

Financial Law Institute

Working Paper Series

WP 2003-08



Hans De Wulf

**Het Hof van Cassatie en de extra-contractuele
aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders**

June 2003

WP 2003-08

Hans DE WULF

Het Hof van Cassatie en de extra-contractuele aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders

Abstract

This article (in Dutch) is our contribution to the Liber amicorum in honour of Professor Christian De Wulf (no relation), who until this year taught at the University of Ghent.

The article deals with the Belgian approach of tort liability of company directors towards third parties. It applauds the efforts the cour de cassation undertook during the 1990's and in a 2001 ruling to unify the liability regimes of all kinds of agents, including company directors. It criticizes, both on dogmatic grounds and from a policy perspective, the attempts by certain authors to argue that limited liability or the fact that directors are considered to be organs of the company would imply that they should not be held liable towards third parties for their negligence. The article argues that the danger of excessive director liability can be avoided through a correct application of general Belgian tort law., esp. the principle that there is no presumption under Belgian law that negligence on the part of the company has been caused by negligence, e.g. lack of monitoring, on the part of the directors. To further protect directors against judicial activism, the article favours the introduction into Belgian law of a modified version of the American business judgment rule.

To be published in

Liber amicorum prof. Dr. Christian De Wulf, Brugge, Die Keure, October 2003.



HET HOF VAN CASSATIE EN DE EXTRA-CONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID VAN VENNOOTSCHAPSBESTUURDERS

Zijn bestuurders organen, lasthebbers, uitvoeringsagenten, of alledrie naar keuze ?

“The question of personal liability for corporate torts represents a clear example of a clash of legal principle giving rise to a very difficult *question of policy* for the courts. On the one hand there is the principle of separate legal personality of incorporated companies and on the other there is the principle that everyone is answerable for his or her tortious wrongs (alterum non laedere)”

J. FARRAR, *Australian Law Journal* 1997, 79.

1. Inleiding: het cassatiearrest van 16 februari 2001¹

Een vennootschap onderhandelt over het sluiten van een handelshuurovereenkomst met twee zaakvoerders van een BVBA- zo kan men veronderstellen: één persoon wordt in elk geval als zaakvoerder aangeduid, van de tweede kan niet met absolute zekerheid uit het cassatiearrest afgeleid worden of hij zaakvoerder dan wel gewone lasthebber was. Nadat de huurovereenkomst tot stand is gekomen en het pand door de vennootschap in gebruik is genomen, blijkt dat er gevelwerken aan zullen worden uitgevoerd door de eigenaar. Deze werken veroorzaken aanzienlijke hinder en hebben een nefaste impact op de omzet van de winkel die in het pand gevestigd is. De hurende vennootschap stelt de zaakvoerders van de - inmiddels failliete- BVBA aansprakelijk op basis van *culpa in contrahendo*, een toepassing van art. 1382 B.W., omdat zij ten tijde van de onderhandelingen wisten dat de gevelwerken eraan kwamen, maar dit verzwegen hebben tegenover de toekomstige huurder. De feitenrechters oordelen dat de zaakvoerders inderdaad op de hoogte waren van de geplande gevelrenovatie, en dat hun stilzwijgen daarover een fout was maar stellen tegelijk vast dat 1) eiseres geen schade bewijst, 2) dat de fout van de zaakvoerders in de precontractuele fase niet hun persoonlijke aansprakelijkheid impliceert, maar wel de aansprakelijkheid van de BVBA “als onderhandelende en later contracterende partij”.

De zaak gaat naar Cassatie, waarbij eiseres in cassatie aan de feitenrechters verwijt dat zij enerzijds een fout in hoofde van de zaakvoerders aanvaard hebben, maar anderzijds oordeelden dat deze daarvoor niet persoonlijk aansprakelijk zijn nu zij als orgaan of minstens gemandateerde hebben gehandeld.

In zijn arrest van 16 februari 2001 oordeelt het Hof van cassatie: “Overwegende 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.”

(...)

¹ T.B.H. 2002, 703, noot C. GEYS; R.W. 2002-03, 340; ook besproken bij I. CLAEYS, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 187-189, nr. 158 en K. GEENS en J. VANANROYE, “Bestuurdersaansprakelijkheid in N.V. en B.V.B.A.” in K. Geens (ed.), *Vennootschaps-en financieel recht*, Themis cahier nr. 11, Brugge, Die Keure, 2001, 16, nr. 27.



“dat het bestreden vonnis aldus naar recht oordeelt dat de fout van verweerders *sub* 1 en 2 (de BVBA-zaakvoerders-hdw) bij de besprekingen die hebben geleid tot het ontstaan van het contract voor rekening van die BVBA werd begaan en dat zij niet in eigen naam voor die fout kunnen worden aangesproken.”

Vele vennootschapsjuristen die dit arrest gelezen hebben waren ongetwijfeld, althans na een eerste ietwat vluchtiger lectuur, verrast. De eerste indruk is nl. dat de orgaantheorie volgens het Hof van cassatie impliceert dat de fouten van organen (binnen hun bevoegdheid begaan) niet alleen moeten toegerekend worden aan de rechtspersoon, maar tevens tot een immuniteit van het orgaan zelf tegenover derden leiden. Dit zou een revolutie inzake bestuurdersaansprakelijkheid betekenen en wel, in de ogen van ondergetekende, één die noch beleidsmatig, noch, in tegenstelling tot wat sommigen, voorop V. Simonart voorhouden, dogmatisch, te verdedigen valt.

De reflex van meer dan één vennootschapsjurist, zo bleek “in de wandelgangen” was dan ook te vermoeden dat dit arrest een zeldzame uitschuiver van het Hof betrof, een vergissing die hopelijk vlug rechtgezet zou worden.

Hier zal geargumenteed worden dat het arrest wellicht geen vergissing is – in de zin van uitspraak die door het Hof gedaan is uit “verstrooidheid”, of onwetendheid over vennootschapsrecht - maar dat de draagwijdte ervan anderzijds ook niet zo dramatisch is als men op het eerste zicht zou kunnen denken, ook al gaat het om een belangrijk arrest, waarvan de redenering bekritiseerbaar is.

Hoedanook is het arrest van 16 februari 2001 al minstens één maal toegepast door een lagere rechter², en het is te verwachten dat vele verweerders er zich op zullen beroepen nu het bekend begint te geraken.

Het arrest is een aanleiding om enige beschouwingen te wijden aan de logica van ons bestuurdersaansprakelijkheidssysteem.

Het lijkt er op dat het Hof van Cassatie met dit arrest de implicaties van zijn arrest van 7 november 1997³ volgens hetwelk bestuurders en zaakvoerders uitvoeringsagenten zijn die dus genieten van de bekende quasi-immuniteit, heeft uitgebreid naar de precontractuele context, uiteraard niet door bestuurders ook in die precontractuele fase als uitvoeringsagenten te beschouwen - een uitvoeringsagent in een precontractuele fase is een *contradictio in terminis* - maar wel door bestuurders in casu gelijk te schakelen met lasthebbers, wiens extra-(bv. pre-) contractuele fouten welke inherent zijn aan de uitvoering van hun opdracht, enerzijds worden toegerekend aan de lastgever, anderzijds niet tot aansprakelijkheid van de lasthebber lijken te kunnen leiden.

Hierna zal deze interpretatie verder toegelicht en onderbouwd worden. Rechtsvergelijking ontbreekt daarbij, hoewel ik de geïnteresseerde lezer er toch op wil wijzen dat de discussie omtrent deze problematiek levendig is in Duitsland en Engeland, in Duitsland tengevolge van

² Kh. Hasselt 25 juni 2002, *T.R.V.* 2003, 81, noot. J. Vananroye.

³ Cass. 7 november 1997, *R.C.J. B.* 1999, 730, noot V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes de droit privé”; *T.R.V.* 1998, 284, noot I. CLAEYS; tevens besproken door G. HORSMANS, “La transparence organique et fonctionnelle et la responsabilité des organes” in *Liber amicorum Walter Van Gerven*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 553 e. v.



het “Baustoff”-arrest van het BGH⁴, in Engeland wegens het arrest van het House of Lords in de zaak *Williams v Natural Life Health Foods Ltd.*⁵

2. De burgerrechtelijke kwalificatie van het bestuurdersmandaat

Om het cassatie-arrest van 16 februari 2001 te kunnen duiden, moet men zichzelf eerst opnieuw de beginselen in herinnering roepen inzake de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent, de orgaantheorie, de aansprakelijkheid van lasthebbers en lastgevers voor extracontractuele fouten van de lasthebber, en de mogelijke draagwijdte van het cassatiearrest van 7 november 1997. We zullen deze zaken nu in vogelvlucht bekijken, om dan tot een interpretatie van het arrest uit 2001 te komen. Het is niet mogelijk al deze soms controversiële leerstukken exhaustief te bestuderen in deze bijdrage- hoewel het interessant zou zijn eens een doorgedreven consistentietest te doen van de aansprakelijkheidsregimes van lasthebbers, aangestelden, werknemers, uitvoeringsagenten, organen en andere “vertegenwoordigers”⁶. Ik ben niet zeker dat ons Belgisch systeem er eervol zou uitkomen.

Naargelang men bestuurders met het oog op het beantwoorden van een bepaalde rechtsvraag als organen, uitvoeringsagenten of lasthebbers kwalificeert, wordt hun aansprakelijkheid anders beoordeeld. Die kwalificatie is dus geen louter theoretische oefening.

Het statuut van vennootschapsbestuurders naar Belgisch recht is sinds lang controversieel⁷. Regelmatig werd en wordt voorgehouden dat de regels van de lastgeving analoog op hen moeten toegepast worden⁸. Daarbij erkent men dat bestuurders eigenlijk geen lasthebbers zijn, alleen is het doelmatig de regels van de lastgeving op hen analoog toe te passen. Maar aan dit standpunt worden meteen nuances toegevoegd. Iedereen zal het er wel over eens zijn dat de regels van de lastgeving slechts toegepast kunnen worden voor zover dit verenigbaar is met de wet of de aard van het bestuurders”mandaat”. De vroegere vennootschappenwet bood verschillende tekstuele aanknopingspunten om de bestuurders inderdaad zoveel als mogelijk als lasthebbers te beschouwen⁹.

Maar veel principiële aanhangers van de lastgevingsvisie gingen verder in hun nuanceringen dan de toegeving dat de wet natuurlijk altijd voorrang heeft. Ronse bijvoorbeeld schrijft twee bladzijden voor hij stelt dat bestuurders als lasthebbers moeten behandeld worden, dat de lastgevingsregels enkel gepast zijn om het aansprakelijkheidsvraagstuk te

⁴ *BGHZ* 109, 297; onder de commentaren zie vooral D. MEDICUS, “Deliktische Aussenhaftung der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer” *ZGR* 1998, 570 die het slagveld van eerste commentaren soeverein overschouwt en een paar rake inzichten meedeelt; tevens H. FLEISCHER, “Deliktische Geschäftsführerhaftung gegenüber aussenstehenden Dritten im englischen Gesellschaftsrecht. Vergleichende Betrachtungen zu einer aktuellen Grundsatzentscheidung des House of Lords”, *ZGR* 2000, 152, dat in de eerste plaats een bespreking is van het hierna genoemde arrest van het House of Lords, maar met vergelijkng met het Duitse recht.

⁵ (1998) 2 *All ER* 577; *BCLC* 1998, 689; voor besprekingen zie o.a. GRANTHAM en RICKETT, *Modern Law Review* 1999, 133; WALTERS, *Company Lawyer* 1998, 227.

⁶ Deze taak is grotendeels ondernomen door H. BOCKEN in zijn glasheldere en daardoor verhelderende bijdrage “De aansprakelijkheid van rechtspersonen, hun organen, aangestelden en zelfstandige hulppersonen” in *Rechtspersonenrecht*, W. van Eeckhoutte (ed.), P.U.C. Willy Delva, Gent, Mys en Breesch, 1999, 490-520. Jammer voor ons is dat hij de lasthebber grotendeels buiten beschouwing laat.

⁷ Samenvattend Ph. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 289 e.v.; H. DE WULF, *Taak en loyaleitplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 9-12.

⁸ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 315; het meest doorgedreven B. TILLEMANS, die er de centrale these van zijn proefschrift van maakte: *Lastgeving in A.P.R.*, Gent, Story Scientia, 1997, 358.

⁹ Bv. de artt. 53 en 63, 129 en 143 lid 2 Venn. W.



regelen¹⁰. Hoewel vele anderen deze laatste visie lippendienst bewijzen¹¹, is zij toch moeilijk houdbaar, nu het net op aansprakelijkheidsgebied is dat vennootschapsbestuurders het minst als lasthebbers worden behandeld. Niemand twijfelt er immers aan dat bestuurders op aansprakelijkheidsgebied tevens als organen moeten behandeld worden, hetgeen onder meer impliceert dat de onrechtmatige daden die zij begaan binnen hun schijnbare bevoegdheidskring geacht worden de fout van de rechtspersoon zelf te zijn, daar waar voor lasthebbers traditioneel wordt aangenomen dat alleen zichzelf aansprakelijk zijn voor hun onrechtmatige daden¹².

