans iemand die de controle heeft over de vennootschap als schuldeiser (of die nauw verbonden is met de controlerende aandeelhouders). Weinig personen zijn zo schizofreen of scrupuleus dat ze initiatief nemen om zichzelf aansprakelijk te laten stellen. Het is maar op het ogenblik dat de curator als een neutrale persoon de controle krijgt over de vordering, dat de theoretische bestuursaansprakelijkheid ook in de praktijk wordt afgedwongen.

De opbrengst van de interne aansprakelijkheidsvordering is zelden voldoende om het eigen vermogen weer “boven water” te brengen, zodat die vordering enkel de schuldeisers ten goede komt.

Met ander woorden: de zgn. interne aansprakelijkheid beschermt ook derden (naast aandeelhouders) en beschermt derden zelfs in doorslaggevende mate.

- (53) **Bestuursaansprakelijkheid en aandeelhouders.** Bestuursaansprakelijkheid is een manier van de rechtsorde om aan bestuurders duidelijk te maken: luister niet kost wat kost naar de aandeelhouders – ook al beslissen ze over je aanstelling, over je vergoeding en over je ontslag – want er is ook nog bestuursaansprakelijkheid als je het aandeelhoudersbelang benaastigt ten nadele van derden. Bestuursaansprakelijkheid is daarmee een essentieel tegengewicht voor de prikkels die beperkte aansprakelijkheid met zich brengt om risico’s op derden af te wentelen.

In kleine, besloten vennootschappen zullen bestuur en controlerende aandeelhouders overigens vaak dezelfde personen zijn. In groepsstructuren worden bestuurders van dochtervennootschappen vaak gevrijwaard door de holdingvennootschap, die rechtstreeks of onrechtstreeks aandeelhouder is in die dochtervennootschappen. In deze gevallen wordt het risico op bestuursaansprakelijkheid dan ook geïnternaliseerd door aandeelhouders. Bestuursaansprakelijkheid is hier in de feiten een vorm van aandeelhoudersaansprakelijkheid. Niet toevallig gaat het hier net om die hypothesen – besloten vennootschappen en interne vermogensplitsing – waarbij de case voor beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders het zwakst bleek.

- (54) **Gevaren van een doorgeslagen ‘reddingscultuur’.** Uit het voorgaande blijkt dat het insolventierecht bepalend is voor de handhaving van bestuursaansprakelijkheid. De vennootschap kan zich dan middels de curator als een privaatrechtelijk monster van Frankenstein tegen haar schepper keren.

Dit is echter niet geval bij reorganisatieprocedures zoals de Belgische gerechtelijke reorganisatie of de Nederlandse WHOA. Die procedures laten de schuldenaar – begriip bij een vennootschap: de aandeelhouders en de bestuurders – toe om zelfs bij niet-nakoming van hun verbintenissen aan het roer te blijven (debtor-in-possession i.p.v. buitenbezitstelling).

Over de wenselijkheid van deze reorganisaties is veel te zeggen, maar wat te weinig wordt gezegd is dit: het trekt de positie van de aandeelhouders vóór op de schuldeisers (of zo men wil: de stakeholders). In een gerechtelijke reorganisatie behouden aandeelhouders zowel de zeggenschap als een aanspraak op de waarde van de onderneming. Daar kunnen goede redenen voor zijn: voor vele ondernemingen hangt het behoud van waarde in grote mate af van een blijvende betrokkenheid van de bestaande aandeelhouders en bestuur.

Dit kan echter ook gebruikt worden door de insiders om de andere stakeholders te benadelen. Twee manieren zijn voor dit artikel in het bijzonder van belang.

Een reorganisatie holt vooreerst de achterstelling van aandeelhouders uit: wat de vennootschapsschuldeisers minder krijgen van de ondernemingswaarde, wast aan bij de aandeelhouders. Minder achterstelling betekent dat beperkte aansprakelijk opschuift in de richting van niet-aansprakelijkheid.

Verder zorgt de afwezigheid van een curator ervoor dat de kans veel kleiner wordt dat een vordering inzake bestuursaansprakelijkheid wordt ingesteld. Bestuursaansprakelijkheid bleek een cruciale rem op de negatieve prikkels veroorzaakt door de beperkte aansprakelijkheid van bestuurders.

- (55) **De aandeelhouder als feitelijk bestuurder.** De aandeelhoudersaansprakelijkheid die we tot nu toe bespraken was functioneel (minimumkapitaal, achterstelling) of indirect (via bestuursaansprakelijkheid). In eigenlijke zin worden naar Belgisch recht aandeelhouders rechtstreeks het meest aansprakelijk gesteld op grond van de bijzondere faillissementsaansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout (art. XX.225 Wetboek Economisch Recht). Deze bijzondere faillissementsaansprakelijkheid geldt expliciet voor formele én voor feitelijke bestuurders.

De rechtsleer focust daarbij gebruikelijk nogal op wat een feitelijk bestuurder is. Deze hoedanigheid veronderstelt dat de betrokkene “in volle onafhankelijkheid positieve daden van bestuur kan stellen.” Dat lijkt ons geen nuttige manier om deze aansprakelijkheidsgrond te benaderen. Wie een kennelijk grove fout pleegt die het faillissement van een vennootschap veroorzaakt, zal in ieder geval aansprakelijk zijn, ongeacht of die schadeveroorzaker feitelijk bestuurder, insider of complete buitenstaander is.

We begrijpen deze aansprakelijkheidsgrond dan ook als volgt. Als een insider met controle over de rechtspersoon schade veroorzaakt, dan zal zijn aansprakelijkheid groter zijn dan die voor een schadeveroorzaker *at arm's length*. Onrechtmatige handelingen zijn immers periculieuzer als de schade wordt veroorzaakt door een controlerende insider. Deze schadeveroorzaker kan immers verhinderen dat het slachtoffer – de rechtspersoon – normale remedies gebruikt en heeft de tijd en de opportuniteit om de sporen van zijn onrechtmatig handelen te verbergen. Bijgevolg leiden de gewone regels inzake aansprakelijkheid en herstel hier niet tot de gewenste afschrikking.

Dit brengt ons bij wat art. XX.225 WER onderscheidt: de rechter heeft bij de bijzondere faillissementsaansprakelijkheid de volledige discretie om een bestuurder of feitelijke bestuurder aansprakelijk te houden voor het geheel of een deel van het nettoactief, zonder zich zorgen te moeten maken over de normale regels inzake causaliteit. Gecamoufleerd als een bewijsregel, schuilt hier een lokale variëteit van de *punitive damages*.

Tegelijk leert art XX.225 dat voor wie niet formeel bestuurder is, waaronder aandeelhouders, de lat hoog ligt voor aansprakelijkheid. Aandeelhouders hebben in beginsel geen andere positieve verplichting dan de inbreng, waarop ze hebben

ingeschreven, te volstorten. Dit gaat zelfs zo ver dat bij de concretisering van de ‘bonus pater familias’ norm bij de beoordeling van aansprakelijkheid van aandeelhouders geen rekening wordt gehouden met de omstandigheid dat iemand aandeelhouder is, zelfs niet als deze een controlerende participatie heeft. Het aandeelhouderschap brengt geen bijzondere zorgplichten met zich mee t.a.v. outsiders, behalve enkele uitdrukkelijke wettelijke verplichtingen.

Dit alles betekent uiteraard niet dat een aandeelhouder nooit aansprakelijk is t.a.v. de vennootschap maar de norm voor de aandeelhouder is niet zwaarder dan die voor buitenstaanders. Als de aandeelhouder (of andere insiders met controle) echter fouten begaat, zal de sanctionering op grond van art. XX.225 strenger kunnen gebeuren dan bij outsiders.

#### **5. Ondernemingsaansprakelijkheid: aansprakelijkheid voor sommige aandeelhouders**

- (56) **Ondernemingsaansprakelijkheid als vorm van aandeelhoudersaansprakelijkheid.** Het principe van beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders stellen we in dit artikel niet in vraag. Dat is niet omdat dit debat niet relevant zou zijn. Met name voor onvrijwillige schuldeisers, bij besloten vennootschappen en bij interne vermogensplitsing (zoals een vennootschapsgroep) is de case voor beperkte aansprakelijkheid veel zwakker dan de brede consensus rond beperkte aansprakelijkheid zou doen vermoeden (zie vooral H. Hansmann en R. Kraakman, “Toward unlimited shareholder liability for corporate torts”, *The Yale Law Journal*, 1991, 1879 e.v.).

We willen wel een lans breken voor wat in het Anglo-Amerikaanse vennootschapsrecht *enterprise liability* wordt genoemd: aansprakelijkheid die wordt toegerekend overeenkomstig de economische realiteit en niet de juridische structuur.

Zie H. Hansmann & R. Squire, “External and Internal Asset Partitioning: Corporations and Their Subsidiaries”, *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance* (Forthcoming); Yale Law & Economics Research Paper No. 535. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2733862>, 24

Concreet komt dit er op neer dat de aansprakelijkheid van één entiteit uit een vennootschapsgroep zich kan uitbreiden naar andere entiteiten van de groep. Dit lijkt op klassieke *veil piercing*, maar viseert enkel interne vermogensplitsing, niet externe. Als er door *enterprise liability* een aandeelhouder aansprakelijk is, is dat

de holdingvennootschap voor de dochters en kleindochters, en zijn dat niet de aandeelhouders in de holdingvennootschap.

Interne vermogensplitsing wordt geviseerd, niet externe. Dit komt tegemoet aan de vaststelling dat de case voor beperkte aansprakelijkheid veel sterker is bij externe vermogensplitsing dan bij interne vermogensplitsing.

Enterprise liability zouden we ook voorbehouden voor onvrijwillige of minstens toch non-adjusting schuldeisers. Interne vermogensplitsing is minder een probleem voor sterke vrijwillige schuldeisers omdat ze er omheen kunnen onderhandelen door persoonlijke zekerheden te vragen van andere groepsvennootschappen. Andere schuldeisers ondergaan deze vermogensplitsing onvrijwillig.

- (57) **Voorbeeld: mededingingsrecht.** Deze *enterprise liability* bestaat reeds lang, onder een andere naam, in het mededingingsrecht.

Het Europees mededingingsrecht kijkt niet naar de ondernemingsvorm, maar naar de activiteit (W. Devroe, L. Michaux en B. Beems, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht, het marktpraktijkenrecht en het consumentenrecht”, in *Leerstukken Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 79, nr. 12). Als het Hof van Justitie een onderneming definieert als “elke entiteit [...] die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm van die entiteit of de wijze waarop zij wordt gefinancierd” (HvJ 23 april 1991, Höfner en Elser, nr. C-120/78, EU:C:1991:161), moet ‘entiteit’ niet als aparte rechtspersoon of boedel worden geïnterpreteerd.

*Enterprise liability* kan gevonden worden in de makkelijke manier waarop moeder-vennootschappen (en zuster-vennootschappen) aansprakelijk gesteld worden voor het mededingingsrechtelijk gedrag van dochter-vennootschappen. Voor de berekening van de boetes wordt daarbij gekeken naar de omzet van de ganse groep. De moeder-vennootschap wordt in vennootschapsrechtelijke terminologie vereenzelvigd met de dochter-vennootschappen (W. Devroe, L. Michaux en B. B., “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht, het marktpraktijkenrecht en het consumentenrecht”, in *Leerstukken Ondernemingsrecht*, 85, nr. 26).

Zie bv. het Akzo-arrest van het Hof van Justitie van 10 september 2009 (C-97/08 P):

<sup>54</sup> Allereerst moet worden opgemerkt dat de communautaire mededingingsregels zien op de activiteiten van ondernemingen (arrest van 7 januari 2004,

Aalborg Portland e.a./Commissie, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 59) en dat het begrip onderneming elke entiteit omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm van die entiteit en de wijze waarop zij wordt gefinancierd (zie met name arrest Dansk Rørindustri e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 112; arresten van 10 januari 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e.a., C-222/04, Jurispr. blz. I-289, punt 107, en 11 juli 2006, FENIN/Commissie, C-205/03 P, Jurispr. blz. I-6295, punt 25).

55 Voorts heeft het Hof gepreciseerd dat onder het begrip onderneming in deze context moet worden verstaan een economische eenheid, ook al wordt deze economische eenheid uit juridisch oogpunt gevormd door verschillende natuurlijke of rechtspersonen (arrest van 14 december 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C-217/05, Jurispr. blz. I-11987, punt 40).

56 Wanneer een dergelijke economische entiteit de mededingingsregels overtreedt, moet zij in overeenstemming met het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid de verantwoordelijkheid daarvoor dragen (zie in die zin arresten van 8 juli 1999, Commissie/Anic Participazioni, C-49/92 P, Jurispr. blz. I-4125, punt 145; 16 november 2000, Cascades/Commissie, C-279/98 P, Jurispr. blz. I-9693, punt 78, en 11 december 2007, ETI e.a., C-280/06, Jurispr. blz. I-10893, punt 39).

57 De inbreuk op de communautaire mededingingsregels moet op ondubbelzinnige wijze worden toegerekend aan een rechtspersoon waaraan eventueel een geldboete zal worden opgelegd, en de mededeling van punten van bezwaar dient aan hem te worden toegezonden (zie in die zin arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 60, en arrest van 3 september 2009, Papierfabrik August Koehler e.a./Commissie, C-322/07 P, C-327/07 P en C-338/07 P, punt 38). Belangrijk is ook, dat in de mededeling van punten van bezwaar wordt vermeld in welke hoedanigheid de gestelde feiten aan een rechtspersoon worden verweten.

58 Het is vaste rechtspraak dat het gedrag van een dochteronderneming aan de moedermaatschappij kan worden toegerekend, met name wanneer de dochteronderneming, hoewel zij een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid heeft, niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, maar in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Imperial Chemical Industries/Commissie, punten 132 en 133, en Geigy/Commissie, punt 44; arrest van 21 februari 1973, Europemballage en Continental Can/Commissie, 6/72, Jurispr. blz. 215, punt 15, en arrest Stora, punt 26), inzonderheid gelet op de economische, organisatorische en juridische banden die de twee juridische entiteiten verenigen (zie mutatis mutandis reeds aangehaalde arresten Dansk Rørindustri e.a./Commissie, punt 117, en ETI e.a., punt 49).

59 De reden daarvoor is dat de moedermaatschappij en haar dochteronderneming in een dergelijke situatie deel uitmaken van één economische eenheid en derhalve één enkele onderneming vormen in de zin van de in de punten 54 en 55 van dit arrest genoemde rechtspraak. Dat een moedermaatschappij en haar dochteronderneming één enkele onderneming in de zin van artikel 81 EG vormen, stelt de Commissie in staat een beschikking houdende oplegging van geldboeten tot de moedermaatschappij te richten, zonder dat behoeft te worden aangetoond dat deze zelf bij de inbreuk betrokken was.

60 In het bijzondere geval waarin een moedermaatschappij 100 % van het kapitaal in handen heeft van haar dochteronderneming die een inbreuk op de communautaire mededingingsregels heeft gepleegd, kan deze moedermaatschappij beslissende invloed uitoefenen op het gedrag van deze dochter (zie in die zin arrest Imperial Chemical Industries/Commissie, reeds aangehaald, punten 136 en 137) en bestaat er een weerlegbaar vermoeden dat die moedermaatschappij metterdaad een beslissende invloed uitoefent op het gedrag van haar dochter (zie in die zin arresten AEG[-Telefunken]/Commissie, reeds aangehaald, punt 50, en Stora, punt 29).

61 In die omstandigheden volstaat het dat de Commissie bewijst dat het gehele kapitaal van een dochteronderneming in handen is van haar moedermaatschappij om aan te nemen dat deze laatste beslissende invloed heeft op het commerciële beleid van de dochter. De Commissie kan de moedermaatschappij vervolgens hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de betaling van de aan de dochteronderneming opgelegde geldboete, tenzij de moedermaatschappij, die dat vermoeden moet weerleggen, afdoende bewijzen overlegt die aantonen dat haar dochteronderneming zich op de markt autonoom gedraagt (zie in die zin arrest Stora, punt 29).

62 In punt 61 van het bestreden arrest heeft het Gerecht terecht opgemerkt dat, hoewel het Hof in de punten 28 en 29 van het arrest Stora niet alleen heeft gewezen op het bezit van 100 % van het kapitaal van de dochteronderneming, maar ook op andere omstandigheden, zoals het feit dat de invloed van de moedermaatschappij op het commerciële beleid van haar dochteronderneming niet werd betwist en dat de twee vennootschappen in de administratieve procedure dezelfde vertegenwoordiger hadden, het Hof die omstandigheden slechts heeft vermeld teneinde alle elementen uiteen te zetten waarop het Gerecht zijn redenering had gebaseerd, en niet om de toepassing van het in punt 60 van dit arrest genoemde vermoeden afhankelijk te stellen van het overleggen van extra aanwijzingen betreffende de daadwerkelijke uitoefening van invloed door de moedermaatschappij.

63 Uit een en ander volgt dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat wanneer een moedermaatschappij 100 % van het kapitaal van haar dochteronderneming in handen heeft, een weerlegbaar vermoeden bestaat dat die moedermaatschappij beslissende invloed uitoefent op het gedrag van haar dochteronderneming.

64 Daar de Commissie niet verplicht was om met betrekking tot de toerekenbaarheid van de inbreuk reeds in de mededeling van punten van bezwaar andere elementen aan te voeren dan het bewijs van de omstandigheid dat de moedermaatschappij het kapitaal van haar dochterondernemingen in handen had, kan het argument van rekwiranten betreffende de schending van de rechten van de verdediging niet worden aanvaard.

65 Wat de kritiek op punt 62 van het bestreden arrest betreft, volstaat de opmerking dat daaruit geenszins blijkt dat het Gerecht de mogelijkheid om het in punt 60 van dit arrest genoemde vermoeden te weerleggen heeft beperkt tot de gevallen waarin de moedermaatschappij instructies heeft gegeven. Uit de punten 60 en 65 van het bestreden arrest blijkt integendeel dat het Gerecht dienaangaande een vrij ruime opvatting huldigt, nu het met name heeft geoordeeld dat het aan de moedermaatschappij staat om ter beoordeling door het Gerecht alle elementen over te leggen betreffende de organisatorische, economische en juridische banden tussen haar dochteronderneming en zichzelf, die kunnen aantonen dat zij geen economische eenheid vormen."

Het arrest-Skanska breidt deze doorbraak uit naar de private afdwinging van het mededingingsrecht door schadevergoedingsaanspraken ten gevolge van verboden praktijken (HvJ 14 maart 2019, Skanska Industrial Solutions, C-724/17, EU:C:2019:204. Dit arrest ging wel over *successor liability*, maar het Hof past dezelfde principes toe voor *parent company liability* en *successor liability*):

Tussen 1994 en 2002 is op de Finse asfaltmarkt een mededingingsregeling ten uitvoer gelegd (hierna: „mededingingsregeling in kwestie”). Deze mededingingsregeling – die betrekking had op de verdeling van de markten, op de prijzen en op de indiening van offertes – gold voor de gehele lidstaat en kon tevens de handel tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden. Onder meer Lemminkäinen Oy, Sata-Asfaltti Oy, Interasfaltti Oy, Asfalttinelio Oy en Asfaltti-Tekra Oy hebben aan die mededingingsregeling deelgenomen.

7 Op 22 maart 2000 heeft Asfaltti-Tekra, waarvan de firmanaam met ingang van 1 november 2000 Skanska Asfaltti Oy is geworden, alle aandelen in Sata-Asfaltti verworven. Na een procedure van vrijwillige liquidatie, in het kader waarvan de commerciële activiteiten van Sata-Asfaltti met ingang van 13 december 2000 zijn overgedragen aan Skanska Asfaltti, is Sata-Asfaltti op 23 januari 2002 ontbonden. Ook Skanska Asfaltti heeft deelgenomen aan de mededingingsregeling in kwestie. Op 9 augustus 2017 is de firmanaam van deze vennootschap Skanska Industrial Solutions (hierna: „SIS”) geworden.

8 Interasfaltti was een 100 %-dochteronderneming van Oy Lantinen Teollisuuskatu 15. Op 31 oktober 2000 heeft NCC Finland Oy de aandelen in Lantinen Teollisuuskatu 15 verworven. Op 30 september 2002 is Interasfaltti opgegaan in Lantinen Teollisuuskatu 15, die naar aanleiding daarvan de naam Interasfaltti heeft aangenomen. Op 1 januari 2003 is NCC Finland opgesplitst in drie nieuwe

vennootschappen. Een daarvan, NCC Roads Oy, heeft de eigendom van alle aandelen in Interasfaltti verkregen. Na een procedure van vrijwillige liquidatie, in het kader waarvan de commerciële activiteiten van Interasfaltti met ingang van 1 februari 2003 zijn overgedragen aan NCC Roads, is Interasfaltti op 31 december 2003 ontbonden. De firmanaam van NCC Roads is op 1 mei 2016 NCC Industry (hierna: „NCC”) geworden.

- 9 Op 20 juni 2000 heeft Siilin Sora Oy, waarvan de firmanaam met ingang van 17 oktober 2000 Rudus Asfaltti Oy is geworden, alle aandelen in Asfalttinelio verworven. Na een procedure van vrijwillige liquidatie, in het kader waarvan de commerciële activiteiten van Asfalttinelio met ingang van 16 februari 2001 zijn overgedragen aan Rudus Asfaltti, is Asfalttinelio op 23 januari 2002 ontbonden. De firmanaam van Rudus Asfaltti is op 10 januari 2014 Asfaltmix geworden.
  
- 10 Op 31 maart 2004 heeft de kilpailuvirasto (mededingingsautoriteit, Finland) voorgesteld om aan zeven vennootschappen geldboeten op te leggen. Bij arrest van 29 september 2009 heeft de Korkein hallinto-oikeus (hoogste bestuursrechter, Finland), met toepassing van het door het Hof in zijn rechtspraak erkende criterium van de economische continuïteit, onder meer SIS wegens haar eigen gedragingen en die van Sata-Asfaltti, NCC wegens de gedragingen van Interasfaltti, en Asfaltmix wegens de gedragingen van Asfalttinelio, veroordeeld tot betaling van geldboeten wegens schending van de kilpailunrajoituslaki (wet betreffende mededingingsbeperkingen) en van artikel 81 EG (thans artikel 101 VWEU).
  
- 11 Op grond van dat arrest van de Korkein hallinto-oikeus heeft de stad Vantaa, die met Lemminkäinen overeenkomsten over asfalteringswerkzaamheden voor de jaren 1998 tot en met 2001 had gesloten, op 2 december 2009 bij de käräjäoikeus (rechter in eerste aanleg, Finland) een vordering tot schadevergoeding ingesteld tegen onder meer SIS, NCC en Asfaltmix, waarbij zij stelde dat deze drie vennootschappen hoofdelijk aansprakelijk waren voor de meerkosten die zij in verband met de uitvoering van de asfalteringswerkzaamheden moest dragen omdat te hoge bedragen in rekening waren gebracht ten gevolge van de mededingingsregeling in kwestie. SIS, NCC en Asfaltmix hebben daartegen ingebracht dat zij niet aansprakelijk waren voor de schade die was veroorzaakt door de juridisch zelfstandige vennootschappen die aan die mededingingsregeling hadden deelgenomen, en dat de vordering tot schadevergoeding had moeten worden ingesteld in het kader van de procedures tot liquidatie van die vennootschappen.
  
- 12 De käräjäoikeus heeft SIS veroordeeld tot schadevergoeding wegens haar eigen gedragingen en die van Sata-Asfaltti, NCC voor de gedragingen van Interasfaltti, en Asfaltmix voor de gedragingen van Asfalttinelio. Die rechter heeft vastgesteld dat het in een situatie als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, voor degene die door een inbreuk op het mededingingsrecht van de Unie schade heeft geleden, in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk is om op grond van het Finse aansprakelijkheidsrecht en vennootschapsrecht de

door die inbreuk geleden schade vergoed te krijgen. Diezelfde rechter was van oordeel dat, met het oog op het waarborgen van de doeltreffende toepassing van artikel 101 VWEU, het criterium van de economische continuïteit bij de aansprakelijkstelling voor die schade op dezelfde wijze moet worden toegepast als bij de oplegging van geldboeten.

- <sup>13</sup> In hoger beroep heeft de hovioikeus (rechter in tweede aanleg, Finland) geoordeeld dat het doeltreffendheidsbeginsel geen afbreuk kan doen aan de fundamentele kenmerken van de Finse regeling inzake civiele aansprakelijkheid, en dat het bij de oplegging van geldboeten toegepaste criterium van de economische continuïteit bij gebreke van nadere voorschriften of bepalingen niet overeenkomstig kan worden toegepast op vorderingen tot schadevergoeding. Derhalve heeft die rechter de vorderingen van de stad Vantaa afgewezen voor zover zij waren gericht tegen SIS wegens de gedragingen van Sata-Asfaltti, of tegen NCC en Asfaltmix.
- <sup>14</sup> De stad Vantaa heeft tegen de beslissing van de hovioikeus beroep in cassatie ingesteld bij de Korkein oikeus (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Finland).
- <sup>15</sup> De Korkein oikeus merkt op dat het Finse recht niet voorziet in regels betreffende de aansprakelijkstelling voor schade die is veroorzaakt door een inbreuk op het mededingingsrecht van de Unie in een situatie als die welke in het hoofdgeding aan de orde is. De van het Finse recht deel uitmakende regels inzake civiele aansprakelijkheid zijn gebaseerd op het beginsel dat de aansprakelijkheid uitsluitend rust op de juridische entiteit die de schade heeft veroorzaakt. Voor rechtspersonen kan van dit beginsel worden afgeweken door de zelfstandigheid van de rechtspersoon te doorbreken. Deze weg kan evenwel enkel worden bewandeld indien de betrokken marktdeelnemers zich van een concernstructuur, van de betrekkingen tussen de ondernemingen of van de aan het aandeelhouderschap verbonden zeggenschap hebben bediend op een laakbare of kunstmatige wijze, waardoor de wettelijke aansprakelijkheid is omzeild.
- <sup>16</sup> De verwijzende rechter merkt op dat blijkens de rechtspraak van het Hof eenieder het recht heeft te vorderen dat hem de schade wordt vergoed die hij heeft geleden door een inbreuk op artikel 101 VWEU, mits er een causaal verband bestaat tussen die schade en die inbreuk, en dat het een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat is om vast te stellen onder welke voorwaarden dat recht kan worden uitgeoefend.
- <sup>17</sup> Uit die rechtspraak kan echter niet duidelijk worden afgeleid of de tot vergoeding van dergelijke schade gehouden personen moeten worden aangewezen door rechtstreekse toepassing van artikel 101 VWEU, dan wel overeenkomstig de nadere regels die zijn vastgesteld in de interne rechtsorde van elke lidstaat.

- 18 Gesteld dat de personen die gehouden zijn tot vergoeding van de door een inbreuk op artikel 101 VWEU veroorzaakte schade moeten worden aangewezen door rechtstreekse toepassing van dat artikel, dient volgens de verwijzende rechter nog te worden verduidelijkt wie voor die inbreuk aansprakelijk kan worden gesteld.
- 19 In dit verband kan ofwel worden gekozen voor de aansprakelijkheid van de persoon die de regels van het mededingingsrecht heeft geschonden, ofwel voor de aansprakelijkheid van de „onderneming” in de zin van artikel 101 VWEU die deze regels heeft overtreden. Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat een uit verschillende rechtspersonen bestaande onderneming die de mededingingsregels overtreedt, overeenkomstig het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid de verantwoordelijkheid voor deze inbreuk moet dragen. Op grond van die rechtspraak kan de verantwoordelijkheid voor een inbreuk op artikel 101 VWEU worden gelegd bij de entiteit die de commerciële activiteiten heeft voortgezet die vroeger werden verricht door de entiteit die deze inbreuk heeft begaan, wanneer laatstgenoemde entiteit niet langer bestaat.
- 20 De verwijzende rechter is van oordeel dat hij, ingeval de personen die gehouden zijn tot vergoeding van de door een inbreuk op artikel 101 VWEU veroorzaakte schade, niet behoren te worden aangewezen door rechtstreekse toepassing van dat artikel, de aansprakelijkheid voor de uit de mededingingsregeling in kwestie voortvloeiende schade dient vast te stellen op grond van de Finse rechtsregels en van het beginsel van doeltreffendheid van het Unierecht.
- 21 In dit verband vraagt de verwijzende rechter zich af of dat beginsel impliceert dat voor de inbreuk op het mededingingsrecht van de Unie de vennootschap aansprakelijk moet worden gesteld die het kapitaal van de ontbonden vennootschap – die had deelgenomen aan de mededingingsregeling – heeft overgenomen en haar commerciële activiteiten heeft voortgezet. De vraag rijst dan of het doeltreffendheidsbeginsel in de weg staat aan een nationale regeling als die welke in punt 15 van het onderhavige arrest wordt beschreven, en zo ja, of kan worden geoordeeld dat de vennootschap die de commerciële activiteiten heeft voortgezet die vroeger werden verricht door de vennootschap die heeft deelgenomen aan de mededingingsregeling, enkel aansprakelijk dient te worden gesteld indien zij bij de verwerving van het kapitaal van de vennootschap die aan de mededingingsregeling heeft deelgenomen, wist of had moeten weten dat deze vennootschap een dergelijke inbreuk had begaan.
- 22 In deze omstandigheden heeft de Korkein oikeus de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:
- „1) Dient de vraag welke entiteiten aansprakelijk zijn voor vergoeding van schade veroorzaakt door een gedraging die inbreuk maakt op artikel 101

VWEU te worden beantwoord door rechtstreekse toepassing van dit artikel of aan de hand van de nationale regels?

- 2) Voor zover de aansprakelijke entiteiten rechtstreeks aan de hand van artikel 101 VWEU worden bepaald: zijn de entiteiten die onder het in deze bepaling genoemde begrip 'onderneming' vallen, gehouden tot vergoeding van de schade? Zijn op de bepaling van de aansprakelijke entiteiten dezelfde beginselen van toepassing als die welke het Hof in geldboetezaken heeft toegepast voor de bepaling van de in dat geval aansprakelijke entiteiten, op grond waarvan aansprakelijkheid inzonderheid kan berusten op de omstandigheid dat de betrokkene deel uitmaakt van dezelfde economische entiteit, of op de economische continuïteit?
- 3) Voor zover de aansprakelijke entiteiten aan de hand van de nationale regels van de betrokken lidstaat worden bepaald: wordt het vereiste van doeltreffendheid van het Unierecht geschonden door een nationale regeling op grond waarvan een vennootschap die na verkrijging van alle aandelen van een vennootschap welke heeft deelgenomen aan een met artikel 101 VWEU strijdige mededingingsregeling, de betrokken vennootschap heeft ontbonden en haar bedrijfsactiviteiten heeft voortgezet, niet gehouden is tot vergoeding van de schade die werd veroorzaakt door een de mededinging beperkende gedraging van de ontbonden vennootschap, ondanks het feit dat de verkrijging van een vergoeding van de ontbonden vennootschap in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk zal zijn? Verzet het doeltreffendheidsvereiste zich ertegen dat het nationale recht van een lidstaat in die zin wordt uitgelegd dat de aansprakelijkheid voor schade afhangt van de voorwaarde dat een omvorming van een onderneming zoals beschreven heeft plaatsgevonden op onrechtmatige of kunstmatige wijze met het doel de verplichting tot schadevergoeding wegens inbreuk op de mededingingsregels te omzeilen, dan wel anderszins op oneerlijke wijze, of op zijn minst van de voorwaarde dat de vennootschap bij de uitvoering van de omzetting kennis had of had moeten hebben van de inbreuk op de mededingingsregels?"

#### Beantwoording van de prejudiciële vragen

- 23 Met zijn eerste en zijn tweede vraag, die gezamenlijk moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 101 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat in een situatie als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarin alle aandelen in de vennootschappen die hebben deelgenomen aan een door dat artikel verboden mededingingsregeling, zijn verkregen door andere vennootschappen, die de eerstgenoemde vennootschappen hebben ontbonden en hun commerciële activiteiten hebben voortgezet, de verkrijgende vennootschappen aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de door die mededingingsregeling veroorzaakte schade.
- 24 In dit verband zij in herinnering gebracht dat artikel 101, lid 1, VWEU en artikel 102 VWEU rechtstreekse gevolgen teweegbrengen in de betrekkingen tussen particulieren en voor de justitiabalen rechten in het leven roepen die

door de nationale rechter moeten worden gehandhaafd (arrest van 5 juni 2014, Kone e.a., C-557/12, EU:C:2014:1317, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 25 Volgens vaste rechtspraak zou aan de volle werking van artikel 101 VWEU en met name aan het nuttige effect van het in lid 1 van dat artikel neergelegde verbod worden afgedaan indien het niet voor eenieder mogelijk was de vergoeding van schade te vorderen die hem is berokkend door een overeenkomst of gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen (arrest van 5 juni 2014, Kone e.a., C-557/12, EU:C:2014:1317, punt 21 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 26 Bijgevolg heeft eenieder het recht om vergoeding van de geleden schade te vorderen wanneer er een causaal verband bestaat tussen die schade en een door artikel 101 VWEU verboden mededingingsregeling of gedraging (arrest van 5 juni 2014, Kone e.a., C-557/12, EU:C:2014:1317, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 27 Het is juist dat het bij gebreke van Unierechtelijke regelgeving op dit gebied een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat is om vast te stellen welke voorwaarden gelden voor de uitoefening van het recht om vergoeding te vorderen van de schade die voortvloeit uit een door artikel 101 VWEU verboden mededingingsregeling of gedraging, mits het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel in acht worden genomen (zie in die zin arrest van 5 juni 2014, Kone e.a., C-557/12, EU:C:2014:1317, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 28 Zoals de advocaat-generaal in wezen heeft opgemerkt in de punten 60 tot en met 62 van zijn conclusie, wordt de kwestie van de aanwijzing van de entiteit die gehouden is tot vergoeding van de door een inbreuk op artikel 101 VWEU veroorzaakte schade, evenwel rechtstreeks geregeld door het Unierecht.
- 29 Uit de bewoordingen van artikel 101, lid 1, VWEU blijkt namelijk dat de auteurs van de Verdragen ervoor gekozen hebben het begrip „onderneming” te gebruiken om de pleger van een inbreuk op het in die bepaling neergelegde verbod aan te duiden (zie in die zin arrest van 27 april 2017, Akzo Nobel e.a./Commissie, C-516/15 P, EU:C:2017:314, punt 46).
- 30 Bovendien is het vaste rechtspraak dat het mededingingsrecht van de Unie betrekking heeft op de activiteiten van ondernemingen (zie in die zin arresten van 11 december 2007, ETI e.a., C-280/06, EU:C:2007:775, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 18 december 2014, Commissie/Parker Hannifin Manufacturing en Parker-Hannifin, C-434/13 P, EU:C:2014:2456, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 31 Gezien het persoonlijke karakter van de aansprakelijkheid voor schade die voortvloeit uit inbreuken op de mededingingsregels van de Unie, rust de aansprakelijkheid voor de door de betreffende inbreuk veroorzaakte schade op de onderneming die inbreuk maakt op die regels.
- 32 Gelet op het voorgaande zijn de ondernemingen, in de zin van artikel 101 VWEU, die hebben deelgenomen aan een door die bepaling verboden mededingingsregeling of gedraging, gehouden tot vergoeding van de schade die is veroorzaakt door die mededingingsregeling of door die gedraging.
- 33 Aan deze uitlegging wordt niet afgedaan door het ter terechtzitting door de Europese Commissie aangevoerde argument dat uit artikel 11, lid 1, van richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (PB 2014, L 349, blz. 1) – waarin is bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat ondernemingen die door een gemeenschappelijk optreden inbreuk hebben gemaakt op het mededingingsrecht, hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door de inbreuk op het mededingingsrecht veroorzaakte schade – voortvloeit dat het een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat is om met inachtneming van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel te bepalen welke entiteit die schade moet vergoeden.
- 34 Bovengenoemde bepaling van richtlijn 2014/104, die overigens ratione temporis niet van toepassing is op de feiten van het hoofdgeding, heeft immers geen betrekking op de aanwijzing van de entiteiten die dergelijke schade moeten vergoeden, maar op de verdeling van de aansprakelijkheid tussen die entiteiten, zodat zij de lidstaten geen bevoegdheden voor die aanwijzing toekent.
- 35 Integendeel, die bepaling bevestigt – net zoals de eerste volzin van lid 1 van artikel 1 („Onderwerp en toepassingsgebied”) van richtlijn 2014/104 – dat juist de „ondernemingen” die inbreuk hebben gemaakt op het mededingingsrecht van de Unie, aansprakelijk zijn voor de schade die door deze inbreuk is veroorzaakt.
- 36 Na deze precisering zij in herinnering gebracht dat het begrip „onderneming” in de zin van artikel 101 VWEU, zich uitstrekt tot elke entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd (arrest van 11 december 2007, ETI e.a., C-280/06, EU:C:2007:775, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 37 Onder dat begrip moet in deze context een economische eenheid worden verstaan, ook al wordt deze uit juridisch oogpunt gevormd door verschillende natuurlijke of rechtspersonen (arrest van 27 april 2017, Akzo Nobel e.a./Commissie, C-516/15 P, EU:C:2017:314, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 38 Met betrekking tot een herstructurering van een onderneming, zoals de herstructurering die in het hoofdgeding aan de orde is, waarbij de entiteit die inbreuk heeft gemaakt op de mededingingsregels van de Unie niet langer bestaat, zij in herinnering gebracht dat de juridische of organisatorische wijziging van een entiteit die een dergelijke inbreuk heeft begaan, niet noodzakelijk tot gevolg heeft dat een nieuwe onderneming wordt gecreëerd die bevrijd is van de aansprakelijkheid voor de met het mededingingsrecht strijdige gedragingen van de voorgaande entiteit, als die entiteit en de nieuwe entiteit in economisch opzicht identiek zijn (zie in die zin arresten van 11 december 2007, ETI e.a., C-280/06, EU:C:2007:775, punt 42; 5 december 2013, SNIA/Commissie, C-448/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:801, punt 22, en 18 december 2014, Commissie/Parker Hannifin Manufacturing en Parker-Hannifin, C-434/13 P, EU:C:2014:2456, punt 40).
- 39 Het is dan ook niet onverenigbaar met het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid dat een vennootschap die ten aanzien van de vennootschap die een inbreuk heeft begaan, de hoedanigheid van overnemende vennootschap heeft, voor die inbreuk aansprakelijk wordt gesteld wanneer de overgenomen vennootschap niet langer bestaat (arrest van 5 december 2013, SNIA/Commissie, C-448/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:801, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 40 Voorts heeft het Hof gepreciseerd dat het voor de doeltreffende tenuitvoerlegging van de mededingingsregels van de Unie noodzakelijk kan blijken te zijn om de verkrijger van de onderneming die inbreuk op die regels heeft gemaakt, voor deze inbreuk aansprakelijk te stellen wanneer de betrokken onderneming ophoudt te bestaan doordat zij is opgegaan in die verkrijger, die als overnemende vennootschap de activa en passiva – daaronder begrepen de aansprakelijkheid voor schendingen van het Unierecht – van die onderneming overneemt (arrest van 5 december 2013, SNIA/Commissie, C-448/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:801, punt 25).
- 41 In dit verband betoogt Asfaltmix in wezen dat de in de punten 36 tot en met 40 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte rechtspraak is ontwikkeld in verband met de oplegging door de Commissie van geldboeten op grond van artikel 23, lid 2, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [101] en [102 VWEU] (PB 2003, L 1, blz. 1), zodat die rechtspraak niet van toepassing is op een vordering tot schadevergoeding zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is.
- 42 Dat argument kan niet worden aanvaard.
- 43 Immers, zoals in herinnering is gebracht in punt 25 van het onderhavige arrest, waarborgt het recht van eenieder om vergoeding te vorderen van de

schade die hem is berokkend door een mededingingsregeling of gedraging die verboden is door artikel 101 VWEU, de volle werking van dit artikel en met name het nuttige effect van het in lid 1 van dat artikel neergelegde verbod.

- 44 Door dat recht worden de mededingingsregels van de Unie namelijk gemakkelijker toepasbaar en worden de – vaak verborgen – overeenkomsten of gedragingen die de mededinging kunnen beperken of vervalsen, minder aantrekkelijk, hetgeen ertoe bijdraagt dat de daadwerkelijke mededinging in de Unie wordt gehandhaafd (arrest van 5 juni 2014, Kone e.a., C-557/12, EU:C:2014:1317, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 45 Zoals de advocaat-generaal in punt 80 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, maken vorderingen tot vergoeding van schade wegens schending van de mededingingsregels van de Unie dan ook integrerend deel uit van het stelsel voor de handhaving van die regels, dat ertoe strekt mededingingsversturende gedragingen van ondernemingen te bestraffen en hen van dergelijke gedragingen te weerhouden.
- 46 Indien ondernemingen die aansprakelijk zijn voor de schade die is veroorzaakt doordat de mededingingsregels van de Unie zijn geschonden, aan hun aansprakelijkheid konden ontsnappen door eenvoudigweg hun identiteit te veranderen door middel van herstructureringen, overdrachten dan wel andere juridische of organisatorische wijzigingen, zou dan ook afbreuk worden gedaan aan de met dat stelsel nagestreefde doelstelling en aan het nuttige effect van die regels (zie naar analogie arrest van 11 december 2007, ETI e.a., C-280/06, EU:C:2007:775, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 47 Hieruit volgt dat het begrip „onderneming” in de zin van artikel 101 VWEU, dat een autonoom Unierechtelijk begrip is, in de context van de oplegging door de Commissie van geldboeten op grond van artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 geen andere betekenis kan hebben dan in de context van vorderingen ter vergoeding van schade voor schending van de mededingingsregels van de Unie.
- 48 In het hoofdgeding blijkt uit de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens dat SIS, NCC en Asfaltmix alle aandelen in respectievelijk Sata-Asfaltti, Interasfaltti en Asfalttiniö – vennootschappen die hebben deelgenomen aan de mededingingsregeling in kwestie – hebben verkregen, alsook dat zij zich vervolgens naar aanleiding van de procedures van vrijwillige liquidatie in 2000, 2001 en 2003 hebben belast met alle respectieve commerciële activiteiten van die vennootschappen en die vennootschappen hebben ontbonden.
- 49 SIS, NCC en Asfaltmix lijken dan ook – onder voorbehoud van een definitieve beoordeling door de verwijzende rechter in het licht van alle relevante gegevens – in economisch opzicht identiek te zijn aan respectievelijk Sata-Asfaltti, Interasfaltti en Asfalttiniö, waarbij deze laatste drie vennootschappen niet meer bestaan als rechtspersonen.

- 50 Derhalve moet worden geoordeeld dat SIS, NCC en Asfaltmix, als opvolgers van respectievelijk Sata-Asfaltti, Interasfaltti en Asfalttiniö, de aansprakelijkheid van deze laatste vennootschappen voor de door de mededingingsregeling in kwestie veroorzaakte schade op zich hebben genomen, omdat zij als rechtspersonen hebben gezorgd voor de economische continuïteit van die vennootschappen.
- 51 Gelet op een en ander moet op de eerste en de tweede vraag worden geantwoord dat artikel 101 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat in een situatie als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarin alle aandelen in de vennootschappen die hebben deelgenomen aan een door dat artikel verboden mededingingsregeling, zijn verkregen door andere vennootschappen, die de eerstgenoemde vennootschappen hebben ontbonden en hun commerciële activiteiten hebben voortgezet, de verkrijgende vennootschappen aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de door die mededingingsregeling veroorzaakte schade.
- 52 Gelet op het antwoord op de eerste en de tweede vraag hoeft de derde vraag niet te worden beantwoord.
- Verzoek om de werking van het onderhavige arrest in de tijd te beperken
- 53 Ter terechtzitting heeft NCC het Hof verzocht om de werking van het onderhavige arrest in de tijd te beperken voor het geval dat het Hof zou oordelen dat het criterium van de economische continuïteit van toepassing is bij de aanwijzing van de personen die gehouden zijn tot vergoeding van de schade die is veroorzaakt door een inbreuk op de mededingingsregels van de Unie.
- 54 Ter ondersteuning van haar verzoek heeft NCC aangevoerd dat die uitlegging niet voorzienbaar was, die regels terugwerkende kracht verleent en onvoorziene gevolgen heeft voor de activiteiten van de ondernemingen.
- 55 In dit verband zij eraan herinnerd dat de uitlegging die het Hof aan een voorschrift van het Unierecht geeft wanneer het gebruikmaakt van de bevoegdheid die het aan artikel 267 VWEU ontleent, volgens vaste rechtspraak van het Hof de betekenis en de strekking van dat voorschrift zoals het sinds de datum van de inwerkingtreding ervan moet of had moeten worden opgevat en toegepast, verklaart en preciseert. Hieruit volgt dat het aldus uitgelegde voorschrift door de rechter zelfs kan en moet worden toegepast op rechtsbetrekkingen die ontstaan en tot stand gekomen zijn voordat het arrest is gewezen waarbij op het verzoek om uitlegging is beslist, indien daarnaast is voldaan aan de voorwaarden waaronder een geding over de toepassing van dat voorschrift bij de bevoegde rechter aanhangig kan worden gemaakt (arrest van 22 september 2016, Microsoft Mobile Sales International e.a., C-110/15, EU:C:2016:717, punt 59 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 56 Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen kan het Hof krachtens een aan de rechtsorde van de Unie inherent algemeen rechtszekerheidsbeginsel besluiten om beperkingen te stellen aan de mogelijkheid voor iedere belanghebbende om met een beroep op een door het Hof uitgelegde bepaling te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen ter discussie te stellen. Tot een dergelijke beperking kan slechts worden besloten indien voldaan is aan twee essentiële criteria, te weten de goede trouw van de belanghebbende kringen en het risico op ernstige verstoringen (arrest van 22 september 2016, Microsoft Mobile Sales International e.a., C-110/15, EU:C:2016:717, punt 60 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 57 Meer bepaald heeft het Hof slechts in zeer specifieke omstandigheden van deze mogelijkheid gebruikgemaakt, namelijk wanneer er een risico bestond op ernstige economische gevolgen, inzonderheid gezien het grote aantal op basis van de geldig geachte wettelijke regeling te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen, en wanneer bleek dat particulieren en de nationale autoriteiten tot met het Unierecht strijdig gedrag waren gebracht op grond van een objectieve, grote onzekerheid over de strekking van bepalingen of beginselen van het Unierecht, aan welke onzekerheid het gedrag zelf van andere lidstaten of van de Commissie eventueel had bijgedragen (arrest van 22 september 2016, Microsoft Mobile Sales International e.a., C-110/15, EU:C:2016:717, punt 61 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 58 Aangezien NCC haar stellingen in casu geenszins heeft onderbouwd, heeft zij niet aangetoond dat in het onderhavige geval voldaan is aan de criteria van punt 56 van het onderhavige arrest.
- 59 Derhalve is er geen reden om de werking van dit arrest in de tijd te beperken.
- Kosten
- 60 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Tweede kamer) verklaart voor recht:

Artikel 101 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat in een situatie als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarin alle aandelen in de vennootschappen die hebben deelgenomen aan een door dat artikel verboden mededingingsregeling, zijn verkregen door andere vennootschappen, die de eerstgenoemde vennootschappen hebben ontbonden en hun commerciële activiteiten hebben voortgezet, de verkrijgende vennootschappen aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de door die mededingingsregeling veroorzaakte schade

Vanuit de traditionele vennootschaps- en privaatrechtelijke benadering die kijkt naar de afzonderlijke entiteiten, is deze doorbraak van beperkte aansprakelijkheid moeilijk te verklaren. Vanuit de zwakke case voor beperkte aansprakelijkheid bij interne vermogensplitsing en bij onvrijwillige schuldeisers, is de vraag eerder waarom deze benadering niet geldt evenzeer geldt buiten het mededingingsrecht?

- (58) **Naar een algemene grond van *enterprise liability*?** De handvaten voor zo'n algemene vorm van *enterprise liability* zijn er nochtans in het Nederlands en Belgisch recht. Met name het materieel criterium voor de toerekening van onrechtmatige handelingen laat toe om te ontsnappen aan de juridische vermogensplitsing over verschillende rechtspersonen binnen een vennootschapsgroep. Voor België gaat het hier om art. 5 al. 1 van het Strafwet en voor Nederland om het Kleuterschool Babbel-criterium van de verkeersopvatting. Zoals hoger in nr. (38) bleek, weegt bij deze criteria de economische realiteit zwaarder door dan de formele hoedanigheid waarin werd opgetreden. De toerekening van niet-contractueel schadeveroorzakend handelen volgt de economische realiteit en niet noodzakelijk de manier waarop deze realiteit juridisch is gestructureerd d.m.v. afzonderlijke rechtspersonen.

In een geïntegreerde groep geeft dit de mogelijkheid om te argumenteren dat onrechtmatig handelen kan worden toegerekend aan meerdere entiteiten in de groep, ook al verwijzen alle formele elementen naar één entiteit. Dit kan indien dit handelen een intrinsiek verband heeft met de verwezenlijking van het doel of de waarneming van de belangen van de groep of uit de concrete omstandigheden blijkt dat dit handelen voor rekening van de andere entiteiten is gepleegd (zie criterium van art. 5 al 1 Strafwetboek). Of in termen gebruikt in Nederland: gedragingen van één entiteit kunnen als onrechtmatige daad van een andere entiteit gelden indien zij in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van die entiteit hebben te gelden.

## [4] Enkele gevolgen van de rechtspersoonstechniek voor de contractspraktijk

**Bibliografie.** Dit hoofdstuk is gebaseerd op J. Vananroye, “Strictly personal, not business: contractuele schade in de vennootschapssfeer”, in *Liber amicorum Luc Weyts*, Larcier, Brussel, 2011; 617 – 634 en J. Vananroye en M. Wauters, “Contracten met of met betrekking tot vennootschappen: enkele aandachtspunten”, in *Themis-cahier Vennootschapsrecht 2012-13*, die Keure, Brugge, 2012, nr. 74, 113-133.

### 1. Economische versus juridische realiteit

- (59) **Opzet en draagwijdte.** Zelden is de kloof tussen het economisch aanvoelen en de juridische realiteit – of is het omgekeerd? – zo tastbaar aanwezig als bij overeenkomsten met betrekking tot een vennootschap die worden afgesloten met de aandeelhouder van die vennootschap. Zeker een enige of controlerende aandeelhouder wordt economisch doorgaans begrepen als de eigenaar van de onderneming van de vennootschap. Met onderneming wordt hier bedoeld: het geheel van activa bestemd voor een concrete economische activiteit (ook wel “handelszaak” of “handelsfonds” genoemd als het een handelsactiviteit betreft). Juridisch is een aandeelhouder echter niet de titularis van de rechten en verplichtingen van de onderneming; dat is de entiteit met rechtspersoonlijkheid zelf. Aandeelhouders hebben enkel lidmaatschapsrechten en patrimoniale rechten in de vennootschap.

Dit hoofdstuk gaat nader in op enkele aandachtspunten voor de contractuele praktijk.

Wellicht het meest in het oog springende gevolg is uiteraard dat de aandeelhouder niet aansprakelijk is voor de verplichtingen van de rechtspersoon, tenzij hier contractueel van wordt afgeweken (bv. door een persoonlijke zekerheid). Van dit gevolg is de praktijk zich genoegzaam bewust en we gaan hier dan ook enkel in op minder evidente gevolgen. Ook besteden we geen aandacht aan de klassieke “doorbraak” van de rechtspersoon door aansprakelijkheid van aandeelhouders en/of mandatarissen voor onrechtmatig handelen bij het samenstellen van, het beheer over, uitkeringen uit en het vereffenen van het vermogen van de rechtspersoon. Wel willen we subtielere vormen

van “doorbraak” signaleren, waarbij de economische realiteit de verbintenis-rechtelijke gevolgen van de rechtspersoonstechniek afzwakt.

Rode draad doorheen deze casuïstisch opgebouwde bespreking is het onderscheid tussen (i) de rechtspersoon als abstract rechtssubject, (ii) de onderneming die door die rechtspersoon wordt gevoerd en (iii) de aandelen in de rechtspersoon, die de meerderheidsaandeelhouder een economisch zeggenschapsrecht opleveren.

- (60) **Bijzondere regels voor de interpretatie van contracten tussen rechtspersonen?**  
Een voorbeeld van de moeilijke inpassing van de rechtspersoon in het contractenrecht zijn de regels inzake contractsinterpretatie.

Daarnaast zijn er nog veel andere regels van contractenrecht die geschreven zijn op maat van partijen van vlees en bloed (bv. door te verwijzen naar begrippen als overlijden, verwanten, onbekwaamheid) en die daardoor moeilijk toepasbaar zijn bij onstoffelijke contractspartijen. Zie bv. K. Vanhove en S. Blommaert, “Handelshuur, eigen gebruik en vennootschappen: het einde zoek”, RW 2006-07, 1222 e.v.

De traditionele regel neemt de gemeenschappelijke subjectieve wil van de contractspartijen als maatstaf (art. 1156 BW). Dit is echter moeilijk toepasbaar op rechtspersonen. Organisaties hebben meestal formele en informele besluitvormingsprocedures die moeten worden gevolgd voordat een overeenkomst wordt goedgekeurd.

In vennootschapsgroepen zal voor belangrijke contracten vaak ook de toestemming zijn vereist van personen binnen entiteiten hoger in de boom, die formeel geen deel uitmaken van de rechtspersoon-contractspartij. Hierdoor is ook hun “wil” belangrijk (S. Abegglen, *Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen*. Stämpfli Verlag AG, Bern, 2004, 266-267). De toerekening van de intenties van personen die formeel geen orgaan of vertegenwoordiger zijn aan een rechtspersoon is algemeen aanvaard bij onrechtmatige handelingen, als die intentie *de facto* bepalend was voor het handelen van de vennootschap (H. De Wulf en S. De Geyter, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Kluwer, Mechelen, 2007, 162-170). Er is geen reden om niet een gelijkaardige toerekening te aanvaarden in het kader van rechtmatige handelingen die kaderen binnen een normale economische groepsrealiteit.

In de regel zijn hierdoor vele natuurlijke personen betrokken bij de wilsvorming van een rechtspersoon, als college of naast mekaar. De wil van één persoon kan

hier niet maatgevend zijn. Meer dan bij natuurlijke personen moet contractsin-terpretatie bij rechtspersonen (en andere organisaties) eerder kijken naar de rechtmatige verwachtingen op basis van de geschreven contractstekst dan naar de subjectieve wil van één of meerdere personen betrokken bij de contractsvor-ming.

De formele en informele besluitvorming binnen de rechtspersoon gebeurt im-mers op basis van de geschreven tekst van de overeenkomsten, zonder dat de subjectieve uitingen van de onderhandelaars of andere betrokkenen (bv. in e-mails tijdens de onderhandelingen of in *ex post* getuigenverklaringen) hierbij in overweging worden genomen. Een interpretatiepraxis die teveel de subjectieve beweringen van de betrokken natuurlijke personen in rekening brengt, onder-mijnt de monitoring binnen een organisatie (W. Katz, “The economics of form and substance in contract interpretation”, 104 *Colum. L. Rev.*, 2004, 532-534).

Deels probeert de contractuele praktijk de interne besluitvorming af te dwin-gen door een “vierhoeken”-clausule en een bepaling die stelt dat wijzigingen aan de overeenkomst enkel volgens een bepaalde procedure kunnen. Dit ver-hindert dat, bv. door een uitwisseling van e-mails tijdens of na de onderhan-delingen, het contract zoals het blijkt binnen de vier hoeken van de geschre-ven tekst, gewijzigd wordt buiten de interne besluitvormingsprocedures om. Het komt ons voor dat zulke clausules nog te veel als *boilerplate* worden be-schouwd, waardoor hun belangrijke rol binnen het monitoren van de besluit-vorming binnen een organisatie te weinig aandacht krijgt bij het opstellen en interpreteren van overeenkomsten.

Een meer objectieve interpretatie dringt zich des te meer op bij contracten tus-sen rechtspersonen omdat de rechtspersoon als formeel juridisch aanknopings-punt het brandpunt is van verschillende, vaak wisselende belangen. Een natuur-lijke persoon kan worden geacht te weten in welke mate hij of zij door flanke-rende verklaringen is afgeweken van de tekst van een overeenkomst. Bij een rechtspersoon zullen er altijd derden zijn – in de juridische zin doordat ze geen partij zijn en in de economische zin doordat ze ook werkelijk niet betrokken wa-ren bij de onderhandelingen – die enkel kunnen vertrouwen op een objectieve interpretatie van de geschreven overeenkomst. Zo zal bij een overname van een vennootschap de geschreven tekst van een overeenkomst in de *data room* wor-den geplaatst en in de regel nooit de onderhandelingsgeschiedenis hiervan. Een interpretatiepraxis die toelaat dat achteraf toch de onderhandelingsgeschiede-nis de geschreven tekst onderuit kan halen, miskent de rechtmatige verwachtin-gen van de derden die achter de rechtspersoon als formele contractspartij schuilgaan (A. W. Katz, “The economics of form and substance in contract inter-pretation”, 104 *Colum. L. Rev.*, 2004, 534).

Elders is erop gewezen hoe de opkomst van onstoffelijke organisaties zoals rechtspersonen heeft geleid tot een *objectivering* van het privaatrecht, o.a. door meer nadruk te leggen op redelijk vertrouwen dan op de subjectieve wil.

M. Horwitz, *The transformation of American law (1870-1960)*, Oxford University Press, 1992, 45; J. Vananroye, "Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties", *TPR* 2004, 792-739; W. Van Gerven, *Verbintenissenrecht*, Leuven, 2006, 373, voetnoot 60.

In het Belgisch contractenrecht is de vertrouwensleer vrij algemeen aanvaard voor de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen, maar deze krijgt nog te weinig aandacht bij de interpretatie ervan. Meer nog: te veel maakt in het Belgische denken het oude cliché opgeld dat in commerciële verhoudingen de tekst van een overeenkomst *minder* belangrijk zou zijn voor de interpretatie dan in "burgerlijke" verhoudingen (mede omdat een te grote draagwijdte wordt gegeven aan de vrije bewijsregels in handelszaken).

Zie in het Nederlands recht: N. Kornet, "Interpretation, implication and supplementation of contracts", in *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 56 e.v. Zie naar Belgisch recht wel: S. Ververken, "De begunstigde van contractuele garantieclausules bij de overdracht van aandelen", *DAOR* 2010, 387 e.v.

## 2. Engagements van de vennootschap en van aandeelhouders

- (61) **"Verbonden derden" bij overeenkomsten met rechtspersonen.** Achter de rechtspersoon die juridisch het formeel aanknopingspunt is van contractuele rechten en verplichtingen, schuilen in economische zin andere entiteiten en hun belangen. Dit geldt in het bijzonder voor controlerende aandeelhouders en verbonden entiteiten. Het beginsel van de relativiteit van overeenkomsten krijgt hierdoor bij rechtspersonen een andere kleur dan bij natuurlijke personen.

In beginsel heeft enkel een partij bij een overeenkomst (en niemand anders) een contractuele vordering en dan enkel een contractuele vordering tegen de personen met wie zij gecontracteerd heeft (en tegen niemand anders). Derden zijn, in beginsel, geen schuldeisers of schuldenaar onder een overeenkomst (art. 1165 BW).

Dit principe geldt ook voor "derden" die verbonden zijn met een vennootschap met rechtspersoonlijkheid die contractant is en daarom in economische zin niet

als derden ervaren worden. De relativiteit van overeenkomsten geldt immers ook voor “geïnteresseerde derden”, die een eigen belang hebben bij de goede uitvoering van de overeenkomst (E. Dirix, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Maarten Kluwer, Antwerpen, 1984, 77, nr. 102.). De vennootschapsjurist denkt bij de notie verbonden personen uiteraard aan de definitie van art. 1:14 WvV die draait rond het begrip controle:

**§ 1. Onder "controle" over een vennootschap wordt verstaan, de bevoegdheid in rechte of in feite om een beslissende invloed uit te oefenen op de aanstelling van de meerderheid van bestuurders of zaakvoerders of op de oriëntatie van het beleid.**

**§ 2. De controle is in rechte en wordt onweerlegbaar vermoed:**

1° wanneer zij voortvloeit uit het bezit van de meerderheid van de stemrechten verbonden aan het totaal van de aandelen of andere effecten van de betrokken vennootschap;

2° wanneer een vennoot het recht heeft de meerderheid van de bestuurders of zaakvoerders te benoemen of te ontslaan;

3° wanneer een vennoot krachtens de statuten van de betrokken vennootschap of krachtens met die vennootschap gesloten overeenkomsten over de controlebevoegdheid beschikt;

4° wanneer op grond van een overeenkomst met andere vennoten van de betrokken vennootschap, een vennoot beschikt over de meerderheid van de stemrechten verbonden aan het totaal van de aandelen of andere effecten van die vennootschap;

5° in geval van gezamenlijke controle.

**§ 3. De controle is in feite wanneer zij voortvloeit uit andere factoren dan bedoeld in paragraaf 2.**

Een vennoot wordt, behoudens bewijs van het tegendeel, vermoed over een controle in feite te beschikken op een vennootschap, wanneer hij op de voorlaatste en laatste algemene vergadering van deze vennootschap stemrechten heeft uitgeoefend die de meerderheid vertegenwoordigen van de stemrechten verbonden aan de op deze algemene vergaderingen vertegenwoordigde aandelen of andere effecten.

Controle kan gaan van een beslissende invloed op de aanstelling van de meerderheid van de bestuurders of de oriëntatie van het beleid tot een volledig meesterschap in feite en/of identiteit in economische zin.

Waar er bij een natuurlijke persoon van kan worden uitgegaan dat een derde een autonome persoon is met een eigen wilsvorming los van de contractanten, is dit bij vennootschappen niet noodzakelijk het geval. Daarom is het van belang te benadrukken dat ook voor met de vennootschap verbonden derden de regel geldt dat ze geen schuldeiser of schuldenaar zijn onder contracten waarbij de

vennootschap partij is, zelfs al controleren ze de vennootschap, worden ze erdoor gecontroleerd, of controleert een zelfde persoon de vennootschap en de derde.

- (62) **Contractuele relativiteit gerelativeerd.** Opnieuw en met zelfs meer nadruk moet hierbij gesteld worden: in beginsel. Ook de regels die de relativiteit van overeenkomsten relativeren, worden anders gekleurd door de ondernemingsrealiteit.

Zo is een onrechtmatige daadsvordering tegen een derde (in de juridische zin) mogelijk bij medeplichtigheid aan andermans contractbreuk. Toerekening van kennis en/of handelen van een vennootschap aan verbonden “derden” (bv. controlerende aandeelhouder) zal makkelijker kunnen gebeuren dan aan derden waarmee geen economische band bestaat (F. Parrein, “Het bijkantoor van een buitenlandse vennootschap, de statutaire doeloverschrijding en de derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk”, *TRV* 2009, 766-767, nr. 19.). Het handelen van de “verbonden derde” kan bij collusie dan weer eenvoudiger worden toegerekend aan de contractspartij zelf, die hier dan contractueel voor aansprakelijk kan worden gesteld.

Uit de verplichting om contracten te goeder trouw uit te voeren (art. 1134 BW) zou ook de impliciete verplichting kunnen worden afgeleid om controle over andere rechtspersonen aan te wenden om het normaal verwachte voordeel van een contract te bewerkstelligen.

Het is echter niet aan te raden om al te veel te vertrouwen op deze gemeenrechtelijke correctiemechanismes. De eisende partij zal immers een moeilijke bewijslast hebben. Daarbij komt dat de aanpak van rechters op dit vlak moeilijk voorstelbaar is.

Zie E. Wymeersch, “Het recht van vennootschapsgroepen”, in *Rechtspersonenrecht*, Delva-cyclus, Gent, Mys & Breesch, 1999, 403-405, nr. 12-13; recenter: A. Van Hoe, “Funktionswandel in het groepsrecht: de (on)mogelijkheid tot vereenzelviging van groepsvennootschappen”, in A. Van Hoe en M. Vanmeenen (eds.), *De vennootschapsgroep in de greep van het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 1.

Soms wordt op vrij simpele wijze een binnenweg genomen naar de economische realiteit, en wordt zonder veel uitleg de rechtspersoonstechniek als fictie aan de kant geschoven. In andere gevallen wordt dan weer zeer formeel vastgehouden

aan de eigen rechtspersoonlijkheid van de partijen en de contractuele relativiteit, zonder te corrigeren voor de achterliggende economische realiteit, ook al biedt het recht daar mogelijkheden toe. Als de problematiek al openlijk aan de orde komt, is dat doorgaans in een meer of minder geïntegreerd groepsverband waarbij de aandacht vooral uitgaat naar een toetsing aan de grenzen van het groepsbelang.

Het is dan ook verstandig om het probleem van verbonden derden vooraf in de overeenkomst te regelen. Zo kan een contractueel gebod of verbod ook worden uitgebreid naar verbonden personen. Dit verbindt de verbonden personen uiteraard contractueel nog niet, maar maakt de contractspartij wel aansprakelijk als verbonden derden het gebod of verbod overtreden. Zo is het gebruikelijk om in een confidentialiteitsovereenkomst of een niet-concurrentiebeding handelingen van verbonden derden expliciet toe te laten rekenen aan de contractspartij. Bij de redactie van de kring van verbonden derden moet men echter weloverwogen te werk gaan. Zo zou een niet-concurrentiebeding in hoofde van een partij bij een joint-venture overeenkomst dat zich ook uitstrekt tot de met die partij verbonden personen, tot ernstige moeilijkheden kunnen leiden bij een overname van die partij, indien de kandidaat-overnemer het niet-concurrentiebeding onmogelijk kan naleven. Naargelang de omstandigheden kan het daarom aangewezen zijn om de geïmplementeerde verbonden personen te beperken tot de dochtervennootschappen van een partij of uitdrukkelijk te bepalen dat het niet-concurrentiebeding zich, na een controlewijziging, niet uitstrekt tot de nieuwe controlerende aandeelhouder en de met hem verbonden personen die vreemd zijn aan de overgenomen groep. Al te vaak is de uitbreiding van bepaalde verbintenissen tot verbonden personen (zgn. “*affiliates*”) bovenal ingegeven door een (terechte) bekommernis om achterpoortjes te sluiten. Eerder zelden getuigt ze van een doordachte analyse van de praktische gevolgen die deze uitbreiding van de werkingssfeer van het contractuele beding met zich brengt.

- (63) **Sterkmaking in de vennootschapssfeer.** Een andere conventionele manier om de relativiteit van overeenkomsten te nuanceren is een beding van sterkmaking (art. 1120 BW), dat zeker in de vennootschapssfeer zeer gebruikelijk is.

Zo is het bijna standaard dat in een Engelstalige overeenkomst onder Belgisch recht tot overdracht van aandelen wordt bepaald dat de uitdrukkingen “*shall cause*” of “*shall procure*” verwijzen naar het juridisch concept sterkmaking. Ook hier gebeurt die verwijzing niet altijd even doordacht.

Bij sterkmaking voor verbintenissen dient immers de beperkte draagwijdte van de verbintenis van de promettant voor ogen te worden gehouden. De promettant is enkel aansprakelijk indien de derde de betrokken verbintenis niet op zich neemt. Indien dat wel gebeurt, kan de promettant in principe niet worden aangesproken, ook niet als de betrokken derde niet kredietwaardig is of de opgenomen verbintenis verder weigert uit te voeren. Indien de promettant echter als aandeelhouder de controle heeft over de derde, zal het vaak wellicht de bedoeling zijn dat hij deze controle ook aanwendt om de derde de betrokken verbintenis te laten uitvoeren. Eventueel kan hiervoor een grondslag worden gezocht in de aanvullende werking van de goede trouw, maar opnieuw verdient het de voorkeur om hier in het contract zelf expliciet over te zijn.

**Voorbeeldclause.** When using the words “shall cause” or “shall procure that” (or any similar expression) in respect of any [party] in relation to any of such [party]’s affiliates, the parties intend to refer to the legal concept referred to in Article 1120 of the Belgian Civil Code (*sterkmaking / portefort*) but also to include a guarantee by the relevant party of the due and timely performance of all actions, agreements and obligations to be performed by any of its affiliates under the terms and conditions of this agreement.

Wordt een sterkmaking aangevuld met een hoofdelijke garantie, dan verhoogt dit niet enkel de kans dat de onderliggende engagementen ook daadwerkelijk zullen worden nagekomen. Vaak vereenvoudigt het ook de schaderegeling indien een afspraak toch wordt miskend. Bij gebrek aan garantie is de promettant immers bevrijd zodra de betrokken derde de verbintenis op zich heeft genomen. Loopt het naderhand mis, dan is een compensatie met andere vergoedingen die de oorspronkelijke partijen onderling verschuldigd zijn, niet langer mogelijk. Omgekeerd kan wel de vraag rijzen in welke mate de contractuele principes inzake schadeloosstelling die tussen de oorspronkelijke partijen werden aangegaan (bv. termijn voor het instellen van een vordering, begroting van de schade, conventionele beperkingen op de schadevergoedingsplicht,...), zich ook uitstrekken tot een schadeaanspraak op de verbonden vennootschap waarvoor de promettant zich sterk had gemaakt.

Een ander aandachtspunt voor de contractsopsteller is wat er gebeurt indien een zich voor zijn vennootschap sterkmakende aandeelhouder niet langer de controle zou hebben, bv. na een verkoop van zijn participatie. Er dient niet automatisch van uit te worden gegaan dat de sterkmakingsverbintenis hierdoor zonder voorwerp wordt en de overdracht niet overleeft. Sterkmaking veronderstelt immers niet dat de sterkmaker controle heeft over de betrokken derde (al zal dit

in de vennootschapssfeer wel gebruikelijk zijn). De initiële sterkmaker kan zich bovendien indekken door een *back-to-back* sterkmaking te bedingen van de koper van zijn participatie.

- (64) **Eigen verbintenissen van aandeelhouders: toepassingsgevallen.** Niet zelden wordt de overeenkomst die rechtstreeks of onrechtstreeks betrekking heeft op de handelswijze van een vennootschap niet uitsluitend met de betrokken vennootschap met ook met haar (controleerende) aandeelhouder(s) aangegaan. Diverse redenen kunnen daaraan ten grondslag liggen, nog afgezien van de conventionele garanties die gemeengoed zijn geworden in het kader van een overdracht van aandelen (zie verder).

Zo is het mogelijk dat de vennootschap eerst in uitvoering van de overeenkomst zal worden opgericht, doch partijen onderling reeds afspraken willen maken over de wijze waarop de vennootschap vorm zal krijgen en de verrichtingen die zij vervolgens zal aangaan. Een dergelijke voorovereenkomst tussen oprichters is erg courant bij de oprichting van een gemeenschappelijke dochtervennootschap (*joint venture*). Uiteraard moeten de oprichters in de voorovereenkomst rekening houden met de dwingende bepalingen van het vennootschapsrecht. Zo werd bijvoorbeeld gevonnis dat zij niet in een aandeelhoudersovereenkomst kunnen bepalen dat elke aandeelhouder voor alle bestuursbeslissingen over een vetorecht zal beschikken (Rb. Gent 6 februari 1998, RW 1998-99, 1047). Een aandeelhoudersovereenkomst kan immers niet op van de vennootschap afdwingbare wijze voorschrijven hoe de besluitvorming binnen de raad van bestuur moet geschieden. Evenmin kan zij stemafspraken bevatten die de bestuurders verbinden (voor de nuances in de rechtsleer, zie J. Pattyn, *Aandeelhoudersovereenkomsten. Overdrachtsbeperkingen en stemafspraken in een niet-publieke NV*, Gent, Larcier, 2012, 145 en N. Hallemeesch, *Aandeelhoudersovereenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 64, voetnoot 255).

De meest veilige optie is dat de partijen in hun voorovereenkomst vastleggen dat de statuten van de op te richten vennootschap een bepaalde regeling zullen bevatten, bv. een clausule luidens dewelke (bepaalde) bestuursbeslissingen met een versterkte meerderheid of zelfs met unanimiteit genomen moeten worden. Daarnaast kunnen de aandeelhouders hun invloed op bestuursvlak ook geldig vormgeven door er zich toe te verbinden bestuurders te benoemen en/of te ontslaan opdat zij uitdrukking geven aan de oriëntatie van het beleid afgesproken tussen de aandeelhouders. Juridisch verbindt dit niet de vennootschap zelf of haar bestuurders.

Erg gebruikelijk is de hypothese waarin de verbintenis die op de vennootschap rust mee wordt opgenomen of minstens gegarandeerd door de (controleerend) aandeelhouder van de betrokken vennootschap. Een dergelijke werkwijze biedt de wederpartij een extra debiteur en aldus een bijkomende solvabiliteitsgarantie.

Ook bestuurders tonen zich soms tot een dergelijke garantie bereid: zie bv. Gent 16 juni 2008, *Bank.Fin.R.* 2009, 100, waar twee zaakvoerders van een BVBA in eigen naam de verbintenis aangingen om “indien de kredietaanvragende vennootschap haar betalingsverplichtingen voortvloeiend uit de haar toegestane kredietlijnen, om welke reden ook, niet zou kunnen nakomen, de vennootschap onmiddellijk te voorzien van de nodige gelden teneinde deze in staat te stellen aan deze verplichtingen te voldoen.”

Vaak wordt wel minder aandacht besteed aan de eventuele regresverhouding tussen de aandeelhouder die wordt aangesproken wegens de niet-nakoming van een verplichting die primair door de (dochter)vennootschap zou worden uitgevoerd en laatstgenoemde. Indien de controleerend aandeelhouder bij machte is om het operationele optreden van de dochtervennootschap te sturen, kan hij immers vermijden dat de *parent guarantee* wordt afgeroepen. Gebeurt dit toch, dan kan het echter van belang zijn welke entiteit wordt aangesproken, zeker indien de vennootschap ook minderheidsaandeelhouders telt of haar fiscale positie afwijkt van deze van de garanderende moedervennootschap.

Soms is het betrekken van de (meerderheids)aandeelhouders een loutere noodzaak. Dit is met name het geval indien de verrichtingen waarvan de wederpartij zich verzekerd wil zien, niet autonoom door het bestuursorgaan van de betrokken vennootschap gesteld kunnen worden. Zo kan een vennootschap zich niet zelf verbinden tot verrichtingen waarvoor, rekening houdend met de wettelijke bevoegdheidsverdeling, een toekomstige beslissing van haar algemene vergadering vereist is. De vennootschap, vertegenwoordigd door haar bestuur, kan immers geen verbintenissen aangaan die de algemene vergadering zouden binden.

Voorbeeld 1. Evenmin kan een vennootschap zich er ten aanzien van een kredietverschaffer toe verbinden dat er geen of slechts een beperkte dividendpolitiek zal worden gevoerd. De vennootschap kan er o.i. wel contractueel mee instemmen dat de kredietvoorwaarden (intrestvoet, zekerheden, opeisbaarheid,...) wijzigen indien de vennootschap een excessief dividend uitkeert waardoor bepaalde ratio's niet langer worden gehaald, ook al houdt dit een indirecte beknotting in van de vrije beslissingsbevoegdheid van de algemene

vergadering. In geen geval kan een toezegging in de kredietbrief echter verhinderen dat de algemene vergadering alsnog tot een dergelijke uitkering zou beslissen.

Voorbeeld 2. Een soortgelijke problematiek ontmoet men indien de vennootschap opties op eigen aandelen toekent maar deze aandelen nog niet bezit en het bestuur evenmin over de bevoegdheid beschikt om de aandelen in te kopen of uit te geven. Het verbindend karakter van een dergelijk contract is immers betwistbaar, zodat de vennootschap er goed aan doet om dergelijke engagementen slechts op te nemen indien zij mede onderschreven worden door aandeelhouders wier gezamenlijke stemkracht de vennootschap in staat kan stellen om haar verplichtingen uit het optiecontract na te komen (M. Wauters, “De wet op de aandelenopties bekeken vanuit het vennootschapsrecht (W. 26 maart 1999)”, in Jan Ronse Instituut (ed.), *Nieuw vennootschaps- en financieel recht* 1999, Kalmthout, Biblio, 2000, 98, nr. 35).

Voorbeeld 3. Een laatste voorbeeld van noodzakelijke aandeelhoudersbetrokkenheid betreft de verbintenissen die een genoteerde NV aangaat met een invloed op haar vermogen of die een ‘aanzienlijke’ schuld of verplichting in haar hoofde doen ontstaan, waarvan de uitwerking afhankelijk is van een controlewijziging over de vennootschap. Krachtens art. 7:151 WvV kunnen dergelijke verbintenissen in een genoteerde NV immers enkel door de algemene vergadering worden verleend:

**In genoteerde vennootschappen kan enkel de algemene vergadering aan derden rechten toekennen die een aanzienlijke invloed hebben op het vermogen van de vennootschap, dan wel een aanzienlijke schuld of verplichting te haren laste doen ontstaan, wanneer de uitoefening van deze rechten afhankelijk is van het uitbrengen van een openbaar overnamebod op de aandelen van de vennootschap of van een wijziging van de controle die op haar wordt uitgeoefend.**

**Op straffe van nietigheid wordt dit besluit neergelegd overeenkomstig artikel 2:8 vóór het tijdstip waarop de vennootschap de mededeling ontvangt bedoeld in artikel 7:152, en bekendgemaakt overeenkomstig artikel 2:14, 4°.**

Volgens de Memorie van toelichting van het WvV moet ‘aanzienlijke’ zo begrepen moet worden dat “[het]et moet [...] gaan om rechten, schulden of verplichtingen die, individueel of collectief (bijvoorbeeld in het geval van veelvuldig gebruikte standaardcontracten), van die aard zijn dat zij redelijkerwijze als beschermingsconstructies tegen ongewenste overnamepogingen kunnen worden beschouwd.” (Doc 54 3119/001, p. 247) Ik vind echter in de tekst van art. 7:151 niets om het toepassingsgebied te beperken tot ‘beschermingsconstructies’ tegen vijandige overnames.

De overname van een overeenkomst door een dochtervennootschap onder voorwaarde dat zij met haar moedervernootschap, de oorspronkelijke contractspartij, verbonden blijft of kredietcontracten die kunnen worden opgezegd of gewijzigd bij controlewijziging vormt dan ook een toepassingsgeval van deze bijzondere bevoegdheidsregel. Wel heeft het WVV, anders dan het W.Venn., deze regel beperkt tot genoteerde NV's.

- (65) **Eigen verbintenissen van aandeelhouders: werkwijze.** De wijze waarop aandeelhouders hun instemming betuigen met verbintenissen opgenomen door de vennootschap, vereist een weloverwogen redactie.

Boven werd reeds aangegeven dat de aandeelhoudersverbintenissen zo dienen te worden geformuleerd dat zij oog hebben voor de dwingende bepalingen van het vennootschapsrecht.

Vaak betekent dit dat erop dient te worden toegezien dat de clausules worden gelibelleerd in de vorm van (geldige) stemafspraken (zie daarover uitvoerig: J. Pattyn, *Aandeelhoudersovereenkomsten. Overdrachtsbeperkingen en stemafspraken in een niet-publieke NV*, Brussel, Larcier, 2012, 132 e.v., nr. 178 e.v.). Zie voor de NV art. 7:56 WVV:

**§ 1. Overeenkomsten kunnen de uitoefening van het stemrecht regelen. Deze overeenkomsten moeten in de tijd beperkt zijn en mogen niet strijdig zijn met het belang van de vennootschap.**

**Zijn nietig:**

- 1° overeenkomsten die strijdig zijn met de bepalingen van dit wetboek;
- 2° overeenkomsten waarbij een aandeelhouder zich ertoe verbindt te stemmen overeenkomstig de richtlijnen van de vennootschap, van een dochtervennootschap of nog van een van de organen van die vennootschappen;
- 3° overeenkomsten waarbij een aandeelhouder of een andere effectenhouder zich tegenover diezelfde vennootschappen of diezelfde organen verbindt om de voorstellen van de organen van de vennootschap goed te keuren.

**§ 2. Stemmen uitgebracht tijdens een algemene vergadering op grond van overeenkomsten bedoeld in paragraaf 1, derde lid, zijn nietig. Die stemmen brengen de nietigheid mee van de genomen besluiten, tenzij zij geen enkele invloed hebben gehad op de geldigheid van de gehouden stemming**

Daarbij moet men er ook over waken dat de aandeelhouders die zich engageren om de beoogde beslissing van de algemene vergadering te bekomen, over een

voldoende zeggenschap beschikken om de beslissing daadwerkelijk goedgekeurd te krijgen. Dit is evident het geval wanneer de goedkeuring door de algemene vergadering een bijzondere meerderheid vergt. Het geldt echter evenzeer voor ‘gewone’ beslissingen: de stemafpraak riskeert zijn doel voorbij te schieten indien de partijen bij de afspraak niet beschikken over een meerderheid op de algemene vergadering of die meerderheid ingevolge een uitgifte van nieuwe effecten met stemrecht dreigen te verliezen.

Voor andere engagementen verdient het net voorkeur dat de clause *niet* louter als een stemafpraak wordt gelibelleerd. Hierbij kan vooral gedacht worden aan aandeelhoudersengagementen omtrent de duurzaamheid van een bestuursmandaat. Zelfs toen onder het W.Venn. de *ad nutum* ontslagbaarheid van een bestuurder in elke NV van openbare orde werd geacht, werd aangenomen dat dit niet er aan in de weg stond dat een aandeelhouder zich ertoe verbond voor het behoud van een bestuurder te stemmen en deze op eigen kosten een opzegvergoeding toe te kennen indien hij alsnog zou worden ontslagen.

Een alternatief voor het loutere aandeelhoudersengagement kan erin bestaan om een bepaalde handelswijze van de vennootschap statutair te verankeren (bv. het voordrachtrecht voor een bestuursmandaat dat is verbonden aan een bepaalde categorie aandelen, een statutair voorgeschreven dividendpolitiek,...). De belanghebbende bij het behoud van deze statutaire regeling moet er dan wel over waken dat de betrokken clause niet zonder zijn akkoord kan worden gewijzigd.

### 3. Rechtspersoon, onderneming, aandeelhouder

- (66) **Voorwerp van de overeenkomst: de onderneming versus de (aandelen in de) rechtspersoon.** Ook bij het bepalen van het voorwerp van de contractuele regels dient de rechtspersoon als drager van de onderneming (en de aandelen daarin) juridisch scherp te worden onderscheiden van de onderneming (het handelsfonds) zelf. In economische zin worden beide vaak als eenheid gedacht, zeker als het een 100% of controle-verschaffende participatie betreft.

Het belang van dit onderscheid wordt geïllustreerd door een arrest van het Hof van Beroep van Gent, dat weigerde om de overdracht van alle aandelen van een vennootschap gelijk te stellen met de overdracht van de onderneming van die vennootschap (Gent 3 november 1998, *TRV* 2000, 291). De overdracht van aandelen door de aandeelhouders werd daarom niet gekwalificeerd als een inbreuk op de exclusiviteit die door een makelaar met de rechtspersoon was bedongen voor de overdracht van het handelsfonds.

“De eerste rechter heeft terecht geoordeeld. Essentieel in deze zaak is het rigoreus behoud van het onderscheid tussen de verschillende betrokken rechtssubjecten en van het eigen, wel onderscheiden karakter van de tussengekomen rechtshandelingen. De overeenkomst d.d. 23.01.1995 tussen de B.V.B.A. Au Luxembourg en het Handels- en Woonkantoor N.V. betreft de overlating van het handelsfonds, actief van de vennootschap, enige titularis van het handelsfonds. De overeenkomst d.d. 15.03.1995 tussen de heer en mevrouw H.J. Callebert-Plets enerzijds en de heren A. Bonte en D. Decaster anderzijds is de overdracht van de aandelen. De rechtspersoonlijkheid van de vennootschap dient onderscheiden van die van de aandeelhouders. Bij herhaling heeft de Belgische (en ook de Franse rechtspraak) in duidelijke termen gesteld dat de overdracht van aandelen, of die nu slaat op een gedeelte dan wel op de totaliteit van de aandelen, niet kan geassimileerd worden aan de overdracht van de onderneming zelf of van haar handelsfonds. Dit is o.m. het geval in Brussel, 20.05.1987, *Reu. Prat. Soc.*, 1987, p. 226 met noot van D. DEVOS, *R.D.C.*, 1988, p. 53-54, in het bijzonder de referates in nr. 6, p. 54 en nr. 7, o.a. *Cass.*, 10.05.1966, *Pas. I*, 1152 ; Luik, 01.04.1992, *Reu. Prat. Soc.*, 1992, p. 406 en noot J.P. SORTAIS : la cession de la totalité (ou de la majorité) des actions n'affecte pas la personnalité morale de la société, les cédants n'ont pas qualité pour disposer de l'avoir social (vertaling : de afstand van de totaliteit of de meerderheid van de aandelen raakt de juridische persoonlijkheid van de vennootschap niet, de aandeelhouders hebben niet de bevoegdheid om te beschikken over het actief, waarvan de vennootschap en zij alleen de titularis is) (Zie ook *Cass. Fr.*, 22.01.1991, *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1991, p. 182).

Instructief voor en zeer analoog aan de thans aan dit Hof voorliggende problematiek is de stellingname van het Franse Hof van Cassatie 12.06.1994, dat een arrest van het Hof van Limoges d.d. 07.01.1993 verbreekt. De feitenrechter had de vordering tot de toekenning van een forfaitaire schadevergoeding, bedongen in een exclusief mandaat tot verkoop van een handelsfonds gegrond bevonden, waar de lasthebber had betoogd dat het geen verschil uitmaakt dat het voorwerp van het mandaat de verkoop van het handelsfonds betrof en de kwestieuze verkoop werd afgesloten omtrent de aandelen en dat aldus het voorwerp van het mandaat zich verenigt met dat van de verkoop. Het Franse Hof van Cassatie heeft die beslissing verbroken en stelt nogmaals (Dalloz, 1995, *Information rapide*, 40), zoals Brussel, 20.05.1987: "in geval van overdracht van aandelen maakt niet het vermogen van de onderneming, maar de aandelen zelf het voorwerp uit van de verkoop". (Dat het in het aan dit Hof thans voorliggend geval niet gaat om een lastgeving, maar om een huur van diensten - overigens een correcte kwalificatie, gelet op de beperking van de gegeven opdracht tot materiële handelingen, zijnde het zoeken van een koper voor het handelsfonds - is van geen enkel wezenlijk belang, B. TILLEMANS, "Lastgeving", *A.P.R.*, 1997, nr. 25, p. 18). Er is derhalve geen sprake van overdracht van het handelsfonds

en de overdracht van de aandelen door de aandeelhouders is geen inbreuk op de exclusiviteit bedongen voor de overdracht van het handelsfonds. Overigens, zoals de eerste rechter reeds heeft opgemerkt, kan er uit het protest d.d. 01.06.1995 tegen de betwiste factuur geen eenzijdige beëindiging van het contract vanwege de B.V.B.A. Au Luxembourg worden afgeleid, ondanks de in hoofde van de nieuwe bestuurders begrijpelijk te noemen vergissing. Intussen is wel de termijn, waarvoor opdracht was gegeven, verstreken zonder dat de overdracht van het handelsfonds is gerealiseerd.”

Ook dient te worden opgelet dat overdrachtsbeperkingen op aandelen niet kunnen worden omzeild door een overdracht van de onderneming, en *vice versa* (R. Tas en M. Wauters, De overdracht van aandelen: een contract over aandelen met garanties inzake de vennootschap”, in *Vennootschaps- en Financieel Recht*, in *Themis*, Brugge, Die Keure, 2002, 38, nr. 22).

- (67) **Overname van aandelen.** Een ander voorbeeld van het onderscheid is de beperkte wettelijke bescherming van de koper van aandelen van een vennootschap. In juridische zin betreft het voorwerp hier louter de aandelen in de vennootschap, en niet de onderneming van die vennootschap, al zal dit wel het voorwerp in economische zin zijn. De garanties van de koper op grond van het gemeen kooprecht beperken zich daardoor in de regel tot de aandelen, waardoor ze aanzienlijk minder bescherming bieden dan bij een overdracht van de activa van een onderneming. Om deze redenen worden in de regel deze garanties contractueel uitgebreid door verklaringen en waarborgen (*representations and warranties*).

Zie o.a. M. Wauters, “Garanties bij de overdracht van aandelen”, *DAOR* 1997, 35-36; P. Leys, “Verklaringen en waarborgen in een Belgische overeenkomst tot overdracht van aandelen”, in *Actualia Vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2005, 447-454; S. Ververken, “De begunstigde van contractuele garantieclausules bij de overdracht van aandelen”, *DAOR* 2010, 365.

Om dezelfde reden wordt doorgaans aangenomen dat bij de overdracht van aandelen – anders dan bij de overdracht van een onderneming – de verkoper bij gebreke van een expliciet contractueel beding niet gehouden is tot een niet-concurrentieverplichting (F. Parrein en S. De Dier, “Niet-concurrentieverplichtingen in de vennootschap”, in *Vennootschapsrechtelijke Clausules voor het Notariaat. Liber Amicorum Luc Weyts*, Brussel, Larcier, 2011, 658, nr. 24). Wel moet de voormalig aandeelhouder zich in ieder geval onthouden van oneerlijke praktijken, zoals het gebruik van gegevensbestanden die niet aan de aandeelhouder doch aan de vennootschap toebehoren.

Wordt een aandelenkoper aldus met een concurrerende verkoper geconfronteerd en liet hij na om ter zake in de verkoopsovereenkomst een verbodsbepaling op te nemen, dan is zijn positie weinig benijdenswaardig. Een enkele keer werd met succes aangevoerd dat de verkoper-verzekeringsmakelaar die na de overdracht van de aandelen van zijn vennootschap verder in dezelfde markt actief bleef, tekort was geschoten aan zijn informatieplicht omdat hij de koper niet had gewezen op deze intentie terwijl het hem bekend was dat de stopzetting van zijn makelaarsactiviteit voor de aandelenkoper van groot belang was. Zie Luik 24 april 2001, *TBH* 2001, 748 (bespreking), *TBBR* 2004, 253, noot A. De Boeck. Het betreft hier geen sanctie op grond van een impliciet concurrentieverbod, doch wel een schadeloosstelling op grond van een precontractueel foutief stilzwijgen.

- (68) **Juridische continuïteit bij discontinuïteit in het aandeelhouderschap.** Eén van de voordelen van de rechtspersoonstechniek is dat door een overdracht van aandelen de zeggingsmacht en de economische rechten over een onderneming kunnen worden overgedragen met juridisch een vermogensrechtelijke continuïteit. Het aanknopingspunt voor vermogensrechtelijke verhoudingen, bv. overeenkomsten, is immers de abstracte rechtspersoon, die niet wijzigt. Dit enorme voordeel brengt ook aandachtspunten met zich mee.

Een eerste geval betreffen overeenkomsten die *intuitu personae* zijn. Anders dan bij natuurlijke personen, zullen de “persoonlijke” kenmerken van de rechtspersoon zelf bijna nooit doorwegen in de contractuele relatie (M. Wauters, “De overdracht van verbintenissen *intuitu personae* bij fusie, splitsing en inbreng van algemeenheid of bedrijfstuk”, *TRV* 2004, 247). Een contract zal eerder worden aangegaan omwille van de aard van de onderneming die door de rechtspersoon wordt gevoerd (*intuitu firmae*), de solvabiliteit van de rechtspersoon (*intuitu pecuniae*) of omwille van de identiteit van de bestuurders en/of aandeelhouders van de rechtspersoon.

Voor de laatste hypothese is in contracten met een rechtspersoon een zgn. *change of control*-clausule het functionele equivalent van de regels die gelden voor contracten *intuitu personae*. Zo’n clausule geeft bij een controlewijziging over de contractspartij de andere partij bepaalde rechten, bv. het recht om de overeenkomst op te zeggen. Daarbij dient bij voorkeur contractueel ook te worden afgedekt dat de *change of control*-clausule op haar beurt niet kan worden omzeild, door niet de aandelen in de tegenpartij over te dragen, maar de aandelen op een hoger niveau (bv. in de moeder vennootschap van deze aandeelhouder). Zie wel hoger nr. (64) de bijzondere bevoegdheidsregel bij genoteerde NV’s.

De koper van aandelen dient zich er ook van bewust te zijn dat hij ook de passiva van vóór zijn intrede zal "ondergaan", niet doordat hij hiervoor aansprakelijk is – de niet-aansprakelijkheid van aandeelhouders speelt hier uiteraard – wel omdat die passiva mee de nettowaarde van zijn aandelen bepalen. Hierdoor draagt hij het economisch risico voor vennootschapsschulden die hun oorsprong vinden in de periode toen hij nog geen zeggingsmacht had over de vennootschap, ook als die later opduiken. Dit kan, indien gewenst, in de overdrachtsovereenkomst worden afgedekt door een vrijwaring door de verkoper.

Een vergelijkbaar risico speelt indien de doelwitvennootschap na de aandelenoverdracht nog diensten of producten zal leveren aan de verkoper. Indien de doelwitvennootschap aansprakelijk wordt gesteld t.a.v. de verkoper, valt het economische nadeel hiervoor bij de koper als actuele eigenaar. Dit zal misschien niet gewenst zijn in de mate dat deze wanprestatie haar oorsprong vindt in omstandigheden van vóór de aandelenoverdracht. Economisch zal de wanprestatie dan immers toerekenbaar zijn aan de verkoper. Juridisch wordt ze echter toegerekend aan de doelwitvennootschap, met negatieve economische gevolgen voor de koper. In een extreem geval zou de verkoper onmiddellijk na de aandelenoverdracht de koper kunnen treffen met een vordering tegen de doelwitvennootschap voor fouten waar hij in bedrijfsmatige zin zelf voor verantwoordelijk is. Eén mogelijkheid om hier aan te remediëren is door het begrip “eigen schuld van het slachtoffer” contractueel uit te breiden in het contract tussen de verkoper-afnemer en de doelwitvennootschap-leverancier:

**Voorbeeldclausule.** [Provider/target company] shall not be in breach of this agreement to the extent its failure to perform its obligations under this agreement is a result of or is contributed by (i) any breach by [recipient/seller] of its obligations under this agreement or (ii) any action or omission of any affiliate of [recipient/seller] prior to the [date of transfer of shares].

Worden de commerciële relaties tussen de vennootschap en de verkoper naar aanleiding van de aandelenoverdracht zonder meer beëindigd, dan doet men er goed aan om deze beëindiging zo te formuleren dat de intra-groepsrelaties op *closing* niet enkel zijn stopgezet, maar evenmin nog aanleiding kunnen geven tot aansprakelijkheidsvorderingen vanwege de verkoper.

**Voorbeeldclausule.** [Seller] undertakes that, on the Closing Date, all intragroup transactions and agreements between the [seller] and the [target company] shall be terminated and settled and the Parties acknowledge and agree that, as of Closing, the [target company] shall no

longer be liable towards the [seller] for the performance of any transactions and/or agreements with the [seller] with respect to the period prior to Closing.

#### 4. “Persoonlijke schade” bij rechtspersonen

- (69) **“Persoonlijke schade” in de vennootschapsfeer.** Een partij kan enkel vergoeding van haar eigen, persoonlijke, schade eisen, tenzij er een bevoegdheid is om op te treden voor rekening van een ander rechtssubject. Samen met de relativiteit van overeenkomsten impliceert dit dat een contractuele vordering niet gegrond zal zijn indien de eisende partij niet zowel (i) een contractueel recht heeft en (ii) eigen, persoonlijke schade kan aantonen.

Deze regels lijken evident en intuïtief. Als enkel mijn buurman schade heeft, waarom zou *ik* dan vergoeding moeten krijgen? Waarom zou mijn buurman een contractuele vergoeding moeten krijgen, indien enkel *mijn* contractuele rechten zijn geschonden?

Toegepast op een vennootschapscontext is het gevolg hiervan is dat niet elke entiteit die een nadeel heeft in de economische zin, ook een juridische vordering tot schadevergoeding zal hebben. Hierdoor kan het gebeuren dat enerzijds de entiteit die benadeeld is in economische zin geen juridische vordering heeft en dat anderzijds de entiteit met een theoretische vordering geen eigen, persoonlijke schade kan aantonen om die vordering inhoud te geven. Belangrijk daarbij is dat een aandeelhouder geen eigen vordering heeft voor schade die geen andere oorzaak heeft dan de waardevermindering van het vennootschapsvermogen (zie hoger nr. (16) e.v.).

- (70) **Kortsluiting tussen contractuele vordering en schade.** De regel dat een aandeelhouder geen vordering heeft tot vergoeding van schade die de vennootschap treft, geldt in beginsel ook voor contractuele schade van de vennootschap (K. Geens, M. Denef, F. Hellemans, R. Tas en J. Vananroye, “Vennootschappen. Overzicht van rechtspraak (1992-98)”, *TPR* 2000, 397, nr. 373). Wel kan er, expliciet of impliciet, ook contractueel van worden afgeweken.

Hierdoor ontstaat er een risico van een kortsluiting tussen contractuele vordering en benadeling in de economische zin. In het bijzonder bij overeenkomsten tot overdracht van aandelen is dit een essentieel – en vaak verwaarloosd – aandachtspunt.

Zie o.m. K. Geens “Overname van een onderneming”, in *Juridische actualiteit omtrent de KMO*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1995, 12-13; P.-O. Mahieu, “La réparation du dommage dans les appels à la garantie liés aux cessions d’entreprises”, in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Brussel, Larcier, 2008, 269 e.v.; A. Coibion, “Quelques réflexions sur les garanties conventionnelles en matière de cessions d’actions et sur l’influence de la pratique anglaise”, *TBH* 2003, 877; D. Leclercq, *Les conventions de cession d’actions*, Brussel, Larcier, 2009, 147, nr. 119, 203, nr. 158 en 426, nr. 322.

Indien een overeenkomst tot overname van aandelen enkel een lijst garanties bevat, zonder in te gaan op de schadebegroting, rijst de moeilijke vraag naar de impact van de inbreuk op de garantie op het vermogen van de koper. De koper dient dan aan te tonen in welke mate zijn positie ná de inbreuk nadeliger is dan indien de inbreuk was uitgebleven. Dit bewijs is niet altijd eenvoudig en riskeert de koper slechts beperkte genoegdoening op te leveren.

- (71) **Vorderingsrecht en schadebegroting bij niet-concurrentie.** Dit wordt geïllustreerd in een arrest van het Hof van Beroep van Brussel over de schending door de verkoper van een niet-mededingingsverplichting in een overeenkomst tot overdracht van aandelen (Brussel 17 november 2008, *TRV* 2011, 300, noot B. Belen.).

Het Hof was van oordeel (i) dat de clause geldig was, (ii) dat de clause geschonden was door de verkoper en (iii) dat deze schending aanzienlijke schade had veroorzaakt op het niveau van de doelwitvennootschap. Deze doelwitvennootschap zelf had hiervoor geen schadevergoedingsclaim: ze was geen partij bij de overdrachtsovereenkomst noch derde-begunstigde. Het Hof van Beroep van Brussel oordeelde dat de koper er niet in slaagde om aan te tonen dat de ongeoorloofde concurrentie de waarde van de aandelen op de datum van de uitspraak van het arrest had aangetast. Het Hof ging echter niet zover dat het elke schadevergoedingsclaim in hoofde van de koper-contractant uitsloot. Wel maakte het Hof de sprong van vennootschapsschade naar contractuele vergoeding van de aandeelhouder slechts zeer moeizaam. Het Hof weerhield uiteindelijk slechts dat de koper de kans had mislopen om, gedurende de jaren waarin de onterechte concurrentie werd gevoerd, hogere dividenden te ontvangen. Het is dit verlies van een kans dat vervolgens werd gewaardeerd, onder meer onder verwijzing naar het door de vennootschap gevoerde dividendbeleid. De op die grondslag aan de koper toegekende schadevergoeding is substantieel lager dan de door het Hof aanvaarde winstderving in hoofde van de doelvennootschap. Dit was ongetwijfeld niet wat de koper voor ogen had bij het bedingen van het

concurrentieverbod. Het eindoordeel komt enigszins verrassend voor omdat de gederfde winst, zelfs indien zij niet was uitgekeerd, tot een verhoging van het nettoactief van de vennootschap zou hebben geleid. Of die meteen ook tot een even grote waardetoeename van de aandelen zou hebben geleid, hangt op zijn beurt echter af van de gehanteerde waarderingsmethode, waarover opnieuw discussie mogelijk is.

Een andere benadering vinden we in een arrest van het Hof van Beroep van Gent uit 1995 (Gent 23 juni 1995, *TRV* 1996, 642, noot). Het Hof oordeelde hier in een gelijkaardig geval dat de koper bij een schending van een niet-concurrentiebeding in een overeenkomst tot overdracht van aandelen een eigen vordering heeft tot vergoeding van zijn schade die bestaat in de waardevermindering van zijn aandelen. Dit was des te opmerkelijk omdat een andere rechtbank had geoordeeld dat de niet-concurrentieclausule ten gunste van de doelwitvennootschap was bedongen en een eigen schadevergoeding had toegekend. Omdat het Hof uiteindelijk *ex aequo et bono* oordeelde, kan moeilijk worden gecontroleerd hoe de schadevergoeding toegekend aan de aandeelhouders zich verhiel met het nadeel op het niveau van de doelwitvennootschap. Wel wordt de indruk gewekt dat hier veel minder dan in het recent Brussels arrest de schade van de aandeelhouder restrictief wordt benaderd.

Een andere mogelijke verzoening van de disconnectie tussen nadeel en claim zou erin kunnen bestaan, zonder een uitdrukkelijke bepaling in die zin, een impliciet beding ten voordele van de doelwitvennootschap te lezen in een niet-concurrentiebeding (zie over de mogelijkheid hiervan S. Ververken, “De begunstigde van contractuele garantieclausules bij de overdracht van aandelen”, *DAOR* 2010, 379 e.v.).

- (72) **Contractuele modalisering van de ‘eigen schade’ van de koper.** De praktische les van deze rechtspraak is dat het risico van kortsluiting best *ex ante* contractueel wordt geregeld.

Eén mogelijkheid is een forfaitair schadebeding ten voordele van de koper op te nemen. De rechter heeft hierbij echter een matigingsbevoegdheid in het licht van de voorzienbare schade in hoofde van de koper (art. 1231 § 1 BW). In de mate dat de rechtspraak moeilijkheden heeft om schade in hoofde van een koper-aandeelhouder te aanvaarden, riskeert dit ook deze matigingsbevoegdheid uit te lokken.

In plaats van of bovenop een forfaitair schadebeding kan daarom uitdrukkelijk worden voorzien dat de schade op het niveau van de doelwitvennootschap contractueel geldt als eigen schade van de koper-aandeelhouder. De schade van de vennootschap (die per hypothese buiten de contractuele band staat) wordt dan contractueel verplaatst naar de aandeelhouder-contractant (zie hierover E. Dirix, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, 171). Een dergelijke clause is reeds behoorlijk ingeburgerd.

**Voorbeeldclause.** Any loss incurred by the [target company] in relation to which the [purchaser] shall have a claim for indemnification by the [seller] pursuant to this [agreement / clause] shall be deemed to be incurred by the [purchaser] in the same amount (subject to the other rules and principles set forth in [\_\_\_]), and can no longer be claimed by the [target company] from the [seller].

Wel illustreert voormelde casus dat de koper erop moet toezien dat de conventionele regels inzake schadebegroting niet enkel toepassing vinden op inbreuken op de verklaringen en waarborgen, maar tevens op een miskenning van het niet-concurrentiebeding (of andere soortgelijke verbintenissen van de verkoper). De Gentse casus uit 1995 illustreert dan weer dat bij een beding ten behoeve van de doelwitvennootschap dient te worden vermeden dat er dubbele schadevergoeding zou moeten worden betaald, bv. door te stipuleren dat de aandeelhouder zelf geen vordering meer heeft in de mate de vennootschap haar schade vergoed kreeg (*non bis in idem*).

Een contractuele schadebegroting kan, naast de koper, ook de verkoper tot voordeel strekken. Het laat immers toe te vermijden dat de verkoper aansprakelijk wordt gehouden voor een veelvoud van het door de vennootschap geleden nadeel, met name wanneer de historische gegevens waarop de koper zijn prijs heeft bepaald, naderhand foutief blijken.

Is niet bepaald hoe de schade van de koper moet worden begroot, dan kan deze mogelijk aanvoeren dat de negatieve impact op de waarde van de aandelen een veelvoud van de vennootschapsschade bedraagt, omdat de waarde van de aandelen ook werd bepaald op grond van een veelvoud van het bedrijfsresultaat. Vaak wordt daarom aangegeven wat partijen onder (vergoedbare) “schade” begrijpen. Wat de inbreuken op de verklaringen en waarborgen betreft, zijn de meest courante afwijkingen van het gemeen recht de uitsluiting van gedeerde winst (of de beperking ervan tot de gedeerde winst in hoofde van de vennootschap) en de uitdrukkelijke bevestiging dat bij de schadebegroting geen rekening zal worden gehouden met *multiples*. Niet zelden verwijst de schadedefinitie

ook naar Angelsaksische begrippen, die in een Belgische context niet altijd even eenduidig in te vullen zijn.

- (73) **Contractuele ‘eigen vergoedingsaanspraak’ van de doelwitvennootschap.** Een andere mogelijkheid is een beding ten behoeve van de doelwitvennootschap. Indien de overdracht niet 100% van alle aandelen betreft, dient er rekening mee te worden gehouden dat een beding ten behoeve van de doelwitvennootschap het aansprakelijkheidsrisico aanzienlijk verhoogt in vergelijking met een beding dat bepaalt dat de koper de waardevermindering van zijn participatie kan vorderen. Ook dit kan uiteraard contractueel worden verrijnd.

Eventueel kan worden voorzien dat de doelwitvennootschap enkel een eigen recht heeft indien de koper dit verkiest. Dit geeft de koper de nodige flexibiliteit, bv. als de omvang van zijn participatie later zou veranderen of als het door het risico van insolventie niet aangewezen is dat de schadevergoeding bij de vennootschap terecht komt.

Wel dient zo’n keuzerecht precies te worden geformuleerd als een eigen recht van de doelwitvennootschap tot vergoeding van de in haar hoofde geleden schade. Indien het keuzerecht enkel de mogelijkheid biedt om de schadevergoedingsaanspraak over te dragen of te laten betalen aan de doelwitvennootschap, krijgt deze enkel een recht dat met dezelfde onzekerheden is behept als de vergoedingsaanspraak van de aandeelhouder zelf. Ook is het aangewezen de keuze bij de koper te leggen en niet bij de doelwitvennootschap zelf. Een keuze door de vennootschap om haar schade aan een aandeelhouder te laten vergoeden zou problematisch zijn vanuit het vennootschapsbelang.

De regel van aanvullend recht is dat de derde vanaf kennisname een verworven recht krijgt. Indien de doelstelling van een derdenbeding erin bestaat om een kortsluiting tussen schade en vordering te overbruggen is zulk gebrek aan flexibiliteit meestal niet gewenst. Deze voorbeeldclausule voorziet daarom de mogelijkheid om zonder toestemming van de begunstigde vennootschap het derdenbeding te wijzigen:

**Voorbeeldclausule.** The covenants in this clause may with the prior written consent of the [purchaser] be enforced by [the target company] against the [seller] as the beneficiary of a third party right in the meaning of Article 1121 of the Belgian Civil Code (*stipulation pour autrui / beding ten behoeve van een derde*). The provisions of this clause may be varied or terminated by agreement between the [seller] and the [purchaser] (and the [purchaser] may also release or compromise in whole or in part any liability

in respect of rights or claims contemplated by this clause) without the consent of [the target company].

Indien het doelwit van de overdracht een vennootschapsgroep is, dient het beding idealiter te worden uitgebreid tot alle relevante entiteiten van die groep. Ook dient contractueel te worden geregeld in welke mate de bepalingen van de overeenkomst zoals beperkingen aan aansprakelijkheid (*de minimis*-bepalingen, drempels of franchises, maxima, conventionele verjaringstermijnen, ...) of procedurele afspraken omtrent claims van toepassing zijn op het eigen recht dat de doelwitvennootschap zou krijgen krachtens de overeenkomst.

Het zal niet altijd voldoende zijn om de positie van de partijen materieelrechtelijk te aligneren. Ook de procedurele contractbedingen verdienen bijzondere aandacht, zeker indien er een arbitragebeding is. Een derdenbeding ten voordele van de doelwitvennootschap maakt op zich nog niet een arbitragebeding in de overeenkomst van toepassing op die vennootschap (zie hierover B. Demeulenaere, “Arbitrale bevoegdheids- en rechtmachtsaspecten in het kader van koop – en verkoopovereenkomsten van aandelen”, *TPR* 1995, 439 e.v.; H. Verbist, “Draagwijdte van het arbitragebeding ten aanzien van derden”, in *Arbitrage en derden*, Bruylant, Brussel, 2008, 27 e.v.).

De verkoper die heeft ingestemd met een eigen recht op schadeloosstelling in hoofde van de doelwitvennootschap, moet zich ervan bewust zijn dat dit recht van de vennootschap in beginsel blijft bestaan, ook indien de koper de aandelen intussen aan een derde heeft overgedragen. Dat de overdrachtsovereenkomst een niet-overdraagbaarheidsbeding (*non-assignment*) bevat, zal daar strikt genomen weinig aan veranderen. Nochtans hebben partijen met een dergelijk beding doorgaans de bedoeling om de afspraken inzake garanties en schadevergoeding niet te laten uitdijen naar derde-verkrijgers. Dit doel wordt slechts adequaat bereikt indien de overeenkomst (bij voorkeur uitdrukkelijk) bepaalt dat het eigen recht op schadeloosstelling van de doelvennootschap een einde neemt indien de controle over deze vennootschap opnieuw wijzigt.

- (74) **Exclusief karakter van de contractuele schadevergoedingsafspraken.** Partijen die een evenwichtig en weldoordacht kader voor hun schadeaanpak hebben vastgelegd, wensen doorgaans niet dat gemeenrechtelijke bepalingen die afspraken nog langer kunnen doorkruisen. Zo wordt een beroep op het stilzwijgend ontbindend beding (art. 1184 BW) dan ook vaak contractueel uitgesloten, via een zogenaamde *sole remedy* clausule.

**Voorbeeldclause.** Except in the case of fraud (*bedrog / fraude*), or willful misconduct (*opzettelijke fout / faute intentionnelle*), the right to obtain indemnification in accordance with this clause [ ] shall constitute the sole remedy available to the [purchaser] [and, as the case may be, the target company] in respect of any breach of this Agreement. The [purchaser] waives, to the fullest extent permitted by law, any other rights and remedies that it may have on the basis of the same, including the right to seek annulment or termination of this Agreement. However, nothing in this clause [ ] shall deprive the [purchaser] from the right to seek specific performance and/or injunctive relief in case of a breach of this Agreement by the [seller].

Daarenboven zal de verkoper willen vermijden dat de koper alsnog poogt om het contractuele evenwicht te doorkruisen door de (vroegere) bestuurders van de doelwitvennootschap aansprakelijk te houden voor het beleid dat zij hebben gevoerd voorafgaand aan de aandelenoverdracht. Doorgaans voorziet de overeenkomst daarom in een verplichting voor de koper om ervoor te zorgen dat de algemene vergadering van de doelwitvennootschap de bestuurders kwijting verleent voor het voorheen gevoerde beleid. Gelet op de beperkte draagwijdte van de kwijting, is het echter nuttig om in algemenere termen te bepalen dat de bestuurders niet door de koper of de doelvennootschap aansprakelijk zullen worden gesteld voor hun bestuur voorafgaand aan de aandelenoverdracht. Wil men ook een mogelijke regresvordering van de commissaris tegen de (vroegere) bestuurders vermijden (al dan niet op basis van een zogenaamde *management representation letter*), dan wordt het voordeel van die clause best ook tot de commissaris uitgebreid.

**Voorbeeldclause.** The [purchaser] undertakes not to make any claim, and shall ensure and procure that no claim shall be made by the [target company], against any director of the [target company] or against its statutory auditor in relation to their office as a director or statutory auditor for the period before Closing.

- (75) **Groepsvennootschap als “contractueel betrokken derde”.** Een andere hypothese waar een kortsluiting tussen contractuele claim en economische benadeling dreigt, zijn overeenkomsten met een vennootschap die deel uitmaakt van een groep.

Vaak zal het in een groep voorkomen dat één vennootschap uit de groep in eigen naam goederen of diensten koopt die economisch alle leden van die groep ten goede komen. Een wanprestatie door de leverancier zal dan niet enkel de contracterende vennootschap treffen maar ook met haar verbonden vennootschappen.

De verbonden vennootschappen zij per hypothese geen contractspartij en zullen daarom geen contractuele vordering hebben (E. Dirix, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, 171). De drempel voor een onrechtmatige daadsvordering van de verbonden vennootschappen wegens een contractuele wanprestatie zal slechts uitzonderlijk worden behaald (E. Dirix, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, 195 e.v.).

Indien de “doorlevering” naar de andere groepsentiteiten gebeurt op grond van een onderlinge contractuele relatie kan de rechter bij de bepaling van de door de leverancier verschuldigde schadebegroting rekening houden met de contractuele schade die de contracterende groepsvennootschap op haar beurt verschuldigd is aan de andere groepsvennootschappen (I. Claeys, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 133, nr. 114). Een contractuele relatie tussen de verschillende groepsvennootschappen zal niet altijd (formeel) aanwezig zijn.

De vraag is dan of de contractant schade kan vorderen die geleden wordt door de andere groepsvennootschappen, die in juridische zin een derde zijn (*Drittschadensliquidation*).

Dirix heeft er in zijn proefschrift op gewezen hoe dit naar Belgisch recht wordt toegestaan in gevallen van middellijke vertegenwoordiging (naamlener, commissionair) (E. Dirix, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, 175; I. Samoy, *Middellijke vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 365, nr. 554). Deze rechtspraak kan misschien ook inspiratie bieden voor de kortsluiting tussen schade en vordering in een groepscontext (als hier al niet simpelweg sprake is van middellijke vertegenwoordiging). Net zoals bij middellijke vertegenwoordiging, wordt het contract afgesloten (mede) voor rekening van andere entiteiten dan de contractspartij die echter wel “contractueel betrokken” zijn. De situatie van de contracterende groepsvennootschap lijkt daarmee op het klassieke schoolvoorbeeld van de vader die een reis voor het ganse gezin heeft gekocht bij een touroperator: als het zwembad minder groot is dan werd voorgehouden in de folder, kan de vader niet enkel zijn eigen schade vorderen, maar ook die van de rest van het gezin.

*Jackson v Horizon Holidays Ltd*, (1975), *All ER*, 92, aangehaald bij E. Dirix, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, 178 en, specifiek als precedent voor aankoopvennootschappen van een groep, bij *Smith & Keenan's English law*, Pearson, Edinburgh, 2007, 291. Zie echter ook de restrictieve benadering in *Woodar Investment Development Ltd v Wimpey Construction UK Ltd* (1980) 1 *All ER* 571 en *Alfred McAlpine Construction Ltd v Panatown* (2001) 1 *AC* 518, 538.

Als voorwaarde geldt in ieder geval dat de debiteur redelijkerwijze kon voorzien dat de gevorderde schade zou voortvloeien uit de wanprestatie (E. Dirix, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, 176). Vaak zal het duidelijk zijn dat een bepaalde dienst of product voor rekening van de ganse groep wordt gekocht.

- (76) **Contractuele wegen.** Beter is het echter om de kans op een disconnectie tussen schade en claim *ex ante* in de overeenkomst te voorkomen. Een eerste stap is duidelijk te documenteren, bv. in de preambule, dat het voordeel van het contract niet enkel voor de contractspartij geldt, maar ook voor andere leden van haar groep.

Dit wordt best aangevuld met een beding dat alle leden van de groep bevoordeelt of een beding dat de contractspartij een eigen recht geeft om herstel te vorderen van de schade van andere groepsvennootschappen.

**Voorbeeldclausule.** Each [party] hereby agrees to indemnify and hold the other [party] or any of its affiliates harmless from and against damage arising for such other party out of a breach of contract or otherwise under or in connection with this agreement.

**Voorbeeldclausule.** Each [party] hereby agrees to indemnify and hold the other [party] harmless from and against damage arising for such other party or any of its affiliates out of a breach of contract or otherwise under or in connection with this agreement.

Een tussenweg tussen een derdenbeding en een beding dat de contractant een eigen recht geeft voor de schade van verbonden vennootschap, is een derdenbeding dat de contractant een recht geeft om voor rekening van de verbonden vennootschap in te vorderen:

**Voorbeeldclausule.** The [debtor] agrees to indemnify and hold harmless the [creditor] and each of its affiliates (from time to time) from and against any loss arising from or in connection with any breach or failure to perform this agreement by the [debtor]. The [debtor] acknowledges and agrees that it gives the indemnity under this clause to the [creditor] in its own right and as the agent of each of its affiliates such that the [creditor] shall be entitled to enforce this indemnity on behalf of its affiliates.

## [5] ‘Mais je l'ai souvent vue payer l'addition’

### Over de toerekening van rechtshandelingen en rechtsfeiten aan een rechtspersoon

**Bibliografie.** Zie over het "prokurasysteem" ingevoerd door de Eerste Richtlijn vooral J. Ronse, *De vennootschapswetgeving 1973*, Story, 1973. Zie recent over toerekeningsvragen J. Vananroye, "Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties", *TPR* 2004, 753-793 en de proefschriften van J. Delvoie (*Optreden van rechtspersonen van privaatrecht. Kritisch onderzoek naar de orgaantheorie als juridische grondslag voor toerekening van rechtshandelingen en onrechtmatige daden naar aanleiding van bestuursoptreden in rechtspersonen van privaatrecht*, VUB, Antwerpen, Intersentia, 2010) en S. De Geyter (*Organisatieaansprakelijkheid. Bestuurdersaansprakelijkheid, corporate governance en risicomanagement*, in *Reeks Instituut Financieel Recht*, UGent, 13, Antwerpen, Intersentia, 518 p.). Zie over toerekening van rechtshandeling S. Sobrie, *Procederen qualitate qua: procesvertegenwoordiging naar Belgisch recht*, Antwerpen, Intersentia, 2016.

#### 1. Rechtsbekwaamheid, wettelijke specialiteit, statutaire specialiteit, belang

- (77) **Mad uncle in the closet.** Principieel wordt de rechtspersoon voor zijn bekwaamheid als rechtssubject en de toepassing van de regels van het privaatrecht gelijk gesteld met een natuurlijke persoon. Ontwerp art. 5:141 van het nieuw BW verwoordt hier ook het op dit ogenblik vigerende recht:

**De bepalingen van dit hoofdstuk zijn van toepassing zowel op private en publieke rechtspersonen als op natuurlijke personen, tenzij het tegendeel volgt uit de wet of de toepassing ervan onverenigbaar is met de aard van de rechtspersoon.**

“Dit hoofdstuk” verwijst naar het verbintenissenrecht. De principiële gelijkstelling is geldt nochtans ruimer. Ook is het jammer dat het ontwerp-BW anders dan het WER niet erkent dat er ook organisaties zijn zonder rechtspersoonlijkheid die een plaats moeten krijgen.

Nog steeds geldt hier wat Ronse schreef: "Bij dit onderzoek dient uitgegaan te worden van de aard van de onderzochte rechtshandeling, van het recht van de

verbintenis, en niet van de theoretische "natuur" van de rechtspersoon zelf." (Algemeen deel van het vennootschapsrecht, 326.)

Zie Grondwettelijk Hof 10 mei 2007 (TRV 2007, 338, noot F. Parrein) over de vraag of een rechtspersoon gestalkt kan worden:

Wegens de objectieve verschillen tussen een natuurlijke persoon en een rechtspersoon is het niet discriminerend om alleen de belaging (stalking) waarvan een natuurlijke persoon het slachtoffer is, op specifieke wijze strafbaar te stellen. In deze interpretatie van artikel 442bis Sw. kan belaging immers worden begrepen als een gedrag dat de gevoelsrust van de belaagde persoon verstoort, wat alleen denkbaar is ten aanzien van een natuurlijke persoon. De rechtspersoon waarvan de werking zou worden verstoord door handelingen of gedragingen die verwant zijn met belaging, beschikt over andere rechtsmiddelen om ze te doen ophouden. Hij kan onder meer de verwijzing verkrijgen van de persoon die zijn rust heeft verstoord, voor de correctionele rechtbank, uit hoofde van de tenlasteleggingen van laster, eerroof of beledigingen.

Van de meeste mensenrechten wordt aangenomen dat ook een rechtspersoon er beroep op kan doen, bv. vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst, de vrijheid van meningsuiting, recht op een eerlijk proces, bescherming van eigendomsrecht of privacy. Uiteraard zijn er mensenrechten waarvan de aard zich verzet tegen een toepassing op de rechtspersoon, zoals het recht op een gezinsleven.

De recente geschiedenis van de Verenigde Staten werd in belangrijke mate bepaald door de vraag of een rechtspersoon dezelfde freedom of speech heeft als een natuurlijke persoon. De meerderheid van het Supreme Court oordeelde van wel in *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010). Zie de *dissenting opinion* van Justice Stevens:

"The real issue in this case concerns how, not if, the appellant may finance its electioneering. Citizens United is a wealthy nonprofit corporation that runs a political action committee (PAC) with millions of dollars in assets. Under the Bipartisan Campaign Reform Act of 2002 (BCRA), it could have used those assets to televise and promote *Hillary: The Movie* wherever and whenever it wanted to. It also could have spent unrestricted sums to broadcast *Hillary* at any time other than the 30 days before the last primary election. Neither Citizens United's nor any other corporation's speech has been "banned," ante, at 1. All that the parties dispute is whether Citizens United had a right to use the funds in its general treasury to pay for broadcasts during the 30-day period. The notion that the First Amendment dictates an affirmative answer to that question is, in my judgment, profoundly misguided. Even more misguided is the notion that the Court must rewrite the

law relating to campaign expenditures by *for-profit* corporations and unions to decide this case.

The basic premise underlying the Court's ruling is its iteration, and constant reiteration, of the proposition that the First Amendment bars regulatory distinctions based on a speaker's identity, including its "identity" as a corporation. While that glittering generality has rhetorical appeal, it is not a correct statement of the law. Nor does it tell us when a corporation may engage in electioneering that some of its shareholders oppose. It does not even resolve the specific question whether Citizens United may be required to finance some of its messages with the money in its PAC. The conceit that corporations must be treated identically to natural persons in the political sphere is not only inaccurate but also inadequate to justify the Court's disposition of this case.

In the context of election to public office, the distinction between corporate and human speakers is significant. Although they make enormous contributions to our society, corporations are not actually members of it. They cannot vote or run for office. Because they may be managed and controlled by nonresidents, their interests may conflict in fundamental respects with the interests of eligible voters. The financial resources, legal structure, and instrumental orientation of corporations raise legitimate concerns about their role in the electoral process. Our lawmakers have a compelling constitutional basis, if not also a democratic duty, to take measures designed to guard against the potentially deleterious effects of corporate spending in local and national races. "

Zie over de bescherming van persoonlijkheids- en grondrechten voor rechtspersonen o.m. G. Ballon, "De persoonlijkheidsrechten van de rechtspersoon", in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story Scientia, 1986 en F. Parrein, "Kan een rechtspersoon worden gestalkt?", TRV 2007, 338 e.v.

- (78) **Hoe subjectieve criteria toepassen op onstoffelijke organisaties?** De principiële gelijkstelling met een natuurlijke persoon biedt echter geen antwoord op de vraag hoe een rechtspersoon in te kaderen in een privaatrecht dat helemaal geschreven is op maat van mensen van vlees en bloed. Vele regels uit het privaatrecht hanteren subjectieve begrippen zoals nalatigheid, wil, kennis, goede trouw, opzet ... Dit maakt deze regels moeilijk toe te passen op de rechten en verplichtingen van onstoffelijke rechtssubjecten.

Traditioneel negeert het privaatrecht dit probleem. Een hedendaags handboek verbintenissenrecht geeft nauwelijks meer aandacht aan de rechtspersoon dan de *Code civil* van 1804. De rechtspersoon is *the mad uncle in the closet* van het privaatrecht: de gestoorde oom die in de familie wordt geduld, maar waar men

niet echt blijf mee weet en die bij bezoek in de kast wordt opgesloten, in de hoop dat zijn storend geklop op de deur tactvol genegeerd zal worden.

Dit is bijna letterlijk te nemen: doorgaans wordt de rechtspersoon zeer summier behandeld in dezelfde paragraaf als kinderen die nog niet tot de "jaren des onderscheids" zijn gekomen en geestesgestoorden. Als abstract rechtssubject, dat voor zijn wilsvorming afhankelijk is van vertegenwoordiging, wordt de rechtspersoon geacht geen "volkomen wil" te hebben. Omdat een rechtspersoon geen rechtssubject van vlees en bloed is, is vertegenwoordiging conceptueel een noodzaak voor rechtshandelingen van de vennootschap: het zullen altijd vertegenwoordigingshandelingen zijn die door een natuurlijke persoon namens de vennootschap worden verricht.

Deze vertegenwoordiging verschilt fundamenteel van vertegenwoordiging van een natuurlijke persoon. Hier gaan we uitgebreid op in in § 2. Anders dan bij een natuurlijke persoon, is er bij een rechtspersoon ultiem geen natuurlijke persoon bij wie kan worden aangeklopt voor de bevestiging van (of andere toelichting omtrent) de bevoegdheid van een vertegenwoordiger. Elke legitimatie in naam van de rechtspersoon veronderstelt immers opnieuw een vertegenwoordigingsrelatie (J. Vananroye, "Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties", TPR 2004, 791, nr. 21). Vertegenwoordigingshandelingen die bijzondere aandacht verdienen zijn proceshandelingen in § 3.

Nog moeilijker wordt de toerekening bij buitencontractueel schadeveroorzakend handelen, misdrijven (§ 4) en kennis en andere psychische gesteldheden (§ 5).

- (79) **Beheer van een vennootschapsvermogen is doelgebonden beheer: wettelijke specialiteit, statutaire specialiteit, vennootschapsbelang.** Bij een vennootschap met rechtspersoonlijkheid zit de zakenrechtelijke "titel" bij de organisatie zelf. Dit heeft belangrijke consequenties voor de bevoegdheden van de aandeelhouders.

Voor de aandeelhouders in een vennootschap met rechtspersoonlijkheid zijn de goederen die eigendom zijn van de vennootschap *andermans* goederen. Zij, of het bestuur door hen aangesteld, hebben over deze goederen geen bevoegdheid om ze te gebruiken of er over te beschikken, tenzij op grond van de bestuursregeling die geldt voor de betrokken rechtspersoon waarbij zij, bv. in de hoedanigheid van bestuurder of ander orgaan, *in naam en voor rekening van* de rechtspersoon zelf kunnen optreden.

De bevoegdheden van de aandeelhouders zijn hierdoor, anders dan die van een echte eigenaar, doelgebonden. Wie optreedt voor rekening van de rechtspersoon staat in een fiduciaire verhouding tot de rechtspersoon: hij voert bewind over ander-mans vermogen (i.e. van de rechtspersoon) en dient dit bewind te voeren in het belang van die (rechts)persoon (W. Van Gerven, *Bewindsbevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 141 e.v.). Indien dit bewind niet in het belang van de rechtspersoon wordt ge-voerd, kan de rechtspersoon de bewindvoerder aansprakelijk stellen.

Bij een rechtspersoon is dan ook geen sprake van de verregaande autonomie (*uti, frui en abuti*) van het eigendomsrecht uit art. 544 BW. Men zou hiertegen kunnen inbrengen dat de norm van het belang van de rechtspersoon zich enkel richt naar wie het bestuur en vertegenwoordiging van die rechtspersoon waarneemt, en niet naar die rechtspersoon zelf. De rechtspersoon is echter een onstoffelijk rechtssub-ject zonder hoofd, armen of benen. Het beheer van zijn vermogen wordt daarom *altijd* waargenomen door natuurlijke personen. Een norm die zich richt naar die na-tuurlijke personen beperkt daardoor ook de actieradius van die rechtspersoon zelf.

De algemene beperkingen die gelden voor het bestuur en vertegenwoordiging van een vennootschap kennen drie lagen:

- wettelijke specialiteit
- statutaire specialiteit
- vennootschapsbelang

De statutaire specialiteit komt aan bod in § 2 over vertegenwoordiging.

- (80) **Wettelijke specialiteit.** De rechtspraak las vóór het WVV in het winstoogmerk (oud art. 1 W.Venn.) niet enkel een norm waaraan de vennootschap zelf moest voldoen maar ook een norm waaraan concrete handelingen namens de ven-nootschap kunnen worden getoetst. Met name handelingen om niet konden worden aangevochten wegens schending van het winstoogmerk als wettelijke specialiteit van vennootschappen. Daarbij ging het doorgaans niet om zeer edel-moedige giften, wel om vermogensverschuiving naar aandeelhouders of andere verbonden partijen. Zie bv. Cass. 30 september 2005, *TRV* 2006, 592, noot F. Jenné, *TBH* 2006, 1028, noot P.A. Foriers:

“Aangevochten beslissingen

Het bestreden arrest verwerpt het middel dat eiseres hieruit afleidde dat de litigieuze borgtocht door haar was aangegaan zonder enige tegenpres-tatie en zonder dat zij enig belang had in de vennootschap waaraan de borgtocht was gegeven, zodat zij louter om niet had gehandeld en die han-deling derhalve niet aan haar kon worden tegengesteld wegens het op de

handelsvennootschappen toepasselijke beginsel van de wettelijke specialiteit, op grond :

"Dat die borgtocht niet zonder tegenprestatie is gesteld, aangezien het niet wordt betwist dat X. D. tevens gedelegeerd bestuurder was van een naamloze vennootschap Espace Lulay, huurster van de bv.b.a. Les Messes de minuit".

#### Grievens

Krachtens artikel 1, eerste lid, van het Wetboek van vennootschappen (oud artikel 1832 van het Burgerlijk Wetboek) heeft een vennootschap tot doel een of meer nauwkeurig omschreven activiteiten uit te oefenen en het oogmerk aan de vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel te bezorgen. Die bepaling vormt de grondslag van het beginsel van de wettelijke specialiteit die een algemene beperking aanbrengt aan de bekwaamheid van de rechtspersonen, of meer bepaald aan de bevoegdheid van de organen ervan, in die zin dat handelsvennootschappen enkel kunnen worden opgericht met het oog op de exploitatie van een winstgevende activiteit.

De miskennis van het beginsel van de wettelijke specialiteit impliceert dat de vennootschap geen verbintenis heeft aangegaan jegens derden die profijt zouden willen trekken uit de onrechtmatig verrichte handeling.

Het vereiste dat handelsvennootschappen winst moeten nastreven impliceert dat de door hen verrichte handelingen voor de vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel moeten opleveren.

Daar het bestreden arrest het bestaan van een dergelijke tegenprestatie enkel hieruit afleidt dat X. D., afgevaardigd bestuurder van eiseres, tevens afgevaardigd bestuurder is van de naamloze vennootschap Espace Lulay, huurster van de bv.b.a. Messes de Minuit, waaraan de borgtocht was gegeven, terwijl de n.v. Espace Lulay helemaal geen partij is bij de verbintenissen die voortvloeien uit het gewaarborgde krediet en die de grondslag van het geschil vormen, miskent dat arrest het in artikel 1, eerste lid, van het Wetboek van vennootschappen vastgelegde beginsel van de wettelijke specialiteit.

Aldus verbindt het arrest bovendien aan de omstandigheid dat X. D., afgevaardigd bestuurder van eiseres, tevens afgevaardigd bestuurder van de naamloze vennootschap Espace Lulay was, een gevolgtrekking die op grond ervan geenszins kan worden verantwoord, namelijk dat de betwiste akte borgstelling wel degelijk een tegenprestatie inhield voor eiseres, zodat het arrest het wettelijk begrip feitelijk vermoeden miskent en derhalve de artikelen 1349 en 1353 van het Burgerlijk Wetboek schendt.

#### Beslissing van het Hof

##### 1. Tweede middel

Overwegende dat artikel 1, eerste lid, van het Wetboek van vennootschappen bepaalt dat een vennootschap wordt opgericht door een contract op grond waarvan twee of meer personen overeenkomen iets in gemeenschap te brengen met als doel één of meer nauwkeurig omschreven activiteiten uit te oefenen en met het oogmerk aan de vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel te bezorgen ;

Dat, krachtens die bepaling, de bekwaamheid van de vennootschap en de bevoegdheid van haar organen om haar rechtsgeldig te verbinden beperkt zijn tot de handelingen die de vennoten een dergelijk voordeel bezorgen ;

Overwegende dat het bestreden arrest vaststelt dat aan de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Les Messes de Minuit een krediet van 6.447.800 BEF is verstrekt door de naamloze vennootschap Société commerciale et de crédit, dat verweerster zich borg gesteld heeft voor de verbintenissen van de vennootschap Les Messes de Minuit en dat de afgevaardigd bestuurder van eiseres voor haar een borgtocht heeft aangegaan tot dekking van de verplichtingen als borg van verweerster, maar dat eiseres betwist door die handeling verbonden te zijn ;

Overwegende dat het arrest, dat, om te zeggen dat de borgtocht niet zonder tegenprestatie is aangegaan, zich beperkt tot de vermelding dat de afgevaardigd bestuurder van eiseres "tevens afgevaardigd bestuurder was van een naamloze vennootschap Espace Lulay, huurster van de vennootschap Les Messes de Minuit", terwijl het overigens niet vaststelt dat uit het gewaarborgde krediet enige verplichting is ontstaan voor de naamloze vennootschap Espace Lulay, zijn beslissing niet naar recht verantwoordt ;

Dat, in zoverre, het middel gegrond is ;”

Het WVV codificeerde de wettelijke specialiteit niet. Meer nog, de specialiteit van de vennootschap werd aldus omschreven dat de vraag rijst of de oude rechtspraak nog wel geldt. Zie verder nr. (125) e.v.

Wellicht maakt de al dan niet afschaffing in de praktijk niet zo’n groot verschil. Deze verschijningsvorm van het winstoogmerk is als norm erg verwant aan het vennootschapsbelang (ten minste, indien het vennootschapsbelang zo wordt ingevuld dat ook de schuldeisersbelangen tellen). Ook een schending van het vennootschapsbelang kan immers leiden tot het aanvechten van een concrete beslissing namens een vennootschap.

Op het eerste gezicht lijkt het winstoogmerk hier een scherper instrument dan het vennootschapsbelang:

- Het winstoogmerk lijkt meer zwart-wit dan het vennootschapsbelang: of een handeling om niet is, kan makkelijker worden vastgesteld dan of een handeling het vennootschapsbelang schendt.

- Het winstoogmerk is als wettelijke grens aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van vennootschapsvertegenwoordigers tegenwerpelijk aan derden (M. Coipel, *Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales*, Brussel, Larcier, 1982, 219, nr. 348.3). Het vennootschapsbelang daarentegen heeft in beginsel enkel interne werking.

Bij nadere toezien blijken beide verschilpunten tussen winstoogmerk en vennootschapsbelang onbestaande:

- Niet elke handeling om niet geldt als een verboden schending van het winstoogmerk (P.-A. Foriers, “Spécialité légale, spécialité statutaire et but de lucre”, *TBH* 2006, 1033, nr. 6; J.-M. Nelissen Grade, “Le crédit bancaire et le droit des sociétés”, in *Le crédit aux entreprises, aux collectivités publiques et aux particuliers*, Brussel, JBB, 2002, 369, nr. 10; F. Jenné, “Welke sancties in geval over overschrijding van de wettelijke en de statutaire specialiteit en miskenning van het vennootschapsbelang”, *TRV* 2002, 388, nr. 2). Een handeling om niet is met name rechtmatig indien ze in het belang van de vennootschap is (K. Geens en M. Wyckaert, *Algemeen deel*, 233-237, nr. 133). Het vennootschapsbelang geeft hierdoor invulling aan de schending van de wettelijke specialiteit (F. Bouckaert, “Wettelijk specialiteitsbeginsel en doeloverschrijving”, *TRV* 1989, 332). Bij beide normen wordt de opportuniteit van de aangevochten beslissing met terughoudendheid getoetst (P.-A. Foriers, “Spécialité légale, spécialité statutaire et but de lucre”, *TBH* 2006, 1033, nr. 6.). Beide begrippen vallen hier inhoudelijk dan ook samen.
- Ook een verrichting gedaan met schending van het vennootschapsbelang kan worden aangevochten indien de betrokken tegenpartij derdenmedeplichtig is aan de schending van het vennootschapsbelang (A. Francois, *Vennootschapsbelang*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 596, nr. 438; J.-M. Nelissen Grade, “Le crédit bancaire et le droit des sociétés”, in *Le crédit aux entreprises, aux collectivités publiques et aux particuliers*, 385, nr. 32; F. Jenné, “Welke sancties in geval over overschrijding van de wettelijke en de statutaire specialiteit en miskenning van het vennootschapsbelang”, *TRV* 2002, 390, nr. 14). Bij een benadelende handeling om niet zal het niet moeilijk zijn om zulke medeplichtigheid aan te tonen. Omgekeerd zal in de praktijk de nietigheid van een beslissing enkel aanleiding geven tot nietigheid wegens schending van het winstoogmerk in zeer duidelijke gevallen, waar de derde medecontractant niet te goeder trouw kon zijn.

De conclusie is dan ook dat het vennootschapsbelang perfect de functie van het huidige winstoogmerk kan vervullen. Wel is de kring van vorderingsge-rechtigden meer beperkt bij een schending van het vennootschapsbelang dat, anders de wettelijke specialiteit, niet wordt geacht aan de openbare orde te raken.

- (81) **Vennootschapsbelang: aandeelhouders en schuldeisers.** Hoger in nr. (39) hebben we geargumenteerd dat beperkte aansprakelijkheid een verhoogd risico op opportunistisch gedrag met zich brengt. Daarom moet het vennootschapsbelang ook de belangen van de schuldeisers van de vennootschap mee in rekening brengen

*“Ah pas de bonnes oeuvres – surtout pas de bonnes oeuvres!”* (Baron Felden in *A legacy* van Sybille Bedford (1956)) Dit is géén pleidooi voor een zeer ruime invulling van het vennootschapsbelang met allerlei maatschappelijke belangen.

Het vennootschapsbelang is geen norm voor het maatschappelijk doen en nalaten van de vennootschap zelf. Die normen vinden we in het recht overal *behalve* in het vennootschapsrecht. In welke mate een vennootschap rekening moet houden met bv. werknemers, consumenten of het milieu wordt bepaald door regels van o.a. arbeidsrecht, consumentenrecht, milieurecht of verbintenissenrecht. Er gelden daarbij geen andere normen voor ondernemingen naargelang ze gevoerd worden door een natuurlijke persoon dan wel een vennootschap.

Enkel in het vraagstuk van de externe aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van aandeelhouders en vooral bestuurders krijgen die andere belangen een vennootschapsrechtelijke insteek (zie hierna).

Het vennootschapsbelang is vooral een interne norm die zich richt naar bestuurders, aandeelhouders en andere insiders van de vennootschap. Miskennis van dit vennootschapsbelang door (leden van) organen of andere agenten, kan worden aangevochten door interne actiemogelijkheden, zoals een *actio mandati* (interne aansprakelijkheidsvordering), een nietigheidsvordering of een vordering tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder.

Daarom kies ik voor een enge invulling van het vennootschapsbelang als het maximaliseren van de winst van de investeerders (aandeelhouders én schuldeisers). Dit zorgt voor een eenvoudige standaard waaraan de handelingen van een bestuursorgaan of deelgenoten kunnen worden getoetst. Dit vermindert aanzienlijk de monitoring-kosten binnen een vennootschap. Een enge norm is een scherpe norm.

Externe belangen worden overigens voor een groot stuk geïnternaliseerd in de interne norm van het vennootschapsbelang. Doordat schending van deze externe normen de vennootschap aansprakelijkheden kan opleveren, staat de beoordeling van het vennootschapsbelang immers niet volledig los van deze extra-vennootschapsrechtelijke normen. Het enge winstbelang van de investeerders spoort hier met de externe belangen van buitenstaanders.

Een brede invulling van het vennootschapsbelang zou inhouden dat die externe belangen door bestuurders en andere insiders mogen worden nagestreefd ten koste van de investeerders. Dit zou het vennootschapsbelang tot een bot instrument maken. Een ruime invulling van het vennootschapsbelang verhoogt daardoor ook het risico dat bestuurders die hun bevoegdheid wensen te misbruiken voor hun eigen belang hiervoor een verantwoording kunnen vinden in een deelaspect van een ruim vennootschapsbelang. Iedere praktizijn weet dat als bij een bepaalde beslissing of verrichting het vennootschapsbelang omstandig wordt gemotiveerd met verwijzing naar een grote kring van stakeholders, de kans groot is dat een deel of het geheel van de aandeelhouders of schuldeisers wordt bezwendeld.

Hier wil ik vooral dit punt maken: hoe eng het vennootschapsbelang ook wordt begrepen, het wordt in ieder geval ook bepaald door de verhaalsbelangen van de schuldeisers van de vennootschap.

Dat *lijkt* te worden tegengesproken door een recent cassatiearrest dat stelt dat het vennootschapsbelang wordt “bepaald door het collectief winstbelang van haar huidige en toekomstige aandeelhouders” (Cass. 28 november 2013, TRV 2014, 286, noot N. Cooreman, TBH 2014, noot D. Willermain.).

Dit arrest ging echter over de verantwoordbaarheid van overdrachtsbeperkingen aan aandelen op grond van het vennootschapsbelang. Dat is een scheve bril om te kijken naar het vennootschapsbelang in het algemeen: in zo’n casus gaat het immers niet rechtstreeks om het vermogen van de rechtspersoon zelf, wel om de aandelen in die rechtspersoon. Uiteraard komen de vennootschapsschuldeisers niet in het vizier indien het gaat om de aandelen en niet om de activa en passiva van de vennootschap zelf. De vennootschapsschuldeisers zijn immers bevoorrecht op de aandeelhouder en zijn persoonlijke schuldeisers, zodat beschikkingshandelingen m.b.t. de aandelen hen niet rechtstreeks raken.

Om dezelfde reden is het jammer dat de discussie omtrent de invulling van het vennootschapsbelang meestal werd gevoerd in de context van een openbaar bod op de effecten van een vennootschap. In België vooral sinds het bod op de Generale Maatschappij. Zie Brussel, 1 maart 1988, TRV 1988, 155, met noot K. Geens, S. Raes en M. Wyckaert. Het gaat hier immers opnieuw om de aandelen in de vennootschap en niet direct om het vermogen van de vennootschap zelf.

Het openbaar bod illustreert weer wel mooi hoe een zeer breed ingevuld vennootschapsbelang een schaamlapje kan vormen voor opportunistisch bestuurshandelen. Het kan immers de ideologische verantwoording leveren voor beschermingsmechanismen die het zittende bestuur in hun zetel houden, tegen de belangen van aandeelhouders in.

## 2. Toerekening van rechtshandelingen (vertegenwoordiging)

### a. Vertegenwoordiging in het algemeen

- (82) **Voorwaarden voor toerekening.** Vertegenwoordiging (in eigenlijke zin) is een juridische figuur waarbij een persoon (vertegenwoordiger) in naam van een andere persoon (vertegenwoordigde, opdrachtgever) rechtshandelingen stelt die aan de vertegenwoordigde worden toegerekend als deze handelingen vallen binnen de vertegenwoordigingsmacht van de vertegenwoordiger. Toerekening betekent dat de rechten en verbintenissen volgend uit die rechtshandelingen gelden als rechten en verbintenissen van de vertegenwoordigde; de vertegenwoordiger zelf zal niet gebonden zijn op grond van de betrokken rechtshandeling.

Toerekening aan een vertegenwoordigde partij van een vertegenwoordigingshandeling veronderstelt in principe dat aan twee voorwaarden is voldaan:

- [1] De vertegenwoordiger handelt “in hoedanigheid” (*qualitate qua*), d.w.z. in naam van de vertegenwoordigde. Dit kan expliciet gebeuren (“BV Miet, vertegenwoordigd door Miet, haar bestuurder”) of kan blijken uit de concrete omstandigheden.
- [2] De vertegenwoordiger handelt binnen zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid, d.w.z. hij mag in naam van de vertegenwoordigde optreden en respecteert de grenzen van deze bevoegdheid.

Indien de vertegenwoordigingsbevoegdheid haar oorsprong vindt in een contractuele verhouding is sprake van een volmachtverlening door de opdrachtgever aan de vertegenwoordiger. Deze volmachtverlening kan uitdrukkelijk of stilzwijgend gebeuren.

Volmachtverlening kan haar oorsprong vinden in het contract van lastgeving, maar kan ook een onderdeel zijn van een andere overeenkomst, zoals bv. een arbeidsovereenkomst of de bestuursovereenkomst tussen vennootschap en bestuurder. De bepalingen van art. 1984-2010 BW vormen deels de neerslag van het gemeen recht inzake vertegenwoordiging (bv. art. 1998 BW) en zijn deels enkel van toepassing op het contract van lastgeving (bv. 2003 BW).

Vertegenwoordigingsbevoegdheid kan ook een niet-contractuele grondslag hebben zoals een oneigenlijk contract (bv. zaakwaarneming), de wet (bv. ouder voor het minderjarig kind), een gerechtelijke uitspraak (bv. aanstelling van een curator), ...

- (83) **Middellijke vertegenwoordiging.** Indien *aan de eerste voorwaarde niet is voldaan*, d.w.z. als de vertegenwoordiger handelt voor rekening van een opdrachtgever maar in eigen naam is er geen sprake van vertegenwoordiging in eigenlijke zin, maar van middellijke vertegenwoordiging (of naamlening).

De naamlener zal zelf gebonden zijn op grond van de betrokken rechtshandeling; niet de opdrachtgever. In de externe verhouding (met de derden t.a.v. wie de rechtshandeling werd gesteld) rusten de rechten en verplichtingen bij de naamlener. In de interne verhouding moet de naamlener het voordeel wel doorleveren en heeft hij recht om door de opdrachtgever te worden gevrijwaard voor de aansprakelijkheid die hij heeft opgelopen.

De stille maatschap kan gezien worden als een maatschap waarbij de werkende vennoot optreedt als middellijk vertegenwoordiger. In het ondernemingsrecht is de commissionair een voorbeeld van een middellijk vertegenwoordiger.

- (84) **Formeel toerekeningscriterium.** Het in “in naam van”-vereiste zorgt ervoor dat er een formeel criterium is voor de toerekening van rechtshandelingen. Doorslaggevend is de hoedanigheid waarin werd opgetreden, niet de vraag voor wiens rekening of in wiens belang werd opgetreden. Het handelen in hoedanigheid kan blijken uit de concrete omstandigheden; een sacramentele formule is niet vereist.

Indien de betrokken rechtshandeling in een onderhandse akte wordt neergelegd stelt de rechtspraak zich nochtans formalistisch op. Dit formalisme is terecht: de vraag wie partij is bij de rechtshandelingen heeft verregaande gevolgen, die partijen vooraf zeer eenvoudig kunnen regelen. Het formalisme is een signaal om dit dan ook goedkoop effectief vooraf te regelen in plaats van er achteraf duur over te procederen. Doorslaggevend is dat het hier gaat om *vrijwillige* schuldeisers (zie hoger nr. (38)). Dit formalisme blijkt o.m. uit twee cassatiearresten.

In Cass. 27 januari 2017 (C.16.0141.N) had een bestuurder namens een vennootschap een overeenkomst tot huur van voertuigen getekend waarbij in de algemene voorwaarden stond dat de bestuurder die de overeenkomst tekende

naast de vennootschap hoofdelijk voor de verbintenissen volgend uit de overeenkomst zou instaan. Het Hof van Cassatie verbrak het arrest van het Hof van Beroep van Antwerpen dat de bestuurder contractueel persoonlijk aansprakelijk stelde:

“1. Krachtens artikel 1134, eerste lid, Burgerlijk Wetboek strekken alle overeenkomsten die wettig zijn aangegaan, degenen die ze hebben aangegaan tot wet. Krachtens artikel 1108 Burgerlijk Wetboek is onder meer de toestemming van de partij die zich verbindt, een vereiste voor de geldigheid van een overeenkomst.

2. Naar luid van artikel 1165 Burgerlijk Wetboek brengen overeenkomsten alleen gevolgen teweeg tussen de contracterende partijen. Zij brengen aan derden geen nadeel toe en strekken hun slechts tot voordeel in het geval bepaald bij artikel 1121.

3. Overeenkomstig artikel 61, § 1, Wetboek van Vennootschappen handelen de vennootschappen door hun organen waarvan de bevoegdheden worden vastgesteld door dit wetboek, het doel en de statuten. De leden van deze organen zijn niet persoonlijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap.

4. Uit de samenhang van deze wetsbepalingen volgt dat een door een vennootschap gesloten overeenkomst alleen deze vennootschap bindt en niet de natuurlijke persoon die in zijn hoedanigheid van orgaan van de vennootschap de overeenkomst namens de vennootschap heeft gesloten. Hij kan enkel als medeschuldenaar van die overeenkomst worden aangemerkt mits hij zichzelf daartoe, in eigen naam, verbonden heeft.”

Cass. 21 december 2018 (C.18.0204.N) huldigt een gelijkaardig formalisme voor het geval de verbintenis van de bestuurder in het corpus zelf van de overeenkomst staat, maar waarbij de bestuurder niet als partij werd geïdentificeerd aan het begin noch expliciet in eigen naam ondertekende:

1. Krachtens artikel 1134, eerste lid, Burgerlijk Wetboek strekken alle overeenkomsten die wettig zijn aangegaan, degenen die ze hebben aangegaan tot wet. Krachtens artikel 1108 Burgerlijk Wetboek is onder meer de toestemming van de partij die zich verbindt, een vereiste voor de geldigheid van een overeenkomst.

2. Overeenkomstig de artikelen 13 en 13bis VZW-wet handelt de vereniging door haar bestuursorganen. Krachtens artikel 14bis gaan de bestuurders, in beginsel, geen persoonlijke verplichtingen aan inzake de verbintenissen die de vereniging aangaat.

3. Krachtens artikel 1322 Burgerlijk Wetboek heeft een onderhandse akte die erkend is door degenen tegen wie men zich daarop beroept, of die wettelijk voor erkend wordt gehouden, tussen de ondertekenaars van de akte en tussen hun erfgenamen en rechtverkrijgenden dezelfde bewijskracht als een authentieke akte. De ondertekening van de akte verbindt de ondertekenaar wanneer er geen twijfel kan bestaan over zijn wil in te stemmen met de inhoud van de akte.

4. Uit het vorenstaande volgt dat wanneer een akte zowel verbintenissen van een rechtspersoon als persoonlijke verbintenissen van de bestuurder bevat, de handtekening uitsluitend als bestuurder ook de instemming van de ondertekenaar met de persoonlijke verbintenissen omvat wanneer er geen twijfel kan bestaan dat de ondertekenaar zich met deze ondertekening ook persoonlijk heeft willen verbinden. Het voorhanden zijn van deze bedoeling wordt door de feitenrechter beoordeeld aan de hand van de intrinsieke elementen van de akte.

5. Op grond van de in het middel weergegeven redenen, waaronder de grafische opmaak van de akte, het feit dat de verweerder enkel in de hoofding werd vermeld en zulks zonder adres of nadere gegevens en op de plaats waar de handtekeningen moeten worden gezet enkel wordt vermeld “de huurder vzw Theater Cartouche”, oordeelt de appelrechter zonder schending van de aangevoerde wetsbepalingen en zonder miskenning van de bewijskracht van de akte dat de ondertekening van deze akte door de verweerder enkel de vereniging verbindt en, wat hem persoonlijk betreft, slechts het begin van bewijs door geschrift overeenkomstig artikel 1347 Burgerlijk Wetboek oplevert.”

- (85) **Vertegenwoordigingsonbevoegdheid.** Indien aan de tweede voorwaarde niet is voldaan, d.w.z. als de vertegenwoordiger handelt in naam van een opdrachtgever maar zonder of buiten bevoegdheid is er sprake van vertegenwoordigingsonbevoegdheid.

In zo’n geval is er in beginsel geen toerekening van de rechtshandeling aan de vertegenwoordigde (zie art. 1998 BW). De vertegenwoordigingsmacht wordt m.a.w. in beginsel bepaald door de vertegenwoordigingsbevoegdheid. De opdrachtgever zal niet gebonden zijn t.a.v. de derde; dit betekent dat de derde (en niet de vertegenwoordigde) die met de vertegenwoordiger handelt in principe het risico draagt van de onbevoegdheid van de vertegenwoordiger.

De derde kan zich tegen dit risico indekken door een legitimatie van de bevoegdheid van de vertegenwoordiger te vragen. Die legitimatie kan bestaan uit een geschreven document waarin de opdrachtgever het bestaan en de grenzen van

de volmachtverlening bevestigt (“**volmacht**” kan zowel verwijzen naar dit *instrumentum*, als naar de volmachtverlening als *negotium*, hierboven vermeld in nr. (82)).