Tegelijk neemt de rechtsleer overwegend aan dat bestuurders ook als uitvoeringsagent moeten beschouwd worden wanneer het er op aankomt hun extracontractuele aansprakelijkheid tegenover medecontractanten van de vennootschap te evalueren¹³. Het Hof van cassatie heeft de discussie daarover beslecht met zijn arrest van 7 november 1997, waarin het Hof weliswaar niet letterlijk zegt dat bestuurders uitvoeringsagenten zijn, maar waarin wel overwogen wordt dat het leerstuk van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent van toepassing is op “un organe, un préposé ou un agent” én de zaakvoerder van een BVBA als orgaan beschouwd wordt. Er weze hier meteen opgemerkt dat voor de N.V. vaak wordt voorgehouden dat het orgaan de raad van bestuur is, niet de individuele bestuurder. Nochtans betwist niemand dat men voor aansprakelijkheidsdoeleinden de individuele bestuurder wel degelijk als orgaan moet behandelen. M.i. zou het daarom juister zijn zowel raad van bestuur als de leden ervan als orgaan aan te duiden, zonder daarbij uiteraard de wettelijke regel uit het oog te verliezen dat de raad van bestuur van een N.V. een collegiaal orgaan is, zodat individuele bestuurders als dusdanig¹⁴ geen beslissing- of vertegenwoordigingsmacht hebben. Men zou tegen die visie kunnen opwerpen dat zij impliceert dat kennis in hoofde van een orgaan en dus in deze visie in hoofde van een individuele bestuurder, ook kennis in hoofde van de rechtspersoon geacht wordt te zijn, maar deze “traditionele” manier van kennistoerekening is m.i. op zich te verwerpen: bij vragen van kennistoerekening moet men kijken naar de feitelijke machtsverdeling en normale of behoorlijke informatiedoorstroming binnen vennootschappen¹⁵, de kennistoerekening laten afhangen van de vraag of diegene die de kennis bezit een orgaan is, is ongenueanceerd op een niet te rechtvaardigen manier.

¹⁰ J. RONSE, *Algemeen deel*, o.c., 313.

¹¹ *Ex multis* A. BENOÎT-MOURY, “Organisation des pouvoirs au sein des sociétés anonymes”, *Ann. Fac. dr. Liège* 1982, 299; PH. ERNST, o.c., 291, nr. 314.

¹² Voor bestuurders van vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid gelden daarenboven nog bijzonder wettelijke normen inzake bestuurdersaansprakelijkheid.

¹³ We noemen onder de velen slechts gezaghebbende auteurs als R.O. DALCQ, “Examen de jurisprudence (1980 à 1986). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle”, *R.C.J.B.* 1987, 604, nr. 3; J. RONSE e.a., “Overzicht van rechtspraak (1978-85). Vennootschappen”, *T.P.R.* 1986, 859, nr. 231; S. VAN CROMBRUGGE, “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders”, *R.W.* 1989-90, 1445-46, nr. 17.

Anders, zij het met uiteenlopende motiveringen: J. VAN RYN en X. DIEUX, “La responsabilité des administrateurs ou gérants d’une personne morale à l’égard des tiers”, *J.T.* 1988, (401), 403; DEZELFDEN, “La responsabilité des administrateurs ou gérants d’une personne morale à l’égard des tiers- observations complémentaires”, *R.P.S.* 1989, 93 e.v.; C. PARMENTIER, “La responsabilité des dirigeants d’entreprises en cas de faillite”, *T.B.H.* 1986, (741), 751; V. SIMONART, geciteerde noot onder Cass. 7 november 1997.

¹⁴ Dus enkel op basis van hun hoedanigheid van bestuurder. Individuele bestuurders kunnen evenwel wel hetzij in de statuten, hetzij door raadsbeslissing vertegenwoordigingsbevoegdheid krijgen, in het eerste geval onderhevig aan de Prokuralear, in het tweede aan het gemeen lastgevingsrecht. Daarnaast kunnen ze als dagelijks bestuurder beslissingsbevoegdheid krijgen.

¹⁵ In Nederland wordt aangenomen dat men zich moet afvragen of een bepaalde vertegenwoordiger of andere handelende die een band heeft met een rechtspersoon “naar verkeersopvatting” geacht kan worden die rechtspersoon op kennisvlak te vertegenwoordigen.



Het Wetboek van vennootschappen duidt vennootschapsbestuurders voortaan niet langer aan als lasthebbers¹⁶. Uit de voorbereidende werken blijkt dat de opstellers van het wetboek op die manier een doelmatiger kwalificatie mogelijk wilden maken. Het is mijn overtuiging dat een doelmatiger kwalificatie niet gevonden zal worden - behalve in het onwaarschijnlijke geval dat ons Burgerlijk Wetboek wordt aangevuld met een nieuwe benoemde vertegenwoordigingsfiguur. Het heeft hoogstens vanuit pedagogisch, maar niet vanuit praktisch oogpunt zin bestuurders als bewindvoerders te kwalificeren, want zelfs W. Van Gerven is er in zijn briljante “Bewindsbevoegdheid”¹⁷, een buitengewoon inspirerend en verhelderend werk dat iedere jurist zou moeten lezen, niet in geslaagd de rechtsgevolgen te formuleren die aan de bewindkwalificatie zouden moeten verbonden worden¹⁸.

Men mag bij het formuleren van kwalificaties niet de vergissing begaan naar een volkomen overeenstemming te streven tussen de kenmerken van en rechtsgevolgen verbonden aan een ideële figuur zoals de kwalificatie “lastgeving” enerzijds, en de feitelijke en juridische (d.w.z. door specifieke wetsbepalingen gevormde) kenmerken van een verschijnsel als “bestuurder van vennootschappen” anderzijds; kwalificaties hebben niet tot doel een werkelijkheid te beschrijven, te definiëren of te herkennen, maar dienen *enkel* om rechtvragen die rijzen rond een rechtsfeit zoals het bestaan van vennootschapbestuurders en die niet beantwoord worden door de wet op een voorspelbare en liefst beleidsmatig (ethisch, vanuit efficiëntieoogpunt) bevredigende manier te beantwoorden. Eens men dat beseft vormt het geen enkel probleem dat de lastgevingkwalificatie niet te rijmen valt met bepaalde wettelijke kenmerken van het bestuurdersmandaat, en zelfs niet dat men bepaalde zaken, zoals het verbod van instructies aan het bestuur door de algemene vergadering of de toerekening van onrechtmatige daden van bestuurders aan de vennootschap op het eerste zicht alleen aan de hand van andere theorieën, zoals orgaantheorie kan verklaren.

Ons standpunt is dus dat bestuurders zoveel mogelijk als lasthebbers moeten behandeld worden, waarbij men wel steeds voor ogen moet houden dat zij niet onderworpen zijn aan instructies van wie dan ook, maar hun opdracht in het gemeenschappelijk belang van alle aandeelhouders moeten vervullen. Het is dan ook aan de aandeelhouderscollectiviteit dat zij verantwoording afleggen.

3. Extracontractuele aansprakelijkheid van bestuurders

a. coëxistentie en samenloop

Er bestaat geen discussie over dat *coëxistentie* in ons aansprakelijkheidsrecht mogelijk is: een contractuele fout kan tevens een extracontractuele fout/onrechtmatige daad in de zin van art. 1382 B.W. zijn, en een derde die door die fout schade lijdt mag de schadeverwekker dan zonder twijfel aansprakelijk stellen op basis van art. 1382 B.W.¹⁹

Vanzelfsprekend veronderstelt dit dat niet alleen een contractuele norm geschonden is: art. 1382 B.W. speelt maar voor zover een norm die zich aan eenieder in dezelfde concrete omstandigheden opdringt, geschonden is.

In concreto is het niet steeds gemakkelijk om te bepalen of een schending van een contractuele norm tegenover de medecontractant tevens een extracontractuele fout tegenover

¹⁶ Zie bv. art. 517 W. Venn. voor de N.V.: “De naamloze vennootschap wordt bestuurd door natuurlijke of rechtspersonen, al dan niet bezoldigd”.

¹⁷ Brussel, Bruylant, 1962.

¹⁸ Zoals Van Gerven zelf aangaf was dat ook niet de bedoeling, hij wou slechts een “beginterm” formuleren.

¹⁹ Cass., 11 juni 1981, *Pas.* 1981, I, 1159.



een derde die buiten het contract staat uitmaakt. Voor vennootschapsbestuurders wordt doorgaans aangenomen dat het niet tijdig stopzetten van een onderneming die duidelijk geen overlevingskansen meer heeft, of het aangaan van verbintenissen in naam van de vennootschap wanneer men weet of moest weten dat de vennootschap die verbintenissen niet zou kunnen honoreren, een fout in de zin van art. 1382 B.W. tegenover derden uitmaakt²⁰.

Dat over deze gevallen relatief weinig discussie bestaat kan gezien worden als een illustratie van de neiging om voor professionelen, zoals bestuurders, vrij gemakkelijk te aanvaarden dat de zorgvuldigheidsplicht die zij hebben tegenover hun opdrachtgever (in casu: de vennootschap) tevens een zorgvuldigheidsplicht impliceert tegenover “het publiek” of mensen die zich in de invloedssfeer van de opdrachtgever bevinden²¹. Een lifthersteller die werkt in opdracht van de eigenaar van een flatgebouw waarin kantoren zetelen en die de lift slecht herstelt waardoor deze neerstort en bezoekers van het gebouw gewond raken, zal vlug op basis van art. 1382 B.W. aansprakelijk geacht worden. Bestuurders die de schuldenlast van een vennootschap vergroten met een verbintenis waarvan zij weten dat de vennootschap ze niet zal kunnen betalen, worden vlug geacht ook derden (schuldeisers) op die manier schade te berokkenen²². Beleidsmatig is de toepassing van art. 1382 B.W. goed te rechtvaardigen: de bestuurder weet zeer goed dat zijn handelen risico’s meebrengt voor een veel bredere kring mensen dan zijn opdrachtgever, in de eerste plaats voor de schuldeisers van die opdrachtgever, en de bestuurder heeft die risico’s in de hand, temeer daar hij de vennootschap (opdrachtgever) (mede) leidt.

Naast het beginsel dat coëxistentie mogelijk is, kent ons recht ook het zogenaamde *samenloopverbod*, waarvan het bestaan even goed bekend is als de draagwijdte moeilijk inschatbaar. Dat laatste komt mede doordat het Hof van cassatie zich in verband met dit leerstuk nog steeds opstelt als een “orakel van het recht (of is het “de wet”?)” in wiens formuleachtige proclamaties de sterveling vele betekenissen kan ontwaren. Misschien gaat het in deze materie om een bewuste tactiek van het Hof, dat misschien ruimte wil laten voor door de billijkheid ingegeven deviaties door de lagere rechtspraak van het beginsel dat het Hof voor ogen zweefde. De lagere rechtspraak vertoont in elk geval geen eensgezindheid in de toepassing van het beginsel en de enigen die zeker ongelijk hebben zijn zij die beweren, in een ietwat doorzichtige poging hun eigen mening op te dringen, “dat het nu toch wel duidelijk is” wat cassatie bedoeld heeft.

Het samenloopverbod houdt in essentie in dat tussen contractanten geen extracontractuele vordering kan ingesteld worden, tenzij zowel de verweten fout als de schade vreemd zijn aan de uitvoering van het contract. Deze formulering, die gebruikt werd in een cassatiearrest van 1975²³, laat vermoeden dat men niet veel belang mag hechten aan de woorden “uniquement”, “enkel” die voorkomen in het cassatiearrest van 4 juni 1971²⁴. Daarin oordeelde het Hof dat een extracontractuele vordering tussen contractanten niet mogelijk was indien het geschonden recht zijn oorsprong enkel in het contract vond en de schade enkel voortvloeide uit tekortkomingen aan contractuele verplichtingen. Duidelijker gezegd: het lijkt zeer onwaarschijnlijk dat het Hof van cassatie enkel de boodschap wou meegeven dat er niet alleen

²⁰ Zie de gevallen aangehaald bij B. VAN BRUYSTEGEM, “Mythe of werkelijkheid van de verantwoordelijkheid van het bestuur...”, *B.R.H.* 1980, 487.

²¹ L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Maklu/ced.Samson 1989, 119, nr. 69A en verwijzingen.

²² B. VAN BRUYSTEGEM, “Mythe of werkelijkheid van de verantwoordelijkheid van het bestuur...”, *B.R.H.* 1980, 487.

²³ Cass. 3 december 1975, *Pas.* 1976, I, 412.

²⁴ Cass. 4 juni 1971, *Pas.* 1971, I, 940.



sprake moet zijn van een contractuele fout, maar ook van een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm die het foutbegrip van art. 1382 B.W. uitmaakt voorleer men extracontractueel kan vorderen. In die interpretatie zou er eigenlijk geen samenloopverbod bestaan, en zouden de bedoelde arresten eigenlijk enkel herinneren aan de toepassingsvoorwaarden van het coëxistentieleerstuk.

Veel moeilijker te verwerpen is de “verdwijningstheorie”, die zich aan het andere einde van het interpretatiespectrum bevindt, en die er op neerkomt dat tussen contractpartijen (quasi) nooit extracontractueel kan gevorderd worden, tenzij de beweerde fout tevens een strafrechtelijk misdrijf is. Zij gaat ervan uit dat niet alleen de fout extracontractueel moet zijn, maar dat men wel degelijk ook een andere²⁵ schade moet lijden dan diegene die men zou geleden hebben dan wanneer het contract niet goed uitgevoerd was.

Dat is in elk geval één mogelijke interpretatie van de vaste formule die het Hof nu al jaren, minstens sinds het arrest van 14 oktober 1985²⁶ gebruikt, nl.: “een contractpartij kan wegens een bij de uitvoering van de overeenkomst begane fout slechts dan extracontractueel aansprakelijk gesteld worden indien de haar ten laste gelegde fout een tekortkoming uitmaakt, niet aan haar contractuele verbintenis maar aan de algemene zorgvuldigheidsplicht en indien die fout andere dan aan de slechte uitvoering van de overeenkomst te wijten schade heeft veroorzaakt.”

Ook een andere interpretatie, die logischer lijkt, is mogelijk: de medecontractant die extracontractueel wil vorderen moet aantonen dat de fout die hij zijn wederpartij ten laste legt geen inbreuk op diens contractuele verplichtingen is, maar daarentegen wel een inbreuk op de algemene zorgvuldigheidsnorm “uit” art. 1382 B.W., en alleen dat moet hij aantonen²⁷. Eens dat bewezen, zo voel ik het aan, staat automatisch vast dat de schade een andere is dan diegene die uit de slechte uitvoering van het contract voortvloeit. Zij vloeit voort uit een onrechtmatige daad die niet tegelijk een contractbreuk is. Ik leg dus de nadruk op het woord *voortvloeiën*, niet op het feit dat het om *andere* schade moet gaan²⁸. “Waarom vermeldt het Hof van Cassatie dan steeds dat de schade een andere moet zijn dan diegene die voortvloeit uit de slechte uitvoering van het contract?”, zo werpt men natuurlijk tegen. “Voor alle duidelijkheid”, zo zou ik enigszins sarcastisch antwoorden, nl. om te benadrukken dat men tussen contractanten slechts extracontractueel kan vorderen wanneer er precies geen coëxistentie is, wanneer de onrechtmatige daad geen inbreuk op het contract is, maar gewoon een onrechtmatige daad die nu eenmaal toevallig tussen contractanten begaan wordt.

Deze interpretatie vindt steun in volgend vrij bekend vennootschapsrechtelijk arrest van het Brusselse hof van beroep²⁹, waartegen het cassatieberoep werd verworpen, weliswaar zonder dat op de kern van onze vraag werd ingegaan.

Een vzw organiseert een festival voor elektronische muziek met vele buitenlandse artiesten. De vzw bestelt vliegtuigtickets bij Sabena teneinde die muzikanten te laten overvliegen. De

²⁵ In de betekenis van anderssoortige, verschillende en niet slechts uit een andere oorzaak voortvloeiend.

²⁶ *Pas.*, 1986, I, 155; *R.C.J.B.* 1988, 341, noot M. VAN QUIKENBORNE, “Réflexions sur le dommage purement contractuel”.

²⁷ Wanneer de fout niet alleen een fout in de zin van art. 1382 is, maar tevens een tekortkoming aan de tussen partijen bestaande contractuele verplichtingen, dan speelt het samenloopverbod dus wel.

²⁸ Vergelijk de beschouwingen van M. VAN QUIKENBORNE in zijn hierboven geciteerde noot, in het bijzonder p. 360, nr. 23.

²⁹ Brussel, 9 oktober 1987, *R.P.S.* 1988, 145.



tickets worden nooit betaald, waarop Sabena de bestuurders van de vzw wil laten veroordelen tot schadevergoeding gelijk aan de prijs van de onbetaalde tickets. De fout die aan de bestuurders verweten wordt is in essentie dat zij nagelaten hebben subsidies voor het muziekfestival aan te vragen bij de Franse Gemeenschap, die hen nochtans schriftelijk op die mogelijkheid had gewezen. Het Hof van beroep te Brussel oordeelt inderdaad dat de bestuurders hun bestuursstaak in het algemeen totaal hebben verwaarloosd en in het bijzonder ook de subsidies hadden moeten aanvragen. Het Hof besluit tot een fout in de zin van art. 1382 B.W. en veroordeelt de bestuurders tot een (nader te begroten) schadevergoeding jegens Sabena.

Het is duidelijk dat Sabena hier een 1382-fout aanklaagde die weliswaar een contractuele fout van de bestuurders in hun relatie tot hun vzw was (in dat opzicht was hier sprake van coëxistentie), nl. wanbeheer, maar die duidelijk geen schending door die bestuurders van de contractuele verplichtingen van de vzw tegenover Sabena uitmaakte. Het gaat dus om een andere fout dan de slechte uitvoering van het contract. Maar de schade is, in zekere zin, wel degelijk dezelfde als diegene die voortvloeit uit de slechte uitvoering van het contract, nl. de niet-betaling van de vliegtuigtickets. En toch worden de bestuurders veroordeeld. Dit steunt de visie dat het volstaat dat de fout zelf een andere is dan een contractuele fout en dat daaruit automatisch volgt dat ook de schade een andere oorzaak heeft dan de niet-uitvoering (of slechte uitvoering) van het contract. Een andere kijk op deze beslissing is dat zij de cassatierechtspraak verkeerd toepast, of beter gezegd doet alsof zij niet bestaat. Het Hof van cassatie heeft het cassatieberoep tegen dit arrest nochtans verworpen, maar zonder dat de kern van onze vraag daarbij aan bod kwam³⁰. Cassatie overwoog dat er meer dan genoeg feiten in het arrest vermeld werden waaruit de feitenrechter had kunnen afleiden dat de bestuurders zich aan een quasi-delictuele fout schuldig hadden gemaakt. De eisers in cassatie hadden de leer van het samenloopverbod en van de daaraan gekoppelde quasi-immuniteit van de uitvoeringagent niet opgeworpen voor de feitenrechters, want cassatie overweegt “dat uit de stukken waarop het hof vermag acht te slaan niet blijkt dat de eisers voor het hof van beroep hadden betoogd dat de vordering ongegrond was op basis van quasi-delictuele aansprakelijkheid, omdat de partij, die de vordering had ingesteld, een overeenkomst had gesloten met de vereniging zonder winstoogmerk waarvan zij de bestuurders waren”, hetgeen tot gevolg heeft dat het middel gesteund op de quasi-immuniteit nieuw en bijgevolg onontvankelijk is.

Wat er ook van zij, beleidsmatig zijn beslissingen als die van het Brusselse Hof van beroep goed te keuren, nu de bestuurders wisten dat zij door nalatig te besturen ook de schuldeisers van de vennootschap in gevaar brachten. Het feit dat men beroep doet op een rechtsvorm met beperkte aansprakelijkheid van de leden, en dat bestuurders natuurlijk niet persoonlijk gehouden zijn tot de verbintenissen van de rechtspersoon die zij vertegenwoordigen, impliceert niet dat men straffeloos schade aan derden mag berokkenen, enkel omdat die derde tevens een contract met uzelf of de vennootschap blijkt te hebben. Het enige wat moet vermeden worden is dat die derde het contract met de rechtspersoon ondergraaft door zich op 1382 B.W. te beroepen wanneer de rechtspersoon of zijn uitvoeringsagenten/organen een puur contractuele fout hebben begaan (die natuurlijk, anders kan er van art.1382 B.W. helemaal geen sprake zijn, tevens een schending van de algemene zorgvuldigheidnorm is).

Inderdaad, het samenloopverbod is wellicht ingegeven door de als dusdanig terechte wens van het Hof van cassatie te vermijden dat contractuele afspraken, zoals exoneratiebedingen,

³⁰ Cass. 29 juni 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 1309.



ondergraven worden door zich te beroepen op art. 1382 wanneer het contract zelf geen houvast biedt³¹ (precies omdat voor de bedoelde situatie aansprakelijkheid wordt uitgesloten door exoneratiebedingen of “gewone” bedingen die de rechten en plichten van partijen afwijkend van de algemene zorgvuldigheidsnorm ex art. 1382 regelen). Dit zou dan ook kunnen verklaren waarom het samenloopverbod geen toepassing vindt wanneer de extracontractuele fout tevens een misdrijf is: strafbepalingen maken altijd impliciet deel uit van een contract, of anders gezegd, een contract kan er niet van afwijken, zodat het gevaar voor ondergraving- en dus afbreuk aan art. 1134 lid 1 B.W., de bindende kracht van de overeenkomst- niet bestaat. Meestal verklaart men, in navolging van het Hof van cassatie zelf³², de uitzondering voor misdrijven door erop te wijzen dat de strafvordering redelijkerwijze niet kan tegengehouden worden door het toevallige feit dat het misdrijf tevens een contractuele fout is.

Hoewel de vermoedelijke intentie van het Hof, nl. de “contractuele economie” te vrijwaren, te begroeten is, is het zeer de vraag of daarvoor een algemeen samenloopverbod nodig was³³. In onze buurlanden heeft men subtielere samenloopverboden ontwikkeld, waarvan de draagwijdte weliswaar (eveneens) onzeker is.

b. quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent

Het samenloopverbod wordt ook toegepast in de verhouding tussen de uitvoeringsagent van een contractant en diens medecontractant: de medecontractant kan de uitvoeringsagent slechts aansprakelijk stellen op basis van art. 1382 B.W. voor zover hij zijn eigen medecontractant, de opdrachtgever van de uitvoeringsagent, op basis van art. 1382 zou kunnen aanspreken³⁴. Men spreekt in dat verband van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent. De uitvoeringsagent wordt met zijn opdrachtgever geassimileerd voor zover het er om gaat te beoordelen of de medecontractant van zijn opdrachtgever hem extracontractueel aansprakelijk kan stellen. Dit betekent natuurlijk niet dat er een contractuele band ontstaat tussen de uitvoeringsagent en de medecontractant van zijn opdrachtgever. Het impliceert ook niet dat een uitvoeringsagent niet aansprakelijk zou zijn voor zijn onrechtmatige daden: de quasi-immuniteit geldt niet tegenover derden, alleen tegenover de medecontractant van de opdrachtgever, die voor deze doeleinden niet als derde wordt beschouwd.

Een uitvoeringsagent is iemand die ermee belast is de verbintenissen van de ene partij tegenover een andere geheel of gedeeltelijk uit te voeren, hetzij op zelfstandige basis, hetzij in ondergeschikt verband, in dat laatste geval dus als aangestelde, bv. werknemer. Elke aangestelde is een uitvoeringsagent, maar niet elke uitvoeringsagent is een aangestelde. Er is contractuele band tussen opdrachtgever en uitvoeringsagent.

4. Cassatie 7 november 1997: ook voor organen geldt quasi-immuniteit

³¹ H. BOCKEN, “De aansprakelijkheid van rechtspersonen, hun organen...”, *l.c.*, 495, nr. 9.

³² Bv. Cass. 26 oktober 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, 244: “de omstandigheid dat een strafbaar feit wordt gepleegd bij de uitvoering van een overeenkomst (staat) aan de toepassing van de strafwet of van de regels van de uit een misdrijf voortvloeiende burgerrechtelijke aansprakelijkheid in beginsel niet in de weg”; zie verdere verwijzingen bij H. BOCKEN, “De aansprakelijkheid van rechtspersonen, hun organen...”, *l.c.*, 491, noot 5.

³³ Voor de kritiek, zie H. BOCKEN, bespreking van het proefschrift van E. Dirix, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Maarten Kluwer, Antwerpen, 1984, *R.W.* 1986-87, 136-141.

³⁴ Cass., 7 december 1973, *Pas.* 1974, I, 376.



Met een arrest dat misschien onder vennootschapsjuristen meer aandacht heeft gekregen dan onder civilisten heeft het Hof van cassatie in 1997³⁵ beslist dat ook organen zich op de leer van de quasi-immuniteit kunnen beroepen. De meerderheid van de vennootschapsrechtelijke rechtsleer had reeds voorheen aangenomen dat vennootschapsbestuurders als uitvoeringsagenten moesten beschouwd worden³⁶, o.a. met het argument dat uitvoeringsagent niet alleen diegene is die een verbintenis tegenover een ander geheel of gedeeltelijk uitvoert, maar ook diegene wiens tussenkomst, zoals van een orgaan, materieel gezien noodzakelijk is om die verbintenis uit te voeren.

Het arrest vermeldt “organe, préposé, agent” in één adem. Het zegt dus niet als dusdanig dat bestuurders van vennootschappen, die het als organen beschouwt, uitvoeringsagenten zijn, maar maakt tegelijk zonneklaar dat het leerstuk van de quasi-immuniteit op organen op dezelfde wijze moet toegepast worden als op aangestelden en uitvoeringsagenten. Met “agent” wordt in het arrest niet “lasthebber” (“mandataire”) bedoeld, maar uitvoeringsagent.

Na dit arrest bleef alleen de lasthebber nog in de kou staan: “Een lasthebber loopt voor zijn onrechtmatige daden, ook al worden die gesteld in de uitvoering van zijn mandaat, aansprakelijkheid op tegenover derden die hierdoor schade lijden, ook al zijn zij medecontractanten van de opdrachtgever”³⁷. Deze discriminatie van de lasthebber lijkt niet onmiddellijk gerechtvaardigd, en H. Bocken heeft dan ook gesteld dat het logisch zou zijn de quasi-immuniteit naar de lasthebber uit te breiden³⁸. Zolang dat niet gebeurt bestaat het gevaar dat rechters personen waarvan zij het billijk vinden dat zij aansprakelijk zouden zijn, als lasthebber kwalificeren, daar waar zij hen, indien het leerstuk van de quasi-immuniteit niet bestond, wellicht als uitvoeringsagent zouden beschouwd hebben³⁹.

Het is mogelijk dat het Hof van cassatie met zijn arrest van februari 2001 een zekere gelijkschakeling van de lasthebber met de uitvoeringsagent heeft willen bewerkstelligen. Een andere, iets meer waarschijnlijke interpretatie is dat het hof organen op dezelfde manier heeft willen behandelen als lasthebbers wanneer die lasthebber een quasi-delictuele fout begaat die inherent is aan de uitvoering van zijn opdracht (zie daarover verder).

Vooraleer daarop in te gaan moet eerst nog worden stilgestaan bij de gelijkschakeling van orgaan en uitvoeringsagent door het arrest van november 1997.