De derde is bij zijn poging tot bewijs van de bevoegdheid van de vertegenwoordiger niet beperkt tot een geschreven volmachtverlening of legitimatie, al is het natuurlijk verstandig daar de overlegging van te vragen. Een derde kan de bevoegdheid van een vertegenwoordiger bewijzen, ook als deze vertegenwoordiger en/of de beweerdde opdrachtgever zijn bevoegdheid ontkent. Een derde kan daarbij de bevoegdheid van een partij bewijzen met alle middelen rechtens. Het is een veelvoorkomende misvatting om te denken dat als de bevoegdheid door een beweerdde opdrachtgever wordt ontkend en niet blijkt uit een schriftelijke legitimatie, dat dan een derde enkel nog beroep kan doen op schijnvertegenwoordiging.

Ook de onbevoegde vertegenwoordiger zelf zal niet gebonden zijn door de rechtshandeling die hij buiten zijn bevoegdheid heeft gesteld; hij stelde die per hypothese immers niet in eigen naam. Onbevoegd een vertegenwoordigingshandeling stellen is wel een onrechtmatige daad. De onbevoegd vertegenwoordiger zal dus tegenover de derde wel aansprakelijk zijn op grond van art. 1382 BW, tenzij hij de perken van zijn volmacht duidelijk aan de derde kenbaar heeft gemaakt. In dat laatste geval verbindt hij niemand, tenzij wanneer hij uitdrukkelijk te kennen geeft aan de derde zich persoonlijk te engageren voor die gevallen waarin hij zijn bevoegdheid overschrijdt (art. 1997 BW).

Uitzonderlijk zal een onbevoegde handeling toch worden toegerekend aan de vertegenwoordigde, zoals bij bekrachtiging of bij een rechtmatig vertrouwen in een schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid.

- (86) **Bekrachtiging.** Bij bekrachtiging achteraf door de vertegenwoordigde van de vertegenwoordigingshandeling gebeurt er toerekening alsof de handeling *ab initio* bevoegd werd gesteld (art. 1998 al. 2 BW). Bekrachtiging kan expliciet gebeuren of impliciet (bv. het vrijwillig uitvoeren door de vertegenwoordigde van een overeenkomst die onbevoegd in zijn naam was afgesloten).
- (87) **Schijnvertegenwoordiging.** Schijnvertegenwoordiging zal door een rechter worden aanvaard in die gevallen waar het door de concrete omstandigheden een derde niet ten kwade kan worden geduid dat geen volmacht of andere legitimatie werd gevraagd. Foutloze schijnvertegenwoordiging is eigenlijk een risicoaansprakelijkheid in hoofde van een opdrachtgever voor onbevoegd handelen in zijn naam.

Schijnvertegenwoordiging kan gezien worden als een regel die de verwachte totale maatschappelijke kost van onbevoegd optreden zo laag mogelijk houdt (J. Vananroye, „De vertegenwoordigingsmacht van een werknemer van een vennootschap", *TRV*. 1998, 115 e.v.). De verwachte totale kost van onbevoegd optreden is de som van enerzijds het bedrag van de schade hierdoor veroorzaakt vermenigvuldigd met de kans dat dit zich voordoet en anderzijds de kosten gemaakt om het onbevoegd handelen te voorkomen.

Een optimaal zorgniveau is daardoor niet een zo hoog mogelijk zorgniveau: er moet vermeden worden dat voorzorgkosten hoger zijn dan de verwachte schade ten gevolge van onbevoegd optreden. Dat is de reden waarom bv. bij lage bedragen makkelijker schijnvertegenwoordiging wordt aanvaard. De kost van een mogelijk onbevoegd optreden is hier immers laag.

Schijnvertegenwoordiging mag dan ook niet louter gezien worden als een aansprakelijkheidsgrond voor organisaties. De schijnleer is ook voordelig voor de opdrachtgever: derden zullen minder snel een schriftelijke legitimatie vragen waardoor de organisatie vlotter en goedkoper kan werken.

Net als bij onrechtmatige daden kan voor toerekening van onbevoegd optreden het criterium van de verkeersopvattingen gebruikt worden. Reeds in 1968 legde Van Gerven de band tussen de toerekening van onrechtmatige daden aan een opdrachtgever volgens het objectief criterium van de „normale vertegenwoordigingsactiviteit" en de figuur van de foutloze schijnvertegenwoordiging (*Algemeen deel*, 504).

Voor toerekening is in de eerste plaats vereist dat:

- de vertegenwoordigingshandeling in het rechtsverkeer geldt als een handeling van de vertegenwoordigde (**rechtmatig vertrouwen**); en
- de derde wist niet dat de vertegenwoordiger onbevoegd was voor de vertegenwoordigingshandeling (**goede trouw**).

Het is verwarrend dat sommige auteurs het ‘rechtmatig vertrouwen’ zien als een subjectieve voorwaarde of het reduceren tot ‘goede trouw’. Het is een objectief begrip, dat de vertegenwoordigingshandeling toetst aan een normale vertegenwoordigingsactiviteit. De goede trouw van de derde dient daarnaast als een zelfstandige, subjectieve toepassingsvoorwaarde te worden beschouwd.

Meestal wordt ook vereist dat de schijn van bevoegdheid door een **toedoen** van de opdrachtgever toerekenbaar is aan de beweerde opdrachtgever. Voor na-

tuurlijke personen is dit verdedigbaar: vertegenwoordiging is uitzonderlijk en zeker voor belangrijke handelingen zal een derde bij bijzondere omstandigheden verschoon worden dat hij geen legitimatie vroeg.

Later in nr. (91) zullen wel aantonen dat bij organisaties (i) schijnvertegenwoordiging een meer belangrijke rol speelt dan bij natuurlijke personen en (ii) het 'toedoen'-vereiste daar geen zelfstandige rol speelt.

- (88) **Vertegenwoordigingsmacht zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid.** Schijnvertegenwoordiging is een eerste geval van vertegenwoordigingsmacht (vertegenwoordiger *kan* verbinden) zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid (vertegenwoordiger *mag niet* verbinden). In zo'n geval zijn de beperkingen aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid niet tegenwerpelijk aan derden; ondanks de onbevoegdheid is de opdrachtgever toch gebonden. De opdrachtgever zal zich in de interne verhouding wel kunnen verhalen op de schijnvertegenwoordiger die onbevoegd optrad.

- (89) **Toerekening aan opdrachtgever sluit eigen buitencontractuele aansprakelijkheid van de vertegenwoordiger niet uit.** De vertegenwoordiger is in de regel nooit contractueel aansprakelijk, maar kan dat wel *buitencontractueel* zijn. Het is verkeerd te denken dat of de opdrachtgever of de vertegenwoordiger aansprakelijk is. Toerekening aan de opdrachtgever sluit niet uit dat de vertegenwoordiger voor dezelfde handelingen ook buitencontractueel aansprakelijk is uit onrechtmatige daad (W. Van Gerven, *Algemeen deel*, 509-510, nr. 154). Handelingen blijven uiteraard handelingen van degene die ze fysiek heeft gesteld, ook al worden ze toegerekend aan de opdrachtgever als rechtsfeit of rechtshandeling.

Wel kan de onrechtmatigheid volgens verschillende criteria worden beoordeeld. Zie in hoofdstuk [9] in nr. (139) de uiteenzetting over externe bestuursaansprakelijkheid. Een buitencontractuele aansprakelijkheid van de opdrachtgever veronderstelt daarom niet noodzakelijk een buitencontractuele aansprakelijkheid bij de handelende vertegenwoordiger, evenmin als ze die uitsluit.

#### **b. Vertegenwoordiging bij organisaties**

- (90) **Belangrijke rol en bijzondere aard van vertegenwoordiging in het economisch leven.** Vertegenwoordiging speelt bij natuurlijke personen in particuliere verhoudingen slechts een beperkte rol. De meeste handelingsbekwame volwassenen

personen zullen maar uitzonderlijk vertegenwoordigd worden door een lasthebber of andere vertegenwoordiger.

In het economisch verkeer daarentegen is vertegenwoordiging een dagelijkse realiteit. Dit is zeker zo voor rechtspersonen en andere onstoffelijke organisaties. Zij hebben vertegenwoordiging nodig om rechtshandelingen te kunnen stellen. Elke rechtshandeling t.a.v. derden van een vennootschap zal een vertegenwoordigingshandeling namens die vennootschap zijn.

Vertegenwoordiging van rechtspersonen verschilt ook fundamenteel van vertegenwoordiging van een natuurlijke persoon. Anders dan bij vertegenwoordiging van een natuurlijke persoon, is er bij vertegenwoordiging van een rechtspersoon uitiem geen natuurlijke persoon bij wie kan worden aangeklopt voor de bevestiging van, of andere toelichting omtrent, de bevoegdheid van een vertegenwoordiger. Elke natuurlijke persoon die legitimatie verleent namens de organisatie zal op zijn beurt *opnieuw* een vertegenwoordiger zijn wiens bevoegdheid in vraag kan worden gesteld.

De regel van gemeen vertegenwoordigingsrecht, waarbij vertegenwoordigingsmacht en -bevoegdheid in principe samenvallen en de derde het risico van onbevoegdheid draagt (art. 1998 BW) is daarmee voor een rechtspersoon problematischer dan voor een natuurlijke persoon.

Omdat vertegenwoordiging zowel belangrijker als problematischer is in het vennootschapsrecht, hoeft het niet te verbazen dat vertegenwoordigingsmacht zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid er meer voorkomt dan bij natuurlijke personen:

- We argumenteren dat **schijnvertegenwoordiging** een meer prominente rol speelt bij organisaties dan bij particuliere natuurlijke personen, én er makkelijker zal worden aanvaard.
- Voor alle rechtspersonen is er een systeem van organieke vertegenwoordiging waarbij derden te goeder trouw in belangrijke mate kunnen vertrouwen op **bekendmaking**: art. 2:8, § 1, 5° en 2:14, 1° *juncto* art. 2:18 WvV en art. 2:19 WvV. Zie verder ook nr. (105) e.v.
- Voor volkomen rechtspersonen geldt de regel (ook wel "**Prokura-systeem**"), dat statutaire bevoegdheidsbeperkingen de vertegenwoordigingsmacht niet inperken, zelfs niet indien ze werden bekendgemaakt.

Deze gevallen van vertegenwoordigingsmacht beschermen derden die met de vertegenwoordiger gehandeld hebben: de bevoegdheidsbeperkingen kunnen door de beweerde opdrachtgever immers niet aan die derde worden tegengeworpen. Toch mogen deze gevallen niet enkel begrepen worden als derdenbescherming of als een sanctie voor de vennootschap. Deze regels faciliteren ook aanzienlijk het optreden van een rechtspersoon in het rechtsverkeer. Derden zullen hierdoor immers minder snel de bevoegdheid van de vertegenwoordiger in vraag stellen en kunnen zich vergewissen van de vertegenwoordigingsmacht, bv. door te vertrouwen op wat werd gepubliceerd in de BBS (rechtspersonen) of door af te gaan op wat de normale vertegenwoordigingspraktijk is (bij schijnvertegenwoordiging).

De huidige Belgische wettelijke regeling komt uit de Eerste Richtlijn. Die is van toepassing op NV's en BV's, maar de Belgische wetgever heeft de principes deels uitgebreid naar alle rechtspersonen en deels naar alle rechtspersonen met beperkte aansprakelijkheid. Die bepalingen staan nu in art. 9, 1-2 van de coördinatie van de vennootschapsrichtlijnen in Richtlijn 2017/1132:

**1. De vennootschap is ten opzichte van derden gebonden door de handelingen welke door haar organen zijn verricht, ook al vallen die handelingen niet onder het vennootschapsdoel, tenzij door genoemde handelingen de bevoegdheden worden overschreden welke volgens de wet aan die organen toekomen of kunnen worden toegekend.**

**De lidstaten kunnen evenwel bepalen dat de vennootschap niet is gebonden als die handelingen de grenzen van het vennootschapsdoel overschrijden, indien zij bewijst dat de derde wist dat de handeling de grenzen van dit doel overschreed of hiervan, gezien de omstandigheden, niet onkundig kon zijn. Openbaarmaking van de statuten alleen is hiertoe echter geen voldoende bewijs.**

**2. De grenzen welke door de statuten of door een beslissing van de bevoegde organen aan de bevoegdheden van de organen van de vennootschap worden gesteld, kunnen niet aan derden worden tegengeworpen, zelfs niet indien zij openbaar zijn gemaakt.**

Dit systeem zorgt ervoor dat bekommernissen met de vertegenwoordigingsmacht interne problemen worden: een derde hoeft er niet van wakker te liggen. Deze bekommernissen komen aan de oppervlakte in de uitzonderlijke gevallen dat het misloopt en er een betwisting is. De belangrijkste functie van de niet-tegenwerpelijkheid van beperkingen is echter niet het indekken van reële verte-

genwoordigingsissues, maar het geruststellen van derden m.b.t. potentiële issues die er wellicht toch niet zijn. (Het is daarmee te vergelijken met verjaring die vooral dient om gerust te stellen over vorderingen die er wellicht toch niet zijn).

- (91) **Bijzondere rol van schijnvertegenwoordiging bij organisaties (met of zonder rechtspersoonlijkheid).** De organisatie als subject kan enkel optreden door vertegenwoordigers. Hierdoor geldt bij een organisatie op zich reeds een “toedoen” dat een schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid sneller toerekenbaar maakt dan bij natuurlijke personen die als particulier handelen.

Bepalend is het rechtmatig vertrouwen van de derde dat de betrokken handeling als een handeling van de organisatie geldt. Kort gezegd leidt schijnvertegenwoordiging bij organisaties tot toerekening indien de betrokken vertegenwoordiging valt binnen een normale vertegenwoordigingspraktijk gezien (i) de aard van de organisatie, (ii) de aard en omvang van de betrokken rechtshandeling en (iii) de positie van de betrokken vertegenwoordiger.

Revelerend is dat Ronse in het rechtspraakoverzicht van 1978 de gebondenheid van de vertegenwoordiger steunt „op het risico dat in de eerste plaats in het voeren van een onderneming waarbij gebruik gemaakt wordt van gevolmachtigden, rust op hem die anderen aanstelt en niet op de wederpartij.” (“Overzicht vennootschapsrecht (1968-77)”, TPR 1978, 745, nr. 76). Dit suggereert terecht dat schijnvertegenwoordiging anders moet begrepen worden naargelang de vertegenwoordigers al dan niet binnen een organisatie opereren.

Naast de omstandigheid dat de organisatie zelf een risico creëert zijn hier goede redenen voor. De organisatie zelf geeft meestal geen volledige duidelijkheid over de vertegenwoordigingsbevoegdheid van haar functionarissen; zo stellen ook lagere functionarissen in de regel courant rechtshandelingen, terwijl het ver zoeken is naar statuten of andere voor derden toegankelijke documenten die hun bevoegdheid regelen. Een objectief criterium van toerekening zoals dat van schijnvertegenwoordiger verhindert dat de opdrachtgever kiest welke handelingen hem goed uitkomen.

Een optimaal zorgniveau voor een derde ligt lager bij een vertegenwoordiger die in het kader van een organisatie optreedt, dan bij een vertegenwoordiger die in naam van een particulier handelt. De kansen op misbruik, en dus de in te schatten kost van onbevoegd handelen, zijn hier immers lager. De omstandigheid dat iemand opereert binnen een organisatie zorgt voor objectiveerbare elementen (doelstelling van de organisatie, de plaats van de vertegen-

woordiger in organogram, de gebruikelijke praktijk, controle, ...) die verantwoordt dat er minder snel een legitimatie wordt gevraagd. Dit kader is er niet bij de vertegenwoordiger die buiten een organisatie opereert zonder externe omstandigheden die zijn beweerde bevoegdheid corroboreren.

Voor vertegenwoordigers die deel uitmaken van een organisatie volstaat dit gegeven om te spreken van “toedoen” van de drager van die organisatie. De opdrachtgever heeft immers zelf een risico gecreëerd. Voor toerekening is dan enkel nog vereist dat de vertegenwoordigingshandeling in het rechtsverkeer geldt als een handeling van de vertegenwoordigde. Dat is uiteraard niets anders dan de voorwaarde van het rechtmatig vertrouwen in hoofde van de derde, objectief begrepen. Zoals hiervoor uiteengezet is dit een objectief begrip, dat de vertegenwoordigingshandeling toetst aan een normale vertegenwoordigingsactiviteit.

De goede trouw van de derde dient daarnaast als een zelfstandige, subjectieve, toepassingsvoorwaarde te worden beschouwd.

- (92) **Cuivre-et-Zinc.** Het is ook niet toevallig dat het principe-arrest *Cuivre-et-Zinc* inzake schijnvertegenwoordiging een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid betreft (Cass. 20 juni 1988, TRV 1989, 540, noot P. Callens en S. Stijns: “Schijnvertegenwoordiging: een keerpunt!”).

Net als bij een rechtspersoon is het bij een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid onmogelijk om een legitimatie te krijgen van de “opdrachtgever”. Bij rechtspersonen volgt deze onmogelijkheid uit de onstoffelijke aard van die opdrachtgever: hierdoor kan de opdrachtgever enkel worden gelegitimeerd door een andere vertegenwoordiger. Hierdoor rijst een nieuwe legitimatievraag, zonder ooit te stoppen. Dit wordt voor rechtspersonen opgelost door organieke vertegenwoordiging: derden mogen vertrouwen op de vertegenwoordigingsmacht zoals die blijkt uit het toepasselijke publiciteitssysteem. Bij de vereniging zonder rechtspersoonlijkheid is de onmogelijkheid om een legitimatie te krijgen eerder een feitelijk gegeven, door de veelheid en veranderlijkheid van het aantal leden. Wegens de afwezigheid van een publiciteitssysteem biedt organieke vertegenwoordiging hier geen oplossing.

Daarom biedt schijnvertegenwoordiging een uitweg. Dit beschermt derden, maar is ook in het belang van de vereniging zelf: foutloze schijnvertegenwoordiging faciliteert immers aanzienlijk het optreden in het rechtsverkeer, aangezien derden hierdoor makkelijker zullen handelen met een verenigingsvertegenwoordiger.

In de *Cuivre-et-Zinc*-zaak achtte het Luikse Hof van Beroep de gewestelijk secretaris bevoegd om namens de leden verweer te voeren in een conflict over een bedrijfsbezetting (Luik 12 november 1986, *J.L.* 1986, (705) 707). Ook al heeft dit aanleiding gegeven tot het principe-arrest omtrent schijnvertegenwoordiging, de feiten van deze zaak verhouden zich m.i. slecht met schijnvertegenwoordiging in rechte. Aan de basisvoorwaarde van de leer van het schijnmandaat is namelijk niet voldaan: doordat de betrokken secretaris van in den beginne zijn bevoegdheid om de gezamenlijke leden in rechte te vertegenwoordigen ontkende, kan er onmogelijk een schijn van vorderingsbevoegdheid zijn ontstaan. Nadat mededeling is gedaan van de onbevoegdheid van de formele procespartij, kan geen toerekening meer gebeuren aan de materiële procespartij van proceshandelingen van en tegen de formele procespartij (art. 815 Ger.W.).

De *Cuivre-et-Zinc*-casus illustreert dan ook eerder dat een eisende tegenpartij de bevoegdheid van een formele gedingvertegenwoordiger kan bewijzen ook als deze zijn bevoegdheid ontkent (zie hoger). Er kan worden geargumenteed dat een secretaris-generaal van een vakbond die kan onderhandelen in een conflict wel degelijk bevoegd is om namens de gezamenlijke leden gedaagd te worden in het geschil betreffende dat conflict. Het invoeren van schijnvertegenwoordiging is dan niet nodig.

Bepaalde auteurs hebben geargumenteed dat bij een groepering zonder rechtspersoonlijkheid de schijn slechts zelden toerekenbaar zal zijn aan alle leden (S. Stijns en P. Callens, “Schijnvertegenwoordiging: een keerpunt!”, *TRV* 1989, 544, nr. 7; A. Van Oevelen, “De juridische grondslag en de toepassingsvoorwaarden van de verbondenheid van de lastgever bij een schijnmandaat”, *RW* 1989-90, 1430.) De geldigheid van de dagvaarding vereist immers dat ze wordt toegerekend aan alle leden. Die toerekening aan leden maakt het moeilijk om in hoofde van hen allen een fout te vinden die geleid heeft tot een schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid. We zien hier nochtans geen onoverkomelijk probleem (zelfs gesteld dat “toedoen” een aparte voorwaarde zou zijn). De schijn is reeds toerekenbaar aan de gezamenlijke leden indien de schijn toerekenbaar is aan een bevoegd vertegenwoordiger van de leden. Toerekening op grond van een schijnbare vertegenwoordigingsbevoegdheid kan een tussenstap maken via een doen of nalaten van een bevoegd vertegenwoordiger. Zo waren er in de *Cuivre-et-Zinc*-case elementen voorhanden die bewezen dat de leiding van het FGTV op de hoogte was van de onderhandelingen van de gewestelijke secretaris-generaal en deze zelfs heeft bevestigd.

- (93) **Rechtspersonen: invloed van bekendmaking van benoeming en ontslag van organieke vertegenwoordigers.** Voor de rechtspersonen geldt een systeem van

organieke vertegenwoordigers, die overeenkomstig het WVV en de statuten worden benoemd en waarvan de benoeming wordt gepubliceerd.

Om een handeling die door een organiek vertegenwoordiger gesteld werd toe te rekenen aan de vennootschap, blijft ook in het systeem van organieke vertegenwoordiging, zoals in het gemeen vertegenwoordigingsrecht (nr. (83)), vereist dat werd opgetreden met kennisgeving van de hoedanigheid van vertegenwoordiger. Dit optreden “in hoedanigheid” kan zowel uitdrukkelijk zijn, als uit de omstandigheden blijken.

Overeenkomstig art. 2:19 WVV heeft de bekendmaking van de personen die als orgaan bevoegd zijn om de vennootschap te verbinden, tot gevolg dat onregelmatigheden in hun benoeming niet meer aan derden kunnen worden tegengeworpen, tenzij de vennootschap aantoont dat de derden daarvan kennis hadden.

Art. 2:19 WVV is een belangrijke grond van vertegenwoordigingsmacht zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid. Deze regel ontslaat derden die met de vennootschap handelen van elke onderzoekslast.

Het is een cruciale regel voor het optreden van rechtspersonen in het rechtsverkeer. Elke vraag naar legitimatie van een vertegenwoordigingshandeling namens een rechtspersoon kan volgens de gewone regels enkel beantwoord worden door een nieuwe vertegenwoordigingshandeling, die opnieuw een legitimatievraag oproept. Art. 2:19 zorgt ervoor dat de zoektocht van een derde kan stoppen bij de BBS.

Wie voor de bekendmaking heeft ingestaan is niet relevant. Ook een bekendmaking door een onbevoegde persoon, zelfs te kwader trouw, volstaat (op voorwaarde uiteraard dat de betrokken derde te goede trouw is).

- (94) **Rechtspersonen: geen tegenwerpelijheid zonder bekendmaking.** Beperkingen die niet werden gepubliceerd zijn niet tegenwerpelijk aan derden: in die mate is er sprake van vertegenwoordigingsmacht zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid. De derde te goeder trouw mag afgaan op de vertegenwoordigingsbevoegdheid zoals die werd gepubliceerd (art.2:18 WVV). De zaakvoerder die niet-gepubliceerde beperkingen overtreedt, kan dus de vennootschap verbinden tegenover derden, maar zal dan wel aansprakelijk zijn t.a.v. de vennootschap.

Dat beperkingen die niet worden gepubliceerd niet tegenwerpelijk zijn, betekent niet dat alle beperkingen die wél gepubliceerd zijn automatisch ook wel tegenwerpelijk zijn. Met name voor de NV, BV en CV voorziet het Prokura-systeem voor de niet-tegenwerpelijheid van zelfs gepubliceerde beperkingen.

Dit Prokura-systeem geldt niet voor de VOF en CommV. Beperkingen aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid (inclusief het statutair voorwerp) zijn door bekendmaking in deze vormen wel tegenwerpelijk door de vennootschap aan derden. Omgekeerd kunnen derden de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de zaakvoerder – indien gepubliceerd – ook tegen de vennootschap inroepen. In die zin kan de publicatiemogelijkheid zich ook tegen de vennootschap keren.

De niet-tegenwerpelijkheid bij niet-publicatie geldt niet enkel voor statutaire beperkingen, maak ook voor andere omstandigheden die aan bekendmaking zijn onderworpen, zoals de ambtsbeëindiging van de vertegenwoordiger, nietigheid of de ontbinding van de vennoot. Zie verder hoofdstuk [8]. Dit biedt een buitengewoon comfort voor derden; vergelijk met de situatie voor de maatschap beschreven in nr. (25).

- (95) **Niet-tegenwerpelijkheid ondanks bekendmaking: statutaire bevoegdheidsbeperkingen NV, BV en CV.** Vertegenwoordigingsmacht zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid wordt door het zgn. *Prokura*-systeem nog meer verregaand doorgevoerd in vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid: anders dan bij onvolkomen rechtspersonen volstaat publicatie van beperkingen aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid niet altijd om ze tegenwerpelijk te maken. Deze niet-tegenwerpelijkheid geldt voor andere (meestal kwalitatieve of kwantitatieve) statutaire beperkingen aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid in de NV, de BV en de CV.

Het is mogelijk de residuaire bevoegdheden die het WVV aan de bestuursorganen in die vennootschappen toebedeelt in de statuten te beperken. Deze beperkingen van de residuaire bevoegdheid zijn geldig.

Al deze statutaire beperkingen zijn echter niet tegenwerpelijk aan derden (art. 5:73, §1 WVV voor de BV; art. 6:61, §1 voor de CV). In de NV geldt dit zowel voor de raad van bestuur in een monistische bestuursstructuur (art. 7:93, § 1, al. 2 WVV) als voor de directieraad in een duale structuur (art. 7:110, al. 1 WVV). Dit betekent bv. dat indien de statuten stipuleren dat de directieraad voor een deel van haar wettelijke bevoegdheden de goedkeuring van de raad van toezicht nodig heeft, deze statutaire beperking van de bevoegdheid van de directieraad niet kan worden tegenworpen aan derden.

Wettelijke beperkingen aan de bevoegdheid van de bestuursorganen zijn wél tegenwerpelijk (bv. waar WVV vereist dat AV beslist).

- (96) **Uitzondering: niet kennis van de onbevoegdheid, maar kennis van misbruik van bevoegdheid.** Nergens stelt de Eerste Richtlijn (noch de Belgische vennootschapswetgever) dat de kwade trouw van derden i.v.m. een bevoegdheidsbeperking tot gevolg heeft dat de vennootschap er zich toch op kan beroepen t.a.v. die derde te kwader trouw. Niettemin neemt de Belgische rechtsleer aan dat de vennootschap toerekening kan vermijden door het bewijs te leveren van de kwade trouw van de medecontractant van de vennootschap (J. Ronse, *De Vennootschapswetgeving 1973*, p. 171, nr. 326; L. Simont, "La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales", *RPS* 1979, p. 43, nr. 44; N. Geelhand, "De externe vertegenwoordigingsmacht van de organen van de vennootschap", *TRV* 1994, p. 64, nr. 5; S. De Dier, *Nietigheid van bestuursbesluiten in een vennootschap*, Roularta, Roeselare, 2016, 177, nr. 191). Er wordt hiervoor meestal een grondslag gezocht in het leerstuk van de derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk.

Is dit wel verzoenbaar met het systeem van de Eerste Richtlijn? Het antwoord is: ja, met dien verstande dat er niet reeds van kwade trouw sprake is indien de derde op de hoogte is van de interne bevoegdheidsbeperking.

Voor de niet-toerekening aan de vennootschap is vereist dat de vennootschap het bewijs levert dat de wederpartij wist of behoorde te weten dat de vertegenwoordiger zijn vertegenwoordigingsmacht misbruikte (J. Ronse, *De vennootschapswetgeving 1973*, p. 172, nr. 327; N. Geelhand, "De externe vertegenwoordigingsmacht van de organen van de vennootschap", *TRV* 1994, p. 70, nr. 19).

Het is dus niet voldoende dat de tegenpartij wist of behoorde te weten dat de vertegenwoordiger onbevoegd was; de kennis dient te slaan op de benadeling van de vennootschap. Het is dus niet zozeer de kennis van de onbevoegdheid als wel de kennis van de afwending van de vertegenwoordigingsmacht die relevant is (N. Geelhand, "De externe vertegenwoordigingsmacht van de organen van de vennootschap", *TRV* 1994, p. 70, nr. 21; K. Geens, M. Deneef, F. Hellemans, R. Tas en J. Vananroye, "Vennootschapsrecht. Overzicht van rechtspraak (1992-98)", *TPR* 2000, 1998, nr. 110; S. De Dier, *Nietigheid van bestuursbesluiten in een vennootschap*, 178, nr. 191).

Kennis door de wederpartij van de onbevoegdheid is voldoende noch noodzakelijke voorwaarde. Ook al blijft de vertegenwoordiger binnen de formele wettelijke of statutaire grenzen van zijn bevoegdheid, er is geen toerekening aan de vennootschap indien de derde weet dat de vertegenwoordiger misbruik maakt

van zijn vertegenwoordigingsmacht. Een afwending van vertegenwoordigingsmacht veronderstelt immers niet noodzakelijk dat de vertegenwoordiger onbevoegd is (W. Van Gerven, *Algemeen deel*, p. 499, nr. 152).

(97) **Bijzondere regel voor tegenwerpelijke statutair voorwerp in NV, BV en CV.**

Het Prokura-systeem heeft een bijzondere regel voor de tegenwerpelijke van het, zelfs gepubliceerde, statutair voorwerp (tot vóór het WVV en nog steeds in de Europese Richtlijnen: het statutair doel). De keerzijde daarvan is dat, volgens rechtspraak van het Hof van Cassatie, ook de derde(-wederpartij) zich niet op de doeloverschrijding kan beroepen om zich aan zijn verbintenissen jegens de vennootschap te onttrekken.

Het verdient voorkeur dat de wetgever het basisidee van het Prokura-systeem van de Eerste Richtlijn zuiver doortrekt naar handelingen die het statutaire voorwerp overschrijden en deze uitzondering op de niet-tegenwerpelijke schrapt. Het statutair voorwerp is immers ook een statutaire grens aan de bevoegdheid van de vennootschapsvertegenwoordigers (Cass. 31 mei 1957, *RCJB* 1958, 283, noot P. Van Ommeslaghe) en er is geen reden om het voorwerp anders te behandelen dan andere statutaire beperkingen.

Art. 10.1 al. 1 van de Eerste Richtlijn (zie voor de gecoördineerde versie Richtlijn 2009/101/EG van 16 september 2009) stelt de niet-tegenwerpelijke van het statutair voorwerp zelfs als het uitgangspunt voorop. Bij de voorbereiding van de Richtlijn was er blijkbaar een consensus dat het Duitse model, waarbij de niet-tegenwerpelijke ook geldt voor doeloverschrijdende handelingen, de beste oplossing was (M. Mendel, *Het statutaire doel van de naamloze vennootschap*, Kluwer, Deventer, 1971, 195). Onder het gewicht van de traditie in de andere lidstaten, zoals België, werd dit echter niet verplicht gesteld.

Het verdient de voorkeur dat België niet langer van deze uitzondering gebruik maakt. Tegenwerpelijke van het statutaire voorwerp brengt immers onzekerheid met zich mee en stremt daardoor het optreden van vennootschappen aan het rechtsverkeer. Het is voor aandeelhouders immers praktisch onmogelijk om *ex ante* precies te omschrijven welke van alle mogelijke toekomstige transacties al dan niet het voorwerp uitmaken van de vennootschap. De vraag of een concrete transactie al dan niet voorwerpoverschrijdend is, zal daardoor vaak aanleiding geven tot interpretatie *ex post*, en dus onzekerheid. De omschrijvingen van het voorwerp zijn bovendien typisch ruime en vage normen (J. Ronse, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 318).

Die onzekerheid wordt niet weggenomen door de huidige regeling, die een hobbelijke tussenweg bewandelt tussen zuivere tegenwerpelijke en zuivere niet-tegenwerpelijke (zie hierover bij K. Geens, M. Wyckaert, C. Clottens, S. De Dier

en F. Parrein, *De Vennootschap. Algemeen Deel*, Kluwer, Antwerpen, 2011, 180). Integendeel: dit regime is zelf een bron van onzekerheid. Wat betekent bv. “gezien de omstandigheden niet onkundig kunnen zijn” van het doeloverschrijdend karakter, als de loutere publicatie niet volstaat? In het antediluviaanse 1973, met een papieren Staatsblad zonder handige zoekfunctie, kon hieraan misschien nog een zinvolle betekenis worden gegeven; dit is al veel minder het geval in een tijd waar het statutair doel met enkele muisklikken op het internet te consulteren valt.

De verdedigde onversneden niet-tegenwerpelijke van het vennootschapsvoorwerp vergroot de bescherming van derden: ze hebben niet langer enige onderzoekslast met betrekking tot het statutaire voorwerp en ontsnappen aan het interpretatierisico. Dit zou het bv. makkelijker en goedkoper maken om een legal opinion te verkrijgen omtrent de afdwingbaarheid van een transactie die een vennootschap wil ondernemen. Het voorwerp zal hierbij immers niet langer een bekommernis vormen. Dit vermijdt gevallen waarbij een onzekerheid enkel kan worden weggenomen door een omslachtige doelswijziging.

- (98) **Afwijkende regel voor statutair voorwerp is géén toepassing van de algemene uitzondering van kwade trouw.** Het criterium dat de Belgische wetgever vandaag hanteert voor tegenwerpelijke van voorwerpoverschrijdende handelingen (“indien zij bewijst dat de derde wist dat de handeling de grenzen van dit doel overschreed of hiervan, gezien de omstandigheden, niet onkundig kon zijn”), is met nadruk dan ook géén toepassing van deze gemeenrechtelijke kwade trouw-exceptie. De uitzondering voor doeloverschrijdende handelingen is immers ruimer dan de algemene uitzondering voor onbevoegde handelingen (zie daarover helder S. De Dier, *Nietigheid van bestuursbesluiten in een vennootschap*, 194, nr. 209).

Voordat deze bepalingen werden gerepareerd bevatten art. 5:81, 6:69 § 1 en 7:124 WvV nochtans de “voorwerp-exceptie” voor alle uitbreidingen van de bevoegdheid van de algemene vergadering. Dit was in strijd met de Eerste Richtlijn (toch voor de NV en BV waar de Richtlijn op van toepassing is).

Deze regels van de Richtlijn zijn buitengewoon helder. Wettelijke beperkingen aan de bevoegdheden van vertegenwoordigingsorganen zijn tegenwerpeijk aan derden; statutaire beperkingen zijn niét tegenwerpeijk. Voor één statutaire beperking hebben lidstaten de optie (maar niet de verplichting) om die toch tegenwerpeijk te achten aan een derde die wist dat een handeling de grenzen van die beperking overschreed of hiervan, gezien de omstandigheden, niet onkundig kon zijn: nl. het vennootschapsdoel (onder het WvV heet dit het “voorwerp” van de vennootschap). Voor andere statutaire beperkingen bestaat deze optie niet en geldt de algemene regel dat ze nooit tegenwerpeijk zijn. Wat in het systeem

van de Richtlijn geldt als een beperkte uitzondering voor één statutaire bevoegdheidsgrens, kan niet worden voorgesteld als een algemene uitzondering voor alle statutaire bevoegdheidsgrenzen (zie anders F. Hellemans, "t'Amendement", TRV 2013, 816, nr. 2).

- (99) **Meerhoofdige organen en één- en meerhandtekeningclausules.** Wat het aantal bestuurders betreft die de vennootschap t.a.v. derden moeten vertegenwoordigen, heeft de wetgever hetzelfde principe aangehouden als op het intern vlak:

In de raad van bestuur, raad van toezicht of directieraad in een NV moet in beginsel niet alleen collegiaal beslist, maar ook collegiaal vertegenwoordigd worden. Dit betekent concreet dat minstens de meerderheid onder hen een akte waarbij de vennootschap partij is, moet ondertekenen.

In de BV volstaat het dat, als er meerdere bestuurders zijn, één bestuurder de vennootschap vertegenwoordigt vermits in principe ook iedere bestuurder individueel beslissingsbevoegd is. De statuten kunnen hiervan echter afwijken en collegialiteit voorschrijven (art. 5:73, § 1, al. 3 WvV).

In de CV is er ter zake volledige en, mits publicatie, aan derden tegenwerpelijke, statutaire vrijheid.

De wetgever laat toe dat men van de wettelijke regels voor NV en BV afwijkt d.m.v. een zgn. "handtekeningclausule" (en zo een vertegenwoordigingsorgaan creëert dat verschilt van het bestuursorgaan):

- In de NV kan de vertegenwoordigingsmacht in de statuten worden "meege-deeld" aan één of meer (al dan niet met naam aangeduide of met hoedanigheid betitelde) bestuurders resp. leden van de raad van toezicht of de directieraad (art. 7:93, § 2, al. 2, 7:109, § 2 en 7:110, al. 2 WvV).
- In de BV kan de vertegenwoordigingsbevoegdheid aan individuele bestuurders (of aan de collegiaal handelende bestuurders) worden onttrokken en aan twee of meer onder hen (al dan niet met naam of hoedanigheid aangeduid) worden toegewezen (art. 5:73, § 2 WvV). Ook een eenhandtekeningclausule is denkbaar, zelfs in een BV met individueel handelende bestuurders, met als doel de vertegenwoordigingsmacht te ontnemen aan de andere bestuurders.

Dergelijke statutaire één- of meerhandtekeningclausules hebben typisch een tegengesteld effect in NV en BV:

- een versoepeling t.a.v. de regel van collegialiteit in de NV: de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de individuele bestuurder in een NV die geniet van een eenhandtekeningclausule wordt uitgebreid.
- een verstrenging t.a.v. de regel van concurrentiële individuele bevoegdheid in de BV: de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de individuele zaakvoerder van een BV wordt door een meerhandtekeningclausule beperkt.

De voorwaarden voor en grenzen aan de tegenwerpelijke van handtekeningclausules in NV en BV zijn:

- De handtekeningclausule moet bij uittreksel worden bekendgemaakt; en
- De clausule moet betrekking hebben op de algemene vertegenwoordigingsmacht van het bestuursorgaan. Beperkingen krachtens de handtekeningclausule aan die algemene vertegenwoordigingsmacht (bv. door een gezamenlijk optreden slechts vanaf een zeker belang of bedrag vereist te maken) kunnen niet aan derden worden tegengeworpen.

Indien er toch kwantitatieve of kwalitatieve beperkingen aan een handtekeningclausule zouden worden gekoppeld, is de clausule geldig, maar de beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid die voortvloeit uit de handtekeningclausule is niet tegenwerpeijk, zelfs al is de beperking op regelmatige wijze bekendgemaakt. Het concrete gevolg hiervan verschilt doorgaans tussen NV en BVBA (omdat het uitgangspunt en de werking van een handtekeningclausule doorgaans verschilt):

- In een NV of een BV met collegiale besluitvorming kan een derde wel nog beroep doen op de handtekeningclausule, maar de beperking aan de clausule is hem niet tegenwerpeijk.
- In de BV met individueel handelende bestuurders behouden de bestuurders de individuele vertegenwoordigingsmacht. De beperking aan de individuele vertegenwoordigingsmacht van elke zaakvoerder die voortvloeit uit een meerhandtekeningclausule zelf, is niet tegenwerpeijk aan derden.

De tekst van art. 5:73 WvV laat uitschijnen dat enkel de beperking van de handtekeningclausule niet tegenwerpeijk is, maar wellicht is een dergelijke wijziging ten opzichte van het W.Venn. niet bedoeld.

Art. 5:73 § 2 WvV heeft de volgende opbouw:

1. Elke bestuurder vertegenwoordigt de vennootschap jegens derden.
2. De statuten kunnen evenwel aan één of meer bestuurders de bevoegdheid verlenen om de vennootschap alleen of gezamenlijk te vertegenwoordigen.
3. De statuten kunnen aan deze vertegenwoordigingsbevoegdheid beperkingen aanbrengen.
4. Zodanige beperkingen kunnen niet aan derden worden tegengeworpen, ook al zijn ze openbaar gemaakt.

Het vervelende is hier is de zinsnede “zodanige beperkingen”. Het is niet de handtekeningsclausule zelf die niet-tegenwerpelij wordt, maar wel de beperkingen in de handtekeningsclausule. De wetgever lijkt eraan voorbij te gaan dat in een BV met meerdere concurrentiële bestuurders een handtekeningsclausule zelf een beperking is.

Als we dit grammaticaal interpreteren, zou dit het absurde resultaat hebben dat twee bestuurders nodig zijn voor alle transacties als in de statuten staat: “voor transacties vanaf € 50.000 moeten twee bestuurders optreden”,. Dit maakt het optreden in het rechtsverkeer stroever voor de vennootschap en creëert onzekerheid voor derden. Indien een derde op bovenstaande clausule vertrouwt en handelt met één bestuurder voor een transactie onder de € 50.000, zou de BV zelf later kunnen opwerpen dat er twee bestuurders nodig waren.

Dat kan uiteraard niet de bedoeling zijn. De memorie maakt ook duidelijk dat dit niet de bedoeling is. De grammaticale interpretatie gaat ook evident in tegen de doelstelling van de Eerste Richtlijn.

Er is een interpretatie die de tekst van art. 5:73 WvV verzoent met de gewenste oplossing.

Een grens in een handtekeningsclausule in een BV met meerdere concurrentiële bestuurders zal in de regel een minimumgrens vormen (“vanaf zoveel”). De clausule vormt immers een beperking op het uitgangspunt dat iedereen alles kan. Voor elke handtekeningsclausule met een minimumgrens (“vanaf zoveel”) is er impliciet ook een éénhandtekeningsclausule met een maximumgrens (“tot zoveel”). Zo’n éénhandtekeningsclausule zal zelden met zo veel woorden in de statuten staan, maar schuilt wel conceptueel achter elke statutaire handtekeningsclausule. Op die latente éénhandtekeningsclausule met een maximumgrens kan dan de regel van art. 5:73 worden losgelaten waardoor die maximumgrens niet-tegenwerpelij wordt aan derden.

Hoewel de tekst van de wet handtekeningclausules lijkt te reserveren voor bestuurders en zaakvoerders, heeft het Hof van Cassatie niettemin de geldigheid aanvaard van statutaire clausules waarbij de vennootschap jegens derden wordt verbonden door het optreden van een bestuurder die tezamen handelt met een andere ‘persoon’ (bv. een dagelijks bestuurder die geen lid is van het bestuur).

- (100) **Dagelijks bestuur.** Wanneer in de NV of de BV een orgaan van dagelijks bestuur werd opgericht, kan dit orgaan de vennootschap vertegenwoordigen voor alle handelingen die het dagelijks bestuur aangaan.

Wanneer er meerdere dagelijkse bestuurders zijn, kan het dagelijks bestuur hen individueel of handelend als college worden opgedragen (artt. 5:79 en 7:121 WvV). Ook hier is publicatie van de delegatie van het dagelijks bestuur noodzakelijk om ze aan derden te kunnen tegenwerpen en zijn statutaire beperkingen aan de wettelijke omschrijving van de bevoegdheden van het dagelijks bestuur niet tegenwerpelijk aan derden, ook al zijn ze openbaar gemaakt (art. 5:79, al. 3 en 7:121, al. 3 WvV).

De vertegenwoordigingsbevoegdheid van het dagelijks bestuur in de CV wordt door de gemeenrechtelijke regels inzake organieke vertegenwoordiging beheerst: interne beperkingen zijn aan derden tegenwerpelijk mits publicatie.

- (101) **Onderscheid niet-tegenwerpelijkheid en geldigheid.** Ondanks de niet-tegenwerpelijkheid aan of tegen derden, zijn beperkingen aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid wel geldig. Ze hebben interne gevolgen. De bestuurder die de vennootschap verbindt in strijd met het voorwerp van de vennootschap of statutaire bevoegdheidsbeperkingen begaat een overtreding van de statuten die de interne aansprakelijkheid t.a.v. de vennootschap in het gedrang brengt.

- (102) **Aansprakelijkheid voor schending tegenwerpelijke bevoegdheidsbeperking.** Als de vennootschapsvertegenwoordiger een tegenwerpelijke bevoegdheidsbeperking schendt, kan de rechtshandeling niet worden toegerekend aan de vennootschap. De wederpartij kan de vertegenwoordiger dan buitencontractueel aanspreken voor de schade die zij daardoor heeft geleden. Zoals gezien, is iedereen immers in principe persoonlijk aansprakelijk voor zijn onrechtmatige daad, ook als die wordt begaan “in hoedanigheid”. Welnu, handelen zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid is een onrechtmatige daad, tenzij de vertegenwoordiger de wederpartij voldoende heeft ingelicht over de grenzen van zijn bevoegdheid.

- (103) **Andere dan organieke vertegenwoordiging mogelijk én courant bij rechtspersonen.** Naast het systeem van organieke vertegenwoordiging dat het WvV organiseert, kunnen volkomen rechtspersonen uiteraard ook vertegenwoordigd worden door conventionele vertegenwoordigers, bv. doordat een orgaan binnen haar vertegenwoordigingsmacht een bestuurder of een derde volmacht verleent om de vennootschap te vertegenwoordigen.

De vertegenwoordiger treedt dan niet op als orgaan, maar als lasthebber van de vennootschap. In overeenstemming met de gewone regels (boven nr. (85)) zijn beperkingen aan de bevoegdheid van zo'n vertegenwoordiger in beginsel tegenwerpelijk aan derden. Wel geldt volgens mij ook hier de regel dat schijnvertegenwoordiging sneller zal worden aanvaard.

Wellicht worden de meeste rechtshandelingen namens rechtspersonen niet door organieke maar door conventionele vertegenwoordigers gesteld, vaak op zeer informele wijze.

Soms zal conventionele vertegenwoordiging lastiger zijn dan organieke vertegenwoordiging:

- Voor de rechtshandelingen die bij de hypotheekbewaarden (Algemene Administratie van de Patrimoniumdocumentatie) moeten worden overgeschreven (art. 2 Hyp.W.), is bij conventionele vertegenwoordiging in principe een authentieke volmacht nodig. Bij organieke vertegenwoordiging volstaat de legitimatie op basis van de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad.
- Voor het optreden in rechte van rechtspersonen wordt aangenomen dat een rechtspersoon enkel vertegenwoordigd kan worden door een organieke vertegenwoordiger of door een advocaat (art. 703, § 1 Ger.W.). Een conventionele vertegenwoordiger kan dus geen proceshandelingen stellen namens een rechtspersoon.

(104) **Verantwoording van de onderscheiden: beperkte vs onbeperkte aansprakelijkheid.** Gepubliceerde bevoegdheidsbeperkingen zijn in de onvolkomen rechtspersonen zoals de VOF en CommV in principe wel tegenwerpelijk, anders dan in volkomen rechtspersonen zoals de NV, BV of CV.

Dit onderscheid is verantwoord, zolang men maar voor ogen houdt dat deze regel niet louter de belangen van derden dient, maar ook die van de aandeelhouders. Aandeelhouders in een volkomen rechtspersoon zullen vanuit een ex ante perspectief een regel van niet-tegenwerpelijkheid verkiezen. Het vormt een glijmiddel voor het optreden van hun vennootschap in het rechtsverkeer, waar ze zelf de voordelen van plukken. De uitzonderlijke keer dat het misloopt, is het risico voor de aandeelhouders beperkt tot hun beperkte aansprakelijkheid. Onbeperkt aansprakelijke vennoten daarentegen zijn meer risico-avers; ze betalen

daarom graag de prijs van een stroever optreden in ruil voor meer controle over het handelen van de vennootschapsvertegenwoordigers.

- (105) **Verantwoording van de onderscheiden: vennootschap vs non-profit.** De wetgever heeft geleidelijk aan de regels voor vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid uitgebreid naar de VZW en stichting.

Van de wenselijkheid daarvan ben ik niet volkomen overtuigd. Voor non-profit organisaties wegen de redenen voor een effectieve afdwinging van de statutaire activiteit d.m.v. tegenwerpelijke immers zwaarder door dan bij een vennootschap.

Ten eerste is bij een vennootschap de activiteit waarmee winst wordt gerealiseerd voor de aandeelhouders vaak minder belangrijk dan of er winst wordt gerealiseerd. Een onbaatzuchtig doel krijgt daarentegen maar betekenis indien ook wordt gepreciseerd hoe dit concreet wordt verwezenlijkt in een voorwerp en andere beperkingen (door het helpen van weeskinderen dan wel wasbeertjes of wetenschappers). De oprichters of stichters zullen het doorgaans belangrijk vinden dat het bestuur van de entiteit de opgelegde beperkingen later niet inruilt voor andere, zelfs al zijn die ook onbaatzuchtig.

Dat dit leidt tot een stroever optreden met derden zal, ten tweede, bij non-profits vaak minder doorslaggevend zijn. Bovendien zijn er ook derden, zoals potentiële donateurs en beneficiarissen, die er zelf een belang bij hebben dat het concreet voorwerp effectief wordt afgedwongen.

Ten derde zal een louter “interne” afdwinging van het concrete doel bij non-profit organisaties (bv. door een aansprakelijkheids- of nietigheidsvordering) vaak minder effectief werken dan bij een vennootschap; leden bestaan immers niet (stichting) of hebben geen eigen patrimoniaal belang in de entiteit (VZW) en dus geen sterke prikkel om het bestuur te controleren op doeloverschrijdende handelingen. Een alternatieve afdwingingsmogelijkheid van het statutair doel onder de vorm van tegenwerpelijke is daarom in een non-profitorganisatie belangrijker dan bij een vennootschap (M. Van de Looverbosch, *Tegenwerpelijke van het statutair doel NV en VZW vergeleken*, ongepubliceerde seminariepaper KU Leuven, 2013, 23).

- (106) **Verantwoording van de onderscheiden: rechtspersoon vs organisatie zonder rechtspersoonlijkheid.** Wegens de afwezigheid van een georganiseerd publiciteitssysteem zijn de besproken wettelijke gevallen van vertegenwoordigings-

macht niet mogelijk bij vennootschappen en verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid. De jurist die al eens een legal opinion heeft moeten afleveren – of de cliënt die hiervoor de ereloonnota heeft gekregen – over de afdwingbaarheid van een verrichting namens een vennootschap die níét valt onder het regime van de Eerste Richtlijn (bv. een maatschap) zal echter de weldaden van deze regels appreciëren. Een waslijst assumpties, uitzonderingen en caveats wordt door de zekerheid waarmee het vennootschapsrechtelijk publiciteitssysteem is omgegeven, gereduceerd tot een beperkt aantal en eenvoudig te beantwoorden vragen. Dat deze regels zelden of nooit tot uitspraken leiden, bewijst net dat ze trefzeker en goedkoop hun doel bereiken. Zie voor de situatie voor de maatschap hoger nr. (25).

Bij een organisatie zonder rechtspersoonlijkheid kan een derde wel beroep doen op schijnvertegenwoordiging indien hij er redelijkerwijze van uit kon gaan dat de vertegenwoordiger bevoegd was (bv. als de onbevoegdheid volgt uit een afzetting, een nietigheid of ontbinding waarvan de derde niet op de hoogte moest zijn). Bij organisaties zonder rechtspersoonlijkheid wordt de derde in de afgrond van de tegenwerpelijheid van beperkingen gegooid, om dan het broze reddingstouw van de vertrouwensleer te worden toegeworpen. Voor derden is dat zelden een aantrekkelijk vooruitzicht. Gesofistikeerde kredietverschaffers vragen dan ook in de regel dat alle maten meetekenen, ook als er over de formele bevoegdheid van de zaakvoerder geen twijfel kan bestaan.

### 3. Toerekening van proceshandelingen

- (107) **Proceshandelingen namens rechtspersoon zijn altijd vertegenwoordigingshandelingen.** Ook al verschijnt de vertegenwoordiger niet altijd formeel, proceshandelingen namens een organisatie zijn altijd vertegenwoordigingshandelingen.

We hebben het hier enkel over proceshandelingen namens een rechtspersoon. Organisaties zonder rechtspersoonlijkheid kwamen hiervoor in nr. (24) aan bod.

Eenvoudigheidshalve spreken we enkel over het optreden voor de gewone hoven en rechtbanken, niet voor het Grondwettelijk Hof, de Raad van State en andere administratieve rechtscolleges. Deze hebben soms afwijkende regels.

Concreet betekent dit dat de advocaat van een rechtspersoon altijd instructie zal krijgen van een natuurlijke persoon. Achter de procesvertegenwoordiging

van de rechtspersoon door de advocaat, schuilt altijd een andere vertegenwoordigingsrelatie tussen de advocaat en een instruerende natuurlijke persoon. Indien de instruerende natuurlijke persoon niet bevoegd is om de vennootschap te vertegenwoordigen, is er sprake van een onbevoegde proceshandeling.

Deze niet-toerekening zal voor gedinginleidende akten leiden tot de niet-ontvankelijkheid van de vordering wegens gebrek aan hoedanigheid (art. 17 Ger.W.). De reden voor de niet-ontvankelijkheid van de vordering is niet de *onbevoegdheid* op zich, maar wel de *niet-toerekening* van de handelingen aan de vennootschap omwille van die onbevoegdheid. Dit is van belang omdat er toerekening kan zijn ondanks de onbevoegdheid van het orgaan dat de handeling heeft gesteld of gelast. Voorbeelden hiervan:

- toerekening op grond van een schijnbare vertegenwoordigingsbevoegdheid of bekrachtiging;
- toerekening van onbevoegde handelingen op grond van het systeem van de Eerste Richtlijn.

Indien bv. de statuten erin voorzien dat de raad van bestuur de machtiging nodig heeft van de AV om een bepaalde handeling te stellen, dan is deze bevoegdheidsbeperking niet tegenwerpelijk aan derden. Als de raad van bestuur optreedt, verbindt hij de vennootschap, ook al is er geen machtiging van de AV. Ook voor proceshandelingen is de enige relevante vraag of het vertegenwoordigende orgaan vertegenwoordigingsmacht had. Gebreken in de interne besluitvorming van de vennootschap (in dit voorbeeld: het ontbreken van een statutair voorgeschreven besluit van de AV) kunnen niet tot niet-ontvankelijkheid van de vordering leiden. Het gevolg hiervan is ook dat de tegenpartij (of de rechter) geen legitimatie kan eisen van een geldige interne beslissing, omdat zelfs het succesvol bewijs van de onbevoegdheid irrelevant is voor de toerekening van de handeling.

Opgelet: wettelijke beperkingen aan vertegenwoordigingsbevoegdheid zijn ook in het systeem van de Eerste Richtlijn wél tegenwerpelijk. Zie o.a. Cass. 25 september 2003, TRV 2004, 37, met noot J. Vananroye, "De bekrachtiging van onbevoegde proceshandelingen, in het bijzonder de actio mandati ingesteld zonder beslissing van de AV":

“Overwegende dat eiseres het arrest niet bekritiseert in zoverre het oordeelt dat de curators de procedure hebben verder gezet in de staat waarin

deze zich bevond en dat de bekrachtiging van de vordering door de curators, na het instellen van de vordering, de gevolgen van de afwezigheid van een

Overwegende dat, krachtens artikel 66bis van de te dezen toepasselijke Vennootschapswet, de algemene vergadering beslist of tegen de bestuurders een vennootschapsvordering moet worden ingesteld ;

Dat wanneer een dergelijke vordering in naam van de vennootschap voor de rechtbank wordt gebracht en de vennootschap verschijnt door het orgaan dat bevoegd is om de vennootschap te vertegenwoordigen, een bestuurder de afwijzing van de vordering kan vragen indien geen beslissing van de algemene vergadering voorligt ;

Dat die beperking van de mogelijkheid een veroordeling te verkrijgen van de bestuurders door de wet zelf wordt bepaald en door de gedaagde bestuurder kan worden ingeroepen ;

Overwegende dat het arrest, zonder deswege te worden bekritiseerd, vaststelt dat de vordering in zoverre gericht tegen de bestuurder ingeleid werd zonder beslissing van de algemene vergadering, zoals vereist door artikel 66bis van de Vennootschapswet ;

Dat uit het voorgaande volgt dat een vennootschapsvordering tegen een bestuurder, ingesteld door een vennootschap, ook al wordt die voor de rechter vertegenwoordigd door een orgaan dat daartoe de bevoegdheid heeft, niet kan worden ingewilligd indien de algemene vergadering niet beslist die vordering in te stellen ;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat vennootschapsvordering door de NV Jacatex tegen verweerder werd ingesteld zonder beslissing daartoe van de algemene vergadering ;

Dat op grond van die in de plaats gestelde redenen de vordering tegen verweerder dient afgewezen te blijven ;”

- (108) **Organieke vertegenwoordiging in rechte.** Het optreden in recht van rechtspersonen wordt geregeld door art. 703 §2 Ger.W.: rechtspersonen treden in rechte door tussenkomst van hun bevoegde organen:

**Rechtspersonen treden in rechte op door tussenkomst van hun bevoegde organen.**

**Om van hun identiteit te doen blijken in de dagvaarding en in elke akte van rechtspleging is het voldoende hun benaming, hun rechtskarakter en hun maatschappelijke zetel op te geven.**

**De partij tegen wie zodanige akte van rechtspleging wordt ingeroepen, heeft evenwel het recht om in elke stand van het geding te eisen dat de rechtspersoon haar de identiteit meedeelt van de natuurlijke personen die zijn organen zijn.**

**Het vonnis over de zaak kan worden uitgesteld zolang aan deze vordering niet is voldaan.**

Alinea 1 dient niet gelezen te worden als een vennootschapsrechtelijke regel inzake besluitvorming. Zo kunnen beslissingen inzake proceshandelingen, net als buitengerechtelijke vertegenwoordigingshandelingen, ook worden gedelegeerd.

Vóór alles is het een inleiding op de identificatieregel van alinea 2: rechtspersonen zijn voldoende geïdentificeerd door de opgave van hun benaming, hun rechtskarakter en hun maatschappelijke zetel. Met andere woorden: de identiteit van de vertegenwoordigers moet niet worden vermeld, anders dan de regel is bij andere gevallen van vertegenwoordiging in rechte. Dat is het grote verschil met organisaties zonder rechtspersoonlijkheid die onder de organisatienaam in rechte optreden, zie hoger nr. (24).

Verder wordt uit artikel 703 § 1 al. 1 traditioneel afgeleid dat als de rechtspersoon zelf (d.w.z. zonder een advocaat als procesvertegenwoordiging) procesakten ondertekent of verschijnt, hij dit enkel d.m.v. een orgaan met vertegenwoordigingsmacht moet doen. Dit is minder evident dan het voor de Belgische jurist lijkt. In theorie verzet niets zich ertegen dat ook voor proceshandelingen namens een rechtspersoon de kring van personen binnen de rechtspersoon die mogen tekenen of verschijnen ruimer is dan de organen. Het optreden van zulke niet-organieke vertegenwoordigers levert weliswaar legitimatieproblemen op die niet bestaan bij organen omwille van het vennootschapsrechtelijk publiciteitssysteem. Die legitimatieproblemen zijn echter niet onoverkomelijk. Het verbod voor niet-organieke vertegenwoordigers om proceshandelingen namens een rechtspersoon te stellen lijkt daarom vooral ingegeven door de bekommernis het pleitmonopolie van de advocaten niet te laten eroderen.

- (109) **Art. 440 al. 2 Ger.W.** Bij het optreden van een advocaat dient rekening te worden gehouden met art. 440 al. 2 Ger.W.: *"De advocaat verschijnt als gevolmachtigde van de partij zonder dat hij van enige volmacht moet doen blijken, behalve indien de wet een bijzondere lastgeving vereist"*. De praktische betekenis hiervan is het volgende:

Anders dan andere procesvertegenwoordigers (bv. verwant, vakbondsafgevaardigde), formele gedingpartijen (bv. conventionele vertegenwoordigers) of rechtspersonen die door hun organen verschijnen ("in persoon"), moet de advocaat zijn bevoegdheid niet legitimeren, ook niet als de tegenpartij erom verzoekt. De loutere bevestiging van zijn bevoegdheid volstaat als legitimatie, zelfs wanneer dit door geen enkele gedraging van de partij voor wie hij optreedt of een ander uitwendig element waarschijnlijk wordt gemaakt.

Indien de tegenpartij de onbevoegdheid van de advocaat inroept, dient ze daarom zelf hiervan het bewijs te leveren.

Het toepassingsgebied van art. 440 al. 2 Ger.W. omvat niet de proceshandelingen waarvoor een “bijzondere lastgeving” is vereist (bv. berusting, dading, opdragen van de gedingbeslissende eed, gerechtelijke bekentenis); hier gelden opnieuw de gemeenrechtelijke regels inzake legitimatie, ook als een advocaat optreedt.

Het is vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie (en bij uitbreiding alle gewone hoven en rechtbanken, maar niet het Grondwettelijk Hof en de Raad van State) dat dit artikel ook inhoudt dat een advocaat die optreedt voor een rechtspersoon en daarbij enkel vermeldt op te treden namens een regelmatig geïdentificeerde rechtspersoon, vermoed wordt zijn opdracht te hebben gekregen van een bevoegd orgaan van de rechtspersoon. Ruim toepassingsgebied:

- Zowel de interne besluitvorming als de externe vertegenwoordiging van de rechtspersoon;
- Zowel de onbevoegdheid van een orgaan, als de geldigheid van de besluitvorming binnen een bevoegd orgaan (bv. de samenstelling of de wijze van oproeping).
- Geen onderscheid gemaakt naargelang de bevoegdheidsverdelende regels hun oorsprong vinden in de wet of de statuten.
- Binnenlandse en buitenlandse rechtspersonen, zowel van privaat als van publiek recht.

Concreet betekent dit dat de verweerder die opwerpt dat er geen beslissing is van een bevoegde vertegenwoordiger van de rechtspersoon tot het instellen van een vordering, niet kan eisen dat hem hiervan het bewijs wordt voorgelegd. De tegenpartij (en de rechter) zal ermee genoegen moeten nemen dat de advocaat affirmeert dat hij op geldige wijze van de vennootschap de opdracht heeft gekregen de vordering in te stellen.

Enkele aandachtspunten:

- De regel van art. 440 al. 2 geldt niet indien de advocaat verklaart op te treden namens een vennootschap, met vermelding van de organen die hem opdracht hebben gegeven. In dat geval speelt opnieuw de gemeenrechtelijke regel dat de tegenpartij (en de rechter) om legitimatie kunnen vragen en dat de vennootschap daarvan het bewijs dient te leveren.

- Tegenbewijs kan met alle middelen rechtens worden geleverd. Indien het gaat om proceshandelingen waarvoor een bestuursorgaan bevoegd is, zal het voor de tegenpartij meestal onmogelijk zijn om dit bewijs te leveren. De beslissingen van bestuursorganen zijn doorgaans aan weinig formaliteiten en publiciteitsvoorschriften onderworpen; de afwezigheid van een spoor van een beslissing bewijst daarom geenszins de afwezigheid van een beslissing. Bovendien kan de beslissing om in rechte op te treden ook worden gedelegeerd. Aangezien een onbevoegde proceshandeling kan worden bekrachtigd, betekent dit voor de toepassing van art. 440 al. 2 Ger.W. dat de tegenpartij er niet mee kan volstaan te bewijzen dat er op het ogenblik van het instellen van de vordering geen bevoegde beslissing was. Hij moet ook bewijzen dat er binnen de nuttige termijn geen geldige bekrachtiging is gebeurd. Het tegenbewijs van de tegenpartij van de vennootschap is moeilijk, maar niet onmogelijk.
- Aansprakelijkheidsrisico voor advocaat (zie art. 849 al. 5 Ger.W.). Theoretisch is dit aansprakelijkheidsrisico het grootst ten aanzien van de vennootschap zelf. In de verhouding tussen advocaat en cliënt geldt het vermoeden van art. 440 al. 2 immers niet. Bovendien zal de vennootschap, vergeleken met de tegenpartij, immers relatief makkelijker het bewijs kunnen leveren dat een beslissing op onregelmatige wijze werd genomen.

**Vergelijking van de werking van "prokurasysteem" en art. 440 al. 2 Ger.W. bij het optreden in rechte van rechtspersonen**

| Art. 440 al. 2 Ger.W.                                   | "Prokurasysteem"                                                                  |
|---------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| geldt voor alle rechtspersonen                          | NV, BV, Comm. VA                                                                  |
| bewijsvermoeden - weerlegbaar                           | materiële regel die tot toerekening leidt – niet weerlegbaar                      |
| geldt ongeacht beslissende / instruerende persoon       | geldt enkel als instructie kan worden toegerekend aan organieke vertegenwoordiger |
| enkel als advocaat optreedt                             | ook bij optreden "in persoon"                                                     |
| geldt enkel in de verhouding vennootschap – tegenpartij | geldt ook in de verhouding vennootschap – advocaat                                |

- (110) **Bijzondere deontologische issues bij optreden namens een organisatie.** De advocaat dient op te treden in het belang van zijn cliënt. De advocaat die optreedt voor de rechtspersoon heeft de rechtspersoon als cliënt en dient het belang van die rechtspersoon te behartigen. Waar het identificeren van het belang van de cliënt-natuurlijk persoon (tenminste als hij handelingsbekwaam is) in de regel geen bijzonder aandachtspunt is voor de advocaat, is dit problematischer bij een cliënt-vennootschap.

Zie hierover G. Lindemans, “Een delicate balans: de deontologie van vennootschapsadvocaten. Knelpunten in de fiduciaire driehoek tussen advocaat, cliënte-vennootschap en instructor”, *Deontologie & Tuchtrect* 2015, afl. 2, 165-217.

Achter de rechtspersoon als abstract juridische toerekeningspunt gaan verschillende, vaak tegenstrijdige, belangen van verschillende *stakeholders* schuil. Bovendien zal het belang van de vennootschap, omwille van de noodzaak van vertegenwoordiging altijd worden verwoord door één of meerdere natuurlijke personen met een eigen belang, soms tegenstrijdig aan dat van de vennootschap. De natuurlijke personen die de advocaat van de vennootschap aanstellen, hem instrueren, zijn ereloonnota doen betalen en desgevallend het mandaat beëindigen of zelfs een aansprakelijkheidsvordering instellen, zijn uit de aard zelf altijd personen wiens belang niet noodzakelijk samenvalt met dat van de cliënt. Vooral bij twist binnen de vennootschap of mogelijk disloyaal gedrag van een vennootschapsmandataris komt de advocaat hier voor moeilijke keuzes; deontologisch, menselijk en commercieel.

De advocaat is in zekere zin een derde ten aanzien van de vennootschap die zoals elke derde zuiver civielrechtelijk bekeken mag vertrouwen op mechanismes zoals het “Prokura-systeem”, impliciete vertegenwoordiging, schijnvertegenwoordiging. Anderzijds heeft de advocaat, juridisch en deontologisch, ook bijzondere zorgplichten ten aanzien van de vennootschap die zijn cliënt is. De advocaat dient er zich van bewust te zijn dat de belangen van zijn cliënt niet altijd sporen met die van de personen die namens zijn cliënt instructie geven.

Zeker in situaties waar mogelijke belangenconflicten twijfel doen rijzen omtrent de loyaliteit van de personen die de advocaat instrueren, is daarom voorzichtigheid geboden ook al hebben deze personen formeel de bevoegdheid om de vennootschap te verbinden. Neem bv. een bestuurder met éénhandtekeningsbevoegdheid. Zuiver vennootschapsrechtelijk bekeken, kan een derde vertrouwen op deze éénhandtekeningsbevoegdheid, ook al zou er bij die derde twijfel kun-

nen bestaan omtrent de interne bevoegdheid van deze bestuurder. De vennootschapsrechtelijke grens aan het vertrouwen van een derde is hoog: kennis van de afwending van zijn bevoegdheid door deze bestuurder. De advocaat van de vennootschap bereikt hier mogelijk eerder de grens van het vertrouwen dat hij mag hebben. In bepaalde omstandigheden kan het daarom aangewezen zijn een instructie te laten bevestigen door het hoogste bestuursorgaan, ook al werd die instructie gegeven door een orgaan dat vennootschapsrechtelijk de vennootschap kan verbinden.

In het licht van de ruime aandacht voor dit spanningsveld in vele andere jurisdicties valt het stilzwijgen van de Belgische deontologische regels en literatuur op. Vergelijk met de veel becommentarieerd Rule 1.13 in de *Model Rules of Professional Conduct* van de *American Bar Association*:

"Rule 1.13 Organization As Client

(a) A lawyer employed or retained by an organization represents the organization acting through its duly authorized constituents.

(b) If a lawyer for an organization knows that an officer, employee or other person associated with the organization is engaged in action, intends to act or refuses to act in a matter related to the representation that is a violation of a legal obligation to the organization, or a violation of law that reasonably might be imputed to the organization, and that is likely to result in substantial injury to the organization, then the lawyer shall proceed as is reasonably necessary in the best interest of the organization. Unless the lawyer reasonably believes that it is not necessary in the best interest of the organization to do so, the lawyer shall refer the matter to higher authority in the organization, including, if warranted by the circumstances to the highest authority that can act on behalf of the organization as determined by applicable law.

(c) Except as provided in paragraph (d), if

(1) despite the lawyer's efforts in accordance with paragraph (b) the highest authority that can act on behalf of the organization insists upon or fails to address in a timely and appropriate manner an action, or a refusal to act, that is clearly a violation of law, and

(2) the lawyer reasonably believes that the violation is reasonably certain to result in substantial injury to the organization,

then the lawyer may reveal information relating to the representation whether or not Rule 1.6 permits such disclosure, but only if and to the extent the lawyer reasonably believes necessary to prevent substantial injury to the organization.

(d) Paragraph (c) shall not apply with respect to information relating to a lawyer's representation of an organization to investigate an alleged violation of law, or to defend the organization or an officer, employee or other constituent associated with the organization against a claim arising out of an alleged violation of law.

(e) A lawyer who reasonably believes that he or she has been discharged because of the lawyer's actions taken pursuant to paragraphs (b) or (c), or who withdraws under circumstances that require or permit the lawyer to take action under either of those paragraphs, shall proceed as the lawyer reasonably believes necessary to assure that the organization's highest authority is informed of the lawyer's discharge or withdrawal.

(f) In dealing with an organization's directors, officers, employees, members, shareholders or other constituents, a lawyer shall explain the identity of the client when the lawyer knows or reasonably should know that the organization's interests are adverse to those of the constituents with whom the lawyer is dealing.

(g) A lawyer representing an organization may also represent any of its directors, officers, employees, members, shareholders or other constituents, subject to the provisions of Rule 1.7. If the organization's consent to the dual representation is required by Rule 1.7, the consent shall be given by an appropriate official of the organization other than the individual who is to be represented, or by the shareholders."

#### 4. Toerekening van onrechtmatige handelingen

- (111) **Probleemstelling en traditionele oplossing.** Ook het leerstuk van de onrechtmatige daad is met de centrale rol van het begrip schuld als subjectief, moreel element op maat van de fysieke mens gedacht. Toerekenbaarheid van een onrechtmatige gedraging veronderstelt „de vrije wil, de luciditeit van de schadeverwekker, die de onrechtmatige daad bewust en vrij beging"(2).

De rechtspersoon mag dan wel dogmatisch principieel worden gelijkgesteld met de natuurlijke persoon, daarmee is nog geen antwoord gegeven op de vraag hoe bij een organisatie de op menselijke concepten gebaseerde band tussen handeling en aansprakelijkheid te leggen.

Bovendien zijn er waarschijnlijk weinig topics uit het aansprakelijkheidsrecht waar *the law in the books* zo erg verschilt van *the law in action*. De klassieke handboeken verbintenissenrecht leren dat de fout van de rechtspersoon een afgeleide fout is. Wie een rechtspersoon uit onrechtmatige daad aansprakelijk wil stellen dient een fout te vinden bij een natuurlijke persoon in de schoot van de rechtspersoon, om die dan toe te rekenen aan de rechtspersoon.

Die toerekening kan gebeuren op grond van **art. 1384 al. 3 B.W.** als aansteller, dan wel op grond van de **orgaantheorie**. In het eerste geval is de rechtspersoon kwalitatief aansprakelijk, in het tweede geval rechtstreeks op grond van art. 1382 B.W.

In beide gevallen is de fout van de rechtspersoon afgeleid van een fout van een natuurlijke persoon. De orgaantheorie en art. 1384 al. 3 B.W. zorgen in principe voor een naadloze dekking bij private rechtspersonen: de natuurlijke personen in de schoot van een rechtspersoon zijn ofwel orgaan ofwel aangestelde. Een probleem is er enkel voor de leden van collegiale organen zoals de bestuurders in een NV, waarvan het niet zeker is dat ze individueel een orgaan vormen (J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 428). Praktisch is dit manco echter nooit echt een issue geweest. Hierna gebruiken we het begrip orgaan in de betekenis van natuurlijke persoon die lid is van een orgaan.

- (112) **In praktijk gebeurt omgekeerde toerekening.** Vreemd genoeg is in het vennootschapsrecht de laatste jaren precies de omgekeerde vraag aan de orde. De onrechtmatige daad van de rechtspersoon wordt als onproblematisch uitgangspunt genomen en het is net de ‘toerekening’ van deze onrechtmatige daad aan de bestuurders die in vraag wordt gesteld. Dit komt hierna aan bod in hoofdstuk [9] bij externe bestuursaansprakelijkheid (zie nr. (139)).

Voorbeelden zijn de aansprakelijkheid van de bestuurders voor het laattijdig aangeven van het faillissement, het niet-betalen van sociale of fiscale voorheffingen, milieuschade veroorzaakt door het productieproces, ... Allemaal onrechtmatige daden waar de aansprakelijkheid van de rechtspersoon niet in vraag wordt gesteld, en waar de vraag naar de aansprakelijkheid van de bestuurder meestal enkel rijst omdat de rechtspersoon onvermogen is. De analyse vertrekt dus van een fout van de rechtspersoon en vraagt zich af of hieruit een fout van een natuurlijk persoon kan worden ‘afgeleid’.

Als de gepubliceerde rechtspraak een representatief beeld geeft van de rechtspraktijk, betekent dit dat in de overgrote meerderheid van de gevallen rechtstreeks in hoofde van de rechtspersoon een fout wordt verondersteld zonder dat er een natuurlijke persoon als fysieke dader wordt gevonden, of zelfs maar gezocht.

De burgerrechtelijke theorie valt niet meer te verzoenen met de vennootschapspraktijk. Om een doldraaiende toerekeningscarrousel tussen rechtspersoon en natuurlijke persoon te vermijden, moet het foutbegrip voor de rechtspersoon worden losgekoppeld van het fysieke daderschap van een natuurlijke persoon.

De orgaantheorie heeft ook ongewenste gevolgen voor externe aansprakelijkheid van bestuurders. Als het werkelijk zo zou zijn dat de buitencontractuele aansprakelijkheid van een rechtspersoon altijd is afgeleid van een natuurlijke fout, dan zou dit betekenen dat er minstens theoretisch ook altijd een natuurlijke persoon mee aansprakelijk is. In kleine vennootschappen waar de feitelijke toerekening makkelijk is (bv. een éénpersoons-BV), is zo'n ruime buitencontractuele aansprakelijkheid onwenselijk en ook niet het vigerende recht (zie nr. (139)). Bovendien gaat dit ervan uit dat een rechtspersoon en een orgaan aan eenzelfde zorgvuldigheidsvorm zijn onderworpen: er is een identiteit van fout. Ook dat hoeft niet het geval te zijn: het kan best zijn dat een schadeveroorzakende handelen bij de rechtspersoon strenger wordt beoordeeld omwille van de bijzondere hoedanigheid van de rechtspersoon (concretisering van de zorgvuldigheidsnorm).

De orgaantheorie voldoet dan ook niet meer als verklaringsmodel.

**‘Orgaantheorie’ als antwoord op een achterhaalde bekwaamheidsvraag.** De 19de-eeuwse ‘fictieleer’, met Von Savigny als boegbeeld, achtte de psychologische wil noodzakelijk om subject te zijn van rechten of verplichtingen, dus ook voor de „bekwaamheid” om aansprakelijk te zijn uit onrechtmatige daad (I. Van Creveld, *Aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor onrechtmatige daden volgens privaatrecht*, proefschrift Universiteit van Amsterdam, 1912, 59-60). Als ‘fictief wezen’ werd de rechtspersoon verondersteld geen wil te hebben, wat de basis vormt van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.

De wenselijkheid van een buitencontractuele verantwoordelijkheid voor rechtspersonen werd echter niet betwist. Daarom werd door de rechtsleer, en in het bijzonder Von Gierke, de orgaantheorie ontwikkeld. Deze is een exponent van de ‘realiteitsleer’: de rechtspersoon is een rechtssubject met een eigen wil, waarbij het orgaan niet wordt beschouwd als louter de vertegenwoordiger van de rechtspersoon, maar als de „incarnatie” van de wil van de

rechtspersoon. Het orgaan levert dan ook de zintuigen, het verstand en de ziel van de rechtspersoon, soms zelfs zijn lichaam: als de rechtspersoon „in persoon" bepaalde proceshandelingen moet stellen kan dat enkel door een orgaan.

Fictieleer en realiteitsleer hebben gemeen dat zij beide vasthouden aan de subjectieve noties gesmeed op maat van de mens. De fictieleer om vast te stellen dat de rechtspersoon geen mens is en dus slechts een beperkte bekwaamheid heeft, de realiteitsleer door de rechtspersoon volledig te assimileren met de mens, door een beroep te doen op het orgaan als de vleesgeworden rechtspersoon. Deze strijd tussen de fictieleer en de realiteitsleer is niet beslecht, maar irrelevant geworden.

Zie o.a. J. Ronse, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 232; L. Timmerman, "Onderstromen in het privaatrechtelijk rechtspersonenrecht", in *De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht*, pre-adviezen voor de NJV, Deventer, Tjeenk Willink, 2000, 115 e.v. en P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, Parijs, L.G.D.J., 2002, 168, nr. 308.

Niemand stelt nog in vraag dat rechtspersonen een ruime bekwaamheid hebben als dragers van rechten en plichten, waarbij de rechtspersoon geen reële persoon is maar een toerekeningspunt voor handelingen die fysiek door andere rechtssubjecten worden gesteld. Het enige verrassende is dat de theorie van het orgaan dat de rechtspersoon 'incarneert' i.p.v. vertegenwoordigt, zo lang heeft standgehouden. Deze omweg langs een fysieke persoon en zijn bevoegdheid werd vermoedelijk lang als enige mogelijkheid gezien om de rechtspersoon in te passen in een recht dat voor fysieke personen werd gedacht.

Buiten het voor een hedendaags jurist wat bizar karakter van de realiteitsleer waarop de orgaantheorie is gebaseerd, zijn er ook meer praktische bezwaren tegen de orgaantheorie:

- Vooreerst zit er een element van willekeur in. In een grote vennootschap is het denkbaar dat de bestuurders slechts een toezichthoudende taak hebben, terwijl de concrete beslissingen die schade kunnen veroorzaken door functionarissen zonder organieke status worden genomen. Zelfs in kleine organisaties is schadeveroorzakend handelen vaak niet terug te brengen tot individualiseerbaar menselijk handelen, laat staan handelen van organen, terwijl het toch een gevolg is van het risico dat door de organisatie is geschapen. Ook de kwalitatieve aansprakelijkheid voor aangestelden kan deze „liability gap" niet dichten.
- Verder werkt deze leer enkel voor rechtspersonen, omdat organieke vertegenwoordiging meestal tot rechtspersonen wordt beperkt. De vraag naar de

toerekening van onrechtmatige daden stelt zich echter evenzeer voor organisaties zonder rechtspersoonlijkheid.

**Historische strafprocedurele reden voor orgaantheorie.** Het belang van een rechtstreekse aarding van aansprakelijkheid van de rechtspersoon had in België historisch vooral belang indien de onrechtmatige daad ook een misdrijf was in de periode vóór de Wet van 4 mei 1999 rechtspersonen strafrechtelijk verantwoordelijk maakte.

De orgaantheorie impliceerde immers dat in dat geval de rechtspersoon niet enkel burgerrechtelijk aansprakelijk was, maar dat ook het misdrijf zelf aan de rechtspersoon kon worden toegerekend. Weliswaar waren rechtspersonen voorheen niet strafrechtelijk verantwoordelijk, maar op die manier kon de onrechtmatige gedraging waarvoor ze burgerrechtelijk aansprakelijk waren ook in hun hoofde als een eigen misdrijf worden behandeld. *Societas delinquere potest sed non puniri*.

Dit had twee belangrijke procedurele gevolgen, Vooreerst was de verjaring van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor misdrijven van zijn orgaan onderworpen aan de bijzondere termijn voor burgerlijke vorderingen volgend uit een misdrijf (art. 26 V.T.Sv.).

**Afbrokkeling van de orgaantheorie in de rechtspraak voorafgaand aan art. 5 SW.** Nu willen we eerst aantonen dat in het strafrecht, bekeken vanuit de tweede invalshoek, de orgaantheorie reeds was afgebrokkeld voor ze in 1999 definitief werd verlaten. De toerekening van misdrijven van rechtspersonen aan natuurlijke personen leert daarbij indirect iets over de toerekening van dit misdrijf aan de rechtspersoon zelf.

Traditioneel gold ook in het strafrecht de regel, nu nog in het burgerlijk recht vaak beleden, dat de aansprakelijkheid van de rechtspersoon afgeleid was van een strafbare gedraging van een orgaan (Cass. 16 december 1948, *Pas.* 1948, I, 723, *JT* 1949, concl. R. Hayoit De Termicourt, noot C. Cambier). Dit betekende omgekeerd dat als een rechtspersoon een misdrijf pleegde, dit misdrijf ook kon worden toegerekend aan een natuurlijke persoon die het in zijn hoedanigheid van orgaan had gepleegd. In de praktijk vertrokken rechters echter van een misdrijf van een rechtspersoon en zochten ze in de schoot van de rechtspersoon naar een natuurlijke persoon aan wie dat misdrijf kon worden toegerekend (A. De Nauw, „La délinquance des personnes morales et l'attribution de l'infraction à une personne physique par le juge", *RCJB* 1992, 558 en 571).

Deze natuurlijke persoon diende geenszins een orgaan van de rechtspersoon te zijn (Cass. 29 november 1971, *AC* 1971, 311 en Cass. 23 mei 1990, *TRV* 1991, 49,

noot S. Raes en *RCJB* 1992, 550, noot A. De Nauw. Zie „Overzicht Vennootschappen (1986-91)”, *TPR* 1993, 1009, nr. 83). Impliciet kan in deze rechtspraak worden gelezen dat het onrechtmatig handelen van een fysieke persoon die géén orgaan is, toch rechtstreeks aan die rechtspersoon kan worden toegerekend. Er is immers sprake van een misdrijf, d.w.z. ook een onrechtmatige daad, in hoofde van de rechtspersoon.

In een arrest van 19 oktober 1992 stelde het Hof van Cassatie dat een rechter de voor een voortgezet misdrijf vereiste eenheid van opzet in hoofde van een rechtspersoon aanwezig kan achten, zonder natuurlijke personen te identificeren bij wie dit opzet aanwezig is (Cass. 19 oktober 1992, *RCJB* 1995, 253, noot A. De Nauw). Het ging hier om meer dan het aanvaarden van een misdrijf begaan door een ‘anoniem’ orgaan; de rechtsleer benadrukte hoe het opzet zich kon bevinden op het niveau van de rechtspersoon zelf, zonder dat dit opzet was afgeleid van een orgaan of een andere natuurlijke persoon (A. De Nauw, “Le vouloir propre de la personne morale et l'action civile résultant d'une infraction”, *RCJB* 1995, 251-254).

**Orgaantheorie werd ook de facto verlaten bij publieke rechtspersonen.** De orgaantheorie werd voor publieke rechtspersoon nog wel met de lippen beleiden, maar had de facto plaats gemaakt voor de vraag of een onrechtmatige daad in de ogen van een voorzichtig en redelijk mens als de onrechtmatige daad van de rechtspersoon geldt.

Door de foutbeoordeling op het niveau van de rechtspersoon werd het mogelijk dat bij een orgaan een onoverkomelijke dwaling aanwezig is, die niet bij de rechtspersoon wordt aanvaard. Zo nam het Hof van Cassatie aan dat de overheid aansprakelijk was voor een bevoegdheidsoverschrijdende handeling van een orgaan, ook al zou elk normaal redelijk en voorzichtig orgaan deze beslissing hebben genomen (Cass. 19 december 1980, *AC* 1980-81, 449, concl. F. Dumon en *RW* 1981-82, concl. F. Dumon. Zie ook het Anca-arrest van 19 december 1991, *J.T.* 1992, 449 en *R.W.* 1992- 93, 393). Hoewel deze dissociatie van aansprakelijkheden nog binnen de orgaantheorie kon worden verantwoord (b.v. door een onbekend gebleven orgaan een *culpa in custodiendo* aan te wijzen), wordt de aansprakelijkheid van de rechtspersoon hier eigenlijk volgens een autonoom toerekenings- en foutcriterium bepaald.

- (113) **Rechtstreeks daderschap: ‘verkeersopvattingen’.** In Nederland heeft de Hoge Raad voor onrechtmatige daden een autonoom criterium aangenomen met het bekende Kleuterschool Babbel-arrest van 6 april 1979 (*H.R.* 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 en *AA* 1980, 250). Sinds dit arrest kan een onrechtmatige daad aan een rechtspersoon worden toegerekend indien de handeling in het maatschappelijk verkeer wordt beschouwd als een gedraging van de rechtspersoon, ook al gaat de gedraging niet uit van een orgaan.

Het criterium van 'het maatschappelijk verkeer' is niets anders dan dat van een voorzichtig en redelijk persoon; het heeft bovendien de verdienste te benadrukken dat niet de subjectieve gesteldheid van de schadelijder bepalend is, maar wel maatschappelijke opvattingen over wat tot het risico van de organisatie behoort. Kenmerkend voor een rechtspersoon of een andere organisatie is dat de handelingen van functionarissen worden toegerekend aan de opdrachtgever. Daarbij kan het niet worden toegelaten dat de opdrachtgever kiest welke handelingen of subjectieve gesteldheden hij zich zal laten toerekenen. Wie de voordelen raapt van een organisatie, dient ook het risico te dragen dat een organisatie met zich brengt (*ubi emolumentum ibi onus*). Dit objectieve criterium van de maatschappelijke opvattingen en de verantwoording hiervoor spoort met dat dat we voorstelden voor schijnverteenwoordiging in nr. (87) en (91).

Voor misdrijven is met de Wet van 4 mei 1999 een criterium voor de toerekening van misdrijven opgenomen in art. 5 al. 1 Sw.

**Een rechtspersoon is strafrechtelijk verantwoordelijk voor de misdrijven die hetzij een intrinsiek verband hebben met de verwezenlijking van zijn doel of de waarneming van zijn belangen, of die, zoals blijkt uit de concrete omstandigheden, voor zijn rekening zijn gepleegd.**

Het revolutionaire van de wet van 1999 was uiteraard dat ook rechtspersonen strafrechtelijk verantwoordelijk werden gesteld. Even belangrijk is dat de strafwetgever definitief komaf heeft gemaakt met de orgaantheorie. Het onrechtmatig handelen van een rechtspersoon wordt niet noodzakelijk afgeleid van het onrechtmatig handelen van een natuurlijke persoon binnen zijn schoot, maar wordt vastgesteld volgens de autonome criteria van art. 5 al. 1 Sw.

Aangezien elk misdrijf meteen ook een onrechtmatige daad vormt, moet ook de burgerlijke rechter het criterium van art. 5 Sw. toepassen als de benadeelde zich op een misdrijf van de rechtspersoon beroept (b.v. voor de verjaring of om aan de samenloopleer te ontsnappen). Meteen kan in art. 5 Sw. ook een algemeen criterium gelezen worden voor de toerekening van onrechtmatige daden aan rechtspersonen, ook als ze geen misdrijf vormen. Het zou immers onlogisch zijn om de toerekening aan de rechtspersoon op burgerlijk gebied anders te beoordelen naargelang de onrechtmatige daad al dan niet een misdrijf vormt.

We kunnen dit criterium ook anders formuleren: een onrechtmatige daad of een misdrijf wordt aan een rechtspersoon toegerekend indien het in de ogen van een redelijk en voorzichtig persoon als een misdrijf van de rechtspersoon geldt. De criteria die in dit artikel worden opgesomd zijn niets meer dan een explicitering van de verkeersopvattingen.

- (114) **Toepassingsgebied.** Het criterium van de ‘verkeersopvatting’ kan gebruikt worden voor rechtspersonen, maar ook voor andere organisaties zoals vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid of faillissementsboedels.

Ook de strafbaarstelling van art. 5 Sw. (en dus het toerekeningscriterium) is niet beperkt tot rechtspersonen:

**Een rechtspersoon is strafrechtelijk verantwoordelijk voor de misdrijven die hetzij een intrinsiek verband hebben met de verwezenlijking van zijn doel of de waarneming van zijn belangen, of die, zoals blijkt uit de concrete omstandigheden, voor zijn rekening zijn gepleegd.**

**Met rechtspersonen worden gelijkgesteld:**

**1° tijdelijke handelsvennootschappen en stille handelsvennootschappen;  
2° vennootschappen bedoeld in artikel 2, § 4, tweede lid, van het Wetboek van Vennootschappen, alsook handelsvennootschappen in oprichting;**

**3° burgerlijke vennootschappen die niet de vorm van een handelsvennootschap hebben aangenomen.**

**De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersonen sluit die van de natuurlijke personen, die daders zijn van dezelfde feiten of eraan hebben deelgenomen, niet uit.**

Het Sw. liep met deze erkenning van organisaties zonder rechtspersoonlijkheid vóór op en was een inspiratiebron voor het formele ondernemingsbegrip. Wel kan de vraag gesteld worden of de uitsluiting van feitelijke verenigingen verantwoord is (zie J. Vananroye, *Morele wezens en wetsontduikende monniken*, openingsrede VPG Brussel, Antwerpen, Intersentia, 2012, vi + 30 blz).

- (115) **Hoe gebeurt toerekening concreet?** Voor de toerekeningsvraag moeten twee stappen worden onderscheiden:

- **feitelijke toerekening** (of materiële toerekening): heeft betrokken schadeveroorzakend handelen een intrinsiek verband met de verwezenlijking van het doel of de waarneming van de belangen van de rechtspersoon, of zijn ze, naar blijkt uit de concrete omstandigheden, voor zijn rekening gepleegd?
- **morele toerekening** (of juridische toerekening): vergelijking van dit handelen met normale en voorzichtige (rechts)persoon in dezelfde omstandigheden (foutbegrip van art. 1382 BW)

Bij een natuurlijke persoon doet de feitelijke toerekening van het schadeveroorzakend handelen geen bijzondere juridische vragen rijzen (*le fait désigné*

*l'agent*). Er kan hoogstens feitelijke discussie bestaan over wie gehandeld heeft en of dit handelen in causaal verband staat met de schade.

Bij rechtspersonen is de feitelijke band met het schadeveroorzakend handelen niet evident: materieel handelt immers altijd een ander rechtssubject. De feitelijke toerekening van de feiten aan de rechtspersoon veronderstelt daarom een juridische sprong. Voor de rechtspersoon gebeurt deze sprong volgens het genoemde criterium van de verkeersopvattingen: beschouwt een redelijk en voorzichtig persoon het handelen als een handelen van de rechtspersoon?

Met de feitelijke toerekening alleen staat er uiteraard geen aansprakelijkheid vast, voor natuurlijke noch rechtspersoon. Morele toerekening veronderstelt ook een moreel element waarbij de onrechtmatigheid van de toegerekende daad moet worden aangetoond.

Het is daarom verwarrend om te spreken van de toerekening van een onrechtmatige daad aan een rechtspersoon; het gaat om de toerekening van een daad, waarbij vervolgens het onrechtmatig karakter op het niveau van de rechtspersoon wordt beoordeeld. Indien het schadeveroorzakend handelen bestaat in de schending van de algemene zorgvuldigheidsplicht, wordt het gedrag van de dader getoetst aan dat van een normaal voorzichtig en vooruitziend persoon in dezelfde omstandigheden. Belangrijk is dat de concretisering van de algemene zorgvuldigheidsnorm gebeurt op het niveau van de rechtspersoon. Dit laatste heeft twee belangrijke gevolgen. De rechtspersoon zal vooreerst in de meeste gevallen een bepaalde hoedanigheid hebben (eigenaar, verhuurder, fabrikant, handelaar ...) die bij de concretisering van het foutbegrip relevant is. Dit is een evidentie, die bij de orgaantheorie evenwel wordt ontkend omdat de foutbeoordeling op het niveau van de fysieke persoon gebeurt.

De beoordeling van de gedraging mag dan wel het moreel element worden genoemd, subjectieve aspecten spelen bij burgerrechtelijke aansprakelijkheid slechts een marginale rol, doordat het foutbegrip een objectief begrip is (zie verder nr. (117)). Dit geldt zowel voor natuurlijke als voor rechtspersonen.

Subjectieve aspecten zijn uiteraard wel relevant bij een handelen dat slechts onrechtmatig is omwille van een weten of een behoren te weten of omwille van een bepaalde intentie, wat vaak in het strafrecht wordt vereist. Dit komt aan bod in de volgende § 5.

## 5. Toerekening van psychische of intellectuele eigenschappen

- (116) **Hoe “willen” of “weten” beoordelen bij een rechtspersoon?** Hoe wordt een willen of weten beoordeeld bij een rechtspersoon (en bij uitbreiding andere organisaties)?

Deze subjectieve eigenschappen zijn bepalend voor de toepassing van heel wat regels van privaatrecht. Ook in het strafrecht speelt intentie vaak een rol.

Voor burgerlijke aansprakelijkheidsrecht is het weten of willen doorgaans minder van belang. De rechtspersoon is aansprakelijk wegens schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm, indien het schadeveroorzakend gedrag dat wordt toegerekend niet het gedrag is van een normale en voorzichtige rechtspersoon in dezelfde omstandigheden. Subjectieve elementen zijn daar zelden noodzakelijk (al kunnen ze uiteraard wel meespelen bij de morele beoordeling).

Het criterium van art. 5 Sw., door ons begrepen als de verkeersopvattingen, kan ook gebruikt worden voor het toerekenen van bepaalde subjectieve gesteldheden aan rechtspersonen. Toerekening van kennis of intentie aan de rechtspersoon zal in de regel plaatsvinden:

- [1] indien deze subjectieve gesteldheid aanwezig is bij een leidinggevend functionaris; of
- [2] indien deze subjectieve gesteldheid aanwezig is bij een lagere functionaris die zelfstandig over een eigen verantwoordelijkheid beschikt voor de betrokken handeling (b.v. bedrog bij persoon verantwoordelijk voor onderhandeling) (R. Tjittes, *Toerekening van kennis*, Deventer, Kluwer, 2001, 44); of
- [3] daarnaast bestaat er ook toerekening van subjectieve gesteldheden aan de rechtspersoon, die niet kunnen worden herleid tot de subjectieve gesteldheden van (leidinggevende) natuurlijke personen in de schoot van de rechtspersoon, maar het gevolg zijn van structurele gebreken in de organisatie (b.v. slecht informatiemanagement).

De eerste hypothese sluit nauw aan bij de orgaantheorie. De tweede kan verklaard worden vanuit het gemeen vertegenwoordigingsrecht. De derde is een echt “corporatief schuldbegrip”.

Ook de parlementaire voorbereiding van art. 5 Sw. verwijst voor de „morele toerekening” naar hypothesen waar een gebrekkige interne organisatie van de rechtspersoon, onvoldoende veiligheidsmaatregelen of onredelijke budgettaire beperkingen de voorwaarden gecreëerd hebben die het misdrijf mogelijk hebben gemaakt (*Parl. St. Senaat 1998-99, nr. 1217 /7, 5*).

- (117) **Beperkt belang van “corporatief schuldbegrip” voor burgerrechtelijke aansprakelijkheid.** Voor het burgerlijk recht zal dit eigen rechtspersoonstypisch schuldbegrip echter zelden veel toevoegen. Doordat het foutbegrip objectief is, zal de schadelijder zelden het bewijs dienen te leveren van een gebrek in de organisatie.

Stel dat een rechter vindt dat een bepaald gedrag een fout uitmaakt voor een bank, een bakker of een aannemer (**algemene zorgvuldigheidsnorm**), dan kan de schadelijder ermee volstaan dit gedrag materieel toe te rekenen. Het is niet omdat de bank, de bakker of de aannemer toevallig ook een rechtspersoon is, dat hij een gebrek in de organisatie moet aantonen. Indien wetenschap is vereist, stelt het burgerlijk recht bovendien “behoren te weten” meestal daarmee gelijk, zodat door deze objectivering de eigen kenmerken van een organisatie reeds kunnen worden meegenomen.

Indien het schadeveroorzakend handelen bestaat in de overtreding van een **specifieke norm**, wordt de burgerrechtelijke aansprakelijkheid door de louter materiële toerekening vermoed, tenzij de dader aantoont dat de overtreding te wijten valt aan omstandigheden buiten zijn wil. Voor de rechtspersoon kan dit gebeuren door het moeilijke bewijs dat zelfs het beste beleid deze overtreding niet had kunnen voorkomen.

## **[6] Keuze en wijziging van toepasselijk vennootschapsrecht**

Pro memorie. Lees J. Vananroye & G. Lindemans, “Keuze en verandering van vennootschapsrecht naar Belgisch recht” in: C. Bulten et al. (eds.), *Grensoverschrijdende Omzetting van Rechtspersonen in Onderneming & Recht*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2017

## [7] Structuur van het Belgisch rechtspersonenrecht

**Bibliografie.** K. Geens, F. Hellemans en M. Wyckaert, “Structuur en opbouw van het Wetboek van vennootschappen”, in Jan Ronse Instituut (ed.), *Het Wetboek van vennootschappen en zijn uitvoeringsbesluit*, Kalmthout, Biblo, 2002, 11-26; K. Geens “Tweehonderd jaar vennootschapsrecht in vogelvlucht”, in *Tweehonderd jaar Wetboek van koophandel*, Brussel, Larcier, 2007, 91-116 (partim). Zie de lege ferenda: K. Geens, “Het Wetboek van Vennootschappen : lean and mean, fit and proper?”, in *Quid leges sine cogitationes?*, Kalmthout, Biblo, 2011, 73-101 en Belgisch Centrum van het vennootschapsrecht, *De modernisering van het vennootschapsrecht*, Brussel, Larcier, 2014.

### 1. Structuur van het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen

(118) **Overzicht van de boeken en voorgangers van het WVV.** Het WVV bestaat uit 18 boeken:

*Deel 1: Algemene bepalingen (Boeken 1 – 3)*

Boek 1 : **Inleidende bepalingen**

Boek 2 : **Bepalingen gemeenschappelijk aan alle rechtspersonen**

Boek 3 : **Jaarrekening**

*Deel 2: De vennootschappen (Boeken 4 – 8)*

Boek 4 : **Maatschap, VOF en de commV**

Boek 5 : **De besloten vennootschap (BV)**

Boek 6 : **De coöperatieve vennootschap (CV)**

Boek 7 : **De naamloze vennootschap (NV)**

Boek 8 : **Erkenning van vennootschappen**

*Deel 3: De verenigingen en stichtingen (Boeken 9 – 11)*

Boek 9 : **VZW**

Boek 9 : **IVZW**

Boek 11 : **Stichtingen**

*Deel 4: Herstructurering en omzetting (Boeken 12 – 14)*

Boek 12 : **Herstructurering van vennootschappen**

Boek 13 : **Herstructurering van verenigingen en stichtingen**

Boek 14 : **Omzetting van vennootschappen, verenigingen en stichtingen**

*Deel 5: De Europese rechtsvormen (Boeken 15 – 18)*

Boek 15 : **De Europese vennootschappen**

Boek 16 : **De Europese coöperatieve vennootschappen**

Boek 17 : **De Europese politieke partij en de Europese politieke stichting**

Boek 18 : **Het Europees Economisch samenwerkingsakkoord**

De meest opvallende nieuwigheid is dat verenigingen en stichtingen samen met vennootschappen in één wetboek worden behandeld. Er zijn, o.a. in Boek 2, bepalingen gemeen aan alle rechtspersonen onder die vormen. Dit gemeen deel is ruimer dan het gelijkkluidende Boek IV in het W.Venn. (bv. Boek 2 bevat gemene regels inzake bestuursaansprakelijkheid). Een verschil dat opvalt met het W.Venn. is de afwezigheid van een boek met bepalingen gemeen aan alle vennootschappen. Verder werden de bepalingen voor de maatschap, VOF en CommV in één boek geregeld. Vergelijk met het W.Venn.:

- Boek I: Inleidende bepalingen
- Boek II: Bepalingen gemeenschappelijk aan alle vennootschappen
- Boek III: De maatschap, de tijdelijke handelsvennootschap en de stille handelsvennootschap
- Boek IV: Bepalingen gemeenschappelijk aan de rechtspersonen geregeld in dit wetboek
- Boek V: De vennootschap onder firma en de gewone commanditaire vennootschap
- Boek VI: De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
- Boek VII: De coöperatieve vennootschap
- Boek VIII: De naamloze vennootschap
- Boek IX: De commanditaire vennootschappen op aandelen
- Boek X: Vennootschappen met een sociaal oogmerk
- Boek XI: Herstructurering van vennootschappen
- Boek XII: Omzetting van vennootschappen
- Boek XIII: De landbouwvennootschap
- Boek XIV: Het economisch samenwerkingsverband
- Boek XV: De Europese vennootschap
- Boek XVI: De Europese coöperatieve vennootschap
- Boek XVII: Diverse bepalingen en overgangsbepalingen

Het W.Venn. van 1999 bracht de twee grote bronnen van het vennootschapsrecht samen: het contract van ‘burgerlijke’ vennootschap uit het BW en de ‘commerciële’ vennootschapsvormen van het handelsrecht. In het begin van de 19de eeuw werden burgerlijke vennootschappen (i.e. vennootschappen met een doel dat niet bestond uit een van de daden van koophandel opgesomd in het Wetboek van Koophandel) beheerst door de titel “het contract van vennootschap” in het BW (art. 1832 e.v. BW). Handelsvennootschappen (i.e. vennootschappen met als voorwerp daden van koophandel opgesomd in het W.Kh.) werden beheerst door de relevante bepalingen in het W.Kh. (over tijdelijke vennootschap, stille vennootschap, CommV, VOF en NV). Die bepalingen uit het W.Kh. werden later verzelfstandigd in een aparte Vennootschapswet van 18 mei 1873.

- (119) **Geschiedenis van de “gemene bepalingen”.** De bepalingen van het BW van 1804 over de “burgerlijke vennootschap” regelden wat we vandaag kennen als de maatschap. De regels van de maatschap in het BW waren ook een gemeen recht voor de commerciële personenvennootschappen met rechtspersoonlijkheid (VOF en CommV) en zonder rechtspersoonlijkheid (tijdelijke en stille vennootschap). Het W.Kh. en later de Vennootschapswet regelden deze vormen immers zeer summier zodat voor de meeste vragen (bv. bestuur, verplichtingen en rechten van vennoten, ontbinding, ...) moest worden teruggegrepen naar het gemeen recht in het BW. In veel mindere mate golden de regels inzake de maatschap ook als een gemeen recht voor de handelsvormen. Dit was echter zeer beperkt omdat deze vormen vrij exhaustief werden geregeld in de Vennootschapswet; vaak op een wijze die sterk afweek van de regels voor de maatschap. Soms werd echter de oplossing voor vragen gevonden in de regels van het BW.

Die status van “gemeen recht” voor de maatschap – in het Frans onder het W.Venn. overigens *société de droit commun* genoemd – kreeg uitdrukking in Boek II van het W.Venn. met de “bepalingen gemeenschappelijk aan alle vennootschappen”. De bepalingen van dit Boek kwamen grotendeels uit de oude regels van het BW. Formeel was Boek II het gemeen recht van alle vennootschappen. In de praktijk was het Boek II enkel het gemeen recht voor de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid (Boek III) en de VOF en CommV (Boek IV). De beperkte draagwijdte van het gemeenrechtelijke karakter kreeg uitdrukking in art. 18 W.Venn. dat stelde dat de bepalingen van Boek II enkel golden voor zover er in volgende boeken niet van werd afgeweken, en voor zover niet in strijd met wetten/gebruiken koophandel. Voor de NV, BVBA en CV werd er meestal afgeweken van de regels van Boek II.

- (120) **Geen “bepalingen gemeen aan alle vennootschappen” meer.** Het WVV heeft dit radicaal doorgetrokken en bevat géén boek met regels gemeenschappelijk aan alle vennootschappen. Er is een Boek 1 met algemene bepalingen die gelden voor alle vormen geregeld in het WVV, dus niet enkel voor vennootschappen, maar ook de stichtingen en de verenigingen. Er is verder een Boek 2 met bepalingen gemeenschappelijk aan alle rechtspersonen geregeld in het WVV (dus niet de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid, maar dan weer wel de VZW's en stichtingen).

De afwezigheid van een “algemeen vennootschapsdeel” moet wel worden genuanceerd:

- Boek 1 met de “algemene bepalingen” bevat enkele bepalingen die voor alle vennootschappen en enkel voor alle vennootschappen gelden: bv. de regels inzake de inbreng (art. 1:8).
- Boek 2 bevat enkele regels die formeel *niét* gelden voor een maatschap maar waarvan redelijkerwijze wel kan worden aangenomen dat ze de uitdrukking vormen van een algemene regel die ook voor een maatschap geldt. Zie bv. art. 2:56 al. 1 dat de marginale toetsing van bestuurshandelen regelt. Er is geen reden om aan te nemen waarom deze toetsingsnorm niet zou gelden voor de zaakvoerder van de maatschap. Of beter: er is wel een reden om dat aan te nemen, nu geargumenteed kan worden dat omwille van de onbeperkte aansprakelijkheid in de interne verhouding tussen zaakvoerder en vennoten meer voorzichtigheid kan worden gevraagd. Dit argument is echter ook van toepassing op de zaakvoerder van een VOF, waar de genoemde norm zonder enige twijfel geldt. Wellicht kan dan ook worden aangenomen dat rechters voor de zaakvoerder van de maatschap op gelijkwaardige manier zullen toetsen.

(121) **Vragen bij de wenselijkheid van rechtspersoonlijkheid als grote breuklijn.** Boek 2 zorgt ervoor dat het onderscheid tussen vennootschappen met en zonder rechtspersoonlijkheid een *summa divisio* is in het WVV. Dat wordt nog versterkt door andere regels die enkel van toepassing zijn op rechtspersonen. Denk bv. aan Boek 12 over herstructurerings en Boek 14 over omzetting (inclusief internationale omzetting).

Dat is minder vanzelfsprekend dat het lijkt. Het WVV erkent voor het eerst in de wetgeving dat de maatschap een afgescheiden vermogen heeft, en daarmee dus niet langer als een contract kan worden beschouwd zoals onder het BW. Dit pleit er eerder voor dat méér regels voor rechtspersonen ook van toepassing zouden zijn op maatschappen. Het afgescheiden vermogen geeft de maatschap immers een belangrijk rechtspersoonsskenmerk, waardoor deze vorm sterk lijkt op de VOF.

Het komt ons daarbij voor dat de wetgever niet altijd diep heeft nagedacht over de vraag of een regel al dan niet ook op de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid van toepassing moet zijn. Waarom is het IPR voor maatschappen niet geregeld? Waarom geen nietigheidsregeling voor maatschappen met *ex nunc* effect? Waarom geen regels voor de omzetting of herstructurering van een maatschap?

Een concreet voorbeeld: de ‘cap’ op bestuursaansprakelijkheid geldt wegens de plaatsing in Boek 2 enkel voor bestuurders van rechtspersonen. Bestuurders in

een maatschap kunnen dus niet genieten van de cap. Bestuurders in bv. een VOF (met rechtspersoonlijkheid) wel. Een goede verantwoording hiervoor ligt niet voor. (Een m.i. slechte verantwoording zou kunnen zijn: het doet er noch in de maatschap noch in de VOF veel toe in de praktijk, maar voor de VOF is de drafting cost nu eenmaal veel lager door de aanwezigheid van een gemeen rechtspersoondeel.)

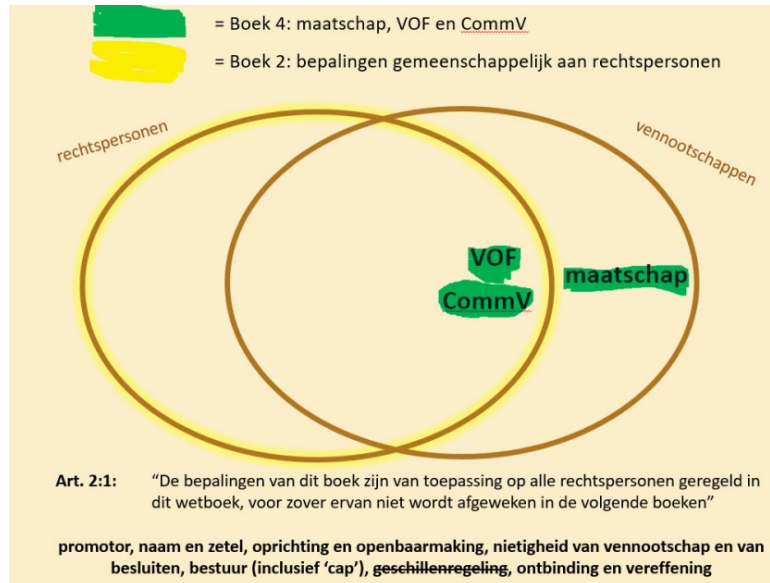
Twee opties van wetgever komen hier in botsing. Enerzijds is er het idee dat de maatschap, VOF en CommV één vennootschapsvorm is met een drievuldige verschijningsvorm. Dat gaat verder dan de structurering van de artikelen in één Boek 4: de verwantschap tussen vennootschappen met en zonder rechtspersoonlijkheid werd benadrukt door voor de maatschap vermogensafschieding en procesbevoegdheid (zie nieuw art. 703 § 2 Ger.W) ter erkennen. Anderzijds is er de keuze voor rechtspersoonlijkheid als grote breuklijn en centraal aanknopingspunt voor een hele reeks fundamentele regels.

In Boek XX van het WER werd een andere keuze gemaakt. Beperkte aansprakelijkheid noch rechtspersoonlijkheid vormt een aanknopingspunt voor de bestuursaansprakelijkheidsgronden van art. XX.225 e.v. Centraal staat het afgescheiden vermogen (al valt de feitelijke vereniging erbuiten).

- (122) **Maatschapsregels als “gemeen recht” voor de personenvennootschappen.** Het WVV brengt maatschap, VOF en CommV samen in één Boek 4 voor personenvennootschappen. Art. 4:1 tot en met 4:21 gelden voor de maatschap. Samen met de regels uit Boek 1 zijn dit de enige regels die formeel van toepassing zijn op de maatschap.

Art. 4:22 tot en met 4:28 gelden voor de VOF en CommV.

Op grond van art. 4:23 zijn de meeste regels voor de maatschap ook van toepassing op de personenvennootschappen met rechtspersoonlijkheid. Daarbij worden die maatschapsregels uitgesloten die enkel op de maatschap van toepassing zijn wegens de afwezigheid van rechtspersoonlijkheid: art. 4:13 al. 1 (onverdeeld karakter van maatschapsvermogen), art. 4:14 al.2 (stille maatschap) en art. 4: 21 (vereffening van maatschap). Voor de VOF en CommV moet verder uiteraard toepassing worden gemaakt van Boek 2 en de andere bepalingen voor rechtspersonen.



Een constante in deze historie is dat de regels van de maatschap een gemeen recht vormen voor alle personenvennootschappen. De manier waarop dit technisch uitwerking kreeg verschilde echter sterk in BW/W.KH, W.Venn. en WVV. Voor de gebruiker van het WVV is het belangrijk niet te vergeten dat heel wat regels uit Boek 4 hun oorsprong vinden in de *Code civil* uit 1804, soms ongewijzigd, soms licht gewijzigd.

(123) **Maatschapsregels niet langer het “gemeen recht” voor de kapitaalvennootschappen.** Wat wel verloren is gegaan in het WVV is het idee van de regels voor de maatschap als een gemeen recht voor alle vennootschappen (vgl. met Boek II van het W.Venn.).

Het belangrijkste stuk “gemeen recht” dat naar het bijzonder deel verwijst zijn de regels rond de **ontbinding** (oud art. 39-45 W.Venn; art. 4:16 WVV). De principes achter deze regels werden voor het WVV ook wel eens op andere vennootschappen toegepast, bv. het principe dat een vennoot (of zijn persoonlijke schuldeisers) een redelijke exitmogelijkheid moeten hebben. Dat kan van belang zijn voor een NV of BV(BA) waarbij overdrachtsbeperkingen de vennoten betonen in de vennootschap. Zo vertaalt het opzeggingsrecht van art. 43 W.Venn (nu art. 4:17 WVV enkel van toepassing op personenvennootschappen) zich in een verplichting om een zekere overdraagbaarheid van aandelen te waarborgen (B. Tilleman, *Ontbinding van vennootschappen*, Biblio, 1996, 26, nr. 3).

De vraag is of dit gemeen vennootschapsrecht inzake ontbinding nog behouden blijft door de verhuis naar bijzonder boek 4. Dat hoeft niet per se uitgesloten te worden: ook nu is het niet zozeer de technische regel van Boek II die men toepast op de kapitaalvennootschappen maar wel een achterliggend maar niet uitgedrukt principe.

De bepalingen van Boek II WvV verschenen zelfs als een “gemeen liquiditeitsrecht” over de grenzen van het vennootschapsrecht heen. Heel wat recente casatiearresten over de duurzaamheid van een (familiale of andere) conventionele onverdeeldheid kunnen gelezen worden als een toepassing van de regels voor de maatschap:

- Cass. 20 september 2013 oordeelde dat **art. 815 BW** (waarvan het eerste lid bepaalt dat niemand kan worden genoodzaakt in onverdeeldheid te blijven en dat de verdeling te allen tijde kan worden gevorderd, niettegenstaande enige hiermee strijdige verbodsbepaling) niet van toepassing is op de vrijwillige onverdeeldheid in hoofdzaak. Die oplossing wordt van oudsher niet betwist voor de maatschap.
- Cass. 6 maart 2014 oordeelde dat een **tontineovereenkomst** ophoudt te bestaan wanneer de onderliggende relatie een einde neemt derwijze dat hierdoor aan de verdere uitwerking van de overeenkomst iedere zin wordt ontnomen. Daaruit werd afgeleid dat de onverdeeldheid tussen de deelgenoten rijp werd voor verdeling. Ook dit kan gezien worden als een toepassing van een regel die voor de maatschap geldt. Art. 39, 2° W.Venn. stelt immers dat een vennootschap wordt ontbonden “door het tenietgaan van de zaak, of door het voltrekken van de handeling.”
- Cass. 21 oktober 2016 oordeelde dat een **beding van aanwas** geen verboden beding over een toekomstige nalatenschap is. Voor een maatschap wordt dit al lang aanvaard. Een beding in de statuten van een vennootschap dat de omvang van de (patrimoniale of lidmaatschaps)rechten over de goederen van de vennootschap regelt bij het overlijden van een deelgenoot vennoot, is niet automatisch een verboden beding over een nalatenschap. (Wel kan er sprake zijn van een onrechtstreekse schenking). Het beding regelt immers de rechten binnen de rechtspersoon casu quo de boedel en betreft niet noodzakelijk de nalatenschap.

De moraal is misschien dat wat ook de *distinguo's* van de vennootschapswetgever zijn, de rechtspraak een gemeen liquiditeitsrecht kan vinden in de regels voor de maatschap en dit kan toepassen op andere organisaties.

Verder blijft de indruk dat aan de structuur van het WvV en de plaatsing daarin van bepalingen niet altijd een te groot belang mag worden gehecht. Een voorbeeld daarvan is de regeling van de croupier-verhouding in art. 4:6 al. 2 WvV (“Iedere vennoot mag evenwel, zonder toestemming van zijn medevennoten, een

derde persoon tot deelgenoot nemen, wat zijn aandeel in de vennootschap betreft.") Formeel geldt deze regel enkel voor de maatschap (inclusief VOF en CommV). Er is echter geen reden waarom een croupier niet mogelijk zou zijn in andere vormen zoals NV of BV.

- (124) **Andere “gemene bepalingen” als denkoefening.** Het doel van het samenbrengen van regels in een codificatie is net nadenken over de vraag welke regels gemeenschappelijk moeten zijn en waar de regels omwille van bijzondere redenen moeten verschillen.

Daarbij zou een wetgever vele "gemene" regels kunnen bedenken. Het gemeen karakter kan uitdrukking krijgen in een apart boek of in een herhaling van dezelfde regel voor alle betrokken vormen. Enkele voorbeelden van mogelijke verzamelingen van gemeenschappelijke regels:

- Regels gemeen aan alle vormen. Die bevinden zich nu in Boek 1.
- Regels gemeen aan alle rechtspersonen. Die bevinden zich nu in Boek 2 en andere Boeken zoals 14.
- Regels gemeen aan alle vennootschappen. Hiervoor is geen apart boek, zij het met de nuancering die we hiervoor aanbrachten. Boek 12 regelt de herstructureringen van vennootschappen, maar enkel die met rechtspersoonlijkheid.
- Regels gemeen aan alle non-profits (verenigingen en stichtingen). Dit vinden we formeel enkel in Boek 13 (herstructureringen van verenigingen en stichtingen). Materieel zijn er uiteraard ook gemene regels in Boek 9 (VZW) en Boek 10 (stichting).
- Regels gemeen aan alle verenigingen, die met en zonder rechtspersoonlijkheid. Dit is afwezig in het WVV omdat de feitelijke vereniging weliswaar wordt erkend, maar niet geregeld. De vraag is in welke mate bepaalde regels voor VZW's de uitdrukking vormen van een gemeen verenigingsrecht dat ook van toepassing is op de verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid.
- Regels gemeen aan alle vormen zonder rechtspersoonlijkheid (maatschap en feitelijke vereniging). Ook dit is afwezig in het WVV. Opnieuw kan de vraag gesteld worden in welke mate de regels rond bv. het onverdeelde vermogen van de maatschap van toepassing zijn op de feitelijke vereniging.
- Regels gemeen aan alle vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (CommV, BV, CV, NV). Deze regels bestaan niet formeel in het WVV en ook nauwelijks materieel. Zo bestaat er geen verantwoording waarom de liquiditeitstest die geldt bij uitkeringen in een BV of CV, ook niet zou moeten gelden in een CommV of NV.

- Regels gemeen aan alle entiteiten met beperkte aansprakelijkheid (met bv. gemene bepalingen rond startvermogen),
- Regels gemeen aan alle vennootschapsvormen zonder vrije overdraagbaarheid van aandelen. De ontbindingsregels van art. 4:16 e.v. zijn ingegeven door de niet-overdraagbaarheid van aandelen in een maatschap, VOF of CommV. De vennoten (en ook de persoonlijke schuldeisers en rechtsverkrijgers van deze vennoten) kunnen beroep doen op liquidatie-mogelijkheden omdat hun aandelen zelf niet liquide zijn. Ook in andere vennootschapsvormen kan de vrije overdraagbaarheid aan banden worden gelegd. Dit doet de vraag rijzen of in zulke vormen in zo'n geval ook geen extra ontbindingsmogelijkheden zouden moeten worden voorzien. De ontbindingsgronden behoorden voorheen niet toevallig net tot dat stukje maatschapsrecht dat al wel eens werd toegepast op kapitaalvennootschappen (zie hoger nr. (123)).

## 2. Wat is een vennootschap: irrelevant voor rechtspersonen?

- (125) **Normatieve elementen in definities in het WVV.** Een definitie in het recht heeft meestal als functie het toepassingsgebied van een regel af te grenzen. Indien een bepaalde feitenconstellatie onder de definitie valt, wordt er een kwalificatie opgeplakt met bepaalde rechtsgevolgen als consequentie. Roekeloos rijgedrag, wordt gekwalificeerd als een onrechtmatige daad met als gevolg een schadevergoedingsplicht voor schade veroorzaakt door dat gedrag. Wie als natuurlijke persoon zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent, wordt gekwalificeerd als onderneming met een inschrijvingsplicht in de KBO of een boekhoudplicht als gevolg.

De definities van een vennootschap of vereniging in het WVV hebben deze gebruikelijke functie niét:

Art. 1:1. Een vennootschap wordt opgericht bij een rechtshandeling door één of meer personen, vennoten genaamd, die een inbreng doen. Zij heeft een vermogen en stelt zich de uitoefening van één of meer welbepaalde activiteiten tot voorwerp. Een van haar doelen is aan haar vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel uit te keren of te bezorgen.

Art. 1:2. Een vereniging wordt opgericht bij een overeenkomst tussen twee of meer personen, leden genaamd. Zij streeft een belangeloos doel na in het kader van één of meer welbepaalde activiteiten die zij tot voorwerp heeft. Zij mag rechtstreeks noch onrechtstreeks enig vermogensvoordeel uitkeren of bezorgen aan de oprichters, de leden, de bestuurders of enig

**andere persoon behalve voor het in de statuten bepaald belangeloos doel.  
Elke verrichting in strijd met dit verbod is nietig.**

Deze definities worden in de rechtspraak niet gebruikt om een organisatie te kwalificeren, toch niet bij organisaties met rechtspersoonlijkheid. Rechtspersoonlijkheid wordt immers enkel verkregen mits er door bepaalde formele hoepels wordt gesprongen: een formele oprichtingsakte, een neerlegging ter griffie, een publicatie in de bijlagen tot het Belgisch Staatsblad. Een rechtspersoon dient zich daarom altijd aan met een bepaalde kwalificatie op het voorhoofd, zodat een kwalificatie aan de hand van materiële criteria zich niet aandient.

De materiële criteria in de geciteerde definities uit het WVV worden gebruikt om een organisatie geldigheidsvoorwaarden op te leggen (er moet een inbreng zijn, er moeten meerdere leden zijn), om de wettelijke specialiteit te beperken (er moet een belangeloos doel zijn) of om andere beperkingen aan de organen op te leggen. De laatste zin van de definitie van vereniging expliciteert zelfs zeer expliciet een sanctie (“Elke verrichting in strijd met dit verbod is nietig”).

Niemand stelt ooit de vraag of een bepaalde organisatie al dan niet gekwalificeerd kan worden als een NV. Wel kan de vraag rijzen of een organisatie die is opgericht als NV geldig werd opgericht en of de rechtshandelingen van die NV strijdig zijn met de regels die op deze vorm van toepassing zijn.

Deze legistieke techniek, waarbij de definitie op zich normatieve elementen (geboden, verboden, voorwaarden, ...) bevat, gaat overigens in tegen één van de *best practices* voor het opstellen van contracten, reglementen of statuten: zet nooit verplichtingen, voorwaarden of waarborgen in een definitie.

- (126) **Onduidelijkheid van de normatieve elementen in definities in het WVV.** Men kan zich overigens afvragen wat de normatieve waarde is van de meeste van de elementen die worden opgesomd in de definitie van de vennootschap. Zo is de afwezigheid van een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel als doel geen nietigheidsgrond in BV (art. 5:13), CV (art. 6:14) of NV (art. 7:15). Het zou misschien een dwingende regel kunnen zijn die strijdige bepalingen in de statuten aan de kant schuift? Misschien een norm om concrete verrichtingen van de vennootschap te toetsen?

Duidelijk geen normatieve waarde hebben de definities van BV en NV:

**Art. 5:1. De besloten vennootschap is een vennootschap zonder kapitaal waarin de aandeelhouders slechts hun inbreng verbinden.**

**Art. 7:1. De naamloze vennootschap is een vennootschap met een kapitaal en waarin de aandeelhouders slechts hun inbreng verbinden.**

Het “zonder kapitaal” of “met een kapitaal” is niet meer dan een pedagogische verwijzing naar andere regels, waarbij “kapitaal” zelf overigens nergens wordt gedefinieerd.

Strikt genomen valt een CV ook onder de definitie van een BV. De CV is immers ook een vennootschap zonder kapitaal waarin de aandeelhouders slechts hun inbreng verbinden. Misschien is dit een gevolg van de oorspronkelijke optie van het ontwerp-WVV om de CV eerder als een mutant van de BV te reguleren?

De eigen definitie van de CV daarentegen heeft duidelijk wel normatieve ambities, als is het verwarrend dat de “ought” ook hier als een “is” wordt geschreven:

**Art. 6:1. § 1. De coöperatieve vennootschap heeft tot voornaamste doel aan de behoeften van haar aandeelhouders dan wel derde belanghebbende partijen te voldoen en/of hun economische en sociale activiteiten te ontwikkelen, onder meer door met hen overeenkomsten te sluiten over de levering van goederen, de verrichting van diensten of de uitvoering van werken in het kader van de activiteit die de coöperatieve vennootschap uitoefent of laat uitoefenen. De coöperatieve vennootschap kan tevens tot doel hebben aan de behoeften van haar aandeelhouders of haar moedervennootschappen en hun aandeelhouders dan wel hun derde belanghebbende partijen te voldoen, al dan niet via de tussenkomst van dochtervennootschappen. Zij kan tevens tot doel hebben hun economische en/of sociale activiteiten te bevorderen middels een deelneming in één of meer andere vennootschappen. De hoedanigheid van aandeelhouder kan zonder statutenwijziging worden verkregen en de aandeelhouders kunnen, binnen de door de statuten bepaalde grenzen, ten laste van het vennootschapsvermogen uittreden of uit de vennootschap worden uitgesloten.**

Wat de normatieve waarde precies is, is dan weer een andere vraag. Ook na herhaalde lectuur wordt het niet meteen duidelijk wat de grenzen zijn die worden opgelegd aan de wettelijke specialiteit van de CV. Die onduidelijkheid is misschien verteerbaar in het licht van de relatief zachte sanctie die wordt opgelegd aan een CV die haar wettelijke specialiteit schendt. De Or. kan op verzoek van een aandeelhouder, van een belanghebbende of van het OM de ontbinding uitspreken, waarbij de rechtbank een termijn kan toestaan aan de vennootschap om haar toestand te regulariseren (art. 6:127 WVW). Die regularisatie zal in de praktijk wellicht bestaan in de omvorming naar een BV.

De Memorie van Toelichting van het ontwerp-WVV (Doc 54 3119/001, 191-192) stelt over de wettelijke specialiteit van de CV :

“Voor de omschrijving van de coöperatieve vennootschapsvorm (afgekort CV) wordt nu, anders dan de Raad van State laat uitschijnen, aansluiting gezocht bij de terminologie die de Europese wetgever hanteert bij de invulling van de Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE) in de Verordening van de Raad (EG) nr. 1435/2003 van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE). De coöperatieve vennootschap heeft tot voornaamste doel om aan de behoeften van haar aandeelhouders te voldoen, en biedt aldus een flexibel instrument om de gemeenschappelijke doelstellingen van de aandeelhouders te realiseren. Deze doelstellingen kunnen bestaan in de ontwikkeling of ondersteuning van de economische of sociale activiteiten van de aandeelhouders. Zo kan de CV onder meer activiteiten voeren of laten voeren die aanleiding geven tot overeenkomsten met haar aandeelhouders inzake de levering van goederen, het verrichten van diensten of de uitvoering van werken. De CV kan tevens als instrument dienen om de economische of sociale behoeften van haar aandeelhouders te behartigen, in het bijzonder wanneer de vennootschap toelaat om, middels de bundeling van krachten en/of middelen binnen de CV, een beter collectief resultaat te bereiken. De coöperatieve vennootschap kan deze doelstelling ook realiseren middels een deelneming in een of meerdere andere vennootschappen.

[...]

Om te vermijden dat de rechtsvorm van coöperatieve vennootschap wordt gebruikt door vennootschappen die niet voldoen aan de wezenskenmerken als bedoeld in dit artikel, wordt in een aangepaste sanctie voorzien, met name de ontbinding door de rechtbank op verzoek van het openbaar ministerie of van iedere belanghebbende. Deze sanctie kan gelden zowel voor vennootschappen die als coöperatieve vennootschappen worden opgericht zonder aan de wettelijke vereisten te voldoen, als voor coöperatieve vennootschappen die wel bij de oprichting aan deze vereisten voldoen, maar die deze in de loop van hun bestaan niet meer in acht nemen. De term belanghebbende dient in zijn gebruikelijke betekenis te worden begrepen en kan bijvoorbeeld betrekking hebben op concurrenten van de vennootschap. De rechter kan een termijn toestaan gedurende welke de vennootschap haar toestand kan regulariseren, hetzij door de nodige maatregelen te nemen om (in voorkomend geval opnieuw) aan de wettelijke vereisten te voldoen, hetzij om zich in een andere vennootschapsvorm om te zetten.”

### 3. Wat is een vennootschap: de kwalificatie van een maatschap

- (127) **Problematische definitie van maatschap.** Eigenaardig is ook de verhouding tussen de algemene definitie van “vennootschap” en de definitie van “maatschap” (die overigens ook van toepassing is op de VOF en CommV op grond van verwijzingsbepaling 4:23). We zetten de definities opnieuw even naast mekaar:

Art. 1:1. Een vennootschap wordt opgericht bij een rechtshandeling door één of meer personen, vennoten genaamd, die een inbreng doen. Zij heeft een vermogen en stelt zich de uitoefening van één of meer welbepaalde activiteiten tot voorwerp. Een van haar doelen is aan haar vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel uit te keren of te bezorgen.

Art. 4:1 al 1. De maatschap is een overeenkomst waarbij twee of meer personen zich verbinden om hun inbrengen in gemeenschap te brengen, met het oogmerk het rechtstreekse of onrechtstreekse vermogensvoordeel dat daaruit kan ontstaan, met elkaar te delen. Zij wordt in het gemeenschappelijk belang van de partijen aangegaan.

Waar de definities van andere vennootschappen duidelijk voortbouwen op de algemene definitie en daarbinnen deelverzamelingen uithouden, gaat de maatschapsdefinitie in concurrentie met de algemene definitie. Dat zou aanleiding kunnen geven tot intrigerende *a contrario*-redeneringen:

- Is een “inbreng doen” iets anders dan “zich verbinden een inbreng in gemeenschap te brengen”;
- Is het doel van de vennootschap iets anders dan het oogmerk van de maatschap;
- In de maatschap is uitkeren “één van de doelen”, terwijl het in een maatschap hét oogmerk is;
- Is een vermogensvoordeel “verdelen of bezorgen” iets anders dan dit vermogensvoordeel “met elkaar te delen”;
- Betekent de plaatsing van “[De vennootschap] wordt in het gemeenschappelijke belang van de partijen aangegaan” in Boek 4, dat deze regel niet geldt voor de andere vennootschapsvormen? Zie overigens opnieuw de ambiguïteit van de laatste zin: is dit een voorwaarde om als maatschap te worden gekwalificeerd of een rechtsgevolg van de kwalificatie als maatschap?

Wellicht wil niemand aan deze verschillen al te grote waarde hechten, wat de vraag doet rijzen wat de toegevoegde waarde is van de maatschapsdefinitie. De wetgever had veel eenvoudiger definities kunnen bedenken voor Boek 4:

- “Een vennootschap die niet wordt opgericht als een rechtspersoon overeenkomstig dit wetboek of een andere wet, is een maatschap. De maatschap heeft minstens twee vennoten.” (Van deze definitie zouden dan wel de VOF en CommV moeten worden uitgesloten). of
- “De maatschap is een overeenkomst waarbij twee of meerdere personen een vennootschap aangaan.” (Deze definitie zou ook van toepassing kunnen zijn op VOF en CommV).

(128) **Noodzaak van kwalificatiecriteria voor een maatschap.** Een maatschap kan vormvrij worden opgericht, zelfs zonder onderhandsakte. Bovendien moet noch kan de maatschap voldoen aan de verplichtingen voor rechtspersonen om (i) een expeditie (van een notariële akte) of een dubbel (van een onderhandse akte) neer te leggen ter griffie van de ondernemingsrechtbank en (ii) een uittreksel uit de oprichtingsakte te publiceren in de *Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad*. De maatschap heeft wel in beginsel een inschrijvingsplicht in de KBO (art. III.49, § 1 WER), maar dit is geen voorwaarde om een geldige maatschap te zijn.

Het informele karakter van een maatschap betekent ook dat een rechter het maatschapslabel kan kleven op een samenwerkingsverband dat de partijen onbenoemd hebben gelaten of dat zelfs louter feitelijk is gegroeid (*société de fait*). De maatschap is in dat opzicht de vennootschap van gemeen recht (zie de naam in het Frans onder het WVV: *société de droit commun* – vgl. onder het WVV: *société simple*); d.i. het label dat op een vennootschap wordt gekleefd indien andere vennootschapsvormen niet van toepassing zijn. De vraag rijst dan welke materiele criteria een rechter kan gebruiken om te besluiten dat een samenwerkingsvorm een maatschap is.

Bij vennootschappen met rechtspersoonlijkheid rijst deze vraag niet: door de oprichtingsakte manifesteert zo’n organisatie zich als een vennootschap. Bovendien moet de oprichtingsakte ook verplicht identificeren over welke vennootschapsvorm het gaat. Hierdoor stelt zich in de praktijk nooit een kwalificatievraag bij rechtspersonen. Correkter: de kwalificatie gebeurt louter formeel, simpelweg op grond van de vorm waaronder de organisatie zich aan de buitenwereld aandient. Elke rechtspersoon draagt zelf haar kwalificatie in duidelijke letters op het voorhoofd. Voor een rechter kan hoogstens de vraag aan de orde zijn of de organisatie in overeenstemming is met wat de wet voorschrijft voor een vennootschap in het algemeen of voor de gekozen vennootschapsvorm in het bijzonder. In plaats van een kwalificatievraag stelt zich een geldigheidsvraag. Zie voor meer J. Vananroye en R. Foriers, “Een juridische zombie: de maatschap

als kwalificatie voor een onbenoemde of feitelijke samenwerking”, TRV 2015, 762 e.v.

Zowel art. 1:1 (algemene definitie) als art. 4:1 (definitie maatschap) proberen twee vragen tegelijkertijd te beantwoorden: (i) welke materiële criteria moet een rechter gebruiken om een informeel samenwerkingsverband al dan niet als een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid te kwalificeren? en (ii) aan welke materiële criteria moet elke organisatie die zich als een vennootschap (met of zonder rechtspersoonlijkheid) manifesteert voldoen?

- (129) **Inzet van de kwalificatie van een samenwerkingsverband als een vennootschap: situatie tot 1995.** Tot de wet van 13 april 1995 was een maatschap met een commercieel doel onmogelijk. Een feitelijk gegroeide of onbenoemde commerciële vennootschap kreeg automatisch het label van VOF, dus van rechtspersoon, opgeplakt (K. Geens, “De fundamenteën van het vennootschapsrecht door-eengeschud voor de eeuwwende” in *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, Biblo, 1995, 18-23). Omdat die rechtspersoon niet met respect voor alle voorgeschreven formaliteiten (schriftelijke oprichtingsakte; neerlegging ter griffie; openbaarmaking) was opgericht, werd het samenwerkingsverband als een *onregelmatige VOF* gekwalificeerd. Dit label van de onregelmatige VOF was een fatale sanctie: de vennoten kwamen erdoor verlamd te liggen in het hoekje waar de slagen vallen. Ze waren, enerzijds, hoofdelijk aansprakelijk voor de vennootschapsschulden maar konden, anderzijds, niet in rechte optreden voor de vennootschapsvorderingen (J. Vananroye, “De parabel van het afgesneden worstje (over het winstogmerk)”, TRV 2015, 485-486, nr. 5 en “Over stille en openbare maatschappen”, TPR 1999, 1502-1508).

De drempel om het label van vennootschap op te plakken was wegens dit verregaand penalisierend karakter bijzonder hoog. De toepassingsvoorwaarden van een vennootschap werden daarom restrictief ingevuld om informele samenwerkingsverbanden niet onnodig te penalisieren. Bij de studie van oudere rechtspraak en rechtsleer mag dit niet uit het oog worden verloren. Met name werd de “afwezigheid van winstogmerk” regelmatig van stal gehaald om een informeel samenwerkingsverband toch te onttrekken aan de zware sanctie van de kwalificatie als onregelmatige VOF.

- (130) **Inzet van de kwalificatie van een samenwerkingsverband als een vennootschap: actuele situatie.** Vandaag kan het vennootschapslabel veel minder gecrispeerd worden benaderd dan vóór 1995. Het maatschapslabel kan worden opgeplakt, in het belang van derden en/of deelgenoten zelf, zonder de samenwerking

hiermee meteen het nekschot te geven. De maatschapsvorm vormt geen sanctie, maar is een reservoir van regels waaruit wordt geput om die organisatie te regelen, in de interne verhouding en/of in de verhouding met derden.

Elders hebben we uiteengezet dat de praktische inzet van de kwalificatievraag tussen de deelgenoten bij een samenwerking zich vooral stelt bij de beëindiging van de samenwerking (J. Vananroye en R. Foriers, “Een juridische zombie: de maatschap als kwalificatie voor een onbenoemde of feitelijke samenwerking”, *TRV* 2015, 762 e.v.). De inzet van de vraag naar de kwalificatie van een maatschap bij het einde van een samenwerking is dan ook meestal shorthand voor een andere vraag: is er een onderneming en is de waarde van deze onderneming “mede-eigendom” tussen de maten? De vraag is niet zozeer of er een maatschap is – dat zal er meestal wel zijn – maar wel wat het voorwerp van die maatschap is.

Met “onderneming” bedoelen we hier het geheel van goederen dat wordt bestemd voor een concrete economische activiteit. Het begrip “onderneming” valt voor een commerciële uitbating samen met het begrip “handelszaak”. Omdat ook economische activiteiten die geen handelsdaden betreffen (bv. landbouw, vrije beroepen) een “handelszaak” hebben verkiesen we de term onderneming. Met “onderneming” bedoelen we hier met name niet de organisatie die drager is van deze goederen; dat is de betekenis die onderneming onder meer heeft in art. 1.1,1° WER. Een onderneming (handelszaak) is een feitelijke algemeenheid: een verzameling van goederen die in het economisch verkeer als een eenheid worden beschouwd en waarbij het geheel een winstvermogen heeft dat in de regel meer waard is dan de som der delen. Die meerwaarde wordt gevat in het begrippen als *clientèle* of *goodwill*. Het gaat om dat gedeelte van de waarde van een onderneming dat niet direct toewijsbaar is aan de activa.

In de praktijk van de gepubliceerde rechtspraak blijkt meestal deze situatie: twee of meerdere partners werken samen in een onderneming; de samenwerking loopt spaak; één van de partners zet de onderneming feitelijk verder en/of werft de gezamenlijke klanten af; en een andere partner stelt een vordering in waarbij wordt geclaimd dat de samenwerking een maatschap was en dat deze maatschap moeten worden vereffend waarbij de eisende partner zijn deel krijgt van de *going concern*-waarde van de gezamenlijke onderneming. De kwalificatie als maatschap is in dat opzicht een juridische zombie: een reeds overleden samenwerkingsverband wordt tot leven gewekt voor de doeleinden van een vereffening en een verdeling. De eisende partner heeft recht op een stuk van de *going concern*-waarde indien er een gemeenschappelijke onderneming is, d.w.z.

(i) er is een onderneming en (ii) die onderneming is gemeenschappelijk tussen de maten.

Uit de rechterlijke praktijk blijken er hier drie basistechnieken om na een feitelijke overname of afwerving een vergoeding voor de *going concern*-waarde tot stand te brengen:

- Soms realiseert een rechter de *going concern*-waarde door een “terugkeer” in natura van de onderneming naar de boedel te bevelen, gevolgd door een verkoop door een vereffenaar. De voormalige maten krijgen dan hun deel in het nettoactief, na de betaling van de schuldeisers en de afrekening tussen de maten.
- In andere gevallen blijft de feitelijke afwerving van de onderneming door een ex-maat gestand, maar dient deze een vergoeding gelijk aan de volledige *going concern*-waarde betalen aan de ontbonden maatschapsboedel (concreet: aan een vereffenaar). Opnieuw krijgt elke maat dan zijn netto-deel daarin door de uitkering na vereffening.
- In een variant op de vorige techniek wordt de afwervende ex-maat enkel veroordeeld tot het betalen aan de andere maat van zijn deel in de *going concern*-waarde (en dus niet van de volledige waarde aan de vereffenaar).

(131) **Kwalificatie van een onbenoemd of feitelijk samenwerkingsverband in de praktijk.** Wat zijn nu de criteria om een samenwerkingsverband te kwalificeren als een maatschap en vooral de gemeenschappelijke *going concern*-waarde te verdelen?

Bij de vraag naar de juridische kwalificatie van een onbenoemd of feitelijk samenwerkingsverband staat dus voorop of er al dan niet sprake is van mede-eigendom van de waarde van een onderneming. “Mede-eigendom” dient met betrekking tot de onderneming niet noodzakelijk in zijn letterlijke, technische betekenis te worden begrepen. Doorslaggevend is de afspraak dat de waarde gemeenschappelijk verdeeld zal worden, niet dat de fysieke ondernemingsgoederen in natura onverdeeld zijn. Vaak zal het onverdeeld zijn van de belangrijkste lichamelijke goederen die relevant zijn voor de exploitatie van de onderneming en het aantrekken van clientèle, hand in hand gaan met een gezamenlijk recht op de waarde van de onderneming en daarvan een zeer belangrijke indicatie zijn. Er is echter geen noodzakelijke band tussen een gezamenlijk recht op de ondernemingswaarde en de onverdeeldheid van de ondernemingsgoederen.

Er is “mede-eigendom” van een onderneming indien het ondernemingsrisico en de beslissingsmacht over de onderneming worden gedeeld. De hamvraag bij de

kwalificatie van een onbenoemd of feitelijk samenwerkingsverband is dus: is de onderneming exclusieve eigendom van één partner of is de onderneming “mede-eigendom” van alle partners?

Het onderscheid tussen een onderneming in exclusieve eigendom (eenmanszaak) en een onderneming die in “mede-eigendom” door een maatschap wordt gevoerd kan als volgt schematisch worden weergegeven:

|                      | Eigenaar van onderneming ('eenmanszaak')                                                                                                               | Maat in maatschap die een onderneming voert                                                                                                                                                          |
|----------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Economisch risico    | Krijgt winst ('upside'):<br>Geen regels over gebruik afhankelijk maken van rentabiliteit (frui)<br>Krijgt liquidatiewaarde (geen vereffeningprocedure) | Krijgt deel in winst ('upside'):<br>Nauwelijks regels die uitkeringen afhankelijk maken van rentabiliteit<br>Krijgen hun deel in liquidatiewaarde (erg rudimentaire vereffeningprocedure)            |
| Lidmaatschapsrechten | Beschikkingsbevoegd over activa (uti et abuti)<br>Bevoegd om schulden aan te gaan                                                                      | Individueel beschikkingsonbevoegd over activa, maar gedeelde medezeggenschap in beheer<br>Bevoegd om schulden aan te gaan als regel van aanvullend recht en in ieder geval medezeggenschap in beheer |
| Aansprakelijkheid    | Onbeperkt aansprakelijk (voor gans passief)                                                                                                            | Onbeperkt aansprakelijk (intern volgens contributio; extern volgens obligatio)                                                                                                                       |
| “Titel”              | Eigenaar                                                                                                                                               | Mede-eigenaar                                                                                                                                                                                        |

Twee elementen worden gedeeld tussen de maten bij een onderneming die “eigendom” is van de maatschap: het **economisch risico** (winst en verlies, waardevermeerdering en waardevermindering) en de **zeggenschap**. Indien het economisch risico en de zeggenschap exclusief bij één persoon liggen is er geen “mede-eigendom” van de onderneming (al kan er wel een maatschap zijn met een ander voorwerp, zoals een kostenassociatie). Indien het economisch risico en de zeggenschap tussen meerdere personen worden gedeeld, is de onderneming zelf het voorwerp van een maatschap tussen die personen.

Het economisch risico stond ook duidelijk voorop bij het winstoogmerk zoals gedefinieerd in oud art. 1832 Code civil:

*La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.*

De inbreng duidt op het delen van het risico van een *downside*, het delen in de winst op een kans op het delen in de *upside* van de onderneming. Art. 1832 BW is de inspiratiebron (via art. 1 W.Venn.) van zowel art. 1:1 als 4:1 WvV. De oude bepaling is echter meer helder omdat zij niet zozeer poogt geldigheidsvoorwaarden te stellen, als een kwalificatiecriterium te verschaffen.

Er is geen duidelijke grens tussen een onderneming met één eigenaar en een onderneming in “mede-eigendom”. Een eigenaar van een onderneming kan een andere persoon betrekken in een samenwerking en daarbij zelfs het economisch risico en de zeggingschap voor een stuk delen zonder zijn volle eigendom te verliezen. Het is maar als voldoende elementen wijzen op een gezamenlijke zeggingschap en een gezamenlijk delen in het economisch risico, dat het label van de maatschap wordt opgeplakt. Er is daarbij iets eigenaardigs: de criteria voor kwalificatie en de gevolgen van die kwalificatie zijn gelijk, nl. delen van het economisch risico en de zeggingschap. Dat is minder onlogisch dan het lijkt: indien voldoende elementen in een bepaalde richting wijzen, worden door een kwalificatie in diezelfde richting de gaten en twistpunten in de afspraken tussen de partijen opgevuld.

De kwalificatie als maatschap werkt bij het afbreken van de samenwerking als volgt: doordat de partijen bij leven en welzijn door middel van het delen van winst en verlies het ondernemingsrisico gemeenschappelijk hebben gedragen, wordt ook bij het stopzetten van de samenwerking de waarde van de onderneming gedeeld. Daarbij staat het idee voorop dat wie heeft bijgedragen aan de onderneming door te delen in het economisch risico (*inbreng*) ook mag delen in de waarde van die onderneming (*winst*). De inbreng duidt op het delen van het risico van een *downside*, het delen in de winst op een kans op het delen in de *upside* van de onderneming.

Zie voor de concrete casuïstiek: J. Vananroye en R. Foriers, “Een juridische zombie: de maatschap als kwalificatie voor een onbenoemde of feitelijke samenwerking”, *TRV* 2015, 762 e.v.

Een te overwegen legistische techniek is misschien die van Section 2 van de Partnership Act 1890 in het VK, waarbij een uitgebreide lijst van criteria wordt gegeven voor de kwalificatie van een maatschap.

#### **4. Vennootschap vs. vereniging**

(132) **De definities van “vennootschap” en “vereniging” vergeleken.** De wettelijke definities van “vennootschap” en “vereniging” bepalen wat een organisatie die

voor een van deze vormen heeft gekozen kan en/of moet doen. Daarmee verschillen ze van de gebruikelijke functie van een juridische definitie die meestal een toepassingsgebied wil afbakenen.

**Art. 1:1. Een vennootschap wordt opgericht bij een rechtshandeling door één of meer personen, vennoten genaamd, die een inbreng doen. Zij heeft een vermogen en stelt zich de uitoefening van één of meer welbepaalde activiteiten tot voorwerp. Een van haar doelen is aan haar vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel uit te keren of te bezorgen.**

**Art. 1:2. Een vereniging wordt opgericht bij een overeenkomst tussen twee of meer personen, leden genaamd. Zij streeft een belangeloos doel na in het kader van één of meer welbepaalde activiteiten die zij tot voorwerp heeft. Zij mag rechtstreeks noch onrechtstreeks enig vermogensvoordeel uitkeren of bezorgen aan de oprichters, de leden, de bestuurders of enig andere persoon behalve voor het in de statuten bepaald belangeloos doel. Elke verrichting in strijd met dit verbod is nietig.**

**Art. 1:3. Een stichting is een rechtspersoon zonder leden, opgericht bij rechtshandeling door één of meer personen, stichters genoemd. Haar vermogen wordt bestemd om een belangeloos doel na te streven in het kader van één of meer welbepaalde activiteiten die zij tot voorwerp heeft. Zij mag rechtstreeks noch onrechtstreeks enig vermogensvoordeel uitkeren of bezorgen aan de stichters, de bestuurders of enig andere persoon, behalve voor het in de statuten bepaald belangeloos doel. Elke verrichting in strijd met dit verbod is nietig.**

**Art. 1:4. Voor de doeleinden van de artikelen 1:2 en 1:3 wordt als onrechtstreekse uitkering van een vermogensvoordeel beschouwd elke verrichting waardoor de activa van een vereniging of stichting dalen of haar passiva stijgen en waarvoor zij hetzij geen tegenprestatie ontvangt, hetzij een tegenprestatie die kennelijk te laag is in verhouding tot de waarde van haar prestatie.**

**Het in de artikelen 1:2 en 1:3 bedoelde verbod belet niet dat de vereniging voor haar leden diensten om niet levert die binnen haar voorwerp en in het kader van haar doel vallen.**

Opvallend aan deze definities is de normatieve hooi die op de legistieke vork wordt genomen. De definities proberen in enkele korte artikelen meerdere doelstellingen tegelijkertijd te bereiken:

**(1)** Er wordt één uitkeringscriterium opgelegd dat tegelijk zegt wat een vennootschap moet doen en oplegt wat een vereniging niet mag doen.

(2) Datzelfde uitkeringscriterium geldt zowel voor eigenlijke uitkeringen als voor onrechtstreekse vermogensvoordelen.

(3) Met één criterium (belangeloos doel) wordt opgelegd wat de doelstelling van een VZW zelf moet zijn en de norm bepaald waaraan eventuele uitkeringen door een VZW moeten voldoen.

Bovendien doet het WV dit met eenzelfde criterium voor vennootschap en vereniging (met leden) en stichting (zonder leden). Eenvoudigheidshalve komt de stichting hierna niet systematisch aan bod.

(133) **Vergelijking met toestand onder W.Venn/VZW-Wet.** Om de draagwijdte daarvan in te zien moeten kijken hoe de toestand was onder het W.Venn. en de VZW-Wet.

(1) Er was geen strikte scheiding tussen wat de vennootschap met winstoogmerk moet doen en wat een vereniging zonder winstoogmerk niet mag doen. De wettelijke specialiteit van, enerzijds, vennootschappen en, anderzijds, verenigingen en stichtingen overlapte immers in sterke mate. Er waren doelstellingen mogelijk die zowel in een vennootschap als in een vzw mochten worden gerealiseerd: de onrechtstreekse vermogensvoordelen.

Al in de 19de eeuw werd aanvaard dat een vennootschap voldoende winstoogmerk heeft indien ze gericht is op het besparen van kosten of het voorkomen van verliezen. De klassieke coöperatie is daarvan een voorbeeld. (Ter herinnering: in de 19de eeuw bestond vooral de vrees dat de vennootschapsvorm als "vluchtvorm" werd gebruikt door religieuze non-profits.) Art. 1 al. 1 W.Venn. bevestigde uitdrukkelijk dat een onrechtstreeks vermogensvoordeel volstaat voor vennootschappen:

Een vennootschap wordt opgericht door een contract op grond waarvan twee of meer personen overeenkomen iets in gemeenschap te brengen met als doel één of meer nauwkeurig omschreven activiteiten uit te oefenen en met het oogmerk aan de vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel te bezorgen.

Omgekeerd is het verworven sinds het *Carbocide*-arrest van Cass. 9 december 1940 (AC 1940, 134) dat de afwezigheid van winstoogmerk er niet aan in de weg staat dat het geoorloofd is dat een VZW erop gericht is om haar leden een voordeel te verschaffen. In casu ging het om lobbywerk bij de wetgever voor voordelige wetgeving voor de ondernemingen die lid waren van de vereniging.

Het Hof van Cassatie ging met deze rechtspraak vrij creatief om met de wettelijke specialiteit van de VZW zoals die bleek uit art. 1 al. 3 van de VZW-Wet ("welke niet tracht een stoffelijk voordeel aan haar leden te verschaffen").

(2) Het systeem van het W.Venn./VZW-Wet maakte daarmee een onderscheid tussen enerzijds uitkeringen en anderzijds onrechtstreekse vermogensvoordelen. Onrechtstreekse vermogensvoordelen konden geldig worden nagestreefd onder de vorm van zowel een for-profit-vennootschap als een non-profitvorm (K. Geens en M. Wyckaert, *Algemeen deel*, 241, nr. 134).

Met uitkeringen bedoelen we onverplichte prestaties zonder een (gelijkwaardige) tegenprestatie, zoals een dividend in een vennootschap. Bij een uitkering is er een verarming van het vermogen van de entiteit met een correlatieve verrijking van de vermogens van de deelgenoten in de entiteit. Bij een onrechtstreeks vermogensvoordeel gebeurt er geen vermogensverschuiving van de organisatie naar de betrokken persoon. Een voorbeeld is de vereniging die een lobbyist of advocaat inhuurt om een voor leden financiële wetgeving te beïnvloeden of aan te vechten.