5. Misbruik van de orgaantheorie om de gelijkschakeling van bestuurders met uitvoeringsagenten te bekritisieren

In de eerste plaats Valérie Simonart heeft die gelijkbehandeling bekritiseerd. Volgens haar kan een orgaan onmogelijk tegelijk uitvoeringsagent zijn⁴⁰. Immers, aldus haar redenering, een uitvoeringsagent is een derde tegenover zijn opdrachtgever, bv. de vennootschap. Een

³⁵ Cass. 7 november 1997, *R.C.JB.* 1999, 730, noot V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes de droit privé”; *T.R.V.* 1998, 284, noot I. CLAEYS; tevens besproken door G. HORSMANS, “La transparence organique et fonctionnelle et la responsabilité des organes” in *Liber amicorum Walter Van Gerven*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 553 e. v.

³⁶ Zie de referenties hierboven in voetnoot 13.

³⁷ J. HERBOTS, S. STIJNS e.a.” Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten (1995-98)”, *T.P.R.* 2002, 780, nr. 937 in fine.

³⁸ H. BOCKEN, *l.c.*, 495, nr. 8 in fine.

³⁹ Zie bv., nota bene in zaken waar stuwadoors een rol speelden, Antwerpen, 25 april 1995, *Eurr. Vervoerr.* 1995, 503; Antwerpen, 30 september 1981, *Rechtspraak Haven van Antwerpen*, 1981-82, 457.

⁴⁰ V. SIMONART, *l.c.*, 756 e.v., nr. 29 e.v.



orgaan daarentegen wordt volkomen geassimileerd met de rechtspersoon, voor zover het binnen bevoegdheid handelt: als een orgaan een contract uitvoert dat door de rechtspersoon gesloten is, is het alsof die die rechtspersoon zelf handelde. Hoewel zij toegeeft dat er natuurlijk wel gelijkenissen zijn tussen uitvoeringsagenten en organen, en hun hoedanigheid niet steeds duidelijk is voor derden, meent Simonart toch dat organen zich tegenover de rechtspersoon niet in een vergelijkbare situatie bevinden als uitvoeringsagenten.

De redenering van Simonart is al te theoretisch. Zoals vele auteurs hebben opgemerkt, is een assimilatie tussen orgaan en rechtspersoon, met het oog op toepassing van het samenloopverbod, nog veel beter te rechtvaardigen dan assimilatie tussen rechtspersoon en een (gewone) uitvoeringsagent. Met zijn samenloopverbod wil het Hof van cassatie, zoals gezien, ondergraving van contractuele afspraken tegengaan. Of men dit gelukkig vindt of niet, het is gevestigde rechtspraak, dat uitvoeringsagenten met hun opdrachtgever geassimileerd worden wat extracontractuele aansprakelijkheid tegenover de medecontractant betreft, precies omdat zij nauw bij de uitvoering van het contract zijn betrokken en dus blijkbaar, volgens het Hof van cassatie, niet het slachtoffer mogen worden van een medecontractant van hun opdrachtgever die, omdat het samenloopverbod hem verbiedt 1382-vorderingen tegen zijn medecontractant (de opdrachtgever van de uitvoeringsagent) in te leiden, zich dan maar tegen de uitvoeringanget zou richten. Nog eens: men kan de zienswijze van het Hof inzake quasi-immuniteit vanuit opportunitieoogpunt betwisten⁴¹, maar binnen het systeem van het Hof van cassatie is het logisch en consistent om die quasi-immuniteit des te gemakkelijker te aanvaarden naarmate de uitvoeringsagent nauwer geassimileerd kan worden met zijn opdrachtgever. Welnu, de handelingen van organen- en niet alleen hun rechtshandelingen - worden juridisch beschouwd als handelingen van de rechtspersoon zelf, met andere woorden de assimilatie is veel enger dan bij een gewone uitvoeringsagent.

De reden waarom V. Simonart een tegenstander is van de gelijkschakeling tussen bestuurders en uitvoeringsagenten is helemaal niet te zoeken in bezwaren die zij zou hebben tegen de quasi-immuniteit van organen, meer bepaald bestuurders. Integendeel, zij wil bestuurders als orgaan, en alleen als orgaan gekwalificeerd zien, omdat dit in haar opvatting van de orgaantheorie tot een nog verregaander immuniteit van bestuurders voor extracontractuele fouten tegenover derden moet leiden. Volgens Simonart impliceert een correcte toepassing van de orgaantheorie immers dat de extracontractuele fout van de bestuurder niet alleen als een fout van de vennootschap moet beschouwd worden, maar dat die toerekening tevens een opslorping is, waardoor de bestuurder zelf voor dergelijke fout niet meer aansprakelijk kan gesteld worden⁴².

Zoals nu uit te leggen, moet die visie, die door Simonart het meest eloquent en expliciet verdedigd werd maar ongetwijfeld door nog anderen gedeeld wordt, verworpen worden. Men zou de redenering zelfs kunnen omdraaien: inderdaad onderscheiden organen zich, althans vennootschaporganen en bestuurders⁴³ van uitvoeringsagenten, nl. doordat zij niet slechts de verbintenis van een rechtspersoon helpen uitvoeren, maar dat hun tussenkomst ook

⁴¹ Ook al wordt die fout begaan in het kader van de uitvoering van de overeenkomst waardoor de opdrachtgever gebonden is, de uitvoeringsagent, die zelf geen contract heeft met de medecontractant van zijn opdrachtgever, begaat tegenover die medecontractant een eigen fout.

⁴² *L.c.*, 758 e.v. en zeer sterk (wat extracontractuele fouten betreft) in nr. 38, p. 764.

⁴³ Voor publiekrechtelijke organen is de toestand anders. In het publiekrecht worden zeer vele personen, die duidelijk een ondergeschikte functie uitoefenen, als orgaan beschouwd, nl. in beginsel al wie een deel van het overheidsgezag uitoefent. In het vennootschapsrecht daarentegen kan alleen de wet zelf de hoedanigheid van orgaan verlenen.



noodzakelijk is voor het rechtstreekse ontstaan van contractuele of extracontractuele verbintenissen in hoofde van de rechtspersoon. Meer bepaald beheersen organen de rechtspersoon die ze vertegenwoordigen. Een uitvoeringsagent daarentegen is vaak juridisch zelfstandig tegenover de opdrachtgever (en dus niet diens werknemer), maar hij zal zelden of nooit de leiding over de opdrachtgever hebben, zoals dat wel het geval is met vennootschapsbestuurders.

Om die redenen zou zowel dogmatisch⁴⁴ als beleidsmatig⁴⁵ een *uitzondering* op de quasi-immuniteit, in tegenstelling tot een beperking van de extracontractuele aansprakelijkheid, eerder gerechtvaardigd zijn voor vennootschapsbestuurders dan voor gewone uitvoeringsagenten.

6. Bestuurders beschermen via de *business judgment rule*, niet via een op haar kop gezette orgaantheorie

Laten we de poging van V. Simonart om de bestuurdersaansprakelijkheid te beperken iets verfijnder schetsen.

Simonart schrijft “Cette solution (persoonlijke aansprakelijkheid van het orgaan) est choquante, en particulier quand la faute résulte de la prise d’un risque par la personne morale ou constitue une faute collective qui ne peut être reprochée à titre personnel à l’organe qui a mal accompli tel acte relevant de sa fonction”⁴⁶.

In werkelijkheid heeft de meerderheidsvisie, volgens dewelke de toerekening van orgaanfouten aan de rechtspersoon geen afbreuk doet aan de persoonlijke aansprakelijkheid van het orgaan, niets “shockerends”. Wanneer, in het vennootschapsrecht, de rechtspersoon een risico neemt, zal die risiconame ofwel beslist zijn door ofwel gebeurd zijn met goedkeuring door het bestuur van de vennootschap; dat dit bestuur de gevolgen moet dragen van zijn beslissingen of gebrek aan toezicht is niet shockerend, maar noodzakelijk. Enigszins ironisch is dat Simonart staande houdt dat de meerderheidsvisie is ingegeven door “des considérations de politique juridique” - nl. de vrees voor derensponsabilisering van bestuurders -, par nature subjective”⁴⁷. Daarbij is vast te stellen dat 1) ook Simonarts stelling duidelijk is ingegeven door beleidsmatige wensen, nl. een vrees voor te vlugge aansprakelijkheid van bestuurders en een wens hen zeer verregaand voor aansprakelijkheid tegenover derden te beschermen 2) de meerderheidsvisie wel degelijk dogmatisch perfect verantwoord is, aangezien zij gewoon bevestigt dat wanneer een persoon een extracontractuele fout begaat, hij door de schadelijder daarvoor kan aangesproken worden, (tenzij die derde de medecontractant van de vennootschap is en de extracontractuele fout tegelijk een schending van het contract tussen vennootschap en derde is).

De meerderheidsvisie legt ook geen exorbitant zware lasten op de schouders van bestuurders, laat staan dat zij het einde betekent van het onderscheid tussen personen die als dusdanig individueel een activiteit uitoefenen en bestuurders van vennootschappen (met beperkte aansprakelijkheid). Niemand ontkent dat bestuurders zich professioneel moeten gedragen, en dat zij vrij zware aansprakelijkheidsrisico’s lopen, zelfs in die mate dat het onverantwoord is vandaag de dag een bestuursmandaat op te nemen zonder aansprakelijkheidsverzekering. Het is evenwel moeilijk verdedigbaar te orgaantheorie op haar kop te zetten om langs die

⁴⁴ Het orgaan is geen uitvoeringsagent, maar vereenzelvigd zich met de rechtspersoon.

⁴⁵ Leidinggevende personen dienen geresponsabiliseerd te worden.

⁴⁶ L.c. 762.

⁴⁷ L.c. 762.



kunstmatige weg een verregaande immuniteit van bestuurders voor extracontractuele fouten te bereiken.

Bestuurders kunnen tegen niet-verantwoorde aansprakelijkheidsrisico's beschermd worden door een correcte toepassing van ons aansprakelijkheidsrecht, meer bepaald door het respecteren van hun beleidsruimte en slechts marginale toetsing van hun beleids- of opportuniteitsbeslissingen, of eigenlijk juist, een correcte concretisering van de zorgvuldigheidsnorm. Nog beter zou de onverzachte invoering van de Amerikaanse *business judgment rule* zijn. Ook in Duitsland is men die weg opgeslaan. Dit vraagt enkele woorden uitleg⁴⁸.

Vooreerst mag men een bestuurder overeenkomstig het gemene recht slechts aansprakelijk stellen voor schendingen van de algemene zorgvuldigheidsnorm, wanneer hij een plicht die op hem persoonlijk rust heeft geschonden. Men mag niet de fout maken, een omgekeerde toerekening door te voeren. Anders gezegd, het is uit den boze uit het feit dat de vennootschap een bepaalde verplichting schendt, af te leiden dat de bestuurders verantwoordelijk zijn, hetzij eenvoudigweg omdat zij orgaan zijn, hetzij omdat vermoed zou worden dat wanneer de vennootschap een fout begaat, dit automatisch impliceert⁴⁹ dat de bestuurders niet voldoende gedaan hebben om die fout te voorkomen. Dat dergelijke redeneringen te verwerpen zijn heeft het Hof van cassatie benadrukt met zijn rechtspraak omtrent de aansprakelijkheid van bestuurders voor laattijdige aangifte, door de vennootschap, van faillissement⁵⁰. Ook al is de aangifte van faillissement buiten de wettelijke termijn *ipso facto* een fout in de zin van art. 1382 B.W., tenzij deze nalatigheid veroorzaakt is door overmacht of aan een vreemde oorzaak te wijten is, men mag niet uit het oog verliezen dat het hier om een fout van de vennootschap gaat. Weliswaar is het de raad van bestuur die voor rekening van de vennootschap de aangifte moet laten gebeuren, maar de fout van de raad van bestuur volgt niet automatisch uit de fout van de vennootschap. Meer bepaald is schuld vereist in hoofde van de bestuurders, dat wil zeggen dat zij wisten of behoorden te weten dat de faillissementstoestand was ingetreden, vooraleer het een fout in hun hoofde kan vormen de vennootschap geen aangifte te hebben laten doen.

Een ernstig bezwaar tegen de recente “Antwerpse” rechtspraak in fiscale zaken, waarin zaakvoerders en bestuurders zonder veel onderzoek of motivering persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor het betalen van bedrijfsvoorheffing of andere belastingen wanneer de vennootschap waarvan zij bestuurder zijn dit nagelaten heeft, is precies dat zij uitgaat van een vermoeden van nalatigheid en zich in die zin schuldig maakt aan omgekeerde

⁴⁸ Zie uitgebreider over de procedurele concretisering van de zorgvuldigheidsnorm voor bestuurders, zoals geïnspireerd op de Amerikaanse *business judgment rule*, H. DE WULF, *Taak en loyaleitplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 470-503 en 554-577.

⁴⁹ Of er minstens een weerlegbaar vermoeden bestaat.