Onrechtstreekse vermogensvoordelen mogen niet worden verward met vermomde uitkeringen. Een vermomde uitkering kan zowel voorkomen in een vennootschap als een vereniging. Het is een onttrekken van activa aan de vennootschap (of het afwentelen van passiva op de vennootschap) onder de vorm van een rechtshandeling die op zich legitiem is, maar die voor de entiteit zeer nadelige voorwaarden heeft. Denk aan een verkoop door een lid aan de entiteit aan een veel te hoge koopprijs. Dat komt economisch neer op een uitkering aan dat lid. Hoewel dat niet met zoveel woorden in de VZW-Wet stond twijfelde niemand eraan dat ook vermomde uitkeringen in een VZW verboden waren (zie uitgebreid bij M. Deneff, *Economische activiteiten van VZW en stichting*, 483-490).

Conceptueel is het onderscheid tussen onrechtstreekse uitkeringen en vermomde uitkeringen misschien niet altijd scherp. Neem de vakbond of de ondernemingsvereniging die gratis of goedkoop advies verleent aan haar leden. Of de tennisclub die aan gunsttarief terreinen voor haar leden ter beschikking stelt. Mij lijkt het duidelijk dat het hier gaat om onrechtstreekse vermogensvoordelen. Maar men zou dit ook kunnen analyseren als een diensten- of huurcontract met voorwaarden die niet *at arm's length* zijn, dus een vermomde uitkering.

(3) Uit het voorgaande volgt ook dat de uiteindelijke doelstellingen van een vereniging niet ideëel moeten zijn ("een goed doel"). Het doel van een vennoot-

schap mag ingegeven zijn door het eigen belang van de leden. Kijk naar *Carbo-cide*. In het systeem van het W.Venn/VZW bestaan er onbaatzuchtige en baatzuchtige VZW's, en beide zijn geldig. Een VZW gericht op het (zelfs materieel belang) van de leden mag, zolang het maar geen uitkeringen zijn aan de leden. Zo zal een handelaarsverbond of een ondernemingsvereniging een baatzuchtige doelstelling hebben.

De Page schreef dat de VZW een ideëel doel moest hebben (*Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1962, 659, nr. 518: 'but d'ordre moral'). Dit was echter geen correcte weergave van het positieve recht (D. Van Gerven, *Rechtspersonen*, I, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer, 2007, 110, nr. 50; J. Vananroye, "De private stichting naar komend recht" in *Nieuw vennootschaps- en financieel recht* 1999, Kalmthout, Biblo, 2000, 182, nr. 18, X. Fossoul, "inventaire des pratiques" in *Les ASBL: évaluation critique d'un succès*, Luik, CDVA, 1985, 18).

Dat laatste is een cruciaal punt en de bron van verwarring in het WVV: een uitkeringsverbod maakt op zich een rechtspersoon echter nog niet ideëel of belangeloos.

(134) **Kritische analyse van de regels in het WVV.** Het systeem van het WVV wijkt hiervan op enkele belangrijke punten af:

(1) Er is één uitkeringscriterium dat zegt wat de vennootschap moet en wat de vereniging niet mag doen: "een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel uit te keren of te bezorgen." Een klare lijn is altijd mooi, maar 60 jaar overlap van de wettelijke specialiteit van vennootschap en vereniging laat vermoeden dat dit een illusoire doelstelling is.

Niet langer de uitkeringsgerichtheid maar het belangeloos doel wordt het criterium van het onderscheid tussen vennootschappen en verenigingen. Uitkeringen en onrechtstreekse vermogensvoordelen mogen immers in beide vormen, zij het dat er bij een vereniging (i) een belangeloos doel moet zijn en (ii) uitkeringen moeten kaderen in dit belangeloos doel.

(2) Hierdoor worden eigenlijke uitkeringen en onrechtstreekse vermogensvoordelen over één kam geschoren. Meer nog: de "vermomde uitkeringen" en de "onrechtstreekse vermogensvoordelen" worden ook in één zak gestoken. Zie de definitie van "onrechtstreeks vermogensvoordeel" in art. 1:4 (een definitie die overigens ook de rechtstreekse vermogensvoordelen omvat). Dit is nefast, zowel vanuit het oogpunt van een vennootschap als dat van een vereniging:

- Voor een **vennootschap** betekent dit dat onrechtstreekse vermogensvoordelen zouden volstaan om aan de wettelijke specialiteit te voldoen, waarbij gerust elke uitkering in de eigenlijke betekenis van het woord (bv. dividend en liquidatie-uitkering) statutair kunnen worden uitgesloten. De vennootschap heeft dan als doel louter het bezorgen van onrechtstreekse vermogensvoordelen aan de vennoten. Daarbij lijkt het zelfs mogelijk te voorzien dat bij vereffening het nettoactief niet wordt verdeeld onder de vennoten.

Dit is te verantwoorden in een klassieke coöperatie; als vennoot van Acco CV heb je statutair niet de meeste hoop op enige deelname in de winst door dividenden of een liquidatie-uitkering. Art. 1:1 laat deze mogelijkheid echter ook open voor vennootschappen die geen coöperatief of sociaal oogmerk hebben. Neem bv. een BV met één aandeelhouder louter gericht op onrechtstreekse vermogensvoordelen voor die aandeelhouder.

Zo'n vennootschap zou *de facto* kunnen functioneren als een stichting, maar dan zonder een belangeloos doel noch de andere regels van dwingend recht in een stichting. Dit is zeer onwenselijk. Zoals eerder hier uiteengezet, is het traditionele uitkeringsgebod een essentieel onderdeel in het verzachten van de nadelen van vermogensafschieding. Enkel de uitkeringsgerichtheid van de vennootschap zorgt er immers voor dat de aandeelhouder een interessante bundel rechten krijgt. Hierdoor krijgen de aandeelhouders – en vooral: hun persoonlijke schuldeisers – liquiditeit zonder dat het afgescheiden vermogen moet worden geliquideerd. Enkel door de uitkeringsgerichtheid worden beslag en vereffening vanuit het standpunt van de persoonlijke schuldeisers interessant. Een vennootschap zonder uitkeringsoogmerk daarentegen geeft aandeelhouders vermogensvoordelen waarvan hun persoonlijke schuldeisers niet kunnen profiteren. Doordat het WVV uitkeringen en onrechtstreekse vermogensvoordelen gelijkstelt, lijkt zo'n trans-vennootschap echter mogelijk.

- Voor de **vereniging** wordt afstand genomen van het verbod om uitkeringen te doen aan leden (of andere insiders). Uitkeringen mogen immers onder dezelfde voorwaarden als onrechtstreekse vermogensvoordelen, nl. zolang ze kaderen in het belangeloos doel van de VZW. Als we art. 1:2 en 1:4 samen lezen zouden zelfs vermomde uitkeringen in een VZW gerechtvaardigd kunnen worden door een belangeloos doel. Dit is allemaal veel minder streng dan de VZW-Wet, die bepaalde dat de vereniging geen “stoffelijke voordelen aan haar leden [mocht] verschaffen” (art. 1).

Het komt ons voor dat deze formulering is ingegeven door de soms vage lijn tussen (legitieme) onrechtstreekse vermogensvoordelen en (niet legitieme) vermimde uitkeringen. Denk aan de vakvereniging die leden advies verstrekt of de tennisclub en haar goedkope terreinen. Omdat de grens niet scherp de trekken is, werd alles maar onder één regel gestopt.

Dat lijkt niet nodig. Mogelijke ambiguïteit wordt immers voldoende opgelost door art. 1:5 al. 2: *"Het in de artikelen 1:2 en 1:3 bedoelde verbod belet niet dat de vereniging voor haar leden diensten om niet levert die binnen haar voorwerp en in het kader van haar doel vallen."* (De verwijzing naar art. 1:3 slaat de lezer dan weer uit zijn lood. Dit is immers de definitie van de stichting, terwijl 1:5 al. 2 helemaal op maat van de vereniging is geschreven. Ook is het niet duidelijk waarom enkel diensten worden gevisieerd. De tennisclub zal toch ook wel een container tennisballen mogen kopen en die onder de marktprijs aan haar leden aanbieden of zelfs geven?)

(3) Doordat er geen principieel uitkeringsverbod meer is komt heel het gewicht van de toetsing van uitkeringen en onrechtstreekse vermogensvoordelen in VZW's te rusten op de frêle schouders van het "belangeloos doel".

Dat brengt ons bij het laatste punt. Het belangeloos doel – opnieuw: enige grens aan uitkeringen en onrechtstreekse vermogensvoordelen in verenigingen – is een begrip zonder enige relevante betekenis. Dat komt omdat het WVV het "belangeloos doel" gebruikt in een dubbele functie: het is zowel een doelstelling waaraan elke VZW moet voldoen als een criterium waaraan uitkeringen en onrechtstreekse vermogensvoordelen door een VZW moeten worden getoetst. We willen aantonen dat je niet beide doelstellingen met één begrip kan aanpakken, zonder dat dit begrip inhoudsloos wordt.

Zoals hoger bleek hebben heel wat verenigingen immers geen ideëel of belangeloos doel: vakbonden, ondernemingsorganisatie, handelaarsverbonden, beroepsverenigingen. Zij streven het (vaak materiële) belang van hun leden na. Niemand beweert of wenst dat zulke verenigingen niet langer mogelijk zijn onder het WVV. De Memorie van Toelichting (DOC 54 3119/001, 27) bevestigt dit in de bespreking van "belangeloos doel":

"Dit doel kan van wetenschappelijke, culturele, sociale, humanitaire of sportieve aard zijn. Het kan evenzeer betrekking hebben op de milieubescherming als op de verdediging van de consumentenbelangen of van een beroepssector. Het ontwerp breekt dus niet met de vroegere oplossingen op dit punt."

Dat kan echter enkel worden volgehouden door het "belangeloos doel" zo rekkelijk te interpreteren, dat het louter cosmetisch wordt. Datzelfde uitgerokken begrip moet dan weer dienen als de enige grens aan uitkeringen en onrechtstreekse vermogensvoordelen.

Hiermee exporteert het WVV het probleem dat reeds bestond voor de stichtingen naar de verenigingen. Oud art. 27 VZW-Wet liet uitkeringen in een stichting toe voor zover die kaderen in de verwezenlijking van het belangeloos doel. Tegelijkertijd was het ook de uitgesproken wens van de wetgever bij de invoering van de private stichting dat deze vorm zou kunnen dienen als vehikel voor een administratiekantoor bij de certificering van effecten. Beide uitgangspunten zijn moeilijk te verzoenen. Een vereniging of stichting die optreedt als administratiekantoor heeft een duidelijk géén belangeloos doel (D. Patart, "Les aspects contractuels de la certification des titres des sociétés commerciales", *RPS* 1999, 33; M. Van der Haegen en A. Fontaine, "La certification comme moyen de défense contre les O.P.A.", *RPS* 1999, 68). In de parlementaire voorbereiding werd getracht beide uitgangspunten te verzoenen door "het bewaren van het familiale karakter van een onderneming" als een belangeloos doel aan te merken (*Parl. St.*, Kamer, 1998-99, nr. 1854/1, 24). De wetgever zelf heeft hierdoor het begrip "belangeloos" als verplichte wettelijke specialiteit van de stichtingsvorm nageenough inhoudsloos gemaakt (R. Tas, "De private stichting en de certificering van aandelen", *TRV* 2004, 439, nr. 5 en 444, nr. 18). Zie over de uitwassen waar deze flou juridique in de praktijk toe heeft geleid J. Vananroye, "Le bel excès: een voorstel voor hervorming van het recht voor VZW's en stichtingen met minder regels en een strengere handhaving", *TRV* 2015, 275 e.v.

De grens in het WVV aan uitkeringen en onrechtstreekse vermogensvoordelen door VZW's lijkt dan ook weinig betekenis te hebben. Om op elke vereniging te kunnen passen – ook verenigingen die niet belangeloos zijn in de normale betekenis van dat woord – moet je belangeloos zo uitrekken dat het een slappe elasticiteit wordt die niet meer dienstig is om uitkeringen te beperken.

Wat zou een alternatief systeem kunnen zijn? Ik zie de volgende bouwstenen voor een werkbaar systeem *de lege ferenda*:

(a) Er wordt ontspannen toegegeven dat een vereniging géén belangeloos doel moet hebben. Ook voor een stichting wordt deze wettelijke verplichting geschrapt (zie in dezelfde zin R. Tas, "De private stichting en de certificering van aandelen", *TRV* 2004, 439, nr. 5). Het is dan, naar Nederlands voorbeeld, niets meer dan een "lege organisatievorm" (V. Van Der Burgh, "De onderneming in stichtingsgewaad" in *Van vennootschappelijk belang* (Maeijer-Bundel), Zwolle,

Tjeenk Willink, 1988; J. Duynstee, *Beschouwingen over de stichting naar Nederlands privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1978, 60; R. Hendriks, *De stichting in concernverband*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 3; Asser/Rensen, *Overige Rechtspersonen*, 2-III\*, 2012, 323.).

(b) Er geldt een principieel verbod op elke uitkering, dit is een onverplichte prestatie zonder een tegenprestatie. Uitkeringen kunnen zowel slaan op prestaties in natura als in geld. Daarbij moeten ook vermomde uitkeringen expliciet verboden worden: prestaties waarvoor er formeel een tegenprestatie gebeurt, maar die niet gelijkwaardig is (bv. een overdreven vergoeding voor een consultancyopdracht).

(c) Op dit principiële verbod op uitkeringen bestaat een uitzondering indien deze van ideële of sociale aard zijn. Dit concept moet enger begrepen worden dan het vigerende uitgerokken criterium “belangeloos doel”. Hierbij moet echt gedacht worden aan uitkeringen die een non-profit doet voor goede doelen in de gebruikelijke betekenis van dat woord (prijzen, subsidies, steun, ...). Door de “belangelooosheid” als doelstelling voor de stichting te lossen, kan zij veel scherper worden gedefinieerd als grens bij het toetsen van uitkeringen. Opnieuw: het is niet vereist dat de VZW of stichting zelf een ideëel of sociaal doel nastreeft. Enkel indien er uitkeringen gebeuren, moeten deze uitkeringen een ideële of sociale aard hebben.

(d) Onrechtstreekse vermogensvoordelen vallen niet onder het uitkeringsverbod. Het verschil met een uitkering is dat bij een onrechtstreeks vermogensvoordeel er geen rechtstreekse vermogensverschuiving gebeurt van de organisatie naar de betrokken persoon.

- (135) **Het badstopje uit de kuip van het dwingend vennootschapsrecht: grensoverschrijdende omzetting.** Boek 14 van het WVV voert ook de mogelijkheid van grensoverschrijdende omzetting door ‘emigratie’ of ‘immigratie’ in voor verenigingen en stichtingen. Grensoverschrijdende omzetting door middel van emigratie klinkt zeer fysiek, maar komt er gewoon op neer dat een VZW of stichting het Belgisch WVV kan inruilen voor een buitenlands verenigings- of stichtingsrecht (of vennootschapsrecht?). De Belgische wetgever heeft de mogelijkheid van vrije keuze van toepasselijk vennootschapsrecht (“statutaire zetel”) dermate enthousiast omarmd dat het ook wordt toegepast op verenigingen en stichtingen.

De omzetting naar een vorm van een buitenlands jurisdictie moet niet gepaard gaan met enige reële economische of andere connectie met dat buitenland.

Deze mogelijkheid stond niet in het oorspronkelijke wetsontwerp, maar werd ingevoerd door meerderheidsamendementen (Amendementen nr. 51 e.v., Parl. St. Kamer, 2017-18, Doc 54 3119/004, p. 66). De toelichting bij deze voorstellen focust helemaal op de weldaden van immigratie van rechtspersonen, buitenlandse verenigingen en stichtingen die kiezen voor Belgisch recht. De figuur die ons aanbelangt is uiteraard de emigratie.

Die wijziging naar een buitenlandse vorm – zet de deur wagenwijd open. Het haalt het badstopje uit de kuip van het dwingend verenigingsrecht. Het uitkeringsverbod, hoe slapjes het ook is, kan bovendien makkelijk worden omzeild door een wijziging van toepasselijk verenigingsrecht (“grensoverschrijdende omzetting”).

Niets garandeert immers dat in de gekozen buitenlandse vorm ook een aan het Belgisch verenigingsrecht gelijkwaardig (of steviger) uitkeringsverbod is. Er worden geen grenzen gesteld aan de aard van de buitenlandse rechtsvorm noch grenzen aan wat er met het vermogen kan worden gedaan (vgl. met de waarborgen in art. 14:42 e.v. over de nationale omzetting van een VZW in een erkende CVSO of een CV erkend als SO). Strikt genomen wordt zelfs niet opgelegd dat er gewijzigd moet worden naar een andere non-profitvorm. Er is niets de minste garantie dat de gekozen vorm dezelfde of gelijkwaardige garanties biedt.

De Belgische wetgever heeft hier een blind en onverantwoord geloof dat het recht van de gekozen jurisdictie dit zal regelen. Dat is buitengewoon naïef nu gekozen kan worden voor om het even welke jurisdictie ter wereld.

(136) **Wat is de maatschappelijke functie van aparte vormen voor vereniging en stichting?** De vorige randnummers tonen aan dat in het WVV het onderscheidingscriterium tussen vennootschappen en verenigingen op papier scherp lijkt, maar bij nader toezien eerder cosmetisch is. Bovendien kan het door een grensoverschrijdende omzetting makkelijk worden omzeild.

Is dit erg? Wordt er wel een maatschappelijk belang gediend door een onderscheid tussen vennootschappen en verenigingen? Waarom zou de wetgever überhaupt nog de vormen van een vereniging of stichting aanbieden? De methodologische twijfel over hun bestaansreden biedt inzicht in de wijze waarop deze vormen, en in het bijzonder hun wettelijke specialiteit, wetgevend moeten worden ingevuld.

Waarom zou de wetgever simpelweg niet de vennootschapsvorm openstellen voor organisaties met een non-profitdoelstelling? Hebben we dan nog een VZW-vorm nodig?

Art. 1:1 WV over de wettelijke specialiteit van de vennootschap gaat overigens net vrij ver in die richting: “Een van haar doelen is aan haar vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel uit te keren of te bezorgen.” De wettelijke specialiteit beperkt zich niet tot uitkeringen (bv. dividenden of liquidatie-uitkeringen) in de gebruikelijke betekenis van dat woord. Onrechtstreekse vermogensvoordelen voor de leden volstaan. Daarnaast kan de vennootschap andere, begrijp: belangeloze, doelstellingen hebben. Waarom zou er dan nog nood zijn aan speciale vormen voor vereniging en stichting?

In 1921, bij de afkondiging van de VZW-Wet, zou het antwoord op deze vraag zeer eenvoudig zijn geweest: de vennootschapsvorm was een te hoge drempel voor belangeloze activiteiten, die de wetgever wilde aanmoedigen. Er was in het vennootschapsrecht, naast de CV, enkel de keuze tussen de vorm van de NV met prohibatieve voorwaarden (zoals een hoog wettelijk minimumkapitaal en zeven oprichters) of vormen met onbeperkte hoofdelijke aansprakelijkheid voor minstens een deel van de deelgenoten.

De VZW-vorm was en blijft in deze context een “light vehicle” avant la lettre: de rechtspersoonlijkheid en de niet-aansprakelijkheid van de leden kan worden verkregen zonder de losprijs van minimumkapitaalvereisten.

Het comparatieve nadeel van de vennootschap is in de loop van de geschiedenis sterk verminderd. Exhibit A is hier de BV. De BV is wat de VZW reeds sinds 1921 is: een vorm met rechtspersoonlijkheid, met niet-aansprakelijkheid van de leden, zonder een minimumkapitaal.

Zelfs om een ledenloze organisatie zoals een stichting toe te laten, is strikt genomen een aparte vorm niet noodzakelijk. Naar positief recht is het uiteraard niet toegelaten, maar er verzet zich conceptueel of praktisch niets tegen een vennootschap waar enkel een bestuursorgaan bestaat, zonder vennoten (*non-stock corporation*). Als een eenpersoons-BV kan werken, dan zou ook een nulpersoons-BV kunnen.

Een sterk geflexibiliseerd vennootschapsrecht maakt de vraag nog scherper: waarom zou er nog nood zijn aan bijzondere non-profitvormen?

Het antwoord bestaat net in de afwezigheid van een verregaande flexibiliteit in een non-profitvorm. Wie kiest voor de vorm van een vereniging of stichting, bindt zichzelf als Odysseus vast aan de mast van het uitkeringsverbod. Dit vormt

een duidelijk signaal aan de buitenwereld dat men zal weerstaan aan de sirenenzang van het winstbejag en geen uitkeringen zal doen. Zie vooral H. Hansmann, "The role of non-profit enterprise", *The Yale Law Journal* Vol. 89, No. 5, 1980, p. 853.

Waarom zouden oprichters of leden dit signaal willen geven? Op deze manier hopen de gebruikers van de non-profitvorm vertrouwen in te boezemen bij de buitenwereld, in het bijzonder bij subsidiërende overheden, belastingheffende overheden, legatarissen, donateurs en vrijwilligers. Het comparatieve voordeel van non-profitvormen is reputationeel. Die reputatie wordt verdiend door dwingende regels inzake specialiteit en werking.

Dwingend recht vormt geen uiting van wantrouwen t.a.v. VZW of stichting, maar is net de grondslag van een groter vertrouwen. Regulering is bij een vereniging of stichting dan ook niet noodzakelijk een kwaad; het vormt de bestaansreden zelf van deze vormen. De wettelijke regels voor deze vormen moeten derden waarborgen bieden die statuten of louter contractuele verbintenissen niet (of niet op even sterke manier) kunnen bieden. Dat is wat in de economische literatuur *credible commitments* heten ('*constraining self-interested choice to induce beneficial actions from other players*').

Juristen zien dwingend recht te vaak als een beperking van de partijautonomie, een grens. Flexibiliteit is een zeer relatieve waarde in het organisatierecht. Wie zijn eigen flexibiliteit op een geloofwaardige wijze beperkt, kan soms meer bereiken bij derden. Dwingend recht vormt geen uiting van wantrouwen ten aanzien van deze vormen, maar is net de grondslag van een groter vertrouwen.

In dat opzicht is voor de VZW en stichting bedreigend dat de mast van het uitkeerverbod in het WVV wel zeer broos is geworden.

Het signaal van de VZW- of stichtingsvorm wordt echter helemaal onderuit gehaald als we kijken naar Boek 14, dat de grensoverschrijdende omzetting mogelijk maakt. Als de vorm van VZW of stichting nog een signaal geeft is het een vals signaal. De restricties van de vorm worden gebruikt om te genieten van subsidies, te profiteren van een gunstiger fiscaal regime en inkomsten te verwerven door de goodwill van donateurs en vrijwilligers. Vervolgens wordt het toepasselijk recht gewijzigd om zich van die restricties te ontdoen en vrij over het opgebouwde vermogen te beschikken.

De *commitment* van de keuze voor een VZW wordt hierdoor compleet onderuit gehaald: wat ook de beperkingen van het Belgische recht zijn, je kan er altijd aan ontsnappen door een grensoverschrijdende omzetting.

- (137) **Geen beperkingen op economische activiteiten van een VZW of stichting.** De VZW was volgens art. 1 al. 3 VZW-Wet een vereniging “welke niet nijverheids- of handelszaken drijft”. Art. 1 al. 3 VZW-Wet was eigenaardig descriptief geformuleerd. Dit moest ondanks die formulering als een verbod worden gelezen.

Het WVV herneemt deze beperking niet langer voor VZW's. Voor stichtingen bestond voorheen het verbod al niet.

Dit is een goede zaak. Het oude wettelijke verbod op nijverheids- of handelszaken werd door de rechtspraak zo geïnterpreteerd dat een VZW wel nijverheids- of handelszaken mocht verrichten, zolang ze maar “bijkomstig” waren.

Dit criterium van de bijkomstigheid werd in de doctrine soms heter opgediend dan het in de praktijk werd opgegeten. Het miste conceptuele scherpheid en leidde tot rechtsonzekerheid. Hoe meet men een vaak gebruikt criterium als de “kwantitatieve ondergeschiktheid van de economische activiteit ten aanzien van de niet-economische activiteit”, bv. bij een *facbar*? Hoe dwingend is een regel die spreekt over een “rechtstreekse of onrechtstreekse band van mindere of meerdere noodzakelijkheid” tussen de economisch en niet-economische activiteiten? Op het eerste gezicht klinkt dit als een harde regel. Het wordt al minder dwingend waar de formulering ook een “onrechtstreekse band van mindere noodzakelijkheid” goedkeurt. Dit is softer dan soft, zoals toiletpapier haut de gamme, met de normatieve waarde van lyrische poëzie.

De indruk heerst dat in de praktijk een louter cosmetische lippendienst aan een hoger doel vaak passeerde. Weinigen treuren dan ook om de schrapping van elke beperking op economische activiteiten voor een VZW, zoals overigens reeds het geval is voor een private stichting. Dit voorkomt dat de VZW-vorm hier een vals signaal uitzendt.

- (138) **Is er na de hervorming van het insolventie-, ondernemings- en vennootschapsrecht (2017-2019) een vlak speelveld tussen vennootschappen en verenigingen?** Het eigenaardige aan het oude systeem was dat op grond van art. 1 VZW-wet een VZW nooit als handelaar werd beschouwd, zelfs indien die VZW handelsdaden stelde die bij een natuurlijke persoon of een vennootschap als een aanvullend of hoofdberoep zouden worden beschouwd (M. Deneef, *Economische activiteiten van VZW en stichting*, Kalmthout, Biblo, 2003, 262 e.v.). Art. 1 VZW-Wet was

in de praktijk daardoor verworden van een verbod (“*geen commerciële activiteiten*”) tot een faciliterende fictie (“*nooit onderworpen aan het handelsrecht, zelfs niet bij duurzame commerciële activiteiten*”).

Reeds voorafgaand aan het WVV, heeft het ondernemingsrecht het *level playing field* tussen for profitvormen en non-profitvormen hersteld. Voor economische regels zoals de mededinging en de marktpraktijken geldt dat deze verplichtingen ook gelden voor VZW's die een economische activiteit voeren. Dat was reeds zo; dat blijft na de hervorming van het ondernemingsrecht.

Met de invoering van Boek XX en Wet Hervorming Ondernemingsrecht werden in 2018 de regels van handelsrecht ook vastgeknoopt aan het formeel ondernemingsbegrip van art. 1:1. 1° al. 1 WER. Is o.a. een onderneming: elke rechtspersoon, toch als het een privaatrechtelijke rechtspersoon betreft. Dus: ook de VZW. Elke VZW is onderworpen aan het insolventierecht, kan worden gedaagd voor de ondernemingsrechtbank, moet het ondernemingsbewijsrecht tegen zich dulden en valt onder het “vermoeden van hoofdelijkheid”.

Boek XX WER doet overigens meer dan de VZW onderwerpen aan het insolventierecht. Met de invoering werden ook bijzondere faillissementsaansprakelijkheden verhuist van het vennootschapsrecht naar het insolventierecht. De Wet van 11 augustus 2017 heft art. 265, 409 en 530 W.Venn op en vervangt deze bepalingen door art. XX.225-226 WER (dat opnieuw zeker geen identieke kopie is van de voorgangers in het W.Venn.). Met de verhuis werd ook het toepassingsgebied *ratione societatis* ingrijpend gewijzigd. In het WER gelden deze bepalingen principieel voor alle rechtspersonen en vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid (nl. alle ondernemingen met uitzondering van de onderneming-natuurlijke persoon; zie art. XX.224). De nieuwe aansprakelijkheidsgronden gelden ook in bv. een VZW of stichting (maar ook een VOF, CommV, CVOA en een maatschap). Zie wel de uitsluitingen voor kleine ondernemingen.

Die uitbreiding zijn logisch: organisaties die dezelfde activiteiten mogen verrichten moeten daarbij ook aan dezelfde spelregels worden onderworpen.

- (139) **Toepassing op oprichtingsformaliteiten- en aansprakelijkheid.** Het komt ons voor dat het WVV die logica niet consequent doortrekt. Voor vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid van alle vennoten geldt er een “gemeen recht” inzake een plicht tot het opstellen van een financieel plan en een aansprakelijkheid van oprichters voor de toereikendheid van het aanvangsvermogen, zie art. 5:4, 5:16, 2°, 6:5, 6:17, 2°, 7:3 en 7:17, 2° WVV. Het is formeel geen gemeen recht; het staat immers niet in een deel met gemeenschappelijke bepalingen. Het is wel

materieel gemeen recht omdat dezelfde regel nagenoeg gelijkkluidend wordt herhaald voor verschillend vormen.

De verantwoording hangt nauw samen de niet-aansprakelijkheid van de vennoten. Een groot stuk van het risico bij insolventie wordt hierdoor afgewenteld op schuldeisers van de organisatie. Het financieel plan en de oprichtersaansprakelijkheid prikkelen de oprichters om de belangen van de schuldeisers van de organisatie mee in rekening te nemen.

Diezelfde reden gaat ook op voor verenigingen en stichtingen, die evenzeer economische activiteiten, met het daarbij horend risico, kunnen ondernemen.

Is de aanwezigheid van een belangeloos doel voldoende om oprichters van verenigingen en stichtingen anders te behandelen (met alle caveats over de onduidelijkheid en relativiteit van dit begrip)? Het komt me voor van niet. Enerzijds kan de belangeloosheid van de betrokkenen in een non-profit een reden zijn om hen minder streng te behandelen. Anderzijds is de belangeloosheid net een reden tot grote bezorgdheid. Aandeelhouders hebben nog *skin in the game*, omdat ze een inbreng hebben gedaan en de hoop hebben dat ze uitkeringen uit de vennootschap kunnen krijgen. Leden van een vereniging zijn daarentegen gedesinteresseerd: de afwezigheid van een financieel belang kan zorgen voor de afwezigheid van belangstelling.

Zeker bij verenigingen en stichtingen met substantiële economische activiteiten zien we geen verantwoording voor een behandeling die verschilt met die van vennootschappen. De regels inzake het aanvangsvermogen behoren regels te zijn die "gemeen" zijn tussen alle organisaties met beperkte aansprakelijkheid.

Dan rest nog de vraag hoe de gelijkheid te creëren. De wetgever kan uiteraard de regels voor BV, CV en NV uitrollen naar de VZW en stichting. Een andere optie is echter veel simpeler: het financieel plan en de oprichtersaansprakelijkheid schrappen bij de vennootschappen. Er is immers nog altijd de *wrongful trading*-aansprakelijkheid van art. XX.227 WER. Aansprakelijkheid wegens *wrongful trading* verricht een gelijkaardige functie als de oprichtersaansprakelijkheid. Oprichtersaansprakelijkheid wegens een kennelijk ontoereikend aanvangskapitaal kan gezien worden als *wrongful trading* vanaf de oprichting. Art. XX.227 WER geldt voor elke vennootschap (zelfs die zonder rechtspersoonlijkheid) en elke rechtspersoon, dus ook de verenigingen en stichtingen.

## 5. Onderneming in formele zin in het WER, Ger.W. en BW

- (140) **Dualiteit tussen handelsrecht en burgerlijk recht.** Per 1 november 2018 verdwenen het handelsrecht, de handelaar en de daden van koophandel. Het handelsrecht werd traditioneel omschreven als het geheel van rechtsregels (soms beperkt tot privaatrechtelijke regels) dat van toepassing is op handelaars. Handelaar of ‘koopman’ (beide synoniemen worden door mekaar gebruikt), is de persoon die ‘daden van koophandel’ uitoefent en daarvan, hoofdzakelijk of aanvullend, zijn beroep maakt (art. 1 W.Kh.).

Deze ‘daden van koophandel’ (of handelsdaden) werden limitatief opgesomd in art. 2 e.v. W.Kh. Tegelijk werden ze vaak extensief geïnterpreteerd. Een bekend voorbeeld daarvan is het uitbaten van een zwembad, dat als een “verrichting van openbare schouwspelen” wordt beschouwd (zie hiervoor). Deze spanning tussen een limitatieve opsomming en een extensieve interpretatie kwam de rechtszekerheid niet altijd ten goede.

Het Wetboek van Koophandel (*Code de Commerce*, W.Kh.) van 1807 werd grotendeels uitgekleeft, doordat reeds vanaf de 19de eeuw belangrijke stukken regelgeving verhuisden naar bijzondere wetten. Zoals bij een strippende 200-jarige kan worden verwacht, is de aanblik ervan niet altijd opwindend.

De dualiteit tussen regels voor handelaars en regels voor niet-handelaars geldt niet enkel voor natuurlijke personen maar ook voor vennootschappen en rechtspersonen. Sommige vennootschappen en rechtspersonen hebben een commerciële aard, andere een burgerlijke aard.

- (141) **Dualiteit in het vennootschapsrecht.** In de 19<sup>de</sup> eeuw had deze dualiteit nog belangrijke vennootschapsrechtelijke gevolgen:

- Vennootschappen met een burgerlijke activiteit konden enkel kiezen voor de burgerlijke vennootschap uit het Burgerlijk Wetboek, de huidige maatschap. Dus: zonder rechtspersoonlijkheid en zonder de mogelijkheid van beperkte aansprakelijkheid.
- Vennootschappen met een commerciële activiteit konden (toen: moesten) kiezen voor de vennootschapsvormen van de *Code de Commerce* (later de Vennootschapswet).

Nadat eerst de handelsvormen werden opgesteld voor burgerlijke activiteiten (algemeen in 1926) en later de burgerlijke vorm voor commerciële activiteiten

(1995), werd het burgerlijk en commercieel vennootschapsrecht in 1999 in één Wetboek van vennootschappen gecodificeerd.

In het vennootschapsrecht leek daarmee de dualiteit tussen burgerlijke en handelsvennootschappen beperkt te worden tot het bewijs en de aansprakelijkheid bij de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid (art. 49 en 52 W.Venn.) en de eigenaardige term “burgerlijke vennootschap met handelsvorm” (art. 3 §4 W.Venn.), die enkel door de juridische archeologie geduid kan worden. Tussen een vennootschap met rechtspersoonlijkheid (bv. NV, BV, CVBA) is echter geen verschil meer in vennootschapsrechtelijk regime naargelang de burgerlijke of commerciële aard. Of zo leek het maar.

Ook in het vennootschapsrecht bleef het onderscheid tussen vennootschappen die handelaar zijn en zij die het niet zijn, immers veel groter dan een oppervlakkige studie van het W.Venn. zou doen geloven. In het handelsrecht, en in het bijzonder in het faillissementsrecht, bleef het onderscheid immers bestaan. De burgerlijke vennootschap met rechtspersoonlijkheid kon nog altijd niet failliet worden verklaard.

Deze blijvende handelsrechtelijke dualiteit had indirect ook belangrijke gevolgen voor het vennootschapsrecht. Enkele belangrijke aansprakelijkheidsgronden golden immers enkel bij faillissement van de vennootschap, zoals de oprichtersaansprakelijkheid voor kennelijk ontoereikend kapitaal (bv. oud art. 456, 4° W.Venn.: “in geval van faillissement”) of de bijzondere faillissementsaansprakelijkheid voor kennelijk grove fout (bv. oud art. 530 W.Venn.: “indien bij faillissement van de vennootschap...”). Deze vennootschapsrechtelijke regels zijn bijgevolg niet van toepassing op een vennootschap met een burgerlijk doel.

Misschien nog belangrijker is dat ook aansprakelijkheidsregels en andere remedies die formeel ook gelden voor burgerlijke vennootschappen (bv. de gewone interne bestuursaansprakelijkheid) vaak dode letter blijven indien schuldeisers niet de mogelijkheid hebben om een curator als neutrale bewindvoerder in de plaats te stellen van de aandeelhouders en de bestuursorganen. De theoretisch aansprakelijke vennootschapsinsider zal immers vaak ook de controle hebben over het al dan niet instellen van de aansprakelijkheidsvordering voor rekening van de vennootschap.

- (142) **2018: einde van de handelaar.** De wet van 11 augustus 2017 voerde Boek XX (“Insolventie van ondernemingen”) van het Wetboek Economisch Recht (hierna: WER) in. Boek XX vervangt de Faillissementswet en de Wet op de Continuïteit der Ondernemingen (WCO). Boek XX stelt het faillissement en de gerechtelijke

reorganisatie open voor alle ondernemingen zoals gedefinieerd in art. I.1, 1° van het WER. Kort samengevat komt het nieuwe toepassingsgebied van het insolventierecht hierop neer:

- iedere natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent (ook de vrije beroepers of andere voorheen ‘burgerlijke’ activiteiten);
- iedere privaatrechtelijke rechtspersoon, ongeacht de aard van de activiteiten (bv. ook VZW’s, stichtingen of ‘burgerlijke’ vennootschappen); en
- iedere vennootschap, ongeacht of die vennootschap al dan niet rechtspersoonlijkheid heeft (bv. de maatschap of de tijdelijke vennootschap).

Door de inwerkingtreding van het nieuwe insolventierecht in Boek XX WER op 1 mei 2018 heeft de kwalificatie als handelaar geen belang meer voor de toepassing van het insolventierecht. Daarmee verliest die kwalificatie haar belangrijkste rechtsgevolg.

De Wet van 15 april 2018 houdende hervorming van het ondernemingsrecht (“Wet Hervorming Ondernemingsrecht”) verwijdt de kwalificatie als handelaar helemaal uit ons recht. Deze wet trad in werking op 1 november 2018.

(143) **De verhouding tussen het “formeel” ondernemingsbegrip en het toepassingsgebied van het insolventierecht.** Boek XX voerde per 1 mei 2018 een nieuw ondernemingsbegrip in voor de afbakening van het toepassingsgebied van het faillissement en de gerechtelijke reorganisatie. Dit ondernemingsbegrip werd ingevoerd in art. XX.1, §1 WER.

Na de inwerkingtreding van de Wet Hervorming Ondernemingsrecht per 1 november 2018 wordt het ondernemingsbegrip uit art. XX.1, §1 WER veralgemeend door de verplaatsing ervan naar art. I.1, 1° WER. Voor het toepassingsgebied van Boek XX verwijst de definitie van “schuldenaar” naar dit centraal ondernemingsbegrip (art. I.22, 8° WER, zoals gewijzigd door art. 48 Wet Hervorming Ondernemingsrecht; zie ook het overbodige art. I.22, 7°/1 WER dat herhaalt dat “onderneming” naar het centrale ondernemingsbegrip verwijst).

Deze syllabus verwijst naar de bepalingen zoals die gelden vanaf 1 november 2018. Inhoudelijk is er echter geen verschil op vlak van het toepassingsgebied van de insolventieprocedures met de bepalingen in de periode van 1 mei tot 1 november 2018.

Worden als een onderneming beschouwd onder art. I.1, 1° al. 1 WER:

- (a) iedere natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent;

(b) iedere rechtspersoon;

(c) iedere andere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid.

Van deze ruime kring worden op grond van art. I.1, 1° al. 2 WER uitgesloten :

(a) iedere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid die geen uitkeringsoogmerk heeft en die ook in feite geen uitkeringen verricht aan haar leden of aan personen die een beslissende invloed uitoefenen op het beleid van de organisatie;

(b) elke publiekrechtelijke rechtspersoon, die geen goederen of diensten aanbiedt op de markt;

(c) de federale staat, de gewesten, de gemeenschappen, de provincies, de hulpverleningszones, de prezones, de Brusselse Agglomeratie, de gemeenten, de meergemeentezones, de binnengemeentelijke territoriale organen, de Franse Gemeenschapscommissie, de Vlaamse Gemeenschapscommissie, de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn.

Het begrip “schuldenaar” dat het toepassingsgebied van Boek XX bepaalt, is gedefinieerd als “elke onderneming met uitzondering van iedere publiekrechtelijke rechtspersoon”. Daarmee is het toepassingsgebied van het insolventierecht enger dat het “formele” ondernemingsbegrip. Onder het “formele” ondernemingsbegrip vallen immers bepaalde publiekrechtelijke rechtspersonen indien ze goederen of diensten aanbieden op een markt (zie art. I.1, 1° al. 2 (b) en (c) WER).

- (144) **Naast het “formeel” ondernemingsbegrip blijft een “functioneel ondernemingsbegrip”.** Het hiervoor besproken “formele” ondernemingsbegrip vervangt vanaf 1 november 2018 het oude “functionele” begrip (“elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen”) als centraal aanknopingspunt in het WER en Ger.W. Het “formele” ondernemingsbegrip blijft uiteraard bepalend voor het toepassingsgebied van het insolventierecht, maar krijgt daarnaast een ruimere functie (bevoegdheid ondernemingsrechtbank, toepassingsgebied ondernemingsbewijsrecht, ...). Het “functionele” ondernemingsbegrip verdwijnt uit art. I.1, 1° WER en art. 573 Ger.W.

Voor enkele specifieke Boeken, zoals Boek IV over mededinging of Boek VI over marktpraktijken blijft het functionele ondernemingsbegrip zoals het bestond vóór 1 november 2018 wel gehandhaafd als een definitie specifiek voor dat betrokken boek. Voor het toepassingsgebied van de insolventieprocedures heeft dit “functioneel” begrip geen belang (en heeft het dat ook nooit gehad).

De toepassing van dit functionele ondernemingsbegrip op vennootschappen en rechtspersonen komt hierna aan bod in afd. 4. Eerst behandelen we de belangrijkste concrete gevallen van formele ondernemingen.

- (145) **Natuurlijke personen die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefenen.** De zelfstandige beroepsactiviteit die een natuurlijke persoon tot onderneming maakt, kan zowel een hoofdberoep als een aanvullende beroepsactiviteit zijn. ‘Duurzaamheid’ is inherent aan een ‘beroepsactiviteit’, ook al wordt dit niet expliciet in de wettekst vermeld. Een activiteit die louter kadert in het normale beheer van het persoonlijk vermogen van een natuurlijke persoon is geen beroepsactiviteit, zelfs niet indien die inkomsten oplevert. Voorbeelden daarvan zijn de verhuur van een appartement of het beheer van een effectenportefeuille.

Het begrip ‘zelfstandig’ is de tegenpool van ‘in ondergeschikt verband’ (dat het onderscheidingscriterium vormt tussen een zelfstandige en een werknemer of een ambtenaar). De Raad van State merkte terecht op dat bestuurders van vennootschappen die hun taak beroepsmatig uitoefenen ook als ondernemers zullen worden beschouwd vermits zij niet in ondergeschikt verband werken (Adv. RvS, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2407/001, 285). Dat lijkt ook de bedoeling van de wetgever te zijn die in art. III.49 § 2, 6° en III.82 §1 al. 2, 2° WER, zoals per 1 november 2018 gewijzigd door de Wet Hervorming Ondernemingsrecht, “natuurlijke personen waarvan de zelfstandige beroepsactiviteit bestaat uit het uitoefenen van één of meerdere bestuursmandaten” uitsluit van de inschrijvingsplicht in de KBO en de boekhoudplicht. Beide plichten gelden in principe voor alle ondernemingen, zodat de uitdrukkelijke uitsluiting van bestuurders bevestigt dat ze in de regel wel een “onderneming” zijn.

Ook in het sociale zekerheidsrecht geldt dat elke vennootschapsmandataris (bestuurder, afgevaardigd bestuurder, zaakvoerder, commissaris of vereffenaar) in een vereniging of vennootschap die zich met een exploitatie of met verrichtingen van winstgevende aard bezighoudt, vermoed wordt een activiteit uit te oefenen die een onderwerping aan het sociaal statuut van zelfstandigen met zich meebrengt (art. 3 KB sociaal statuut der zelfstandigen). Het vermoeden van onderwerping kan in het sociale zekerheidsrecht worden weerlegd voor zover de mandataris de kosteloosheid van het mandaat aantoonst, zowel in feite als in

rechte. De vraag is of hetzelfde zal worden aangenomen in het ondernemingsrecht.

Ook wat de mandatarissen in een VZW betreft, kan gekeken worden naar het sociale zekerheidsrecht. Niet elke bestuurder van een VZW moet automatisch als een onderneming worden beschouwd. Er wordt daar een onderscheid gemaakt tussen VZW's die aan de vennootschapsbelasting onderworpen zijn en VZW's die aan de rechtspersonenbelasting onderworpen zijn:

- Als een VZW onderworpen is aan de vennootschapsbelasting, dan houdt ze zich ipso facto bezig met een exploitatie of met verrichtingen van winstgevende aard. Haar mandatarissen worden dan (weerlegbaar) vermoed een zelfstandige beroepsactiviteit uit te oefenen en dus onderworpen te zijn aan het sociaal statuut der zelfstandigen. Het bewijs van het tegendeel berust bij de mandataris.
- Mandatarissen in een VZW die onderworpen is aan de rechtspersonenbelasting (*quod plerumque fit*), vallen in beginsel niet onder de toepassing van het sociaal statuut der zelfstandigen. Enkel wanneer de mandataris inkomsten haalt uit zijn mandaat, is hij onderworpen aan het sociaal statuut der zelfstandigen.

Een natuurlijke persoon die geen beroepsactiviteit meer uitoefent, kan failliet worden verklaard, indien hij heeft opgehouden te betalen op een ogenblik dat hij de activiteit nog uitoefende (art. XX.99, al. 2 WER). De natuurlijke persoon die overleden is nadat hij op duurzame wijze had opgehouden te betalen en wiens krediet geschokt was, kan failliet worden verklaard tot zes maanden na zijn overlijden (art. XX.99, al. 3 WER)

- (146) **Privaatrechtelijke rechtspersonen.** Alle rechtspersonen gelden krachtens art. I.1, 1° al. 1 (b) WER in principe als een onderneming. Art. I.1, 1° al. 2 (c) WER sluit echter bepaalde hard core publiekrechtelijke rechtspersonen in ieder geval uit van het ondernemingsbegrip. Art. I.1, 1° al. 2 (b) WER sluit andere publiekrechtelijke rechtspersonen uit als ze geen goederen of diensten aanbieden op een markt.

Voor de toepassing van het insolventierecht is deze finesse in de taxonomie van publiekrechtelijke rechtspersonen niet relevant: de definitie van “schuldenaar”

voor Boek XX sluit immers elke publiekrechtelijke rechtspersoon uit van het insolventierecht (art. 1.22, 8° WER, zoals gewijzigd door art. 48 Wet Hervorming Ondernemingsrecht). De activiteit van de publiekrechtelijke rechtspersoon is niet relevant voor de uitsluiting van het toepassingsgebied van Boek XX. Ook publiekrechtelijke rechtspersonen die goederen en diensten aanbieden op een markt (de zgn. “overheidsbedrijven”) blijven dus buiten het vizier van het insolventierecht. Dit was voorheen in de regel ook het geval doordat een uitdrukkelijke wettelijke bepaling hen uitsloot van de kwalificatie als handelaar.

Voor de definitie van het begrip “publiekrechtelijke rechtspersoon” verwijst de parlementaire voorbereiding van Boek XX naar art. 1412bis Ger.W. inzake de wettelijke onbeslagbaarheid van publiekrechtelijke goederen (“uitvoeringsimmunitet van de overheid”).

Voor de privaatrechtelijke rechtspersoon geldt dan weer dat de feitelijke of statutaire activiteit van de rechtspersoon noch het winstoogmerk van belang zijn voor de toepassing van Boek XX.

De privaatrechtelijke rechtspersonen omvatten alle vennootschappen met (on)volkomen rechtspersoonlijkheid, inclusief de vennootschappen met een ‘burgerlijk doel’ of een sociaal oogmerk. Dit begrip omvat ook alle VZW’s en stichtingen, zelfs indien ze geen goederen of diensten aanbieden op een markt. VZW’s en stichtingen zijn wel vrijgesteld van de verplichting om aangifte te doen van het faillissement bij de griffie van de rechtbank binnen de maand nadat ze hebben opgehouden te betalen (art. XX.102, al. 1 WER). De vrijstelling geldt ook voor Europese politieke partijen en stichtingen (art. XX.102, in fine WER).

Ook na haar ontbinding blijft de rechtspersoon in vereffening een onderneming; ze blijft dus onderworpen aan de verplichting om desgevallend aangifte van staking van betaling te doen. De oude rechtspraak voor vennootschappen met een handelsdoel kan hier mutatis mutandis blijven gelden voor ontbonden privaatrechtelijke rechtspersonen (inclusief VZW’s en stichtingen) (Zie Cass. 17 juni 1994, AC 1994-95, 637).

Wel krijgen de faillissementsvoorwaarden een andere invulling wanneer de onderneming in vereffening is. Het Hof van Cassatie oordeelde meer bepaald dat het feit dat een belangrijk deel van de schuldeisers het vertrouwen behoudt in de vereffening een element is waarop de rechter zijn oordeel kan steunen dat de vennootschap nog krediet heeft (geen “geschokt” krediet) en dus niet in

staat van faillissement is. Dit geldt zelfs wanneer het waarschijnlijk is dat de vereffening deficitair zal zijn.

Een vennootschap kan nog tot zes maanden na de sluiting van de vereffening failliet worden verklaard (art. XX.99, al. 4 WER).

- (147) **Vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid.** Krachtens art. I.1,1° al. 1 (c) WER geldt als onderneming ook iedere “andere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid”. Op grond van art. I.1,1° al. 2 (c) is zo’n organisatie geen onderneming indien ze geen uitkeringsoogmerk heeft en ook in feite geen uitkeringen verricht aan haar leden of aan personen die een beslissende invloed uitoefenen op het beleid van de organisatie. Concreet betekent dit dat maatschappen en andere vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid (zoals een tijdelijke vennootschap) wel een onderneming zijn, maar de zgn. ‘feitelijke verenigingen’ niét.

Waarom verwijst de wetgever naar het nieuwe begrip ‘organisatie zonder rechtspersoonlijkheid’ en niet gewoon naar de bekende Belgische categorieën ‘vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid’ en ‘verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid’? De wetgever had als uitdrukkelijke doelstelling om ook buitenlandse organisaties die hun centrum van voornaamste belangen in België zouden hebben, aan het Belgische insolventierecht te onderwerpen, ook als ze niet in een gekende Belgische categorie passen. Daarom werd gekozen voor het nieuwe en ruime criterium van de ‘organisatie zonder rechtspersoonlijkheid’. Voorbeelden hiervan zijn de (buitenlandse) trust en de handelszaak met een afgescheiden vermogen en/of beperkte aansprakelijkheid.

Een ‘organisatie zonder rechtspersoonlijkheid’ wordt in de parlementaire voorbereiding omschreven als een organisatie die drager is van eigen rechten en verplichtingen en die als dusdanig deelneemt aan het rechtsverkeer. Een maatschap heeft eigen rechten (onverdeelde maatschapsgoederen) en verplichtingen (maatschapsschulden), waarbij volgens de heersende mening de maatschapsschulden bevoorrecht zijn op de maatschapsgoederen.

Een maatschap neemt enkel “als dusdanig” deel aan het rechtsverkeer indien die maatschap openbaar is; een stille maatschap valt daarentegen niet onder het insolventierecht. Een typisch stille maatschap zal ook geen maatschapsschulden hebben, zodat de insolventie van de stille maatschap zelf eerder een theoretisch probleem is.

Een ‘feitelijke vereniging’ of vereniging zonder rechtspersoonlijkheid mag haar winst niet uitkeren aan haar leden. De vereniging zonder rechtspersoonlijkheid die haar winst uitkeert, wordt een maatschap en is dus een onderneming. Het betreft vooreerst eigenlijke uitkeringen, dus voornamelijk de vermogensoverdrachten die het equivalent zijn van dividenden bij een vennootschap. Wordt ook als maatschap en als een onderneming beschouwd: een organisatie die zich als vereniging zonder rechtspersoonlijkheid voordoet, maar die vermomde uitkeringen doet, i.e. alle waardeoverdrachten tussen de vereniging, de leden of de leiders ervan in het kader van verrichtingen die niet tegen de marktvoorwaarden zouden worden gerealiseerd.

- (148) **Vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid in vereffening.** Naar analogie met de rechtspraak over vennootschappen met rechtspersoonlijkheid kan worden aangenomen dat de maatschap een onderneming blijft na de ontbinding totdat de vereffening is beëindigd. Die analogie mag echter niet te ver worden doorgetrokken. De vereffening van een maatschap is met weinig wettelijke waarborgen omkleed (zie J. Vananroye, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 280-291 en J. Vananroye, “Slingerende toerekening: zakelijke rechten van een maatschap”, *TRV* 2014, 251-254.). Het lijkt ons dan ook dat de faillissementsvoorwaarden hun normale invulling moeten krijgen. Boek XX bevat geen bepaling over de faillietverklaring van de maatschap na stopzetting van de activiteiten of de sluiting van de vereffening. Art. XX.99 al. 2 en 3 WER bevatten hieromtrent wel regels voor natuurlijke personen bij overlijden en bij stopzetting en voor rechtspersonen bij sluiting. Ook hier lijkt de rechtspersoon geen goed model: de sluiting van de vereffening van een maatschap (noch enig ander aspect van de ontbinding of de vereffening) is aan publieit onderworpen. Het ogenblik van de sluiting is daarom een ongemakkelijk startpunt voor een termijn.

Wellicht moet daarom worden aangenomen dat een maatschap failliet kan worden verklaard indien ze heeft opgehouden te betalen terwijl ze haar activiteit nog uitvoerde, naar analogie met art. XX.99, al. 2 WER voor de natuurlijke persoon. Zolang de vereffening nog niet is beëindigd, blijft de maatschap in ieder geval een onderneming onderworpen aan Boek XX.

- (149) **Onbeperkt aansprakelijke vennoten in een maatschap, VOF en CommV.** Elke maatschap is een onderneming. Wegens de afwezigheid van rechtspersoonlijkheid worden de handelingen en verbintenissen van een maatschap toegerekend aan de (openbare of werkende) maten (J. Vananroye, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 350, nr. 460). Betekent dit dan dat de

hoedanigheid van maat automatisch ook de hoedanigheid van onderneming oplevert? Die vraag is uiteraard enkel relevant voor maten-natuurlijke personen.

De toerekening aan de maten moet goed begrepen worden. Niet de hoedanigheid van onderneming wordt automatisch aan de maat toegerekend; wel de activiteiten die de maatschap stelt. Dit betekent dat de hoedanigheid van openbare maat de kwalificatie van onderneming kan opleveren indien de maatschap zelf een beroepsactiviteit uitoefent. Die wordt aan de maten toegerekend en zal hen onderneming kunnen maken. Middels de maatschap zal de maat dan immers zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefenen.

De activiteit van de maatschap is dus irrelevant voor de kwalificatie van de maatschap zelf, maar kan wel bepalend zijn voor de kwalificatie van de maten. Een maatschap die een portefeuille aandelen aanhoudt is een onderneming, maar de deelneming hierin maakt van de openbare maten nog geen onderneming. Anders is het voor de deelneming in een maatschap die een architectenpraktijk of slagerij uitbaat.

Een stille maat krijgt de activiteiten van de maatschap niet rechtstreeks toegerekend in de verhoudingen met derden. Een stille maat wordt dan ook niet louter op grond van de activiteiten van de maatschap een onderneming (naar analogie met voorheen de kwalificatie als handelaar: P. De Pelsmaeker, *Des associations en participation et des syndicats financiers*, Polydore Pée, Brussel, 1934, 260, nr. 117.)

Een vonnis dat vaststelt dat een maatschap zich in staat van faillissement bevindt, stelt meteen ook minstens impliciet vast dat de maten zich in staat van faillissement bevinden. Wegens de onbeperkte aansprakelijkheid van de vennoten kan de vennootschap zelf pas op duurzame wijze hebben opgehouden te betalen en een geschokt krediet hebben, indien dit ook geldt voor elk van de vennoten. De rechter kan enkel vaststellen dat de vennootschap heeft opgehouden te betalen, indien hij ook heeft onderzocht dat elk van de vennoten heeft opgehouden te betalen. De maten zijn gebonden door het gezag van gewijsde van het vonnis dat de maatschap failliet verklaart; ze zijn immers de materiële procespartij. Dat betekent niet dat het faillissement van de vennoten van rechtswege gebeurt. De rechtbank moet de vennoten uitdrukkelijk persoonlijk failliet verklaren (Zie voor de VOF: R. Piret, noot onder Cass. 15 december 1938, *J.Comm.Br.* 1939, 164).

De situatie van de vennoten in een VOF en de commanditaire vennoten in een CommV wordt klassiek gelijkgesteld aan die van de maten in een maatschap,

waardoor een vonnis lastens de VOF of CommV ook gezag van gewijsde heeft lastens genoemde vennoten. Het faillissement van een VOF brengt daarom traditioneel mee dat noodzakelijkerwijze is vastgesteld dat ook de vennoten zich in staat van faillissement bevinden. Het Hof van Cassatie bevestigde die klassieke rechtspraak andermaal in een arrest van 19 december 2008 (Zie o.a. Cass. 19 december 2008, *Pas.* 2008, *RPS* 2008, 491, concl. A Van Ingelgem, noot V. Simonart, *RW* 2008-09, 1428, noot J. Vananroye, *TBH* 2009, noot M. Coipel, *TRV* 2009, 456, noot H. De Wulf).

Art. XX.14, al. 2 WER stelt dat het openen van een insolventieprocedure ten aanzien van een onderneming waarvan de vennoten onbeperkt aansprakelijk zijn, niet noodzakelijk de opening inhoudt van eenzelfde insolventieprocedure ten aanzien van de onbeperkt aansprakelijke vennoten (zoals gewijzigd bij de Wet Hervorming Ondernemingsrecht met ingang van 1 november 2018. Dezelfde bepaling stond daarvoor vanaf 1 mei 2018 tot 1 november 2018 in art.XX.1 § 1 voorlaatste lid WER). Dit is van toepassing in de VOF, CommV en maatschap. De meeste auteurs lezen hierin dat een vonnis lastens de vennootschap onder Boek XX WER geen gezag van gewijsde meer heeft ten aanzien van de onbeperkt aansprakelijke vennoten (D. De Marez en C. Stragier, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, 35, nr. 63; M. Vanmeenen en I. Van De Plas, “Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd?”, *TBH* 2018, (207) 215, nr. 20; Z. Pletinckx, “Réforme du droit de l’insolvabilité: le nouveau livre XX du Code de droit économique”, *JT* 2018, (465) 467, nr. 4). Minstens voor de maatschap is zo’n lezing onverzoenbaar met het gegeven dat bij een procedure door of lastens de maatschap, de gezamenlijke maten noodzakelijk de materiële procespartij zijn. Dit werd ook bevestigd in het nieuwe art. 703, §2 Ger.W, ingevoegd bij de Wet Hervorming Ondernemingsrecht.

Art. XX.14, al. 2 WER stelt volgens ons enkel in het licht dat de toestand van insolventie in hoofde van de vennootschap zelf en in hoofde van de afzonderlijke vennoten aanleiding kan geven tot verschillende insolventieprocedures (“niet eenzelfde procedure”). Zo is het mogelijk dat er sprake is van een faillissement in hoofde van de maatschap, een gerechtelijke reorganisatie door minnelijk akkoord in hoofde van maat A en een gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord in hoofde van maat B.

De memorie van toelichting bij de bepaling die per 1 november 2018 in art. XX.14, al. 2 WER (maar daarvoor in art.XX.1 §1 voorlaatste lid WER) van kracht is, zet volgens ons de rechtszoekende op het verkeerde been: “De tekst strekt ertoe te vermijden dat bij een faillietverklaring van een vennootschap onder firma het

faillissement automatisch zou worden uitgebreid naar de vennoten die hoofdelijk verbonden zijn met de vennootschap. De rechtspraak van het Hof van Cassatie (Cass.19 december 2008) wordt dus niet gevolgd.” (MvT, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2407/001, 25.)

De regel van art. XX.14 al. 2 WER is nochtans op zich niet onverzoenbaar met de traditionele rechtspraak van het Hof van Cassatie, die geenszins een uitbreiding van rechtswege van het faillissement inhoudt.

Bovendien gaat de wetgever in Boek XX zelf uit van de traditionele opvatting dat de werkende vennoot in een maatschap, VOF of CommV partij is bij een vonnis lastens de vennootschap, en bijgevolg gebonden door het gezag van gewijsde. Dit blijkt uit art. XX.108 §3 WER. Dit artikel bepaalt dat bij het faillissement van een maatschap, VOF of CommV, het verzet uitgaande van een vennoot die niet op de hoogte gebracht is of geen kennis gekregen heeft van de aangifte van faillissement slechts ontvankelijk is, indien het wordt gedaan binnen de zes maanden na de opneming van de bekendmaking van het faillissement in het Belgisch Staatsblad, en in ieder geval, binnen vijftien dagen na kennisname van het vonnis. Belangrijk is dat de vennoot die vergeten werd bij de opening van de procedure verzet moet instellen, en geen derdenverzet. Verzet is een partij-rechtsmiddel, wat veronderstelt dat deze vennoot partij is. Dat bevestigt de klassieke opvatting van het Hof van Cassatie.

Bij arrest van 13 april 2018 oordeelde het Hof van Cassatie echter, tegen haar klassieke rechtspraak in, dat de veroordeling lastens een VOF geen gezag van gewijsde heeft t.a.v. werkende vennoten die geen partij waren in de procedure (Cass. 13 april 2018, C.17.0486.F). Het arrest lijkt ons ingegeven door de ongelukkige memorie van toelichting van Boek XX, maar niet verzoenbaar met art. XX.108, § 3 WER.

Bij een arrest van 22 juni 2018 oordeelde het Hof van Cassatie dan weer dat de vennoten in een VOF en de werkende vennoten in een CommV, net als de vennootschap zelf als een onderneming moeten worden beschouwd (Cass. 22 juni 2018, C.17.0587.F). Het arrest ging over het ‘functionele’ ondernemingsbegrip en niet het ondernemingsbegrip van Boek XX, maar de conclusies van de advocaat-generaal verwijzen expliciet naar de nieuwe bepalingen van Boek XX. Ook voor de toepasselijkheid van de insolventieprocedures kan daarom worden aangenomen dat de werkende vennoten in een VOF of CommV een onderneming zijn.

Het is nog onduidelijk of de aansluiting van het arrest van 22 juni 2018 (over toerekening kwalificatie onderneming) bij de traditionele rechtspraak ook betekent

dat het arrest van 13 april 2018 (over toerekening gezag van gewijsde) impliciet werd overruled. Het zou logisch zijn dat die toerekening op dezelfde wijze gebeurt.

Ondanks deze onduidelijkheid over de procesrechtelijke positie van de werkende vennoten van een maatschap, VOF of CommV bevat het WER een pragmatische regeling waarbij wordt getracht alle werkende vennoten vanaf het begin te betrekken in de procedure tegen de vennootschap (zie o.a. art. XX.14, art. XX.41, §2, 10°, art. XX.103 en art. XX.108, §3 WER). De problematiek van een vennoot die wordt geconfronteerd met een vonnis lastens de vennootschap waarbij hij zelf niet in de procedure werd betrokken, zou dan ook in de praktijk niet vaak meer mogen voorkomen.

(150) **Art. 573 en 574, 1° Ger.W.** Vanaf 1 november 2018 wordt de algemene bevoegdheid van de ondernemingsrechtbank vastgeknoopt aan het formele ondernemingsbegrip (i.p.v. het functionele, zoals het geval was sinds de Wet Natuurlijke Rechter uit 2014):

**De ondernemingsrechtbank neemt in eerste aanleg kennis van de geschillen tussen ondernemingen als bedoeld in artikel I.1, 1°, van het Wetboek van economisch recht, die niet vallen onder de bijzondere bevoegdheid van andere rechtscolleges en die, wat betreft natuurlijke personen, betrekking hebben op een handeling die niet kennelijk vreemd is aan de onderneming. De vordering gericht tegen een onderneming kan onder de in het eerste lid bepaalde voorwaarden eveneens voor de ondernemingsrechtbank worden gebracht, zelfs indien de eiser geen onderneming is. Elk beding tot aanwijzing van een bevoegde rechter dat is gemaakt voor het ontstaan van het geschil is, in dat opzicht, nietig.**

Art. 574, 1° Ger.W. werd uitgebreid om ook geschillen met betrekking tot overdracht van aandelen zeker te vatten:

**De ondernemingsrechtbank neemt kennis:**  
**1° van geschillen ter zake van een vereniging met rechtspersoonlijkheid, stichting of vennootschap, met uitzondering van een vereniging van mede-eigenaars, evenals van geschillen die ontstaan tussen hun voormalige, actuele of toekomstige vennoten of leden met betrekking tot de betrokken vennootschap, stichting of vereniging;**

NB: bij vennootschappen en rechtspersonen volstaat de hoedanigheid van onderneming: de discussie of de verbintenis al dan niet ondernemingsverbintenis is, is enkel relevant voor onderneming - natuurlijke personen.

## 6. Onderneming in de *functionele* zin in het WER

- (151) **‘Functionele’ ondernemingsbegrip blijft relevant.** Het ‘formele’ ondernemingsbegrip verving door de Wet Hervorming Ondernemingsrecht vanaf 1 november 2018 het oude ‘functionele’ begrip (“elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen”) als centraal aanknopingspunt in het WER en Ger.W. Het ‘formele’ ondernemingsbegrip bleef bepalend voor het toepassingsgebied van het insolventierecht, maar kreeg daarnaast een ruimere functie (bevoegdheid ondernemingsrechtbank, toepassingsgebied ondernemingsbewijsrecht ...). Het ‘functionele’ ondernemingsbegrip verdween uit artikel 1.1, 1<sup>o</sup> WER en artikel 573 Ger.W.

Voor enkele specifieke Boeken, zoals Boek IV over mededinging of Boek VI over marktpraktijken, bleef het functionele ondernemingsbegrip zoals het bestond vóór 1 november 2018 wel gehandhaafd als een definitie specifiek voor dat betrokken boek.

- (152) **‘Natuurlijke persoon, rechtspersoon en zijn verenigingen’: *quid met organisaties zonder rechtspersoonlijkheid?*** De definitie van functionele onderneming in het WER spreekt van “elke natuurlijke persoon of rechtspersoon [...] alsmede zijn verenigingen”.

De functionele definitie bevat daarmee formele elementen (rechtspersoon, natuurlijke persoon) die minder omvatten dan de definitie van formele onderneming. Het ‘*tertium datur*’, dat een van de krachtlijnen van de Wet Hervorming Ondernemingsrecht was, wordt hier dus genegeerd: de organisaties zonder rechtspersoonlijkheid – in het bijzonder de maatschap – werden niet meegenomen in deze definitie.

Hier moet niet te veel belang aan worden gehecht. Niemand twijfelt eraan dat bijvoorbeeld een maatschap ook onderworpen is aan de verplichtingen van het mededingings- of marktpraktijkenrecht.

Het ware beter geweest dat de definitie sprak van ‘elke organisatie die een economisch doel nastreeft’.

- (153) **Ondernemingsverenigingen.** De definitie van functionele onderneming verwijst niet enkel naar de natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, maar ook naar “zijn verenigingen”.

Hiermee wordt verwezen naar de ondernemingsvereniging (*association of undertakings*), een concept dat zijn oorsprong vindt in het mededingingsrecht. Ook besluiten van ondernemingsverenigingen vallen in het mededingingsrecht immers onder het kartelverbod, ook wanneer deze ondernemingsverenigingen zelf geen goederen of diensten op de markt zouden brengen. Een dergelijke vereniging wordt gedefinieerd als de vereniging (ongeacht de rechtsvorm) van ondernemingen uit dezelfde branche met tot taak de gemeenschappelijke belangen van die ondernemingen te vertegenwoordigen en te verdedigen tegenover de overige marktdeelnemers, de overheid en het publiek in het algemeen (Concl. Adv. Gen. Léger, 10 juli 2001, C-309/99, Wouters e.a./Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, overw. 61).

Onder de WMPC werd dit wel eens zo geïnterpreteerd dat enkel ondernemingsverenigingen die zelf economische activiteiten ontplooien onder het begrip onderneming zouden vallen (M. Denef, “De VZW: nooit handelaar, ooit verkoper, steeds onderneming?” in *Liber amicorum G.L. Ballon*, 327 en nr. 387; J. Stuyck, *Handelspraktijken*, 47, nr. 30). In deze interpretatie is de toevoeging overbodig; zulke verenigingen vallen reeds onder het eerste deel van de definitie. Deze interpretatie geeft daarmee een andere betekenis aan ‘ondernemingsvereniging’ in het marktpraktijkenrecht dan in het mededingingsrecht en strookt niet echt met de normale lezing van de tekst (G. Straetmans, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht en in de WMPC” in *Economisch recht: ondernemingen, concurrenten en consumenten*, 303; R. Steennot, F. Bogaert, D. Bruloot en D. Goens, *Wet Marktpraktijken*, 9, nr. 9; H. Dewulf, B. Keirsbilck en E. Terry, “Handelsrecht en handelspraktijken. Overzicht van rechtspraak (2003-2010)”, *TPR* 2011, 1020, nr. 131). De tekst van de parlementaire voorbereiding van de WMPC drong zo’n interpretatie bovendien geenszins op. Zie de MvT (*Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2340/001, 36), waar enkel staat dat de tekst ook verwijst naar “verenigingen van personen die op duurzame wijze een economisch doel nastreven”. Dit dwingt o.i. geenszins tot een interpretatie tegen de duidelijke tekst van de wet.

Sinds 2013 is het functionele ondernemingsbegrip gemeenschappelijk aan het Belgische handelspraktijkenrecht en het mededingingsrecht en kan een dergelijke divergerende interpretatie in ieder geval niet langer worden volgehouden. Een ondernemingsvereniging is ook de adreessaat van regels die zich richten naar ondernemingen, ook als deze vereniging zelf geen goederen of diensten op een markt aanbiedt. Als verlengstuk van de belangen van haar leden kan zo’n vereniging geacht worden “duurzaam een economisch doel na te streven”.

(154) **De definitie nader ontleed.** Hierna willen we vier elementen uit het ondernemingsbegrip verder analyseren:

- het nastreven van een economisch doel;
- de duurzaamheid waar mee dit gebeurt;
- de toerekenbaarheid van de activiteiten (doordat ze gesteld worden in eigen naam of door een andere persoon wiens activiteiten worden toegerekend); en
- de zelfstandigheid waarmee ze gebeuren.

De derde en vierde voorwaarde staan niet in de tekst van de wet, maar moeten er wel in begrepen worden.

Het zal blijken dat deze elementen voor een vennootschap niet relevant zijn: een vennootschap wordt altijd geacht een economisch doel na te streven. Deze criteria zijn wel relevant voor natuurlijke personen en, met uitzondering van de 'zelfstandigheid', voor verenigingen, stichtingen en publiekrechtelijke rechtspersonen. Het criterium van de zelfstandigheid zal dan ook enkel worden besproken bij de onderneming-natuurlijke persoon.

(155) **1) Nastreven van een economisch doel** – Een economisch doel bestaat in het aanbieden van goederen en diensten op een markt.

Kenmerkend hiervoor is dat de aanbieder van goederen en diensten een rendement wil krijgen (een overschot van inkomsten op uitgaven en voorzieningen) en dat de afnemers van de goederen of diensten een tegenprestatie betalen die minstens de kosten dekt. Dit begrip omvat daarmee alle economische sectoren.

Verder zullen we zien dat vennootschappen altijd geacht worden een economisch doel na te streven, ongeacht welke concrete handelingen ze stellen.

Daarmee is niet gezegd dat het noodzakelijkerwijze ook duidelijker is en dat er geen grensconflicten kunnen bestaan. Discussie is er vaak bij activiteiten die traditioneel verband houden met de typische overheidstaken.

Zie W. Devroe en C. Geers, "Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht" in *Liber amicorum G.L. Ballon*, A, 258, nr. 287 e.v.; G. Straetmans, "Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht en in de WMPC" in *Economisch recht: ondernemingen, concurrenten en consumenten*, 271 e.v.

Een ander grensconflict betreft sociale activiteiten of andere activiteiten die, ook al worden ze uitgeoefend tegen een vergoeding, traditioneel niet volgens marktpincipes worden geëxploiteerd, bijvoorbeeld omdat ze vooral worden gefinancierd door subsidies of giften. Voorbeelden hiervan zijn onder andere onderwijs en activiteiten van sociale aard, waar aspecten als herverdeling en solidariteit meer doorwegen.

Daarbij moet telkens voor ogen gehouden worden dat het ondernemingsbegrip kijkt naar de *activiteit*, en niet naar de concrete *entiteit* (O. Odudu, “The meaning of undertaking within 81 EC” in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2005, 212.):

- Ook een publiekrechtelijke entiteit die economische activiteiten verricht, zal een onderneming zijn. Niet de aard of vorm van de entiteit is belangrijk, wel de al dan niet economische aard van de betrokken activiteiten.
- De financieringswijze van een concrete entiteit is evenmin relevant; als een entiteit economische activiteiten verricht, maar vooral gefinancierd wordt door subsidies of giften, zal deze entiteit toch een onderneming zijn. Opnieuw is de al dan niet economische aard van de betrokken activiteiten doorslaggevend. Het is niet zozeer bepalend of een entiteit *in concreto* een rendement wil krijgen met een activiteit, wel of het een activiteit betreft waarmee ze in concurrentie treedt met andere aanbieders die de goederen of diensten op economische wijze aanbieden.

Zie O. Odudu, “The meaning of undertaking within 81 EC” in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2005, 223; B. Keirsbilck, *The new European law of unfair commercial practices and competition law*, Oxford, Hart, 2011, 239, nr. 275; H. Dewulf, B. Keirsbilck en E. Terryn, “Handelsrecht en handelspraktijken. Overzicht van rechtspraak (2003-2010)”, *TPR* 2011, 1009, nr. 114. Zie onder de oude WHP: Cass. 13 september 2002 (“Gent Watertoerist”), *Arr.Cass.* 2002, 1844, concl. Dubrulle, *RCJB* 2004, 58, noot J. Stuyck, *RW* 2003-04, 1174, noot H. Swennen, *TRV* 2003, 290, noot E. Terryn.

Wat al dan niet volgens marktpincipes wordt geëxploiteerd is een evolutief gegeven, zodat ook het ondernemingsbegrip mee evolueert. Hoewel dit zeker geen historische noodzaak is, is de evolutie de laatste decennia dat steeds meer activiteiten ‘vermarkt’ worden, zodat het ook niet mag verbazen dat het ondernemingsbegrip is uitgedijd.

Het economisch doel hoeft niet toegelaten te zijn om te kunnen leiden tot een kwalificatie als onderneming. Dat de ondernemingsactiviteit een bepaald wettelijk of deontologisch verbod schendt in hoofde van wie de activiteit uitoefent, belet niet dat de betrokken persoon als een onderneming kan worden beschouwd.

- (156) **Ruimere interpretatie bij marktpraktijken** – Recente Europese rechtspraak over de interpretatie van het begrip ‘handelaar’ in de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken gaat hier zelfs verder dan traditioneel in het mededingingsrecht werd aangenomen. Het Hof van Justitie oordeelde in een arrest van 3 oktober 2013 dat ook een publiekrechtelijke instelling die is belast met een taak van algemeen belang, zoals het beheer van een verplichte ziekteverzekering, binnen de persoonlijke werkingssfeer van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken kan vallen (HvJ 3 oktober 2013, nr. C-59/12, BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts). Hierdoor valt elke activiteit tegen betaling onder het begrip onderneming, ook als ze wordt uitgevoerd door een instelling met een taak van algemeen belang of met een publiekrechtelijke vorm.

De Belgische omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken (Boek VI WER) is vastgeknoopt aan het algemene ondernemingsbegrip van het WER. De voornoemde Europese rechtspraak is dus ook relevant voor de invulling van het Belgische begrip onderneming.

Daarbij rijst dan de vraag of de ruime interpretatie beperkt blijft tot de marktpraktijken of mag worden uitgebreid tot alle regels die worden vastgeknoopt aan het functionele ondernemingsbegrip. Wellicht is dat laatste niet de bedoeling. Dan had de Belgische wetgever er wel beter aan gedaan niet dezelfde definitie te gebruiken voor beide rechtsdomeinen. Een uniforme definitie die per rechtsdomein een verschillende invulling krijgt is een valse en misleidende eenvoud.

- (157) **‘Nastreven’: beperkt belang van het intentionele element** – Het “nastreven van een economisch doel” suggereert een subjectief, intentioneel element. Toch mag het niet verward worden met het winstoogmerk uit het oude handelsrecht. De memorie van toelichting bij het WER stelt terecht dat enkel de aard van de activiteit relevant is (MvT, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2863/001, 5).

Er is afwezigheid van een economisch doel bij dagelijkse handelingen, die weliswaar kunnen worden beschouwd als het aanbieden van goederen en diensten op de markt, maar die niet worden gesteld om een inkomen te verwerven. Een

klassiek voorbeeld is de onderwijzer die flesjes melk aankoopt om die aan kostprijs aan zijn leerlingen te verkopen. Er is hier geen sprake van een bedoeling om een in geld waardeerbare vermeerdering van het vermogen verkrijgen.

Er is wél sprake van het nastreven van een economisch doel indien goederen of diensten op de markt worden gebracht met de bedoeling om hieruit een inkomen te verwerven, maar waarbij de betrokken persoon de bedoeling heeft dit inkomen te gebruiken voor een ideële of niet-persoonlijke doelstelling. Het klassieke voorbeeld hier is de VZW die goederen verkoopt om de opbrengsten aan te wenden voor haar ideële doel. Er is hier wel de bedoeling een in geld waardeerbare vermeerdering van het vermogen te verkrijgen door de ondernomen economische activiteiten, maar deze opbrengsten worden gebruikt voor ideële of minstens niet-persoonlijke doelen.

Daarnaast kan het economisch doel ook blijken uit de omvang en de bedrijfsmatige organisatie waarmee goederen en diensten op de markt worden gebracht, zonder dat de vraag moet worden gesteld of er de intentie was om hiermee een inkomen te verwerven. Ook indien een economische activiteit volgens commerciële methodes wordt georganiseerd, zelfs indien er concreet niet de bedoeling voorop staat een rendement te halen, is er sprake van een economisch doel.

Deze elementen lezen wij ook in de definitie die Verougstraete geeft aan het “nastreven van een economisch doel”, nl. het aanbieden op de markt van goederen en diensten met een organisatie die rendement toelaat (I. Verougstraete, “Wetboek economisch recht: overzicht en algemene beginselen” in *Het Wetboek van Economisch Recht*, bundel colloquium 25 maart 2014, Brussel, FOD Economie, 2014, 19, nr. 9.). Het streven naar rendement is wel belangrijk, maar dit streven kan blijken uit objectieve elementen, zoals de organisatie waarmee goederen en diensten worden aangeboden.

Samengevat kan het belang van het subjectieve, intentionele element voor het ondernemingsbegrip als volgt worden omschreven:

1. Indien een economische activiteit op professionele wijze wordt uitgeoefend, is er in ieder geval sprake van het nastreven van een economisch doel. Een onderzoek naar de subjectieve gesteldheid is hier niet relevant.
2. Indien een economische activiteit niet op professionele wijze wordt uitgeoefend, is er geen sprake van het nastreven van een economisch doel indien de betrokken persoon niet de bedoeling heeft met de activiteit inkomsten te verwerven.

3. Hoe de opbrengsten van de activiteiten worden aangewend (bv. voor eigen voordeel, voor uitkering aan deelgenoten dan wel voor een ideëel doel) is irrelevant bij de beoordeling van het economisch doel van de activiteiten.

Dus enkel in de tweede hypothese zal de intentie van de organisatie die de activiteiten uitoefent relevant zijn. De vraag naar de intentie om een inkomen te verwerven is met andere woorden voor de kwalificatie als onderneming enkel aan de orde bij dagelijkse handelingen zonder groot belang. In een dergelijke hypothese zal er overigens vaak evenmin sprake zijn van “duurzaam nastreven” (hierboven), zodat het praktische belang van het onderzoek naar de subjectieve ingesteldheid als zelfstandig element naast dit objectieve duurzaamheidselement wellicht zeer gering is.

Twee elementen – die later aan bod komen – nuanceren nog verder sterk het belang van het onderzoek naar de subjectieve, intentionele gesteldheid:

- voor *vennootschappen* is dit onderzoek ten slotte in ieder geval irrelevant omdat het economisch doel hier een gegeven is;
- voor andere *organisaties met rechtspersoonlijkheid* (bv. VZW) kan het economisch doel of het georganiseerde karakter van een economische activiteit volgen uit het statutaire doel.

(158) **2) Op duurzame wijze nastreven** – Het aanbieden van goederen of diensten op de markt volstaat op zich niet om een onderneming te zijn. Het wordt slechts een economische activiteit indien dit duurzaam gebeurt, d.w.z. met een zekere regelmaat of in het kader van een zekere organisatie.

De vereiste van duurzaamheid sluit uit dat louter occasionele activiteiten met een economisch doel iemand tot onderneming maken. In de klassieke Europese definities zit het begrip ‘duurzaamheid’ niet als dusdanig begrepen, maar er wordt wel verwezen naar ‘activiteiten’, wat een zekere duurzaamheid veronderstelt.

Dit verschilt niet van het formele ondernemingsbegrip of oud artikel 1 W.Kh., dat verwijst naar ‘beroepsactiviteit’ of ‘gewoon beroep’. Een beroepsactiviteit kan ook een aanvullend beroep zijn.

Heel scherp is dit criterium niet altijd: tussen occasionele activiteiten en een (eventueel aanvullend) beroep zit immers een grijze zone.

Het tijdelijke karakter of de seizoensgebonden aard van een economische activiteit sluit niet uit dat ze duurzaam wordt uitgeoefend (G. Ballon en S. Ververken, *De Wet Marktpraktijken: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2011, 16, nr. 26, zie bv. verder voor de tijdelijke vennootschap).

- (159) **3) Toerekening telt, niet wie de activiteiten feitelijk uitoefent** – Relevant is niet wie de betrokken ondernemingsactiviteiten uitoefent, maar aan wie deze activiteiten juridisch worden toegerekend.

De ondernemingsactiviteiten uitgeoefend door een vertegenwoordiger die *in hoedanigheid* handelt, maken dan ook de opdrachtgever tot onderneming. De naamleener (of middellijke vertegenwoordiger) zal zelf onderneming worden als hij ondernemingsactiviteiten uitoefent.

Hierbij past een belangrijke *caveat*. Het voorgaande sluit niet uit dat ook de vertegenwoordiger die in hoedanigheid handelt, zelf als onderneming kan worden beschouwd. Deze kwalificatie volgt dan niet uit de ondernemingshandelingen die hij in hoedanigheid stelt, wel omdat de dienst die hij levert als vertegenwoordiger op zich een economische activiteit kan uitmaken. Zulke diensten zullen wel enkel een natuurlijke persoon tot onderneming maken indien ze als zelfstandige, d.w.z. niet in ondergeschikt verband, worden geleverd (zie hierna).

Net zoals bij het formele ondernemingsbegrip dienen de diensten geleverd als vennootschapsmandataris in de regel te worden beschouwd als het duurzaam nastreven van een economisch doel.

In de literatuur rond de WMPC werd vaak het omgekeerde gelezen: vennootschapsmandatarissen zoals bestuurders of zaakvoerders zouden geen onderneming zijn (G. Straetmans, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht en in de WMPC” in *Economisch recht: ondernemingen, concurrenten en consumenten*, 295; R. Steennot, F. Bogaert, D. Bruloot en D. Goens, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 7, nr. 7.). Meer correct lijkt het ons het volgende te stellen: ook zelfstandige vennootschapsmandatarissen zijn ondernemingen, maar het voorwerp van hun economische activiteit is de uitvoering van hun mandaat, niet de activiteiten van de vennootschap waarin ze hun mandaat opnemen. De verplichtingen die de vennootschap heeft in het kader van haar handelspraktijken zijn dan ook niet automatisch verplichtingen van haar mandatarissen. De vraag of een bestuurder een onderneming in functionele zin is, heeft wel minder praktische relevantie dan de vraag of zij dat in formele zin is.

- (160) **Vennootschappen: altijd een onderneming in functionele zin.** Naar onze mening is elke vennootschap een onderneming in functionele zin. Het economisch

doel behoort tot de specialiteit van deze vorm. Artikel 1:1 WvV stelt in dit verband: “Een van haar doelen is aan haar vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel uit te keren of te bezorgen.”

Ook mag worden aangenomen dat elke handeling van een vennootschap kadert binnen haar economisch doel.

Uiteraard geldt het voorgaande in dezelfde mate voor een CV die werd erkend als sociale onderneming of een vennootschap met andere doelen naast rechtstreekse of onrechtstreekse vermogensvoordelen. Zoals reeds vermeld, is de bestemming van de winst niet bepalend voor het economisch doel. ‘Doel’ in het WvV en het WER dekt dan ook niet dezelfde lading. Overigens gold zelfs in het oude handelsrecht – waar winstoogmerk nog wel relevant was – dat een sociaal oogmerk niet in rekening werd gebracht bij de kwalificatie als handelaar (zie oud art. 3, § 3 W.Venn.).

Dat een handeling niet kadert in het statutaire voorwerp van een vennootschap, is dan ook irrelevant om uit te maken of die handeling een ondernemingshandeling is. Zodra de handeling wordt toegerekend aan de vennootschap, is het een ondernemingshandeling (J. Vananroye, “Het geschreven statutair doel, de feitelijke activiteit en het handelaarschap van een vennootschap”, RW 2002, 983 e.v.).

(161) **VZW en stichting: afwezigheid van uitkeringen irrelevant voor de kwalificatie als onderneming.** De afwezigheid van een winstverdelingsdoel (dat volgt uit de wettelijke specialiteit voor elke VZW) is niet relevant voor de kwalificatie van een VZW, stichting of andere rechtspersoon als onderneming. Dit was reeds zo onder de WMPC (M. Denef, “De VZW: nooit handelaar, ooit verkoper, steeds onderneming?” in *Liber amicorum G.L. Ballon*, A, 326, nr. 386).

(162) **VZW en stichting: het bestaan van een belangeloos doel of aanwending van opbrengsten voor dat belangeloze doel is irrelevant voor de kwalificatie als onderneming.** Ook de ondergeschiktheid van de ondernemingsdaden aan een belangeloos of ideëel doel is irrelevant voor de kwalificatie als onderneming.

Verougstraete en Lebeau argumenteren dat, indien een vereniging (of stichting) een economische activiteit ontwikkelt, met als enige doel inkomsten te verkrijgen voor een niet-economisch doel (“*un but purement sociétal ou social hors de tout marché*”), dit géén handeling betreft die verricht is in het kader van het economisch doel van deze vereniging (I. Verougstraete en J.-Ph. Lebeau, “Transferts de compétences: le tribunal de commerce devient le juge

naturel de l'entreprise", *TBH* 2014, 548, nr. 8). Een dergelijke economische activiteit zou immers slechts bijkomstig ("à titre accessoire") zijn. Dit subjectieve bijkomstigheidscriterium ademt nog de oude geest van het winstoogmerk van het handelsrecht. Deze opvatting kan niet worden gevolgd.

- (163) **VZW en stichting: duurzaam economisch doel nastreven relevant.** De enige relevante vraag is of de vereniging met enige duurzaamheid goederen en diensten op de markt brengt. Indien dit het geval is, streeft de vereniging een economisch doel na en is elke handeling in het kader van dit economisch doel een ondernemingshandeling, waarvoor de vereniging voor de rechtbank van koophandel kan worden gedaagd. Dat de eventuele opbrengsten van een economische activiteit in tweede instantie worden aangewend voor een ideëel doel, neemt niet weg dat zo'n VZW een economische activiteit uitoefent, en dus een onderneming is in functionele zin.

Waar een VZW of stichting altijd een onderneming in formele zin zal zijn, is dit dus niet geval voor de kwalificatie als onderneming in functionele zin.

De VZW van Trappisten die trappist brouwt en verkoopt om daarmee haar immateriële activiteiten te financieren is dan ook zonder enige twijfel een onderneming in functionele zin.

Bij een VZW of stichting zal het wel relevant zijn of de organisatie met enige duurzaamheid goederen of diensten op de markt brengt. Een jaarlijkse mossel-souper of wafelbak maakt een VZW nog niet tot onderneming. Daarin verschilt een vereniging of stichting niet van een natuurlijke persoon.

- (164) **VZW en stichting: rol van statutair voorwerp in de kwalificatie als onderneming.** Een belangeloos of ideëel doel in de statuten kan geen ontsnappingsroute vormen om marktactiviteiten aan de kwalificatie van ondernemingshandeling te onttrekken. Dat betekent niet dat de omschrijving van het voorwerp in de statuten niet mee in rekening hoeft te worden genomen als zelfstandig element bij de kwalificatie als onderneming. Het statutair doel is hier geen schild tegen de kwalificatie als onderneming, maar een zwaard dat gehanteerd kan worden vóór een dergelijke kwalificatie.

Voor VZW's en stichtingen kan het georganiseerde karakter van een economische activiteit immers blijken, indien deze *activiteit* deel uitmaakt van het statutair voorwerp (H. Swennen, "Het begrip 'verkoper van diensten' in de Wet Handelspraktijken: geen winstoogmerk vereist", *RW* 2003-04, 1178; G. Straetmans en J. Stuyck, "De Wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming: een onvoldoende stap in de goede richting", *RW* 2010-11, 388).

Hierbij hoeft dan niet te worden onderzocht of deze organisatie ook effectief duurzaam economische activiteiten uitoefent.

Ook de definitie van 'dienst' in artikel I.1, 5° WER ("elke prestatie verricht door een onderneming in het kader van haar professionele activiteit of in uitvoering van haar statutair doel") suggereert dat het statutair doel een zelfstandige betekenis heeft, naast een professionele activiteit (die we begrijpen als de activiteiten die effectief worden uitgeoefend).

- (165) **Vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid.** De expliciete vermelding van natuurlijke en rechtspersonen in de definitie van onderneming heeft niet tot doel vennootschappen en verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid uit te sluiten.

De vennootschapsverbintenissen worden wegens de afwezigheid van rechtspersoonlijkheid toegerekend aan de gezamenlijke maten. De ondernemingsactiviteiten onder de vennootschapsnaam worden hierdoor toegerekend aan de werkende (lees: openbare) maten. Dit veronderstelt wel dat er sprake is van een maatschap of tijdelijke vennootschap die als dusdanig openbaar aan het rechtsverkeer deelneemt. In een stille vennootschap worden de ondernemingsactiviteiten immers enkel toegerekend aan de werkende vennoot of vennoten. Dit is een toepassing van de gewone regels inzake toerekening.

Dat belet niet dat het nuttig is om ook de organisatie zelf als een onderneming aan te merken. Deze organisaties zijn ook dragers van rechten (onverdeelde boedelgoederen) en verplichtingen, die bij schending aanleiding kunnen geven tot schulden die rechtstreeks op de onverdeelde boedelgoederen verhaalbaar zijn. Nergens blijkt de bedoeling van de wetgever om door de definitie van onderneming deze organisaties, als ze een duurzaam economisch doel nastreven, toch te onttrekken aan de verplichtingen als onderneming.

Zie reeds G. Schrans, "Poging tot omschrijving van de onderneming als rechtssubject", RW 1979-80, 2396: "Het begrip van de rechtspersoonlijkheid is evenwel niet onmisbaar. Essentieel is dat de onderneming, op de een of andere wijze, met de rechtsorde in aanraking kan komen."

De Duitse definitie van 'Unternehmer' in § 14 BGB is in dat opzicht veel beter:

"Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Eine rechtsfähige Personengesellschaft ist eine Personengesellschaft,

die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen.”

Deze definitie heeft duidelijk het Belgische formele ondernemingsbegrip geïnspireerd. Zoals gezegd, valt het te betreuren dat deze inspiratie in 2018 niet werd uitgebreid naar het functionele ondernemingsbegrip.

Ook voor vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid geldt, net als voor vennootschappen met rechtspersoonlijkheid, dat het tot hun wettelijke specialiteit behoort een economisch doel te hebben. Wel is het vereist dat onder de vennootschapsnaam effectief en duurzaam economische handelingen worden gesteld. Dat is een toepassing van de voorwaarde van ‘duurzaamheid’ (zie boven randnr. 30). Een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid die wel al werd opgericht, maar die nog geen economische activiteiten verricht, maakt de werkende vennoten nog niet automatisch tot onderneming. Dat is een verschil met de vennootschappen met rechtspersoonlijkheid, waar door loutere publicatie het ‘economisch doel’ vaststaat.

Ook een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid die slechts voor één handeling werd opgericht, zal de werkende vennoten wegens de afwezigheid van duurzaamheid niet tot onderneming maken.

Daarbij moet wel voor ogen gehouden worden dat het tijdelijke karakter van een tijdelijke maatschap niet automatisch de afwezigheid van duurzaamheid inhoudt. Een economische activiteit kan tegelijkertijd zowel ‘tijdelijk’ zijn in de zin van het vennootschapsrecht als ‘duurzaam’ in de zin van artikel I.1, 1° WER. Een voorbeeld hiervan is een vennootschap voor de verrichting van één aannemingsopdracht die enkele maanden duurt.

Indien er wel duurzaam economische activiteiten onder de vennootschapsnaam verricht worden, brengt de loutere hoedanigheid van werkende vennoot in een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid mee dat de vennoot als een onderneming wordt beschouwd. De omvang van de deelgerechtigdheid of de intensiteit van de feitelijke betrokkenheid van de vennoot is niet relevant.

- (166) **Verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid.** Verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid (‘feitelijke verenigingen’) die duurzaam een economisch doel nastreven, zullen wel beschouwd worden als een onderneming in functionele zin. Het mededingings- of marktpraktijkenrecht is op hen van toepassing. Op dit punt is het functionele ondernemingsbegrip ruimer dan het formele.

Op deze vorm kunnen de principes van toepassing op de VZW *mutatis mutandis* worden toegepast. De afwezigheid van uitkeringen of de aanwezigheid van een belangeloos doel is net zoals in de VZW irrelevant voor de kwalificatievraag. De duurzaamheid van de economische activiteiten zal vaak wel een discussiepunt zijn.

## [8] Oprichting en publiciteit van rechtspersonen

### 1. Oprichting

**Bibliografie.** S. Gilcart, “Loi de réparation et acquisition de la personnalité morale en droit des sociétés : influences étrangères et impact d’une réforme capitale”, *RPS* 1996, 229-299; J. Ronse, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 71-225; R. Tas, “Commentaar bij art. 60 W.Venn.”, in *Artikelsgewijze commentaar vennootschappen en verenigingen*, Antwerpen, Kluwer, 2000; R. Tas, “Een vennootschap is pas opgericht in de zin van artikel 13bis Venn.W. als zij rechtspersoonlijkheid heeft verkregen”, *TRV* 1996, 523-531.

- (99) **Wijze van verwerving van rechtspersoonlijkheid: vrije verwerving vs overheids-goedkeuring.** Het verwerven van rechtspersoonlijkheid gebeurde tot 1873 voor de NV (toen de enige vennootschapsvorm) enkel na goedkeuring bij Koninklijk Besluit.

Vandaag bestaat de koninklijke goedkeuring enkel nog voor de stichting van openbaar nut en de IVZW. Hoewel die goedkeuring betrekkelijk weinig juridische voordelen brengt voor de betrokken vorm, noch noemenswaardige bijkomende garanties biedt voor derden, verklaart dit *cachet* voor een groot deel het relatieve succes van deze vormen.

- (100) **Wijze van verwerving van rechtspersoonlijkheid: vervulling van bepaalde materiële voorwaarden vs vervulling van formaliteiten.** Tot de wet van 13 april 1995 was een maatschap met een commercieel doel onmogelijk. Een openbaar, duurzaam, commercieel samenwerkingsverband kreeg automatisch het rechtspersoon-label opgeplakt (K. Geens, “De fundamenten van het vennootschapsrecht dooreengeschied voor de eeuwwende”, in *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, 18-23). Indien de vennoten niet met respect voor alle formaliteiten (schriftelijke oprichtingsakte; neerlegging ter griffie; openbaarmaking) gekozen hadden voor een bepaalde vorm met rechtspersoonlijkheid, bv. omdat het een feitelijk gegroeide en onbenoemde samenwerking was, werd hun samenwerkingsverband als een *onregelmatige VOF* gekwalificeerd. Deze kwalificatie was vooral een sanctie voor het niet-ervullen van de formaliteiten voor de oprichting van een vennootschap die voldeed aan de genoemde materiële voorwaarden.

Dit label was een sanctie, en niet zomaar een sanctie, maar zowat de burgerlijke dood van het organisatierecht: (i) het samenwerkingsverband kon niet in rechte

optreden ter afdwinging van haar rechten (oud art. 11 Venn.W.); (ii) het was onmogelijk om dit te regulariseren met retroactief effect; (iii) de deelgenoten zelf konden, op grond van het *Trennungsprinzip*, evenmin optreden ter afdwinging van de rechten van het samenwerkingsverband en (iv) het samenwerkingsverband kon nietig worden verklaard bij afwezigheid van een schriftelijke oprichtingsakte.

De drempel om het label van onregelmatige VOF op te plakken was wegens zijn verregaand penaliserend karakter bijzonder hoog. De toepassingsvoorwaarden van een vennootschap werden daarom restrictief ingevuld, om informele samenwerkingsverbanden niet onnodig te penaliseren.

Omdat het niet raadzaam werd geacht deze zware sanctie ook te verbinden aan tijdelijke of niet-openbare commerciële samenwerkingsverbanden, was er nood aan de vormen van de tijdelijke vennootschap en stille vennootschap (voorheen: vereniging bij wijze van deelneming / *association en participation*). Bizar genoeg werden deze vormen, ondanks hun winstoogmerk, “vereniging” genoemd, wellicht om ze ver genoeg te houden van het prohibitief vennootschapslabel.

Vanaf 1995 kon rechtspersoonlijkheid enkel worden verkregen door neerlegging van de oprichtingsakte ter griffie.

Tegelijkertijd liet de wetgever toe dat de maatschap gebruikt kon worden voor commerciële activiteiten. Het label van maatschap is voor onbenoemde of informele samenwerkingsverbanden veel minder punitief dan het label van onregelmatige VOF.

De mogelijkheid van een commerciële maatschap, en in 2018 de afschaffing van het onderscheid tussen burgerlijke en commerciële activiteiten, betekende ook dat de tijdelijke vennootschap en de stille vennootschap geen nut meer hadden als aparte vennootschapsvormen. Zij kunnen perfect worden gemodelleerd binnen de maatschapsvorm, door die tijdelijk te maken en/of de vertegenwoordiging middellijk, en dus stil, te laten gebeuren. Dit kreeg uitwerking in het WVV, waar de tijdelijke vennootschap als dusdanig niet meer wordt geregeld en de stille vennootschap als variant van de maatschap wordt erkend.

Dit systeem van verkrijging van rechtspersoonlijkheid door het vervullen van een formaliteit staat nu in art. 2:6 WVV:

- De **vennootschappen** verkrijgen rechtspersoonlijkheid vanaf de dag van de neerlegging van 1° een uitgifte van de authentieke oprichtingsakte of een dubbel van de onderhandse oprichtingsakte; 2° het uittreksel uit de oprichtingsakte (art. 2:8 § 2) en 3° het uittreksel uit de akten betreffende de benoeming en ambtsbeëindiging van de personen die gemachtigd zijn de vennootschap te besturen en te vertegenwoordigen.

- **Europese vennootschappen, Europese coöperatieve vennootschappen en Europese economische samenwerkingsverbanden** verkrijgen rechtspersoonlijkheid de dag van hun inschrijving in het rechtspersonenregister, onderdeel van de KBO.
- **VZW's en private stichtingen** verkrijgen rechtspersoonlijkheid vanaf de dag van de neerlegging van 1° de oprichtingsakte; 2° het uittreksel uit de oprichtingsakte; 3° het uittreksel uit de akten betreffende de benoeming en ambtsbeëindiging van de bestuurders en, in voorkomend geval, van de personen gemachtigd om de VZW of stichting te vertegenwoordigen, de personen aan wie het dagelijks bestuur is opgedragen en de commissarissen.
- **IVZW's en stichtingen van openbaar nut** verkrijgen rechtspersoonlijkheid op de datum van het koninklijk besluit waarbij zij worden erkend. Met het oog hierop wordt de oprichtingsakte meegedeeld aan de minister die bevoegd is voor Justitie met het verzoek rechtspersoonlijkheid te verlenen en de statuten goed te keuren. Rechtspersoonlijkheid wordt verleend indien het voorwerp van de organisatie voldoet aan de voorwaarden van resp. art. 10:1 (“een doel van internationaal nut nastreven”) dan wel 11:1 (“gericht is op de verwezenlijking van een werk van filantropische, levensbeschouwelijke, religieuze, wetenschappelijke, artistieke, pedagogische of culturele aard”).

(101) **Verbintenissen namens een vennootschap in oprichting.** Vóór de eigenlijke oprichting kan er de wens zijn om behaalde rechtshandelingen te stellen door een promotor voor rekening van de betrokken vennootschap (bv. huurovereenkomst, arbeidsovereenkomst, overname handelsfonds, notaris, revisor...) waarbij vermeden wordt dat na oprichting een nieuwe overdracht moet gebeuren van de rechten en verbintenissen naar de vennootschap.

De promotoren wensen daarbij zelf zo weinig mogelijk aansprakelijk te zijn en na oprichting niet afhankelijk te worden van een nieuwe toestemming van de tegenpartij. De tegenpartij wil uiteraard een schuldenaar indien de vennootschap niet wordt opgericht en wil bescherming tegen een overdracht aan een vennootschap die was wat ze voor ogen had op het ogenblik dat met de promotor werd gehandeld. De vennootschap na oprichting moet beschermd worden tegen verbintenissen die werden aangegaan zonder dat de bevoegde organen daartoe hebben ingestemd.

Art. 2:2 WVV voorziet voor alle rechtspersonen van het WVV volgende regel (voorheen oud art. 60 W.Venn.), waarbij de promotoren persoonlijk aansprakelijk zijn (indien er meerdere optraden: hoofdelijk), behoudens bij een overname door de vennootschap na oprichting:

**Tenzij anders is overeengekomen, zijn zij die in naam van een rechtspersoon in oprichting en vooraleer deze rechtspersoonlijkheid heeft verkregen, in enigerlei hoedanigheid een verbintenis hebben aangegaan, persoonlijk en**

**hoofdelijk aansprakelijk, behalve wanneer binnen twee jaar na het ontstaan van de verbintenis rechtspersoonlijkheid werd verkregen en de rechtspersoon die verbintenis binnen drie maanden na voormelde verkrijging van de rechtspersoonlijkheid heeft overgenomen. Verbintenissen overgenomen door de rechtspersoon worden geacht door hem te zijn aangegaan vanaf het ontstaan van die verbintenissen.**

Deze regeling werd in 1973 ingevoerd vanuit de Eerste Richtlijn. Zie nu art. 7:2 van Richtlijn 2017/1132 aangaande bepaalde aspecten van het vennootschapsrecht:

**Indien rechtshandelingen worden verricht namens een vennootschap in oprichting, voordat die rechtspersoonlijkheid heeft verkregen, en indien de vennootschap de uit die handelingen voortvloeiende verbintenissen niet overneemt, zijn degenen die de handelingen hebben verricht daarvoor hoofdelijk aansprakelijk, tenzij anders werd overeengekomen.**

Voor alle rechtspersonen WVV. Het toepassingsgebied van de Belgische regeling is ruimer dan dat uit de Eerste Richtlijn, nl. alle vennootschappen met rechtspersoonlijkheid (ook de onvolkomen rechtspersonen) en ook de VZW's en stichtingen.

Wat is een rechtspersoon in oprichting? Er moet worden opgetreden in naam van een rechtspersoon in oprichting. Hoewel daarbij geen sacramentele bewoordingen zijn vereist, moet het wel duidelijk zijn dat de promotor niet in eigen naam handelt. De rechtspersoon is in oprichting tot de neerlegging van de oprichtingsakte. Daarna kunnen de gewone organen optreden.

Het is niet vereist dat er reeds concrete stappen werden genomen met het oog op de oprichting.

Vergelijk Gent, 12 april 1995, TRV 1996, 566, noot R. Tas, waar de promotor die optrad namens een vennootschap in oprichting zich er achteraf op beriep dat er nog geen vennootschap in oprichting was. Het arrest onderzocht deze vraag, kwam tot de vaststelling dat er wel een vennootschap in oprichting was op het ogenblik van de handeling van de promotor en hield hem aansprakelijk. Met Tas moet worden aangenomen dat dit onderzoek overbodig was. Art. 2:2 geldt van zodra iemand verklaart op te treden namens een rechtspersoon in oprichting, zonder dat de realiteit van deze verklaring verder moet worden gecheckt door de tegenpartij (noch door de rechter bij betwisting).

Wie is promotor? De aansprakelijkheid van art. 2:2 geldt voor wie de betrokken handeling heeft gesteld (zelf of via een vertegenwoordiger met vertegenwoordigingsmacht). De aansprakelijkheid geldt zeker niet automatisch voor alle oprichters zoals als die term gebruikt wordt in het kader van oprichtersaansprakelijkheid zijn. Men

kan promotor zijn in de zin van art. 2:2 zonder oprichter te zijn, en vice versa. De promotor kan zowel een natuurlijke als een rechtspersoon zijn.

Aard van de aansprakelijkheid. De aansprakelijk van de promotoren geldt in principe tot nakoming van de afgesproken verbintenissen zelf, als waren ze zelf partij in eigen naam. Dat is een andere aansprakelijkheid dan die van de promettant bij de verwante figuur van sterkmaking die slechts tot schadevergoeding is gehouden (art. 1120 BW: *“Niettemin kan men zich sterk maken voor een derde, door te beloven dat deze iets doen zal; behoudens schadevergoeding ten laste van hem die zich heeft sterk gemaakt of die beloofd heeft de verbintenis te zullen doen bekrachtigen, indien de derde weigert ze na te komen.”*).

Indien er meerdere promotoren zijn die samen zijn opgetreden, zijn ze hoofdelijk aansprakelijk.

De aansprakelijkheid is een aansprakelijkheid onder ontbindende voorwaarde van de niet-overname door de vennootschap. Degene die zich verbindt in naam van rechtspersoon in oprichting is onmiddellijk gehouden, behoudens het geval dat de rechtspersoon de verbintenis binnen de wettelijke termijnen op zich neemt (Cass. 14 september 2000, TRV 2001, 90, noot R. Tas).

Promotor heeft ook rechten volgend uit de rechtshandeling gesteld namens de vennootschap in oprichting. Art. 2:2 (in navolging van de Eerste Richtlijn) spreekt enkel over verbintenissen en aansprakelijkheden.

Toch kunnen de promotoren ook tot aan een overname door de vennootschap ook de rechten volgend uit de betrokken rechtshandeling uitoefenen. Zie Cass. 14 september 2000, TRV 2001, 90, noot R. Tas:

*“Overwegende dat artikel 13bis van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen bepaalt dat zij die in naam van een vennootschap in vorming en vooraleer deze de rechtspersoonlijkheid heeft verkregen, in enigerlei hoedanigheid een verbintenis hebben aangegaan, tenzij anders werd overeengekomen, daarvoor persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk zijn, indien de vennootschap die verbintenis niet op zich heeft genomen binnen twee maanden na haar oprichting of indien de vennootschap niet tot stand is gekomen binnen twee jaar na het ontstaan van de verbintenis; Overwegende dat die bepaling een algemene strekking heeft en van toepassing is zowel op de rechten als op de verplichtingen die ontstaan uit de door de promotor in naam van de vennootschap in oprichting aangegane verbintenis;”*

Tot aan de overname kan de promotor optreden in eigen naam. Na de overname door de rechtspersoon gelden de regels inzake gedinghervatting bij rechtsopvolging.

Tot aan de overname behoren de rechten volgend uit de betrokken rechtshandeling dan ook tot het vermogen van de promotor, waar ze kunnen worden uitgewonnen door zijn schuldeisers. Zie wel hierna voor de gevolgen van een overname bij een beslag.

Bevrijdende overname: voorwaarden. De rechtspersoon kan overnemen vanaf het bestaan van de rechtspersoon (i.e. de neerlegging in de oprichtingsakte). Er zijn geen bijzondere vormvereisten. De bekrachtiging kan ook stilzwijgend gebeuren (bv. door de uitvoering door de rechtspersoon die namens haar in oprichting werd aangegaan).

De wettelijke termijn heeft tot doel de andere partij niet voor eeuwig in het ongewisse te laten over wie haar tegenpartij is. Indien de wettelijke termijn verstrijkt zonder dat de vennootschap overneemt, blijft de promotor persoonlijk aansprakelijk. De dubbele wettelijke termijn waarbinnen de overname moet gebeuren is:

- de rechtspersoon moet binnen twee jaar na het ontstaan van de verbintenis (lees: het aangaan van de betrokken rechtshandeling) rechtspersoonlijkheid verkrijgen; en
- de rechtspersoon neemt die verbintenis (lees: rechtshandeling) over binnen drie maanden na voormelde verkrijging van de rechtspersoonlijkheid.

Niets belet een overname na het verstrijken van de wettelijke termijn, mits tegenpartij, promotor en vennootschap hiermee instemmen. Het is dan betwijfelbaar of het retroactief effect van de overname aan derden kan worden tegengeworpen.

Vanuit het standpunt van de tegenpartij is het belangrijk dat er identiteit bestaat tussen de rechtspersoon in oprichting namens wie werd opgetreden en de rechtspersoon die overneemt. De regel van art. 2:2 kan voor de promotor geen vrijbrief zijn om de betrokken verbintenissen af te schuiven naar om het even welke rechtspersoon. Het verdient voorkeur om te expliciteren aan welke voorwaarden de overnemende vennootschap moet voldoen. Bij gebreke daarvan moet gekeken worden naar de omstandigheden en verklaringen op het ogenblik dat de betrokken rechtshandeling werd afgesloten. Eerder cosmetische elementen (zoals de naam of de zetel) zullen minder belangrijk zijn dan elementen waarvan kon worden aangenomen dat ze doorslaggevend waren voor de tegenpartij om met de rechtspersoon in oprichting te handelen.

Zie bv. Kh. Hasselt 29 januari 1997, TRV 1997, 93: "De rechtbank is van oordeel dat - mede nu eiseres een maatschappelijk doel heeft dat de uitvoering van de [overeenkomst namens de vennootschap in oprichting] beoogt - er identiteit is. Zij acht het feit dat de vennootschap een andere naam heeft dan de oorspronkelijk beoogde, noch het feit dat familieleden van de promotoren toetraden tot de vennootschap, van enig belang. "Of er identiteit bestaat tussen de op te richten en de opgerichte vennootschap, moet dan worden beoordeeld aan de hand van de gegevens die werden verstrekt ten tijde van het afsluiten van de verbintenis. De cruciale vraag zal daarbij luiden of de elementen die een invloed kunnen hebben op de solvabiliteit van de vennootschap, overeenstemmen met wat werd medegedeeld bij het afsluiten van de verbintenis voor de vennootschap in oprichting. Relevant zijn bijvoorbeeld de rechtsvorm van de vennootschap, indien het een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid betreft, de namen van de onbeperkt aansprakelijke vennoten in het andere geval, het eventuele bedrag van het kapitaal, de aard van de activiteit ... Minder essentieel is wellicht de naam van de vennootschap of de plaats waar zij haar maatschappelijke zetel heeft" (Tas, R., "Een vennootschap is pas opgericht in de zin van art. 13bis Venn.W. als zij rechtspersoonlijkheid heeft verkregen", TRV, 1996, 528)."

Zie ook Kh. Tongeren 5 mei 1995, TRV 1996, 568, noot R. Tas: "Het enig verwijt dat aan eerste en derde verweerders kan gemaakt worden is dat de door hun aangegane verbintenissen niet door een N.V. doch wel door een B.V.B.A. werden overgenomen. Dit verschil is niet van die aard dat aanlegster de overeenkomst niet zou hebben aangegaan indien daarin een B.V.B.A. in oprichting i.p.v. een N.V. was tussengekomen. Bovendien heeft aanlegster blijkbaar aanvaard dat het B.V.B.A. Hama Horeca was die de overnameprijs betaalde, de uitbating verderzette en de huur betaalde aan de eigenaar. Alleen tweede verweerder is dan ook gehouden tot betaling."

In zijn noot bij dit laatste vonnis schrijft Tas dat de stelling dat het geen rol speelt of de aangekondigde NV uiteindelijk een BVBA blijkt te zijn niet vatbaar is voor veralgemening: "Zeker als een vennootschap wordt opgericht waarvoor het wettelijk minimumkapitaal lager ligt dan bij de vennootschapsvorm waarvan de oprichting was aangekondigd, kunnen de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers na de oprichting van de vennootschap beperkter blijken dan wat hen aanvankelijk was voorgespiegeld." (TRV 1996, 572). Wellicht wordt er post-WVV genuanceerder nagedacht over het belang van het wettelijk minimumkapitaal. Dat neemt niet weg dat de concrete vermogenstoestand van de overnemende vennootschap en de juridische waarborgen daarrond vaak bepalend zijn bij het beoordelen van de identiteit.

Het bestuursorgaan zal in de regel bevoegd zijn, soms het orgaan van dagelijks bestuur. Desgevallend zal de belangenconflictenregeling moeten worden toegepast.

In de praktijk bestaat er een gebruik om in algemene termen in de oprichtingsakte reeds gestelde handeling te bekrachtigen. Het verdient uiteraard voorkeur om belangrijke handelingen specifiek te identificeren.

Er is uiteraard geen verplichting tot overname in hoofde van de vennootschap. Het betrokken orgaan zal de overname, zoals als handelingen, moeten kunnen verantwoorden in het licht van het vennootschapsbelang. De regeling van het WVV blijft stil over de verhouding tussen vennootschap en promotor (bv. vergoeding van kosten die door promotor werden gemaakt).

Bevrijdende overname: verbintenisrechtelijke gevolgen. De overname van een verbintenis die werd aangegaan namens een vennootschap in oprichting, binnen de termijnen van artikel 2:2 WVV, heeft tot gevolg dat deze verbintenis wordt geacht van het begin af door de vennootschap te zijn aangegaan. Daarbij is geen toestemming van de tegenpartij meer vereist.

Ten aanzien van de promotor geldt de overname als een ontbindende voorwaarde, waardoor hij wordt bevrijd van de aangegane verbintenissen. Het is alsof hij *ab initio* de rechtshandeling stelde namens de rechtspersoon met de nodige vertegenwoordigingsmacht.

Hier ligt ook de grens van de bevrijding. De overname geldt enkel bevrijdend voor de verbintenissen volgend uit de rechtshandelingen die werden overgenomen. De promotor blijft persoonlijk aansprakelijk voor onrechtmatige daden die hij heeft gepleegd, zelfs al gebeurden ze in de context van een overgenomen rechtshandeling. Een voorbeeld hiervan is buitencontractuele aansprakelijkheid wegens bedrog gepleegd door een promotor namens een vennootschap in oprichting (zie hierna).

Bevrijdende overname: zakenrechtelijke gevolgen. Door de overname wordt de promotor ook geacht nooit eigenaar te zijn geweest van de in naam van de vennootschap in oprichting verworven goederen. De vervulling van de ontbindende voorwaarde heeft zakelijke werking. Volgens Cass. 8 mei 2015 betekent dit dat zakelijke rechten die vóór de overname door de opgerichte vennootschap door de promotor op het onroerend goed dat namens de vennootschap in oprichting werd aangekocht werden toegestaan, komen te vervallen als gevolg van de overname. Hetzelfde geldt voor beslagen die werden gelegd door de schuldeisers van de promotor. De voorwaarde is wel dat in de op het hypotheekkantoor overgeschreven aankoopakte uitdrukkelijk is vermeld dat de aankoop werd verricht in naam van de vennootschap in oprichting.

Aanvullend recht. De regels van art. 2:2 zijn van aanvullend recht. Zo kunnen partijen de termijnen verkorten; bepalen dat de promotor geen rechten kan uitoefenen; grenzen stellen aan de aansprakelijkheid van de promotor; etc. Zoals gezegd is de

identiteit tussen de rechtspersoon namens dewelke werd opgetreden en de rechtspersoon die overnam bij uitstek een vraagstuk waar het nuttig is dat partijen de wettelijke regeling kunnen aanvullen.

Quid met onrechtmatige daden en misdrijven begaan door promotoren? Een overname van een overeenkomst moet uiteraard slaan op alle rechten en verbintenissen volgend uit die overeenkomst. Meer algemeen kan de overname geen keuze maken uit verbintenissen en rechten die samenhangen. Zo zal een rechtspersoon ook buitencontractueel aansprakelijk zijn voor bedrog gepleegd bij het aangaan van een overeenkomst namens die rechtspersoon in oprichting.

De overname door de vennootschap geldt overigens enkel bevrijdend voor de verbintenissen volgend uit de rechtshandelingen die werden overgenomen. De promotor blijft persoonlijk aansprakelijk samen met de overnemende vennootschap, voor onrechtmatige daden die hij heeft gepleegd, zelfs al gebeurden ze in de context van een overgenomen rechtshandeling. Dit is een toepassing dat van de algemene regel dat wie een misdrijf of onrechtmatige daad pleegt in principe persoonlijk aansprakelijk is; toerekening van die onrechtmatigheid aan een organisatie slorpt de eigen aansprakelijkheid niet op.

Zie in dit verband Kh. Leuven 8 februari 2005 (TRV 2007, noot F. Parrein) dat aannam dat daden strijdig met de eerlijke handelsgebruiken gesteld door een persoon namens een vennootschap in oprichting die later bij haar oprichting de verbintenissen van de oprichter overneemt, kunnen worden toegerekend aan die vennootschap.

In zijn noot vat F. Parrein de casus als volgt samen: “Aan de basis van het hierboven gepubliceerde vonnis ligt een uit de hand gelopen conflict tussen voormalige zakenpartners. BVBA Watrex (hierna "Watrex") wordt in 2004 geconfronteerd met een leegloop: enkele werknemers, waaronder de heer Hendrickx, verlaten de BVBA om hun eigen onderneming, BVBA Care 4 Water (hierna "Care 4 Water"), op te richten. Laatstgenoemde neemt, op basis van de klantendatabank van Watrex, met diens cliënteel contact op. Bovendien laat ze niet na te verwijzen in mailing, reclame en contacten naar de vroegere banden met Watrex. Geconfronteerd met deze methodes, stelt Watrex tegen Care 4 Water een stakingsvordering in op basis van de Wet op de handelspraktijken. In zijn vonnis van 24 augustus 2004 legt de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Tongeren verbod op om deze handelingen te stellen. Deze beslissing wordt bevestigd door het Hof van Beroep te Antwerpen in zijn arrest van 23 december 2004.

Op 11 oktober 2004 - nog vóór de uitspraak van de beroepsrechter - richt de heer Hendrickx de BVBA Interwater (hierna "Interwater") op. Omdat deze zich volgens Watrex verder schuldig maakt aan de door de Voorzitter te Tongeren verboden handelspraktijken, stelt Watrex een stakingsvordering in bij

de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Leuven, zowel tegen de heer Hendrickx als tegen Interwater. Belangrijk is dat Watrex haar vordering tegen Interwater onder meer baseert op gedragingen die door de heer Hendrickx werden gesteld vóór 11 oktober 2004, haar datum van oprichting.”

De Voorzitter oordeelde : “Vanaf 11 oktober 2004 heeft de BVBA Interwater rechtspersoonlijkheid; de heer Hendrickx is de enige oprichter en de enige zaakvoerder; Zelf stelt hij gehandeld te hebben voor rekening van de BVBA Interwater in oprichting; hierboven werd gesteld dat het voldoende bewezen is dat de heer Hendrickx handelingen stelde die strijdig zijn met de eerlijke handelsgebruiken en dat hij nu hij ontslag nam uit de vennootschap Care 4 Water BVBA - aan dewelke een aantal verboden werden opgelegd door zowel de voorzitter in Tongeren als in beroep door het Hof te Antwerpen - dit niet anders kan uitgelegd worden dan dat hij met de door hem nieuw opgerichte vennootschap Interwater de opgelegde verboden tracht te omzeilen; Dat dit dient te worden vermeden. Gezien de voorgaanden stelt eiseres terecht dat het risico bestaat dat Interwater de verboden opgelegd aan Care 4 Water BVBA verder zou negeren door thans te handelen via de nieuw opgerichte vennootschap; De betrokken personen in die vennootschappen zijn inderdaad steeds dezelfde; De vordering opzichts Interwater is dan ook in de hierna bepaalde mate gegrond;”

Het lijkt ons dat de aansprakelijkheid van de overnemende vennootschap voor onrechtmatige daden in de marge van overgenomen activiteiten geen toepassing is van art. 2:2 WVV. De rechtsgrond daarvoor zoeken we eerder in het algemeen criterium voor toerekening van onrechtmatige daden aan een organisatie die voor misdrijven is neergelegd in art. 5 Sw.: “Een rechtspersoon is strafrechtelijk verantwoordelijk voor de misdrijven die hetzij een intrinsiek verband hebben met de verwezenlijking van zijn doel of de waarneming van zijn belangen, of die, zoals blijkt uit de concrete omstandigheden, voor zijn rekening zijn gepleegd.”

Art. 5 al. 2, 2° Sw. stelt overigens expliciet dat “*handelsvennootschappen in oprichting*” voor toepassing van het strafrecht met rechtspersonen moeten worden gelijkgesteld. In “*handelsvennootschappen*” lezen we geen beperking van het toepassingsgebied. Bij de invoering van art. 5 Sw. gold de toenmalige regel voor verbintenissen namens een rechtspersoon in oprichting enkel voor de handelsvormen van de Vennootschaps-wet/het Wetboek van vennootschappen. Art. 5 al. 2, 2° Sw. doet niet meer dan in herinnering brengen dat ook misdrijven en onrechtmatige daden gepleegd vóór de oprichting van de vennootschap een intrinsiek verband kunnen hebben met de verwezenlijking van het doel of de waarneming van de belangen van de rechtspersoon, of voor zijn rekening kunnen zijn gepleegd.

- (102) **Vorm van en vermeldingen in de oprichtingsakte.** Alle vennootschappen en verenigingen met rechtspersoonlijkheid moeten op straffe van nietigheid worden opgericht bij een bijzonder geschrift (art. 2:5 WvV). Voor de onvolkomen vennootschappelijke rechtspersonen (VOF en CommV) en VZW is er de keuze tussen een authentieke akte of een onderhandse akte. Voor de volkomen vennootschappelijke rechtspersonen (BV, CV en NV), de IVZW en de stichting is op straffe van nietigheid een authentieke akte vereist (art. 2:5 WvV).

Wijzigingen aan de oprichtingsakte kunnen gebeuren in dezelfde vorm als diegene die vereist is voor de oprichtingsakte (art. 2:5 §4 WvV). Voor onvolkomen vennootschappelijke rechtspersonen en de VZW betekent dit concreet dat de keuze tussen de authentieke en de onderhandse akte open blijft, ongeacht de voor de oprichting gemaakte keuze.

Indien een vennootschap werd opgericht zonder geschrift kan uiteraard ook geen akte worden neergelegd en kan er geen sprake zijn van een rechtspersoon. Zulke vennootschappen zijn dan ook maatschappen, zulke verenigingen feitelijke verenigingen.

Er moet onderscheid worden gemaakt in de oprichtingsakte tussen de vermeldingen:

- die bij uittreksel moeten worden gepubliceerd met het oog op tegenwerpelijheid;
- die op straffe van nietigheid zijn gesteld; en
- de andere vermeldingen.

Voor de onvolkomen rechtspersonen schrijft de wetgever in de regel enkel de minimale vermeldingen in het uittreksel voor (art. 2:8 WvV). Er is voorts geen gereglementeerde inhoud van de oprichtingsakte. Er zijn geen op straffe van nietigheid voorgeschreven vermeldingen. Voor de volkomen vennootschappelijke rechtspersonen gaat de wetgever ervan uit dat de minimale inhoud van het te publiceren uittreksel ook wordt opgenomen in de oprichtingsakte, terwijl hij ook nog bijkomende vermeldingen voor de oprichtingsakte als zodanig voorschrijft (bv. art. 5:12 WvV).

In de volkomen vennootschappelijke rechtspersonen zijn er ook op straffe van nietigheid voorgeschreven minimale vermeldingen die de essentiële kenmerken van de betrokken rechtspersoon betreffen: naam, doel, inbreng en kapitaal (art. 5:13, art. 6:14 en art. 7:15 WvV).

- (103) **Openbaarmakingsverplichtingen.** Rechtspersoonlijkheid heeft belangrijke gevolgen voor derden, zoals beperkte aansprakelijkheid en vermogensafschieding. Het is dan ook belangrijk dat die derden op de hoogte worden gesteld. Openbaarmaking

gaat daarom naar het hart van de rechtspersoon. De openbaarmaking van vennootschaps- en verenigingsakten gebeurt volgens een dubbel systeem van neerlegging en bekendmaking:

- neerlegging ter griffie van de documenten waarvan de openbaarmaking is voorgeschreven, het zgn. vennootschaps- of verenigingsdossier;
- bekendmaking in de *Bijlagen tot het Belgisch Staatsblad* van
  - een aantal uittreksels daaruit; *dan wel*
  - melding van het feit van de neerlegging van het document (art. 2:13 e.v. WVV).

De neerlegging is relevant voor het verkrijgen van de rechtspersoonlijkheid (art. 2:8 e.v. WVV). De bekendmaking is relevant voor de tegenwerpelijkheid aan derden daarvan (art. 2:18 WVV).

Wanneer een notariële akte is vereist, zorgt de notaris voor de neerlegging (wat digitaal gebeurt), publicatie in BBS en inschrijving in de KBO. De bedoeling is dat dergelijke handelingen op termijn voor alle rechtspersonen, ook degene die slechts een onderhandse akte vergen, in één beweging zal gebeuren door een uniek digitaal loket en de omschakeling van de KBO naar de KBO+, terwijl het dossier volledig elektronisch toegankelijk zal zijn (art. 2:12 WVV).

In het vennootschaps- en verenigingsdossier van de griffie van elke ondernemingsrechtbank moeten volgende documenten worden neergelegd door rechtspersonen in het rechtsgebied van de betrokken ondernemingsrechtbank, binnen vijftien dagen na hun dagtekening, samen met een afschrift dat is bestemd voor de BBS:

- voor alle rechtspersonen, een uittreksel uit de oprichtingsakte, en naargelang het geval, een expeditie van de authentieke oprichtingsakte of een dubbel van de onderhandse oprichtingsakte, met volmachten (in expeditie of origineel) aangehecht;
- elke akte die een wijziging aanbrengt aan eerder neergelegde en bekendgemaakte akten dan wel aan de oprichtingsakte (art. 2:8 WVV);
- de statuten, die na elke wijziging moeten worden bijgewerkt en gecoördineerd, met aanduiding van de datum van elke bekendmaking (art. 2:8 WVV), dit voorschrift geldt uiteraard enkel voor die vennootschappen die ertoe zijn gehouden hun statuten neer te leggen (BV, CV, NV, en niet VOF en CommV);
- elke akte die, op grond van een bijzondere bepaling van het WVV moet worden neergelegd (art. 2:8 WVV);
- bij uitbreiding, elke wijziging in de samenstelling of de structuur van een vennootschap die een gevolg is van de uitvoering van bestaande statutaire clausules, zoals bv. de handhaving van een VOF na het overlijden van een vennoot en diens opvolging (in toepassing van art. 4:28 WVV).

Deze neerlegging is de verantwoordelijkheid van de notaris indien het een authentieke akte betreft, en gebeurt op kosten van de belanghebbenden (art. 2:12 WVV). Voor de neerlegging van de onderhandse akten staan de hoofdelijk aansprakelijke vennoten of de zaakvoerders, bestuurders of vereffenaars in (ibidem). De stukken kunnen in elektronische vorm worden neergelegd (art. 2:12, tweede lid WVV).

Volgende documenten worden vervolgens, door de diensten van de griffie – maar op kosten van de vennootschap – bekendgemaakt in de BBS, in beginsel binnen vijftien dagen na hun neerlegging (art. 2:13 WVV):

- het uittreksel uit de oprichtingsakte: voor elke rechtsvorm wordt de inhoud van het bekend te maken uittreksel in detail geregeld in art. 2:8-2:11 WVV;
- elke akte die wijzigingen aanbrengt aan eerder bekend gemaakte akten, en die in dat geval eveneens bij uittreksel worden bekend gemaakt (art. 2:8-2:11 WVV art. 2:8-2:11 WVV);
- een mededeling over het enkele feit van de neerlegging van elke akte waarvan de wet de neerlegging zonder bekendmaking voorschrijft (art. 2:14 en 2:27 WVV).

Worden eveneens neergelegd en bekendgemaakt:

- elk uittreksel uit de aktes m.b.t. tot de benoeming en de ambtsbeëindiging van de vennootschapsorganen, met inbegrip van de omvang van hun bevoegdheden en de wijze waarop ze die uitoefenen (alleen, gezamenlijk of als college), en m.b.t. de benoeming en de ambtsbeëindiging van de commissarissen (art. 2:8, §1, 5° en art. 2:14, 1° WVV);
- een uittreksel uit rechterlijke beslissingen waarbij de nietigheid of ontbinding van de vennootschap wordt uitgesproken; en een uitspraak die de ontbinding bij voorraad uitvoerbaar uitgesproken teniet doet (art. 2:8, §1, 6°-7a°; art. 2:14, 1° WVV);
- de ontbinding van de vennootschap (vrijwillig of door verloop van haar duurtijd), dan wel elk ander feit (bv. faillissement, overlijden, ...) dat van rechtswege een einde maakt aan de functies van bestuurders, zaakvoerders, commissarissen of voorlopige bewindvoerders (art. 2:8, §1, 7°b) WVV);
- elke akte die, op grond van een bijzondere bepaling van het WVV, moet worden neergelegd en bekendgemaakt (art. 2:8, §1, 8°-9° WVV).

Het vennootschapsdossier is vrij toegankelijk (art. 2:12, §2 WVV). Ter plaatse inzage krijgen in het dossier is mogelijk. Bovendien zijn afschriften van of uittreksels uit de neergelegde akten tegen vergoeding beschikbaar voor iedere aanvrager, die daarvoor geen bijzonder belang moet doen blijken.

- (104) **Tegenwerpelijkheid.** Het uitgangspunt in het gemeen vermogensrecht is dat een rechtshandeling in de regel tegenwerpelijk is aan derden louter door haar bestaan. De draagwijdte daarvan moet niet worden overschat. Derden moeten rekening houden met de vermogenstoestand van hun tegenpartij zoals die volgt uit de betrokken rechtshandeling. Derden zijn uiteraard niet gehouden tot de verbintenissen volgend uit de rechtshandeling.

Voor bepaalde rechtshandelingen gelden voorwaarden voor de tegenwerpelijkheid aan derden te goeder trouw. Zo is de overdracht van onroerende goederen slechts tegenwerpelijk na overschrijving van de akte bij de hypotheekbewaarder. Art. 2:18 heeft een gelijkaardige regeling voor de tegenwerpelijkheid van de rechtspersoon en akten van rechtspersonen.

- De stukken of feiten die moeten worden openbaar gemaakt, kunnen aan derden slechts worden tegengeworpen vanaf de dag van neerlegging ervan of, indien zij volgens de voorschriften van dit hoofdstuk ook moeten worden bekendgemaakt, vanaf de dag van bekendmaking ervan in de Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad.
- Het gebrek aan openbaarmaking heeft geen invloed op de tegenwerpelijkheid indien de rechtspersoon aantoonst dat de betrokken derden er reeds kennis van hadden.
- Het gebrek aan openbaarmaking belet uiteraard niet dat derden zich kunnen beroepen op de betrokken stukken.
- Bekendgemaakte stukken met betrekking tot handelingen verricht voor de zestiende dag volgend op de bekendmaking kunnen niet worden tegengeworpen aan derden die aantonen dat zij er onmogelijk kennis van hadden kunnen hebben.

Dezelfde regel geldt in geval van tegenstrijdigheid tussen de neergelegde tekst en de tekst bekendgemaakt in de Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad. In dat geval kan de bekend gemaakte tekst niet aan derden worden tegengeworpen. Zij kunnen zich evenwel erop beroepen tenzij de rechtspersoon aantoonst dat zij van de neergelegde tekst kennis hadden.

De openbaarmaking is een bijkomende voorwaarde voor tegenwerpelijkheid; het is geen voorwaarde voor bijkomende tegenwerpelijkheid. De openbaarmaking zorgt er enkel voor dat de externe gevolgen van de betrokken handeling of feiten niet aan de derden kunnen worden tegengeworpen.

Wie is die derde die zich op de niet-openbaarmaking kan beroepen? In een arrest van 2 september 2016 (F.15.0104) bevestigt het Hof van Cassatie de klassieke leer, zoals die reeds door professor Ronse werd verdedigd:

“Derden in de zin van deze wetsbepaling zijn zij die met de vennootschap wegens haar bestaan gehandeld hebben. Deze wetsbepaling beschermt immers de derden die met de vennootschap of met haar organen plegen te handelen en voor wie de openbaar te maken akten om die reden relevant zijn. Derden die op de vennootschap een vordering uit onrechtmatige daad of uit kracht van de wet hebben, zijn geen door deze bepaling beschermde derden.”

Een voormalige vennoot van een VOF wiens uittreding ten onrechte niet was gepubliceerd, kan dan ook niet worden aangesproken voor bedrijfsvoorheffing die verschuldigd werd na zijn uittreding. Een contractuele schuldeiser van de VOF zou daarentegen nog wel een beroep kunnen doen op de hoofdelijke aansprakelijkheid. Die eindigt voor nieuwe schulden in principe door de uittreding, maar een contractuele schuldeiser hoeft zich bij niet-openbaarmaking de uittreding niet te laten tegenwerpen.

De regels inzake niet-tegenwerpelijke beschermen dan ook het rechtmatig vertrouwen van de contractuele schuldeisers van de rechtspersoon.

- (105) **Bekendmaking organen van vertegenwoordiging.** Overeenkomstig art. 2:19 WVV heeft de bekendmaking van de personen die als orgaan bevoegd zijn om de vennootschap te verbinden, tot gevolg dat onregelmatigheden in hun benoeming niet meer aan derden kunnen worden tegengeworpen, tenzij de vennootschap aantoont dat de derden daarvan kennis hadden.

Art. 2:19 WVV is een belangrijke grond van vertegenwoordigingsmacht zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid. Deze regel ontslaat derden die met de vennootschap handelen van elke onderzoekslast. Zie hoger nr. (93).

Wie voor de bekendmaking heeft ingestaan is niet relevant. Ook een bekendmaking door een onbevoegde persoon, zelfs te kwader trouw, volstaat (op voorwaarde uiteraard dat de betrokken derde te goeder trouw is).

- (106) **Kritische beschouwing.** Het systeem van bekendmaking van een *uittreksel* in de Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad dateert uit een tijd dat een kopie met de ganzenveer werd geschreven en drukwerk met de hand in lood werd gezet. Een uittreksel is dan een zinvolle oplossing. Vandaag kost het maken van een uittreksel echter meer dan het publiceren van volledige statuten. Omdat het fysieke vennootschapsdossier niet makkelijk consulteerbaar is, leidt dit tot dode hoeken voor derden.

Een voorbeeld hiervan zijn overdrachtsbeperkingen aan aandelen. Overdrachtsbeperkingen aan aandelen bij oprichting moeten in de statuten worden vermeld. Zij dienen echter niet te worden bekendgemaakt in de Bijlagen tot het Belgisch Staatsblad (art. 2:8 § 1, 2° samengelezen met art. 2:8 § 2 en art. 2:14, 1° WVV.). De bepaling

over de tegenwerpelijheid van overdrachtsbeperkingen stelt als voorwaarde dat ze zijn opgenomen in regelmatig openbaar gemaakte statuten of in uitgiftevoorwaarden zijn opgenomen. Deze openbaarmaking verwijst dus niet naar de bekendmaking in de Bijlagen tot het Belgisch Staatsblad; een neerlegging in het vennootschapsdossier gehouden op de griffie van de ondernemingsrechtbank volstaat. Dit was onder het W.Venn. niet anders (zie B. Tilleman, “Statutaire variaties inzake overdrachtsbeperkingen bij niet-publieke naamloze vennootschappen” in *Liber Amicorum Prof. Dr. Luc Weyts*, Larcier, Gent, 2011, 260-261.). Het valt trouwens op dat in de beschrijving van de doelstellingen van het vennootschapsdossier in art. 2:7 § 1 al. 2 WVV de persoonlijke schuldeisers en de rechtsverkrijgers van aandeelhouders compleet afwezig blijven (“derden waarmee elke rechtspersoon handelt of te maken heeft”). Dit is tekenend voor hun ondergeschoven positie in het vennootschapsrecht.

Het is beter de tegenwerpelijheid van overdrachtsbeperkingen aan aandelen afhankelijk te maken van de meest toegankelijke vorm van openbaarheid: de bekendmaking in de Bijlagen tot het Belgisch Staatsblad (en daarmee ook via [www.staatsblad.be](http://www.staatsblad.be)). Wie tegenwerpelijheid wil moet in de huidige technologische omstandigheden *the full monty* willen bekendmaken.

- (107) **Statutendatabank.** Een nieuwigheid in het WVV is het openbaar register van statuten. Deze statutendatabank bewaart alle versies van de statuten van rechtspersonen die voortvloeien uit in België verleden notariële akten, vanaf de oprichting van de rechtspersoon tot de allerlaatste bijwerking van de statuten. Deze statutendatabank is online gratis raadpleegbaar.

Deze databank is beschikbaar vanaf 1 mei 2019. De gecoördineerde versie van de statuten van een rechtspersoon die vóór deze datum worden verwerkt, kunnen nog steeds bij de griffie van de ondernemingsrechtbank van de zetel van de rechtspersoon worden geraadpleegd. Zoeken gebeurt door het ingeven van het ondernemingsnummer van de betrokken rechtspersoon. (Let op: dit begint met een ‘o’. Indien het nummer wordt gezocht via de site van de Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad dient deze ‘o’ te worden toegevoegd). De zoekopdracht levert een pdf-document op, waarvan de tekst overigens – anders dan de teksten in de Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad – kopieerbaar is.

De wettelijke basis voor dit register is art. 2:7 § 2 WVV. Dit bepaalt dat de tekst van de eerste versie van de statuten uit de oprichtingsakte en van de gecoördineerde versie van de statuten na elke wijziging, wordt bewaard in een openbaar raadpleegbaar elektronisch databanksysteem dat deel uitmaakt van het dossier van de rechtspersoon en dat, voor wat betreft de statuten en de bijwerkingen daarvan die voortvloeien uit in België verleden notariële akten, wordt beheerd door de Koninklijke Fe-

deratie van het Belgisch Notariaat. Onderhandse akten (bv. de meeste oprichtingsakten van een VZW, VOF of CommV) bevinden zich niet in dit register. Zie ook art. 1:6 en 1:17 KB WVV.

Vergeleken met een fysieke verplaatsing naar de griffie is dit een spectaculaire vooruitgang. Voorlopig hangt tegenwerpelijkheid wel nog af van neerlegging ter griffie of, indien dit is voorgeschreven door het WVV, bekendmaking in de Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad (art. 2:18 WVV). Dit belet niet dat de huidige databank al een flinke stap vooruit is.

## 2. Nietigheidsregeling

**Bibliografie.** K. Geens, "De nietigheid bij de oprichting van een vennootschap", *TPR* 1990, 1631-1680; K. Geens en M. Wyckaert, *De Vennootschap - Algemeen deel*, in *Be-ginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 155-157 en 582-593.

- (108) **Nietigheid: een ingrijpende sanctie.** *Quod nullum est nullum producit effectum*: wat nietig is mag geen gevolgen krijgen. Dat is de basisregel bij nietigheid van een rechtshandeling. De gevolgen moeten worden uitgewist; de transactie moet worden teruggedraaid.

De transactie terugdraaien is echter niet zo probleemloos als het lijkt: de koper heeft kosten gemaakt of heeft misschien de vruchten geplukt. En wellicht het ergste: tussen het aanvoeren van de nietigheid en een definitieve *nietigverklaring* door een rechter riskeren vele, vele jaren te liggen. In die jaren heeft niemand de prikkel om in het voorwerp van de transactie te investeren. De koper is eigenaar, maar zijn recht is in limbo. De verkoper heeft misschien een verwachting, maar geen juridische rechten.

Voor het handelsverkeer is zo'n toestand onaanvaardbaar. Nietigheid is in het ondernemingsrecht dan ook een zeer penibele sanctie. Neem een fusie tussen vennootschappen: vestigingen worden gesloten, de oude uithangborden afgevezen en vervangen, een nieuwe onderneming gaat nieuwe contracten aan en voert een ander beleid. Stel u voor dat er na een paar maanden een nietigheidsvordering wordt ingesteld. Stel u dan voor dat die nietigheid vele jaren later wordt toegekend en dat de regel "*quod nullum est nullum producit effectum*" in alle rigueur wordt toegepast. Alles zou moeten worden teruggedraaid. Dit zou een rampzalige waardevernietiging betekenen, indien niet simpelweg de liquidatie.

De procedure die geldt voor de nietigheid van rechtspersonen wil deze desastreuze gevolgen voorkomen, zonder dat er daarvoor beroep moet worden gedaan op privaatrechtelijke strohalmen, zoals de vertrouwensleer:

- Nietigheid kan enkel worden uitgesproken bij rechterlijke beslissing (art. 2:34, eerste lid WVV).
- Nietigheid werkt *ex nunc* (voor de toekomst; art. 2:34, tweede lid WVV). Het ergste dat er kan gebeuren is een vereffening, die geen afbreuk doet aan de rechtsgeldigheid van voorheen aangegane verbintenissen (art. 2:37 WVV).
- Nietigheid kan in beginsel worden geregulariseerd tot aan rechterlijke uitspraak (bv. slechts 1 oprichter). De rechter kan een regularisatietermijn toestaan indien dat zinvol is (art. 2:38 WVV).
- Nietigheid is slechts tegenwerpelijk aan derden vanaf de publicatie (art. 2:34, derde lid WVV).

Deze weldadige procedure heeft tot gevolg dat derden niet verontrust worden over interne problemen. Net zoals de gelijkaardige vertegenwoordigingsregels vindt de huidige Belgische regeling haar oorsprong in de Eerste Richtlijn. De bescherming van derden wordt in beide gevallen verzekerd door bepalingen die de gronden van ongeldigheid zoveel mogelijk beperken. Voorop bij de nietigheidsregel staat: de beperking van de gevallen van nietigheid en van de terugwerkende kracht van de nietigverklaring, alsmede het vaststellen van een korte termijn voor het derdenverzet tegen deze nietigverklaring. Zie nu Richtlijn 2017/1132 aangaande bepaalde aspecten van het vennootschapsrecht:

#### Artikel 11 - Voorwaarden voor de nietigheid van een vennootschap

**In de wetgeving van de lidstaten kan de nietigheid van vennootschappen slechts met inachtneming van de volgende voorwaarden worden geregeld:**

- a) de nietigheid moet door de rechter worden uitgesproken;
- b) de nietigheid kan enkel worden uitgesproken:
  - i) wegens het ontbreken van de oprichtingsakte of het niet in acht nemen van de formaliteiten van voorafgaande controle of van de authentieke vorm;
  - ii) wanneer het doel van de vennootschap onwettig is of strijdig met de openbare orde;
  - iii) wegens het ontbreken in de oprichtingsakte of in de statuten van de naam van de vennootschap, de inbreng, het bedrag van het geplaatste kapitaal of het doel van de vennootschap;
  - iv) wegens het niet naleven van bepalingen van de nationale wetgeving betreffende de minimumstorting in het kapitaal van de vennootschap;
  - v) wegens de handelingsonbekwaamheid van oprichters van de vennootschap;

- vi) wanneer, in strijd met de nationale wetgeving waardoor de vennootschap wordt beheerst, het aantal oprichters van de vennootschap minder dan twee bedraagt.

Buiten de in de eerste alinea bedoelde gevallen van nietigheid geldt er voor de vennootschappen geen enkele grond van onbestaanbaarheid, van absolute nietigheid, van relatieve nietigheid of van vernietigbaarheid.

#### Artikel 12- Gevolgen van de nietigheid

1. De vraag of een beslissing waarbij de nietigheid door de rechter wordt uitgesproken, aan derden kan worden tegengeworpen, is onderworpen aan artikel 16. Wanneer het nationale recht derdenverzet toestaat, is dit slechts ontvankelijk gedurende een termijn van zes maanden, te rekenen vanaf de bekendmaking van de rechterlijke uitspraak.
2. De nietigheid brengt de vereffening van de vennootschap mede, op dezelfde wijze als zulks bij de ontbinding kan plaatsvinden.
3. De nietigheid doet op zichzelf geen afbreuk aan de geldigheid van de verbintenissen van de vennootschap of van die welke jegens haar zijn aangegaan, onverminderd de gevolgen van het feit dat de vennootschap zich in vereffening bevindt.
4. De gevolgen van de nietigheid voor de deelnemers in de vennootschap onderling kunnen door de wetgeving van elke lidstaat worden geregeld.
5. De houders van aandelen of deelbewijzen van een vennootschap blijven tot storting van het geplaatste doch niet volgestorte kapitaal gehouden voor zover de jegens de schuldeisers aangegane verbintenissen dit vereisen.

- (109) **Nietigheid van de deelneming versus nietigheid van de vennootschap.** [pro memorie]
- (110) **Onderscheid tussen onvolkomen en volkomen rechtspersonen op vlak van de nietigheidsgronden.** [pro memorie]

## [9] Aansprakelijkheid van leden van bestuursorganen

**Bibliografie.** G. Lindemans, *Schuldeiser & Rechtspersoon: actio pauliana en aansprakelijkheid wegens ongeoorloofde benadeling van schuldeisers van vennootschappen en verenigingen*, Intersentia, 2019, xx + 596 blz; J. Vananroye en G. Lindemans, “Schuldeisersbescherming tegen misbruik van rechtspersonen: het insolventierecht geeft en het vennootschapsrecht neemt?”, *DAOR* 2017, 15 e.v.; J.. Vananroye, G. Lindemans, R. Verheyden, “Vorderingen tot reconstructie van de boedel: (bestuurs)aansprakelijkheid en actio pauliana”, in *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen IV*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 111 – 156; S. De Dier, *Nietigheid van bestuursbesluiten in een vennootschap*, Roeselare, Roularta, 2016; M. Vandenboogaerde, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Intersentia, 2009; J.F. Goffin, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Larcier, 2004; J. Vananroye, “Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid”, in *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Intersentia, 2006, 261-302; K. Geens en J. Vananroye, “Bestuursaansprakelijkheid in NV en BVBA”, in *Vennootschaps- en financieel recht*, K. Geens (ed.), in *Vennootschaps- en financieel recht*, Themis-cahiers, Die Keure, 2002, 5-26; J. Vananroye, “Enkele recente evoluties inzake bestuursaansprakelijkheid”, in *Vennootschaps- en financieel recht*, Themis-cahier, Die Keure, 2005, 77-100; M. Wauters, “Nieuwe ontwikkelingen inzake aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders”, in *Vennootschaps- en Financieel recht*, Themiscahier, Die Keure, 2008, 53-76; M. Wyckaert en F. Parrein, “Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid?”, in *Vennootschaps- en Financieel recht*, Themiscahier, Die Keure, 2011; S. De Geyter, *Organisatieaansprakelijkheid. Bestuurdersaansprakelijkheid, corporate governance en risicomanagement*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 518 p.

### 1. Overzicht en ratio van bestuursaansprakelijkheid

(111) **Summa divisio burgerrechtelijke bestuursaansprakelijkheid.** Traditioneel wordt als grote breuklijn in de bestuursaansprakelijkheid het onderscheid naar voren geschoven tussen:

- gewone bestuursfouten; en
- overtredingen van het WVV of de statuten.

Helemaal verhelderend is dat niet altijd, al was het maar omdat de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad die geen overtreding is van het WVV of de statuten hierin geen plaats vindt. Een relevantere *summa divisio* is die tussen:

- interne aansprakelijkheid (contractueel - t.a.v. de vennootschap); en
- externe aansprakelijkheid (buitencontractueel - t.a.v. derden).

Voor tekortkomingen die een overtreding vormen van de vennootschapswetgeving of de statuten is er een bijzonder aansprakelijkheidsregime dat zowel geldt voor interne als externe aansprakelijkheid (zie verder nr. (120)). Dit bijzonder regime verandert niets aan de contractuele dan wel quasi-delictuele aard van de aansprakelijkheid.

Dit onderscheid wordt duidelijk gemaakt in de aanhef van art. 2:56 WVV:

- Intern: “De in artikel 2:51 bedoelde personen en alle andere personen die ten aanzien van de rechtspersoon werkelijke bestuursbevoegdheid hebben of hebben gehad zijn jegens de rechtspersoon aansprakelijk voor fouten begaan in de uitoefening van hun opdracht.”
- Extern: “Dit geldt ook jegens derden voor zover de begane fout een buitencontractuele fout is.”

Intern kunnen bestuurders door de rechtspersoon aansprakelijk worden gesteld voor bestuursfouten. Deze interne aansprakelijkheid is in de regel contractueel. Omdat de analogie met het lastgevingscontract vaak wordt gemaakt, heet de aansprakelijkheidsvordering ook wel de *actio mandati*.

T.a.v. derden kunnen bestuurders of zaakvoerders extern aansprakelijk gesteld worden voor onrechtmatige daden die ze begaan, zelfs al doen ze dit binnen hun bestuurstaak. Deze aansprakelijkheid kan zowel bestaan in (i) een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm of (ii) de schending van een specifieke wettelijke of reglementaire regel. De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent – geen vennootschapsrechtelijke regel, maar een regel van gemeen verbintenissenrecht – vormt een belangrijke grens op deze aansprakelijkheid t.a.v. de vrijwillige schuldeisers van de rechtspersoon.

Externe bestuursaansprakelijkheid kan bestaan in een onrechtmatige daad die ieder rechtssubject kan plegen maar die ‘toevallig’ door een bestuurder tijdens de uitoefening van zijn taak wordt gepleegd, als in een onrechtmatige daad die enkel door een bestuurder kan worden gepleegd.

Voorbeelden van die laatste functionele aansprakelijkheid zijn de bestuurder die de alarmbelprocedure niet naleeft, de jaarrekening te laat neerlegt of aan *wrongful trading* doet. Voorbeelden van gemeenrechtelijke aansprakelijkheid zijn de bestuurder die milieuovertredingen begaat of door onzorgvuldigheden schade veroorzaakt. Dit onderscheid komt verder aan bod bij de bevoegde rechtbank (nr. (124) en verjaring (nr. (125)).

Dit onderscheid tussen externe en interne aansprakelijkheid is belangrijk voor de invulling van de toetsingsstandaard, de vorderingsgerechtigden in en buiten faillissement, de voorwaarden voor een deskundigenonderzoek, het effect van de kwijting, de mogelijkheid van exoneration, de bevoegde rechtbank ...

Binnen externe aansprakelijkheid kan een onderscheid worden gemaakt tussen aansprakelijkheid t.a.v. individuele schuldeisers en aansprakelijkheid t.a.v. de gezamenlijke schuldeisers. Dat onderscheid komt vooral aan de orde na faillissement, wanneer de rechten van de gezamenlijke schuldeisers in de faillissementsboedel zijn gebundeld. Het onderscheid is in het insolventierecht gekend als het onderscheid tussen individuele en collectieve schade. Vóór het faillissement kunnen individuele schuldeisers hun 'deel' in de collectieve schade individueel vorderen. Na een faillissement wordt er best een onderscheid gemaakt tussen:

- interne aansprakelijkheid t.a.v. de vennootschap;
- externe aansprakelijkheid t.a.v. individuele derden; en
- externe aansprakelijkheid t.a.v. de gezamenlijke schuldeisers ('boedel-schade').

De curator zal in de regel zowel de interne aansprakelijkheidsvorderingen kunnen uitoefenen als de externe aansprakelijkheidsvordering voor boedelschade. Het voorwerp van beide vorderingen wordt collectieve schade genoemd.

(112) **Vindplaats van burgerrechtelijke aansprakelijkheid.** In Boek 2 staat een hoofdstuk over bestuurdersaansprakelijkheid. Deze regels zijn van toepassing op alle rechtspersonen (vennootschappen, VZW's, stichtingen) geregeld in het WV.

Het is een betwistbare optie de rechtspersoon als aanknopingspunt te nemen voor deze regels. Er is immers geen overtuigende reden om bv. de aansprakelijkheid van de zaakvoerder van een maatschap anders te regelen dan de aansprakelijkheid van de zaakvoerder van een VOF. Zie ook S. De Dier, "Mandatarisaansprakelijkheid: gemener dan gedacht", TRV 2015, 241-242: heel wat regels die zijn geëxpliciteerd voor de rechtspersonen gelden ook onverkort voor de maatschap (en de feitelijke vereniging), nl. dat de zaakvoerder zich niet persoonlijk verbindt voor de rechtshandelingen

die aan de organisatie kunnen worden toegerekend; dat de zaakvoerder t.a.v. de organisaties aansprakelijk is voor de behoorlijke vervulling van zijn mandaat; en dat de zaakvoerder t.a.v. derden aansprakelijk is voor een buitencontractuele fout. Ook van de 'marginale toetsing' kan wellicht worden aangenomen dat dit de uitdrukking vormt van een algemene regel die ook van toepassing is op bestuurders van vennootschappen en verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid. Hetzelfde geldt voor bestuurders van privaatrechtelijke rechtspersonen die niet worden geregeld door het WVV (bv. onderlinge verzekeringsverenigingen of rechtspersonen zoals de KU Leuven of de ULB opgericht bij aparte wet).