⁵⁰ Cass., 22 september 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 91, Cass., 18 mei 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1196 en 7 september 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 18; *T.R.V.* 1991, 86, noot M. WYCKAERT. Zie over deze arresten in de eerste plaats L. CORNELIS, “Fout en wetsovertreding in het handelsverkeer: enkele beschouwingen” in *Mélanges R.O. Dalcq*, Brussel, Larcier, 1994, 35 e.v.. Verder onder meer R.O. DALCQ, “Appréciation de la faute en cas de violation d’une obligation déterminée”, *R.C.J.B.* 1990, 207-21 en J. LIEVENS, noot onder Rb. Antwerpen, 8 maart 1982, *T.B.H.* 1983, 290, die de rechtspraak verwerpen omdat ze in strijd zou zijn met de rechtspraak die elke wetsovertreding als fout zou beschouwen; I. VEROUGSTRAETE EN Chr. VAN BUGGENHOUT, “Faillissement en continuïteit van de onderneming”, *T.P.R.* 1990, 1749-51, nr. 17; P. COPPENS en F. ‘T KINT, “Examen de jurisprudence, 1984-90, les faillites, les concordats et les privilèges”, *R.C.J.B.* 1991, 489, nr. 90, die het Hof van cassatie in de eerste plaats pragmatische bedoelingen toeschrijven; M. WYCKAERT, “Bestuurdersaansprakelijkheid een aangifte van faillissement”, noot onder Cass. 7 september 1990, *T.R.V.* 1991, 89-92; K. GEENS, “Kroniek vennootschapsrecht 1989”, *T.R.V.* 1990, 510, nr. 74.



toerekening⁵¹. De rechter zou moeten motiveren uit welke feiten hij afleidt dat een persoonlijke fout van de bestuurder de oorzaak is van het niet-betalen van de belastingen, en kan daarbij niet volstaan met de algemene vaststelling dat bestuurders er moeten voor zorgen dat de vennootschap haar verplichtingen nakomt. Dit is, in hoofde van de bestuurders, nl. slechts een inspanningsverbintenis, geen resultaatsverbintenis⁵², en bovendien hebben bestuurders het recht en in grotere vennootschappen de plicht delegaties door te voeren en impliceert de nalatigheid van het vennootschaps personeel dat een delegatie heeft ontvangen niet automatisch dat het bestuur is tekort geschoten in zijn toezichtsplicht op dat personeel.

Ten tweede moet men vaststellen dat een extracontractuele fout de afwijking is van een gedrag dat van eenieder in dezelfde omstandigheden in concreto kan verwacht worden. Welnu, wanneer de bestuurder bestuurt komt hij niet uitzonderlijk maar eerder in de regel in situaties terecht waarvan niemand kan zeggen hoe een redelijk persoon zou handelen, behalve dat een redelijk persoon de beslissing met de nodige omzichtigheid en voorbereiding en aandacht voor alle betrokken belangen zou nemen. Schoolvoorbeeld zijn investeringsbeslissingen. Is de bestuursbeslissing met de nodige voorzichtigheid genomen, dan is een verdere, inhoudelijke afweging van de alternatieve beslissingen niet objectief door te voeren, zodat een rechter ook niet bevoegd is zijn subjectief aanvoelen tot norm te gaan verheffen.

In gevallen waarin beleidsruimte voor het bestuur aanwezig is, zou men het bestuurdersgedrag enkel *procedureel* mogen toetsen, met andere woorden, men zou de Amerikaanse *business judgment rule* moet toepassen.

De door ons voorgestelde procedurele toets voor zowel individueel bestuurdersgedrag als beslissingen van de raad van bestuur in gevallen *waarin de bestuurder of de raad over beoordelingsvrijheid*⁵³ beschikken, kan als volgt toegelicht worden:

Een beslissing van de raad van bestuur is niet aanvechtbaar en kan niet tot aansprakelijkheid van de bestuurders wegens schending van het vennootschapsbelang leiden wanneer de beslissing

a) niet genomen werd met het opzet een bij de onderneming - hetgeen ruimer is dan de vennootschap - betrokken belang te schaden. Het opzetvereiste moet daarbij eng worden opgevat, en niet worden gelijkgeschakeld met de kennelijk onredelijke handeling

b) op basis van voldoende informatie genomen werd

c) niet irrationeel is - waarbij ook irrationaliteit een begrip is dat enger is dan kennelijke onredelijkheid, en meer bepaald enkel slaat op onlogische beslissingen, bij voorbeeld deze waarbij voorgesteld wordt gebruik te maken van een middel dat nooit tot het vooropgestelde doel kan leiden;

⁵¹ Bv. Antwerpen 6 april 1999 en 13 december 1999, *T.R.V.* 2000, 32 en 33. Over de problematiek, zie D. DESCHRIJVER, "In hoeverre zijn vennootschapsbestuurders persoonlijk aansprakelijk voor de door de vennootschap onbetaald gebleven bedrijfsvoorheffing", *T.R.V.* 2001, 554. Correcter redenerend Rb. Turnhout 14 juni 2002, *T.R.V.* 2002, 461, noot. D. Deschrijver; Ongeuanceerd gemotiveerd opnieuw het nog niet gepubliceerde Antwerpen, 6 maart 2003, AR/2001/1253 +1419.

⁵² De verplichting voor de vennootschap zelf om de wet na te leven, is zelf natuurlijk wél een resultaatsverbintenis.

⁵³ Deze is niet aanwezig wanneer specifieke plichten, verboden of gedragsregels volgen uit de wet of de statuten of er, gezien de verkeersopvattingen, geen betwisting kan bestaan over de manier waarop een beslissing moet beoordeeld worden.



d) zonder vermogensrechtelijke belangen in hoofde van één of meer bestuurders, waarbij, *de lege ferenda*, het niet enkel zou mogen gaan om een vermogensrechtelijk belangenconflict in de zin van art. 523 W. Venn. Meer bepaald zou geen *conflict* tussen het belang van de bestuurder en dat van de vennootschap vereist zijn: een belang strijdig met een objectieve besluitvorming zou volstaan om van de aanwezigheid van een vermogensrechtelijk belang te spreken.

Op een eventuele eiser zou de bewijslast liggen om aan te tonen dat deze voorwaarden, of één ervan niet vervuld is, waarbij de raad van bestuur evenwel onderworpen zou worden aan een formele motiveringsplicht voor zijn beslissingen. De raad zou controle van het al dan niet geïnformeerde en rationele karakter van zijn beslissing mogelijk moeten maken door notulering terzake. Bovendien moet men een onderscheid maken tussen bewijslast en bewijsaanvoeringslast. Op de eiser die een beslissing nietig wil laten verklaren of bestuurders aansprakelijk wil stellen rust de bewijslast: slaagt hij er niet in bepaalde feiten bewezen te krijgen, dan verliest hij de procedure. Dit impliceert niet dat alleen op de eiser een bewijsaanvoeringslast rust. Initieel moet hij wel aantonen door een beslissing benadeeld te worden én aantonen dat er redenen zijn om aan te nemen dat er een fout is begaan. Nadat hij evenwel dergelijke feiten heeft aangevoerd die duidelijk maken dat zijn vordering *prima facie* niet geheel zonder verdienste is, zal het bestuur feiten en argumenten moeten aanvoeren die de stellingen van eiser tegenspreken. Gezien de grote informatievoorsprong die het vennootschapsbestuur tegenover de meeste eisers heeft, is het beleidsmatig goed te verdedigen dat aan de eiser bij het begin van de procedure geen zeer zware bewijsaanvoeringslast moet opgelegd worden, en daarmee corresponderend wel een zware bewijsaanvoeringslast op het vennootschapsbestuur⁵⁴.

Indien een bestuurder bij het nemen van een beslissing als lid van de raad van bestuur, of daarbuiten, bij handelingen in privé, evenwel geplaagd zou worden door een vermogensrechtelijk belang dat zijn objectieve oordeelsvorming in het gedrang kan brengen, zou de hierboven beschreven toets niet als enige gelden. Is dergelijk belang in hoofde van een bestuurder aanwezig, dan zou hij zich - steeds de *lege ferenda* - moeten onthouden van deelname aan de beraadslaging van de raad van bestuur. Doet het belang zich voor naar aanleiding van een beslissing in privé, dan zou de bestuurder op basis van zijn loyaleitplicht verplicht zijn zich te onthouden van enige beslissing tot nadat hij de aangelegenheid aan de raad van bestuur heeft voorgelegd. Enkel wanneer de raad van bestuur (en niet de algemene vergadering) hem machtiging zou verleend hebben tot het nemen van deze of gene beslissing, na door de betrokken bestuurder voorzien te zijn van alle informatie wezenlijk voor een behoorlijke besluitvorming, zou de betrokken bestuurder in privé mogen handelen. Die machtiging en de handeling daarmee in overeenstemming zouden dan vanuit aansprakelijkheids- en nietigheidsoogpunt onaanvechtbaar zijn voor zover de machtiging de hoger aangegeven driedelige test doorstaat (geïnformeerd, rationeel en subjectieve goede trouw/afwezigheid van kwade trouw).

⁵⁴ Zie over dergelijke verdelingen van bewijslast en aanvoeringslast in vennootschapszaken ook het Duitse concernrecht-arrest T.B.B., ZIP 1993, 589 of het arrest inzake uitsluiting van voorkeurrecht “Kali und Salz”, BGHZ 71, (41), 48. In het Duitse recht duidt men het in de hoogste rechtspraak erkende beginsel dat iemand die een geprivilegieerde toegang tot bewijsmateriaal heeft, kan gedwongen worden de eiser die een vordering tegen hem richt te helpen bij het verzamelen van dat bewijsmateriaal, wel eens aan als “Näheprinzip” (bv. met de rechtspraak op dit vlak op gebied van mededingingsrecht, JACOBS, *Kommentar UWG*, Vor § 13, randnr. 358) of als een toepassing van de “Sphärentheorie”.
Zie de goede uiteenzetting bij PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, 1983, 44 e.v.



De procedurele toets zoals hierboven geschetst sluit nauw aan bij de Amerikaanse *business judgment rule*⁵⁵ zoals ontwikkeld door het American Law Institute in zijn *Principles of Corporate Governance*.

§ 4.01 (c) van de *Principles* luidt:

"A director or officer who makes a business judgment in good faith fulfills the duty <of care> if the director or officer:

- (1) is not interested (§ 1.23) in the subject of the business judgment;
- (2) is informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and
- (3) rationally believes that the business judgment is in the best interest of the corporation."

In § 4.01(d) wordt dan duidelijk gemaakt dat de eiser die beweert dat een bestuurder zijn duty of care geschonden heeft, daarvan de bewijslast draagt, inclusief het bewijs dat de business judgment rule niet toepasselijk is. Er wordt dus vermoed dat de business judgment rule is nageleefd. Dit is in overeenstemming met de rechterlijke uitspraken die de business judgment rule voorstellen als een vermoeden dat de bestuurder zijn duty of care gerespecteerd heeft⁵⁶.

De business judgment rule speelt bij de beoordeling, of de bestuurder zijn *duty of care*, zijn zorgvuldigheidsplicht, heeft nageleefd. Hij beschermt bestuurders niet tegen aansprakelijkheid wegens schending van hun loyauteitsplicht. Integendeel, een voorwaarde opdat de business judgment rule zou kunnen spelen, is dat de betrokken bestuurder niet geplaagd wordt door een belangenconflict bij de beslissing of gedraging die door de rechtbank dient beoordeeld te worden.

In Duitsland heeft het *Bundesgerichtshof* met een arrest d.d. 21 april 1997 ("ARAG-Garmenbeck")⁵⁷ de *business judgment rule* in slechts licht gewijzigde vorm in het Duitse recht ingevoerd⁵⁸. Aansprakelijkheid van de leden van de Vorstand is volgens het BGH pas aan de orde "wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewußtseins getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muß, deutlich überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt worden ist oder das Verhalten des Vorstandes aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muß".

Meerdere Duitse auteurs die het ARAG-arrest bespreken lezen hierin, terecht, de overplanting van de business judgment rule naar Duits recht⁵⁹. Dit wordt bevestigd door de

⁵⁵ Daarover inleidend, R.C. CLARK, *Corporate law*, Boston, Little Brown, 1986, 123-125; A.R. PINTO en D. BRANSON, *Understanding corporate law*, 1999, New York, Matthew Bender, 1999, 190-92.

⁵⁶ ALI, *Principles*, I, 173. Zie ibidem, Reporter's Note 2 op p. 188 voor verwijzingen naar rechtspraak en rechtsleer die de business judgment rule als een vermoeden van "onschuld" formuleren. Eveneens over de rule als vermoeden, A. VON WERDER en Ch. FELD, "Sorgfaltsanforderungen der US-amerikanischen Rechtsprechung an das Top-management", *R.I.W.* 1996, 482, met verwijzingen.

⁵⁷ *BGHZ* 135, 244; *NJW* 1997, 1926; *ZIP* 1997, 883.

⁵⁸ Aldus de quasi-authentieke interpretatie van het arrest door rechter in het BGH H. HENZE, "Prüfungs- und Kontrollaufgaben des Aufsichtsrats in der Aktiengesellschaft", *NJW* 1998, 3309, 3311; J. GROOTERHORST, "Die ARAG/Garmenbeck-Prozesse- eine Gesamtschau im Rückblick", *ZIP* 1999, (1117), 1123.

⁵⁹ Onder andere J. GROOTERHORST, *l.c.*, 1123. P. ULMER, "Entwicklungen im Kapitalgesellschaftsrecht 1975-1999", *ZGR* 1999, 763; P. ULMER, "Die Aktionärsklage als Instrument zur Kontrolle von Vorstand und Aufsichtsrat", *ZHR* 1999, (290), 298; P.W. HEERMANN, "Wie weit reicht die Pflicht des Aufsichtsrats zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen Mitglieder des Vorstands?", *AG* 1999, 204-06; P. KINDLER, "Unternehmerisches Ermessen und Pflichtenbindung", *ZHR* 1998, (101), 105 en 107.



quasi-authentieke interpretatie door Henze⁶⁰, rechter bij het BGH, die zelf aan de totstandkoming van het arrest meewerkte.

Drie elementen worden uit de business judgment rule overgenomen. Ten eerste mag de Vorstand niet geplaagd zijn door een belangenconflict. Dit kan men afleiden uit de verwijzing naar het “uitsluitend aan het welzijn van de onderneming georiënteerde (...) handelen”. Ten tweede moet de Vorstand zich zorgvuldig geïnformeerd hebben. Ten derde moet de Vorstand geloven - geen kwade trouw- en rationelerwijze geloven kunnen dat hij in het belang van de vennootschap handelt.

7. Verkeerde invulling van de orgaantheorie

Het bovenstaande moge duidelijk gemaakt hebben dat er geen nood is aan een verdraaiing van de orgaantheorie om de aansprakelijkheid van vennootschapbestuurders binnen de perken te houden. Om procesrechtelijke redenen, en omwille van niet steeds evidente opvattingen omtrent afgeleide schade, is het reeds zeer moeilijk voor iemand anders dan een meerderheidsaandeelhouder of een curator om bestuurders aansprakelijk te stellen⁶¹, maar daarnaast moet vastgesteld worden dat het foutbegrip, indien correct ingevuld, voldoende eng is om tegen excessen van bestuurdersaansprakelijkheid te beschermen.

Laten we de argumentatie van V. Simonart en haar sympathisanten nog eens van naderbij bekijken. Het voornaamste dogmatische argument van Simonart is dat een logische toepassing van de orgaantheorie zou impliceren dat de toerekening van de fout van het orgaan van de rechtspersoon, zou impliceren dat het orgaan zelf niet aansprakelijk is voor de fout.

De redenering dat een “logische” toepassing van de orgaantheorie met zich mee zou brengen dat het orgaan zelf niet meer aansprakelijk is voor de fouten die aan de rechtspersoon worden toegerekend⁶², is een schoolvoorbeeld van hoe theorieën die uitgevonden worden om bepaalde doeleinden te rechtvaardigen na verloop van tijd, wanneer hun historische oorsprong vergeten is, misbruikt worden om allerlei conclusies te rechtvaardigen waarvoor de theorie helemaal niet bedoeld was. De theorie, met een bepaald oogmerk ontworpen en inductief tot stand gebracht, gaat een eigen, zelfstandig leven leiden en wordt niet langer gezien als een middel om een bepaald wenselijk geacht doel te bereiken- in casu: aansprakelijkheid van de overheid - maar wordt een doel op zich en geeft aanleiding tot allerlei gevolgtrekkingen (de fase van de onterechte deducties) waarvoor zij niet ontworpen was.

Voor zover men zonder hulp van rechtshistorische mijnlampen, waarover ik momenteel niet beschik, nog door de dampen van de geschiedenis heen kan kijken, lijkt het erop dat de orgaantheorie in een actueel herkenbare vorm pas in de negentiende eeuw is uitgevonden, in Duitsland, om het functioneren van rechtspersonen anders dan via lastgevingsgedachten te

⁶⁰ H. HENZE, “Prüfungs- und Kontrollaufgaben des Aufsichtsrates in der Aktiengesellschaft”, *NJW* 1998, 3310-11.

⁶¹ Zij het dat de wetgever daarin recent een beetje verandering gebracht heeft door individuele schuldeisers en niet alleen de curator, een vorderingsrecht op basis van art. 530 W. Venn. (kennelijke grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement) te geven.

⁶² Een redenering die door velen gemaakt wordt, zij het dat zij vervolgens meestal volstaan met de vaststelling dat zij in ons positieve recht nooit aanvaard werd, zie bv. J. RONSE, *algemeen deel*, Leuven, Acco, 1975, 465; I. CORBISIER, “Quelques réflexions en filigrane des développements qu’a connu le droit de la responsabilité des administrateurs d’une personne morale”, *R.P.S.* 1994, 14.



verklaren. Otto von Gierke en zijn “deutsches Privatrecht” uit 1895 is een naam die in dat verband vaak genoemd wordt als, wat mij betreft, “schuldige”⁶³.

De *conventional wisdom* is dan weer dat de orgaantheorie althans in België in het positieve recht het eerst ingang vond in het publiek recht⁶⁴. De bedoeling daar was de aansprakelijkheid van de staat, een rechtspersoon, te verklaren voor onrechtmatige daden die hij nochtans niet zelf, maar “via” ambtenaren, begaan had. In het Belgisch vennootschapsrecht werd de orgaantheorie evenwel in de eerste plaats om eerder banale redenen geïntroduceerd: men wou in 1873 een eind maken aan de moeilijkheden die vennootschapsbestuurders ondervonden om akten op het hypotheekkantoor overgeschreven te krijgen, nu de hypotheekbewaarders een authentieke volmacht bleven eisen⁶⁵. Sinds de wet van 18 mei 1873 moet het orgaan, dat in dat opzicht geen lasthebber is, zijn hoedanigheid niet door voorlegging van een volmacht bewijzen, het moet gewoon bewijzen benoemd te zijn en moet bijgevolg ook naar aanleiding van in- of overschrijvingen geen volmacht, ook geen authentieke, voorleggen.

Een belangrijk verschil tussen de orgaantheorie in het vennootschapsrecht tegenover andere rechtstakken en in elk geval het publiekrecht is dat er inmiddels geen discussie meer over bestaat dat in het vennootschapsrecht enkel de wetgever de hoedanigheid van orgaan kan verlenen⁶⁶. Een algemeen criterium, zoals in het publiekrecht het “deelhebben aan de uitoefening van het staatsgezag”⁶⁷, bestaat in het vennootschapsrecht niet, en ook “statutaire organen” zijn voor de Belgische vennootschapsjurist onbestaanbaar⁶⁸, een *contradictio in terminis*.

Vast te stellen is dat de orgaantheorie (in elk geval in het vennootschapsrecht) geen wettelijke grondslag kent^{69,70}. Er zijn wel illustraties, zoals art. 61 W. Venn. dat bepaalt “De vennootschappen handelen door hun organen waarvan de bevoegdheden worden vastgesteld door dit wetboek, het doel en de statuten. De leden van de organen zijn niet persoonlijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap”. Dat artikel is welkom als bevestiging, om alle discussies te vermijden, maar strikt genomen overbodig, en zeker niet “de basis van de orgaantheorie”. Het artikel is strikt genomen overbodig, omdat niemand er aan twijfelt dat bestuurders vertegenwoordigers zijn, en vertegenwoordigers die in hoedanigheid optreden (hetgeen art. 61, naast (onrechtsreeks) de artt. 78 en 80 van vennootschapsbestuurders eist), binden door hun rechtshandelingen nooit zichzelf, alleen de

⁶³ Zie T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, nr. 919.

⁶⁴ Bv. H. BOCKEN, *o.c.*, 498, nr. 13.

⁶⁵ Zie de voorbereidende werken van de wet van 18 mei 1873, meer bepaald GUILLERY, *Commentaire législatif*, II, 439, nr. 526.

⁶⁶ J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, Gent, Story Scientia, 1973, nr. 302; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, nr. 923, met verdere verwijzingen.

⁶⁷ Cass. 30 januari 1961, *Pas.* 1961, I, 570; Cass. 27 mei 1963, *Pas.* 1963, I, 1033.

⁶⁸ Aan de (gedeeltelijk door een verwarrend cassatiearrest veroorzaakte) discussie werd een eind gemaakt door L. SIMONT en P. VAN OMMESLAGHE, “La notion de l’organe statutaire et la répartition des pouvoirs par le conseil d’administration des sociétés anonymes”, noot onder Cass. 17 mei 1962, *R.C.J.B.* 1964, 74.

⁶⁹ We danken prof. E. Wymeersch om dit punt in een gesprek benadrukt te hebben.

⁷⁰ De centrale regel dat een onrechtmatige daad van een orgaan van een rechtspersoon, begaan binnen de opdracht van het orgaan, geacht wordt een onrechtmatige daad van de rechtspersoon zelf te zijn, werd voor het Belgische recht ingevoerd door het cassatiearrest van 13 december 1923, *Pas.* 1924, I, 82. Het is de fout zelf die toegerekend wordt, het gaat niet om een geval van aansprakelijkheid voor andermans daad (anders gezegd: art. 1382 B.W., niet art. 1384 B.W. speelt hier). In Cass. 29 mei 1947, *Pas.* 1947, I, 216 werd de regel uitgebreid doordat sindsdien geldt dat de fout toegerekend wordt van zodra zij begaan is binnen wat in de ogen van een goede huisvader de schijnbare bevoegdheid van het orgaan kon zijn.



vertegenwoordigde⁷¹. De verklaring hiervoor is evident (en heeft niets met de orgaantheorie en haar vereenzelvigingsgedachte te maken): zij hebben de wederpartij duidelijk gemaakt zelf geen verbintenissen te willen aangaan.

Te benadrukken is dus dat de orgaantheorie is uitgevonden, zonder algemeen-wettelijke grondslag, om de aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor bepaalde vertegenwoordigers te verklaren. In plaats van een algemene theorie van de vertegenwoordiging te ontwikkelen, heeft men ervoor geopteerd het lastgevingsrecht ongewijzigd te laten en in beginsel (zie verder voor nuanceringen) te blijven zweren bij het principe dat lastgeving alleen op rechtshandelingen kan slaan en dat toerekening van onrechtmatige daden in het kader van het lastgevingsrecht dus niet kon verklaard worden. Men vond daarom maar een aparte theorie uit die dit wel kon “verklaren”, en die tegelijk komaf wou maken met legitimatieproblemen. In de vereenzelving van het orgaan met de rechtspersoon ook voor feitelijke handelingen en in de andere legitimatie (met de procesrechtelijke gevolgen die aan beide zaken verbonden zijn⁷²) ligt het blijvende onderscheid tussen het lastgevingrecht en de orgaantheorie.

Nooit was het de bedoeling van de orgaantheorie om de vereenzelving van orgaan en rechtspersoon zo ver door te drijven dat het orgaan tegenover derden⁷³ immuun zou worden voor fouten binnen bevoegdheid begaan⁷⁴. Dit zou dermate radicaal tegen art. 1382 B.W. ingaan, dat het dogmatisch, op basis van een praetoriaanse theorie, totaal onhoudbaar zou zijn. Artikel 1382 B.W. dringt zich aan eenieder op, dit beginsel is in het Belgische recht even simpel als het fundamenteel is.

Soms beroept men zich tevens op de tekst van artt. 527 W. Venn. (het vroegere art. 62 lid 1 Venn. W.), die ongewijzigd is sinds zijn invoering door de wet van 18 mei 1873⁷⁵, om staande te houden dat bestuurders tegenover derden niet aansprakelijk zouden zijn voor hun onrechtmatige daden⁷⁶ - tenzij het tegelijk om schendingen van de vennootschappenwet of de statuten zou gaan, want voor die gevallen voorziet art. 528. W. Venn. uitdrukkelijk in een verzwaarde aansprakelijkheid. Art. 527 bepaalt dat bestuurders overeenkomstig het gemeen recht verantwoordelijk zijn voor de vervulling van hun taak en aansprakelijk voor de tekortkomingen in hun bestuur. Deze bepaling verwijst naar het gemeen recht, en dus duidelijk ook naar art. 1382 B.W. Nu is het juist dat voor de zogenaamde “gewone bestuursfouten” in de zin van art. 527 enkel contractuele aansprakelijkheid tegenover de vennootschap mogelijk is. Immers, de vennootschap is de medecontractant, opdrachtgever van de bestuurders, die bijgevolg alleen tegenover de vennootschap, niet tegenover derden, de verplichting hebben goed te besturen.

⁷¹ Behoudens, zoals steeds, specifieke wettelijke uitzonderingen, zoals art. 60 W. Venn. inzake preconstitutieel handelen.

⁷² Daarover H. BOCKEN, *o.c.*, 500, nr. 17; Zie in het algemeen over de orgaantheorie en de verschillende behandeling van organen en andere vertegenwoordigers of tussenpersonen L. CORNELIS, *Beginselen*, *o.c.*, 429, nr. 262 e.v.; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité*, I, nrs. 918 e.v.

⁷³ Dat het orgaan in elk geval tegenover de rechtspersoon aansprakelijk blijft voor zijn fouten, betwist voor zover bekend niemand.

⁷⁴ Vergelijk wellicht in dezelfde zin J. VAN RYN en X. DIEUX, *l.c.*, *J.T.* 1988, 403: dit zou “conférer à la fiction de l’identification de la personne morale à ses organes une portée qu’elle n’a certainement pas”.

⁷⁵ Behalve dat door het Wetboek vennootschappen en de corporate governance-wet van 2 augustus 2002 de woorden “leden van het directiecomité en dagelijks bestuurders” werden ingevoerd, om de regel uitdrukkelijk ook op hen toepasselijk te maken.

⁷⁶ Bv. V. SIMONART, *l. c.*, 760, nr. 33 (zij het genuanceerd).



Wanneer in de voorbereidende werken⁷⁷ inderdaad gesteld wordt dat bestuurders voor hun gewone bestuursfouten niet aansprakelijk zijn tegenover derden, maar enkel tegenover de vennootschap, is het in mijn lectuur van die passage, in haar context gezien, zeer duidelijk dat het deze, zopas geschetste zienswijze is die de wetgever wou bevestigen, met andere woorden hij wou daarmee enkel het gemeen recht bevestigen, door te benadrukken dat de bestuurder enkele contractuele verplichtingen tegenover de vennootschap heeft. Nergens uit de voorbereidende werken blijkt dat de wetgever meteen ook afbreuk wou doen aan de coëxistentietheorie, met andere woorden het gevestigde gemeenrechtelijke beginsel dat een contractuele fout in sommige gevallen tevens een onrechtmatige daad (art. 1382 B.W.) uitmaakt en dat een geschade derde in dat geval de schadeveroorzaker op basis van art. 1382 B.W. kan aanspreken (tenzij hij zelf medecontractant van de schadeveroorzaker is).