De belangrijkste regel van Boek 2 i.v.m. bestuursaansprakelijkheid die niet kan worden begrepen als de uitdrukking van gemeen recht is de kwantitatieve beperking van de bestuursaansprakelijkheid in art. 2:57. Die is niet van toepassing op bestuurders van organisaties zonder rechtspersoonlijkheid noch op rechtspersonen die niet door het WVV worden geregeld. Dit is een verschil in behandeling waarvoor geen goede verantwoording voorhanden is.

Daarnaast bevatten de meeste boeken voor de afzonderlijke rechtsvormen bepalingen die gelden voor de leden van het bestuursorgaan van de betrokken boeken.

Zie voor de BV bij wijze van voorbeeld: art. 5:103 e.v. over de vennootschapsvordering en de minderheidsvordering; art. 5:138 over de aansprakelijkheid bij kapitaalverhogingen; art. 5:144 over de aansprakelijkheid indien komt vast te staan dat de bestuurders bij een beslissing tot uitkering wisten of, gezien de omstandigheden, behoorden te weten dat de vennootschap ten gevolge van de uitkering kennelijk niet meer in staat zou zijn haar schulden te voldoen zoals bepaald in artikel 5:143.

Sinds de invoering van Boek XX WER door de Wet van 11 augustus 2017 werden per 1 mei 2018 de faillissementsaansprakelijkheden uit het W.Venn. (oud art. 265, 409 en 530) opgegeven en vervangen door art. XX.225-226 WER (dat overigens geen identieke kopie is van de voorgangers in het W.Venn.).

Dat deze aansprakelijkheden onderdak kregen in het insolventierecht is vooral ingegeven door IPR-overwegingen. De insolventiewetgever reageert hiermee op de vrije keuze van het toepasselijk vennootschapsrecht die de Europese rechtspraak promoot en anticipeerde de vrije rechtskeuze in het WVV. Vrije keuze in het vennootschapsrecht kan gepaard gaan met adequate schuldeisersbescherming, mits die bescherming zit in een regel met een objectieve aanknopingsfactor, zoals het insolventie-

recht. Het toepasselijke insolventierecht is dat van de plaats waar de insolvente schuldenaar het centrum van zijn voornaamste belangen (*centre of main interests*, COMI) heeft. Dit is een aanknopingspunt dat niet louter afhangt van de wilsautonomie van de schuldenaar. Doordat deze bestuursaansprakelijkheden nu in het insolventierecht zitten, volstaat een loutere keuze voor buitenlands vennootschapsrecht niet om er automatisch aan te ontsnappen. Ook in het Verenigd Koninkrijk bevinden regels inzake faillissementsaansprakelijkheid zich traditioneel in het insolventierecht. Duitsland heeft regels rond bestuursaansprakelijkheid, waaronder de *Insolvenzverschleppungshaftung* voor voortzetting van een reddeloze onderneming, verscheept naar het insolventierecht. Het arrest Kornhaas leert dat dit verzoenbaar is met de Europese regels inzake vrijheid van vestiging (HvJ 10 december 2015, C-594/14, Kornhaas, ECLI:EU:C:2015:806. Zie hierover G. Lindemans, “The Walls Have Fallen, Run for the Keep: Insolvency Law as the New Company Law for Third Parties”, *ERPL* 2016, 888-889, nr. 24-25).

Het toepassingsgebied *ratione societatis* van de faillissementsaansprakelijkheden in Boek XX is ruimer dan de gemene bepalingen van Boek 2 WVV. Zij gelden luidens art. XX.224 voor alle ondernemingen in formele zin met uitzondering van natuurlijke personen, d.w.z. onder meer alle rechtspersonen van privaatrecht en maatschappen. De afbakening van dit toepassingsgebied lijkt meer verantwoord dan dat van Boek 2 WVV.

Bij een schuldenaar-natuurlijke persoon heeft het weinig zin om onrechtmatigheden die hebben bijgedragen tot de insolventie recht te zetten door middel van een aansprakelijkheidsvordering. Dat is als een hond die in zijn eigen staart wil bijten: de remedie wordt door de onrechtmatigheid zelf nutteloos gemaakt en verergert er zelfs de gevolgen van. Net daarom worden de organisatie van het bedrieglijk onvermogen (art. 490bis Sw.) en gelijkaardige faillissementsmisdriven strafrechtelijk gesanctioneerd; het civielrechtelijke apparaat schrikt de natuurlijke persoon immers niet voldoende af. En uiteraard daarom is de *actio pauliana* in de eerste plaats ontwikkeld als een zakenrechtelijke remedie. De functie van bestuursaansprakelijkheid bij ondernemingen die geen natuurlijke persoon zijn, wordt bij natuurlijke personen vervuld door de gehele of gedeeltelijke weigering van kwijtschelding bij faillissement. Zie J. Vananroye, “Aansprakelijkheid en insolventierecht: delven in de rijke groeve”, in *Vraagpunten op de grens van het insolventierecht, goederenrecht en verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 177 e.v.

- (113) **Vaste vertegenwoordiger van rechtspersoon-bestuurder: doorbraakregel.** Rechtspersonen die een bestuursmandaat (met inbegrip van het mandaat van

zaakvoerder of lid van de directieraad) bekleden moeten een vaste vertegenwoordiger aanstellen voor de uitvoering van de bestuurstaak. Deze vertegenwoordiger is persoonlijk aansprakelijk, zowel op burgerrechtelijk als strafrechtelijk vlak, als zou hij het mandaat in eigen naam en voor eigen rekening vervullen (art. 2:55, eerste lid WVV). Uiteraard blijft ook de bestuurder-rechtspersoon zelf onverkort instaan voor de aansprakelijkheid die wordt opgelopen naar aanleiding van de uitvoering van het bestuursmandaat.

Voor de aansprakelijkheid t.a.v. de bestuurde rechtspersoon is dit een wettelijke uitzondering op de immuniteit van de uitvoeringsagent. Het is daarmee een vorm van ‘doorbraak’ van de gewone regel van niet-aansprakelijkheid bij de rechtspersoon.

Deze doorbraak is nodig. Het probleem bij een opportunistisch misbruik van de rechtspersoon is dat iemand zijn aansprakelijkheid kan proberen te ontlopen, hetzij door die aansprakelijkheid bij een rechtspersoon te leggen (‘beperkte’ aansprakelijkheid), hetzij door aan persoonlijke aansprakelijkheid te ontkomen door het onderpand in een rechtspersoon onder te brengen (afgescheiden vermogen). Die ontwijking van aansprakelijkheid d.m.v. nieuwe aansprakelijkheidsremedies werkt niet als die aansprakelijkheid op haar beurt d.m.v. een rechtspersoon kan worden ontweken. Voor bestuursaansprakelijkheid is er daarom altijd minstens één concrete natuurlijke persoon wiens persoonlijk vermogen mee op het spel staat. Daarmee is bestuursaansprakelijkheid een betere remedie dan oprichtersaansprakelijkheid waar zo’n doorbraakregel niet bestaat. Wat betekent oprichtersaansprakelijkheid indien die oprichter een andere kapitaalarme rechtspersoon kan zijn?

Enigszins ten overvloede preciseert de wet dat de aansprakelijkheid van de vaste vertegenwoordiger zich niet uitstrekt tot de persoonlijke gehoudenheid voor de vennootschapsschulden die in de vennootschappen met onvolkomen rechtspersoonlijkheid op de zaakvoerder-vennoot rust. Enkel de rechtspersoon-zaakvoerder-vennoot staat met zijn volledige vermogen in voor de schulden van de VOF of CommV. De vaste vertegenwoordiger is echter wel mee aansprakelijk voor de goede uitoefening van het mandaat als zaakvoerder.

- (114) **Welke organen?** De bepalingen inzake bestuursaansprakelijkheid van Boek 2 gelden voor de leden van het bestuursorgaan, het dagelijks bestuur én de feitelijke bestuurders. Dit toepassingsgebied lijkt vooral geschreven met het oog op de kwantitatieve beperking van de bestuursaansprakelijkheid in art. 2:57 WVV.

In de NV kan men een duaal bestuur inrichten (art. 7:104 WV). De aansprakelijkheid van de leden van de directieraad wordt onderworpen aan dezelfde regels als deze van de leden van de raad van toezicht (art. 2:56-2:58 WV).

Daarnaast kan het dagelijks bestuur van de rechtspersoon, alsook de vertegenwoordiging van de vennootschap wat dat bestuur aangaat, in de meeste vormen worden opgedragen aan een of meer personen (art. 5:79, 6:67, 7:121, 9:10, 10:10, 11:14, 15:18, 15:21, 16:14 en 16:17 WV). Het dagelijks bestuur omvat zowel de handelingen en de beslissingen die niet verder reiken dan de behoeften van het dagelijks leven van de rechtspersoon, als de handelingen en de beslissingen die, ofwel om reden van hun minder belang dat ze vertonen ofwel omwille van hun spoedeisend karakter, de tussenkomst van het bestuursorgaan niet rechtvaardigen.

De delegatie inzake dagelijks bestuur kan zowel worden uitgeoefend op basis van een contractuele relatie geënt op de lastgeving, als onder arbeidsovereenkomst. De aard van deze rechtsverhouding is uiteraard van belang bij de beoordeling van het aansprakelijkheidsregime.

De bijzondere faillissementsaansprakelijkheden van art. XX.225-227 WER gelden voor huidige of gewezen bestuurders, zaakvoerders, dagelijkse bestuurders, leden van een directieraad of van een raad van toezicht en feitelijke bestuurders ("alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de onderneming werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad").

Hierna bespreken we vooral de aansprakelijkheid van de leden van het bestuursorgaan.

(115) **Strafrechtelijke aansprakelijkheid.** De aansprakelijkheid van de bestuurders kan ook strafrechtelijk zijn.

- Bepaalde strafbepalingen, vnl. in het WV, richten zich expliciet naar bestuurders. Met de Faillissementswet van 1997 is ook het misbruik van vennootschapsgoederen strafbaar gesteld (art. 492bis Sw). Deze bepalingen richten zich ook naar de bestuurders in feite.
- Daarnaast is een bestuurder (of een andere natuurlijke persoon in de schoot van de rechtspersoon) natuurlijk ook strafrechtelijk verantwoordelijk indien hij een "gemeen" misdrijf pleegt. Ook indien het misdrijf in de eerste plaats als een misdrijf van de rechtspersoon geldt (wat o.a. het geval is als de de-

lictsomschrijving een hoedanigheid omvat die enkel de vennootschap bezit), kunnen de bestuurders of andere natuurlijke personen binnen de vennootschap hiervoor strafrechtelijk verantwoordelijk worden gesteld. Dit vergt wel een soms moeilijke toewijzingsoefening binnen de rechtspersoon.

Ten overvloede bevestigt art. 5 al. 2 Sw. dat de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon die van de natuurlijke personen, die daders zijn van dezelfde feiten of eraan hebben deelgenomen, niet uitsluit.

Tot de Wet van 11 juli 2018 tot wijziging van het Strafwetboek en de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering wat de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen betreft, voorzag art. 5 al. 2 Sw. onder bepaalde voorwaarden voor nalatigheidsmisdrijven wel een strafuitsluitende verschoningsgrond (zie J. Vananroye en S. Vandyck, “Burgerrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersoon en natuurlijke persoon bij de 'decumul' van art. 5 tweede lid SW”, TRV 2003, 441 – 466). Deze verschoningsgrond werd opgeheven.

- (116) **Het maatschappelijk belang van bestuursaansprakelijkheid.** Bestuursaansprakelijkheid is één van de belangrijkste middelen – zo niet hét belangrijkste – om de negatieve gevolgen van beperkte aansprakelijkheid te verzachten. Bestuursaansprakelijkheid beschermt aandeelhouders, maar ook derden. Door bestuursaansprakelijkheid zorgt de rechtsorde ervoor dat bestuurders niet ten volle de wensen van aandeelhouders uitvoeren. Bestuursaansprakelijkheid is daarmee, misschien wat tegenintuïtief, een belangrijke remedie in het *agency conflict* tussen aandeelhouders en schuldeisers.

Door de techniek van bestuursaansprakelijkheid verschaft het vennootschapsrecht de voordelen van beperkte aansprakelijkheid voor aandeelhouders (vnl. mogelijkheid om grote kapitalen bijeen te brengen bij vele financiers, mogelijkheid voor financiers om te diversifiëren over veel projecten, mogelijkheid voor financiers om bestuur te delegeren aan specialisten), terwijl de negatieve gevolgen daarvan (excessief risicogedrag) worden afgevlakt.

Een beperkt aansprakelijke aandeelhouder zal immers zeer risicominnend zijn. Een hoog risico betekent immers een hogere opbrengst. Via zijn winstrechten strijkt de aandeelhouder die hogere opbrengsten op, terwijl het verhoogde risico in belangrijke mate op schuldeisers wordt afgewenteld. Indien het misloopt laat de aandeelhouder de vennootschap failliet gaan, zonder te moeten opdraaien voor het nettopassief. Welnu, zulk roekeloos gedrag wordt afgeremd

doordat de aandeelhouders ook bestuurders moeten vinden die daarin mee willen gaan. Bestuursaansprakelijkheid leidt ertoe dat bestuurders in belangrijke mate de belangen van derden internaliseren; indien ze dat niet doen riskeren ze immers door of ten behoeve van die derden aansprakelijk te worden gesteld.

Het voordeel van bestuursaansprakelijkheid vergeleken met oprichters- of aandeelhoudersaansprakelijkheid, is dat bij bestuursaansprakelijkheid altijd een natuurlijke persoon mee aansprakelijk is (zie artikel 2:55 WvV over de vaste vertegenwoordiger). De sanctie op misbruik van de rechtspersoonstechniek kan dus niet worden ontlopen door diezelfde rechtspersoonstechniek te hanteren.

Bovendien is die aansprakelijkheid, anders dan bijvoorbeeld oprichtersaansprakelijkheid, niet beperkt in de tijd. Integendeel: de aansprakelijkheid hangt steeds als een donkere wolk aan de horizon, hoe lang de vennootschap ook blijft bestaan.

- (117) **Onderscheid tussen vrijwillige en onvrijwillige schuldeisers.** Dat bestuursaansprakelijkheid derden beschermt, is evident bij de externe bestuursaansprakelijkheid. Dat is de aansprakelijkheid die de bestuurder oploopt ten aanzien van derden bij onrechtmatige daden die hij begaat in zijn hoedanigheid.

Het mooie aan de Belgische regels inzake externe bestuursaansprakelijkheid is dat ze differentiëren tussen vrijwillige schuldeisers (bv. op grond van een overeenkomst) en onvrijwillige schuldeisers (bv. slachtoffer van een onrechtmatige daad).

Beperkte aansprakelijkheid is immers veel minder evident bij onvrijwillige schuldeisers: die schuldeisers hebben niet vrijwillig een band met een entiteit met beperkte aansprakelijkheid. De regels inzake externe bestuursaansprakelijkheid reflecteren dat verschil:

- **Contractuele aansprakelijkheid** geldt enkel voor de partijen bij het contract (met uitsluiting van anderen). Als de bestuurder in eigen naam handelt, heeft de tegenpartij enkel een vordering tegen die bestuurder zelf. Als de bestuurder in hoedanigheid handelt, heeft de tegenpartij enkel een vordering tegen de vennootschap. Indien de schuldeiser daar niet tevreden mee is, dan moet hij maar onderhandelen dat anderen zich ook als partij verbinden of moet hij geen contract sluiten.

De agent die een contract uitvoert van een organisatie wordt bovendien beschermd door de verregaande “immunité van de uitvoeringsagent” tegen

buitencontractuele aansprakelijkheid voor fouten die hij begaat bij de uitvoering van het contract van de organisatie. Die immuniteit is een praetoriaanse uitzondering op de regel dat een onrechtmatige daad begaan “in hoedanigheid” eigen aansprakelijkheid oplevert. Die uitzondering is verantwoord: de schuldeiser heeft vrijwillig een contract afgesloten met de vennootschap en kan die afspraken niet omzeilen door een buitencontractuele vordering tegen de agent van de vennootschap.

- **Buitencontractuele aansprakelijkheid** t.a.v. onvrijwillige schuldeisers, daarentegen, kan automatisch uitdijen naar een ruimere kring. Zo is iedereen die een onrechtmatige daad begaat in principe daarvoor aansprakelijk, ook als die onrechtmatige daad wordt begaan “in hoedanigheid”, voor rekening van een andere (rechts)persoon (Cass. 20 juni 2005, *TBH* 2006, 416). Wettelijke uitzonderingen zoals de immuniteit van art. 18 Wet Arbeidsovereenkomsten bevestigen hier de algemene regel. Buitencontractuele aansprakelijkheid van een vennootschap sluit de buitencontractuele aansprakelijkheid van de bestuurders die de schade veroorzaakt hebben niet uit, ook al traden zij op in naam van en/of voor rekening van de rechtspersoon. Organisatie en agent kunnen samen aansprakelijk zijn.

De immuniteit van de uitvoeringsagent geldt enkel ten aanzien van contractuele schuldeisers van de organisatie, niet voor andere, onvrijwillige, schuldeisers. Zij hebben immers niet noodzakelijk vrijwillig kunnen kiezen om enkel een vordering op de organisatie te hebben.

Opnieuw geldt dat onvrijwillige schuldeisers ruimere aanspraken hebben dan vrijwillige.

- (118) **Ook interne bestuursaansprakelijkheid is in doorslaggevende mate derdenbeschermend.** Zoals gezegd is het evident dat externe bestuursaansprakelijkheid derden beschermt. Wat minder wordt erkend is dat ook interne bestuursaansprakelijkheid in belangrijke – en we durven te stellen: doorslaggevende – mate derdenbeschermend is.

Interne bestuursaansprakelijkheid is de contractuele aansprakelijkheid die bestuurders oplopen ten aanzien van de vennootschap zelf. De aansprakelijkheid wordt door de *actio mandati* of vennootschapsvordering afgedwongen. Wie aan de *actio mandati* denkt, denkt spontaan aan het belang van aandeelhouders; niet aan schuldeisers of andere derden. Contractuele aansprakelijkheid beschermt typisch partijen, niet derden. Toch beschermt deze vordering ook schuldeisers.

Het schuldeisersbelang krijgt alvast procedureel gestalte bij insolventie of nakende insolventie doordat schuldeisers inspraak in of controle over de interne vorderingen kunnen krijgen. Dat kan o.a. door de vorderingen zelf zijdelings uit te oefenen of door de vennootschapsorganen onbevoegd te maken en een neutraal bewindvoerder te laten aanstellen (bv. bij faillissement). Daarnaast hebben schuldeisers ook eigen actiemogelijkheden voor een benadeling van het vennootschapsvermogen, zoals bijzondere faillissements-aansprakelijkheden (o.a. art. XX.225-226 WER) en de *actio pauliana*.

Na faillissement kan de *actio mandati*, op grond van de buitenbezitstelling, worden uitgeoefend door de curator. Ook een *actio mandati* die ontstond op het ogenblik dat de vennootschap “onder water is”, is een recht dat door de curator te gelde kan worden gemaakt. Met andere woorden: een benadeling van de schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden wordt afgedwongen door middel van een interne vennootschapsvordering.

Een interne aansprakelijkheidsvordering komt de schuldeisers ook ten goede als op het ogenblik van de schending van het vennootschapsbelang insolventie nog veraf was. Vennootschapsrechtelijke actiemiddelen wegens een nadeel aan de vennootschap bieden schuldeisers daarom soms herstel waar ze dat niet zouden krijgen door een *actio pauliana*; die vereist immers bedrog of minstens wetenschap van de benadeling op het ogenblik van de benadelende handeling.

Een mooi symptoom van hoe schuldeisers ook het vennootschapsbelang kleuren, is dat ook in een éénpersoonsvennootschap het handelen van de enige bestuurder en aandeelhouder nuttig aan die norm kan worden getoetst. De bestuurder is t.a.v. de vennootschap persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk voor de schade geleden door de vennootschap of door derden ten gevolge van beslissingen of verrichtingen die hebben plaatsgevonden met inachtneming van de belangenconflictenprocedure, indien die beslissing of verrichting aan hem een onrechtmatig financieel voordeel heeft bezorgd ten nadele van de vennootschap (art. 5:78 WV bij de BV). Ook een enige vennoot kan het misdrijf van misbruik van vennootschapsgoederen plegen (B. Tilleman en Ph. Traest, “Misbruik van vennootschapsgoederen”, in *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Intersentia, Antwerpen, 2006, 955, nr. 25.). De éénpersoonsvennootschap kan zich daarbij, middels de curator, als een monster van Frankenstein tegen haar schepper keren. Art. 492bis Sw. verduidelijkt dan ook terecht het vermogensbelang van een rechtspersoon door te verwijzen naar “zijn schuldeisers en vennoten”.

De praktijk in de meeste volkomen rechtspersonen is zelfs dat de *actio mandati* enkel na faillissement door een curator wordt ingesteld, waarbij de opbrengst bijna altijd volledig en enkel ten goede komt aan de schuldeisers: immers, de schuldenaar van de interne aansprakelijkheid is in volkomen rechtspersonen doorgaans iemand die de controle heeft over de vennootschap als schuldeiser (of die nauw verbonden is met de controlerende aandeelhouders). Weinig personen zijn zo schizofreen of scrupuleus dat ze initiatief nemen om zichzelf aansprakelijk te laten stellen. Het is maar op het ogenblik dat de curator als een neutrale persoon de controle krijgt over de *actio mandati*, dat de theoretische bestuursaansprakelijkheid ook in de praktijk wordt afgedwongen. De opbrengst daarvan is zelden voldoende om het eigen vermogen weer “boven water” te brengen, zodat die vordering enkel de schuldeisers ten goede komt.

Met andere woorden: de zogenaamde interne aansprakelijkheid beschermt ook derden (naast aandeelhouders) en beschermt derden zelfs in doorslaggevende mate.

## **2. Bepalingen gemeen aan interne en externe bestuursaansprakelijkheid**

- (119) **“Marginale toetsing”.** Bestuurders zijn slechts aansprakelijk voor beslissingen, daden of gedragingen die zich kennelijk buiten de marge bevinden waarbinnen normaal voorzichtige en zorgvuldige bestuurders, geplaatst in dezelfde omstandigheden, redelijkerwijze van mening kunnen verschillen (art. 2:56 al. 1 WVV).

Volgens de Memorie van Toelichting bij het WVV (Parl. St. 2017-18, doc 54 3119/001, p. 59) is dit de “wettelijke formulering van het beginsel van de marginale toetsing. Hoewel enkele rechtsgeleerden kritiek op dit leerstuk hebben uitgeoefend vanuit een theoretisch perspectief, was het leerstuk reeds decennialang algemeen aanvaard in de praktijk. In werkelijkheid wijkt dit beginsel geenszins af van het gemeen recht. Er wordt rekening gehouden met het feit dat twee normaliter voorzichtige en toegewijde personen redelijkerwijs een andere houding kunnen aannemen. Dat is in het bijzonder het geval bij het bestuur van een rechtspersoon, dat onder meer inhoudt dat men risicovolle beslissingen neemt. Bovendien moeten de bestuursorganen vaak beslissingen nemen in grote onzekerheid, in omstandigheden waarin niemand op het moment van de beslissing kan bepalen welke beslissing een voorzichtig en zorgvuldig persoon in dezelfde omstandigheden zou hebben genomen. Veel van de belangrijkste bestuursbeslissingen, bijvoorbeeld over strategische investeringen of desinvesteringen, behoren tot deze categorie, waarbij het bestuursorgaan over een ruime beleidsmarge beschikt. Hetzelfde geldt voor de wijze waarop het

toezichtsorgaan toezicht houdt op de directieraad, of de wijze waarop beide organen toezicht houden op en waken over de uitbouw van een behoorlijk systeem van interne controle en risicomanagement en dienovereenkomstig hun controle uitoefenen. Men moet vermijden dat rechters aan wie wordt gevraagd te oordelen over bestuurdersaansprakelijkheid, op de stoel van het bestuursorgaan gaan zitten door opportunitesoordelen te vellen over de genomen beslissing. Minstens even belangrijk is *hindsight bias* te vermijden, dat wil zeggen wijsheid na de feiten waarbij uit de negatieve gevolgen van een bestuursbeslissing wordt afgeleid dat de beslissing als dusdanig onzorgvuldig was. Een wettelijke formulering van het beginsel van marginale toetsing kan tot de correcte beoordeling van bestuursbeslissingen bijdragen.”

Marginale toetsing erkent de beleidsvrijheid van de bestuurder en wil voorkomen dat bestuurders uit vrees voor aansprakelijkheid bij elk mislukt project enkel risicoloze beslissingen nemen waardoor waardevolle projecten niet zouden worden gerealiseerd. Deze rechterlijke terughoudendheid wordt evenzeer bereikt door de concretisering van het algemene foutbegrip naar de bijzondere situatie van de bestuurder.

Marginale toetsing wordt meestal gebruikt in de context van interne bestuursaansprakelijkheid. Uit de formulering van deze regel in het WVV kan echter worden afgeleid dat deze regel nu ook van toepassing is op externe bestuursaansprakelijkheid.

Over marginale toetsing stelt de Memorie verder (p. 60): “Vanzelfsprekend kan het beginsel van marginale toetsing enkel worden toegepast in die gevallen wanneer het bestuursorgaan over beleidsvrijheid beschikt. Dit zal niet het geval zijn als de wet, de statuten of een andere norm een specifiek gedrag voorschrijven.” Dit moet o.i. begrepen worden als : “... aan de bestuurder een specifiek gedrag voorschrijven.” De bestuurder heeft wel beleidsvrijheid indien een specifieke regel zich enkel richt naar de bestuurd rechtspersoon (bv. omdat enkel die rechtspersoon valt onder de toepassingsvoorwaarden van deze regel).

- (120) **Meerhoofdige organen: collegiale vs. concurrentiële bevoegdheid.** Volgens de gemene regels van aansprakelijkheidsrecht zou een lid van een collegiaal bestuursorgaan individueel aansprakelijk zijn, tenzij in geval van een samenlopende of een gemeenschappelijk fout. Dan geldt respectievelijk de aansprakelijkheid *in solidum* en de hoofdelijke aansprakelijkheid. Het WVV is hier echter strenger dan het gemeen recht.

Indien het bestuursorgaan een college vormt (bv. raad van bestuur in de NV, in de BV indien dit statutair is voorzien), is hun aansprakelijkheid voor de beslissingen of nalatigheden van dit college hoofdelijk (art. 2:56 al. 2 WVV). Dit is een uitbreiding van aansprakelijkheid vergeleken met het W.Venn.

De hoofdelijkheid is hier méér dan een zekerheidsmechanisme. Het zorgt ervoor dat de derde niet in bewijsnood komt doordat hij bij een collegiaal orgaan individuele verantwoordelijkheid zou moeten aantonen, zonder dat er noodzakelijk een spoor is van het individueel (stem)gedrag.

De Memorie van Toelichting bij het WVV (*Parl. St.* 2017-18, doc 54 3119/001, p. 59) schrijft hierover: “Onder het [W.Venn.] is dit niet in de wet bepaald, zodat men op basis van het gemeen recht aanneemt dat de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor hun gemeenschappelijke fouten of *in solidum* aansprakelijk zijn voor hun samenlopende fouten die oorzaak zijn van dezelfde schade. Het onderscheid tussen gemeenschappelijke en samenlopende fouten is in de praktijk evenwel niet steeds duidelijk. Bovendien zal de aansprakelijkheid van de leden van het bestuursorgaan meestal een aansprakelijkheid in *solidum* zijn. De aansprakelijkheid in *solidum* heeft echter grotendeels dezelfde gevolgen als de hoofdelijke aansprakelijkheid behalve wat de secundaire gevolgen van de solidariteit en met name de regresmogelijkheden betreft. Het komt daarom opportuun voor deze visie te vervangen door de hoofdelijke aansprakelijkheid op te leggen voor alle bestuursfouten.”

Deze hoofdelijke aansprakelijkheid geldt steeds slechts binnen éénzelfde bestuursniveau. Zo is de raad van toezicht niet hoofdelijk aansprakelijk voor beslissingen van de directieraad, noch de raad van bestuur voor beslissingen van het dagelijks bestuur. Uiteraard kan dit op grond van gemene verbintenisrechtelijke regels wel het geval zijn bij een samenlopende of gemeenschappelijke fout van verschillende bestuursniveaus. Het is dan wel aan de eiser om zo’n fout aan te tonen. Op dezelfde manier kan in een meerhoofdig orgaan met concurrentiële bevoegdheid tot gezamenlijke aansprakelijkheid worden gekomen.

Zie hierna nr. (123) over de mogelijkheid om aan deze hoofdelijkheid te ontsnappen.

- (121) **Hoofdelijke aansprakelijkheid bij collegiale organen: enkel voor interne aansprakelijkheid?** Hoewel dit er niet met zoveel woorden staat (vgl. hierna het derde lid bij overtredingen van het WVV of de statuten), kan worden aangenomen dat deze regel van hoofdelijkheid bij collegiale organen zowel geldt t.a.v. de rechtspersoon zelf als t.a.v. derden.

De Memorie van Toelichting bij het WVV (*Parl. St.* 2017-18, doc 54 3119/001, p. 59) kan hier echter over doen twijfelen. Bij de bespreking van het derde lid (hoofdelijkheid bij overtreding van WVV) wordt immers gesteld: “Deze aansprakelijkheid geldt, in tegenstelling tot de aansprakelijkheid voor gewone bestuursfouten, niet enkel ten aanzien van de rechtspersoon, maar ook ten aanzien van derden.” Dit suggereert dat de hoofdelijkheid van art. 2:56 al. 2 níét zou gelden t.a.v. derden.

Het komt me voor dat de Memorie hier twee dingen verwacht. Enerzijds is er de vraag of bestuurders aansprakelijk zijn voor een gewone bestuursfout. Dat is niet het geval, tenzij die bestuursfout ook een onrechtmatige daad vormt. Anderzijds is er de vraag of, als bestuurders als college een beslissing nemen (of verzuimen om een beslissing te nemen) die een onrechtmatige daad vormt, derden de bestuurders hoofdelijk kunnen aanspreken. Hier antwoorden we positief op, omdat net hier de regel van hoofdelijkheid beantwoordt aan een reële bewijsnood (zie hiervoor).

De verwarrende formulering van de Memorie kan enkel begrepen worden vanuit de oude formulering van bestuursaansprakelijkheid in art. 527- 528 W.Venn. Art. 527 sprak enkel over “tekortkomingen in het bestuur” en betrof de interne aansprakelijkheid. Art. 528 W.Venn. over overtredingen van het W.Venn. of statuten betrof expliciet de interne en externe aansprakelijkheid. Het W.Venn. had hiermee een belangrijke leemte doordat volledig gezwegen werd over externe aansprakelijkheid voor gewone onrechtmatige daden. Lange tijd was er zelfs discussie of bestuurders t.a.v. derden überhaupt aansprakelijk konden zijn. De laatste decennia was dit echter niet langer een twistpunt.

Het WVV remedieert dit hiaat door in de tweede zin van art. 2:56 al. 2 expliciet te verwijzen naar de gemeenrechtelijke buitencontractuele aansprakelijkheid. Bij de bespreking van het tweede lid lijkt dit te zijn uit het oog verloren. We durven dan ook niet te veel gewicht hechten aan de Memorie en ook bij buitencontractuele aansprakelijkheid uit te gaan van hoofdelijkheid bij collegiale organen.

- (122) **Overtredingen van het WVV of van de statuten.** Zelfs indien het bestuursorgaan geen college vormt, zijn de leden zowel jegens de rechtspersoon als jegens derden hoofdelijk aansprakelijk voor alle schade die het gevolg is van overtredingen van de bepalingen van het WVV of van de statuten van de rechtspersoon (art. 2:56 al. 3).

Behoudens deze afwijkingen, blijft de aansprakelijkheid er een van gemeen recht zodat de eiser niet ontslagen is van de verplichting om het oorzakelijk verband aan te tonen tussen fout en schade (zie verder).

Zie hierna nr. (123) over de mogelijkheid om aan deze hoofdelijkheid te ontsnappen.

Voor de BV, CV, NV en VZW is bovendien bepaald dat overtredingen van het WVV of de statuten enkel gedekt worden door de kwijting indien deze fouten “*bepaaldelijk zijn aangegeven in de oproeping*” Zie 5:98, 6:83, 7:149 en 9:20. (Bij de NV: “*wanneer de bestuurders of de leden van de raad van toezicht deze schendingen uitdrukkelijk hebben opgenomen in de agenda van de algemene vergadering*”). In een NV met duaal bestuur is vereist dat de directieraad deze schendingen uitdrukkelijk heeft meegedeeld aan de raad van toezicht (art. 7:109 § 3).

- (123) **Disculpatie bij hoofdelijke aansprakelijkheid.** Bestuurders kunnen ontsnappen aan de hoofdelijke aansprakelijkheid (i) bij collegiale organen en (ii) bij overtredingen van het WVV of de statuten indien zij de beweerde fout hebben gemeld aan alle andere leden van het bestuursorgaan, of, in voorkomend geval, aan het collegiaal bestuursorgaan en aan de raad van toezicht. Indien zij gebeurt aan een collegiaal bestuurs- of toezichtsorgaan, wordt deze melding, evenals de bespreking waartoe zij aanleiding geeft, opgenomen in de notulen.

De Memorie van Toelichting bij het WVV (Parl. St. 2017-18, doc 54 3119/001, p. 61) schrijft hierover:

“Het lid van een bestuurs- of toezichtsorgaan dat niet persoonlijk aan de fout heeft meegewerkt – bijvoorbeeld omdat hij tegen de foute beslissing heeft geprotesteerd en dit aan de hand van de notulen kan bewijzen, of omdat hij gerechtvaardigd afwezig was op de vergadering waarop de beslissing is genomen, kan aan aansprakelijkheid ontsnappen door de (beweerde) fout te melden aan het relevante bestuursniveau, dat wil zeggen aan zijn collega-bestuurders. Is er een raad van toezicht dan moet deze melding bovendien steeds aan die raad gebeuren. Dit betekent bijvoorbeeld dat een lid van een collegiale raad van bestuur de handelingen of beslissingen die volgens hem een fout vormen met de nodige toelichting over zijn visie zal moeten melden aan de andere leden van die raad. De meldingsplicht bestaat in zulk geval niet alleen voor beslissingen van de raad van bestuur, maar ook voor handelingen die buiten de raadsvergadering zijn begaan, bijvoorbeeld door een bestuurder aan wie overeenkomstig artikel 7:93, § 2, vertegenwoordigingsbevoegdheid werd verleend. In een BV met meerdere bestuurders die geen college vormen, rust op een bestuurder de plicht zijn collega-bestuurders in te lichten. Indien een lid

van de directieraad vaststelt dat er een fout is begaan op het niveau van de directieraad, dan moet er een melding gebeuren aan de andere leden van de directieraad, en aan de raad van toezicht. De melding kan ook de vorm aannemen van een gemotiveerd protest op de bestuursvergadering waarop de beslissing die de beweerde fout uitmaakt wordt genomen. Indien de melding gebeurt aan een collegiaal bestuurs- of toezichtsorgaan, wordt de melding, evenals de bespreking waartoe zij aanleiding geeft, opgenomen in de notulen. Het lid van een bestuursorgaan dat een melding doet buiten een vergadering (bijvoorbeeld een bestuurder meldt aan een collega-bestuurder of aan de raad van bestuur dat een andere bestuurder of de gedelegeerd bestuurder een fout heeft gemaakt), heeft er om bewijsredenen belang bij die melding schriftelijk te doen.

Deze mogelijkheid om zich van aansprakelijkheid te bevrijden geldt ook voor het geval van schending van het wetboek of de statuten. Wat deze hypothese betreft, is de nieuwe wettekst een verlichting van de disculpatiemogelijkheid waarin onder het huidige recht in artikel 528 W.Venn. is voorzien. Onder het huidige recht moet een bestuurder die aan hoofdelijke aansprakelijkheid wil ontsnappen niet alleen aantonen dat hij geen deel heeft genomen aan de fout en dat hem daarbij geen fout treft, maar moet hij de fout ook aanklagen op de eerstvolgende algemene vergadering van aandeelhouders. Dit laatste element was een onredelijk strenge vereiste, omdat het bestuurders die lid zijn van een collegiaal orgaan, doorgaans in een onmogelijke positie bracht. Men kan immers niet meer behoorlijk functioneren als lid van een collegiaal orgaan nadat men zijn collega's of een aantal onder hen tegenover de aandeelhouders ervan heeft beticht een fout te hebben begaan. Het ontwerp schaft deze verplichting daarom af en vervangt deze door de hierboven toegelichte meldingsplicht.”

De vraag kan gesteld worden of deze disculpatie misschien geen te lage drempel heeft. De oude regeling voor overtredingen van het W.Venn. of de statuten waarbij de bestuurder klokkenluider behoorde te zijn op de algemene vergadering was, zoals de Memorie stelt, inderdaad een strenge drempel. Het verplichtte de disculperende bestuurder echter om hiermee niet lichtzinnig om te gaan. Een melding had reële consequenties, zowel voor de vennootschap (in een AV geldt geen discretieplicht) als voor de meldende bestuurder. Die laatste riskeerde bij een lichtzinnige melding te worden ontslagen of zelfs aansprakelijk te zijn.

- (124) **Bevoegdheid.** Op grond van art. 574, 1° neemt de ondernemingsrechtbank kennis van geschillen ter zake van een vereniging met rechtspersoonlijkheid, stichting of vennootschap, met uitzondering van een vereniging van mede-eigenaars,

evenals van geschillen die ontstaan tussen hun voormalige, actuele of toekomstige vennoten of leden met betrekking tot de betrokken vennootschap, stichting of vereniging. Deze bevoegdheidsgrond omvat in ieder geval alle gevallen van interne aansprakelijkheid alsook de functionele externe aansprakelijkheid (die haar oorsprong vindt in regels die specifiek voor bestuurders gelden en meestal hun oorsprong vinden in het WVV). Op grond van art. 574, 2° is de ondernemingsrechtbank ook bevoegd voor de faillissementsaansprakelijkheden in Boek XX WER. Zie ook XX.228 WER: de insolventierechtbank is bevoegd. Dit is deels dubbelop met het Ger.W., deels een bepaling inzake territoriale bevoegdheid.

Meer twijfel kan er bestaan over de bevoegde rechtbank bij gemeenrechtelijke externe aansprakelijkheid, waar de aansprakelijkheidsgrond niet intrinsiek verweven is met de bestuursfunctie. Art. 574, 1° of 2° gelden hier niet. Indien de bestuurder echter als een ‘onderneming’ wordt beschouwd is de ondernemingsrechtbank wel bevoegd op grond van de algemene bevoegdheidsgrond van art. 573 Ger.W.

- (125) **Verjaring.** Op grond van art. 2:143, § 1 WVV verjaren alle rechtsvorderingen tegen leden van het bestuursorgaan, dagelijks bestuurders, commissarissen, vereffenaars, tegen de vaste vertegenwoordigers van rechtspersonen die één van de voornoemde functies bekleden, of tegen alle andere personen die ten aanzien van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad wegens verrichtingen in verband met hun taak, door verloop van vijf jaar te rekenen van die verrichtingen of, indien ze met opzet verborgen zijn gehouden, te rekenen van de ontdekking.

Deze verjaringstermijn wijkt af van de gemeenrechtelijke verjaringstermijn die sinds de Wet van 10 juni 1998 tien jaar bedraagt, tenzij voor rechtsvorderingen tot schadevergoeding op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid. Voor die laatste rechtsvorderingen geldt in het gemeen recht een dubbele termijn:

- van vijf jaar vanaf de kennisname door de benadeelde van de schade of van de verzwarende ervan en van de identiteit van de daarvoor aansprakelijke, en
- van twintig jaar vanaf het schadeveroorzakende feit.

In een arrest van 27 mei 1994 heeft het Hof van Cassatie gesteld dat “de wetgever, door een van het gemeen recht afwijkende verjaringstermijn op te leggen in een algemene en imperatieve bepaling die wordt geacht te voldoen in alle gevallen, de privébelangen van de schuldeisers ondergeschikt heeft gemaakt aan de hogere belangen van het handelsverkeer” (Cass. 27 mei 1994 TRV 1995, 54,

noot M. Wyckaert, *TBH* 1994, 1011, noot, *RW* 1994-95, 673, *RPS* 1994, 291, *AC* 1994, 544, *Pas.* 1994, I, 522).

Het Hof leidt hieruit af dat de verkorte termijn ook geldt voor de externe aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, zelfs als deze geen gevolg is van een overtreding van het WVV of de statuten. Uiteraard moet de onrechtmatige daad wel verband houden met de bestuurszaak. Er moet bij verjaring, anders dan bij bevoegdheid, evenmin onderscheid gemaakt worden tussen functionele en gemeenrechtelijke aansprakelijkheid.

Dat de verjaringstermijn aanvangt vanaf de fout (tenzij zij opzettelijk verborgen werd gehouden), en niet eerst vanaf de kennisname ervan door het slachtoffer, is eveneens een onderscheid dat door het Grondwettelijk Hof aanvaardbaar werd geacht (G.W.Hof 21 maart 2007, *TBH* 2007, 732).

- (126) **Art. 26 V.T.Sv. (pro memorie).** Het Hof van Cassatie maakt in het genoemde arrest enkel een voorbehoud voor vorderingen tot herstel van schade die volgen uit een overtreding van de strafwet. In dat geval geldt op grond van art. 26 V.T.Sv., zoals gewijzigd in 1998, dat de rechtsvordering niet kan verjaren vóór de strafvordering.

Dit impliceert dat de burgerlijke partij er voordeel bij heeft om haar vordering voor de burgerlijke rechter te baseren op het misdrijf in die gevallen waarin zij aldus, bijvoorbeeld omdat de strafvordering voor een misdaad (10j.) nog niet verjaard is, de burgerlijke verjaringsexceptie zou kunnen anticiperen. Het volstaat dan dat de burgerlijke rechter de constitutieve bestanddelen van het misdrijf vaststelt, om de verjaringstermijn van de strafvordering te laten gelden (Cass. 19 oktober 1992, *RCJB* 1995, 229, noot A. De Nauw). Anderzijds, zelfs indien een contractuele fout een misdrijf uitmaakt, dan nog speelt de strafrechtelijke verjaring niet indien de vordering enkel gebaseerd is op de contractuele grondslag (Cass. 17 januari 1991, *Pas.* 1991, 459).

De verjaringstermijn van art. 26 V.T.Sv. blijft van toepassing indien er een strafuitsluitende verschoningsgrond aanwezig is, omdat dit het gepleegde feit niet het karakter van misdrijf ontnemt.

### 3. Interne bestuursaansprakelijkheid

- (127) **Interne aansprakelijkheid in de regel contractueel.** De bestuurders of zaakvoerders staan in een contractuele verhouding met de vennootschap; ook hun aansprakelijkheid zal in de regel contractueel zijn.

De vennootschap kan de bestuurders of zaakvoerders enkel buitencontractueel aanspreken binnen de grenzen van de verbintenisrechtelijke samenloop. Dit veronderstelt dat de fout van de bestuurder een tekortkoming uitmaakt, niet aan zijn contractuele verbintenis, maar aan de algemene zorgvuldigheidsplicht van eenieder, en dat deze fout andere dan aan de slechte uitvoering van het contract te wijten schade heeft veroorzaakt. Ook wanneer zij op buitencontractuele grondslag is gevestigd, blijft de vordering door de vennootschap tegen haar bestuurders een interne aansprakelijkheidsvordering die aan de regels voor de *actio mandati* is onderworpen.

- (128) **Belangenconflicten.** Bijzondere aansprakelijkheden gelden in de BV, CV en NV in geval van miskenning van de belangenconflictenregeling. De aansprakelijkheidsregeling bevindt zich in art. 5:78 (BV), art. 6:66 (CV) en art. 7:122 (NV).

Onverminderd de gewone aansprakelijkheidsgrond van art. 2:56 zijn de bestuurders persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk voor de schade geleden door de vennootschap of door derden ten gevolge van beslissingen of verrichtingen die hebben plaatsgevonden overeenkomstig de belangenconflictenregeling, indien die beslissing of verrichting aan hen of aan een van hen een onrechtmatig financieel voordeel heeft bezorgd ten nadele van de vennootschap.

Vanzelfsprekend zijn bestuurders ook aansprakelijk indien ze de belangenconflictenregeling niet naleven en een onrechtmatig financieel voordeel aan een van hen bezorgen ten nadele van de vennootschap. De schending zal daarnaast tevens een inbreuk uitmaken op het Wetboek van vennootschappen en verenigingen. De wetgever wenst twee dingen te bereiken met deze aansprakelijkheidsregel.

Vooreerst wordt in herinnering gebracht dat de belangenconflictenregeling niet dient om verrichtingen goed te keuren die niet in het belang van de vennootschap zijn. Dat is uiteraard evident, maar in de praktijk wordt als argument tegen de toepassing van de belangenconflictenregeling wel eens gehoord: “De verrichting is in het belang van de vennootschap”. Dat moet uiteraard altijd het geval zijn. De drempel voor de toepasselijkheid van de belangenconflictenregeling ligt lager.

Verder geldt de regel als een herinnering aan de andere bestuurders dat ze door de melding van het belangenconflict met bijzondere zorg naar het financieel voordeel van de vennootschap bij de betrokken verrichting moeten kijken.

In de NV gelden ook bijzondere aansprakelijkheden voor onrechtmatige financiële voordelen die ten nadele van de vennootschap zijn bezorgd aan groepsvennootschappen (art. 7:122 al. 2). De bestuurders zijn persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk voor de schade geleden door de vennootschap of door derden ten gevolge van beslissingen of verrichtingen waarmee zij hebben ingestemd, zelfs met inachtneming van de belangenconflictenregeling (art. 7:97 of 7:116), voor zover deze beslissingen of verrichtingen een onrechtmatig financieel nadeel hebben bezorgd aan de vennootschap ten voordele van een vennootschap van de groep.

De aansprakelijkheden in het kader van de belangenconflictenregeling zijn ook van toepassing op de leden van de directieraad van een NV die hebben verzuimd een beslissing of een verrichting door te verwijzen naar de raad van toezicht, zoals opgelegd door artikel 7:117 WvV.

In de praktijk zal de rechterlijke toetsing van het doen of nalaten van een bestuurder strenger zijn indien de bestuurder een belang heeft of vertegenwoordigt dat tegengesteld is aan het vennootschapsbelang, zelfs indien de belangenconflictenregeling formeel niet van toepassing is of correct is nageleefd.

- (129) **Wie stelt vordering in? Verplichte tussenkomst AV.** Het WvV stelt net zoals voorheen het W.Venn. een beslissing van de algemene vergadering (AV) verplicht, alvorens het bestuursorgaan van een BV, CV of NV zittende of voormalige bestuurders in rechte kan aanspreken voor hun interne aansprakelijkheid (art. 5:103, 6:88 en 7:156 WvV). De AV kan beslissen de uitoefening van deze *actio mandati* toe te vertrouwen aan een bijzondere lasthebber.

Het Hof van Cassatie diende hieraan te herinneren in een arrest van 25 september 2003: Een NV die een bestuurder in rechte aanspreekt zonder beslissing van de AV treedt onbevoegd op, aangezien de AV exclusief bevoegd is om te beslissen de *actio mandati* in te stellen. Omdat het hier een wettelijke bevoegdheidsbeperking van de raad van bestuur betreft, heeft deze exclusieve bevoegdheid externe werking: deze beperking kan zowel door als tegen de vennootschap worden ingeroepen. Zoals bekend zijn louter statutaire beperkingen aan de bevoegdheid van de raad van bestuur daarentegen niet tegenwerpelijk door of tegen de vennootschap (art. 7:93, § 1, al. 2 WvV).

Hierbij past wel een belangrijke kanttekening. Indien de vennootschap door een advocaat wordt vertegenwoordigd, wordt er vermoed dat de AV een geldige beslissing heeft genomen, totdat de verwerende bestuurder

of zaakvoerder hiervan het tegenbewijs levert. Dit volgt uit de interpretatie die het Hof van Cassatie geeft aan het “vermoeden van mandaat” van art 440, al. 2 Ger.W. bij de advocaat die optreedt namens een rechtspersoon, en daarbij enkel vermeldt op te treden namens een regelmatig geïdentificeerde rechtspersoon. In dit geval volgt uit vaste rechtspraak dat de advocaat vermoed wordt zijn opdracht te hebben gekregen van een bevoegd orgaan van de rechtspersoon. De aangesproken bestuurder of zaakvoerder kan dan ook geen overlegging vragen van stukken waaruit een geldige beslissing van de AV blijkt.

Het vereiste van een beslissing door de AV geldt enkel voor een *actio mandati* ingesteld vóór ontbinding of faillissement. Na ontbinding of vereffening zijn de vereffenaar of de curator bevoegd voor het instellen van de *actio mandati*, zonder dat een beslissing van de AV is vereist.

(130) **Verplichte tussenkomst AV: toepassingsgebied.** Een beslissing van de AV is vereist voor vorderingen tegen bestuurders, vereffenaars en commissarissen:

- Deze verplichting geldt voor vorderingen tegen zowel zittende als gewezen mandatarissen.
- De vordering tegen de vaste vertegenwoordiger door de bestuurde vennootschap is aan dezelfde voorwaarden onderworpen als die tegen de bestuurder-rechtspersoon; een beslissing van de AV is dus vereist (M. Wauters, "De bestuurder-rechtspersoon en zijn vaste vertegenwoordiger", in *Nieuw vennootschapsrecht 2002. Wet Corporate Governance*, Biblo, 2003, 86, nr. 77).
- Voor de leden van het dagelijks bestuur is een beslissing door de AV dan weer niet nodig; het bestuursorgaan dat het orgaan van dagelijks bestuur heeft aangesteld kan zelf beslissen om de dagelijks bestuurder in rechte aan te spreken.
- In een NV met duaal bestuur beslist de raad van toezicht of tegen de leden van de directieraad een vennootschapsvordering wordt ingesteld. Niettegenstaande artikel 7:110, tweede lid, is de raad van toezicht bevoegd om al het nodige te doen om namens de vennootschap deze vennootschapsvordering in te stellen.
- Een aansprakelijkheidsvordering tegen een “feitelijke bestuurder” kan volgens de normale regels van bestuur en vertegenwoordiging worden ingesteld, zonder dat een beslissing van de AV is vereist. De “feitelijke bestuurder” staat immers per definitie niet in een bestuursverhouding met de vennootschap, zodat het bijzonder stelsel voor organen niet van toepassing is.
- Een beslissing van de AV is evenmin vereist voor een vordering tegen een derde, die "medeplichtigheid" aan een bestuursfout wordt verweten.

De beslissing van de AV is enkel vereist voor het afdwingen in rechte van de aansprakelijkheid van het orgaan t.a.v. de vennootschap, zowel in het geval van contractuele als van buitencontractuele aansprakelijkheid:

- Een vordering met een andere oorsprong dan de bestuurstaak is niet onderworpen aan het bijzonder stelsel. Denk aan een bestuurder die als klant de vennootschap een som verschuldigd is.
- Ook de eventuele regresvordering tegen een orgaan van een rechtspersoon, die zelf door een derde uit onrechtmatige daad is aangesproken, vereist een beslissing van de AV.
- Hetzelfde geldt voor een aansprakelijkheidsvordering die de vennootschap als burgerlijke partij instelt voor de strafrechter tegen een bestuurder. Een voorbeeld hiervan is de burgerlijke partijstelling voor misbruik van vennootschapsgoederen. Een gewone klacht zonder eis tot schadevergoeding vereist uiteraard geen beslissing van de AV.

(131) **Verzuim: mogelijkheid van bekrachtiging.** Het Hof van Cassatie kreeg in het arrest van 25 september 2003 niet de kans zich uit te spreken over de mogelijkheid en de voorwaarden van een bekrachtiging van een zonder machtiging van de AV ingestelde of gelaste *actio mandati*.

Bekrachtiging van proceshandelingen is principieel mogelijk, ook nadat de vordering reeds is ingesteld.

Het arrest *a quo* van het Hof van Beroep van Antwerpen oordeelde hier ten onrechte anders over, met als argument dat de hoedanigheid van een partij beoordeeld moet worden op het ogenblik van het instellen van de vordering (Antwerpen 1 maart 1999, *TRV* 2000, (181) 182). Het behoort echter tot het kenmerk van een geldige bekrachtiging dat deze terugwerkt tot op het ogenblik dat de vertegenwoordigingshandeling werd gesteld, *in casu* het instellen van de vordering.

Deze bekrachtiging moet gebeuren:

- door het bevoegde orgaan;
- binnen de oorspronkelijke verjaringstermijn van de *actio mandati*; en
- vóór er een vonnis is over de ontvankelijkheid van de vordering.

Bekrachtiging is ook nog mogelijk nadat de tegenpartij tijdens het geding de afwezigheid van een beslissing van de AV heeft opgeworpen, al moet de bekrachtiging dan binnen een redelijke termijn gebeuren (in de praktijk: vóór het sluiten van de debatten).

(132) **Wie stelt vordering in? "Minderheidsvordering".** Sinds 1991 heeft in de NV, BV en CV de algemene vergadering niet langer het monopolie om de aansprakelijkheidsvordering tegen bestuurders op grond van hun interne aansprakelijkheid op gang te trekken. Ook een aandeelhouder kan voor rekening van de vennootschap de bestuurders aanspreken via de minderheidsvordering (art. 5:104, 6:89 en 7:157 WvV).

- Aandeelhouders die de kwijting hebben goedgekeurd kunnen de minderheidsvordering niet meer instellen, tenzij die kwijting ‘op een ongeldige wijze’ is goedgekeurd.

Het doel van deze voorwaarde is te voorkomen dat een aandeelhouder de kwijting goedkeurt en daarna opportunistisch terugkomt op het eerder comfort dat aan de bestuurders werd gegeven. We zien het goedkeuren van de kwijting dan ook als een exceptie die de verwerende bestuurder kan inroepen tegen een eisende aandeelhouder.

Uit deze voorwaarde mag o.i. niet worden afgeleid dat de aandeelhouders moeten wachten tot een stemming over de kwijting m.b.t. de aangevoerde fouten alvorens ze een minderheidsvordering kunnen instellen. Dit is een onzinnige interpretatie. Vóór de goedkeuring van een kwijting kan er van deze exceptie geen sprake zijn.

De ‘ongeldigheid’ van de kwijting moet zo begrepen worden dat de kwijting geen exceptie vormt indien de minderheidsvordering betrekking heeft op fouten die niet gedekt worden door de kwijting (bv. omdat de jaarrekening geen getrouw beeld gaf of omdat het overtrede van het WvV of de statuten betreft die niet bepaaldelijk werden opgenomen in de uitnodiging tot de AV). Indien de verwerende bestuurder inroept dat de eisende aandeelhouder de kwijting heeft aangetoond, dient die laatste aan te tonen dat de aangevoerde fouten niet onder die kwijting vallen. Het is opnieuw onzinnig om te eisen dat de eisende aandeelhouders in een aparte procedure de ‘nietigheid’ zouden vragen van die kwijting.

- De aandeelhouder dient verder alleen of in groep op de dag waarop de algemene vergadering zich uitspreekt over de kwijting effecten te bezitten die tenminste 1% van de stemmen (NV) of 10% van de uitgegeven aandelen (BV en CV) vertegenwoordigen. In de NV volstaat het ook als de eisers op

diezelfde dag effecten bezitten met een kapitaalvertegenwoordigende waarde van ten minste 1.250.000 €. De peildatum hiervoor is de dag waarop de algemene vergadering zich uitspreekt over de kwijting.

Hiervoor verdedigden we dat ook vóór die dag de minderheidsvordering kan worden ingesteld. In dat geval is het de dag van het instellen van de vordering die relevante peildatum is (per de gemeenrechtelijke regels van procesrecht over hoedanigheid).

Merk op dat voor de NV een breukdeel van het totaal aantal stemmen relevant is, terwijl voor BV en CV een breukdeel van het totaal aantal uitgegeven aandelen telt. Nu ook in BV en CV inbreng, aandeel en stemrecht in zeer verregaande mate kunnen worden losgekoppeld, kan men zich de vraag stellen of een breukdeel van het aantal aandelen wel een relevante graadmeter is. Dit lijkt een overblijfsel van het oude recht voor de BVBA, waar maar één soort aandelen kon worden uitgegeven en elk aandeel één stem had. Dit probleem stelt zich doorheen het WVV.

De houders van certificaten hebben geen recht om de minderheidsvordering in te stellen, ook niet wanneer de certificaten zijn uitgegeven met medewerking van de vennootschap; dit recht komt toe aan het administratiekantoor.

- Ondanks haar naam is de minderheidsvordering niet voorbehouden voor minderheidsaandeelhouders, een begrip dat overigens niet gedefinieerd is in het WVV. De wetgever gaat er gewoon van uit dat wie tegen de kwijting stemt tot de minderheid behoort. Dit is echter geen aparte toepassingsvoorwaarde.

Een vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Kortrijk was het gevolg van wederzijdse minderheidsvorderingen van twee aandeelhouders-bestuurders met elk 50% van de stemmen (Kh. Kortrijk 19 februari 2003, *TRV* 2003, 417, noot J. Vananroye, “De minderheidsvordering: onterecht onbebind?”).

- Naar heersende mening kan de minderheidsvordering na faillissement niet meer worden ingesteld (zie de verwijzingen bij F. Helsen, “Het actief van het faillissement: de aansprakelijkheid tegen bestuurders/zaakvoerders na discontinuïteit” in *Faillissement & Reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, losbl., 2017, (II.G.20-1) II.G.20-13.). Zelfs indien de aandeelhouder met succes een minderheidsvordering zou kunnen instellen, is de kans klein dat er nog wat overblijft voor de aandeelhouders nadat alle schuldeisers zijn bedeed.

- (133) **Minderheidsvordering is “afgeleide vordering”.** De aandeelhouders oefenen de *actio mandati* uit voor rekening van de vennootschap. Een eventuele schadevergoeding komt dan ook aan de vennootschap toe. Excepties tegen de vennootschap belemmeren ook de minderheidsvordering.

Een belangrijke uitzondering hierop is dat de, zelfs geldige, kwijting geen weer vormt tegen een minderheidsvordering. Zoals hierboven aangegeven kan de minderheidsvordering echter niet worden ingesteld door een aandeelhouder die de betrokken bestuurder kwijting heeft gegeven, behoudens wanneer de ongeldigheid van de kwijting kan worden aangetoond.

De minderheidsvordering kan enkel worden ingesteld tegen bestuurders en leden van de raad van toezicht, al moet daar ook de vaste vertegenwoordiger van een rechtspersoon-bestuurder onder worden begrepen.

De aansprakelijkheidsvorderingen tegen leden van het dagelijks bestuur of de directieraad kunnen niet d.m.v. de minderheidsvordering worden ingesteld. Daarvoor is respectievelijk de raad van bestuur/directieraad of de raad van toezicht bevoegd.

- (134) **Individuele vorderingen van aandeelhouders.** Indien bestuursdaden schade veroorzaken aan de vennootschap, zullen aandeelhouders daar ook de weerslag van ondergaan in de waarde van hun aandelen. Toch heeft de aandeelhouder geen individuele vordering voor schade aan zijn aandelen die louter is afgeleid van de schade aan het vennootschapsvermogen.

De regels inzake afgeleide schade worden vaak gezien als een verbintenrechtelijk probleem, een vraag die te maken heeft met de aard van de schade (schade door weerkaatsing, reflexschade). Deze tweedimensionale verbintenrechtelijke benadering verleidt sommige auteurs ertoe om de regels inzake afgeleide schade voor aandeelhouders of collectieve schade voor schuldeisers te betwisten (in het bijzonder D. De Marez, *De afgeleide schade van aandeelhouders van een naamloze vennootschap*, proefschrift, KU Leuven, 2004; L. Cornelis, "Persoonlijk: over schade en de aansprakelijkheidsvordering van de curator" in *Liber amicorum Y. Merchiers*, Brugge, die Keure, 2002, 61 e.v.). Vooral bij afgeleide schade is enkele keren het argument gemaakt dat deze regel een toepassing is van de algemene verbintenrechtelijke regels inzake schade door weerkaatsing. Deze schade is enkel vergoedbaar op het ogenblik dat ze zeker wordt. Dit zou dan betekenen dat indien de afgeleide schade van de aandeelhouders zeker wordt – met name indien de rechtspersoon te kennen geeft geen

vergoeding te zullen vorderen – de aandeelhouders een eigen vorderingsrecht krijgen voor hun deel in de vennootschapsschade.

Een driedimensionale insolventierechtelijke benadering toont aan waarom dit onwenselijk is. Insolventierecht is, net als goederenrecht, altijd derdenrecht. Bekeken door een insolventierechtelijke lens, staan niet enkel de belangen van de schadelijder en de schadeveroorzaker op het spel, maar ook die van andere schuldeisers en aandeelhouders met een claim op de vennootschap. Een eigen aansprakelijkheidsvordering van de aandeelhouder voor afgeleide schade zou erop neerkomen dat een aandeelhouder een vennootschapsactief kan “privatiseren” en zo de normale rangorde kan doorbreken. Dit is onwenselijk omdat daardoor de aandeelhouder zou kunnen vóórsteken in de uitkeringsrij, zijn achterstelling aan de kant schuiven en een vennootschapsactief aan de schuldeisers onttrekken.

De regel inzake afgeleide schade kan daarom gezien worden als een klem op het vermogen van de vennootschap, niet erg verschillend van de regels inzake dividenden en andere uitkeringen in het vennootschapsrecht. De regel verplicht aandeelhouders om de vennootschapsvordering op het niveau van het vennootschapsvermogen af te wikkelen en daarmee de rechten van de vennootschapsschuldeisers te respecteren.

Ook schuldeisers kunnen een gelijkaardige patrimoniale reflexschade lijden doordat hun onderpand in waarde vermindert, waarvoor zij evenmin de bestuurders kunnen aanspreken (zie verder).

Een aandeelhouder heeft wel een eigen vorderingsrecht (voor eigen rekening) voor ‘persoonlijke schade’: dat is schade die een andere oorzaak heeft dan louter de waardevermindering van zijn aandelen ten gevolge van schade aan het vennootschapsvermogen. Het typische voorbeeld betreft net een aandeelhouder die aandelen heeft gekocht, of erop heeft ingeschreven, afgaande op valse financiële informatie (Cass. 26 januari 1922, *Pas.* 1922, I, 143).

Persoonlijke versus afgeleide schade betreft de aandeelhouders. Een gelijkaardig *distinguo* bestaat voor schuldeisers na faillissement en staat bekend als het onderscheid tussen individuele en collectieve schade. Schuldeisers hebben geen eigen schadevergoedingsaanspraak voor hun ‘aandeel’ in de collectieve schade: dat is schade die de boedel lijdt door een vermindering van het actief of een vermeerdering van het passief (Cass. 17 januari 2008, *Pas.* 2008, 130, *TBH* 2008, 321, noot.).

- (135) **Vennootschapsrechtelijk deskundigenonderzoek.** Ter voorbereiding of ondersteuning van een minderheidsvordering kunnen één of meer aandeelhouders die ten minste 10% vertegenwoordigen van het aantal uitgegeven aandelen in een BV of CV (ten minste 1% hebben van de stemmen of 1.250.000 € van het kapitaal in een NV), de aanstelling vorderen van deskundigen, indien er aanwijzingen zijn dat de belangen van de vennootschap op ernstige wijze in gevaar komen of dreigen te komen (art. 5:106, 6:91, 7:160 WV).

Het vennootschapsrechtelijk deskundigenonderzoek van art. 168 W.Venn. was geschreven als een procedure ten gronde. Het vennootschapsrechtelijk onderzoek in het WV verwijst daarentegen expliciet naar de procedure in kort geding. De nieuwe regels gaan daarmee terecht in tegen een bepaalde tendens in de rechtspraak over art. 168 W.Venn. om een vennootschapsrechtelijk deskundigenonderzoek in kort geding toe te staan zonder dat er voldaan is aan de wettelijke voorwaarden (zie kritisch over die tendens: J. Vananroye, “De vordering van een aandeelhouder tot aanstelling van een deskundige”, TRV 2001, 50-51).

De Memorie van Toelichting bij het WV (*Parl. St.* 2017-18, doc 54 3119/001, p. 166) maakt terecht ook duidelijk dat die wettelijke voorwaarden niet gelden als een aandeelhouder een gemeenrechtelijk deskundigenonderzoek vordert voor persoonlijke schade die hij beweert te lijden:

“Deze procedure tot de aanstelling van deskundigen staat er niet aan in de weg dat een of meer aandeelhouders die een eigen belang hebben als bedoeld in de artikelen 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek, bijvoorbeeld omdat zij een eigen schade hebben geleden die niet door alle aandeelhouders in verhouding tot hun aandelenbezit werd geleden ten gevolge van een aantasting van het vennootschapsvermogen, een deskundigenonderzoek voor de voorzitter zetelend in kort geding kunnen vorderen, indien de voorwaarden daartoe zijn vervuld. In dat geval gelden de hier bepaalde drempels niet.”

Zie eerder in die zin voor art. 168 W.Venn.: J. Vananroye, “De vordering van een aandeelhouder tot aanstelling van een deskundige”, TRV 2001, 52.

Zo’n gemeenrechtelijk deskundigenonderzoek zal in de regel een beperktere draagwijdte hebben dan een vennootschapsrechtelijk deskundigenonderzoek.

Het WV maakt het zeer duidelijk dat een vennootschapsrechtelijk deskundigenonderzoek in kort geding kan worden gevraagd. Die duidelijkheid doet echter de vraag rijzen of het deskundigenonderzoek nog wel

ten gronde kan worden gevorderd. Een letterlijke lezing van de artikels zou kunnen doen denken van niet: de verwijzing naar kort geding lijkt beperkend. Een vennootschapsrechtelijk deskundigenonderzoek moet in die lezing volgens de procedure in kort geding. De praktische relevantie daarvan is dat het dan ook nodig is om de urgentie aan te tonen.

Dit lijkt niet de bedoeling te zijn geweest van de wetgever van 2019. De memorie van toelichting (p. 166) stelt: “Voorts wordt de vordering mogelijk voor de voorzitter van de ondernemingsrechtbank, zetelend in kort geding. Algemeen werd aangenomen dat de procedure voor de gewone rechtbank, die in de artikelen 168 en 169 W.Venn. werd voorgeschreven, niet meer aan de hedendaagse behoeften van het bedrijfsleven beantwoordt en overigens is achterhaald door de evolutie van de rechtspraak van de voorzitters in kort geding.”

De nadruk ligt op het mogelijk maken van de procedure in kort geding, zonder een procedure ten gronde uit te sluiten. De bedoeling lijkt te zijn geweest om de eiser te faciliteren, zonder dat ergens blijkt dat de urgentie een bijkomende voorwaarde is. De wetgever had er beter aan gedaan om te bepalen dat de vordering **zoals** in kort geding kan worden ingesteld. Dan heb je de procedureregels van kort geding, zonder de vereiste van urgentie. Intussen kan aan dit punt tegemoet worden gekomen door de voorwaarde van urgentie coulant in te vullen. Men zou kunnen argumenteren dat de vereiste van “aanwijzingen dat de belangen van de vennootschap op ernstige wijze in gevaar komen of dreigen te komen” die geldt voor de gegrondheid van een vennootschapsrechtelijk deskundigenonderzoek *ipso facto* urgentie veronderstelt.

#### 4. Externe bestuursaansprakelijkheid

- (136) **Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.** Bestuurders die een onrechtmatige daad plegen t.a.v. derden zijn hiervoor aansprakelijk. Dat deze onrechtmatige daad eventueel ook aan de vennootschap wordt toegerekend betekent niet dat de bestuurders van aansprakelijkheid worden ontheven.

Externe bestuursaansprakelijkheid kan bestaan in een onrechtmatige daad die ieder rechtssubject kan plegen maar die ‘toevallig’ door een bestuurder tijdens de uitoefening van zijn taak wordt gepleegd (gemeenschappelijke externe bestuursaansprakelijkheid), als in een onrechtmatige daad die enkel door een bestuurder kan worden gepleegd (functionele aansprakelijkheid). Voorbeelden van dat laatste zijn de bestuurder die de alarmprocedure niet naleeft, de jaarrekening te laat neerlegt of aan

*wrongful trading* doet. Voorbeelden van gemeenrechtelijke aansprakelijkheid zijn de bestuurder die milieuovertredingen begaat of door onzorgvuldigheden schade veroorzaakt.

De regels van de *actio mandati* zijn niet van toepassing op vorderingen op grond van de externe aansprakelijkheid van bestuurders. Voor de externe aansprakelijkheid geldt wel het bijzondere regime voor overtredingen van het WVV of de statuten.

Ook aandeelhouders kunnen een vordering uit onrechtmatige daad hebben tegen bestuurders voor schade die niet louter bestaat in de waardevermindering van hun aandelen t.g.v. een bestuursfout. Dit is bv. het geval voor een aandeelhouder die zijn aandelen aan een te hoge prijs heeft gekocht, afgaande op een verkeerde balans.

- (137) **Immunité als uitvoeringsagent t.a.v. contractuele schuldeisers.** Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 7 november 1997 de leer van de quasi-immunité van de uitvoeringsagent van toepassing verklaard op bestuurders van vennootschappen en hiermee een extra rem op hun externe aansprakelijkheid geplaatst (Cass. 7 november 1997, TRV 1998, 284, noot I. Claeys, RCJB 1999, noot V. Simonart).

De toepassing van de leer van de uitvoeringsagent op het bestuursorgaan van een vennootschap impliceert dat een orgaan, net zoals een aangestelde of een zelfstandige agent, dat een contractuele verbintenis van de vennootschap uitvoert, zelf niet buitencontractueel aansprakelijk kan worden gesteld, tenzij:

- hem een schending kan worden aangewreven van een algemene zorgvuldigheidsplicht (en niet louter van de contractuele verbintenis); en
- deze fout een andere schade heeft veroorzaakt dan deze die aan de slechte uitvoering van het contract te wijten is.

Praktisch zal dit enkel het geval zijn indien het gedrag van het uitvoeringsorgaan ook strafrechtelijk wordt gesanctioneerd.

Belangrijk: deze quasi-immunité is beperkt tot derden die een contractuele relatie hebben met de vennootschap en die de bestuurder willen aanspreken voor een foutieve uitvoering door de vennootschap van haar contractuele verbintenissen.

De immuniteit van de uitvoeringsagent heeft een sterkte allocatieve functie, die vooral relevant wordt bij de insolventie van de opdrachtgever (de bestuurde vennootschap) van de uitvoeringsagent (bestuurder). De regel alloceert goederen en verbintenissen aan de betrokken partijen (E. Dirix, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, 1984, 271, nr. 359.). De regel van de immuniteit van de uitvoeringsagent brengt mee dat de schuldeisers van de vennootschap enkel een schuldvordering zullen kunnen indienen in het faillissement van de vennootschap. Het ligt op de weg van de curator om eventueel de bestuurder aan te spreken. Indien dit met succes gebeurt, zal de vennootschapsschuldeiser eventueel daarin delen, op voorwaarde dat die aan bod komt volgens zijn rang in de boedel. Wat níét kan, is dat de schuldeiser de samenloop omzeilt door een eigen vordering tegen de bestuurder zelf in te stellen. Wie vrijwillig een contractueel risico opneemt, kan dit later niet via een onrechtmatige-daadvordering afwentelen. Deze ratio geeft ook de grens aan van de immuniteit van de uitvoeringsagent. Deze immuniteit van de uitvoeringsagent geldt enkel ten aanzien van contractuele schuldeisers van de organisatie, niet voor andere, onvrijwillige, schuldeisers (I. Claeys, “Het bestuursorgaan als uitvoeringsagent: een verregaande beperking van aansprakelijkheid?”, TRV 1998, 288, nr. 9.). Zij hebben immers niet noodzakelijk kunnen kiezen om enkel een vordering op de organisatie te hebben.

De sterke insolventierechtelijke verantwoording van de immuniteit van de uitvoeringsagent belet niet dat deze regel aan een zijden draadje hangt. De Memorie van toelichting van het voorontwerp van wet houdende invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het nieuw Burgerlijk Wetboek (p. 32) stelt:

“Het voorontwerp neemt afstand van de hiervoor besproken rechtspraak die het voor een contractpartij in de regel onmogelijk maakt om een buitencontractuele vordering in te stellen tegen een hulp-persoon van een medecontractant. Zij kunnen voortaan dus ook buitencontractueel aangesproken worden door de benadeelde medecontractant van hun opdrachtgever. In dit verband moet er echter op gewezen worden dat hulppersonen zich op grond van art. 5.92, § 2, van deze titel zullen kunnen beroepen op de eventuele beperkingsbepalingen in de hoofdovereenkomst: ‘Doet de schuldenaar voor de nakoming van het contract een beroep op hulppersonen, dan kunnen zij tegen de hoofdschuldeiser het bevrijdingsbeding inroepen dat is overeengekomen tussen hem en de schuldenaar.’”

Deze hervorming van het BW zou een spectaculaire uitbreiding van de externe bestuursaansprakelijkheid vormen. Eentje die bovendien vrijwillige schuldeisers toelaat om de samenloop te ondermijnen.

- (138) **Precontractuele fouten.** Traditioneel leert men dat de schadevergoeding voor een precontractuele fout op buitencontractuele grondslag moet worden gevorderd. De fout is immers niet begaan bij de uitvoering van de overeenkomst. Men nam dan ook aan dat de leer van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent geen toepassing kon vinden bij precontractuele aansprakelijkheid. Toegepast op de bestuurder betekent dit dat de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent er niet aan in de weg staat dat de bestuurder op buitencontractuele grondslag wordt aangesproken voor de precontractuele fout die door zijn toedoen is begaan naar aanleiding van de totstandkoming van een overeenkomst die hij in naam van de vennootschap heeft gesloten.

Een cassatiearrest van 16 februari 2001 (RW 2002-03, 340, *TBH* 2002, 703, noot C. Geys) verwierp deze klassieke oplossing, stellende:

"dat als een orgaan van een vennootschap of een lasthebber in de uitvoering van zijn mandaat bij besprekingen die tot een overeenkomst hebben geleid een fout begaat die geen misdrijf uitmaakt, die fout niet de bestuurder of de mandataris tot vergoeding verplicht, maar wel de vennootschap of de lastgever."

De juiste draagwijdte van deze uitspraak was erg omstreken. Een later arrest maakte evenwel een einde aan deze discussie. Op 20 juni 2005 (*JLMB* 2005, 1199, met andersluidende conclusie J.F. Leclercq, *TBH* 2006, 418, *RPS* 2005, 183, *TBBR* 2005, 473) kwam het Hof van Cassatie terug op zijn eerder arrest zodat de rechtspraak opnieuw aansluiting vindt bij de klassieke regels. Het Hof oordeelde dat:

"si la faute commise par l'organe d'une société au cours de négociations préalables à la conclusion d'un contrat engage la responsabilité directe de cette personne morale, cette responsabilité n'exclut pas, en règle, la responsabilité personnelle de l'organe mais coexiste avec celle-ci"

De bestuurder (of enige andere vertegenwoordiger van de vennootschap – voorbehoud gemaakt voor de toepassing van art. 18 WAO) die een precontractuele fout begaat zal daarvoor zelf aansprakelijk zijn, in de regel samen met de vennootschap. Het klassieke voorbeeld is de bestuurder die met bedrog een schuldeiser doet contracteren met de vennootschap.

De immuniteit van de *uitvoeringsagent* geldt voor het uitvoeren van overeenkomsten, niet voor het *aangaan* van overeenkomsten. Het is verantwoord dat de aanspraak van de schuldeiser hier niet beperkt is tot de vennootschap zelf. De schuldeiser is weliswaar vrijwillig, maar net o.w.v. de precontractuele fout is zijn wilsvorming gebrekkig gebeurd.

- (139) **"Toerekening van onrechtmatige daden aan bestuurders"**. Elke onrechtmatige daad van een orgaan verricht binnen zijn bevoegdheid geldt als een onrechtmatige daad van de rechtspersoon; het omgekeerde is echter niet noodzakelijk waar. Bestuurders of zaakvoerders zijn niet automatisch aansprakelijk voor elke overtreding door de vennootschap van een wettelijke of reglementaire regel.

Bestuurders zijn slechts aansprakelijk voor de onrechtmatige daad van de vennootschap indien die hen feitelijk en moreel kan worden toegerekend.