In de pogingen om een beperking van de extracontractuele aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurder te rechtvaardigen, benadrukt men soms ook het – door ons hierboven tevens ten volle onderschreven- beginsel dat men bestuurders alleen maar aansprakelijk mag houden wanneer zij een persoonlijke verplichting hebben geschonden. Men⁷⁸ citeert bv. Hartkamp, die schrijft⁷⁹ “Het orgaan is niet steeds persoonlijk aansprakelijk omdat het door zijn daad niet steeds persoonlijk onrechtmatig heeft gehandeld, ook al was die daad met betrekking tot de rechtspersoon wèl onrechtmatig”. De gezaghebbende Nederlandse auteur bedoelde hier in wezen evenwel niets anders mee dan ons Hof van Cassatie in zijn arresten over de laattijdige aangifte het faillissement. Die laattijdige aangifte is ipso facto een fout, maar dan wel in hoofde van de rechtspersoon, niet noodzakelijk in hoofde van de bestuurder, die niet van de faillissementstoestand op de hoogte moest zijn en dus geen persoonlijke plicht geschonden heeft. Dat Hartkamp niet naar een zelfs maar gedeeltelijke immuniteit van organen streefde blijkt uit de alinea die op de reeds geciteerde volgt: “Als algemene regel zal kunnen worden aanvaard, dat naast de rechtspersoon ook het orgaan aansprakelijk is, indien dit heeft gehandeld in strijd met de zorgvuldigheid die naar verkeersnormen persoonlijk jegens de benadeelde had behoren in acht te nemen.”. Deze laatste alinea maakt overigens duidelijk dat in het Nederlandse recht ook een belangrijke consideratie meespeelt die in het Belgische positieve recht niet kan spelen: de relativiteitsleer, in het Duits Schutznormtheorie: naar Nederlands en Duits recht is een eiser enkel aanspraakgerechtigd op basis van onrechtmatige daad, wanneer een norm geschonden is die met het oog op bescherming van de eiser is ontworpen. Het Belgische recht, meer bepaald art. 1382 B.W., kent die theorie niet.

Om haar opvatting beleidmatig toch nog enigszins verdedigbaar te houden introduceert Simonart de categorie van “abus de fonctions”⁸⁰. Indien dergelijk misbruik begaan zou worden, zou de bestuurder-orgaan toch persoonlijk aansprakelijk zijn tegenover derden. De eminente auteur laat evenwel na bruikbare criteria aan te reiken om een “abus de fonctions” van een andere fout te onderscheiden. *Ceterum censeo* dat dergelijke onderscheiden niet verenigbaar zijn met de algemene draagwijdte van art. 1382 B.W.

⁷⁷ Zie GUILLERY, *commentaire législatif*, II, 124, nr. 51.

⁷⁸ In casu I. CORBISIER, “Quelques réflexions...”, *l.c.*, 79.

⁷⁹ A.S. HARTKAMP, *Verbintenissenrecht. Deel III. De verbintenissen uit de wet volgens het nieuw Burgerlijk wetboek*, 7^{de} ed., Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, nr. 261

⁸⁰ *L.c.*, 766-67, nr. 41.



Ook de in Frankrijk op gebied van aansprakelijkheid van organen van de staat nog steeds geldende theorie van de “faute détachable”⁸¹, die ondertussen door het Franse Hof van cassatie ondanks blijvende weerstand van de lagere rechtspraak is overplant naar het recht van de bestuurdersaansprakelijkheid⁸², is in strijd met ons Belgische positieve recht, en in het publiek recht zeer duidelijk verworpen, om goede dogmatische en praktische redenen, door het Belgische Hof van cassatie in zijn rechtspraak beginnende met het beroemde Flandria-arrest uit 1920⁸³ en definitief met het “Wegverkeerstekenaarrest” uit 1963⁸⁴.

8. Het cassatiearrest van 16 februari 2001, en de extra-contractuele fouten van lasthebbers inherent aan hun opdracht

Zoals reeds gezien, overwoog het Hof in dit arrest: “Overwegende 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 mandataris tot vergoeding verplicht, maar welke vennootschap of lastgever”. Geens en Vananroye hebben drie mogelijke interpretaties van dit arrest gesuggereerd: “Dit arrest zou tot twee ruime interpretaties kunnen verleiden, nl. ofwel dat pre-contractuele aansprakelijkheid (ten minste bij een navolgend contract) geen quasi-delictuele maar contractuele aansprakelijkheid is, ofwel dat organen en lasthebbers in het algemeen niet langer quasi-delictueel aansprakelijk zijn voor handelingen in uitvoering van hun mandaat. Wellicht is de draagwijdte van dit arrest beperkter en heeft het Hof van Cassatie de (quasi-)immunitet van de uitvoeringsagent willen uitbreiden naar het precontractuele domein”⁸⁵. Die laatste interpretatie is o.i. inderdaad de best verdedigbare van de drie die Geens en Vananroye naar voor schuiven, maar er bestaat o.i. een nog betere, iets verfijndere uitlegmogelijkheid. De verwijzing door het Hof van cassatie naar de fout die een misdrijf uitmaakt, doet natuurlijk denken aan de formuleringen inzake quasi-immunitet van de uitvoeringsagent, maar zoals Gheys in zijn annotatie opmerkt, komt de uitvoeringsagent in het arrest nergens ter sprake “niet in de overwegingen van het Hof, niet in de grieven, niet in de bestreden beschikkingen en overwegingen van het vonnis *a quo*”⁸⁶. Gheys voegt er terecht, en met verwijzing naar het proefschrift van I. Claeys, aan toe dat in de precontractuele fase, waarover het in het arrest gaat, onmogelijk sprake kan zijn van een uitvoeringsagent.

Anderzijds lijkt het Hof van cassatie- gelukkig maar!- evenmin zijn goedkeuring verleend te hebben aan de opvatting dat de orgaantheorie in het algemeen en zonder meer impliceert dat het orgaan zelf tegenover derden niet aansprakelijk is voor de extracontractuele fouten. De toevoeging die het Hof in zijn overweging doet, nl. dat het orgaan of de lasthebber niet

⁸¹ Volgens deze theorie zijn bestuurders tegenover derden extra-contractueel enkel aansprakelijk wanneer zij een fout hebben begaan die hen persoonlijk toerekenbaar is én “afsplitsbaar” van de uitoefening van hun opdracht.

⁸² Cass. fr. com. 4 juni 1991, *Rev. Soc.* 1992, 55 noot Y. Chartier; cass. fr. com. 14 januari 1992, *Rev. Soc.* 1992, 798, noot Y. Guyon; Cass. fr. com. 27 januari 1998, *Bull. Joly soc.* 1998, 535, noot P. Le Cannu; cass. fr. com. 28 april 1998, *Rev. Soc.* 1998, 767, noot B. Saintourens.

⁸³ Cass., 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, 193, concl. P. Leclercq. Het Flandria-arrest had evenwel in de eerste plaats betrekking op de bevoegdheid van de gewone rechtbanken. Alle twijfel over de onderworpenheid van de staat aan art. 1382 B.W. werd pas weggenomen met het wegverkeerstekenaarrest, zie volgende voetnoot.

⁸⁴ Cass. 7 maart 1963, *Pas.* 1963, I, 744, concl. W. Ganshof van der Meersch. Zie over deze rechtspraak bv. A. ALEN, *Compendium van het Belgisch staatsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 2001, deel II, 418 e.v.

⁸⁵ K. GEENS en J. VANAROYE, “Bestuurdersaansprakelijkheid in N.V. en B.V.B.A.” in K. Geens (ed.), *vennootschaps-en financieel recht*, Themis cahier nr. 11, Brugge, Die Keure, 2001, 16, nr. 27.

⁸⁶ C. GHEYS, “Beperking van de externe aansprakelijkheid van bestuurders of zaakvoerders voor fouten begaan in de uitvoering van hun mandaat: enkele beschouwingen omtrent de mogelijke draagwijdte van Cass. 16 februari 2001”, *T.B.H.* 2002, 701.



aansprakelijk is voor fouten begaan “*bij de besprekingen die tot een overeenkomst hebben geleid*” is wellicht niet toevallig.

Wij willen verdedigen dat het arrest is ingegeven door de wens van het Hof om vennootschapsbestuurders, die het als orgaan kwalificeert, op dezelfde manier te behandelen als lasthebbers voor fouten die inherent zijn aan de uitvoering van hun mandaat. Het Hof van cassatie heeft nl. reeds eerder, in 1987, geoordeeld dat de lastgever aansprakelijk is voor de extracontractuele fouten van zijn lasthebber die inherent zijn aan diens mandaat⁸⁷, en een deel van de rechtsleer is verder gegaan en heeft aangenomen dat de lasthebber zelf voor dergelijke fouten niet aansprakelijk is⁸⁸.

Ter ondersteuning van deze interpretatie kan op volgende elementen gewezen worden.

Vooreerst valt op dat het Hof lasthebbers en organen op gelijke voet plaatst. Weliswaar kan men dat verklaren doordat ook de feitenrechters en de eisers in cassatie in het midden lieten of de zaakvoerders van de BVBA in kwestie als orgaan dan wel als lasthebbers moesten beschouwd worden, maar wellicht is het met opzet dat het Hof lasthebbers en organen in één adem in zijn overweging vermeldt.

Ten tweede valt, zoals reeds gezegd, op dat het Hof zijn overweging alleen toepasselijk maakt op de situatie van de culpa in contrahendo of in elk geval de fout begaan tijdens de besprekingen die tot een overeenkomst hebben geleid én voor zover lasthebber of orgaan daarbij “in de uitvoering van hun mandaat” hebben gehandeld.

Welnu, de precontractuele fout begaan bij de uitoefening van de opdracht wordt in de literatuur gezien als één van de belangrijkste illustraties van een fout van de lasthebber die “inherent” is aan de uitvoering van de lastgeving en die tot aansprakelijkheid van de lastgever en, volgens sommigen, immuniteit van de lasthebber leidt.

In het arrest uit 1987, dat sterkmaking betrof maar dat volgens een eensgezinde rechtsleer ook voor lasthebbers geldt, oordeelde het Hof als volgt: Wanneer iemand zich sterkmaakt tegenover zijn medecontractant, dat een derde een bepaalde verbintenis zal aangaan, en die derde die verbintenis bekrachtigt, dan wordt die derde daardoor geacht de verbintenis uit te voeren vanaf het moment van de sterkmaking en is hij bijgevolg, als lastgever, (“mandant”) aansprakelijk voor de handelingen van de belover die voltrokken zijn “dans les limites de la mission présumée”. Die derde is bijgevolg tevens aansprakelijk (responsable) voor de onrechtmatige daden (actes illicites) die de sterkmaker heeft begaan naar aanleiding van het sluiten van het contract en die inherent zijn aan de rechtshandeling die door de derde, lastgever, bekrachtigd zijn⁸⁹.

Dit arrest was minstens ogenschijnlijk een afwijking of belangrijke nuancering op de regel dat de lastgever niet aansprakelijk is voor de extracontractuele fouten begaan door zijn lasthebber.

De lastgever is normaal gezien niet aansprakelijk voor de onrechtmatige daden begaan door de lasthebber, aangezien de lastgeving enkel zou slaan op rechtshandelingen, niet op

⁸⁷ Cass. 21 september 1987, *Pas.*, 1988, I, 77.

⁸⁸ P. WÉRY, *Le mandat*, in *Répertoire notarial, Tome IX Contrats divers*, Brussel, Bruylant, nr. 221, vooral p. 258 puntje b) in fine; L. CORNELIS, *Beginsel*, o.c., nr. 257, in het bijzonder p. 420. Reeds voor het cassatiearrest H. DE PAGE, *Traité*, V, 447, nr. 452.

⁸⁹ Cass. 21 september 1987, *Pas.*, 1988, I, 77.



rechtsfeiten, of nog omdat het nooit tot de opdracht van de lasthebber zou behoren onrechtmatige daden te begaan (m.a.w. dergelijke handelingen vallen steeds buiten zijn bevoegdheid en binden de lastgever bijgevolg niet). Omgekeerd wordt aangenomen dat de lasthebber steeds aansprakelijk is voor zijn eigen onrechtmatige daden, ook al worden die begaan naar aanleiding van de contractsluiting. In dat opzicht wordt hij niet als uitvoeringsagent behandeld.

Deze beginselen moeten evenwel genuanceerd of verduidelijkt worden.

De lastgever is wel aansprakelijk wanneer hij zelf, persoonlijk, een fout heeft begaan: hij heeft de lastgever de opdracht gegeven een onrechtmatige daad te begaan, zodat tussen beiden medeplichtigheid bestaat, of de fout van de lasthebber is (mede) veroorzaakt of mogelijk gemaakt door onvoldoende toezicht door de lastgever of door gebrekkig instructies aan de lasthebber⁹⁰. Het gaat in dergelijke gevallen niet om toerekening van de onrechtmatige daad van de lasthebber aan de lastgever, maar om aansprakelijkheid van de lastgever voor eigen onrechtmatige daad, aansprakelijkheid welke natuurlijk niet verdwijnt doordat de lasthebber zelf een nauw verbonden onrechtmatige daad tegenover de medecontractant van de lastgever heeft begaan.

Voor het overige maakt men een onderscheid tussen “contractuele” en extracontractuele fouten.

Wanneer de lasthebber zijn opdracht in die zin slecht uitvoert, dat hij een contractuele fout tegenover de lastgever begaat, dan is hij natuurlijk contractueel aansprakelijk tegenover de lastgever. Vaak zal de fout van de lasthebber niet nadelig, maar voordelig zijn voor de wederpartij. Bij voorbeeld in het geval de lasthebber koopwaar met een zichtbaar gebrek zonder protest in ontvangst neemt in naam en voor rekening van de lastgever. Welnu, de lastgever zal zich tegenover zijn medecontractant niet kunnen beroepen op de fout van zijn lasthebber om aan contractuele aansprakelijkheid tegenover de wederpartij te ontsnappen⁹¹. Het Hof van cassatie heeft in een belangrijk arrest uit 1974 immers geoordeeld: “les fautes ou négligences du mandataire engagent le mandant lorsqu’elles sont commises dans les limites du mandat et ne peuvent constituer en soi pour le mandant une cause étrangère, un cas fortuit ou de force majeure”⁹².

Hoe zit het met het vaak zeer verwante geval waarbij de lasthebber in de relatie tot de medecontractant van zijn lastgever bij de uitvoering van de opdracht die hij vanwege de lastgever kreeg, een fout beging? De lasthebber doet wat hij moet doen, maar doet het slecht. In een bekend geval, waarin de lasthebber van een werkgever aan een werknemer een beledigende brief schreef en de werknemer daarop steunde om een dringende reden voor ontslag aan te nemen, oordeelde het Hof van cassatie dat “les fautes commises par le mandataire dans l’exécution de sa mission sont imputables au mandant”, tenzij de lastgever aantoonde dat de lasthebber zijn bevoegdheid overschreden heeft.⁹³

Wanneer de lasthebber dus zijn opdracht slecht uitvoert, is die fout de lastgever toerekenbaar. Ook dergelijke gevallen kan men zien als een toepassing van het beginsel dat de

⁹⁰ P. WÉRY, *Le mandat*, 257, nr. 221 met verdere verwijzingen.

⁹¹ Het gaat bv. om volgende situaties: een lasthebber aanvaardt goederen van de wederpartij ondanks een manifest, zichtbaar gebrek; hij verduistert de gelden die de schuldenaar van de lastgever hem overhandigd had; hij contracteert met de wederpartij zonder eerst diens solvabiliteit te onderzoeken, hoewel de lastgever hem dat uitdrukkelijk had opgedragen: WÉRY, *o.c.*, p. 254.

⁹² Cass. 24 januari 1974, *Pas.* 1974, I, 533, noot W.G.

⁹³ Cass. 22 april 1985, *Pas.* 1985, I, 1021.



fout van de lasthebber geen vreemde oorzaak voor de lastgever is. Volgens De Page moet men het bedrog van de lastgever, begaan naar aanleiding van de contractsluiting, op dezelfde wijze behandelen⁹⁴. Hoewel de auteur het woord niet gebruikt, meent hij dat dergelijke fouten inherent zijn aan de lastgeving. De Page voegt er aan toe dat in deze gevallen (slechte uitvoering door de lasthebber van zijn opdracht) de lastgever zelf niet aansprakelijk is op basis van art. 1382 B.W.⁹⁵

Tot daar de aansprakelijkheid voor “contractuele” fouten van de lasthebber. Wanneer de lasthebber een extracontractuele fout begaat, is de lastgever daar zoals gezien niet aansprakelijk voor. Maar hier speelt dan de echte uitzondering, dat de lastgever wel aansprakelijk zou zijn voor de onrechtmatige daden die “inherent” zijn aan lastgeving. Deze opvatting werd bevestigd in het reeds geciteerde cassatiearrest uit 1987. Als voorbeelden van dergelijke “inherente” fouten citeert Wéry het bedrog, meer algemeen elke *culpa in contrahendo* en ook het pauliaans bedrog⁹⁶. Het gaat dus om de gevallen die De Page als “contractuele fouten” zag, ook al gaf hij toe dat het tegelijk om “quasi-delits” ging. Zoals aangegeven was De Page van oordeel dat voor dergelijke fout de lasthebber zelf niet aansprakelijk kon zijn tegenover derden op basis van art. 1382 B.W. Ook Wéry is die mening toegedaan. In het cassatiearrest van 1987 komt die vraag evenwel niet aan bod, en ging het enkel over de aansprakelijkheid van de lastgever. Nu in het arrest van 16 februari 2001 duidelijk een culpa in contrahendo vanwege een lasthebber/orgaan in het spel was, en het Hof geoordeeld heeft dat wel de vennootschap/lastgever/vertegenwoordigde voor die *culpa* aansprakelijk is maar niet de lasthebber/het orgaan, kan men in dat arrest enerzijds een uitbreiding van het arrest uit 1987 naar organen zien én tegelijk een aanvulling, waarbij de opvatting van o.a. De Page en Wéry dat de lasthebber zelf niet aansprakelijk is, bevestigd wordt⁹⁷.

Indien het Hof van cassatie met zijn arrest van 16 februari 2001 organen op dezelfde voet heeft willen plaatsen als lasthebbers wat de aansprakelijkheid voor aan hun opdracht “inherente” extracontractuele fouten betreft, dan is die gelijke behandeling op het eerste zicht goed verdedigbaar. Men ziet niet in waarom deze toerekeningsvraag anders zouden moeten beantwoord worden naargelang de optredende persoon een orgaan dan wel lasthebber is of als dusdanig gekwalificeerd wordt. De (partieel) “unificerende” werking van het cassatiearrest is te begroeten.

Men kan evenwel vraagtekens plaatsen bij 1) het nut van de categorie van de “inherente fout” en 2) de immuniteit van de lasthebber/het orgaan voor dergelijke “inherente” fouten.

Nemen we het typevoorbeeld van inherente fout, de *culpa in contrahendo*, bv. het bedrog, of nog het aangaan van een verbintenis in naam van de vertegenwoordigde, wetende dat de vertegenwoordigde die verbintenis niet zal kunnen honoreren. Dit zijn extracontractuele fouten, die hun extracontractueel karakter niet verliezen doordat zij een enge band vertonen met het latere contract en er in die zin “inherent” aan zijn. Het valt overigens op dat er in de rechtsleer ook geen criteria worden aangereikt om de “inherente” van “niet-inherente” fouten te onderscheiden. Wel voelt iedereen aan dat, gezien de enge band van de culpa in

⁹⁴ DE PAGE, *Traité*, ed. 1975, V, 448, onder punt A. in fine.

⁹⁵ *O.c.*, p. 449, onder puntje D.

⁹⁶ *O.c.*, 258, nr. 221.

⁹⁷ Weliswaar gebruikt het Hof in het arrest uit 2001 het woord “inherent” niet, maar het arrest draait om een culpa in contrahendo, in de praktijk de enige vorm van “inherente” fout die in de rechtsleer vernoemd wordt, en het Hof overweegt wél dat de fout moet begaan zijn in de uitvoering van het mandaat.



contrahendo met het uiteindelijke contract, de lastgever *de gevolgen* moet dragen van die *culpa*: hij moet aanvaarden dat de wederpartij op basis van het bedrog van de lasthebber, de nietigheid van het contract met de lastgever vordert. Dat is minder verregaand dan de fout aan de lasthebber toe te rekenen. Het lijkt dan ook moeilijk verdedigbaar de lasthebber in dergelijke gevallen pecuniair aansprakelijk te houden voor de fout van zijn lasthebber: de lastgever heeft geen fout begaan en is niet aansprakelijk voor de extracontractuele fouten van zijn lasthebber, ook niet voor diegene die een nauw verband met het totstandkomen of de uitvoering van het contract vertonen (én die nauwe band is geen reden om de lasthebber te immuniseren tegenover derden).

Maar hoe verklaart men dan dat de lastgever/vertegenwoordigde (rechtspersoon) wel de gevolgen van de onrechtmatige daad van zijn lasthebber/orgaan/vertegenwoordiger moet dragen? Heel eenvoudig: de lastgever die wil dat tussen hem en een derde het bestaan van een geldig contract erkend wordt, zonder dat hij zelf gehandeld heeft met die derde, beroept zich duidelijk op de handelingen van de lasthebber die dat contract tot stand hebben gebracht. Hij vraagt zelf toerekening. Welnu, men kan natuurlijk niet aanvaarden dat die lastgever, die zich op de vertegenwoordiging beroept, bepaalde handelingen die tot de totstandkoming van dat contract hebben geleid, niet aanvaard, dus toerekening nastreeft van slecht bepaalde van de acties van zijn vertegenwoordiger die tot het contract dat hij erkend wil zien hebben geleid.

Aangezien de zogenaamd inherente fout zoals benadrukt wel degelijk een extracontractuele fout blijft, ziet men ook niet in waarom de lasthebber er persoonlijk niet aansprakelijk voor zou zijn. De enge band met de uitvoering van de opdracht kan dit niet rechtvaardigen: werknemers of lasthebbers mogen onrechtmatige instructies niet opvolgen en moeten daarom verantwoordelijk gehouden worden wanneer zij dit toch doen, en een bestuurder mag geen instructies krijgen en moet diegene die hij de facto toch krijgt naast zich neerleggen. Ook de vertegenwoordigingsgedachte biedt geen verklaring voor wat een uitzondering op art. 1382 B.W. zou zijn: het is een *petitio principii* en geen argument, te beweren of impliciet aan te nemen dat wanneer een fout op basis van de vertegenwoordigingsgedachte wordt toegerekend aan de vertegenwoordigde, dit meteen immuniteit van de vertegenwoordiger zou impliceren.

Voor vennootschapsbestuurders is het gezien hun leidinggevende en zelfstandige functie binnen de vennootschap nog minder dan voor andere vertegenwoordigers te rechtvaardigen dat het feit dat het om een “inherente” fout gaat, bv. een fout begaan tijdens besprekingen die tot de contractsluiting hebben geleid, tot hun immuniteit zou leiden. Ook al zijn zij lasthebbers of organen of uitvoeringsagenten en is het dogmatisch goed verdedigbaar hen als dusdanig te behandelen, de facto hebben zij de leiding over de vennootschap. Zij mogen geen instructies van aandeelhouders ontvangen, en diegene die zij toch ontvangen mogen ze niet opvolgen: zij moeten handelen in het belang van de vennootschap en deze zelfstandig besturen. Wanneer zij bij hun bestuur art. 1382 B.W. schenden kan alleen iemand die verkeerde conclusies trekt uit de orgaantheorie of het rechtspersoonbegrip of de beperkte aansprakelijkheid op het weliswaar wijdverspreide maar daarom niet minder volslagen ongefundeerde idee komen dat die omstandigheid tot aansprakelijkheid enkel van de rechtspersoon zou moeten leiden. De beperkte aansprakelijkheid houdt enkel in dat de verbintenissen van de rechtspersoon niet op zijn leden of bestuurders wegen, maar doet natuurlijk geen afbreuk aan de eigen verbintenissen van die leden of bestuurders, ook niet aan de verbintenissen die ontstaan ex art. 1382 B.W. en weze het naar aanleiding van activiteiten ten dienste van de rechtspersoon. Ongetwijfeld is de draagwijdte van art. 1382 B.W. zeer ruim in rechtsvergelijkend perspectief; is men daarover ontevreden, dan moet de wetgever het aanpassen naar bv. Duits of Nederlands model. Zolang het bestaat dient het op bestuurders (en nota bene ook op



aandeelhouders) van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid toegepast te worden op dezelfde wijze als op anderen.

9. conclusie

Onze conclusie zal vooral aanmoedigend (eerder dan reeds inhoudelijk) moeten zijn. Het is te begroeten dat het Hof van cassatie in 1997 bestuurders gelijk heeft behandeld als uitvoeringsagenten, maar het is jammer dat het in zijn arrest uit 2001 bestuurders immuniseert voor een soort handeling waarvoor zij de volle feitelijke verantwoordelijkheid dragen, nl. bedrog bij pre-contractuele onderhandelingen in opdracht van hun vennootschap. Het Hof van cassatie en alle juristen zullen nog hard moeten nadenken en vele standpunten (inclusief allicht uit deze bijdrage) zullen moeten herzien worden vooraleer we in België een dogmatisch en beleidsmatig coherent en opportuun systeem van toerekening van onrechtmatige daden van vertegenwoordigers aan de vertegenwoordigde zullen ontwikkeld hebben, en van aansprakelijkheid van vertegenwoordigers. Tegelijk kan reeds vastgesteld worden dat de orgaantheorie of enige ander opvatting geen basis kan bieden voor een immunisering van vennootschapsbestuurders tegen extracontractuele aansprakelijkheid tegenover derden. Als men hun aansprakelijkheid binnen rechtvaardige perken wil houden, dient men de invoering van de business judgment rule na te streven en- maar dat is stof voor een andere bijdrage- zal men ook op aansprakelijkheidsgebied een onderscheid moeten maken tussen uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders, door een consistente toepassing van het axioma dat fouten alleen bewust kunnen begaan worden, dat wil zeggen door mensen die over informatie beschikken op basis van dewelke zij kunnen weten wat hen te doen staat.

Financial Law Institute

The **Financial Law Institute** is a research and teaching unit within the Law School of the University of Ghent, Belgium. The research activities undertaken within the Institute focus on various issues of company and financial law, including private and public law of banking, capital markets regulation, company law and corporate governance.

The **Working Paper Series**, launched in 1999, aims at promoting the dissemination of the research output of the Financial Law Institute's researchers to the broader academic community. The use and further distribution of the Working Papers is allowed for scientific purposes only. Working papers are published in their original language (Dutch, French, English or German) and are provisional.