Bestuurders of zaakvoerder zijn enkel uit onrechtmatige daad aansprakelijk t.a.v. derden bij schending van verplichtingen (volgend uit een specifieke regel of de algemene zorgvuldigheidsplicht) die persoonlijk op hen rusten (zie I. Corbisier, "Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu'a connus le droit de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale", *RPS* 1994, 81).

De beoordeling van de onrechtmatigheid op het niveau van de rechtspersoon en op het niveau van de bestuurder kan anders gebeuren. Niet elke specifieke regel die op de rechtspersoon rust, zal ook vanuit het standpunt van de bestuurder een specifieke regel zijn. Dit geldt met name voor aansprakelijkheidsgronden die een bepaalde hoedanigheid veronderstellen die de rechtspersoon wel heeft, maar de bestuurder niet (bv. plichtig zijn om de vennootschap te betalen, werkgever zijn, een bepaalde activiteit voeren, ...). Bij schending van zo'n specifieke regel zal de vennootschap automatisch aansprakelijk zijn, terwijl voor de bestuurder zal moeten worden aangetoond dat hij de algemene zorgvuldigheidsplicht heeft geschonden. Zie hierna nr. (148) voor een voorbeeld bij een laattijdige aanvraag van het faillissement.

Dat het WWV 'marginale toetsing' ook van toepassing lijkt te maken op externe bestuursaansprakelijkheid (zie hoger nr. (119)), lijkt te bevestigen dat beide aansprakelijkheden autonoom moeten worden beoordeeld.

Dit is het spiegelbeeld van toerekening van onrechtmatige daden aan de rechtspersoon, besproken in hoofdstuk [5] §4, in het bijzonder nr. (112). Doordat we niet elke aansprakelijkheid afleiden van een fout van een natuurlijk persoon, bestaat ook de ruimte om de aansprakelijkheid van bestuurder en rechtspersoon op een andere wijze te beoordelen.

- (140) **Kan een bestuurder bewust de rechtspersoon een onrechtmatige daad laten plegen zonder zelf automatisch aansprakelijk te zijn?** De lakmoesproef van de

afzonderlijke beoordeling van de rechtmatigheid van rechtspersoon en bestuurder is deze: zijn er gevallen waar de bestuurder bewust de rechtspersoon een specifieke regel laat schenden, en toch niet *ipso facto* zelf aansprakelijk is?

Het antwoord hierop is positief. Zelfs bij de bijzondere aansprakelijkheidsgronden voor het niet of laattijdig doorstorten van bedrijfsvoorheffing (art. 442 *quater* W.I.B.) of BTW (art. 93 *undecies* C BTW-Wetboek) wordt aangenomen dat er gevallen zijn waarin een bestuurder dit verzuimt te doen en niet aansprakelijk is. Een makkelijk voorbeeld hiervan is een nieuwe bestuurder, die dit niet kan doen o.w.v. financiële problemen waaraan hij geen schuld heeft. Een moeilijker voorbeeld is een bestuurder die de doorstorting uitstelt om voorrang te geven aan schuldeisers die noodzakelijk zijn voor de continuïteit van de vennootschap.

### 5. Bestuursaansprakelijkheid na faillissement

- (141) **Overzicht.** Na faillissement blijven de bovenvermelde aansprakelijkheidsgronden gelden. De interne aansprakelijkheidsvordering door de vennootschap wordt dan uitgeoefend door de curator (die een van de aandeelhouders en bestuurders onafhankelijke persoon is). De curator heeft geen machtiging nodig van de algemene vergadering voor het instellen van de *actio mandati*. Derden zullen vooral na faillissement hun externe aansprakelijkheidsvordering “ontdekken”: ze geven dan immers de hoop op dat de vennootschap zelf haar schuld zal nakomen en gaan op zoek naar andere aansprakelijke personen.

Een hele polemiek is ontstaan rond de vraag of alleen maar de curator dan wel ook de individuele schuldeisers na faillissement een gewone aansprakelijkheidsvordering kunnen inleiden tegen de bestuurders (zie o.a. het Unac-arrest: Cass. 12 februari 1981, *RCJB* 1983, 29 e.v., en latere arresten). Er is in elk geval eenstemmigheid over het feit dat alleen de boedel kan vorderen in de mate waarin de schuldeisers enkel collectieve schade lijden, d.w.z. schade die geen andere oorzaak heeft dan de vermindering van het vermogen van de rechtspersoon door een vermindering van de activa of een vermeerdering van de passiva.

De vordering wegens collectieve schade betreft ‘boedelschade’: de boedel kan hier schade vorderen die de gefailleerde zelf buiten faillissement niet zou kunnen vorderen. Traditioneel kon enkel de curator namens de boedel optreden. Voor de aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout (art. XX.225 WER) bestaat sinds 2018 ook de mogelijkheid voor een schuldeiser om voor rekening van de boedel te vorderen (‘afgeleide boedelvordering’).

Na het faillissement komen er ook bijzondere faillissementsaansprakelijkheden die boedelschade betreffen: de aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout (art. XX.225 WER), wegens herhaaldelijk onbetaalde RSZ-schulden (art. XX.226 en de aansprakelijkheid wegens het kennelijk onredelijk verderzetten van de activiteit ('*wrongful trading*', art. XX.227 WER). De aansprakelijkheid van art. XX.226 is ook een individuele vorm van faillissementsaansprakelijkheid t.a.v. de RSZ (zie wel de eigenaardige laatste zin van art. XX.226).

Hoewel de aansprakelijkheid van bestuurders wegens niet-naleven van de alarmbelprocedure theoretisch niet is beperkt tot de hypothese van het faillissement, komt deze aansprakelijkheid vooral dan in het gedrang. Deze aansprakelijkheidsgrond, die gezien kan worden als een bijzonder geval van het kennelijk onredelijk verzetten van de activiteit, wordt hier dan ook bij de faillissementsaansprakelijkheden besproken.

We bespreken eerst de gronden van faillissementsaansprakelijkheid, om vervolgens de vorderingsrechten van de boedel en de schuldeisers te bespreken. Bij dit laatste hoofdstuk wordt ook de 'afgeleide boedelvordering' van art. XX.225 bij de aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout besproken.

#### **a. Enkele gronden van bijzondere faillissementsaansprakelijkheid**

(142) **Art. XX.225 WER (kennelijk grove fout): verschil met *actio mandati*.** Deze bijzondere faillissementsaansprakelijkheid stond tot 1 mei 2018 voor de in art. 265, 409 en 530 W.Venn. en verhuisden per 1 mei 2018 naar art. XX.225-226 WER. Daarmee werd ook het toepassingsgebied uitgebreid tot alle ondernemingen (met uitzondering van natuurlijke personen).

Op grond hiervan kunnen bestuurders persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk worden verklaard voor het geheel of een deel van de schulden van de onderneming ten belope van het tekort, indien komt vast te staan dat een door hen begane, kennelijk grove fout heeft bijgedragen tot het faillissement.

De aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout wijkt op enkele punten fundamenteel af van de gemeenrechtelijke interne aansprakelijkheid:

- Vooreerst kan er enkel gevorderd worden na het faillissement van de vennootschap. Verder dient er een grove fout te worden bewezen die heeft bijgedragen tot het faillissement. Klassiek wordt dit omschreven als een overtreding van een norm die belangrijk, zo niet essentieel is voor de handhaving

en het bestaan van de vennootschap. Daar staat tegenover dat er geen causaal verband tussen de fout en de schade dient te worden aangetoond.

- Kenmerkend is eveneens dat de schadevergoedingsaanspraak is beperkt tot het nettopassief, waar normalerwijze een bestuurder aansprakelijk kan worden gesteld voor elke schade ten gevolge van een fout ongeacht de vermogenstoestand van de vennootschap. De rechter heeft een discretionaire bevoegdheid om de bestuurders te veroordelen tot het geheel of slechts een gedeelte van het nettopassief.
- Het “bijdragen tot het faillissement” is daarbij een lichtere voorwaarde dan het klassieke causaal verband.
- De kwijting is niet tegenwerpelijk bij deze vordering.

Door de hoge drempel en omwille van de rechterlijke discretionaire bevoegdheid, kan het voor de curator interessant zijn om naast deze vordering ook een *actio mandati* in te stellen.

Zie verder nr. (158) - (160) voor de bijzondere regels voor de vorderingsbevoegdheid en de verdeling van de opbrengsten bij deze aansprakelijkheidsgrond.

(143) **Art. XX.225 WER (kennelijk grove fout): feitelijke bestuurders, in het bijzonder de controlerende aandeelhouder.** Deze bijzondere faillissementsaansprakelijkheid geldt ook voor feitelijke bestuurders. De feitelijke bestuurder werd bij deze aansprakelijkheidsgrond voor het eerst vermeld. Intussen staat de feitelijke bestuurder ook bij de andere faillissementsaansprakelijkheden van Boek XX en in Boek 2 WVV (vooral om ook de kwantitatieve aansprakelijkheidsbeperking op de feitelijke bestuurder van toepassing te verklaren).

De rechtsleer focust daarbij gebruikelijk nogal op wat een feitelijke bestuurder is. Deze hoedanigheid veronderstelt dat de betrokkene “in volle onafhankelijkheid positieve daden van bestuur kan stellen.” Dat lijkt ons geen nuttige manier om deze aansprakelijkheidsgrond te benaderen. Wie een kennelijk grove fout pleegt die het faillissement van een vennootschap veroorzaakt, zal in ieder geval aansprakelijk zijn, ongeacht of die schadeveroorzaker feitelijke bestuurder, insider of complete buitenstaander is.

We begrijpen deze aansprakelijkheidsgrond dan ook als volgt. Als een insider met controle over de rechtspersoon schade veroorzaakt, dan zal zijn aansprakelijkheid groter zijn dan die voor een schadeveroorzaker *at arm's length*. Onrechtmatige handelingen zijn immers periculieuzer als de schade wordt veroorzaakt

door een controlerende insider. Deze schadeveroorzaker kan immers verhinderen dat het slachtoffer – de rechtspersoon – normale remedies gebruikt en heeft de tijd en de opportuniteit om de sporen van zijn onrechtmatig handelen te verbergen. Bijgevolg leiden de gewone regels inzake aansprakelijkheid en herstel hier niet tot de gewenste afschrikking.

Dit brengt ons bij wat art. XX.225 WER onderscheidt: de rechter heeft bij de bijzondere faillissementsaansprakelijkheid de volledige discretie om een bestuurder of feitelijke bestuurder aansprakelijk te houden voor het geheel of een deel van het nettoactief, zonder zich zorgen te moeten maken over de normale regels inzake causaliteit. Gecamoufleerd als een bewijsregel, schuilt hier een lokale variëteit van de *punitive damages*.

Tegelijk leert art XX.225 dat voor wie niet formeel bestuurder is, waaronder aandeelhouders, de lat hoog ligt voor aansprakelijkheid.

Aandeelhouders hebben in beginsel geen andere positieve verplichting dan de inbreng, waarop ze hebben ingeschreven, te volstorten. Dit gaat zelfs zo ver dat bij de concretisering van de ‘bonus pater familias’ norm bij de beoordeling van aansprakelijkheid van aandeelhouders geen rekening wordt gehouden met de omstandigheid dat iemand aandeelhouder is, zelfs niet als deze een controlerende participatie heeft. Het aandeelhouderschap brengt geen bijzondere zorgplichten met zich mee t.a.v. outsiders, behalve enkele uitdrukkelijke wettelijke verplichtingen. Deze misschien verrassende regel, die afwijkt van een te verwachten toepassing van artikel 1382 BW, staat als dusdanig nergens expliciet geschreven in de rechtsleer of rechterlijke uitspraken, maar geeft ons inziens wel het positieve recht weer.

Dit alles betekent uiteraard niet dat een aandeelhouder nooit aansprakelijk is t.a.v. de vennootschap, maar de norm voor de aandeelhouder is niet zwaarder dan die voor buitenstaanders. Als de aandeelhouder (of een andere insider met controle) echter fouten begaat, zal de sanctionering op grond van art. XX.225 strenger kunnen gebeuren dan bij outsiders.

(144) **Art. XX.225 WER (kennelijk grove fout): uitzondering voor “kleine” onderneming.** Deze aansprakelijkheidsgrond is niet van toepassing:

- wanneer de gefailleerde onderneming over de drie boekjaren voor het faillissement, of, indien de onderneming sedert minder dan drie jaar is opgericht, alle boekjaren voor het faillissement, een gemiddelde omzet van minder dan 620 000 euro, buiten de belasting over de toegevoegde waarde, heeft verwezenlijkt en wanneer het totaal van de balans bij het einde van het laatste boekjaar niet hoger was dan 370 000 euro;

- of wanneer het een VZW, IVZW of stichting betreft die een vereenvoudigde boekhouding voert.

Het WER hernam hiermee mee de uitzondering voor kleine BVBA's en CVBA's uit het W.Venn. en vergrootte het toepassingsgebied tot alle ondernemingen, inclusief de NV.

De kring van uitzonderingen bij aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout is ruimer dan bij aansprakelijkheid voor *wrongful trading* (zie hierna nr. (147)). Dit is niet logisch. De standaarden voor aansprakelijkheid bij *wrongful trading* (“weten of behoren te weten” en “een normaal voorzichtig en zorgvuldig bestuurder in dezelfde omstandigheden”) zijn strenger dan de “kennelijk grove fout”. Geens & Laga beschrijven in hun “Overzicht van rechtspraak” uit 1993 een grove fout als “een verregaande, onvergeeflijke onzorgvuldigheid of lichtzinnigheid die aan het opzet grenst” (TPR 1993, 1067, nr. 156). En die fout moet dan ook nog eens “kennelijk” zijn. Het zou dan ook logischer zijn om een ruimere kring van uitzonderingen te voorzien bij de *wrongful trading*-aansprakelijkheid, die louter onzorgvuldigheid vereist, dan bij een aansprakelijkheid wegens een “kennelijk grove fout”, die toch tegen opzet en kwade trouw aanschurkt.

Het komt me zelfs voor dat het moeilijk te verantwoorden valt dat een “kennelijk grove fout” zonder gevolgen blijft bij kleine ondernemingen. Wordt het onvergeeflijke toch vergeeflijk omdat het in een kleine onderneming gebeurt? Voor een loutere onzorgvuldigheid ligt dat wellicht anders.

(145) **Art. XX.226 WER (onbetaalde RSZ).** Bestuurders kunnen t.a.v. de RSZ en de boedel hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor het geheel of een deel van alle op het ogenblik van de uitspraak van het faillissement verschuldigde sociale bijdragen (met inbegrip van de verwijlinteresten),

- indien zij, in de loop van de periode van vijf jaar voorafgaand aan de faillietverklaring, betrokken zijn geweest bij minstens twee faillissementen of vereffeningen van ondernemingen
- waarbij schulden ten aanzien van een inningsorganisme van de sociale zekerheidsbijdragen onbetaald zijn gebleven,
- voor zover zij bij die eerder failliet verklaarde of vereffende ondernemingen ten tijde van de faillietverklaring, ontbinding of aanvang van de vereffening tevens bestuurder, gewezen bestuurder, lid of gewezen lid van de directie-raad of van de raad van toezicht waren of ten aanzien van de zaken van de onderneming werkelijke bestuursbevoegdheid hadden of hebben gehad.

Dit moet begrepen worden als een vermoeden van fout, waarbij meteen ook boedelschade wordt verondersteld, zonder dat concrete schade of een oorzakelijk verband moet worden bewezen. Aangezien de trigger van dit vermoeden zelf niet noodzakelijk wijst op foutief gedrag, gaat dit aansprakelijkheidsvermoeden zeer ver. Dit wordt slechts gedeeltelijk gecompenseerd doordat dit een facultatieve aansprakelijkheidsgrond is, waarbij de rechtbank een discretionaire bevoegdheid heeft.

Ondanks het drastisch en objectief karakter van deze aansprakelijkheid achtte het Grondwettelijk Hof haar verenigbaar met het gelijkheidsbeginsel (Grondwettelijk Hof 17 september 2009, TRV 2010, 52).

- (146) **Wrongful trading (art. XX.227 WER).** Met art. XX.227 WER is er voor het eerst een expliciete wetsbepaling rond ‘*wrongful trading*’. Ook de invoering van deze aansprakelijkheidsgrond in het WER hangt samen met de verhuis van de bijzondere faillissementsaansprakelijkheid van het vennootschapsrecht naar het insolventierecht.

Indien bij faillissement van een onderneming de schulden de baten overtreffen, kunnen de bestuurders persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk worden verklaard voor het geheel of een deel van de schulden van de onderneming ten belope van het tekort jegens de boedel, indien:

- a) op een gegeven ogenblik voorafgaand aan het faillissement, de betrokken persoon wist of behoorde te weten dat er kennelijk geen redelijk vooruitzicht was om de onderneming of haar activiteiten te behouden en een faillissement te vermijden;
- b) de betrokken persoon op dat ogenblik één van de hierboven vermelde hoedanigheden had; en
- c) de betrokken persoon vanaf het ogenblik bedoeld in a) niet heeft gehandeld zoals een normaal voorzichtig en zorgvuldig bestuurder in dezelfde omstandigheden zou hebben gehandeld.

Met art. XX.227 krijgt *wrongful trading* voor het eerst in het Belgisch recht een specifieke wetsbepaling. De standaard van aansprakelijkheid in deze bepaling is duidelijk geïnspireerd op de *wrongful trading*-bepaling van Section 214 van de *Insolvency Act* in het Verenigd Koninkrijk (overigens zonder er een kopie van te zijn).

Dat betekent geenszins dat deze aansprakelijkheidsgrond een novum is in het Belgisch recht. Deze bestond reeds vóór de inwerkingtreding van Boek XX als een toepassing van de algemene buitencontractuele zorgvuldigheidsnorm van art. 1382 BW. De Memorie van Toelichting van de invoeringswet van Boek XX zegt over art. XX.227 WER : *“Deze bepaling herneemt en bevestigt de geldende rechtspraak inzake de aansprakelijkheid van bestuurders en feitelijke bestuurders die een reddeloos verloren onderneming verder voeren”*. Deze aansprakelijkheidsgrond werd regelmatig door rechtbanken toegepast.

Nieuw is dat de eiser geen concrete schade in oorzakelijk verband met de onredelijke verderzetting moet bewijzen. Zoals bij XX.225 heeft de rechter hier een discretionaire bevoegdheid om de bestuurder te veroordelen tot het nettopassief.

(147) **Art. XX.227 WER (wrongful trading): uitzondering voor “kleine” onderneming.** Deze aansprakelijkheidsgrond is niet van toepassing wanneer het een VZW, IVZW of stichting betreft die een vereenvoudigde boekhouding voert.

(148) **Verplichting om het faillissement aan te vragen.** Een onderneming die binnen het toepassingsgebied van Boek XX WER valt, is verplicht om binnen een maand nadat zij heeft opgehouden te betalen, daarvan aangifte te doen (art. XX.102 WER). De vraag rijst hier of de bestuurders of zaakvoerders van een rechtspersoon automatisch aansprakelijk zijn indien er geen aangifte wordt gedaan van het faillissement van de rechtspersoon binnen de wettelijke termijn.

Het Hof van Cassatie heeft onder de oude faillissementswetgeving in een reeks van drie arresten gesteld dat het niet aangeven van het faillissement binnen de drie dagen na de datum van staking van betaling niet automatisch een onrechtmatige daad in hoofde van de leden van de bestuursorganen vormt (zie K. Geens en H. Laga, "Vennootschappen. Overzicht van rechtspraak (1986-91)", *TPR* 1993, 1058, nr. 144). De bestuurder is pas aansprakelijk indien hij wist of had moeten weten dat de vennootschap zich in staat van faillissement bevond. Dit maakt van de aansprakelijkheid van de bestuurder voor de laattijdige indiening van het faillissement louter een toepassing van het meer algemene leerstuk van de aansprakelijkheid van een reddeloos verloren deficitaire activiteit.

Vele commentatoren hebben de genoemde cassatierechtspraak bekritiseerd omdat ze zou afwijken van de regel dat bij de schending van een specifieke norm de onrechtmatigheid van de gedraging wordt vermoed, tenzij de dader zelf aantoonde dat de overtreding te wijten is aan omstandigheden buiten zijn wil. Er werd hierbij gesuggereerd dat deze rechtspraak enkel te

verklaren viel doordat onder de oude wetgeving de verdachte periode bijna automatisch zes maanden vóór het faillissementsvonnis werd geplaatst (vgl. nu art. XX.105 WER) en de verplichting om het faillissement aan te vragen reeds gold na 3 dagen (nu: 1 maand) na de staking van betaling.

Deze rechtspraak is nochtans louter een toepassing van de regel dat een orgaan slechts aansprakelijk is voor een onrechtmatige daad van de vennootschap, indien die onrechtmatige daad hem kan worden toegerekend (zie hoger). De verplichting om het faillissement aan te vragen legt de wet op de rechtspersoon en is geen specifieke verplichting in hoofde van de bestuurders. Er dient daarom een 'sprong' te worden gemaakt van de rechtspersoon naar de natuurlijke persoon door kennis (weten) of nalatigheid (behoorde te weten) in zijn hoofde.

- (149) **Niet-naleving alarmbelprocedure.** Art. 5:153, 6:119 en 7:228 WvV leggen aan de bestuurders van een BV, CV en NV de verplichting op om de algemene vergadering samen te roepen volgens een bijzondere procedure om te besluiten over de ontbinding van de vennootschap, indien het nettoactief negatief dreigt te worden (in BV en CV) of indien ten gevolge van geleden verlies het nettoactief is gedaald tot minder dan de helft van het maatschappelijk kapitaal (NV).

Hetzelfde geldt in de BV en de CV wanneer het bestuursorgaan vaststelt dat het niet langer vaststaat dat de vennootschap, volgens redelijkerwijs te verwachten ontwikkelingen, in staat zal zijn om gedurende minstens de twaalf volgende maanden haar schulden te voldoen naarmate deze opeisbaar worden.

Er is geen goede reden waarom deze nieuwe grond niet geldt in de NV. De aanwezigheid van kapitaalbescherming heeft weinig uitstaans met liquiditeitsproblemen. Let wel: voortzetten bij voorzienbare liquiditeitsproblemen kan bij de NV wel tot aansprakelijkheid leiden op grond van art. XX.227 WER (net zoals dat het geval is in de BV en CV ondanks het naleven van de alarmbelprocedure).

Derden kunnen schade lijden door het verzuim de procedure na te leven, doordat ze een niet-verhaalbare vordering krijgen op de vennootschap die niet ontstaan zou zijn indien de vennootschap ontbonden was. Dit leidt tot externe schadevergoedingsaanspraken die ook na het faillissement van de vennootschap door individuele schuldeisers van de bestuurders kunnen worden gevorderd.

Daarnaast kan ook de vennootschap zelf schade lijden doordat haar nettopas-sief vergroot. Deze interne aansprakelijkheidsvordering kan na faillissement enkel door de curator worden ingesteld. In beide gevallen geldt de bijzondere solidaire aansprakelijkheid wegens overtreding van het WvV.

De alarmbelprocedure is oorspronkelijk uitgedacht om aandeelhouders te beschermen. De procedure gaf hen de mogelijkheid de stekker eruit te trekken op het ogenblik dat hun inbreng nog niet volledig was opgegeten door de schulden van de vennootschap. Dat deze procedure ook werd gebruikt om schuldeisers te beschermen is vooral een ontwikkeling van eind jaren '70 - begin jaren '80 van vorige eeuw. Bestuursaansprakelijkheid t.a.v. derden was toen niet algemeen aanvaard. Een gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsgrond wegens het kennelijk onredelijk verderzetten van een verlieslatende activiteit was omstreden; pas begin jaren '80 kreeg dit een voorzichtige (en nog lang betwiste) erkenning in de bekende *Unac*-zaak. Het niet-naleven van de alarmbelprocedure leek daarom een interessante haak om de bescherming van de schuldeisers aan vast te hangen.

Dat is het nochtans *niet*. Deze aansprakelijkheid reikt te ver: de loutere niet-naleving van een weinig zinvolle formaliteit vormt een genadeloze hakbijl voor de betrokken bestuurders. Dat is vooral nijpend in de BV en de CV waar het startpunt van de procedure ('dreigen negatief te worden') niet met zekerheid kan worden vastgesteld.

Moeilijk punt bij de aansprakelijkheidsstelling van de bestuurders is het causale verband tussen de schade en het verzuim om de algemene vergadering bijeen te roepen. Art. 5:153, §3, 6:119, §3 en art. 7:228 al. 5 WvV bevatten daarom de regel dat de schade door derden geleden vermoed wordt uit het ontbreken van de bijeenroeping voort te vloeien, behoudens tegenbewijs.

Meestal wordt het bewijs dat de algemene vergadering niet tot de ontbinding zou hebben besloten principieel uitgesloten. Het causaliteitsvermoeden zou dan enkel nog kunnen worden omgekeerd door bv. te bewijzen dat de vordering ook zou zijn ontstaan bij de ontbinding van de vennootschap of dat de vordering is ontstaan vóórdát de algemene vergadering diende te zijn samengeroepen. Dit gaat te ver. Uit de tekst van de wet en uit de parlementaire voorbereiding kan enkel worden afgeleid dat de wetgever alle elementen van de causaliteitsband, behoudens tegenbewijs, onder het vermoeden wilde laten vallen. Nergens blijkt dat voor één element van de causaliteitsband, nl. de beslissing van de algemene vergadering tot ontbinding, het tegenbewijs uitgesloten zou zijn. De wetgever wilde enkel de bewijslast wijzigen, niet de materiële regels inzake causaliteit.

Wel is het moeilijk om te bewijzen dat een algemene vergadering niet beslist zou hebben om de vennootschap te ontbinden. De loutere vaststelling dat de voorstanders van een voortzetting een meerderheid van de stemmen bezitten volstaat niet; het concrete stemgedrag van aandeelhouders geconfronteerd met

andere aandeelhouders binnen het kader van het sérieux van een alarmbelprocedure is niet noodzakelijk hetzelfde als hun mening daarbuiten. Indien de bestuurders echter kunnen aantonen dat de voorstanders van een voortzetting een meerderheid bezitten én dat ze overtuigende argumenten hadden pro de voortzetting, moet een weerlegging van het causaliteitsvermoeden mogelijk zijn.

Dit maakt ook van de aansprakelijkheid wegens niet-naleving van de alarmbelprocedure een toepassing van de aansprakelijkheid voor het verderzetten van een reddeloos verloren deficitaire activiteit, zij het dat de bewijslast hier in het voordeel van derden is verschoven.

Overigens immuniseert een naleving van de alarmbelprocedure de bestuurders niet tegen aansprakelijkheid op grond van art. XX.227.

Dat is terecht: het is volledig onzinnig om bij een negatief eigen vermogen de beslissing om al dan niet verder te zetten bij de algemene vergadering te leggen: aandeelhouders hebben immers in die hypothese niks meer te verliezen.

(150) **De *actio pauliana* als bron van rechtsvinding voor aansprakelijkheidsvorderingen gebaseerd op schuldeisersbenadeling.** De constitutieve bestanddelen die aan de *actio pauliana* invulling geven, kunnen dan ook de basis vormen voor een schadevergoedingsvordering. Zo'n pauliaanse onrechtmatige daadsvordering kan naast of in de plaats van de eigenlijke *actio pauliana* worden ingesteld. Deze vordering biedt schuldeisers (en de curator) immers vorderingsmogelijkheden waar de schuldenaar die zelf niet zou hebben.

Deze vordering biedt in het ondernemingsrecht een uitweg waar de traditionele *actio pauliana* geen remedie biedt omdat de verarming in bedrijfseconomische zin geen goed in de zakenrechtelijke zin betreft. Dit is het geval indien het cliëntèle van een onderneming werd afgeleid. Een benadeelde schuldeiser kan op dit "goed in bedrijfseconomische zin" geen beslag leggen. Een onrechtmatige daadsvordering biedt hier een welkom alternatief.

Een natuurlijke persoon zal wellicht zelf niet echt wakker liggen van de burgerrechtelijke gevolgen van de pauliaanse vordering: hij is immers per hypothese insolvent zodat een aansprakelijkheidsvordering weinig afschrikt. Deze vordering "raakt" daarom vooral de medeplichtige tegenpartij en niet de schuldenaar zelf. Bij een rechtspersoon wordt het vermogen beheerd door andere natuurlijke personen. Deze zullen echter wel bezorgd zijn om een aanvechting van de

handelingen die ze stelden voor rekening van de rechtspersoon. Dit kan immers hun eigen aansprakelijkheid ten aanzien van de rechtspersoon zelf en ten aanzien van derden in het gedrang brengen. In het bijzonder bij insolventie van de rechtspersoon zal deze persoonlijke aansprakelijkheid als een aantrekkelijke actiemogelijkheid in het vizier komen.

Zo'n pauliaanse schadevergoeding is collectieve schade die de boedel kan vorderen waar de gefailleerde rechtspersoon zelf niet zou hebben kunnen vorderen. Zie hierna. Heel wat gevallen van bestuursaansprakelijkheid, aandeelhoudersaansprakelijkheid of kredietaansprakelijkheid na faillissement komen eigenlijk neer op een toepassing van het criterium van de “benadeling van de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers”. Een hernieuwde lectuur door de vennootschapsjuristen van de materiële en morele toepassingsvoorwaarden van de *actio pauliana* laat hier toe om het criterium van de “goede huisvader” (art. 1382 BW of de contractuele zorgplicht ten aanzien van de vennootschap) of de “kennelijk grove fout” (art. XX.225 WER) concreter in te vullen. Zie daarvoor in het bijzonder het proefschrift van G. Lindemans, *Schuldeiser & Rechtspersoon: actio pauliana en aansprakelijkheid wegens ongeoorloofde benadeling van schuldeisers van vennootschappen en verenigingen*, Intersentia, 2019, xx + 596 blz.

- (151) **Voorbeeld: selectieve betalingen voorafgaand aan het faillissement.** Net zoals bij de *actio pauliana* is het bij bestuursaansprakelijkheid nuttig een onderscheid te maken tussen schuldeisersbenadeling ten gevolge van een verarming in bedrijfseconomische zin en schuldeisersbenadeling die bestaat in een doorbraak van de rangorde tussen schuldeisers (bv. door selectieve betalingen). De drempel voor aansprakelijkheid ligt hoger in het tweede geval.

Het uitgangspunt is dat tot aan het “fatitieke moment” waarop bestuurders de activiteiten moeten stoppen (bv. de staking van betaling of het moment waarop duidelijk moest zijn voor bestuurders dat staking van betaling redelijkerwijze onafwendbaar wordt), zij het recht hebben om opeisbare schulden te betalen. Ze moeten daarbij de rangorde van de schuldeisers niet respecteren; ze mogen dus bepaalde opeisbare schulden wel betalen en andere niet.

Vanaf het “fatitieke moment” kunnen bestuurders wél aansprakelijk worden gesteld voor betaling van opeisbare schulden. Vanaf dat ogenblik dienen de bestuurders de rangorde tussen de schuldeisers immers te respecteren.

Voorafgaand aan het “fatitieke moment” kunnen bestuurders uitzonderlijk toch aansprakelijk worden gesteld voor betalingen, zelfs van opeisbare schulden, die zij verrichten. Dit zal met name het geval zijn als ze niet alle opeisbare schulden

betalen en hun keuze niet verantwoord kan worden op bedrijfseconomische gronden. Dit zal vaak het geval zijn als bestuurders zichzelf of andere “insiders” en verbonden personen betalen en andere schuldeisers niet. Ook de vrijheid om te kiezen wie betaald wordt, is een vrijheid die misbruikt kan worden (E. Dirix, “Grenzen van de wilsautonomie inzake zakelijke zekerheidsrechten” in *Bijzondere overeenkomsten*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008, Kluwer, 2008, 148-149.).

#### **b. Vorderingen van de boedel en van individuele schuldeisers**

- (152) **Boedelvorderingen voor ‘collectieve schade’.** Alle aan de gefailleerde verschuldigde schadevergoedingen (bv. vergoedingen ten laste van bestuurders, zaakvoerders of kredietverstrekkers wegens professionele fouten) maken, als onlichamelijke goederen van de gefailleerde, deel uit van de boedel.

Daarnaast heeft de boedel aansprakelijkheidsvorderingen die de gefailleerde zelf niet zou hebben: boedelvorderingen (net zoals er boedelschulden zijn). Indien de boedel onrechtmatig wordt benadeeld heeft de boedel zelf hiervoor een boedelvordering. Doorgaans geldt dit voor handelingen die de gezamenlijke verhaalsrechten van de schuldeisers treffen en die ook het voorwerp uitmaken van de pauliaanse vordering (zie hoger nr. (150)). De gefailleerde die aan een pauliaanse handeling meewerkt, heeft zelf uiteraard geen vordering; de boedel echter wel omdat er sprake is van schade aan de boedel (Cass. 24 oktober 2002, RW 2002-03, 902 met concl. G. Dubrulle; Cass. 17 januari 2008 *Pas.* 2008, 130, *TBH* 2008, 321; 10 december 2008 *Pas.* 2008, 2907, concl. D. Vandermeersch; Cass. 4 februari 2011, RW 2011-12, 370, noot J. Vananroye).

Traditioneel wordt in beide gevallen (vordering die de gefailleerde zelf had en vordering die enkel de boedel heeft) gesproken van “vorderingen voor collectieve schade”. Beide types vorderingen strekken tot herstel van schade aan de boedel en komen na faillissement in beginsel enkel toe aan de curator als orgaan van de boedel.

Deze collectieve schade neemt in de regel de vorm aan van een daling van de nettowaarde van het boedelvermogen, doordat het boedelactief afneemt of het boedelpassief toeneemt. De boedel lijdt dus schade wanneer het vermogen van de gefailleerde in bedrijfseconomische zin verarmt. Na vereffening zal het saldo minder batig zijn (afname nettoactief) of zal het deficit vergroten (toename nettopassief). Dat kan doordat de activa van de boedel verminderen of doordat de schulden van de boedel toenemen. De schade is dus collectief wanneer de fout

ertoe leidt dat de faillissementsboedel in economische termen “krimpt”: het overschot verkleint of het deficit vergroot.

- (153) **Geen individuele vordering voor collectieve schade.** Het feit dat schade collectief is, zoals hiervoor gedefinieerd, belet niet dat die schade ook tot individueel nadeel bij de schuldeisers kan leiden. Hun verhaalspositie zal immers verslechteren, doordat hun onderpand in waarde vermindert of doordat hun onderlinge rangorde wordt verstoord. Schuldeisers hebben voor dat nadeel, d.i. hun ‘aandeel’ in de collectieve schade, géén schadevergoedingsaanspraak tegen de verantwoordelijke derden. Enkel de boedel als onmiddellijke schadelijder heeft een rechtsvordering tot vergoeding van de schade.

Deze regel is verwant aan de regel dat aandeelhouders geen eigen vordering hebben voor het herstel van ‘afgeleide schade’ (nr. (134)). ‘Collectieve schade’ van de schuldeisers in de boedel is wat ‘afgeleide schade’ is voor aandeelhouders in de vennootschap.

- (154) **Individuele vordering voor individuele schade.** Collectieve schade staat in tegenstelling tot individuele schade: dit is schade die een of meer schuldeisers lijden met een andere oorzaak dan een waardevermindering van het vermogen van hun debiteur. Deze individuele schade kunnen schuldeisers ook tijdens het faillissement zelf nog vorderen.

Een typisch voorbeeld is een schuldeiser, die na faillissement een bestuurder aanspreekt omdat hij door hem werd misleid om met de vennootschap te contracteren.

- (155) **Onderscheid tussen collectieve en individuele schade.** Zoals gezegd betreft “collectieve schade” schade aan de boedel. Het is niet zomaar een bundeling van individuele schadevergoedingsvorderingen van schuldeisers. Dit heeft enkele gevolgen, waarover een abundante cassatierechtspraak bestaat:

- Een boedelvordering kan bestaan tegen een schuldeiser in de boedel (‘Unac-arrest’: 12 februari 1981, *Pas.* 1981, I, 640, concl. R. Declercq, *BRH* 1981, 154).
- Het feit dat alle schuldeisers gelijkaardige schade lijden is niet voldoende om van collectieve schade te spreken als er geen schade is op het niveau van de boedel, d.i. aan de gebundelde verhaalsrechten (Cass. 2 maart 1995, *Pas.* 1995, I, 250, concl. E. Liekendael, *TBH* 1995, 569). Dit is bv. het geval als alle schuldeisers worden misleid vanaf de oprichting van een vennootschap.

- Omgekeerd is het niet vereist dat alle deelgenoten nadeel lijden, opdat de boedel een vordering zou hebben. Het volstaat dat de boedel schade lijdt. De verdeling van het provenu van die vordering gebeurt binnen de boedel, volgens de geldende rangorde. Dat bepaalde schuldeisers in de boedel niet zouden delen in het provenu (bv. omdat alles toekomt aan een bevoorrechte schuldeiser), doet niets af aan het bestaan van de boedelvordering zelf.

(156) **Ook individuele vorderingen bij art. XX.227 WER.** Art. XX.227 WER spreekt over de “uitsluitende bevoegdheid” van de curator. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat bij wrongful trading geen individuele vorderingen wegens individuele schade meer mogelijk zijn (J.F. Goffin en A. Cauwenbergh “La responsabilité des dirigeants liée à une poursuite d’activité déficitaire avant ou pendant une réorganisation judiciaire” in *Le droit de l’insolvabilité: analyse panoramique de la réforme*, 677, nr. 44.).

Het typevoorbeeld van individuele schade ligt net in de sfeer van *wrongful trading*: de vordering die een schuldeiser heeft tegen een bestuurder omdat hij met de vennootschap contracteerde op basis van verkeerde financiële informatie of omdat zijn schuldvordering is ontstaan nadat de vennootschap reeds failliet verklaard had moeten worden.

Zie onder het oude recht K. Geens, M. Deneff, F. Hellemans, R. Tas en J. Vananroye, “Vennootschappen. Overzicht van rechtspraak (1992-98)”, *TPR* 2000, 322-325; M. Wyckaert en F. Parrein, “Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid?” in *Vennootschaps- en financieel recht*, 2011, 16, 16, nr. 29.

Op dit punt heeft de wetgever niet willen innoveren: art. XX.227 WER doet geen afbreuk aan individuele vorderingsrechten van schuldeisers voor hun persoonlijke schade. De “uitsluitende bevoegdheid” van de curator verwijst enkel naar de boedelvordering, niet naar de individuele vorderingen van schuldeisers. De “uitsluitende bevoegdheid” in art. XX.227 moet begrepen worden in juxtapositie met art. XX.226 (kennelijk grove fout) waar een afgeleide boedelvordering bestaat. De wetgever wilde erop wijzen dat deze afgeleide boedelvordering niet openstaat voor art. XX.227 (zie verder voor de kritiek hierop).

Waarom regelt Boek XX enkel de boedelvordering en niet individuele vorderingen bij een kennelijk onredelijke verderzetting van activiteiten? Dit kan verklaard worden vanuit de hoger vermelde IPR-overwegingen om aansprakelijkheidsvorderingen op te nemen in Boek XX. De schade aan de boedel wordt beheerst door de *lex concursus* en hoort thuis in het insolventierecht. Dat leert het hiervóór vermelde Kornhaas-arrest (zie ook over de Franse “action en comblement de passif”: HvJ 22 februari 1979, Gourdain t./Nadler. C-133/78; ECLI:EU:C:1979:49).

Het IPR van individuele schade is geen vanzelfsprekende vraag, maar het komt me voor dat dit vaak zal vallen onder andere verwijzigingscategorieën, zoals de *lex societatis* (bv. als de alarmbelprocedure werd geschondden), de *lex contractus* of de *lex loci delicti*. Het past daarom dat deze individuele vorderingsmogelijkheid niet in het insolventierecht wordt geregeld; dat betekent daarom uiteraard niet dat ze niet zou bestaan.

(157) **Toepassing bij onrechtmatige verderzetting: zowel collectieve als individuele schade.** De praktische consequenties worden duidelijk bij de aansprakelijkheid voor de onrechtmatige verderzetting van een kennelijk verloren deficitaire onderneming, met als toepassingen o.a. de laattijdige aangifte van het faillissement en de alarmbelaansprakelijkheid (zie verder). Zo'n onrechtmatige verderzetting kan aanleiding geven tot zowel interne als externe aansprakelijkheid:

- De vennootschap zelf kan schade lijden doordat verder wordt ingeteerd op haar vermogen. Haar schade bestaat in beginsel uit het verschil tussen het (waarschijnlijk negatieve) eigen vermogen op het ogenblik van de werkelijke faillissementsverklaring en het eigen vermogen op het ogenblik dat het faillissement had moeten zijn aangevraagd. Dit is moeilijk te bewijzen; vandaar het schadebegrip in art. XX.227 WER.
- Derden kunnen een vorderingsrecht hebben voor de (gedeeltelijk) onbetaalde schuldvordering die zonder de fout van de bestuurder of zaakvoerder niet zou zijn ontstaan.

De schade aan het vennootschapsvermogen wordt na het faillissement uiteraard door de curator gevorderd. Dit vorderingsrecht van de curator gegrond op de interne aansprakelijkheid van bestuurders betekent niet dat de schuldeisers die een vorderingsrecht hebben gegrond op externe aansprakelijkheid dit niet meer zouden kunnen uitoefenen.

De arresten Unac uit 1981 en Sepp uit 1997 maken zeker duidelijk dat de curator niet de individuele rechten van de schuldeisers kan uitoefenen. Het arrest Sefi

uit 1995 verduidelijkt dit door te stellen dat het vorderingsrecht niet kan bestaan in de cumulatie van de verschillende individuele vorderingen van de schuldeisers, ook al hebben ze alle een gelijkaardige schade als voorwerp.

Dat de aanspraak van een schuldeiser dezelfde oorsprong kent als de vordering van de curator, *in casu* de onrechtmatige verderzetting van de onderneming, kan geen bezwaar zijn tegen een individueel vorderingsrecht, zolang de schuldeiser maar individuele schade lijdt. Dat laatste wordt bevestigd door een cassatiearrest uit 1965 (Cass. 8 maart 1965, *Pas.* 1965, I, (684) 692).

Er moet wel worden vermeden dat tweemaal dezelfde schade wordt vergoed:

- Er kan worden gewacht met het toekennen van een schadevergoeding aan de schuldeisers tot het faillissement is afgesloten. Hun vergoeding bestaat dan in de waarde van hun schuldvordering min het dividend dat ze uit het faillissement hebben ontvangen.
- Eventueel kan de rechter voor de afsluiting van het faillissement hen een provisionele schadevergoeding toekennen.

(158) **Art. XX.225: ‘afgeleide boedelvordering’ bij faillissementsaansprakelijkheid voor kennelijk grove fout.** Voor de *actio mandati* bestaat met de minderheidsvordering een afgeleide vordering voor aandeelhouders tot onrechtstreekse vergoeding van hun afgeleide schade. Dit geeft een minderheidsaandeelhouder een actiemogelijkheid indien de meerderheid in de algemene vergadering geen vordering instelt. Zie hoger nr. (132).

Hetzelfde idee zit achter de in 2017 ingevoerde vorderingsmogelijkheid in art. XX. 225 §3 en §4 WER, die enkel geldt voor de faillissementsaansprakelijkheid voor kennelijke grove fout (en niet voor andere aansprakelijkheidsgronden, waar nochtans een schuldeiser ook geconfronteerd kan worden met collectieve schade die niet door de curator wordt benaarstigd).

Een benadeelde schuldeiser kan deze vordering alleen instellen indien de curator de vordering zelf niet instelt binnen een maand na hiertoe door de benadeelde schuldeiser te zijn aangemaand. De benadeelde schuldeiser stelt de curator daarvan in kennis. De curator kan tussenkomen in de door de schuldeiser ingestelde procedure. In dat geval komt de curator in de plaats van de schuldeiser (art. XX. 225 § 3 spreekt wat ongelukkig van “rechtsopvolger van de schuldeiser”).

De boedel dient de schuldeiser voor de door hem gemaakte uitgaven en kosten te vergoeden indien de curator tussenkomt. De schuldeiser heeft eveneens recht op vergoeding voor de gemaakte kosten indien de curator niet tussenkomt en de vordering voordeel oplevert aan de boedel.

- (159) **‘Afgeleide boedelvordering’ geldt niet voor andere aansprakelijkheidsgronden.** De afgeleide vorderingsmogelijkheid bij kennelijk grove fout (art. XX.225) bestaat niet bij andere aansprakelijkheidsgronden.

De Memorie van Toelichting van de invoeringswet van Boek XX (Parl.St. Kamer, doc 54, 2407/001, 105) verantwoordt het monopolie van de curator voor collectieve schade in het kader van art. XX.227 WER als volgt: “Dergelijk optreden behoort uitsluitend de curator toe. Het is de bedoeling te voorkomen dat welke belanghebbende dan ook op dergelijke wijze kan optreden in een domein waar een complexe appreciatie en een diepgaande kennis van het verleden van de onderneming vereist is.”

Deze verantwoording overtuigt niet. De appreciatie van een onrechtmatige verderzetting is niet complexer of deliquer dan die van een kennelijk grove fout (waarbij er geen monopolie van de curator is). Het is ook eigenaardig om de complexiteit of de vereiste kennis te laten doorwegen bij de vraag wie kan vorderen: daarvoor bestaat er een rechter die de gegrondheid beoordeelt.

Het verdient voorkeur om de afgeleide vordering van individuele schuldeisers voor aansprakelijkheid wegens kennelijke grove fout (art. XX.225) uit te breiden naar collectieve schade, ongeacht wat de materieelrechtelijke grondslag is. Dus ook: bij een vordering op grond van *wrongful trading*, een *actio mandati*, een aansprakelijkheid wegens laattijdige aangifte van het faillissement of wegens schending van de alarmbelprocedure.

- (160) **Art. XX.225 en XX.227: bijzondere verdelingsregel bij vordering wegens kennelijk grove fout.** Een nieuwigheid in Boek XX is dat een bijzondere verdelingsregeling wordt ingevoerd voor de verdeling van het provenu van de aansprakelijkheidsvorderingen wegens kennelijk grove fout (art. XX.225, § 5 WER) en onredelijke voortzetting (art. XX.227, § 3 WER). De door de rechtbank toegekende vergoeding wegens vermindering of afwezigheid van activa wordt evenredig verdeeld onder de schuldeisers met inachtneming van de wettige redenen van voorrang. De door de rechtbank toegekende vergoeding wegens vermeerdering van het passief van het faillissement wordt evenredig verdeeld over alle schuldeisers zonder inachtneming van de wettige redenen van voorrang. Elke verdeling geschiedt na voorafname van de boedelschulden.

De Memorie van toelichting van de invoeringswet van Boek XX (*Parl.St. Kamer* 2016-17, nr. 2407/1, 103) stelt daarover: “Om enigszins tegemoet te komen aan het lot van de gewone schuldeisers, om zoveel mogelijk de gelijkheid tussen schuldeisers te vrijwaren en om deze ook aan te sporen deze vorderingen in te stellen, bepaalt de paragraaf dat de opbrengst van de veroordeling ten goede komt aan alle schuldeisers op volstreekte voet van evenredigheid in geval van verhoging van het passief (discontinuïteitspassief). Daarentegen voor de schadeloosstelling toegekend in geval van een vermindering of verdwijning van activa, is het gemeen recht van toepassing. Bij vermindering of verdwijning van activa worden de bijzonder bevoorrechte schuldeisers immers benadeeld door dergelijke handelingen, die hun onderpand aantasten. De vordering tot vergoeding komt in de plaats van de goederen en kan dus niet onttrokken worden aan de zekerheidsrechten die rustten op de betrokken activa.”

Deze motivering hinkt op twee benen. Enerzijds bevat ze het idee van de allocatieve functie: schadevergoeding moet terechtkomen bij de schuldeisers die benadeeld werden en moet rekening houden met hun plaats in de rangorde. Anderzijds spreekt er de wens uit om de chirografaire schuldeisers een duwtje in de rug te geven, met name om hen aan te sporen deze vorderingen in te stellen. Dat laatste gaat dan enkel op voor artikel XX.225, want bij artikel XX.227 is er geen afgeleide boedelvordering ingevoerd.

Deze afwijkende verdelingsregeling lijkt vooral de positie van de schuldeisers met een algemeen voorrecht, zoals de fiscus en andere publieke schuldeisers, te benadelen (C.-A. Leunen en G. Viseur, “Questions choisies en matière de responsabilité des administrateurs dans le nouveau Code des sociétés et le Livre XX du Code de droit économique” in A. Zenner (ed.), *Le droit de l’insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2018, (725) 737.). Voor schuldeisers met een zakelijk zekerheidsrecht (bv. pand op handelszaak) lijkt de tekst van de wet integendeel net het idee te bevestigen dat de opbrengst van een vordering op grond van kennelijk grove fout of onredelijke voortzetting principieel deel uitmaakt van de assiette van het zekerheidsrecht. Onomstreden is dat laatste nochtans niet.

De wetgever had er beter aan gedaan om een veel eenvoudiger allocatieregel in te voeren: nl. bij deze vorderingen altijd de opbrengst *pari passu* onder de schuldeisers te verdelen. De allocatie volgens de normale volgorde in de boedel moet dan wijken voor het geven van een prikkel. Geen prikkel, anders dan de Memorie argumenteert, opdat de chirografaire schuldeisers meer vorderingen zouden instellen. Het voordeel van de nieuwe verdelingsregel is voor deze schuldeisers doorgaans immers te klein om hun rationele apathie te overwinnen. Een pondspondsgewijze verdeling

kan wel een prikkel vormen voor de schuldeisers met een zakelijk zekerheidsrecht opdat ze voorafgaand aan het faillissement de onderneming beter in het oog zouden houden en tijdig de stekker zouden uittrekken.

Een gesecuriseerde schuldeiser is in de regel immers een sterke schuldeiser met de economische macht en de contractuele bevoegdheid om de schuldenaar te monitoren. Tegelijkertijd speelt er *moral hazard* in hoofde van die gesecuriseerde schuldeiser: indien hij zijn macht niet gebruikt, zal hij daarvan niet in de eerste plaats zelf de gevolgen dragen, als gevolg van zijn zekerheidsrecht. Helemaal mooi wordt het voor de gesecuriseerde schuldeiser als hij ook nog meeprofiteert van de vordering die de onrechtmatige waardevermindering herstelt. Een verdeling *pari passu* zou ertoe leiden dat de gesecuriseerde schuldeiser de gevolgen van gebrekkig toezicht gedeeltelijk terug internaliseert.

De huidige wettekst bereikt deze responsabilisering slechts in beperkte mate. Het alternatieve voorstel zou bovendien alvast het voordeel hebben dat het in de praktijk veel makkelijker is toe te passen dan het onderscheid tussen vermeerdering van passief en vermindering van actief. De onrechtmatigheden bij de artikelen XX.225 en XX.227 strekken zich in de regel immers uit over een langere tijdsperiode; in die periode zullen activa en passiva voortdurend fluctueren. Het vereist een erg natte vinger van de rechter om die morsige evolutie in twee simpele wettelijke categorieën te duwen.

## 6. Beperkingen op en matiging van bestuursaansprakelijkheid

- (161) **Matigen aansprakelijkheidsrisico door kwijting (interne aansprakelijkheid).** Na de goedkeuring van de jaarrekening beslist de AV bij afzonderlijke stemming over de kwijting van bestuurders en leden van de raad van toezicht (art. 5:98, 6:83 en 7:149 WVV; voor de VZW: art. 9:20 WVV). Door een geldige kwijting doet de vennootschap afstand van de *actio mandati*.

Er zijn belangrijke grenzen aan het comfort dat een kwijting biedt:

- De kwijting geldt niet als verweer tegen een minderheidsvordering, die enkel kan worden ingesteld op initiatief van aandeelhouders die geen geldige kwijting hebben goedgekeurd (of voor fouten die niet door de kwijting worden gedekt).
- De afstand door de vennootschap van de interne aansprakelijkheidsvordering heeft vanzelfsprekend geen invloed op externe aansprakelijkheidsvorderingen van derden.

Soms wordt wel beweerd dat een aandeelhouder die vóór kwijting stemt ook afstand doet van eventuele individuele vorderingen die hij zou hebben voor persoonlijke schade.

- Kwijting is enkel geldig indien in de jaarrekeningen geen weglatingen of onjuistheden voorkomen die de werkelijke toestand van de vennootschap verbergen. Niettegenstaande weglatingen of onjuistheden in de jaarrekening, zal de kwijting echter geldig zijn, indien de algemene vergadering op een andere wijze kennis heeft gekregen van de werkelijke toestand van de vennootschap (zie Cass. 12 februari 1981, AC 1980-81, 662, BRH 1981, 154; zie hierover ook A. Goeminne, "Kwijting van bestuurders en zaakvoerders", RW 1995-96, 1007-1010).
- Overtredingen van de statuten en het WVV zijn enkel gedekt door de kwijting indien bepaaldelijk aangegeven in de oproeping.
- Het is denkbaar dat een kwijtingsbesluit vernietigd wordt wegens misbruik van meerderheid, indien geen redelijke aandeelhouder in het licht van het vennootschapsbelang voor kwijting had kunnen stemmen.
- Het is betwist of een kwijting bestuurders ontslaat van aansprakelijkheid voor een eventuele onrechtmatige daad jegens de vennootschap. Zelfs indien we aannemen dat een kwijting niet automatisch onrechtmatige daden dekt, is er geen reden om af te wijken van de gemeenrechtelijke regel dat ook afstand kan worden gedaan van een aansprakelijkheidsvordering uit onrechtmatige daad, zelfs als die een misdrijf vormt. In het gemeen recht veronderstelt een afstand wel een grotere "kennis van zaken" dan bij de vennootschapsrechtelijke kwijting. Het is nl. niet voldoende dat de jaarrekening een waarheidsgetrouw beeld geeft van de toestand van de vennootschap, maar de AV moet ook in staat zijn om uit de jaarrekening de gepleegde fouten af te leiden.
- Ook als de curator de *actio mandati* instelt, is de rechtsgeldig vóór het faillissement verleende kwijting hem tegenwerpelij. De curator oefent immers de interne aansprakelijkheidsvordering uit, met alle excepties die daaraan kleven, op grond van het collectief faillissementsbeslag ten behoeve van de gemeenschappelijke schuldeisers. Wel kan de curator de kwijting eventueel aanvechten d.m.v. de *actio pauliana* of de herstelbevoegdheden van art. XX.111-112 WER, indien ze met bedrieglijke miskenning van de rechten van de schuldeisers is gebeurd.

- Indien de curator of een individuele schuldeiser vordert op grond van de bijzondere faillissementsaansprakelijkheid voor kennelijke grove fout is de kwijting in ieder geval niet tegenwerpelijk.

(162) **Wettelijke beperking op aansprakelijkheidsrisico: de cap (interne en externe aansprakelijkheid).** Artikel 2:57 WvV beperkt tot een bepaald maximumbedrag:

- de interne aansprakelijkheid bedoeld in artikel 2:56 WvV;
- elke andere schadeaansprakelijkheid die voortvloeit uit het WvV of andere wetten of reglementen ten laste van een lid van een bestuursorgaan of dagelijks bestuurder,
- evenals de aansprakelijkheid voor de schulden van de rechtspersoon bedoeld in de artikelen XX.225 en XX.227 WvR.

Deze aansprakelijkheidsbeperking (de zogenaamde ‘cap’) geldt daarmee zowel tegenover de rechtspersoon als tegenover derden, en ongeacht de contractuele of buitencontractuele grondslag van de aansprakelijkheidsvordering. De beperking geldt niet indien de bestuurder persoonlijk zich contractueel heeft verbonden t.a.v. derde (bv. persoonlijke zekerheid).

De bestaansreden van de cap wordt soms gezocht in het verhogen van de verzekeraarbaarheid van bestuursaansprakelijkheid. Een verzekeraar zal inderdaad in de praktijk nooit een verzekering zonder limiet willen geven, niet voor bestuursaansprakelijkheid, niet voor andere vormen van aansprakelijkheid. Daarvoor moet de wetgever echter niet de aansprakelijkheid tot een maximum beperken. De verzekeraar lost dit zelf zeer eenvoudig op door het verzekerde bedrag in de polis tot een maximum te beperken. Een wettelijke beperking van de aansprakelijkheid van de bestuurder tot een plafond voegt voor de verzekeraar weinig toe aan het contractuele plafond dat hij zelf kan voorzien.

Zullen verzekeringsnemers dan sneller een verzekering willen kopen door de invoering van een cap? Het lijkt nogal een contra-intuïtieve claim dat als het risico op aansprakelijkheid kleiner wordt, er meer verzekering zou worden gekocht. Het ligt veel meer voor de hand dat een cap op bestuursaansprakelijkheid net het omgekeerde gevolg heeft. Als het risico op bestuursaansprakelijkheid wordt ingeperkt, zullen bestuurders (of wat meestal gebeurt: de vennootschap zelf) minder geneigd zijn om een verzekering te kopen. Gedupeerden van bestuurlijk handelen krijgen hierdoor minder verhaal: bestuurders worden minder aansprakelijk en die aansprakelijkheid is vaker onverzekerd.

Als er een cap staat op bestuursaansprakelijkheid, lijkt het bijna zeker dat de verzekeringsnemer niet zal willen betalen voor een verzekerd bedrag dat hoger ligt dan het plafond van de aansprakelijkheid. Voor de meeste bestaande polissen zou dit betekenen dat het verzekerde bedrag naar beneden zal gaan. Vanzelfsprekend is dit opnieuw nadelig voor de gedupeerden. Zij krijgen minder verhaal op de verzekeraar en geen verhaal op de bestuurder zelf.

Een beperking van aansprakelijkheid, hetzij door een cap, hetzij door een verzekering, leidt tot meer roekeloos handelen (*moral hazard*). Een verzekeraar van bestuursaansprakelijkheid wist in een systeem zonder cap dat een bestuurder nooit volledig kon vertrouwen op zijn verzekering. De aansprakelijkheid kan immers hoger liggen dan het verzekerde bedrag. De bestuurder zal dus voorzichtig blijven. Dit is anders indien de cap wordt ingevoegd. Behoudens voor de eventuele franchise weet de bestuurder dan dat hij altijd gedekt is indien het verzekerde bedrag niet lager is dan die cap (wat zeker voor kleine en middelgrote vennootschappen erg waarschijnlijk lijkt). Voor het bedrag waarvoor hij verzekerd is, wentelt hij zijn aansprakelijkheid af op de verzekeraar; voor het bedrag waarvoor hij niet verzekerd is, is hij simpelweg niet aansprakelijk. De bestuurder draait dus nooit zelf op: het gevaar van *moral hazard* wordt groter. Een verstandig verzekeraar zal hierdoor wellicht door het invoeren van een cap voorzichtiger worden bij het verstrekken van aansprakelijkheidsverzekeringen. Dat is net het omgekeerde van het gevolg dat wordt beoogd.

De maximale bedragen gelden voor alle leden van het bestuursorgaan of dagelijkse bestuurders samen. Zij gelden per feit of geheel van feiten dat aanleiding kan geven tot aansprakelijkheid, ongeacht het aantal eisers of vorderingen. Opmerkelijk is dat de beperking ook geldt voor feitelijke bestuurders.

Deze regels zorgen voor enkele eigenaardige discriminerende effecten t.a.v. de volgende groepen:

**‘Nakomende’ slachtoffers.** Jos is bestuurder in een Belgische vennootschap. De activiteiten van de vennootschap zorgen in België voor milieuschade. Ook de bestuurders worden hiervoor aansprakelijk gesteld door de slachtoffers op grond van art. 1382 BW. Bij Miet manifesteert zich de schade het eerst en ze stelt Jos met succes aansprakelijk voor 250.000 EUR. Bij Piet duurt het enkele jaren langer voor de schade zich manifesteert en hij een procedure begint tegen Jos. Jos zal echter inroepen dat de schade van Miet veroorzaakt is door hetzelfde feit of geheel van feiten als de schade van Piet. Piet is bijgevolg gesjareld: de door de cap beschikbare ruime voor schadevergoeding is reeds opgegeten door Miet. Het helpt niet als Piet andere

bestuurders aanspreekt. Ook zij kunnen inroepen dat door de schadevergoeding van Jos aan Miet, zij niet meer kunnen worden aangesproken. Als de vennootschap insolvabel is, blijft Piet zonder vergoeding achter.

**Slachtoffers met outsider-status: eerst oompje, dan oompjes kinderen.** Het vorige verschil in behandeling tussen ‘vroege’ en ‘nakomende’ slachtoffers is al erg genoeg als het blind werkt. In de praktijk wordt het wellicht nog erger doordat het niet louter toeval is dat zal bepalen wie het winnend lot krijgt. Het ligt immers voor de hand dat ‘slachtoffers’ met insider-status eerst aan hun trekken zullen komen. Dat is overigens één van de redenen van het fixatiebeginsel in het insolventierecht: voorkomen dat schuldeisers met insider-status worden voorgetrokken. Bij de cap is er geen mechanisme om de samenloop van verschillende mogelijke slachtoffers ordentelijk te regelen.

De insider par excellence is uiteraard de vennootschap zelf. Ter herinnering: de cap dekt zowel aansprakelijkheid ten aanzien van de vennootschap als ten aanzien van derden. Als de cap is opgegeten door een schadevergoeding aan de vennootschap, blijft er geen schadevergoeding over voor derden voor dezelfde schadeveroorzakende feiten. Er is weinig fantasie voor nodig om in te beelden hoe dit misbruikt kan worden. Bestuurders controleren doorgaans immers wat de vennootschap doet en als ze ook aandeelhouder zijn profiteren ze terug mee van een vergoeding die aan de vennootschap werd betaald.

**Bestuurders die eerst in het vizier komen.** In het voorbeeld van daareven werd Jos eerst aangesproken, vóór medebestuurder Piet werd aangesproken. Piet komt er zonder aansprakelijkheid vanaf, maar Jos is geïjost. Er is geen regresregeling voorzien tussen bestuurders.

**Schadeveroorzakers zonder insider-status.** De curator van een failliete vennootschap stelt huisbank A aansprakelijk wegens onrechtmatige kredietverlening- of beëindiging. De bank is onbeperkt aansprakelijk voor de schade door haar veroorzaakt. De curator van een andere failliete vennootschap stelt huisbank B aansprakelijk wegens onrechtmatige kredietverlening of -beëindiging. Huisbank B heeft zich echter verregaand bemoeid met het bestuur van de vennootschap en roept in dat ze een “feitelijk bestuurder” is. Als dit lukt, is de aansprakelijkheid van de bank beperkt tot de cap die in de betrokken vennootschap gold. Indien er tussen de twee banken al een verschil in behandeling zou moeten zijn, zou het uiteraard net in omgekeerde richting moeten gaan. Het uitbreiden van de cap tot feitelijke bestuurders leidt tot ongerijmde situaties. De kwalificatie als ‘feitelijk bestuurder’ is gemaakt als een grond voor aansprakelijkheid. Door de invoering van de cap zoals nu voorgesteld, zou het label ‘feitelijk bestuurder’ een felbegeerde en redeloze grond van aansprakelijkheidsbeperking worden.

Er zijn vijf wettelijke niveaus voor het maximumbedrag in functie van de gemiddelde omzet en het gemiddelde balanstotaal van de rechtspersoon gedurende de drie boekjaren voorafgaand aan de instelling van de aansprakelijkheidsvordering of, indien er nog geen drie boekjaren zijn verlopen op het moment van de instelling van de aansprakelijkheidsvordering, gedurende de periode sinds de oprichting van de rechtspersoon:

**1° 125 000 euro**, in rechtspersonen die in de drie boekjaren voorafgaand aan de instelling van de aansprakelijkheidsvordering of over de periode sinds de oprichting indien er sindsdien minder dan drie boekjaren zijn verlopen, een gemiddelde omzet op jaarbasis van minder dan 350 000 EUR, exclusief de belasting over de toegevoegde waarde, hebben verwezenlijkt, en waarvan het gemiddelde balanstotaal over diezelfde periode niet hoger was dan 175 000 euro;

**2° 250 000 euro**, in rechtspersonen die niet onder het 1° vallen en die in de drie boekjaren voorafgaand aan de instelling van de aansprakelijkheidsvordering of over de periode sinds de oprichting indien er sindsdien minder dan drie boekjaren zijn verlopen een gemiddelde omzet op jaarbasis van minder dan 700 000 euro, exclusief de belasting over de toegevoegde waarde, hebben verwezenlijkt, en waarvan het gemiddelde balanstotaal over dezelfde periode niet hoger was dan 350 000 euro;

**3° 1 miljoen euro**, in rechtspersonen die niet onder het 1° en 2°, vallen en die in de drie boekjaren voorafgaand aan de instelling van de aansprakelijkheidsvordering of over de periode sinds de oprichting indien er sindsdien minder dan drie boekjaren zijn verlopen, niet meer dan één van de volgende criteria hebben overschreden:

- gemiddelde omzet exclusief de belasting over de toegevoegde waarde op jaarbasis: 9 000 000 euro;

- gemiddeld balanstotaal: 4 500 000 euro;

**4° 3 miljoen euro**, in rechtspersonen die niet onder het 1°, 2° en 3°, vallen en die in de drie boekjaren voorafgaand aan de instelling van de aansprakelijkheidsvordering of over de periode sinds de oprichting indien er sindsdien minder dan drie boekjaren zijn verlopen de grenzen vermeld in het 3°, overschreden hebben, maar geen enkele van de grenzen vermeld in het 5°, hebben bereikt of overschreden;

**5° 12 miljoen euro**, in organisaties van openbaar belang en in rechtspersonen die niet onder het 1°, 2°, 3° en 4°, vallen en die in de drie boekjaren voorafgaand aan de instelling van de aansprakelijkheidsvordering of over

de periode sinds de oprichting indien er sindsdien minder dan drie boekjaren zijn verlopen minstens één van volgende grenzen bereikt of overschreden hebben:

- gemiddeld balanstotaal van 43 miljoen euro;
- gemiddelde omzet exclusief de belasting over de toegevoegde waarde op jaarbasis van 50 miljoen euro.

Voor rechtspersonen die in toepassing van art. III.85 WER een vereenvoudigde boekhouding voeren, moet onder omzet worden verstaan het bedrag van de andere dan niet-recurrente ontvangsten en onder balanstotaal het grootste van de twee bedragen vermeld onder de bezittingen en de schulden.

Merk op dat de relevante referentieperiode niet bepaald wordt door de aangevoerde fout maar door de datum waarop de aansprakelijkheidsvordering wordt ingesteld. Dat is pragmatisch doordat deze datum makkelijker is vast te stellen dan de datum van de aangevoerde fout. Het is wel eigenaardig dat de omvang van aansprakelijkheid van bestuurders *post factum* kan wijzigen.

Deze bedragen worden geïndexeerd.

Het WVV geeft geen uitsluitsel over de vraag of het maximumbedrag wordt ‘opgegeten’ door een dading afgesloten met een bestuurder.

De cap is niet van toepassing:

- in geval van lichte fout die eerder gewoonlijk dan toevallig voorkomt in hoofde van de persoon die aansprakelijk wordt gesteld;

De uitzondering op de *cap* in art. 2:57, § 3, 1° WVV is het resultaat van een amendement dat te elfder ure werd ingediend in het parlement. Deze uitzondering ontzenuwt de *cap* voor het grootste deel, vermits de aansprakelijkheidsbeperking daardoor enkel nog geldt voor toevallige lichte fouten. Dergelijke kleinere zonden leiden in de praktijk zelden tot bestuursaansprakelijkheid.

- in geval van zware fout in hoofde van de persoon die aansprakelijk wordt gesteld;

Bij het invoeren van deze uitzondering in art. 2:57, § 3, 1° WVV, is men wel vergeten de verwijzingen naar art. XX.225 WER (kennelijk grove fout) en art. XX.227 WER (*wrongful trading*) te schrappen. Zeker die eerste aansprakelijkheidsgrond kan uit zijn aard niet (meer) onder de *cap* vallen. Een fout

kan immers niet tegelijkertijd én kennelijk grof, én toevallig en licht zijn. Een soortgelijke redenering valt te verdedigen bij de voortzetting van een reddeloze rechtspersoon (hoewel de logische contradictie hier wat minder scherp oogt).

- in geval van bedrieglijk opzet of oogmerk om te schaden in hoofde van de persoon die aansprakelijk wordt gesteld;
- voor de verplichtingen bedoeld in art. 5:138, 1° tot 3°, 6:111, 1° tot 3°, en 7:205, 1° tot 3° WvV.

Deze bepalingen onderwerpen bestuurders bij een kapitaalverhoging aan gelijkaardige aansprakelijkheden als die van oprichters bij de oprichting. Het opmerkelijke aan deze aansprakelijkheidsgronden is dat hier vaak sprake is van een objectieve aansprakelijkheid, bv. de bestuurder is aansprakelijk ten belope van de inbrengen waarop niet geldig is ingeschreven. Voor kapitaallose vennootschappen als de BV en CV is het opmerkelijk dat deze aansprakelijkheidsgrond werd behouden. Het is al helemaal bizar dat deze foutloze aansprakelijkheid aan de cap wordt onttrokken.

- voor de hoofdelijke aansprakelijkheid als bedoeld in art. 442<sup>quater</sup> en 458 van het WIB 1992 en art. 73<sup>sexies</sup> en 93<sup>undecies</sup> C van het Wetboek BTW;
- voor de hoofdelijke aansprakelijkheid als bedoeld in art. XX.226 (RSZ-schulden).

(163) **Wettelijke matiging aansprakelijkheidsrisico: art. 18 WAO geldt niet voor bestuurders.** Een bestuurder van een vennootschap kan in zijn bestuurshoedanigheid geen werknemer zijn. De aansprakelijkheidsbeperking van art. 18 WAO geldt dan ook niet voor bestuursfouten.

Een cumulatie tussen een bestuursmandaat en een arbeidsovereenkomst met dezelfde vennootschap is wel mogelijk, in de mate waarin hij effectief onder gezag van een vennootschapsorgaan staat en het gaat om een van zijn bestuursmandaat afzonderlijke en onderscheiden functie van werknemer. Deze functie kan zelfs die van dagelijks bestuurder zijn (Cass. 28 mei 1984, RW 1984-85, 333).

(164) **Beperking van bestuursaansprakelijkheid door regels in het insolventierecht.** Bestuursaansprakelijkheid valt onder de toepassing van aansprakelijkheidsbeperkende regels, vaak *buiten* het vennootschapsrecht.

Deze beperkingen zijn vaak typisch Belgisch en worden bv. niet of niet in dezelfde mate teruggevonden in Nederland. De opportuniteit van hun toepassing op bestuursaansprakelijkheid is verre van evident. De vennootschapsinsiders genieten hier immers van een *double indemnity*: ze zijn door de rechtspersoonstechniek niet gehouden als aandeelhouder en ontspringen via deze flankerende maatregelen ook nog eens de foutaansprakelijkheid voor bestuurders.

De belangrijkste regels met een aansprakelijkheidsbeperkend effect zijn:

- België heeft milde ‘*fresh start*’-regels na faillissement. De gefailleerde natuurlijke persoon wordt doorgaans kwijtgescholden. Dat is enkel anders als de gefailleerde blijkt gegeven van kwade trouw. Die kwijtschelding is in Boek XX WER nog meer dan voorheen een automatisme.

Daarbij komt dat elke bestuurder als een onderneming zal worden gekwalificeerd: een bestuursmandaat is immers een zelfstandige beroepsactiviteit (art. XX.1, § 1 WER). Dus elke bestuurder kan failliet worden verklaard. Dus elke bestuurder zal kunnen genieten van de kwijtschelding van schulden. Het opmerkelijke is dat de kwijtschelding ook bevrijdend werkt voor vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheden. Zo dreigt bijvoorbeeld een bestuurder die aansprakelijk is voor een bestuursfout en zelf failliet wordt verklaard, zijn verantwoordelijkheid te ontlopen.

De weerstand in bepaalde rechtspraak tegen de kwalificatie van een bestuurder als onderneming kan wellicht hierdoor worden verklaard.

- Ook de onbeslagbaarheid van de woning van de zelfstandige is een vorm van beperkte aansprakelijkheid die kan worden toegepast bij vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheid (art. 72 al. 3 wet van 25 april 2007). Zie ook: A. Cuypers, “De niet-beslagbaarheid van de hoofdverblijfplaats van de zelfstandige”, *RW* 2007, (130) 131, nr. 4; L. Vannoote en I. Verhulst, “Bescherming hoofdverblijfplaats van de zelfstandige”, *TBBR* 2007, (464) 464, nr. 3; E. Leroy, “L’insaisissabilité de la résidence principale de l’entrepreneur individuel”, *JT* 2007, (753) 755, nr. 8.

- (165) **Contractuele matiging aansprakelijkheidsrisico: verzekering.** Bestuurders kunnen hun aansprakelijkheid verzekeren en de vennootschap kan dit voor hun rekening of te hunnen gunste doen.

Daarbij is het vroeger beletsel dat een aansprakelijkheidsverzekering niet mogelijk is voor een zware fout, weggefallen ingevolge art. 8 van de nieuwe Verzekeringswet van 25 juni 1992. Voortaan is enkel die grove schuld niet verzekerd die expliciet in het verzekeringscontract is omschreven. Zelfs indien de premie in eerste instantie ten laste valt van de vennootschap, kan niet getwijfeld worden aan de legitimiteit daarvan, precies omdat het vennootschapsbelang erbij gebaat is dat te gepasten tijde, met kans op verzilvering, een aansprakelijkheidsvordering kan worden ingesteld tegen haar bestuurders.

- (166) **Wettelijke beperking op bepaalde gevallen van contractuele matiging aansprakelijkheidsrisico: exoneratie (interne aansprakelijkheid) of vrijwaring (externe aansprakelijkheid).** De aansprakelijkheid van een lid van een bestuursorgaan of dagelijks bestuurder kan niet verder worden beperkt dan vermeld in artikel 2:57 WVV.

De rechtspersoon, zijn dochtervennootschappen of de door hem gecontroleerde entiteiten mogen de leden van een bestuursorgaan of dagelijks bestuurders niet vooraf exonereren of vrijwaren voor hun aansprakelijkheid jegens de vennootschap of jegens derden.

Elke bepaling in de statuten, in een overeenkomst of een eenzijdige wilsuiting die hiermee in strijd is, wordt voor niet geschreven gehouden (art. 2:58 WVV).

Het lijkt geen twijfel dat derden (bv. een aandeelhouder) – in tegenstelling tot de rechtspersoon en zijn dochters zelf (art. 2:58 WVV) – bestuurders in beginsel kunnen vrijwaren voor hun aansprakelijkheid t.a.v. derden. Dit heeft immers niet tot gevolg dat de bestuurder niet langer zelf aansprakelijk zou zijn, en evenmin dat de vennootschap de bestuurder niet zelf zou mogen aanspreken voor enige schade die zij heeft geleden.

Deze bepalingen verzetten zich ook niet tegen een vrijwaring *post factum* door de vennootschap.

Vóór de inwerkingtreding van het WVV verdedigden we dat de vennootschap zelf in sommige gevallen de bestuurder moest vrijwaren voor zijn externe aansprakelijkheid, zelfs zónder dat zij een uitdrukkelijke vrijwaringsverbintenis had opgenomen. Voor de bestuursovereenkomst geldt immers art. 2000 B.W.: "De lastgever moet de lasthebber ook schadeloos stellen voor de verliezen die deze ter gelegenheid van de uitvoering van zijn opdracht geleden heeft, indien hem geen onvoorzichtigheid te verwijten valt." Deze onvoorzichtigheid diende te worden beoordeeld binnen de relatie vennootschap - bestuurder, wat maakt dat niet elke onrechtmatige

daad van de bestuurder de vennootschap ontslaat van de verplichting hem schadeloos te stellen. De bestuurder kan immers zijn externe aansprakelijkheid hebben opgelopen ter behartiging van de belangen van de vennootschap of zelfs ter uitvoering van het beleid van de vennootschap.

Het is niet duidelijk hoe na de inwerkingtreding van het WvV art. 2000 BW en art. 2:58 WvV moeten worden verzoend. Op basis van de regel *lex specialis derogat legi generali*, zou kunnen worden aangenomen dat art. 2000 BW niet meer van toepassing is op het mandaat van lid van een bestuursorgaan of dagelijks bestuurder. Een andere oplossing is art. 2:58 WvV zo te interpreteren dat het enkele contractuele vrijwaringen verbiedt die verder gaan dan de wettelijke plicht van art. 2000 BW, zonder afbreuk te doen aan het laatste.

**[10] Liquiditeit en liquidatie: ontbinding,  
overdracht van en beslag op aandelen,  
uittreding**

Pro memorie

## **[11] Vereffening en overdracht onder algemene titel**

Pro memorie

